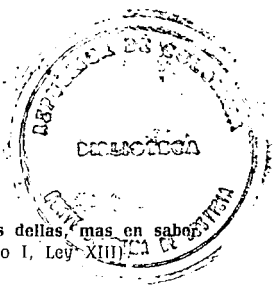
15

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 CLXXXIX — SEGUNDO SEMESTRE — NUMERO 2428

VOLUMEN II

BOGOTA, D. E., COLOMBIA — AÑO 1987

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

SEGUNDO SEMESTRE

"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).



SALA DE CASACION PENAL

TOMO CLXXXIX — Número 2428

Bogotá, D. E., Colombia — Año 1987

Impreso en Colombia Printed in Colombia

EDITORIAL PENICENTRAL DE COLOMBIA FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1987

SALA PLENA

Doctor Juan Hernández Sáenz, *Presidente*

Doctor Jairo Duque Pérez, *Vicepresidente*

Doctores Inés Galvis de Benavides - Alfredo Beltrán Sierra, *Secretario*

SALA CIVIL

Doctor José Alejandro Bonivento Fernández, *Presidente*

Doctores Inés Galvis de Benavides - Alfredo Beltrán Sierra, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

José Alejandro Bonivento Fernández

Eduardo García Sarmiento

Héctor Gómez Uribe - Pedro Lafont Pianetta

Héctor Marín Naranjo

Alberto Ospina Botero

Rafael Romero Sierra

SALA PENAL

Doctor Jorge Carreño Luengas, *Presidente*

Doctor Guillermo Salazar Otero, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

Jorge Carreño Luengas

Guillermo Dávila Muñoz

Guillermo Duque Ruiz

Jaime Giraldo Angel - Didimo Páez Velandia

Gustavo Gómez Velásquez

Rodolfo Mantilla Jácome

Lisandro Martínez Zúñiga

Edgar Saavedra Rojas

SALA LABORAL

Doctor Rafael Baquero Herrera, *Presidente*

Doctora Bertha Salazar Velasco, *Secretaria*

MAGISTRADOS: Doctores:

Rafael Baquero Herrera

Nemesio Camacho Rodríguez - Ramón Zúñiga Valverde

Manuel Enrique Daza Alvarez

Juan Hernández Sáenz

Jorge Iván Palacio Palacio

Jacobo Pérez Escobar

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Fabio Morón Díaz, *Presidente*

Doctoras Betty Cuervo Zárate - Luz Emilia de Molina, *Secretaria*

MAGISTRADOS: Doctores:

Jairo Enrique Duque Pérez

Hernando Gómez Otálora

Fabio Morón Díaz

Jesús Vallejo Mejía

RELATORES: Doctores:

Carmen Rosa Avella de Cortés, *Sala Civil*

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:

RELATOR SALA CIVIL: DRA. CARMEN R. AVELLA DE CORTES

RELATOR SALA PENAL: DRA. HILDA L. CORTES GOMEZ

RELATOR SALA LABORAL: DRA. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: DR. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

Tomo CLXXXIX - Bogotá, D. E., - Colombia - Julio a Diciembre 1987 - Número 2428

SALA DE CASACION PENAL

CASACION — NULIDAD

Cuando en la demanda se afirma la falta de pruebas y, por tanto, la inocencia del procesado, no tiene cabida dentro de la causal cuarta que conduce a la invalidación del trámite

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta Nº 44.

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), (fls. 289 y ss.), confirmó el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado Séptimo Superior de dicha ciudad el diecisiete (17) de abril del mismo año, por el cual condenó a *José Darío Cano Alzate* (folios 263 y ss.), a la pena principal de diez (10) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y a la indemnización en abstracto de los perjuicios ocasionados, como responsable de homicidio en la persona de *Sergio Augusto Muñoz González,* en hechos que sucedieron el día dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) en un bar o cantina de esa ciudad.

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado, cumplida la tramitación correspondiente, dentro de la cual se recibió concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, con solicitud de negar las peticiones del actor.

Hechos:

En las primeras horas del día 16 de septiembre de 1984, en la cantina denominada "Grill Nathaly", en zona urbana de la ciudad de Cali, Sergio Augusto Muñoz González sufrió heridas ocasionadas por disparo de arma de fuego, por parte de José Darío Cano Alzate, quien se encontraba también en el lugar indicado, consumiendo bebidas alcohólicas en compañía de otras personas. Muñoz González murió poco después a consecuencia de la herida ocasionada por Cano Alzate, quien fue capturado por varios contertulios y retenido el revólver que portaba.

Actuación Procesal:

Abierta la investigación, escuchado en indagatoria al sindicado, quien negó ser el autor del hecho y víctima de despojo en la cantina de algunos objetos de su propiedad, recibidas varias pruebas, entre éstas testimonios de algunos de quienes se encontraban presentes, en cuanto al desarrollo de los hechos, se dictó en su contra auto de detención.

Perfeccionada la instrucción, se calificó con enjuiciamiento para aquel por homicidio voluntario. Apelada esta decisión por el defensor del procesado y el Ministerio Público, fue confirmada por el Tribunal, de acuerdo con la petición de la Fiscalía. Dentro del término probatorio se efectuó la diligencia de reconstrucción de los hechos. Realizada la audiencia dentro de la cual los jueces de conciencia afirmaron la responsabilidad del procesado en forma unánime, se dictó el fallo de primera instancia, confirmado en su integridad, como se expresó, por el que es materia del recurso de casación.

La demanda:

El actor resume los hechos, alude a la versión del procesado y al testimonio del acompañante del occiso, al hallazgo del revólver y a la lesión ocasionada a la víctima. Invoca contra la sentencia la *causal cuarta de casación* de conformidad con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, con apoyo en la norma constitucional (artículo 26), para solicitar la invalidación de la actuación con base en los cargos propuestos que pasan a resumirse enseguida:

Consiste la acusación en que por no existir plena prueba contra el procesado, se desconoció el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a los requisitos para dictar sentencia condenatoria y consecuencialmente, el precepto constitucional en relación con la observancia de las formas propias del juicio.

Concreta el demandante su alegación en estos términos, que se sintetizan:

"1º No obra prueba de que la muerte del señor Muñoz fuera causada por un proyectil disparado por el arma de Cano Alzate".

"2º No obra prueba de que los disparos ocurridos en el lugar y hora de los hechos de autos, fueran del arma de Cano Alzate".

"3º Sin estas pruebas de autoría se condenó al señor José Darío Cano Alzate, acogiendo un veredicto de afirmación de responsabilidad emitido por el jurado popular".

"4º Se violó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que establece los requisitos para condenar en concreto el de la necesidad de la prueba".

"5º El artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, consagra "formas propias del juicio".

"6º El artículo 26 de la Constitución Nacional, consagra la garantía del proceso con observancia de las formas propias del juicio. Por tanto, fue violado este precepto constitucional".

Observa la omisión de establecer si el proyectil provenía del arma del procesado y alude a la contraevidencia del veredicto, que se desprende de sus alegaciones ya consignadas. Y solicita, en consecuencia, la nulidad de la actuación desde la sentencia de primera instancia.

Concepto de la Procuraduría Delegada:

Advierte esta que la impugnación no se halla debidamente enfocada, pues apoyada en la causal cuarta, formula alegaciones relacionadas con violación indirecta de la ley sustancial, improcedente en casos en que interviene el jurado de conciencia y que llevaría, sin otro fundamento a desconocer el veredicto, base del fallo que sólo puede rechazarse por contradicciones o contraevidencia. Por lo cual solicita negar la casación.

Breves consideraciones de la Sala:

Refiere el actor la violación de las formas propias del juicio, que con apoyo en la norma constitucional invoca como motivo de nulidad, a la inexistencia de la prueba plena en contra del procesado, con desconocimiento del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, directamente relacionado con aquella garantía del juzgamiento.

Aparece así, en forma clara, que la impugnación consistente, sustancialmente, en la errada interpretación de la prueba por parte del fallador, al considerar demostrada la responsabilidad del procesado, contra la realidad probatoria, como la interpreta el actor.

Si bien esta Sala ha reconocido la existencia de nulidad constitucional para garantizar la legalidad del juzgamiento cuando en éste se han desconocido derechos fundamentales del procesado, la alegación no corresponde a este asunto, en esencia, pues se aparta de esta situación, por lo expresado. Y si ciertamente, todas las causales de casación puede considerarse que en forma general se dirigen a invalidar el fallo contra el cual se proponen, debe anotarse que cada una tiene su ámbito propio, sin que puedan formularse respecto a una de estas causales, motivos que corresponden a otra, como lo exige la naturaleza de este recurso y la técnica que se requiere en su sustentación, ya que de otra

manera resultaría desvirtuado en su carácter y finalidad. De donde aparece clara la improcedencia de la alegación y circunstancia que bastaría para su rechazo. Pero aparte de lo anterior y visto el fondo de la impugnación equivalente como se dijo al invocar la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, cabe agregar que aún enfocada por este aspecto, resultaría inadmisible, pues, conforme a abundante jurisprudencia de esta Corporación, en juicios con intervención del jurado de conciencia, no cabe esta causal ya que equivaldría a desconocer la independencia del jurado, con base en cuyo veredicto debe dictarse la sentencia, artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, o a una declaración de contraevidencia, que no está contemplada como motivo de casación, función ésta reservada a los jueces de instancia.

Del contenido y peticiones del libelo, se desprende que esta es la naturaleza de la protesta, pues lo que se afirma es la falta de prueba y por tanto la inocencia del procesado, resolución que correspondería adoptar conforme al contenido de los cargos y para ser consecuente con éstos, pero que no tiene cabida dentro de la causal cuarta, en que se funda la demanda, que conduce a la invalidación del trámite.

No obstante que el actor se refiere a la omisión de determinadas pruebas, como el examen del arma y del proyectil, su acusación no resulta precisa al respecto, como tampoco que se hubieran negado o rechazado peticiones al respecto, con perjuicio del acusado. Sin que por tanto, proceda por este aspecto la alegación, agregándose que la sentencia contiene un examen amplio de las pruebas, en atención a las causales aceptó el veredicto como suficientemente fundado.

Las fallas que se han indicado, conducen a la desestimación del recurso como lo ha solicitado con razones suficientes el Ministerio Público.

Por lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Penal—*, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

Desechar el recurso de casación.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martinez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL — CONSEJO DE GUERRA

El procedimiento del Consejo de Guerra Verbal, señalado en el artículo 3º del Decreto 1057 de 1984 —declarado inexequible por la Corte—, era aplicable a los hechos cumplidos con posterioridad a la vigencia de la norma y los anteriores se regirán por el del Consejo de Guerra Ordinario

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 44.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar en fallo de 22 de enero de 1986, confirmó la sentencia de 17 de septiembre de 1985, dictada por el Presidente del Consejo de Guerra Ordinario convocado en Villavicencio, para juzgar al agente de policía *Jesús María Ibagón Baquero* por homicidio en la persona de Eurípides Díaz Molina, hecho ocurrido el 21 de abril de 1981, en el Charo jurisdicción de Saravena (Arauca), por la cual se le impuso la pena principal de ocho (8) años de prisión y las penas accesorias correspondientes.

Interpuesta casación por el procesado y concedido debidamente el recurso, se cumplió en la Corte el trámite pertinente. Recibido el concepto del señor Procurador Delegado para la Policía Nacional, se procede a dictar el correspondiente fallo.

Hechos:

Los resume la providencia impugnada, en los siguientes términos:

"El 21 de abril de 1981, en la Isla de Charo o Puerto Contreras, jurisdicción de Saravena, Intendencia del Arauca y sobre el río del mismo nombre, que delimita el territorio nacional con la vecina República de Venezuela, agentes de la Policía Nacional destacados en dicho lugar, viajaban en una embarcación y uno de ellos que resultó ser Jesús María Ibagón Baquero, efectuó unos disparos en dirección a otra nave fluvial ocupada por pescadores de la región y que por el mismo río se desplazaba; fue así como resultó lesionado mortalmente el particular Eurípides Díaz Molina y así se consignó en las diligencias iniciales que dieron origen a la presente investigación". (Folio 422, Cuad. 1º).

Actuación procesal:

Cumplidas las primeras diligencias, inició la investigación el Juzgado Promiscuo Territorial de Saravena, remitiéndose después a funcionario de Instrucción Penal Militar por competencia, quien, recibidas diferentes pruebas, decretó la detención preventiva del procesado una vez oído en indagatoria. Perfeccionada la investigación, se cerró disponiéndose posteriormente la invalidez de esta providencia, al considerar que no procedía el trámite del Consejo de Guerra Ordinario, por haberse declarado turbado el Orden Público por Decreto 1038 de 1º de mayo de 1984, como también conforme al Decreto-ley 1057 del 4 de mayo siguiente, al ordenar que los delitos de competencia de la justicia penal militar se juzgarán en Consejo de Guerra Verbal. Después este dejó sin efecto esta decisión para disponer proseguir el trámite de Consejo de Guerra Ordinario, por cuanto en la sentencia de 3 de julio de 1984, la Corte al declarar inexequible el artículo 3º del Decreto 1057, precisó se aplicaría en relación con los hechos cometidos a partir de su vigencia y existía el Decreto 1290 de 1984 que aclaró la situación.

Prosiguiendo en consecuencia, el trámite ordinario, se dictó auto de enjuiciamiento por homicidio simplemente voluntario. Celebrada la audiencia, se emitió veredicto absolutorio, declarado contraevidente por el Presidente del Consejo, decisión confirmada por el Tribunal Superior Militar, de acuerdo con su Fiscal, al surtirse el trámite de la consulta.

Convocado nuevo Consejo de Guerra, los fiscales dieron por mayoría respuesta afirmativa, con base en la cual se dictó sentencia de primera instancia, confirmada mediante la que ahora es objeto de recurso de casación.

La demanda:

Previo resumen de los hechos y de la actuación procesal, el apoderado del recurrente invoca contra la sentencia la *Causal Cuarta —por nulidad—*, conforme al artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y propone los cargos que se reseñan a continuación.

Primer cargo:

Lo concreta el actor así: "La sentencia recurrida aparece proferida en un proceso viciado de nulidad al haberse realizado el juzgamiento bajo las ritualidades del Consejo de Guerra Ordinario, cuando existía norma positiva que expresamente indicaba que debían observarse las del Consejo Verbal".

Se funda este motivo de invalidez, en el artículo 26 de la Constitución, por quebrantamiento de las formas propias del juicio y también se hace referencia a los artículos 23, 16 y 20 del mismo estatuto, en cuanto consagran determinadas garantías. Al momento de los hechos —dice el actor—, no estaba declarado el Estado de Sitio y regían las normas ordinarias. Pero al calificarse se hallaba turbado el orden público (Decreto 1038 de mayo 1º de 1984), y poco después se dictó el Decreto-ley 1057 (mayo 4 de 1984), cuyas normas transcribe para señalar que este proceso debía tramitarse por las normas del Consejo de Guerra Verbal, según lo preceptúa el artículo 1º del decreto últimamente citado. Hace

alusión a la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema, mediante la cual se declaró inexequible "la limitación de dejar por fuera del cambio procedimental los procesos que a la fecha de su vigencia tuvieran iniciada investigación".

Por tanto, consideraba válido el artículo 1º del Decreto en cuanto a que se aplicaba el procedimiento del Consejo Verbal de Guerra a los procesos de competencia de la justicia militar, como ha debido disponerse en este caso. Advierte que se infringió, además, el artículo 297 del Código de Justicia Penal Militar, con respecto a que no se puede imponer sanción sino con la observancia de las formas propias de cada juicio, (art. 1º, Cód. de Procedimiento Penal). Afirma que se desconocieron los artículos 40 de la Ley 153 de 1987 y 6º del Código de Procedimiento Pena que consagran la inmediata aplicación de las normas procesales, que por ser normas de orden público, también rigen en la forma advertida.

Segundo cargo:

Dice el actor: "La sentencia impugnada fue dictada en un proceso viciado de nulidad por fallas en la redacción de los cuestionarios, consistente en haber omitido un elemento esencial del tipo correspondiente al homicidio militar, como es la relación con el servicio. Se confundieron tipos penales del homicidio previsto en el Código Penal y el homicidio militar, contemplado en el Código especializado".

Anota que se trata de la nulidad legal prevista en el artículo 441 numeral 6º del Código Penal Militar, en concordancia con el artículo 559 del mismo estatuto y cita otras normas violadas, (artículos 16, 20, 23 y 26 Constitución; artículos 297, 298 Código de Justicia Penal Militar; artículos 1º, 3º y 210 del Código de Procedimiento Penal). Afirma el quebrantamiento de las normas constitucionales y nulidad por no haberse redactado los cuestionarios conforme a las normas del Código Penal Militar, (artículos 441-6, artículo 559), pues si bien se enjuició por homicidio contemplado en este Código, los cuestionarios se inspiraron en el Código Penal, (artículo 323).

Transcribe el cuestionario, para destacar que "brilla por su ausencia el elemento de la causa u ocasión con el servicio, que es precisamente lo que hace que este atentado contra la integridad personal sea de la codificación especial y no ordinaria". El Código de Justicia Penal Militar en su artículo 193 comprende entre los delitos militares contra la vida y la integridad personal el homicidio y por tanto "...es realmente un homicidio militar, cuya pena, elementos constitutivos y aún verbo típico, difieren del homicidio común, ya que aquí va ínsita la relación con el servicio...", la cual determina la competencia. Se remite a los artículos 18 y 37 del Decreto-ley 2137 de 1983 —estatuto de Policía—, normas que consagran el fuero y que fue declarado exequible por la Corte.

Copia el artículo 194 del Código Penal Militar en cuanto contempla el homicidio con ocasión, por causa o de funciones inherentes al servicio y señala los elementos de este delito, entre éstos la conexión con el servicio, omitido en el cuestionario, incurriéndose en nulidad al confundir el homicidio común con el militar. Pide anular la actuación, de aceptarse el primer cargo, desde el auto que cerró la investigación.

Y con relación al segundo cargo, a partir de la celebración del Consejo de Guerra.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional, se opone a las pretensiones del actor. Con respecto al primer cargo señala su improcedencia porque si bien el artículo 3º del Decreto 1057 de 1984 fue declarado inexequible por la Corte, (sentencia de 3 de julio de 1984), debe entenderse que el procedimiento del Consejo de Guerra Verbal se aplicaba a hechos ocurridos a partir de su vigencia y los anteriores se regían por el procedimiento ordinario existiendo en tal sentido la aclaración que se hizo por el Decreto 1290 de 1984 (mayo 29), al ordenar que éste y otros estatutos se aplicarían sólo sobre hechos cometidos a partir de la vigencia de las normas respectivas. Concluye que como se trataba de hechos anteriores y el proceso se adelantó por el trámite ordinario, no se pretermitieron las formas propias del juicio.

Por demás, uno y otro trámite están previstos en el Código de Justicia Penal Militar y resulta más favorable el correspondiente al Consejo de Guerra Ordinario, sin que se advierta nulidad, ni el interés jurídico para recurrir.

En cuanto al segundo cargo, —según el Ministerio Público—, la omisión que señala el demandante carece de efecto, pues el cuestionario reúne los requisitos señalados en el artículo 559 y las partes y los vocales tuvieron suficiente información de que se trataba de acto cometido en servicio. No hay lugar a diferenciar entre homicidio común y homicidio militar, respecto a lo cual cita el fallo de 30 de junio de 1983 y dice:

"...habiéndose consignado en el cuestionario los requisitos básicos exigidos en el artículo 559 del Código de Justicia Penal Minitar no existiendo el delito de homicidio militar y estando en conocimiento los vocales de que el autor había sido un miembro de la Policía Nacional, en la forma y circunstancias que describe el auto de llamamiento a juicio que conocieron los vocales por haber sido leído en la audiencia, y habiéndose hecho relación a la conducta imputable al agente, con la significación jurídica y en consideración a los elementos que conforman el tipo penal no se da la nulidad invocada...".

Se considera:

1º *La Corte en su sentencia de 3 de julio de 1984 declaró inexequible el artículo 3º del Decreto 1057 de 1984, por el cual se disponía que el procedimiento del Consejo de Guerra Verbal se aplicaría —con las excepciones expresamente previstas—, a los delitos de competencia de la Justicia Penal Militar, en los que no se hubiera iniciado investigación. De lo cual infiere el actor que al no aplicarse al procedimiento en este caso se incurrió en nulidad, por tratarse de norma de aplicación inmediata. Sin embargo, el análisis de las normas pertinentes no permite llegar a dicha conclusión*

La sentencia referida, que declaró inexequible el artículo 3º del Decreto 1057 de 1984, por ser opuesto al artículo 26 de la Constitución, dijo: "...pues en tanto que la Constitución manda que nadie puede ser

juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, el decreto ordena que sus disposiciones aún siendo posteriores al hecho, se aplicarán a los procesos en los cuales no se hubiere iniciado la investigación correspondiente, lo que, en suma significa que según la norma revisada, la preexistencia de la ley no se determina por la fecha de la comisión del hecho, sino por aquella posterior, en la que llegue a iniciarse la investigación penal respectiva".

Significa lo anterior, que tal procedimiento era aplicable a los hechos cumplidos con posterioridad a la vigencia de la norma y que en consecuencia, los anteriores se regirían por el procedimiento previsto en la norma ordinaria, o sea, en el caso, el del Consejo de Guerra Ordinario. Y si tal disposición implicaba una excepción al principio de la aplicabilidad inmediata de la ley procesal, como lo consagran las normas citadas por el actor (Art. 6º, Código de Procedimiento Penal, artículo 40, Ley 153 de 1887), este ordenamiento podía modificarse por el legislador de emergencia, como lo hizo, sin que de ello pueda inferirse quebranto alguno de las garantías procesales.

Por lo demás, el Decreto legislativo 1290 de 1984 (mayo 29) —como lo anota el Ministerio Público—, se dejó sin efecto la objeción referida al preceptuar éste en su artículo 4º: "Acláranse los artículos 4º del Decreto 1042; 9º del Decreto 1056; 3º del Decreto 1057 (*se subraya*) *y 3º del Decreto 1058, todos de 1984, en el sentido de determinar que las disposiciones allí consagradas se aplicarán únicamente en relación con los hechos cometidos a partir de la vigencia de los citados decretos".*

Si conforme a tales preceptos se dispuso proseguir el trámite por las normas ordinarias, no se deduce la nulidad alegada. Estas consideraciones las señaló el Juez de primera instancia, como se desprende de la actuación procesal, al dejar sin efecto su auto de seguir las normas del Consejo Verbal en el trámite.

Pero, además de lo anterior, debe anotarse otra razón sustancial para rechazar la nulidad pretendida y ya esbozada por el Ministerio Público.

Para que proceda la nulidad con fundamento en la norma constitucional, debe demostrarse que la irregularidad aducida quebranta o desconoce las garantías procesales que deben presidir el juzgamiento. En el caso sub exámine, *el defecto consiste en haberse sustituido un procedimiento que debía ser observado por otro que no era pertinente, conforme al criterio del demandante, es decir, el procedimiento de Consejo de Guerra Verbal por el ordinario.*

Comparados uno y otro procedimientos, se concluye que el ordinario contempla el llamamiento a juicio que no prevé el trámite verbal, lo que supone mayores garantías y más amplitud en relación con el procesado, toda vez que permite diferenciar las etapas de sumario y causa con los efectos correspondientes. Adoptado el procedimiento ordinario, que se observó plenamente, el procesado tuvo las más amplias oportunidades para su defensa, sin sufrir, por consiguiente, ninguna restricción ni menoscabo tal derecho.

Por tanto, no existe base para alegar nulidad supralegal como tampoco asiste interés jurídico, que es esencial para la prosperidad del recurso.

2º En cuanto a la segunda acusación por nulidad, se reduce según lo expuesto, a que no se incluyó en el cuestionario la relación del acto con el servicio, lo que considera el recurrente elemento del delito.

Cabe anotar, en primer lugar, que si la nulidad se funda en la norma legal, sobra hacer referencia a la Constitución, pues, como debe entenderse que aquella traduce y realiza el precepto constitucional, basta aludir a la última cuando contempla expresamente como causal de invalidez el motivo invocado, por reconocerse la correspondiente incidencia.

La acusación se formula por no haberse observado las normas del Código Penal Militar en la redacción del cuestionario (Art. 441, 6º del Código de Justicia Penal Militar), consistentes en expresar el hecho con sus circunstancias y elementos de la infracción sin darle denominación jurídica, (Art. 559). Se repite que el actor concreta la acusación en la omisión de hacer referencia en la pregunta a la relación del hecho con el servicio.

Aquí debe destacarse que no procede, como ya lo dijo la Corte en sentencia citada por el Ministerio Público, hacer al delito de homicidio militar como diferente al de homicidio contemplado en el Código Penal. Lo anterior, porque si bien el Código de Justicia Penal Militar consagra en el título correspondiente al homicidio entre "los delitos militares contra la vida y la integridad personal", (Art. 193), esto no significa que se trate de una infracción distinta, en cuanto sus elementos coinciden con la de misma naturaleza prevista en la legislación ordinaria, sin que pueda admitirse que la exigencia de realizarse el hecho por causa del servicio, constituya un elemento integrante del mismo, se trata simplemente de un factor determinante del fuero respectivo y de la competencia.

La competencia no corresponde determinarla a los vocales del Consejo de Guerra, sino a los falladores de instancia a través de los mecanismos previstos. Así, cuando se propone el hecho al examen y calificación de aquellos, se entiende que se trata de hecho cometido en relación con la función o servicio. Y de no aceptarse o discutirse tal aspecto procede utilizar las vías legales, pero sin que su definición se atribuya a los vocales o deba adoptarse en el Consejo de Guerra.

Se advierte, por otra parte, que el recurrente no discute que se tratara de acto relacionado con el servicio, o sea que admite esta situación. En consecuencia, su acusación carece de apoyo ni da base para proponer nulidad por no existir pronunciamiento en relación con situación que escapa a los vocales del Consejo de Guerra, quienes como lo observa el concepto fiscal, estuvieron suficientemente informados de los hechos. Por tanto, no se demuestra el error alegado, ni su efecto en el juzgamiento.

Este cargo, igualmente no prospera.

Por lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—*, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado para la Policía Nacional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PERITACION

La imposición del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal de 1971, se hace obligatoria sólo cuando el funcionario directa o indirectamente encuentra razones valederas para someter al acusado a examen médico que indique su estado de salud mental

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta Nº 44.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Jader Ramiro Pérez Lopera*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual, al confirmarse la de primera instancia, se le condenó a la pena principal de diez años de prisión como responsable del delito de homicidio.

Antecedentes y actuación procesal:

Informa el proceso que en la noche del 19 de noviembre de 1983, en la puerta de entrada de la heladería "Las Brisas", del municipio de Santa Rosa de Osos, Jader Ramiro Pérez Lopera hirió a Luis Ignacio Ruiz con arma de fuego, quien momentos después falleció en un centro hospitalario.

Pérez fue comprometido en juicio por homicidio intencional y sentenciado por el mismo delito, pues el Jurado de Conciencia no acogió los planteamientos defensivos de sus representantes durante la audiencia pública. Al conocer por apelación la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior de Medellín la confirmó en su integridad, a través de la que es materia de este recurso de casación.

La demanda y el concepto del Ministerio Público:

Con apoyo en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, un cargo formula el representante del procesado a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que considera expedida en un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional y por tanto en detrimento de los intereses de éste. Hace consistir las fallas invalidantes en dos aspectos: "a) Omisión de indagaciones sobre la inimputabilidad por trastorno mental; y b) Violación del derecho de defensa al no decretarse y practicarse pruebas solicitadas por el defensor...".

En lo concerniente al caso a estudio, de su extensísimo escrito resulta como concreto reproche al fallo acusado, el juzgamiento del procesado por el procedimiento de convocatoria de jurado de conciencia a pesar de que existían elementos de juicio que permitían suponer con algún fundamento, que su comportamiento se desarrolló bajo circunstancias de inimputabilidad, razón por la cual hubo desconocimiento de las formas propias del juicio. Señala como fundamento de su aserto los aspectos que en su sentir debieron, en consecuencia, obligar al Juez a ordenar la peritación médico-siquiátrica para establecer el estado mental del acusado al momento de cometer el homicidio. Tales fueron la ausencia de aparente motivación para el delito; la abundante ingestión de bebidas alcohólicas el día de los hechos; y la manifestación del procesado, de padecer afección nerviosa.

Aludiendo a la supuesta violación del derecho de defensa de su cliente, indica como pruebas que el juez no decretó a pesar de haberse solicitado, las declaraciones de Abraham Pérez, Evelio Arbeláez, Genaro Pérez, y del médico toxicólogo doctor Rubén Darío Manrique. En cuanto a éste, destaca la trascendencia de su dicho porque dada su versión científica podía haber ilustrado con suficiencia al jurado de conciencia sobre los efectos del estado de alicoramiento en que se hallaba el occiso al momento de morir, persona que según el recurrente, "tenía disposición a ser altanero y pendenciero" y sobre "la capacidad de testificar" de sus acompañantes, dado también su estado de alicoramiento.

Consecuente con su argumentación, solicita la casación del fallo para que se invalide la actuación a partir e inclusive del auto de clausura de la fase sumarial

En su ponderado concepto, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se opone a la pretensión del demandante porque encuentra que el proceso se adelantó conforme a derecho y que todas las garantías del acusado se respetaron para su juzgamiento.

Destaca que cuantas veces Jader Ramiro Pérez fue interrogado, en su condición de acusado, sobre su estado de salud mental, contestó haber sido siempre persona de condiciones normales; que para el momento del delito aunque había bebido licor, se hallaba en plena conciencia de su comportamiento. Que a lo largo del proceso ningún fundamento serio tuvo el Juez para inferir al menos la posibilidad de que lo aquejase anomalía síquica al momento del delito como para darle tratamiento de inimputable. Enfatiza que los acompañantes de aquél tampoco hicieron referencia a que su estado de salud mental revelara el deterioro a que alude el recurrente, y precisa que unos días después de los hechos, el mismo acusado expresó su normalidad síquica, que sólo cuatro meses después fue que afirmó sufrir del corazón y de los nervios, durante un cargo con el testigo Jairo Antonio Ortega, y que aunque se estableció que había ingerido licor, nada le indicó al Juez la necesidad de aplicar lo prescrito en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, máxime que fue sólo durante la audiencia pública, realizada tres años después, cuando se alega la supuesta inimputabilidad, cuya posibilidad se esgrime como base del recurso de casación. Califica esta tardía manifestación como un mero "recurso defensivo, ayuno de seriedad, falto de pruebas, ilógico y contrario a las propias manifestaciones del procesa-

do", y al efecto, resalta apartes textuales de la diligencia de audiencia, que definitivamente descartan el reclamo. Además, trae en pro de su posición, cita jurisprudencial pertinente de esta Sala.

Descarta igualmente, el supuesto desconocimiento del derecho de defensa del procesado por no haberse escuchado unos testimonios que se referían, no a los hechos ni sus protagonistas, sino a otro testigo, Jairo Ortega, cuyo dicho estima sospechoso de mendacidad el recurrente. En cuanto a la declaración del médico Rubén Darío Manrique, señala que resultaba improcedente porque no se refería al victimario y su estado de salud, sino al occiso y sus acompañantes, y además, probado como estaba que no hubo incidentes previos al homicidio entre aquellos, la prueba habría resultado desfavorable a los intereses que representa el demandante porque haría manifiesto aprovechamiento del acusado del estado de ebriedad en que se hallaba el finado.

Finalmente, con referencia al contenido procesal probatorio, señala el distinguido colaborador fiscal que lejos de establecerse circunstancia alguna favorable para el acusado, resulta más bien evidente el haber obrado con la agravante de motivos innobles o fútiles.

Consideraciones de la Sala:

Carece en lo absoluto de fundamento el recurrente en los planteamientos que presenta, y que son en definitiva meras apreciaciones personales que, como bien lo señala la Procuraduría, no se avienen con la realidad del proceso.

La actuación transcurrió dentro de cauces que no hacían prever al Juez la necesidad ni menos la obligación de decretar el examen médico del acusado, pues ni por las manifestaciones de éste ni por su comportamiento, ni por referencias testimoniales de las muchas que se allegaron, tuvo el funcionario el más leve indicativo de que se tratara de un inimputable o de que al momento de delinquir se hallara en circunstancias que contempla el artículo 31 del Código Penal. El mismo acusado expresó ser persona normal en la diligencia de indagatoria y en el interrogatorio que se le formuló durante la audiencia. El relato que hace en dicha diligencia sobre la forma como ocurrieron los hechos, la huída manejando su propio vehículo, su viaje a Medellín *al día siguiente a conseguir un abogado que lo defendiera cuando supo que la víctima había fallecido, no dejan duda alguna acerca de que en el momento de realizar los hechos no padecía de trastorno mental por embriaguez, a más de que todos los testigos presenciales de los acontecimientos manifiestan que no estaba borracho.*

En alguna diligencia de careo dijo padecer del corazón y de los nervios, circunstancias éstas que no implican trastorno mental ni ameritan la práctica de un examen psiquiátrico para determinar un posible trastorno mental de carácter permanente, máxime cuando su normalidad fue siempre patente.

Sólo en la audiencia pública y debido a la falta de más argumentos y al plausible esfuerzo de su defensor, como último recurso, se adujo que sólo un "loco" podría haber obrado como él lo hizo, sin motivo aparente.

Esta expresión de defensa no podía tomarse, como lo hace el recurrente, como indicativa de un estado de inimputabilidad, que nunca existió. Fue uno más entre los argumentos defensivos planteados al Juri, sin fuerza convincente y dentro del contexto general de una alegación que pugnaba por el logro de un fallo benévolo, conforme se deduce del acta pertinente.

La imposición que hace el articulo 411 del Estatuto Procesal al Juez sólo se hace obligatoria, como inveteradamente lo ha sostenido la Sala, cuando el funcionario directa o indirectamente encuentre razones valederas para someter al acusado a examen médico que indique su estado de salud mental, sea para el momento del delito, o durante el trámite del proceso. No practicarlo cuando falte fundamento empírico para ello, no afecta para nada el debido proceso y no puede, por tanto, generar nulidad supralegal.

Respecto de la supuesta violación del derecho de defensa de Jader Ramiro Pérez, no pueden ser más fútiles los cargos que formula el recurrente: Ni los testimonios que solicitó que se recibieran sobre otro testigo que a su entender fue mendaz, ni la declaración que pidió del médico toxicólogo Rubén Darío Manrique, estaban dirigidos a controvertir los hechos o la salud mental del procesado. Aún desvirtuando dicho testimonio, abundante es la prueba que sirvió para fundamentar la responsabilidad del procesado, y como bien lo recuerda el señor Procurador, demostrarle al jurado que el occiso estaba ebrio en alto grado, en nada favorable incidía para la defensa del procesado.

En definitiva, el cargo no prospera en ninguno de los motivos en que se hizo consistir.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION — NULIDAD

Jurisprudencialmente ha venido aceptándose, sin variación alguna, que las nulidades dentro del régimen de Casación obedecen a normas y procedimientos específicos y como tales deben alegarse y demostrarse siempre bajo el ámbito de la Causal Cuarta de Casación

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 46.

Vistos:

Reconstruido este proceso en los términos del Decreto 3829 de 1985 y agotado el correspondiente trámite, procede la Sala a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Harold Enrique Millán Bonilla* contra la sentencia de 8 de abril de 1985, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali, confirmó la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó a la pena principal de 22 meses, 20 días de prisión como responsable del delito de hurto agravado y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal:

En el mes de diciembre de 1981 la doctora Margoth Millán de Murgueitio entregó a su hermano Harold Enrique Millán Bonilla, lujosas joyas de su propiedad, con el objeto de que gestionara a nombre suyo un préstamo en el Banco Popular de Cali, como en efecto lo hizo, habiendo cancelado la primera cuota del préstamo en marzo de 1982.

Meses después, el 21 de junio del citado año, se presentó al Banco a cancelar el crédito sin llevar consigo el correspondiente comprobante de prenda, porque lo guardaba su hermana a quien no pudo localizar para que se lo entregara, siendo informada que Harold Enrique, en mayo del mismo año (1982) había cancelado el saldo del préstamo retirando las joyas dadas en garantía prendaria.

Haciendo las averiguaciones del caso, pudo establecer que gran parte de las finas alhajas habían sido empeñadas por su hermano en varias prenderías de la ciudad, motivo por el cual formuló denuncia penal contra responsables, obteniendo el decomiso de las joyas pignoradas, las que posteriormente le fueron entregadas.

Establecida la propiedad, preexistencia y falta de los bienes hurtados, éstos fueron avaluados pericialmente en la suma de $ 173.500.

No habiéndose logrado la captura o comparencia del sindicado para responder por los cargos formulados, hubo necesidad de emplazarlo designándole apoderado durante el sumario y defensor en la etapa del juicio, con los que se adelantó el juzgamiento hasta su terminación.

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali, por auto de 29 de junio de 1984, calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio del procesado, por el delito de hurto en las circunstancias de agravación punitiva, previstas en los artículos 351-2 y 372 del Código Penal, por haber perpetrado el ilícito aprovechando la confianza depositada por la dueña de las cosas y sobre bienes cuyo valor excede los cien mil pesos, (folios 57 y ss. del c. de copias), pronunciamiento consentido por la defensa.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando al acusado —reo ausente—, a la pena principal de 22 meses, 20 días de arresto y a las accesorias de rigor negándole el beneficio de la condena condicional (folios 78 y ss. ibídem), fallo consultado con el Tribunal Superior de Cali y por éste confirmado sin ninguna modificación, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Bajo el ámbito de las causales primera y cuarta de casación, se formulan, en su orden, sendos cargos a la sentencia impugnada, el primero como principal y el segundo como subsidiario, así:

1. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal, consistente en que, de acuerdo con los hechos establecidos en la sentencia, no se daban los elementos estructurales del delito de hurto sino del abuso de confianza que describe el artículo 358 *ibídem*, reparo que el demandante fundamenta en los siguientes razonamientos:

El delito de hurto "no surge de lo ocurrido, pues el sindicado no sustrajo la posesión (sic) o quitó la posesión que tuviera la denunciante de las joyas dichas, sino que la doctora Margoth Millán de Murgeitio (sic), dentro del mandato que le confirió para que obtuviera para ella un préstamo en el Banco Popular, voluntariamente le hizo entrega de tales alhajas para que las dejara en garantía prendaria, joyas que posteriormente rescató el acusado, al cambiar de acreedor prendario y también para obtener una mayor suma de la antes debida. En consecuencia, no se tienen las condiciones del hurto, pues implica este ilícito que el agente "se apodere de una cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para sí o para otro" y en lo sucedido no ocurrió ese apoderamiento, con la consiguiente desposesión de ningún bien, pues esa posesión fue dejada, por el contrato de mandato, en el ámbito del acusado. Y al condenar por hurto el juzgador *ad quem* aplicó indebidamente la ley sustantiva penal, en lo que preceptúa el artículo 349 del Código Penal".

Luego agrega:

"Y si alguien, en razón del mandato, ha recibido una cosa mueble para pignorarla en garantía prendaria, a efecto de obtener un préstamo de dinero con destino al mandante, la cosa recibida para tal fin sale de la posesión (custodia y poder de actividad) del mandante para quedar en la posesión (custodia y poder de actividad) del mandatario. Si éste no restituye la cosa al mandante o le da un fin distinto (con *ánimus rem sibi habendi*), no puede cometer hurto porque la cosa le ha sido entregada por un título no traslaticio de dominio, pero que le confiere la posesión, en ese alcance del derecho penal y concretamente del interés jurídico que tutela el precepto que se ocupa del hurto.

"Y es lo que ocurrió en este caso: Mi representado recibió de su señora hermana unas joyas para que las dejara en el Banco Popular de Cali como garantía prendaria en préstamo que ella necesitaba obtener. El señor Millán Bonilla cumplió el encargo, el mandato. Posteriormente, por necesitar dinero para algunas urgencias económicas, buscó mi asistido que prestamistas de Cali, luego de que uno de ellos adelantó dinero para rescatar la prenda del Banco Popular, también prestaran lo necesario para pagar lo debido a tal Banco y para que otra suma quedase en favor suyo. En todo esto, jamás se tiene hurto, porque no hubo desposesión. Si acaso, si existiese ese *animus apropiandi*, o *animus rem sibi habendi*, puede hablarse de abuso de confianza, o a lo sumo de abuso de uso, si los empeños de las joyas posteriores al realizado en el Banco, causaron daño a la denunciante".

Y concluye:

"Si mi mandante hubiera sido llamado a juicio por abuso de confianza, estoy seguro de que no hubiera sido condenado por ese delito, por ausencia del *animus apropiandi*, y ni siquiera por abuso de uso, porque el hecho de dejar nuevamente en prenda un bien, de la condición de una joya, como ocurrió en este caso, no conlleva daño para la cosa, ni para su dueño.

"Claro que en la sentencia que deba proferir la honorable Corte, para reemplazar la que no tiene validez, por haber condenado a mi representado por un delito que no existe, (el de hurto), no se puede tomar en cuenta un delito por el cual no fue llamado a juicio, como ese de abuso de confianza. Si a este ilícito, para afirmar su inexistencia (sic) hipotética, me he referido, lo es para abundar en las razones de justicia que existen para proferir una decisión absolutoria, pues la sentencia, repito, debe ser invalidada".

2. Nulidad de orden legal, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, (Art. 210-5 del Código de Procedimiento Penal), puesto que se calificó como hurto lo que no es otra cosa, hipotéticamente, que un delito de abuso de confianza, cargo que el demandante sustenta remitiéndose en todo a las anteriores argumentaciones.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, examinando conjuntamente los cargos formulados a la sentencia, se opone a las pre-

tensiones del actor aduciendo que la demanda adolece de insubsanables fallas técnicas y ofrece argumentaciones contradictorias y excluyentes que la hacen sustancialmente inepta a la prosperidad del recurso interpuesto.

Refiriéndose a lo que considera cargo único, dividido en dos por el censor, es decir, el error de subsunción de la conducta endilgada al procesado, afirma que el funcionario calificador acertó en la denominación genérica del hecho investigado descartando la existencia de un posible delito de abuso de confianza, pues como claramente advirtió en la sentencia de primera instancia: "Si el sindicado se hubiese apropiado de las joyas antes de llevarlas a la entidad bancaria, su conducta habría quedado subsumida dentro del artículo 358 del Código Penal, pero como él cumplió el mandato y llevó las joyas a la entidad bancaria, al retirarlas nuevamente de ese lugar, a escondidas de su hermana y sin consentimiento de la misma, para apropiárselas, incurrió en el delito de hurto conforme al tipo penal del artículo 349 mencionado", (folios 131-132)", razonado y jurídico enjuiciamiento acogido por el Tribunal Superior al expresar:

"Pero sucede que el procesado meses después, cambia de idea y comoquiera que el recibo de las joyas fue expedido a su nombre, aprovecha la oportunidad, va a la entidad bancaria, paga los intereses, recibe las joyas y las empeña en distintas casas de préstamos, con el consiguiente perjuicio para su propietaria. Conducta subsiguiente que tipifica el delito de *hurto* de que trata el artículo 349 del Código Penal, mas no el de abuso de confianza...", (folio 152 del c. del Tribunal).

Consideraciones de la Corte:

Incuestionable resulta, que los cargos formulados a la sentencia impugnada al amparo de distintas causales de casación guardan entre sí una vinculación muy estrecha, pues giran alrededor de un mismo argumento: haberse calificado el hecho investigado como hurto cuando no es otra cosa que un hipotético delito de abuso de confianza.

En efecto, por el primero de ellos se afirma, que la sentencia es violatoria en forma directa, de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal, norma que no era la aplicable al caso probado, puesto que los hechos establecidos por el sentenciador descartaban la existencia del hurto configurándose en cambio, un hipotético delito de abuso de confianza, el que, sin embargo, no debe tenerse en cuenta por no haber sido considerado en el auto enjuiciatorio.

Pero a renglón seguido niega la existencia del abuso de confianza expresando que si su mandante hubiera sido llamado a juicio por ese delito, "...no hubiera sido condenado por ausencia del animus apropiandi, *ni siquiera por abuso de uso, porque el hecho no conlleva daño para la cosa ni para el dueño".*

Y por el segundo, planteado como subsidiario del anterior, se predica la nulidad de la sentencia por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción al calificarse como hurto lo que no es sino un hipotético delito de abuso

de confianza, remitiéndose el censor en su fundamentación a los mismos razonamientos expuestos como soporte del reproche por quebranto de la ley sustancial.

Entonces, si el subfondo argumental es idéntico para los dos cargos formulados a la sentencia, síguese que la demanda en este punto resulta contradictoria, pues como advierte la Procuraduría Delegada: "Exponer en la forma como lo hizo el recurrente las causales de casación previstas en los numerales primero y cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, vale decir, al lado de la infracción directa de la ley sustancial, por aplicación indebida, con lo que 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, se cae en evidente contradicción...".

La anterior consideración sería suficiente para desestimar el recurso por manifiesta ineptitud del libelo, pero como quiera que el demandante a través de causales de casación autónomas y excluyentes, no subordina la una a la otra, propone la nulidad del proceso por error en la calificación de los hechos demostrados en el sumario, la Sala se permite hacer las siguientes observaciones:

Jurisprudencialmente ha venido aceptándose sin ninguna variación, que las nulidades dentro del régimen de casación obedecen a normas y procedimientos específicos y como tales deben alegarse y demostrarse siempre bajo el ámbito de la causal cuarta de casación, así provengan de los motivos contenidos en la causal primera porque su prosperidad conlleva no la sustitución del fallo impugnado, sino la invalidación de todo el proceso o parte de él para que se reponga la actuación por vicios en su formación.

Todo error en la denominación jurídica de la infracción supone la existencia de un delito distinto al acogido en el auto de proceder y la sentencia cuestionada.

El recurrente que acude a este específico motivo de nulidad debe probar dos extremos: primero, que el delito por el cual se llamó a juicio no se tipifica; y, segundo, que es otro muy distinto el que de manera inequívoca se cometió según las pruebas recaudadas. La impugnación comprende pues, estos aspectos: La aceptación de que el procesado no es inocente porque de todas maneras cometió delito, y la necesidad de demostrar el verdadero delito en el terreno probatorio y jurídico.

El impugnador, contrariando los hechos que dio por establecidos el Tribunal sentenciador, sin aducir error en la apreciación de las pruebas recaudadas en la etapa investigativa, estima que no se configura el delito de hurto en la conducta de su patrocinado, sino un hipotético abuso de confianza porque habiendo actuado como mandatario de su hermana en la entrega de las joyas dadas en garantía prendaria, las que posteriormente rescató para cambiar de acreedor prendario, se apropió o hizo uso indebido de bienes muebles, de cuyo poder de custodia y disposición se había desprendido voluntariamente la dueña por virtud del contrato de mandato a él conferido, planteamiento que entraña una antagónica posición conceptual puesto que negada la existencia del delito por el cual se hizo el juzgamiento, a renglón seguido se sugiere,

a manera de hipótesis o mera probabilidad, la comisión de un posible delito de abuso de confianza, que más adelante se niega en el curso de la demanda.

Incumple de tal modo el censor con uno de los extremos de su argumentación: La demostración en el terreno probatorio y jurídico, de la existencia del verdadero delito por el cual debió hacerse el juzgamiento y la condena, pues comenzando por afirmar categóricamente la configuración de un delito de abuso de confianza, luego lo pone en entredicho para finalmente negar de plano su existencia; inseguro planteamiento que desconoce abiertamente la técnica que gobierna este específico motivo de nulidad.

Propuesto a medias el cargo, no puede la Corte entrar a examinarlo porque carece de elementos de juicio que le permitan precisar el verdadero alcance de la impugnación y desentrañar el pensamiento del impugnador respecto al delito por el cual debió hacerse y no se hizo, el enjuiciamiento y la condena a más de que el pretendido error de adecuación típica de la conducta investigada no emerge del proceso en forma ostensible o manifiesta.

No prosperan los cargos formulados a la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

Desestimar el recurso de casación interpuesto a nombre del procesado Harold Enrique Millán Bonilla contra la sentencia de fecha y origen consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONTRABANDO

La esencia sui géneris del proceso de CONTRABANDO hace que en él se adelanten paralelamente dos acciones, una de la que es titular la rama ejecutiva y la segunda dirigida contra el sujeto infractor, está encaminada a determinar si cometió o no delito de contrabando

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 046 del 7 de julio de 1987.

Vistos:

Debería la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Benjamín Arriaga Arcos,* si no encontrase una causal de nulidad que invalida lo actuado.

Actuación procesal

El Juzgado Tercero Superior de Aduanas de Bogotá, profirió el día siete de marzo de mil novecientos ochenta y seis, sentencia absolutoria a favor del señor Benjamín Arriaga Arcos, a quien se habían formulado cargos por el delito de contrabando; en esta misma providencia, declaró que no es de contrabando el camión doble troque marca Mack, de placas SN-7667, con motor Nº R640T1034, de servicio público.

Consultada la anterior determinación, el Tribunal Superior de Aduanas dictó sentencia de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y seis, en la cual confirma la decisión de primera instancia en cuanto a la absolución proferida a favor de Arriaga Arcos, pero revocó el segundo pronunciamiento, y declaró como de contrabando el camión y dispuso que el mismo pasara al Fondo Rotatorio de Aduanas para los fines legales del caso.

Contra la sentencia de segundo grado el procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual fue oportunamente concedido por el Tribunal. Llegado el expediente a la Corte, con auto de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y seis se declaró admisible y se ordenó correr traslado al recurrente para que presentara la demanda, la cual fue luego declarada ajustada a las prescripciones legales.

Consideraciones de la Corte

El recurso extraordinario de casación es un medio de impugnación de las sentencias de segunda instancia, que procede únicamente en circunstancias especiales y concretas; si a la materia del proceso se refiere, estas condiciones están determinadas por la naturaleza del asunto, y la cuantía y calidad de la pena que se imponga. Así, por decisión del legislador no procede el recurso contra una sentencia que agote un proceso contravencional o disciplinario, ni tampoco contra aquella que decida definitivamente sobre un delito cuya pena sea de multa o privativa de la libertad personal inferior a cinco años.

Este mismo principio rige dentro del estatuto penal aduanero, el cual dispone en su artículo 65 que el recurso extraordinario procede contra las sentencias de segundo grado proferidas por el Tribunal Superior de Aduanas por delitos que tengan fijada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, y siempre que el valor de la mercancía objeto del delito sea o exceda de cien mil pesos.

Ahora bien, contra Benjamín Arriaga Arcos *se adelantó un proceso por el delito de contrabando, y en él resultó absuelto tanto en primera como en segunda instancia; por esta circunstancia, carece él de legitimidad para recurrir en casación porque la decisión, favorable a sus intereses, lejos de causarle agravio le comporta un beneficio y por tanto no puede pretender que se revoque la decisión absolutoria. Carece de legitimación en la causa para recurrir. Por este aspecto, en consecuencia, el Tribunal no podía conceder el recurso, ni la Corte dar al mismo el trámite correspondiente.*

Bien puede pensarse, entonces, que el fundamento del ataque es el perjuicio que causa al procesado la determinación del fallador de segunda instancia, en el sentido de declarar de contrabando la mercancía materia del proceso. Tal como ahora lo alega el demandante y lo ha expuesto el propio recurrente. Empero, en este punto necesario resulta establecer la naturaleza de esa decisión y la procedencia del recurso en cuanto a ella.

La esencia sui géneris del proceso de contrabando hace que en él se adelanten paralelamente dos acciones cuyas competencias se unifican en la cabeza del Juez especializado; la primera de ellas, de la que es titular la rama ejecutiva del poder estatal, está dirigida exclusivamente hacia la mercancía retenida y trata de establecer si dichos bienes ingresaron legalmente o no al territorio nacional. La segunda, se dirige contra el sujeto infractor y está encaminada a determinar si cometió o no delito de contrabando, y cuál el grado de su responsabilidad penal. Obviamente que el sujeto se encuentra ligado a la mercancía objeto material del ilícito, pero no por ello está determinando la decisión en cuanto a la declaratoria de contrabando de los bienes o a la responsabilidad del acusado.

Por ello, el artículo 14 del estatuto penal aduanero, estableció claramente que la declaración de que una mercancía es de contrabando

es independiente de la responsabilidad penal del procesado, es decir, puede hacerse esta manifestación en cuanto a los bienes incautados y absolverse al incriminado —como sucede en el caso en estudio—, sin que ello implique necesariamente la existencia de decisiones contradictorias.

La acción administrativa que surge en el proceso penal aduanero en relación con la mercancía, no legitima entonces al procesado para recurrir contra las decisiones que a ella se refieran si no se dan las demás exigencias procesales y sustanciales del recurso; indudablemente, uno de tales presupuestos es la necesaria vinculación de la declaración que se refiere a la mercancía, con la decisión en torno al delito.

Las acciones tendientes a la recuperación del automotor ante las autoridades de la Dirección General de Aduanas, están vinculadas a la actuación misma de la Rama Jurisdiccional, en cuanto dure el proceso y vinculado el vehículo al mismo; es al Juez de aduanas a quien corresponde decidir si la mercancía puede o no rematarse, quien establece el destino del producto del remate en algunos eventos, si la mercancía es de contrabando o no, y otra serie de determinaciones que puede hacer en tanto tenga que definir si existe o no delito. Pero, habiendo declarado a través de una sentencia que no existió infracción a la ley penal, esto es, que la conducta no es típica, o que se realiza bajo una causal de justificación, o que no se comprobó procesalmente la responsabilidad penal del encartado, la declaración de contrabando o no sobre la mercancía es determinación que según el artículo 14 citado, es independiente en las instancias de la anterior resolución.

Rota esa conexidad, y siendo que como se estableció no procede el recurso de casación en cuanto a la decisión eminentemente jurisdiccional, no puede pretenderse el mismo recurso contra las declaraciones accesorias de naturaleza administrativa que contiene la sentencia.

Así las cosas, concluye la Sala que no procede el recurso de casación contra la sentencia acusada y, habiéndose concedido y tramitado, se impone la anulación de esta actuación para preservar el principio del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

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,

Resuelve:

Declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto de fecha once de agosto de mil novecientos ochenta y seis, por medio del cual el Tribunal Superior de Aduanas, concedió el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por el procesado Benjamín Arriaga Arcos contra la sentencia de segunda instancia dictada por la misma corporación el día veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y seis.

Ejecutoriada esta providencia, regresen los autos al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO

Tratándose de una actividad jurídica compleja, es apenas lógico que al haberse iniciado su ejecución en vigencia de la ley anterior, debe culminar su trámite en acuerdo con la misma. El Consejo de Guerra es uno de los específicos casos contemplados en la Ley 153 de 1887

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 048.

Vistos:

Por sentencia del veintinueve (29) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Tribunal Superior Militar confirmó la providencia de primera instancia, por medio de la cual se condenó a los civiles *Danilo Henao González, Oscar Eduardo Arévalo Sánchez, Timothy Allen Crawford y Lawrence Steven Zeliadt,* a la pena principal de nueve (9) años de prisión como responsables de violación al artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue adecuadamente tramitado, declarándose admisible y posteriormente ajustada la demanda a los requisitos legales.

Durante su tramitación se escuchó el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, quien solicitó no se casara la providencia recurrida pero que las normas impuestas debían de adecuarse a lo previsto en la Ley 30 de 1986.

La Sala procede a resolver de conformidad, luego de sintetizar los siguientes hechos:

El siete (7) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), agentes de la Policía Nacional, en el corregimiento de Pitalimón, municipio de San Martín, en la finca La Cabaña, sorprendieron una avioneta norteamericana distinguida con la matrícula N-5491-X, en cuyo interior se encontraron veintidós (22) tulas que contenían 488 kilos que resultaron ser cocaína. Fueron capturados cuando trataban de huír, cerca a una ciénaga Danilo Henao González, Timothy Allen Crawford y Lawrence Steven Zeliadt. Posteriormente, fue vinculado como reo ausente Oscar E. Arévalo.

Actuación procesal

Por auto cabeza de proceso del siete (7) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), el Juzgado de Instrucción 72 Penal Militar abrió investigación.

Por auto de dos (2) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) se decretó la detención de los procesados Henao González, Timothy Allen Crawford y Lawrence S. Zeliadt.

Fue emplazado por edicto del cuatro (4) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), Eduardo Arévalo Sánhez y declarado reo ausente por medio del auto de veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Por auto de cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), se decretó la detención preventiva de Arévalo Sánchez.

El Auditor de Guerra de la Quinta Brigada, por concepto del veintisiete (27) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986), solicitó al Comandante de la misma que se juzgara a los procesados en Consejo Verbal de Guerra.

Por resolución Nº 18 del 30 de enero de 1986, se convocó al Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los procesados antes mencionados.

Con fecha del seis (6) de febrero se dieron respuestas a los cuestionarios previamente formulados con respuesta afirmativa de responsabilidad para todos los convocados, excepto para María Isabel Suárez Pernet, para quien se dio respuesta negativa de responsabilidad.

Por sentencia del trece (13) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986), se dictó sentencia condenatoria de primera instancia contra los procesados declarados responsables, imponiéndoles pena principal de nueve (9) años de prisión a cada uno.

La anterior providencia fue confirmada por sentencia del veintinueve (29) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Las demandas

Los defensores de Thimothy Allen Crawford, Laurence Steven Zeliadt y Danilo Henao González, propusieron como cargo único contra la demanda impugnada, el haber sido dictada en un juicio de nulidad, por carencia de competencia de la justicia penal militar, por haberse dictado la Ley 30 de 1986, que derogó el Decreto 1042 de 1982, dictado en vigencia del Estado de Sitio que les otorgaba dicha competencia.

Por su parte, el apoderado de Oscar Eduardo Arévalo Sánchez, además de presentar la misma demanda que es común a todas las demás, agregó dos cargos más, el primero aduciendo una nulidad por violación del contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional por carecer la Justicia Penal Militar de competencia para el juzgamiento de civiles.

Como cargo tercero, argumentó el haberse dictado la sentencia en proceso viciado de nulidad por no haber sido notificado adecuadamente

el auto que señaló el día y hora para la celebración del Consejo Verbal de Guerra.

El cargo que es común a las cuatro demandas, en una de ellas se concreta su fundamentación de la siguiente manera:

"El Decreto 1042 de 1984 fue dictado por el Ejecutivo en virtud de las facultades establecidas en el artículo 121 de la Constitución Nacional y en él se atribuyó a la Justicia Penal Militar el conocimiento de algunos hechos punibles tipificados en el Decreto 1188 de 1974.

El artículo 121 de la Constitución Nacional dispone que el Gobierno no puede derogar las leyes por medio de tales decretos y que sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el Estado de Sitio.

Lo anterior quiere decir que el Decreto Legislativo 1042 de 1984, se limitó a suspender la vigencia de algunas normas de competencia ordinaria y concretamente el artículo 48 del Decreto 1188 de 1974 que asignaba a los jueces penales y promiscuos del Circuito el conocimiento de tales punibles.

La Ley 30 de 1986 fue sancionada el 31 de enero de 1985 y dispuso en su artículo 101 que su vigencia empezaba a partir de la fecha de su sanción y que derogaba todas las disposiciones que el fueran contrarias. Dicha Ley fue publicada en el Diario Oficial Nº 37335 del 5 de febrero de 1986.

La Ley 153 de 1887 establece en su artículo 40 que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, con la única salvedad de que los términos que hubieran empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieron iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

Es claro entonces que a partir de su expedición la norma vigente en materia de narcotráfico es la Ley 30 de 1986 que en su artículo 46 devuelve a los Jueces Penales y Promiscuos del Circuito el conocimiento de los punibles relacionados con el tráfico y tenencia de estupefacientes.

Como consecuencia lógica de lo anterior, es obvio que la Justicia Penal Militar carecía de competencia para conocer de este proceso a partir del 31 de enero de 1986 fecha en que fue sancionada por el Ejecutivo, conforme ella misma lo establece en su artículo 101.

Como quiera que el Consejo Verbal de Guerra llevado a efecto en este proceso, se cumplió los días 6 y 7 de febrero de 1986, es evidente que para entonces la Justicia Penal Militar carecía de competencia para su realización, por cuanto al tiempo de entrar en vigencia la nueva ley, esa diligencia no se había iniciado.

Si el propósito del legislador delegado, hubiera sido el de que la Justicia Penal Militar continuara conociendo de las infracciones descritas en el anterior estatuto y ahora tipificadas en la nueva disposición, se habría hecho la salvedad en la misma ley, o me-

diante un nuevo Decreto Legislativo, pero no siendo así, es claro que la competencia se atribuyó sin limitación alguna a la Justicia Penal Ordinaria y concretamente a los Jueces Penales y Promiscuos del Circuito.

Conforme a las demostraciones anteriores, es evidente que en este proceso se ha incurrido en la causal de nulidad legal consagrada en el numeral 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, violándose además el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 6º del Código de Justicia Penal Militar e idem del Código Penal, por cuanto se tuvo como punto de referencia para la dosificación de la pena a imponer, el Decreto Legislativo 1060 de 1984 que igualmente había perdido vigencia en razón de la expedición de la Ley 30 de 1986 y que consagraba una penalidad marcadamente superior a ésta".

Los dos cargos diversos que aparecen en la demanda presentada en favor de Arévalo Sánchez, son fundamentados de la siguiente manera; en el cargo primero:

"1º El artículo 26 de la Constitución Nacional, pilar fundamental de la normatividad jurídico-penal colombiana, dispone perentoriamente que: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio'.

2º El artículo 170 de la Constitución Nacional establece que: 'De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar'; de cuyo texto se infiere que la esencia y naturaleza de la justicia penal militar es la de juzgar los hechos punibles cometidos por los miembros de las fuerzas armadas, sin que el canon constitucional hubiera consagrado excepción alguna a ese respecto.

3º La validez que se ha pretendido atribuir a la Justicia Penal Militar para el juzgamiento de civiles no adscritos a las fuerzas armadas, con fundamento en el artículo 61 de la Constitución Nacional, se cae de su peso a partir de un simple análisis gramatical, por cuanto la norma dispone que: 'Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, *la autoridad política o civil y la judicial o militar*', entendiéndose claramente que la excepción, en tiempo de guerra, es que la autoridad política o civil pueda ejercer la judicial o militar, pero en ninguno de los términos de la norma cabe la posibilidad siquiera de que aún en tiempo de guerra puedan concurrir en una sola persona o corporación la función judicial y la militar".

El cargo tercero se fundamenta así:

"1º La Resolución de Convocatoria del Consejo Verbal de Guerra fue expedida con fecha 30 de enero de 1986 y en ella se delegaba en el Presidente del Consejo la facultad de señalar fecha y hora para su celebración, (folio 616).

2º Dicha resolución no fue notificada en forma alguna al apoderado del reo ausente señor Oscar Eduardo Arévalo Sánchez. tal como puede observarse a folio 618.

3º Mediante auto del 31 de enero de 1986, el Presidente del Consejo Verbal de Guerra señaló el día 6 de febrero del mismo año para llevar a cabo la iniciación del mismo, auto que no fue notificado a ninguno de los procesados ni a sus respectivos apoderados.

4º Es evidente que se ha incurrido en la causal de nulidad legal consagrada en el numeral 4º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar. Es obvio, además, que dicha omisión constituye una clara y manifiesta violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y específicamente al derecho de defensa y a la garantía constitucional del debido proceso, por cuanto privó al procesado y a su apoderado de la oportunidad de conocer con antelación la fecha de celebración del Consejo Verbal de Guerra, con las necesarias y graves consecuencias que ello entraña para su ejercicio.

5º No se saneó dicha nulidad, por cuanto el procesado no concurrió a la celebración del Consejo Verbal de Guerra y en consecuencia está facultado para solicitarla de conformidad con el inciso final del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar. Por lo demás, es procedente la invocación en Casación de la aludida causal de nulidad, de conformidad con el artículo 443 del mismo estatuto".

Concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares

El Fiscal de la Corporación solicitó no se casara la sentencia con base en las siguientes alegaciones:

"En relación con la incompetencia de la Justicia Penal Militar para seguir conociendo de los procesos adelantados por los hechos punibles tipificados en el Decreto 1188 de 1974, a partir del 31 de enero de 1986 (fecha en que fue sancionada la Ley 30 de 1986), esta Delegada —en oficio Nº 000851 del 20 de febrero de 1986, que contestó consulta del señor Comandante del Ejército sobre este tema en ejercicio de la función asignada en el numeral 10 del artículo 375 del Código Penal Militar a este Despacho del Ministerio Público—, expresó:

> '...La adopción y vigencia de un nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986), no significa el desconocimiento pleno de normas que regían para la época en que se consumaron hechos que las mismas (Decreto-ley 1188 de 1974 y Decreto Legislativo 1060 de 1984), definían y sancionaban como delitos, salvo lo que deba considerarse en lo concerniente a la favorabilidad de la nueva ley..., ...siendo aplicable todavía... la competencia otorgada por los Decretos Legislativos 1042 y 1290 de 1984, a la Jurisdicción Penal Militar ...con la limitación temporal señalada en el Decreto Legislativo 2689 de 19 de septiembre..., ...debe insistirse en que si la voluntad del legislador hubiera sido la de extinguir la competencia extraordinaria que se otorgó a la Jurisdicción Penal Militar, para

el conocimiento de determinados tipos penales contenidos en el Decreto 1188 de 1974, de manera expresa habría indicado lo pertinente, incluyendo en la Nueva Ley de manera clara un texto o al menos una frase que así lo indicara —como lo hizo en el Decreto Legislativo 2689 de 1985—, porque bien sabido es que la competencia de toda clase de autoridades no puede ser fruto de interpretación de la Ley, sino de un mandamiento expreso o taxativo del legislador, que para el caso existe. En suma, los delitos de que viene conociendo la Justicia Penal Militar relativos al narcotráfico, cuya investigación se inició antes de la vigencia del Decreto Legislativo 2689 de 1985, que se consumaron bajo la vigencia de un ordenamiento preexistente a su ejecución y cuyo conocimiento fue expresamente adscrito a esta Jurisdicción Penal Especial, sigue bajo tal competencia y ésta ha de ejercerse como lo dispone el citado Decreto, mientras subsista turbado el orden público y el Estado de Sitio en todo el territorio nacional o mientras tengan vigencia sus previsiones..., ...cabe observar que hasta la presente la honorable Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado sobre la exequibilidad o inexequibilidad del Decreto Legislativo 2689 de septiembre 19 de 1985'.

Dicha interpretación fue acogida por esta Procuraduría y el Tribunal Superior Militar hasta el 8 de agosto de 1986, fecha en la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado —respondiendo consulta Nº 059, formulada por el señor Ministro de Defensa Nacional—, transcribiendo decisión del Tribunal Disciplinario, concretó que: 'Los Decretos Legislativos dictados por el Gobierno en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, en relación con la competencia para el juzgamiento de los delitos relacionados con el narcotráfico, quedaron derogados por el Congreso Nacional por la expedición de la Ley 30 de 1986, que determinó la competencia en los juzgados penales y promiscuos del circuito, a partir de la fecha de la sanción efectuada el 31 de enero de 1986 y publicada en el Diario Oficial Nº 37335 de febrero 5 del mismo año'. En este orden de ideas, al no haber habido un criterio inequívoco sobre la competencia cuestionada (para la época en que se dictó la sentencia impugnada) no debe prosperar el cargo común de las demandas de casación presentadas en este juicio.

Respecto del primer cargo de la demanda instaurada a nombre de Arévalo Sánchez, la Delegada para las Fuerzas Militares se atiene a lo expresado por el doctor Alfonso Patiño Roselly (Magistrado ponente en el fallo de exequibilidad del Decreto 1042 de 1984, Sentencia Nº 57 de julio 3 de 1984), en cuanto a que:

'Séptima. La Corporación ratifica su rechazo de interpretaciones del artículo 61 de la Carta, conforme a las cuales la Justicia Penal Militar es aplicable únicamente a quienes forman parte de las Fuerzas Militares. Tales interpretaciones omiten del citado artículo un fragmento esencial: «en tiempo de paz»....

Octava. Ratifica también la Corte su entendimiento de que las normas de los artículos 27-2 y 170 de la Constitución, conforme a los cuales los jefes militares podrán imponer penas *in continenti* para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo, y las cortes marciales o tribunales militares conocerán de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, son mandatos que en nada pugnan con la excepción que para tiempo de no paz se deriva del artículo 61 de la Constitución. Las atribuciones dadas por tales normas a los jefes militares y a las cortes marciales o tribunales militares no excluyen —como lo ha estimado siempre la Corte—, la asignación de otras competencias a la justicia penal militar, cuando ello sea aconsejable para el restablecimiento del orden público. La afirmación en contrario es del todo infundada y arbitraria y desconoce la naturaleza exceptiva del régimen en Estado de Sitio consagrado por el artículo 121'.

En cuanto al tercer cargo de la demanda presentada por el defensor del reo ausente Oscar Eduardo Arévalo, esta Agencia del Ministerio Público observa que la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra fue notificada personalmente a los procesados detenidos Timonthy Allen Crawford, Lawrence Steven Zeliadt, María Isabel Suárez Pernett y Danilo Henao González y a los profesionales del derecho: Julio Enrique Avellaneda (defensor de los dos primeros); Florentino Gómez (representante de María I. Suárez), y César Montoya Ocampo (defensor de Danilo Henao y del reo ausente Oscar Eduardo Arévalo), —folios 312, 395, 397, 563 y 585—, y aunque el auto que fijó fecha para iniciar el Consejo de Guerra no fue notificado a procesados y apoderados, lo cierto es que —según el tenor del acta correspondiente—, los procesados detenidos y los tres defensores concurrieron a tal juicio y ejercieron el derecho de defensa de los enjuiciados, siendo absuelta María Isabel Suárez Pernett y condenados los señores Crawford, Zeliadt, Henao y Arévalo, (folios 633 a 663).

En tales condiciones, este tercer cargo tampoco puede prosperar —a la luz de los numerales 3 y 4 del artículo 441 del Código Penal Militar—, ya que los procesados presentes y los defensores, (uno de ellos también apoderado del reo ausente Arévalo Sánchez), acudieron al juicio, sin haber reclamado tal presunta nulidad.

De todas maneras, tal como se anotó en el oficio Nº 000851 —emitido por esta Delegada el 20 de febrero de 1986— '...se impone el acatamiento de lo previsto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, desarrollado entre otros por los artículos 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, 6º del Código Penal Militar, en el sentido de que en materia penal la Ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable', a los procesados debe dosificárseles las sanciones imponibles a la luz de los artículos 33 y 38 de la Ley 30 de 1986 y no de los Decretos 1188 de 1974 y 1060 de 1984 como se hizo en la sentencia impugnada.

En estas circunstancias, concluye este Despacho que no deben prosperar los tres cargos que le formularon —en casación— los de-

fensores de los procesados a la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar en este juicio, el 29 de abril de 1986, pero que las penas de los señores Henao, Arévalo, Crawford y Zeliadt deben ajustarse a lo dispuesto por la Ley 30 de 1986".

Consideraciones de la Corte

Se procederá inicialmente al estudio del cargo formulado como único en tres de las demandas pero que es común a las cuatro, puesto que aparece como cargo segundo en la cuarta de ellas.

El fenómeno de la sucesión de leyes procesales, ha suscitado diversas controversias porque tanto en la doctrina como en algunos fallos judiciales se ha llegado a sostener que el principio de favorabilidad no es aplicable a este tipo de materias, posiblemente porque se ha considerado que el principio constitucionalmente consagrado es inconciliable con el contenido del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que establece que las leyes relativas a la sustanciación y ritualidad de los juicios, son de aplicación inmediata y que por tanto prevalecen sobre las anteriores, precisándose muy claramente que: "Los términos que hubieran empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación".

La realidad es que las normas aparentemente inconciliables no lo son y cuando se trata de reglas de carácter procesal que de una u otra manera afectan los intereses defensivos del procesado, es evidente que debe recurrirse al principio de favorabilidad dando aplicación a la que mayor conveniencia pueda implicar para el acusado; pero en tratándose de aquellas normas de simple sustanciación o trámite, se debe dar aplicación inmediata a la Ley procesal y si esta se refiere a términos que hubieran empezado a correr o diligencias que ya se hubieran iniciado, deberán concluirse con la Ley que esté vigente al momento de su iniciación.

No quiere decir lo anterior, que la Ley 153 desconozca el principio de favorabilidad de consagración constitucional, sino que hace previsiones tendientes a evitar confusiones y problemas que surgirían de manera muy normal, cuando en el caso de sucesión de leyes procesales, las normas que se suceden regulan la tramitación o la sustanciación del proceso de manera diversa y con términos igualmente diferentes. Sería realmente origen de nulidad de conflictos, puesto que los jueces se encontrarían en un mar de dudas al no saber cuál procedimiento seguir y cuáles plazas respetar si los previstos en la antigua ley o si por el contrario los señalados en la nueva. Es entonces sano el criterio acogido por la Ley 153 al disponer la vigencia de la vieja disposición para aquellos casos de términos que la hubieran empezado a correr e igualmente para las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas.

Lo anterior, porque la Ley 30 de 1986 fue sancionada el 31 de enero, publicada el 5 de febrero en el Diario Oficial Nº 37.335 y por tanto inició su vigencia el 6 de febrero, fecha en la cual el Consejo de Guerra como acto jurídico complejo se había iniciado puesto que había sido convocado el 30 de enero para que la audiencia tuviera comienzo el 6 de febrero y aún más, porque el Presidente del Consejo se había posesionado el 31 de enero y, en las condiciones anteriores, es éste uno de los específicos casos

contemplados en la Ley 153 de 1887, comoquiera que se trata de una actividad judicial compleja, entendiéndola como única en su unidad, pero integrada simultáneamente por pluralidad de actos que son individualizables entre sí, mas en su conjunto integran una etapa con repercusiones jurídicas propias, siendo el resultado de esa pluralidad de actos que lo integran. Tratándose de una actividad jurídica compleja, es apenas lógico que al haberse iniciado su ejecución en vigencia de la Ley anterior, debe culminar su trámite en acuerdo con la misma; porque la nueva Ley, en relación al procedimiento de investigación y fallo de los delitos de narcotráfico, señala una nueva ritualidad, que en casos como el presente debe continuar con la aplicación de la Ley con la que se comenzaron a ejecutar, y en tales condiciones, teniéndose como se tiene que el Consejo de Guerra, como acto jurídico complejo que se prolonga hasta la sentencia de primera instancia, se deben aceptar las pretensiones de los demandantes y se debe acceder a casar la sentencia, debiéndose declarar la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al fallo de primera instancia, para que siguiéndose las pautas trazadas por la Ley 30 se continúe su tramitación hasta la sentencia definitiva.

Los procesalistas y entre ellos Carnelutti, *han reflexionado sobre el acto jurídico complejo al afirmar que "se puede dividir en partes. Cada una de las cuales, es de por sí un acto, en el sentido de que es de por sí idónea para la producción de un efecto práctico, pero las distintas partes permanecen reunidas, no tanto por obra de la unidad del efecto del acto, como por obra de la unidad o, al menos, de la independencia de la causa".*

La Corte Suprema de Justicia, de manera reiterada, ha reconocido la existencia del acto jurídico complejo en relación con el Consejo de Guerra y es así como en sentencia del 12 de julio de 1974 afirmó: "La Corte ha sostenido en anteriores ocasiones, reiteradamente, que el Consejo de Guerra Verbal es acto jurídico complejo, pero único, cuyos momentos sucesivos pueden tener ocasión en tiempos y espacios diferentes, sin perder su obligada unidad".

En las condiciones anteriores, habiendo concluido el Consejo de Guerra con la sentencia de primera instancia, en este momento perdió la justicia castrense su competencia para continuar la tramitación de este proceso y al haber persistido en ella se incurrió en la nulidad que ahora se declara.

A pesar de lo anteriormente decidido —casar el fallo impugnado—, la Sala se referirá a las otras causales de nulidad que se plantean por parte del apoderado de Arévalo Sánchez, porque de aceptarse alguna de ellas el proceso se podría invalidar en una etapa anterior a la que ahora es motivo de declaratoria.

El censor considera que se trata de un juicio viciado de nulidad porque la justicia penal militar es incompetente para el juzgamiento de los civiles de acuerdo a expresa prohibición del artículo 170 de la Constitución Nacional; que al haberse hecho este procesamiento se violó el debido proceso consagrado como garantía en el artículo 26 de la Carta.

Es bien sabido que las decisiones judiciales sólo tienen fuerza de ley para las partes, y únicamente producen efectos *erga omnes* aquellas

en las que la Corte decide la exequibilidad o inexequibilidad de las normas cuyo control constitucional es de su competencia.

Es igualmente conocido que los decretos que dicta el Presidente de la República en virtud de las precisas facultades que le concede el artículo 121 de la Constitución, tienen control automático de constitucionalidad por la Corte.

Precisamente por sentencia del 3 de julio de 1984, con ponencia del doctor Patiño Roselli, se declaró exequible el Decreto 1042 de 1984; con esta decisión se reiteraba una jurisprudencia que durante varias décadas imperó como criterio mayoritario de la Corte y que sólo vino a cambiar por medio de la sentencia del 5 de marzo de 1987, cuando por mayoría se consideró que era inconstitucional el juzgamiento de civiles por los Tribunales castrenses. (Decreto 3671 de 1986).

En las condiciones anteriores, no tiene razón de ser el cargo que formula en primer lugar el censor, porque cuando se adelantó el juzgamiento de las personas procesadas en este sumario, los jueces militares no tenían otra alternativa que cumplir la decisión sobre constitucionalidad que previamente había emitido la Corte Suprema de Justicia, porque era de aquellas determinaciones que tiene fuerza de ley para todos los habitantes del territorio nacional.

Con base en lo razonado, procedentemente se rechazará el cargo de nulidad.

Como cargo tercero plantea la nulidad de carácter legal, la prevista en el numeral 4º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, por no haberse notificado en debida forma el auto que señaló día y hora para la celebración del Consejo de Guerra Verbal, en cuanto no fue notificado a ninguna de las partes, de la misma manera que no se notificó al apoderado de Arévalo (reo ausente), la resolución de convocatoria al Consejo de Guerra.

Sostiene el recurrente que la nulidad no fue saneada, puesto que el reo ausente no estuvo presente y que por tanto es procedente que la invoque.

Equivocada es la interpretación que el censor hace de la ley procesal militar, porque la realidad es que la Resolución de Convocatoria no se notifica y ello se ha de concluir claramente de la lectura del artículo 573 del Código de Justicia Penal Militar que dispone que instalado el Consejo, se hace comparecer a los sindicados presentes y se les leerá la Resolución de Convocatoria, advirtiéndoseles que deben nombrar un defensor y a quien no lo hiciere el Presidente le nombrará uno de oficio y cumplidas las anteriores formalidades, el Presidente, en voz alta, declara reos ausentes a los sindicados que figuren en la Resolución de Convocatoria, cuya comparecencia no se haya obtenido y les hará el respectivo nombramiento de los defensores de oficio, dándoles posesión en sus cargos.

Si se observa a folio 633 del expediente, donde aparece el inicio del acta del Consejo de Guerra, se verificará la siguiente anotación: "...cumplidas las anteriores formalidades, el señor Presidente del Consejo, en alta voz, declaró reo ausente al particular Oscar Arévalo Sánchez y le

designó como su apoderado de oficio al doctor César Montoya Ocampo, a quien se le recibió el juramento de rigor y bajo esta gravedad juró cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo le impone".

Si la declaratoria de reo ausente sólo se hace en la audiencia del Consejo, es obvio que no es legalmente indispensable que se notifique al ausente el auto por medio del cual se señala día y hora para la realización de la misma, porque su ingreso al proceso sólo será a partir del momento en que el Presidente del Consejo, en voz alta así lo declara.

Como se puede ver, el trámite del Consejo de Guerra se adelantó adecuadamente y tal como expresamente está previsto en el artículo 573 del Código de Justicia Penal Militar y al no requerirse las notificaciones que demanda, mal puede pretender la existencia de una nulidad de carácter legal.

En las condiciones anteriores, se rechazará igualmente este cargo.

No puede la Sala terminar, sin hacer algunas consideraciones relacionadas con el concepto emitido por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, quien solicita a la Corporación que no se case el fallo impugnado y es necesario referirse al concepto para manifestar la absoluta discrepancia con lo que allí se sostiene, porque inicialmente afirma el señor Procurador que contestando a una consulta del Comandante del Ejército había sostenido que en su criterio se debían seguir aplicando los Decretos del Estado de Sitio que le confirieron competencia a los jueces militares.

Más adelante, en su concepto dice que ese criterio fue acogido por esa Delegada hasta el ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986), fecha en la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado absolviendo una consulta formulada por el Ministerio de Defensa Nacional transcribió una decisión del Tribunal Disciplinario en la que se sostiene criterio contrario al afirmar: "Los Decretos Legislativos dictados por el Gobierno en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional en relación con la competencia para el juzgamiento de los delitos relacionados con el narcotráfico, quedaron derogados por el Congreso Nacional por la expedición de la Ley 30 de 1986, que determinó la competencia en los Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito a partir de la fecha de la sanción efectuada el treinta y uno (31) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986) y publicada en el Diario Oficial Nº 37335 de febrero 5 del mismo año".

Finalmente, concluye que en cuanto a la interpretación del citado conflicto no hubo criterio uniforme y por tanto no debe prosperar el cargo.

No puede aceptarse tal posición, menos aún cuando una de las citadas interpretaciones es formulada por quien no tiene competencia para ello.

Es realmente insólita la argumentación, porque el hecho de que con criterio equivocado hubieran los jueces castrenses usurpado competencia que no les pertenecía, ese error interpretativo no le confiere validez al adelantamiento de un proceso que fue totalmente viciado.

Aceptar tan peregrina afirmación significaría darle visos de legalidad a los errores interpretativos en que incurrieron los funcionarios jurisdiccionales, sobre el pretexto de que el asunto en el que se equivoquen de manera grave es conflictivo y que existiendo interpretaciones diversas debe finalmente validarse la actuación que se ejecutó sobre presupuestos falsos y equivocados.

Consecuente con las consideraciones anteriores, la Sala de Casación Penal debe concluir que el cargo ha de prosperar y por tanto debe decretarse la nulidad de todo lo actuado por la justicia penal militar, con posterioridad a la sentencia de primera instancia, concretamente a partir del auto del trece (13) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986). (Folio 701).

Son suficientes las consideraciones anteriores para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelva:

Casar la sentencia impugnada.

Decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 13 de marzo de 1986. (Folio 701).

Remítase a los funcionarios competentes, en este caso a la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, para que se tramite la segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1. INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es la no capacidad de comprender, de razonar, de determinarse, de saber que la conducta es ilícita o sabiéndola así ser impotente ante la fuerza interna que lo impele a realizarla

2. VEREDICTO INEXISTENTE

Si el veredicto señala la responsabilidad del procesado, pero agrega la manifestación referente a la falta de capacidad para comprender la ilicitud o para determinarse conforme a esa misma comprensión, deja dudas, que conducen a la conclusión de que es incompleto y, por lo tanto, inexistente

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Vistos:

Procede la Corte a decidir sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Carlos Arturo Cuéllar Prieto,* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Armenia de fecha mayo 7 de 1986, por el delito de homicidio.

Hechos:

El día 22 de abril de 1984, Carlos Arturo Cuéllar Prieto, Agente de la Policía Nacional, adscrito al Departamento de Policía Quindío, con sede en la ciudad de Armenia, fue desplazado al municipio de Montenegro junto con otros compañeros para cumplir una misión de servicio. Mientras se podía realizar la misión, fue destinado al servicio de vigilancia en la zona urbana de la población. A eso de las once de la mañana fue invitado por un amigo a tomar un refresco, habiéndose bebido varias cervezas en su compañía. Luego se dirigió al barrio "Rincón Santo", en donde siguió ingiriendo bebidas alcohólicas, y a eso de las seis de la tarde, cuando abandonaba el lugar, pasó por el frente de una cantina en donde se encontraba la mujer Lida María Bedoya, con quien había tenido antes relaciones amorosas, y acercándose le disparó en el cráneo produciéndole la muerte instantánea.

Por este delito fue llamado a juicio por el Juzgado Tercero Superior de Armenia, providencia que fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad. Sin embargo, el Tribunal dispuso que durante el período de prueba se le practicara examen psiquiátrico al procesado,

en el cual se dictaminó que "ni en la actualidad ni en la época de los hechos Carlos Arturo Cuéllar ha presentado trastorno mental o inmadurez psicológica que le impidan regir y entender sus actos, no requiere tratamiento siquiátrico". De este experticio se pidió ampliación, habiéndose reiterado en todas sus partes.

Realizada la audiencia con jurado, éste respondió al cuestionario sobre la responsabilidad del procesado, de la siguiente manera: "Sí, pero en estado de perturbación mental transitoria, producida por embriaguez patológica". El Juez de derecho dictó la sentencia condenatoria desechando la parte del veredicto relacionada con la calificación del estado mental del procesado, razón por la cual la sentencia fue apelada. El Tribunal desechó igualmente dicha calificación, por lo que el defensor del procesado recurrió en casación ante esta Corporación.

La demanda:

El recurrente funda la demanda en una única causal, la del numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, según la cual hay lugar a casar la sentencia cuando éste esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Con apoyo en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate", considera que el Juez de derecho está obligado a acatar la decisión del Juez de hecho o a declarar inexistencia o contraevidencia cuando hubiere lugar a ello, pues si simplemente lo desconoce, se rompe la unidad estructural del proceso. Cita en apoyo de su tesis varias sentencias de la Corte, y en el punto concreto materia del recurso, el salvamento de voto del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín, y citas de algunos tratadistas colombianos sobre esta materia.

Con base en estos razonamientos, solicita que se case la sentencia y en su lugar se dicte la que debe reemplazarla, acogiendo el veredicto del jurado.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Delegado comparte el criterio del recurrente, y adiciona las argumentaciones que sobre el tema se han dado, con un análisis de la función del jurado de conciencia a quien en su concepto, le obliga emitir un juicio sobre una realidad concreta que incluye tanto los fenómenos jurídicos que se le someten a su consideración, como los elementos psíquicos que sirven de soporte a tales predicaciones jurídicas, pues la determinación del Juez sobre la imputabilidad del procesado "no modifica en nada la realidad objetiva predicable del sujeto de la conducta desviada", según sus propias palabras. "El veredicto —agrega—, será entonces una unidad compacta en la que no se puede hacer una metafísica división entre los componentes de conciencia y los elementos jurídicos".

Consideraciones de la Sala:

El tema propuesto por el señor defensor y por la Procuraduría Delegada en lo Penal ha dado lugar a interesante debate jurisprudencial que la Sala precisa en la siguiente forma:

1º Imputabilidad e inimputabilidad:

La imputabilidad constituye condición personal del ser humano frente al derecho penal. Es por lo tanto un fenómeno jurídico y no siquiátrico o psicológico como equivocadamente suele creerse. A su base se encuentra la idea de libertad, no en el sentido absoluto de que hablen los clásicos, sino de libertad como posibilidad de escogencia entre el camino conforme a derecho y el camino contrario a derecho y entendiendo al hombre como ser acongojado por el medio ambiente y sus circunstancias, pero nunca absolutamente determinado como lo creen quienes le niegan la posibilidad de escogencia a que nos referimos.

En este sentido y utilizando a contrario sensu *la fórmula legal consignada por el artículo 31 del Código Penal, se puede afirmar que es imputable quien al momento de realizar el hecho tiene capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y para determinarse de acuerdo con esa comprensión. Al tiempo que la inimputabilidad es la no capacidad de comprender, de razonar, de determinarse, de saber que la conducta es ilícita o sabiéndola así ser impotente ante la fuerza interna que lo impele a realizarla, que según el Código, obedezca a inmadurez psicológica o trastorno mental. La fórmula legal utilizada por el Código Penal dice en forma clara, cuándo se es inimputable, esto es, por la incapacidad para comprender la ilicitud o para determinarse y también señala por qué se es inimputable, o sea, por inmadurez sicológica o por trastorno mental.*

Por ello, para que se pueda afirmar la inimputabilidad del sujeto, debe establecerse al momento del hecho: a) La existencia de un fenómeno *ubicable en las amplias categorías de la inmadurez psicológica; (verbi gracia, minoría de edad) o trastorno mental (paranoia, esquizofrenia, etc.); b) No debe ser cualquier trastorno mental o fenómeno que implique inmadurez sicológica (salvo el caso de minoría de edad que enfrenta presunción* jure et de jure), *sino entidad de tal naturaleza que implique como afección del sujeto grado tal de compromiso de las esferas de su personalidad que produzcan incapacidad para comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión y, c) La relación de causalidad entre la inmadurez o el trastorno y la conducta realizada, esto es, la razón indubitable de que el sujeto actuó así en razón y por causa del trastorno o la inmadurez.*

2º Responsabilidad penal e imputabilidad:

La responsabilidad penal es el compromiso que le cabe al sujeto por la realización de un hecho punible y conforme a la legislación vigente no existe duda alguna de que esta se predica tanto de los sujetos imputables como de los inimputables.

Tal conclusión es consecuencia de la existencia de dos clases de hechos punibles estructuralmente hablando en el Código Penal Colom-

biano, esto es, el hecho punible realizable por sujeto imputable que se concreta en la conducta típica, antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica. Ambas estructuras jurídicas implican responsabilidad penal, siendo la de los imputables responsabilidad subjetiva o culpabilista, al tiempo que para los inimputables la responsabilidad penal es objetiva o peligrosista.

Ya ha precisado la Sala que la calidad de inimputable no se deriva exclusivamente de la presencia de una inmadurez psicológica o de un trastorno mental, requiérese, además, que exista concomitancia temporal entre ellos y la realización del hecho legalmente descrito y lo que es de suma importancia, que no debe tratarse de cualquier clase de inmadurez o de trastorno, sino que ellos deben ser de tal entidad que impidan un comportamiento adecuado, en cuanto anulen la capacidad de comprensión o de correcta autodeterminación. En otras palabras, es indispensable que la situación de inmadurez o de trastorno hayan dado lugar al comportamiento de que se trate.

En estas condiciones, es evidente que frente a los inimputables no puede indagarse sobre el dolo o la culpa con el cual pudieron haber procedido, pues el aspecto positivo de la culpabilidad exige claridad de conciencia y libre autodeterminación. De una parte, porque si el dolo es la realización del hecho típicamente antijurídico, querido y sabido por el agente, no puede hablarse de esta manifestación de la culpabilidad respecto de quien no está en condiciones de comprender o de determinarse adecuadamente, y con relación a la culpa debe hacerse similar planteamiento porque aún cuando en el delito culposo el agente no quiere la producción del resultado dañoso, debe conocer y querer la conducta imprudente, imperita, negligente o violatoria de normas legales o reglamentarias de la cual se deriva el resultado.

No existe ningún obstáculo, sin embargo, para aceptar que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica, pueda actuar justificadamente o que en su acción ha concurrido circunstancia de exclusión de la culpabilidad, sin que sea dable calificarlo sólo por ese padecimiento como inimputable. Con relación a las causas de justificación por cuanto son de naturaleza preponderantemente objetivas y frente a las causas de inculpabilidad porque si ellas realmente se presentaron, la causa determinante del hecho no fue ni el trastorno mental o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el artículo 40 del Código Penal, esto es, porque en este supuesto no se da la necesaria relación causal entre la enfermedad y el hecho, que conduzca a destacar su incapacidad de ser culpable, sino que fue una razón diversa como el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción o el error, la que condujo a esa persona a la realización de comportamiento típicamente antijurídico.

En estas condiciones, dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980, también puede predicarse la responsabilidad penal de los inimputables sobre el supuesto de que realicen conducta típicamente antijurídica y siempre que no haya concurrido causal de exclusión de la culpabilidad.

3º Imputabilidad y jurado de conciencia:

Respuesta tradicional:

En reiteradas ocasiones esta Corporación ha dicho que el Jurado de Conciencia no está facultado legalmente para referirse a la inimputabilidad de los procesados cuyo juzgamiento se les ha encomendado y, por lo tanto, el Juez de derecho puede prescindir de aquella parte del veredicto que alude a ese punto en concreto, (véase sentencia de 14 de octubre de 1980 y salvamento de voto de esa misma fecha).

Nueva postura de la Corte:

Manteniendo la posición tradicional en cuanto considera que al juri *le está vedado pronunciarse en torno a la inimputabilidad, la Sala en decisión de 28 de octubre de 1986, en relación a las dificultades interpretativas que presentan los veredictos que hacen referencia al tema de la inimputabilidad hizo importantes precisiones que hoy se reiteran:*

Para la Sala la idea central, clave en la labor hermenéutica de tales veredictos, es la de que la responsabilidad penal constituye un concepto integral donde se concretan los aspectos objetivo y subjetivo del hecho punible, conformando un todo inseparable que el veredicto como expresión de conciencia de los jueces de hecho debe estar en capacidad de significar en todos sus extremos, sin que sea posible en ocasiones recortar este sin que se lesione su compleja estructura.

Sobre el tal presupuesto se plantean y resuelven las siguientes hipótesis:

a) En aquellos casos en los cuales el veredicto después de responder afirmativamente la responsabilidad, contiene referencia no conclusiva sobre la condición personal de inimputabilidad del sujeto, caso en el cual tal referencia se tendrá por no escrita, salvo que la realidad procesal y el debate de audiencia permitan desentrañar el veredicto, entendiéndose que los jurados quisieron ubicar al procesado actuando en condiciones de inimputabilidad.

Sobre el particular, se dijo en la decisión citada:

"Destácase, en primer lugar, que el fenómeno de la inimputabilidad es concepto de naturaleza jurídico-penal y que, por lo tanto, su alcance corresponde no sólo a una realidad fáctica, sino que es necesario además, determinar el sentido que le da la normatividad.

En este orden de ideas, es obvio que una respuesta que no aluda al fenómeno en su integridad fáctico-jurídica, será incompleta y por ende, insuficiente para inferir que el jurado se refirió de manera inequívoca al fenómeno que se estudia. En efecto, si por ejemplo el jurado responde: "Sí es responsable, pero padecía de trastorno mental", o utiliza cualquier fórmula semejante, dicha veredicción será incompleta y de ella no puede inferirse que se concluyó sobre la inimputabilidad del agente, pues, como atrás se indicó, para que un sujeto sea inimputable no basta que tenga trastorno mental o inmadurez sicológica, requiérese además, la concomitancia temporal con el hecho y, lo que es más importante, que su estado lo haya puesto en condiciones que le impedían conocer la anti-

juridicidad de su conducta o de comportarse adecuadamente, de acuerdo con esa comprensión, esto es, que haya relación causal entre la personalidad abnorme y el hecho realizado. Una contestación incompleta que no permita deducir claramente situación de inimputabilidad, sólo conduce a inferir que el sujeto es responsable como imputable".

b) *También puede ocurrir que el jurado de conciencia conteste en forma completa e inequívoca sobre la inimputabilidad del enjuiciado y que del estudio del proceso el Juez llegue a la conclusión de que, evidentemente, la realidad probatoria indica que el procesado bien podría hallarse en dicha situación en el momento de la comisión del hecho. En un caso como estos, lo que ocurre es que el Juez omitió dar cumplimiento al mandato del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, que le impone la obligación de disponer el examen del procesado por parte de los peritos médicos o, en otras palabras, que no dio cumplimiento estricto a las formas propias del juicio, tal como en forma reiterada lo ha resuelto la Sala, con la indicación de que la nulidad constitucional en este caso, debe ser decretada a partir del auto que abrió el juicio a prueba. (Ver casaciones de julio 23 de 1982, octubre 25 de 1983 y julio 26 de 1985, entre otras).*

c) *Pero puede acontecer que el jurado reconozca claramente una situación de inimputabilidad que carezca de todo apoyo en la realidad probatoria.*

Aceptar un veredicto en estas condiciones y proferir la sentencia tomándolo como supuesto lógico-procesal del fallo, es incurrir en una contradicción y en violación de normas de carácter procesal. En efecto, la contradicción parte del supuesto de que los jueces de hecho no pueden juzgar inimputables y sin embargo, si se acepta el veredicto se reconocería su capacidad juzgadora en un caso donde la ley veda su intervención y, si se toma en cuenta el veredicto bajo la consideración de que no se contradice abiertamente a la realidad probatoria, se desconocerían las normas procesales que regulan el juzgamiento, porque terminaría prohijándose un fallo dado en conciencia, cuando la ley impone que debe ser proferido en derecho.

Lo que resulta incuestionable es que a pesar del mandato legal, los jurados de conciencia se ocupan, con razón o sin ella, de la inimputabilidad de los procesados en respuestas que casi siempre son inexistentes desde el punto de vista jurídico. En efecto, si se acepta la tesis tradicional de la Sala, se partirá del contrasentido de que la respuesta se acoge en forma parcial y se desestima en aquello que haga referencia a la inimputabilidad por falta de competencia del jurado para ocuparse de este tema. Sin embargo, la ausencia de competencia del jurado no puede llevar al Juez de derecho a fragmentar de tal modo la veredicción que termine por adoptar una que no es en manera alguna producto de la voluntad de los jurados, pues aún cuando se acepte su incompetencia para juzgar a los inimputables, lo que no puede desconocerse es que la afirmación de la responsabilidad está condicionada a dicha calidad a la cual expresamente se refirió la veredicción.

Cuando se afirma la responsabilidad pero se aclara que el sujeto es inimputable, de tomarse únicamente la primera parte, esta devendría incompleta, pues la calificación dada lleva a situación de perplejidad sobre la culpabilidad del agente ya que, como se advirtió, no es dable frente a esta clase de sujetos estudiar el dolo o culpa con que hayan actuado, lo que impediría su condena por delito doloso, culposo o preterintencional, pues el que se suprima por razones de competencia la segunda parte del veredicto, no lleva a negar su existencia en la respuesta y la incidencia que esta parte tiene sobre el tema atinente a la responsabilidad.

Tiénese entonces, que una respuesta como la indicada no puede servir de sutento para sentencia de condena en la cual se afirma el proceder doloso del agente, porque la segunda parte de la respuesta deja insalvables dudas sobre el tema, que conducen necesariamente a la conclusión de que el veredicto es incompleto y, por lo tanto, inexistente, lo que lleva a la nulidad supralegal de toda actuación ulterior.

'En gracia de discusión, podría aceptarse que a falta de sustento probatorio que demuestre la inimputabilidad lo procedente sería la declaratoria de contraevidencia del veredicto. Esta solución tampoco parece acertada porque es requisito previo de la declaratoria de contraevidencia, la existencia jurídica del veredicto y como se vio, en un caso como el planteado, tal supuesto no se da, de donde resulta improcedente esta respuesta procesal.

4º La situación ante el Nuevo Código de Procedimiento:

Observa la Sala que las hipótesis planteadas y resueltas precedentemente, tienen similar solución a la luz del Nuevo Código de Procedimiento Penal, pues aunque podría pensarse que el mandato del artículo 531 de esta codificación de que "cualquier agregado a la respuesta se tendrá por no escrito", excluye las soluciones dadas e imponen la no consideración de la referencia a la inimputabilidad, es lógico que la hipótesis del literal b), la solución no puede ser otra que la nulidad constitucional por violación a las formas propias del juicio por desconocimiento del Código de Procedimiento Penal y la del literal c), tampoco ha de variar, pues es preciso aceptar que la afirmación del juri *generaría perplejidad en torno a la culpabilidad del agente, desarticulándose con ello el concepto mismo de responsabilidad penal.*

Es claro además, que el nuevo estatuto procedimental, refuerza las tesis de que el tema de la inimputabilidad en sus aspectos positivo y negativo le está vedado al juri, *esta vez no por la vía de la incompetencia, pues conforme a sus reglamentaciones los inimputables también están en la órbita del juzgamiento del jurado, sino porque la respuesta a éste se limita a afirmar o a negar la responsabilidad penal del procesado, siendo del exclusivo resorte del Juez de derecho fijar con antelación al veredicto la condición personal del sujeto frente al hecho punible.*

5º *El caso planteado:*

La sentencia objeto del recurso de casación que resuelve la Corte, se sustenta sobre el veredicto del jurado que respondió: "Sí, pero en estado de perturbación transitoria producida por embriaguez patológi-

ca", habiéndose entendido que señalaba la responsabilidad penal del procesado Carlos Arturo Cuéllar Prieto, pero se desechó la manifestación del juri *referente al estado de perturbación mental transitoria producida por embriaguez patológica, por considerar que le estaba vedado tal pronunciamiento.*

La primera observación que se insinúa ante esta respuesta, es la de que este sería un veredicto insuficiente para inferir que el jurado se refirió de manera inequívoca al fenómeno de la inimputabilidad, sino que se requiere como ya se ha señalado, que dicha enajenación o trastorno, sea de tal entidad que impida al sujeto su capacidad de comprender o de actuar adecuadamente.

Podría pensarse entonces que tal referencia a la inimputabilidad, debe desecharse si no fuera porque como lo ha aceptado la Corte, para desentrañar el sentido de un veredicto es pertinente acudir a la realidad procesal y a los temas debatidos en audiencia, no es descartable aceptar en este caso que los jurados quisieron ubicar al ahora recurrente, dentro de la situación solicitada por su defensor.

Pero si esto es así y por lo tanto no puede dejarse de estimar la segunda parte de la respuesta, es obvio que el jurado invadió un campo que legalmente le está vedado, no siendo posible por ello aceptar la segunda parte de la veredicción, lo cual hace que el pronunciamiento del jurado, recortado en su integridad, resulte inane por cuanto carece de acertividad en relación con la culpabilidad del agente en atención a los argumentos que fueron precedentemente esbozados. Dicho de otra manera, que en esas condiciones el veredicto es incompleto y consecuencialmente, inexistente, por cuanto destaca la responsabilidad, pero deja interrogantes insolutos en relación con la culpabilidad, de donde se impone la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, a partir del auto que dispuso el sorteo de jurados, a fin de que se obtenga un nuevo pronunciamiento de distinto jurado que permita poner fin al proceso.

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

Resuelve:

1º *Casar* la sentencia recurrida.

2º *Declarar* la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que fijó fecha para el sorteo de jurados, inclusive, para que se proceda conforme a los términos de la motivación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

REF. Rad. 991. Casación. Proceso contra Carlos Arturo Cuéllar. Aprobado Acta Nº 48 de julio 14 de 1987. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.

Considero que la sentencia recurrida debió casarse, pero no con base en una supuesta nulidad jurisprudencial o constitucional que a mi modo de ver no existe, sino con fundamento en la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), esto es, porque el fallo está en desacuerdo con el veredicto del Jurado; en consecuencia, debió dictarse sentencia de sustitución (Art. 583-1 *ibídem*), con indicación de la medida de seguridad aplicable al inculpado.

Esta conclusión descansa sobre la premisa de que el Jurado sí tiene competencia para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado, y está apoyada en las siguientes y textuales consideraciones, expresadas por el suscrito en aclaración de voto de 28 de octubre de 1986:

"...En relación con este tema, desde hace mucho tiempo debatido en forma amplia, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, prácticamente ya se han expuesto todos los argumentos en favor y en contra de la capacidad del *juri* para pronunciarse sobre este particular aspecto. Lo único novedoso, que en realidad no lo es tanto, parece ser la solución que quienes sostienen la incompetencia del Jurado, plantean frente a la realidad de una veredicción que reconoce la inimputabilidad del acusado.

"En la decisión de la mayoría y bajo el epígrafe de 'La respuesta tradicional', se transcribe una sentencia de la Corte (14 de octubre de 1980), de la cual fue ponente el honorable Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía. En ella se exponen los principales argumentos que permiten sostener que el Jurado es incompetente para pronunciarse sobre la inimputabilidad del enjuiciado. Igualmente y a manera de réplica, se trasunta el salvamento de voto del honorable Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez que yo comparto integralmente.

"En efecto, no entiendo cómo ni por qué, del ordinal 5º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal se deduce una prohibición que él no contiene. La norma se limita a señalar que el Juez Superior conoce, sin intervención del Jurado, 'de los delitos señalados en los numerales 1, 2 y 3 de la parte primera de este artículo, cuando el imputado se hallare en las circunstancias del artículo 29 (hoy 31) del Código Penal'. Significa lo anterior, que cuando la inimputabilidad del sindicado esté suficientemente demostrada, su juzgamiento compete al Juez de Derecho, exclusivamente. Desde luego que si en estas condiciones, el juicio se hiciera con intervención del jurado, cualquier decisión de éste sería nula, por la clara incompetencia. Pero si en el auto de proceder el Juez Superior considera que el procesado es imputable, su juzgamiento debe hacerse con intervención del Jurado, como lo dispone el mismo

artículo 34. Y si de conformidad con el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, corresponde al *Juri* pronunciarse sobre la responsabilidad del acusado ('el cuestionario que el Juez someterá al Jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: *El acusado N. N. es responsable* de los hechos...'), y si ésta únicamente se da, en estos casos, cuando el Jurado llega a la convicción íntima de que el procesado realizó culpablemente un comportamiento típico y antijurídico, no se entiende cómo puede exigírsele esta convicción, si de antemano se le dice que no puede negar la imputabilidad del enjuiciado, que es presupuesto necesario del obrar culpable y por ende de la responsabilidad. Con este modo de pensar, se va a obligar al Jurado a que niegue la culpabilidad, por falta de convicción sobre su presupuesto indispensable (imputabilidad) y a que en consecuencia, niegue también la responsabilidad del acusado. Por este obligado camino el procesado que según el *Juri* sea inimputable, nunca será sometido a pena ni a medida de seguridad, porque si el primer veredicto fuere declarado contraevidente (nunca desconocido ni declarado nulo, pues nadie desconoce la competencia del Jurado para pronunciarse sobre la inculpabilidad), el segundo es de obligatoria aceptación (art. 565 del Código de Procedimiento Penal).

"La tesis que hoy acoge la Sala, disponiendo que se convoque a un nuevo jurado para que se vuelva a pronunciar sobre la responsabilidad del acusado, aparenta ser más justa y técnica que la anterior, en virtud de la cual se aceptaba la afirmación de la responsabilidad y se desconocía todo lo referente a la inimputabilidad del procesado. Pero esta apariencia dista mucho, en mi sentir, de obedecer a una realidad, porque en el fondo conduce a lo mismo aunque por un camino más dilatado y que teóricamente podría llevar a la prescripción de la acción penal, ya que cuantas veces el Jurado repita el mismo veredicto, será necesario desconocerlo y convocar uno nuevo. Esto se reiterará hasta que el *Juri* se limite en su veredicción a un 'sí es responsable', y entonces se le impondrá la misma pena que desde la primera vez y sin tanto gasto procesal, se le hubiere impuesto con base en la doctrina anterior de la Corte que se cambia con la decisión mayoritaria de la cual disiento". (Proceso contra Luis Alejandro Gómez. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome).

Guillermo Duque Ruiz

Adhiero,

Gustavo Gómez V.

SALVAMENTO DE VOTO

RAD. 991. Casación. Carlos Arturo Cuéllar Prieto. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.

Disentimos de la decisión mayoritaria, por las siguientes razones:

1. La solución del problema planteado en la sentencia de que discrepamos, de saber qué efectos jurídicos producen las decisiones que incluya el jurado de conciencia en el veredicto cuando estén relacionadas con la inimputabilidad del procesado, se ha desenvuelto fundamentalmente a través del análisis de la facultad que le confiere la ley a aquél en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, cuando dispone que si juzgare "que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo brevemente en la contestación".

En la sentencia del 14 de octubre de 1980, con ponencia del Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, partiendo de la base de que circunstancia es "cualquier accidente de modo, tiempo o lugar que está unido a la sustancia de algún hecho", sólo se aceptan como tales "aquél aspecto modal, temporal, especial o personal que contribuye a la descripción de un tipo legal". Por esta razón, siendo la imputabilidad un fenómeno de "tal modo trascendente en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente que (...) no se le puede tener como mera circunstancia".

Esta restricción tan radical en el ámbito de la competencia del jurado, generó desde el momento mismo de su formulación críticas justificadas, pues es evidente que aquél puede decidir no solo sobre particularidades meramente accesorias del tipo delictivo que se le somete a consideración, sino también sobre aspectos esenciales que inciden en su existencia misma, como son los relacionados con las circunstancias de inculpabilidad o justificación, o sobre aspectos estructurales de la figura delictiva.

El alcance de las facultades del jurado en esta materia, hay que buscarlo entonces a partir de la competencia que la ley le ha asignado.

Los artículos 533 y 534 del Código de Procedimiento Penal, disponen:

"Artículo 533. Cuestionario al jurado. El cuestionario que el Juez someterá al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: El acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa, conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica)".

"Artículo 534. Calificación de las circunstancias de peligrosidad. La apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al Juez de derecho".

Del análisis de estas dos normas se colige que el jurado puede emitir su juicio con relación a todos los factores que permitan determinar la responsabilidad del procesado, con excepción de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, y sobre todos los elementos constitutivos y modificadores de los hechos delictivos a él imputados.

Su ámbito es amplio, pero claramente definido. Cualquier asunto que no esté expresamente contenido dentro de estos linderos, le está vedado, pues la competencia es por su naturaleza de asignación legal estricta, máxime cuando se trata de jueces de excepción.

Por eso no se pueden determinar competencias por inferencia lógica, como lo hace el señor Procurador Delegado. Es obvio que para decidir si una persona es responsable de una conducta delictiva a título de dolo, culpa o preterintención, es necesario establecer previamente que ella es imputable. Pero este último juicio lo ha reservado la ley al Juez de derecho, como lo ha hecho igualmente con la apreciación y calificación de todas las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito.

En efecto, dispone el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal que desde el momento mismo de la captura, y aún antes de la indagatoria, si no es procedente la captura, el funcionario de policía judicial o el instructor que observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal (hoy 31), ordenarán su examen por los peritos médicos. Si se encontrare que el sindicado padece de alguno de los trastornos mentales a que se refiere el mencionado artículo, deberá el funcionario que estuviere conociendo del proceso disponer que sea detenido preventivamente en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial para anormales, (Art. 444 del Código de Procedimiento Penal), y dispondrá que el proceso se adelante sin intervención del jurado, (Art. 34, num. 5º, 2ª parte).

Como se puede observar, la ley ha reservado expresamente la declaratoria de inimputabilidad y de sus consecuencias al Juez de derecho, exigiéndole inclusive que lo haga con base en una pericia médica. Y es lógico que ello sea así, pues no es ni pensable que pueda un jurado integrado por ciudadanos generalmente legos en el campo de las psiquitría quienes pueden decidir, sin estar apoyados en una pericia médica, sobre las condiciones mentales de un procesado, o lo que es peor, que con base en las explicaciones que les suministren los intervinientes en la audiencia, lleguen a disentir de las pericias de personas especializadas en estas materias, quienes se fundaron para su experticio en análisis psicológicos, psiquiátricos y neurobiológicos, como ocurre en el caso en estudio.

2. Con relación a los efectos jurídicos que se generan por razón de las adiciones que hace el jurado en el veredicto, sin tener competencia para ello, también ha habido distintas decisiones de la Corte. En la sentencia de 1980 atrás mencionada, simplemente se consideraba que dichas adiciones deberían ser desechadas por el Juez de derecho al momento de proferir la correspondiente providencia. En sentencia del 28

de octubre de 1986 se consideró que ellas generan nulidad a partir del auto que fija fecha para el sorteo de jurados.

Sin lugar a dudas, la decisión de un juez de hecho o de derecho sobre materia que no sea de su competencia, está viciada de nulidad. Sin embargo, la ley, dentro de un gran sentido pragmático, ha distinguido entre la nulidad de los actos que tienen efectos en distintas actuaciones procesales, y la que se presenta en los que no tienen tales efectos. Para los primeros exige que se declare expresamente la nulidad y que se ordene reponer el proceso en todas aquellas actuaciones que dependan del acto viciado, (Art. 212 del Código de Procedimiento Penal), mientras que para los segundos dispone que el Juez debe simplemente considerarlos como inexistentes, sin necesidad de proferir ninguna resolución especial para el efecto. La Corte, en sentencia de mayo 8 de 1970, con ponencia del Magistrado doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, dijo sobre este punto:

> Aparte de los motivos de nulidad del proceso o de una fase de él, el Código de Procedimiento Penal prevé la nulidad de determinados actos, por pretermisión de formalidad o requisitos condicionantes, de modo que la nulidad no se comunica a los demás actos, que son independientes de aquél.
> (...).
>
> La ineficacia de aquella clase de actos (inspección ocular, testimonio, peritación, etc.), por falta de formalidades extrínsecas señaladas por la ley con sanción de nulidad, y que opera de *jure*, no se extiende o comunica a los restantes actos procesales anteriores, contemporáneos o subsiguientes, por no ser consecuencia o presupuestos de éstos ni tener con ellos nexos de dependencia. Si al calificar un sumario, o al tiempo de fallar un proceso, el Juez advierte la nulidad de la declaración de un testigo, de una inspección ocular, de un dictamen pericial, aisla simplemente el acto defectuoso del resto de la actuación, no lo toma en cuenta por ser jurídicamente inexistente, y dicta la providencia con fundamento en la restante actuación legítima.

No hay duda de que el veredicto del jurado es un acto procesal. La Corte, en sentencia del 20 de abril de 1979, con ponencia del Magistrado doctor Jesús Bernal Pinzón, dice sobre este fenómeno jurídico, siguiendo para ello a Leone: "Puesto que las consecuencias jurídicas que el acto procesal en sentido lato puede producir están representadas por la influencia del mismo sobre la constitución o sobre el desarrollo de la relación procesal, diremos en conclusión que: Acto procesal (en sentido estricto), es el comportamiento voluntario de una persona (aun cuando no sujeto procesal), que tiene influencia sobre la constitución, sobre la modificación o sobre la extinción de la relación procesal". El veredicto tiene influencia decisiva en cada uno de los aspectos mencionados de la relación procesal.

En el veredicto pueden hacerse varias afirmaciones o negaciones, constituyendo cada una un acto procesal cuya incidencia en el proceso puede ser diferente, de la misma manera que son actos procesales dis-

tintos, por ejemplo, las decisiones de sentenciar a una persona y en la misma providencia concederle la condena de ejecución condicional.

Algunas de las decisiones tomadas en el veredicto pueden estar fuera de órbita de la competencia del jurado de conciencia, las que por esta causa son nulas. Si estas últimas no son supuesto de otros actos procesales, el camino previsto por la ley es el de desechar esta parte, y fundar la sentencia en la parte que permanece incólume, tal como lo predica la Corte en la sentencia atrás mencionada. Esto fue precisamente lo que hicieron los falladores de instancia, por lo que en nuestra opinión, no había lugar a casar la providencia demandada.

Jaime Giraldo Angel

PROCESADO — Identidad

El fin primordial de la unidad de prueba que inspira la tramitación de un solo proceso cuando hay varios sindicados por el mismo delito o cuando se trate de delitos conexos, requiere la real existencia de los sujetos objeto de imputación

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre el recurso extraordinario de Casación interpuesto contra la sentencia de 25 de julio de 1985, proferida por el Tribunal Superior Militar, que confirmó la de 9 de marzo del mismo año, dictada por el Comando de la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga, por medio de la cual condenó al particular *Luis Alfonso Sánchez Ospina,* a las penas principales de seis años de prisión y cien mil pesos de multa como autor responsable del delito descrito en el artículo 38, inciso primero, del Decreto 1188 de 1974.

Hechos:

Por información que suministrara a la Policía un comprador de Bazuco, respecto al lugar donde adquiría el alucinógeno, el día 24 de julio de 1984, unidades de la Policía Nacional pertenecientes al Grupo Antinarcóticos, capturaron en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), a los particulares *Luis Alfonso Sánchez Ospina y María Elena Rivera,* a quienes les decomisaron en el interior de su residencia, 240 gramos de cocaína.

Actuación procesal:

1. Con fundamento en los informes suministrados por el Jefe de Antinarcóticos de Cúcuta, en los cuales se refiere a la incautación de la precitada sustancia, de $ 176.000, una pistola, un revólver, munición y dos pasaportes a nombre de María Elena Rivera, el Juzgado 25 de Instrucción Penal Militar, radicado en esa ciudad, abrió la investigación respectiva el 26 de julio de 1984.

2. Vinculados al proceso mediante indagatoria, Luis Alfonso Sánchez Ospina, afirmó su inocencia por cuanto desconocía el contenido del paquete encontrado en su residencia; explicó que el domingo anterior a los hechos, un individuo de nombre Ramón Ospina Arenas le había pedido el favor de guardarlo sin manifestarle su contenido; entre tanto,

su compañera María Elena Rivera, se mostró ajena a los cargos y se limitó, en forma vaga, a tratar de corroborar la versión de su concubinario en cuanto se refiere a la persona con quien se entrevistó Luis Alfonso en aquella oportunidad.

3. Recepcionado el testimonio del Jefe de Antinarcóticos, Sargento José del Carmen Herrera Rojas, se profirió auto de detención contra los sindicados, se prosiguió la investigación allegándose el dictamen de Medicina Legal que dio resultado positivo para cocaína respecto a la sustancia incautada y rindieron declaración los agentes Críspulo Francisco Vella Manzilla y Salvador Luna Rueda, quienes explicaron la forma como se llevó a efecto el operativo y las circunstancias en que Vella Manzilla encontró la cocaína, momento en el cual el capturado reconoció su responsabilidad argumentando que lo hacía por necesidad.

4. Avocado el conocimiento de la investigación, en virtud de la competencia asignada a la Justicia Penal Militar para conocer de esta clase de delitos por mandato de los Decretos 1042 y 1290 de 1984, el Comando de la Quinta Brigada, luego del trámite correspondiente, profirió la citada sentencia contra Luis Alfonso Sánchez Ospina y absolvió a María Elena Rivera.

En la sentencia de primera instancia, como en la de segunda, el fundamento de la condena se remitió, principalmente, a la falta de credibilidad de la pretendida exculpación expuesta por el procesado Sánchez Ospina.

Confirmado el fallo de primer grado por el Tribunal Superior Militar, se recurrió en casación.

Demanda de casación:

Con sustento en las causales cuarta y primera, cuerpo segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista solicita de la Sala, se infirme el fallo impugnado.

Respecto a la causal cuarta, que se invoca por considerar que se dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad, dos son los cargos que se formulan:

El primero, por incumplimiento a las formas propias del juicio al quebrantar el artículo 26 de la Constitución Nacional por desconocer la unidad procesal de que trata el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, norma aplicable a esta clase de procesos por expresa remisión de los artículos 299 y 515 del Código de Justicia Penal Militar.

Afirma el demandante, que es imperativo vincular al proceso, mediante indagatoria o declaración de reo ausente, al individuo Ramón Ospina Arenas, al cual se refirió Sánchez Ospina en su injurada como la persona que le había dejado a guardar, días antes a su captura, el paquete encontrado en su residencia, pues al ignorar el contenido del encargo, es Ospina Arenas quien debe explicar su conducta.

Insiste en afirmar que se quebrantó el principio constitucional de la legalidad del juicio, vulnerándose el derecho de defensa, pero a pesar de la enunciación no demuestra la maternidad de la pretendida vulnera-

ción de ese derecho, limitándose a afirmar que si se hubiera vinculado al proceso a Ramón Ospina Arenas, "otra hubiera sido la situación" del procesado.

El segundo cargo lo concreta en el incumplimiento al debido proceso, por desconocimiento del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, el cual debía haberse aplicado en virtud de la remisión que hace el artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar.

Sustenta este cargo en el hecho de no haberse investigado lo favorable al procesado con el mismo celo que se hizo en relación con lo desfavorable, pues la suerte de Luis Alfonso Sánchez fuera distinta si se hubiese identificado, "como era menester y posible", a Ramón Ospina Arenas.

La causal segunda, cuerpo segundo, de Casación la concreta la falsa o errónea interpretación que hizo el fallador de segunda instancia al valorar la confesión del procesado, incurriendo en error de derecho al no haberse tenido en cuenta las prescripciones del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 475 del Código de Justicia Penal Militar.

Expresa el demandante, que de haberse dado el exacto valor probatorio a la versión de su defendido, necesariamente debía haberse absuelto a Sánchez Ospina.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, solicita de la Sala no se case la sentencia impugnada, por cuanto el desconocimiento de la unidad procesal no se encuentra establecido como causal de nulidad en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y en este caso no se violó el derecho de defensa como para recurrir a la nulidad de carácter constitucional.

En relación con la causal primera por interpretación errónea de la ley, considera el Procurador que no existe duda respecto a que Ramón Ospina Arenas, es una persona ficticia, razón por la cual no podía dársele credibilidad por parte del Tribunal.

Consideraciones de la Corte:

1. *Apreciación previa.* El demandante invoca diversas causales y cargos, aparentando distintos motivos, cuando en realidad es uno sólo el que lo lleva a disentir del fallo proferido por el Tribunal Superior Militar.

Este no es otro que la no vinculación al proceso de Ramón Ospina Arenas, nombre que suministró en su indagatoria el procesado, como el de la persona que le entregó el paquete contentivo de cocaína para que se lo guardara sin informarle de qué se trataba.

Este procedimiento lleva al Casacionista a contradecirse en sus argumentaciones y a equivocar la vía de ataque al fallo, conforme se procederá a demostrar, dando prioridad en el análisis a la censura de nulidad, por la naturaleza y fines de esta causal.

2. *La nulidad por falta de vinculación procesal.* La duplicidad de cargos expuestos por el Casacionista para sustentar la nulidad de la sentencia recurrida, se excluye en su esencia, más aún cuando se refieren a la misma causal. Mientras concreta en primer lugar, la violación a las formalidades propias del juicio por no haberse vinculado mediante indagatoria o declaración de reo ausente a Ramón Ospina Arenas, desconociéndose la unidad del proceso regulada por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, acto seguido afirma que también se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional por quebrantamiento al artículo 335 del Estatuto Procesal Penal, al no haberse investigado lo favorable para el procesado como es la identificación de dicho individuo.

Impera al Juez la vinculación de las personas contra las cuales aparezcan cargos en el proceso, pero esa obligación del Estado parte del supuesto probatorio que aparezca de la investigación, razón por la cual no es suficiente la cita que haga un sindicado atribuyendo responsabilidad a otro para que deba ser indagado o declarado reo ausente, sino que es la previa valoración de la integridad probatoria la que implica ese deber.

El proceso no corresponde a un cúmulo de diligencias arbitrariamente acumuladas sin dirección alguna. Uno de los deberes del Juez es, precisamente, la de dirigir la investigación y la vinculación de una persona al proceso, acto de suyo importante, depende de la certeza a que llegue el funcionario en relación con los cargos que se hagan a terceros, no siendo esto posible cuando la realidad probatoria implica la no seriedad del cargo.

Esta situación es la que aparece en este proceso, toda vez que, la no vinculación de Ramón Ospina Arenas *al proceso, no se debió a una omisión constitutiva de irregularidad, sino al juicio de valoración probatoria del juzgador, debido a que fue la no credibilidad que se le dio a la pretendida exculpación del procesado lo que llevó a esa situación, así quedó consignado en los fallos de primera y segunda instancias; por tanto, es indudable que el demandante ha equivocado el ataque a la sentencia impugnada, dado que el proceso se tramitó con el cumplimiento de las formalidades propias del juicio; cosa distinta es que la indagatoria además de ser un medio de defensa, también es un medio de prueba, por tanto, debe ser valorado por el Juez, como se hizo en este caso y que el Casacionista olvida.*

En conclusión, el fin primordial de unidad de prueba que inspira la tramitación de un solo proceso cuando hay varios procesados por el mismo delito o se trate de delitos conexos, requiere la real existencia de los sujetos objeto de imputación, pues de lo contrario, es imposible afirmar pluralidad de procesados.

La indicada contradicción en que incurre el demandante al cuestionar la no vinculación de Ramón Ospina Arenas y a su turno, replicar que no se investigó sobre su identificación, se insiste, se concreta en un sólo cargo: La no vinculación de dicho individuo al proceso, lo cual dependió de la no credibilidad que mereció la indagatoria para el juzgador; por tanto, no prospera este cargo.

3. *La valoración de la confesión y el error de derecho.* Como se expuso en las consideraciones previas, la arbitraria y acomodaticia división del mismo cargo, lleva al demandante a censurar el fallo por vías equivocadas.

La censura respecto a la equivocada valoración de la confesión por el fallador, implica el reconocimiento de su existencia jurídica; en consecuencia, no es posible atacar la sentencia por error de derecho con amparo en la causal segunda, toda vez que este medio de prueba no se encuentra regido por tarifa legal, sino que su valoración está remitida a las reglas de la sana crítica; por tanto, es suficiente esta razón para que este cargo no prospere.

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,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

APELACION — Generalidades

Un recurso de Apelación concedido sin el requisito previo de la sustentación, no puede ser tramitado por el Juez de Segunda Instancia por carecer de competencia

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta Nº 49.

Vistos:

Resolverá la Sala el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior Militar contra la sentencia emanada de esa Corporación el 22 de julio de 1986, mediante la cual se revocó la de primera instancia y se absolvió al agente de la Policía Nacional *Jorge Rodríguez Mahecha,* a quien se procesó por el delito de abandono del puesto.

Antecedentes y actuación procesal:

Como centinela Nº 5 de la Guardia de Prevención de la Estación 9ª de Policía de Cali, Departamento de Policía Metropolitana, correspondía prestar servicio al agente de la Policía Nacional Jorge Rodríguez Mahecha, en el turno que comenzaba a la 1:00 a.m. del 31 de agosto de 1984 durante seis horas, pero cuando este lapso aún no había transcurrido, el uniformado entregó el arma de dotación, según lo estableció el Suboficial encargado de pasar revista a los puestos de vigilancia, y se retiró.

Adelantada la investigación correspondiente, el Comandante del Departamento de Policía Metropolitana de Cali en su condición de Juez de Primera Instancia, profirió sentencia condenatoria imponiéndole como pena principal la de 13 meses de arresto como responsable de abandono del puesto, y de esta decisión apeló el entonces defensor del procesado.

El recurso fue concedido mediante auto del 14 de diciembre de 1985, que no se ordenó notificar sino que dispuso la anotación correspondiente y su cumplimiento, (folio 86 cd. ppl.), y una vez surtida la tramitación de rigor en la segunda instancia, se profirió la sentencia absolutoria objeto del recurso que decidirá la Sala.

La demanda:

Con sustento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal recurrente objeta la sentencia del Tribunal

Superior Militar porque en su criterio se profirió en juicio viciado de nulidad de carácter constitucional por omisión de una de las formalidades propias del juicio penal militar debido a que no se notificó el auto por medio del cual se concedió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, ni al procesado pese a que hallaba detenido en la misma ciudad donde para entonces estaba radicado el proceso, es decir, la de Cali, ni al agente del Ministerio Público, omisión con la cual se desconocieron los derechos de aquél y de la sociedad, garantizados en el artículo 26 de la Constitución Nacional como debidas formas procesales. Señala como disposiciones legales cuya desatención llevó a la irregularidad anotada, los artícuos 299 y 427 del Código de Justicia Penal Militar y 199 del Código de Procedimiento Penal, y destaca la obligatoriedad de practicar la referida notificación por tratarse de una apelación en el efecto suspensivo. Como corolario de su demanda, en la que refiere haber planteado ante el Tribunal la misma inquietud jurídico-procesal con el resultado de que esta Corporación entendiera que la notificación omitida había sido la de la sentencia de primera instancia y al defensor sustituto, sugiere el recurrente la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en la segunda instancia, a partir del auto que dispuso abrir a pruebas y el traslado para concepto de conclusión al Fiscal.

El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional se abstuvo de ampliar la demanda en manifestación que obra al folio 25 del cuaderno de la Corte.

Consideraciones de la Sala:

No comparte la Sala las apreciaciones del señor Fiscal recurrente, y por lo tanto mantendrá la sentencia del Tribunal Superior Militar.

La Ley 2ª de 1984, vigente para la época de los hechos materia del proceso y para la fecha en que sucedió la irregularidad que motivó la demanda que se estudia, aplicable también a los procesos que se tramitan ante la Justicia Penal Militar por ser norma especial y en virtud de lo preceptuado en el artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar y 76 de esa misma Ley, dispone en su artículo 57 la obligación para el apelante, de sustentar el recurso "por escrito ante el Juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición de apelación", y ordena al Juez declarar desierto el recurso en el evento de que el interesado no obrare de conformidad, donde resulta que la concesión del recurso sólo se hará una vez recibida dentro del término legal, la sustentación pertinente.

Significa entonces, que un recurso de apelación concedido sin el previo requisito de la sustentación, no puede ser tramitado por el Juez de segunda instancia por carecer de competencia. Es la observancia del rito procesal la que confiere al ad quem *la facultad de revisar la decisión del inferior susceptible de tal recurso, estándole vedado subsanar caprichosamente la omisión de una de las exigencias legales, distinta por esencia a la tramitación que dentro de su órbita le corresponde a tal medio de impugnación.*

En el caso que ocupa la atención de la Sala el señor Comandante del Departamento de Policía Metropolitana de Cali concedió el recurso

de apelación oportunamente interpuesto por el defensor del procesado pero no sustentado, contra la sentencia expedida por él como Juez de primera instancia, y enviado el expediente al Tribunal Militar, éste entendió conocer de la resolución como fallador de segunda, y así emitió el pronunciamiento de que se trata.

Sin embargo, preciso es anotar que dicha omisión, la cual habría podido provocar la invalidación de lo actuado desde un punto anterior al señalado por el recurrente, careció de relevancia, y que el proceso conservó su valor legal, en efecto:

El delito de abandono del puesto atribuido al agente de la Policía Nacional procesado, ocurrió el 31 de agosto de 1984, época en que por virtud del Decreto 1038 de mayo de ese mismo año, todo el territorio nacional se hallaba en estado de sitio; y está sancionado en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar con un máximo de cinco años de arresto, que puede llegar a incrementarse en otro tanto, de suceder "en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación de orden público". Fue esta circunstancia agravante la que llevó al Juez de primera instancia a aumentarle la sanción mínima que con fundamento en la norma tipo le dedujo.

El Código de Justicia Penal Militar no establece el grado jurisdiccional de la consulta para las sentencias dictadas según el procedimiento del artículo 590 de ese ordenamiento, pero en guarda del derecho de defensa, la jurisprudencia ha entendido y así lo ha reiterado esta Sala, (sentencia de 24 de septiembre de 1985, julio 9 de 1986), que tales decisiones deben someterse a la revisión por consulta cuando no medie la apelación, siempre que se reuna el requisito de penalidad del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, estatuto cuya aplicación subsidiaria es procedente por expreso mandato del artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar.

Elevada entonces por encima de los cinco años la pena máxima en hipótesis impunible al procesado y convertida por este medio la sentencia de primera instancia en consultable, era imperativo, caso de no haber sido apelada, enviarla para tal fin al Tribunal Militar. Aunque el fallador de primera instancia la ordenó, el proceso llegó ante su superior jerárquico por virtud de una apelación irregularmente concedida, y la Corporación le imprimió el trámite correspondiente, (Arts. 593 y 594 Código de Justicia Penal Militar), y dictó el fallo a que se refiere en esta ocasión la Sala.

No fue entonces la nulidad de orden constitucional que el recurrente consideró encontrar la que podría haber afectado el proceso, sino la falta de competencia, porque habiendo sido irregularmente concedido el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia el Tribunal Superior Militar carecía de ella, como Juez de segunda instancia, para desatarlo; no obstante, tenía la facultad de revisarla en grado jurisdiccional de consulta, y al hacerlo, pese al entendido de la situación procesal creada por el Juez del conocimiento, allanó la irregularidad y enderezó el procedimiento.

Es evidente que el trámite irregular de la instancia en ningún momento vulneró el derecho de defensa del procesado, caso en el cual sí hubiera prosperado la impugnación, pues la sentencia de segunda grado, proferida por el Tribunal fue absolutoria.

En estas condiciones, indiscutible la validez del fallo impugnado y del proceso sobre el cual reposa, se concluye la inocuidad del cargo formulado en la demanda de casación.

Por lo expuesto, 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 recurrida.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION

Tanto en el antiguo como en el nuevo estatuto penal procedimental, la Sala de Casación Penal de la Corte sólo tiene competencia para conocer del recurso de Revisión de sentencias proferidas por la Rama Jurisdiccional y, concretamente, contra decisiones judiciales que impongan sanción por uno comportamiento que la ley penal tipifique como delito

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta Nº 49.

Vistos:

El abogado en ejercicio, doctor Félix Enrique Rodríguez, mediante apoderado, interpone ante la Corte el recurso extraordinario de *Revisión* contra la sentencia del Tribunal Disciplinario, de fecha mayo veintidós de mil novecientos ochenta y seis, por la cual se le sancionó disciplinariamente con suspensión de dos años en el ejercicio de la profesión, por faltas contra la ética y de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 196 de 1971

Improcedencia del recurso:

El recurso extraordinario en materia penal, procura remediar las consecuencias de una sentencia injusta que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

El Código de Procedimiento Penal, otorgaba competencia a la Corte para conocer del recurso de revisión contra las sentencias condenatorias en materia penal, conforme a lo dispuesto en el artículo 32-1 del estatuto citado.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, mantuvo la competencia de la Corte para conocer del recurso de casación contra sentencias en materia penal, pero con diferente orientación filosófica autorizó en algunos casos la revisión de procesos penales donde se hubiese proferido una sentencia injusta, ya fuera ésta de absolución o de condena.

De manera que tanto en el antiguo como en el nuevo estatuto penal procedimental, la Sala de Casación Penal de la Corte, sólo tiene competencia para conocer del recurso de revisión de sentencias proferidas por la rama jurisdiccional y concretamente contra decisiones judiciales que imponaan sanción por un comportamiento que la ley penal tipifique como delito.

Por eso, tanto el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal anterior, como el 233 del nuevo estatuto, exigen que el actor determine de manera Concreta *en la demanda, "el delito o delitos que han dado motivo al recurso" y, el hecho o hechos punibles que motivaron el proceso y el fallo, como la pena que se le impuso...".*

"No basta, —ha dicho Fabio Calderón Botero—, que la sentencia condenatoria lo sea en 'materia penal', pues bajo esa amplia denominación quedarían comprendidas todas las infracciones de la ley penal, no sólo los delitos sino también las contravenciones. Y, precisamente el legislador excluyó estas últimas entidades ilícitas cuando exige que el recurrente en el memorial-demanda con que interpone el recurso determine el 'delito o delitos que hubieren dado motivo a él'. Son, por tanto, las sentencias de condena por delitos, las únicas susceptibles de ser impugnadas en revisión ante la Corte".

Debemos agregar, que si bien el Decreto 522 de 1952 estableció un recurso especial de revisión contra la sentencia proferida por fallos contravencionales, tal medida sólo se refiere al régimen policivo y la revisión se interpondrá ante los Tribunales Superiores respectivos.

La jurisdicción disciplinaria que ejerce el Tribunal creado por la Ley 20 de 1972, se limita al examen de conductas que constituyan faltas contra la ética profesional de las contempladas en el Decreto 196 de 1971, y en ningún caso a hechos punibles o conductas de naturaleza delictiva.

La consecuencia lógica que se desprende de estas breves consideraciones, es la de que sólo puede ser aducido el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia, contra las sentencias ejecutoriadas por hechos que sean considerados por la ley sustancial como delitos o hechos punibles.

Como el recurso de revisión que se pretende interponer, lo es por una falta a la ética profesional, que sólo acarreó sanción de carácter disciplinario, es improcedente y así deberá declararlo la Corporación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara inadmisible* el recurso de revisión interpuesto por el apoderado del doctor Félix Enrique Rodríguez Rhoder, contra el fallo proferido por el Tribunal Disciplinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SECUESTRO

Diferencias entre las dos formas de Secuestro que contemplan los artículos 268 y 269 del Código Penal, como hechos punibles que lesionan el bien jurídico de la libertad individual

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 49.

Vistos:

Dentro del sumario adelantado contra *José Antonio Rojas, Gustavo Arias Londoño* (a. Comandante Boris) y otros, por los delitos de Rebelión, Homicidio, Lesiones Personales, Extorsión y Secuestro, el Tribunal Superior de Neiva, en providencia del 24 de febrero del año en curso y a petición de parte interesada, resolvió, dando aplicación a la Ley 49 de 1985, conceder a los acusados el Indulto, por los delitos de Rebelión y Homicidio en el soldado Miller García Espitia, Lesiones personales en el agente de la Policía Quimbaya Cifuentes y Gustavo Chavarro Sierra.

En la misma providencia, se negó el indulto por la apropiación de dinero que efectuaron los delincuentes de las oficinas de crédito de la ciudad, conducta calificada como extorsión del señor Tulio Ramón Ramírez.

Los hechos ocurrieron el 12 de agosto de 1983, cuando un grupo subversivo del M-19 al mando del comandante Boris, se tomó mediante la fuerza de las armas, la ciudad de Garzón.

Contra la anterior decisión, se interpuso oportunamente el recurso de apelación por el señor apoderado de los sindicados, quien sustenta la alzada pregonando la inexistencia de los delitos de extorsión y secuestro y que en consecuencia, se revoque la providencia para que el indulto ampare todas las conductas de que da cuenta el proceso.

Episodio procesal:

Lo compendia así el Tribunal en el auto recurrido:

"Historía el proceso que el día 12 de agosto de 1983 discurría plácidamente como es de su naturaleza, la actividad cultural, social y económica de la ciudad de Garzón, y siendo aproximadamente la 1:30 de la tarde esa bucólica tranquilidad fue rota abruptamente por un asalto que por distintos flancos de la localidad y movilizándose en vehículos automotores, verificaba un grupo de bandoleros fuertemente

armados, que en forma estratégica inmovilizaron con fuego cerrado el Comando de la Policía, taponaron las vías de acceso a la ciudad e invadieron las calles mientras otros destacamentos se hicieron presentes en las instalaciones de la Alcaldía Municipal, Empresa Nacional de Telecomunicaciones y los Bancos, logrando la intimidación de las personas por la rudeza de las armas y amenazas simultáneamente con los actos de apropiación principalmente de dinero al igual que verificaban propaganda verbal, distribuían panfletos y colocaban insignias del movimiento subversivo 19 de abril, M-19, para retirarse luego ante el asombro de la atónica de la ciudadanía (sic), que en esa forma vio vulnerada no solamente su integridad cívica y moral sino su situación económica.

En vehículos automotores cuyos conductores fueron obligados a guiar, ganaron prontamente las estribaciones de la Cordillera Oriental, llevando consigo secuestrado al doctor César Tulio Ramón Ramírez, gerente de uno de los Bancos asaltados, junto con una apreciable cantidad de dinero que fue cuantificada pericialmente (2-35) en $ 6.045.172.41 obtenidos como fruto del atropello a Telecom y a los Bancos como a la Caja Social de Ahorros, Caja Agraria y Bancos Cafetero y Bogotá.

Igualmente lesionaron al estudiante Gustavo Chavarro Sierra y al Agente de Policía Jesús Antonio Quimbaya Cifuentes, quienes fueron incapacitados por veinte días y no padecieron consecuencias. Un destacamento del ejército inició la persecución de los fugitivos y fue así como se presentaron algunos enfrentamientos y en uno de ellos ocurrido el 9 de septiembre siguiente murió el soldado Miller Macías Espitia, por cuyo motivo, este expediente contiene investigación de hechos constitutivos del estado de Rebelión, del Secuestro, del Hurto Calificado y del Homicidio".

Peticiones del recurrente:

Considera el apoderado de los sindicados, que el indulto decretado por el Tribunal, ha debido comprender todos los hechos investigados, porque el apoderamiento violento de los caudales de la Caja Social de Ahorros constituye un delito de hurto calificado y no de extorsión como equivocadamente lo determinó el Tribunal y que la retención que sufriera el señor gerente de la Entidad, no constituye secuestro por integrarse dentro del elemento violencia, propio del hurto calificado, pues tal conducta se realizó para asegurar el producto del delito contra el patrimonio económico que se acababa de consumar.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, comparte en su integridad los argumentos de la defensa y después de meritorio estudio sobre los elementos que permiten diferenciar los delitos de Hurto calificado y Extorsión, llega a la conclusión de que el apoderamiento violento efectuado por los delincuentes de los caudales de la Caja Social de Ahorros de la ciudad de Garzón, tipifica no un delito de extorsión como lo entendiera el Tribunal, sino un hurto calificado, conexo con la rebelión, y por tanto, cobijado por el Indulto.

Son estos los argumentos de la Procuraduría:

"...Difiere este Despacho de la ubicación típica dada por el Tribunal Superior en la providencia objeto del recurso de apelación, al

apoderamiento violento por parte del grupo armado, de sumas de dinero que permanecían en las instituciones bancarias. Esta acción analizada con todos sus elementos circunstanciales (violencia, presión, amenazas mediante arma de fuego), debe adecuarse a lo normado en el artículo 350 del Código Penal (hurto calificado por la violencia ejercida sobre las personas o las cosas), y no dentro del delito de extorsión 'cuyas notas son informadoras de una expresión de chantaje por el mal físico o moral que pueda recibir una persona si no se acata la voluntad del victimario', de conformidad a lo expresado por el Tribunal.

"Al respecto debe manifestarse, que el dinero fue apropiado en forma violenta, constituyendo una agresión inminente o actual mediante la cual y con el empleo de la fuerza, se determinó la obtención del mismo. A pesar de la aparente similitud entre estos dos tipos penales los hechos encuentran específica adecuación típica en el hurto calificado, tal figura jurídica recoge especialmente en su descripción la modalidad misma de la apropiación, en cuanto el grupo revolucionario no perseguía extorsionar o chantajear a nadie para la entrega del dinero. A la acción hubo de agregarse la violencia sobre las personas y las cosas en su doble acepción (física y moral), como mecanismo o instrumento para el logro de su objetivo. El apoderamiento recayó sobre bienes muebles (apoderamiento específico: hurtar dinero), mediante una agresión inminente (coacción absoluta), que produjo resultados inmediatos (sin espacio de tiempo), para la determinación de las personas de conformidad a sus pretensiones.

"En el hurto calificado, la persona se convierte en instrumento accidental del agente, mientras que en la extorsión las personas pueden en un momento dado preferir el daño a la entrega del bien. Su voluntad es constreñida por medios eficaces, pero no anulada ipso facto.

"Estos son los motivos por los cuales se considera, acogiendo el criterio del Fiscal del Tribunal, que la declaratoria de cesación de procedimiento debe cobijar también el hurto calificado a que se ha hecho referencia".

En relación con el delito de secuestro, el Ministerio Público acepta sin reparos los argumentos de la Defensa y sostiene que la retención de que fue objeto el señor Tulio Ramón Ramírez "...es la clásica toma del rehen, que no tiene por objeto derivar provecho directo de la situación de inmovilidad que sufre el destinatario de la conducta y que la conducta que se examina se acerca más al hurto que al secuestro simple o al mismo secuestro extorsivo.

Sostiene además el Procurador Delegado, que el artículo 127 del Código Penal establece una exclusión de pena para todos los delitos conexos con la rebelión cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo y que esta causal de impunidad debe cobijar al secuestro, ya que la Ley 49 de 1985 no pudo derogar el Código Penal en este aspecto.

Consideraciones de la Corte:

La Ley 49 de 1985, autorizó la concesión del indulto para los responsables de los delitos de rebelión, sedición y asonada, consumados

con anterioridad a la vigencia de la ley y para los conexos con ellos, con excepción del secuestro, la extorsión, tráfico de estupefacientes y el homicidio calificado, consumado fuera de combate.

Es innegable, que los hechos punibles que se investigan en este sumario, fueron consumados por un grupo rebelde denominado Movimiento 19 de Abril (M-19), alzado en armas contra el Gobierno Constitucional y que pretende derrocarlo. En consecuencia, sus integrantes han incurrido en el delito de rebelión.

En desarrollo de sus planes subversivos, el grupo rebelde se tomó la ciudad de Garzón, sitió a las autoridades de Policía, saqueó las oficinas de la Caja Social de Ahorros y se llevó como rehén al gerente de la Entidad, quien fuera puesto en libertad cuarenta y cinco minutos después a varios kilómetros de distancia de la ciudad.

El Tribunal, al examinar la concesión del indulto, consideró que el delito de rebelión, así como los conexos con estos (homicidio en combate y lesiones personales), debían ser amparados por el indulto, exceptuando de dicho beneficio el apoderamiento de los caudales de la entidad crediticia que calificó como extorsión y el secuestro del señor Ramón Ramírez.

Debe, en consecuencia, examinar la Sala, si el atentado contra el patrimonio económico constituye el delito de extorsión no favorecido con el indulto como lo sostiene el Tribunal, o si como lo pretende el recurrente, tipifica un hurto calificado no excluido de dicha gracia.

Hurto calificado:

Existe delito de hurto calificado, cuando el sujeto agente para apoderarse del bien mueble ajeno, ejercita violencia sobre las personas o las cosas. El legislador da a la palabra violencia no solamente el alcance de fuerza física que se ejerce sobre las personas, sino también la coacción o intimidación para apoderarse del bien o hacérselo entregar.

Por eso ha dicho la Corte, "...que resulta indiferente que la violencia sea empleada por el actor contra el sujeto pasivo para arrebatarle las cosas que tiene en su poder, o para hacérsela entregar; en un caso el agente va hacia la cosa y la aprehende abruptamente; en el otro, la cosa viene hacia él por mano del sujeto pasivo; pero, en ambos supuestos es el elemento de la violencia esgrimido por el actor lo que decide el traspaso material de la cosa de un persona a otra. (Sentencia de septiembre 28 de 1982. Ponente: Doctor Alfonso Reyes Echandía).

En la extorsión el actor constriñe, amenaza con un daño al sujeto pasivo para que se haga, tolere, se omita alguna cosa, conducta realizada por el agente con el propósito de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito.

En el hurto, el apoderamiento o la entrega de la cosa es inmediata; en la extorsión, debe transcurrir un lapso por breve que sea, entre la amenaza y el acto que realiza el constreñido. En el hurto calificado por la violencia, la coacción es absoluta y el sujeto pasivo no tiene otra alternativa que la de dejarse despojar o entregar el bien. En la extorsión, al constreñido le queda la opción de entregar el bien o resistir a la amenaza o asumir el riesgo ante su posible cumplimiento.

Consta en autos, que los guerrilleros en el caso que se examina, penetraron abruptamente a la Caja Social de Ahorros e intimidando y venciendo con el empleo de armas, la oposición de los empleados, se apoderaron de los caudales de la entidad, consumando en consecuencia un delito de hurto calificado, por la violencia a las personas. En estas circunstancias, no puede negarse, que fue la violencia la que superó la oposición de la víctima y que fue la fuerza el medio empleado para obtener el apoderamiento del bien.

Se trata entonces de un delito de hurto calificado conexo con el de rebelión y que debe ser favorecido con el indulto, por no estar excluido de dicho beneficio. Así lo declarará esta Corporación.

Delito de secuestro:

Dos formas de secuestro contemplan los artículos 268 y 269 del Código Penal como hechos punibles que lesionan el bien jurídico de la libertad individual.

Se trata del secuestro extorsivo y el secuestro simple, que tienen un elemento objetivo común como es la privación de la libertad de una persona o un grupo de personas, mediante uno cualquiera de los comportamientos descritos en los verbos rectores de estos tipos penales: arrebatar, sustraer, retener u ocultar.

Se diferencian estas conductas en su elemento subjetivo. En el secuestro extorsivo, la conducta se realiza para exigir por la libertad del sujeto pasivo un provecho o utilidad. En el secuestro simple, es suficiente para configurar el tipo penal, que se prive de libertad a una persona, siendo indiferente el propósito o fin que se proponga el agente.

Arrebatar, es trasladar a una persona por cualquier medio, contra su voluntad, de un lugar a otro.

En el caso sub examine, los delincuentes después de consumado el violento apoderamiento de los dineros de la entidad crediticia, mediante la fuerza, obligaron al gerente Tulio Ramón Ramírez a seguir con ellos y viajar en un vehículo donde se le retuvo y se le hizo objeto de adoctrinamiento, por un lapso de cuarenta y cinco minutos, cuando se le dejó en libertad en un sitio alejado de la ciudad. Esta conducta tipifica un delito de secuestro simple, pues la víctima fue arrebatada de su lugar de trabajo, trasladado contra su voluntad a sitio diferente y retenida fuera de su mundo habitual, con detrimento de su libertad.

Tanto el apoderado de los sindicados como el Procurador Delegado, sin desconocer la existencia del secuestro, opinan que esta conducta se integra al hurto como la violencia ejecutada contra las personas para asegurar el producto del delito.

No se desconoce que la violencia contra la persona como medio para llevar a cabo el apoderamiento, puede ser antecedente o concomitante con el apoderamiento, o subsiguiente si se pone en juego por el actor, luego de haber consumado el delito para asegurar su producto o procurar la impunidad.

Pero si de esa violencia ejercida sobre la víctima, resultare su muerte o un grave daño en su salud, o se lesionare otro bien jurídico tutelado por la ley, se encontrará el juzgador en presencia de un concurso delictual.

En el caso de estudio, *el hecho de que los subversivos hubiesen privado ilícitamente de su libertad al ofendido, ya fuere para asegurar el producto del hurto, en nada desdibuja la existencia concursal de secuestro y hurto, pues con distintas acciones se lesionaron bienes jurídicos diferentes de diversos sujetos pasivos.*

Por otra parte, no puede aceptar la Corte, como lo insinúa la Procuraduría, que por contemplar el artículo 127 del Código Penal una exclusión de pena, para los hechos punibles consumados por los rebeldes o sediciosos en combate y que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, deba otorgarse el indulto para el delito de secuestro. Se trata de estatutos diferentes y el indulto para el caso en estudio sólo puede otorgarse por los motivos, hechos punibles y trámites señalados en la Ley 49 de 1985.

Determinar si los sindicados por el secuestro del señor Ramón Ramírez, son acreedores a la gracia especial que contempla el artículo 127 del Código Penal, examinar si el hecho se realizó dentro de aquello que la doctrina tiene entendido por el factor "combate", que establece nuestro estatuto penal, son aspectos que escapan a la competencia de la Corte en esta instancia, por ser esa una función propia de distintos funcionarios y de otros momentos procesales.

Como se encuentra la Corte ante un delito de secuestro, excluido expresamente por el artículo 1º-2 de la Ley 49 de 1985 de la gracia del indulto, en este punto se confirmará el auto recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo en parte con el concepto de la Procuraduría Delegada,

Resuelve:

1º *Aclarar* el punto primero del auto recurrido en el sentido de que la cesación de procedimiento en virtud del indulto, se refiere a los delitos de Rebelión, Homicidio y Lesiones Personales de que da cuenta el proceso.

2º *Revocar* el numeral segundo de la providencia recurrida en cuanto negó el indulto por el delito contra el patrimonio económico, y en su lugar, declarar que no puede proseguirse la acción penal por el delito de hurto calificado de que da cuenta el proceso y ordenar en consecuencia por este hecho la cesación de todo procedimiento.

3º *Confirmar* el numeral 2º del auto recurrido, en cuanto negó la cesación de procedimiento por el delito de secuestro, así como el numeral tercero de la mencionada providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Con relación a la "aplicación indebida" y a la "falta de aplicación", hay ocasiones en las cuales vale tanto afirmar lo uno como lo otro, pero no cuando la falta de aplicación de un precepto guarda un íntimo nexo con el que se tuvo en cuenta en el fallo

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 049.

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 6º del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia pronunciada por esta Corporación (octubre 6 de 1986), en la causa seguida a *Ilbar Alfonso Pineda Hernández,* por el delito de "hurto calificado", en perjuicio de *Diego Vidales Reyes,* y mediante la cual se le impuso veinticuatro meses de prisión.

A los fines de esta decisión, se prescinde de la relación de hechos y de la mención detallada de la actuación procedimental cumplida, bastando, a este final respecto, indicar que el llamamiento a juicio se profirió con base en los artículos 350, ordinal 1º y 351, ordinal 10, del Código Penal, pero, al dictarse sentencia de primera y segunda instancias, no obstante la advertencia que en esta última hiciera el ahora recurrente, sólo se tuvo en cuenta la inicial de las citadas disposiciones.

La demanda:

De ésta se cita el párrafo pertinente en donde se afirma, bajo los epígrafes de "concepto de la violación, causal de casación y petición", que "la sentencia de segundo grado adoptada en Sala de Decisión Penal por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 6 de octubre de 1986, es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 350 del Código Penal, al omitirse el incremento de la pena autorizado por las circunstancias de agravación punitiva en el artículo 351 —de una sexta parte a la mitad—, y fijar sólo la correspondiente al "Hurto Calificado" en el primero.

"Necesariamente, la sanción imponible debió ser entre 28 meses y 12 años de prisión, jamás dos años, según las circunstancias modales del hecho materia del debate.

"El ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, establece como causal de casación ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por indebida aplicación de la norma y habiendo acaecido precisamente ese evento procede su reconocimiento y la censura correspondiente como se ha analizado en este suscinto escrito.

"Amparada la Fiscalía en las anteriores argumentaciones, demanda de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que se invalide parcialmente la sentencia de 6 de octubre de 1986, confirmatoria de la de primer grado, para que se profiera la que deba reemplazarla, según el ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, dosificando exactamente la sanción principal con el incremento punitivo a que alude la norma sustantiva cuya aplicación se omitió".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE Y CONCEPTO DE LA PROCURADURIA DELEGADA EN LO PENAL

Para la Corporación, las glosas de su colaborador bastan para rechazar la impugnación extraordinaria introducida. Este, sobre el particular, anota: "...Muy a su pesar, no amplía esta Agencia Fiscal, la demanda de casación propuesta, por cuanto en su modesto sentir, el libelo demandador adolece de manifiesto error de técnica cuando se invoca como motivo de censura *violación de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 350 del Código Penal,* siendo protuberante que el ataque ha debido endilgarse *por falta de aplicación del artículo 351, numeral 10 del Código Penal,* norma que estatuye:

" 'La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores, se aumentará de una sexta parte a la mitad si el hecho se cometiere:

" '1º .....

" '10. Con destreza, o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo; O POR DOS O MAS PERSONAS QUE SE HUBIEREN REUNIDO O ACORDADO PARA COMETER EL HURTO...' ". (Las mayúsculas son nuestras).

Sólo conviene agregar que *en esto de la "aplicación indebida" y de "la falta de aplicación" de una norma, existen ocasiones en las cuales vale tanto afirmar lo uno como lo otro, porque en el desarrollo del planteamiento aparece debidamente integrado la alegación, puesto que cuando se pretende, por ejemplo, que se aplicó el precepto relacionado con el abuso de confianza, cuando ha debido atenderse al de la estafa, es indiferente aludir a la indebida aplicación del primero, así se pretende evidenciar el yerro en la omisión cumplida, o a la falta de aplición del segundo, porque cuando se comenta lo uno, indefectiblemente se tiene que agregar lo otro. En otras palabras, es común ocurrencia que una aplicación indebida se correlacione íntimamente con una falta de aplicación de otra norma, o sea, que la selección equivocada de una disposición coloca de resalto, de manera expresa, la que ha debido aplicarse acertadamente.*

Pero cuando la falta de aplicación de un precepto, como ocurre en el caso sub júdice, *guarda un íntimo nexo con la tenida en cuenta en el fallo, puesto que corresponde a su punición básica que es objeto*

de intensificación, no es dable mostrar indiferencia ante la presentación de la causal de casación invocada. En efecto, no es posible aseverar que el artículo 350 del Código Penal, ha sido objeto de una indebida aplicación, y que lo que ha debido considerarse es el artículo 351 ibídem, *porque así se admita lo segundo, el primero también entra en juego y, por tanto, no puede estimarse ajeno al proceso de dosificación de la pena imponible. De ahí la necesidad de destacar la falta de aplicación del aludido precepto, so pena, como acontece en el caso* sub lite, *de no prosperar el cargo.*

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

Resuelve:

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

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONEXIDAD. COMPETENCIA

En desarrollo del artículo 39 del anterior Código de Procedimiento Penal, la Corte ha sostenido que, si durante la etapa del sumario o de los actos propios de su calificación, por cesación de procedimiento o sobreseimiento definitivo, desaparece el delito que le otorga competencia al funcionario de mayor jerarquía, debe disponerse la remisión de lo actuado al Juez natural que, por disposición de la ley, deba conocer de las demás infracciones

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 49, julio 22 de 1987.

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali, con salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, confirmó integralmente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Superior de dicho Distrito Judicial, en la cual condenó a *Alvaro Hernández Colorado* a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión y a las accesorias de ley, por los delitos de "hurto" y "secuestro". El Fiscal Quinto ante la citada Corporación, interpuso contra el fallo emitido por el mismo, recurso de casación, que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se estimó ajustada a los requerimientos formales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público, se procede a resolver.

Hechos:

Ocurrieron en la noche del 15 de abril del año de 1985 y específicamente en la residencia ubicada en la calle 27-A Nº 15-A-52 de la ciudad de Cali, cuando cuatro sujetos desconocidos, que portaban placas y decían ser Agentes de la Policía Nacional, penetraron al lugar empleando armas de fuego y, con el pretexto de efectuar una requisa, se apoderaron de varios de los bienes que allí se encontraban y que se señalan como de propiedad de Gerardo Médico Calderón, quien fue obligado a acompañar a los delincuentes, para ser abandonado posteriormente amenazándole para que no denunciara el hecho cometido (folios 2, 5 y 29, cuaderno Nº 1).

Actuación procesal:

1º La investigación fue iniciada y perfeccionada por los Juzgados Tercero Penal Municipal y Noveno de Instrucción Criminal de Cali, que

decretaron la detención preventiva del procesado y practicaron las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación. (Folios 3, 19 y 67, cuaderno Nº 1).

2º El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado Primero Superior de esta ciudad, que en providencia de septiembre 13 de 1985 dictó auto de proceder contra Alvaro Hernández Colorado, por los delitos de hurto (calificado y agravado por las circunstancias de los artículos 350-3 y 351-4 del Código Penal), y secuestro, a la vez que le sobreseyó temporalmente por el delito de falsedad en documento público, según los análisis consignados en la parte motiva de dicha calificación. (Folio 85, cuaderno Nº 1).

3º Tramitada la causa el 24 de enero del año inmediatamente anterior, se celebró audiencia pública y, finalmente, en febrero 20 siguiente, se dictó sentencia en la cual se condenó al acusado a la pena de cuarenta y dos (42) meses de prisión como responsable de los delitos de "hurto y secuestro". Al ser apelada esta determinación, fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, que en términos similares a los expuestos por el juzgador de primer grado, desechó la nulidad propuesta por el agente del Ministerio Público y respaldada con el criterio del salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala de decisión, pues, en forma diversa a lo especulado por ellos, no existe la alegada incompetencia del Juez para conocer del asunto por inexistencia del delito de falsedad, ya que los hechos denunciados y las pruebas aportadas, generan la necesidad de hablar de este hecho punible, frente al que, correctamente el Juzgado Primero Superior entendió deficiente la prueba y produjo en su oportunidad sobreseimiento de carácter temporal, que dejó incólume el conocimiento de los restantes ilícitos en este órgano judicial (folios 111, 115 y 137, cuaderno Nº 1).

La demanda de casación:

El señor Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali, interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, para que se case el fallo, en razón de haberse edificado sobre actuación afectada de vicio de actividad.

Al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, desarrolla el único cargo, enfatizando que de los hechos denunciados y objeto de la averiguación, no puede configurarse delito alguno contra la fe pública, por lo que el conocimiento de los delitos de hurto y secuestro, radica en el Juzgado Penal del Circuito de Cali, y consecuencialmente, el proceso adelantado por el Juzgado Primero Superior de esta ciudad, resulta afectado de nulidad, (numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), a partir inclusive, del auto que declaró la clausura del ciclo investigativo. (Folio 21, cuaderno de la Corte).

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con algunas consideraciones acerca de la realidad procesal, se "opone" a las pretensiones de la demanda. (Folio 39, cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Sala:

El único cargo hecho por el recurrente:

Plantea interesante cuestión relativa a la unidad procesal y su rompimiento en torno a los delitos conexos y las consecuencias que ello conlleva en el plano de la competencia, asunto que habrá de resolver la Sala.

En el caso que se examina, se dieron tres conductas completamente diferenciales, pero atadas por los lazos de la conexidad, ya que los sujetos denunciados penetraron a una casa de habitación, emplearon armas con el ánimo claramente intimidativo, adujeron pertenecer al F-2 de la Policía Nacional y poseer la orden de allanamiento correspondiente, a la vez que algunos de ellos, cuando uno de los moradores del lugar lo exigió, exhibieron "placas" para identificarse como servidores de la institución armada. Posteriormente, los falsos agentes se apoderaron de bienes en cuantía superior a los sesenta mil pesos, y sin la voluntaria y válida determinación del quejoso, lo sacaron de su residencia y lo retuvieron por algún tiempo como garantía para buscar la impunidad del delito, planteándose así las hipótesis delictivas de falsedad, secuestro y hurto, de donde se concluye la acertada aprehensión de la investigación por parte del señor Juez Superior de Cali.

Ocurrió que, en el momento de calificarse el mérito del sumario, la hipótesis delictiva de la falsedad conforme a lo dispuesto por el artículo 489 del anterior estatuto procesal penal, dio lugar a un sobreseimiento temporal, al tiempo que los procesados fueron llamados a responder en juicio criminal por los delitos de hurto y secuestro, según lo determinó el Juez Superior, quien retuvo la competencia hasta la sentencia de primera instancia.

Nuestro ordenamiento procesal penal, se ocupa en el procedimiento del fenómeno de la conexidad, para establecer la competencia en caso de que esta se presente, y es así como en el artículo 39 dispone que, cuando en un mismo proceso deban investigarse delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de él, hasta su terminación, el Juez de mayor jerarquía.

Para la Sala el asunto merece algunas precisiones, que permitan fijar el alcance del artículo 39 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Esta norma constituye excepción al principio de la unidad procesal (167) "para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores y partícipes", en cuanto pemite la investigación y fallo conjunto de varios hechos punibles, obedeciendo a conveniencias de orden sustancial y procesal; siendo además condición lógica de ello la determinación de la competencia a través del delito del que deba conocer el Juez de mayor jerarquía.

Conforme a la literalidad del citado artículo 39 sus supuestos fácticos y jurídicos son los de que en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos de diversa competencia, *de donde se desprende que en la estructura de esa norma están involucradas las nociones de unidad procesal y de conexidad.*

Desarrollando esta norma la Corte ha sostenido que si durante la etapa del sumario o de los actos propios de su calificación, por cesación de procedimiento o sobreseimiento definitivo desaparece el delito que le otorga competencia al funcionario de mayor jerarquía, debe disponerse la remisión de lo actuado al Juez natural que por disposición de la ley deba conocer de las demás infracciones. (Fallo de octubre 10 de 1979).

La hipótesis que se resuelve, esto es la calificación del sumario con sobreseimiento temporal relativo al delito que otorga competencia al funcionario de mayor jerarquía y llamamiento a juicio por las restantes infracciones, debe ser resuelta en desarrollo de la tesis expuesta.

Es indudable que en el caso planteado se rompe la unidad procesal, en cuanto unos delitos ingresan a los trámites propios de la causa, a tiempo que otros retornan a los actos sumariales, pudiéndose afirmar con ello, que existen dos procesos autónomos e independientes en su tramitación y en sus consecuencias.

Rota la unidad de procedimiento, por decisión en firme que dispone el sobreseimiento temporal del único delito que otorga la competencia al funcionario de mayor jerarquía, se impone su pérdida de competencia, porque en tal caso ha desaparecido la posibilidad de reunir las hipótesis delictivas en un solo proceso, y el funcionario que hasta ahora ha conocido, no tiene un elemento lógico ni jurídico que a partir de ese momento le permita retener la competencia para conocer de hechos punibles que la ley previamente le ha señalado su conocimiento a otros funcionarios.

La aplicación del artículo 39 del estatuto procesal anterior, requiere entonces la convergencia de los dos presupuestos atrás señalados, la conexidad, o ligazón interna de los varios hechos punibles y la posibilidad procesal de reunirlos en una sola cuerda, si desaparece uno de estos presupuestos en la calificación del mérito del sumario por virtud de sobreseimiento definitivo o temporal, es obvio que no se estructura el supuesto de aplicación de tal norma, recuperando la competencia el Juez natural.

En el caso que se resuelve, es claro que la conexidad entre los varios delitos subsiste, ya que ésta sólo desaparece en las hipótesis en que se destruye la imputación delictiva por decisión judicial en firme (cesación de procedimiento o sobreseimiento definitivo), o se demuestra que no existe conexidad; pero es indudable que se rompió la unidad procesal por motivo del sobreseimiento temporal del único delito que le daba competencia al funcionario de mayor jerarquía, porque ya no hay investigación ni juzgamiento conjunto.

Conforme a lo anterior, queda también abierta la posibilidad de reunificación procesal en la causa, ante la eventual transformación del sobreseimiento temporal en llamamiento a juicio, pero esta hipótesis sólo se concreta mediante decisión judicial, (auto de acumulación), que ante los dos procesos hasta ese momento existentes, con la lógica asunción de la competencia por parte del Juez de mayor jerarquía.

Por ello, en el caso presente se tiene que el señor Juez Primero Superior de Cali ha debido, una vez en firme el auto de proceder por los delitos de hurto y secuestro, enviar el proceso al competente Juzgado de Circuito para que éste prosiguiera su tramitación; como no lo hizo, esta es nula por incompetencia, a partir del auto que abrió el juicio a prueba.

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

Resuelve:

1º *Casar* la sentencia recurrida.

2º *Declarar* la nulidad de lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a prueba, inclusive, para que se proceda conforme a los términos de la motivación.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Rad. 1047. Casación. Alvaro Hernández Colorado.

Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla J.

No advertimos en la decisión de Mayoría, argumentos atendibles para variar la tradicional tesis que la doctrina, luego de múltiples vicisitudes, logró consolidar sobre la interpretación del artículo 39 del antiguo Código de Procedimiento Penal (84 en el vigente), admirable por su equilibrio conceptual pues garantizaba los derechos del procesado, los de la sociedad y permitía unificar criterios de juzgamiento.

Empezamos por precisar que, cuando en virtud de fenómenos concursales o de conexidad, resulta conociendo un organismo superior de delito sometido a Juez de inferior categoría, no es dable, así la apreciación de suyo compleja sea muy discutible, aludir a la posibilidad de un atentado contra el debido proceso, pues fuera de tratarse de materia sobre la cual no hay una absoluta, fácil y pacífica doctrina, lo que se advierte es una mayor prerrogativa de juzgamiento, ya que se ha dado la intervención de funcionario de mayor categoría, respetándose el trámite normal y facilitándose, obviamente, el mejor conocimiento por parte del funcionario y la más efectiva defensa del procesado. En el caso sub exámine, téngase la noción que se tenga sobre la conexidad y sobre el punto donde ella empieza y donde ella termina, no hay menoscabo ni desconocimiento de garantías porque el Juez Superior, que debe conocer del delito de falsedad en documentos, retenga la de los conexos de secuestro y hurto, involucrados por más de un factor en el expediente que le llegó a su conocimiento y sobre el cual pudo proferir calificación integral, tan válida ésta que la propia Mayoría afirma su mantenimiento, pues la nulidad decretada sólo recae a partir del *auto de apertura a pruebas en la causa.*

Lo grave, reiteramos, no es que el Juez de superior categoría conozca, así sea sobre razones discutibles, de lo que separada o autónomamente debería conocer uno de inferior nivel, sino que se dé el caso inverso. Aquella competencia, que en nada mengua los derechos de los sujetos procesales, constituye garantía de mayor acierto.

La única situación válida para desprenderse un Juez superior del juzgamiento de causas sometidas a organismos distintos de actuación, (jueces Municipales, de Circuito), es la que traduce una cesación de procedimiento, antes o al momento de la calificación sumarial, cualquiera sea la causa para ello, por la potísima razón de no poderse predicar conexidad si uno de los extremos delictuales que deben soportar e integrar este vínculo, ha desaparecido. Pero mientras subsista esta realidad, así el trámite, por mandato de la ley, deba separarse, no desaparece el motivo que inspira la unidad de juzgador, pues por fuera de la acumulación de penas que el fenómeno procesal atiende, también

está la de evitar fallos contradictorios que podrían ocurrir si por obra del sobreseimiento temporal se perdiese la competencia en delitos que revelan esa relación causal, y la de concentrar la actividad judicial en un mismo funcionario.

Tan cierto es esto que si el Juez superior, en el caso de autos, llegase a advertir la extinción de la acción penal o la desaparición del hecho delictuoso propio a la falsedad en documentos, tendría que limitar su competencia a definir este punto, dejando las apreciaciones restantes sobre el secuestro y hurto, al funcionario que debiera conocer de ellos. Pero la interpretación de Mayoría abre paso a imperdonable contrasentido al permitir que un Juez superior, incompetente para conocer de los delitos de "secuestro y hurto", realice la calificación y profiera el llamamiento a juicio por estas dos infracciones, calificación que obliga al Juez especializado o de circuito que debe continuar el trámite de la causa, concretamente al primero, puesto que en caso de conexidad de delitos, uno de los cuales está sometido a Juez especializado y otro a Juez municipal o de circuito, debe prevalecer aquél. O sea, que el Juez superior aparece como competente para calificar con sobreseimiento temporal la falsedad en documentos y con enjuiciamiento los delitos de "secuestro y hurto", pero simultáneamente, resulta incompetente para seguir conociendo del juicio subsiguiente a este auto de cargos. Uno es pues el que califica y otro el que juzga. Una especie de proceso acusatorio pero al revés, pues el auténtico permite al inferior calificar, si le sirve de instructor, para que el superior realice el debate de plenario y sentencie. Pero aquí, el Juez superior, que no es Juez de instrucción del Juez especializado o de circuito, califica, y éstos realizan la controversia y emiten fallo.

Esta tesis nada remedia y sí causa perjuicios. Si se ideara para salvar el debido proceso, para realizar eficazmente los fines de la conexidad o del concurso de delitos, si tradujera siquiera un mínimo de economía procesal y de beneficio para el procesado, sería excusable pasar sobre claras y fundamentales nociones de derecho procesal. Pero cuando acontece todo lo contrario, la situación está indicando que la tesis no responde a principios válidos y verdaderos, censuras que no inciden en los antiguos enunciados de la Corte, que evitaban nulidades, contramarchas procesales y señalaban criterios de certeza en el campo de las competencias, cuando su visión no surgiera con la nitidez y precisión de los comportamientos únicos o aislables.

La contradicción que censuramos se evidencia además cuando se recurre a la hipótesis. En efecto, podría entenderse esta exclusión de competencia en el caso de no continuar de inmediato el proceso, en su etapa de juicio, por obra de un sobreseimiento temporal para el delito que le otorgaba esa capacidad procesal al Juez superior (falsedad en documentos); pero ¿cómo asumir igual posición en el evento de un llamamiento a juicio por el delito de su competencia (falsedad en documentos)y sobreseimiento temporal para los restantes (secuestro-hurto), reconociéndose como lo reconoce la Mayoría que la conexidad subsiste? Y, en el caso de un llamamiento a juicio por "falsedad en documentos y secuestro", ¿por qué perder la atribución en el delito de hurto, sobre el cual ha recaído un sobreseimiento temporal? Se llegaría, entonces, a separar los procedimientos, pese a que el Juez superior de-

tentaba la supremacía juzgadora para el delito que le fijaba su competencia.

La conexidad marca un criterio de unidad de proceso, (aunque los trámites posteriores sean diferentes), y sólo exige el mantenimiento del carácter delictivo de los hechos al momento de su calificación. De ahí que, como también lo acepta la Mayoría, ulteriores cesaciones de la acción no afectan esta reconocida competencia. Lo que importa es que el Juez de más alto nivel, en virtud de la conexidad, esté en condiciones de calificar el mérito sumarial.

Que la calificación resulte con sobreseimiento temporal para todos los delitos, o en enjuiciamiento para el que de manera separada le daría la competencia, o a la inversa, o sea, que el auto de cargos se formule para los que, independientemente, no le darían esa competencia, es asunto indiferente y no termina ni quebranta la competencia para conocer de los varios hechos, ni menos para diferirla.

La unidad del proceso y del juzgador se conserva aunque el procedimiento, (no se desarrollan simultáneamente), sea diverso por obra de los sobreseimientos temporales; pero esto no interesa tanto como sí lo primero, mediante lo cual se realiza todo o parte de los objetivos que persigue la conexidad.

Piénsese en lo que sería de un proceso por varias conductas, cada una sometida a diferentes competencias: jueces municipales, de circuito, especializados y superiores. Este último, el de mayor jerarquía, de llegar a sobreseer temporalmente en el delito propio a su intervención, obligaría a los otros en el enjuiciamiento o sobreseimiento temporal o definitivo de los demás ilícitos. ¿Qué sería de la autonomía de conocimiento y apreciación de cada uno de ellos si ya todo le viene dado, incluso una cesación por delito separable y adscrito a otro organismo judicial? Pero, al producirse esta determinación de un Juez superior incompetente que debe ser acotado por los realmente competentes, se tendría que expedir copias para cada uno de ellos. ¡Qué desorden, qué atentado a la economía procesal, qué desconocimiento de la lógica y del buen sentido común! Seguramente que en expedientes voluminosos, al terminar esta labor de separación, ya estaría prescrita la acción penal correspondiente. O, en el mejor de los casos, se habría desaprovechado la información de quien lo conoció y valoró inicialmente y que no pudo continuar en su perfeccionamiento sumarial.

¿Será esto lo que ha querido el legislador o lo que ha impuesto, sin atendibles motivos, el intérprete? Imposible suponer lo primero, porque su sola presentación, tan llena de contrasentidos y de impracticidades, demuestra lo contrario.

Por eso seguimos adheridos a la antigua y hoy renovada jurisprudencia que evitaba estos contratiempos, irregularidades y confusiones y, además, ofrecía soluciones armónicas, plenas de beneficio.

Con el debido respeto,

Lisandro Martínez Zúñiga

Gustavo Gómez Velásquez.

NULIDAD — Oportunidad

Para los procesos susceptibles de ser recurridos en Casación, con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, es esa la oportunidad para impetrar la declaratoria de nulidad y para los casos en que la ley no autoriza este recurso no es posible proponerla una vez dictada sentencia de segunda instancia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 049-Jl. 22/87.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a pronunciarse en relación con la solicitud de nulidad impetrada por el apoderado del procesado *José Gabriel Orjuela.*

Antecedentes:

1. En sentencia de mayo 20 de 1987, esta Sala resolvió no casar la sentencia de 11 de octubre de 1984, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado 18 Superior del mismo Distrito Judicial, mediante la cual se condenó, entre otros a José Gabriel Orjuela por los delitos de Homicidio, Hurto y Lesiones agravados y lo absolvió por terrorismo e instigación.

2. La censura que hizo el apoderado de este procesado al fallo de segunda instancia, la amparó en las causales primera, violación de la ley sustancial por aplicación indebida y la cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Fundamentó en la causal primera en la apreciación errónea del conjunto probatorio y reitera que la prueba fue mal analizada. En cuanto a la causal cuarta, se limitó el recurrente a sostener que se reemplazó ilegalmente un jurado de conciencia.

3. Para desechar los cargos, la Sala consideró respecto a la causal de nulidad, que el recurrente no concretó qué jurado se reemplazó, ni por quién se hizo, no determinó cuándo acaeció el hecho y por qué razón el reemplazo fue ilegal, ni citó la norma violada, en conclusión: "se quedó en el terreno de la enunciación incompleta del cargo, sin intentar siquiera remedo de alegación, ni de demostración".

Y en relación con la causal primera, se afirmó: "Le sobra razón a la Procuraduría, cuando desecha la alegada Causal Primera, por violación indirecta por apreciación errónea del conjunto probatorio. En un alud de providencias esta Corporación ha sostenido que en tratándose de procesos en los cuales interviene el jurado, esta causal no es conducente, ni pertinente, ya que el Tribunal de conciencia goza de una razonable amplitud en cuanto a la valoración de la prueba y la contraevidencia del veredicto encaja dentro de la órbita de las instancias, mas no dentro del recurso extraordinario de casación".

4. En un airado memorial que pretende ser irónico, el apoderado del procesado José Gabriel Orjuela, solicita de la Corporación, se decrete "oficiosamente" una nulidad, al parecer constitucional, pues no determina su clase, el acto procesal que considera viciado, ni el momento a partir del cual impera su decreto. Del contexto del escrito, se colige, que se refiere a la sentencia impugnada incluyendo la dictada por la Corte, pues se refiere al mismo argumento que le sirvió de sustento en la demanda de casación en lo referente a la Causal Cuarta.

Consideraciones de la Corte:

1. Una vez proferida la sentencia de casación, no es posible proceder a pronunciarse sobre la declaración de nulidad ya resuelta, pues el momento procesal para hacerlo ya ha precluido y la ley procesal no concede otro para continuar revisando el proceso en forma indefinida para establecer su legalidad; además, cuando ya al resolver el recurso de casación se ha cumplido con el fin de garantizar los derechos consagrados en la Carta Política y la ley procesal.

2. En reciente oportunidad, la Corte precisó su criterio sobre esta clase de peticiones en estos términos:

"a) De conformidad con lo dispuesto por los artículos 569 y 572 del Código de Procedimiento Penal, la procedencia del recurso de casación está taxativamente señalada por estas disposiciones y no es posible aplicar procedimiento alguno para extender el alcance de estas limitaciones.

"b) El artículo 207 del mismo Estatuto, no es aplicable al caso que nos ocupa en cuanto a la eventual modificación de la sentencia de segundo grado, debido a que no se trata de un error aritmético y por el contrario, por mandato de esta misma norma, al no concurrir el referido error, el fallo permanece irreformable e inmodificable por el mismo Juez o Tribunal que lo hubiere dictado, en este caso, es la Corte.

"c) Si bien el artículo 212 ibídem, *dispone que en cualquier estado del proceso se debe decretar la nulidad de lo actuado cuando exista motivo para ello, impera precisar que esta disposición no es aplicable para eventos como el presente, si se tiene en cuenta el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal, consagra un expreso imperativo para las sentencias dictadas en segunda instancia, de acuerdo con el cual una vez proferido dicho fallo, las nulidades sólo se podrán alegar en el recurso de casación.*

"d) Claro resulta concluir, entonces, que para aquellos casos en los cuales la ley no autoriza la interposición de este recurso extraordinario,

la impetración de la nulidad no es posible una vez dictada la sentencia de segunda instancia". (Casación de 24 de marzo de 1987. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Z).

3. Implica este planteamiento, que para aquellos procesos susceptibles de ser recurridos en casación con fundamento en la Causal Cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, es esa la oportunidad para impetrar la declaración de nulidad para volver a intentar su declaración, pues lo contrario es desconocer las oportunidades procesales que la ley especifica para las diversas peticiones que se pueden hacer en el juzgamiento a más de que se estaría desconociendo la seguridad jurídica de las decisiones.

4. Igualmente, impera aclarar, que es abiertamente equivocado y únicamente constituye un sofístico proceder de la práctica judicial, el solicitar al juzgador la declaración "oficiosa" de nulidad, por cuanto, precisamente, la petición excluye la oficiosidad; no es admisible que se acceda a una petición obrando oficiosamente, pues cuando esto sucede, es indudable que se está resolviendo lo pedido; de ahí lo contradictorio de la presente solicitud de nulidad al pedir de la Sala que "oficiosamente" la decrete.

5. Además, el reconocimiento oficioso de nulidad por parte de la Corte, al cual se refiere el peticionario, en ningún momento tiene el alcance que pretende darle. La sentencia de 31 de enero de 1985, de la que fue ponente el Magistrado doctor Alvaro Luna Gómez, estudia el fenómeno de la nulidad denominada oficiosa, pero refiriéndose a la demanda de casación, cuando a pesar de no haberse invocado por el recurrente, procede su declaración por cuanto el juzgamiento ha desconocido en forma grave pero evidente, las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, pero no con posterioridad al proferimiento de la sentencia por medio de la cual se ha decidido sobre dicho recurso extraordinario.

6. Por tanto, la Sala negará la petición de nulidad impetrada por el precitado apoderado.

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

Resuelve:

No decretar la nulidad solicitada por el apoderado del procesado José Gabriel Orjuela.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

EXTRADICION

El Tratado de Extradición con Estados Unidos, del 14 de septiembre de 1979, ha dejado de ser aplicable, recobrando vigencia la Ley 66 de 1888 y la Ley 8ª de 1943

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 50.

Vistos:

Mediante nota verbal Nº 609 de 26 de agosto de 1986, proveniente de la Embajada de los Estados Unidos de América, se solicitó de nuevo la extradición del señor *Mauricio Palacino Martínez,* de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 del Decreto 3829 de 1985, sobre la forma como debía procederse en la reconstrucción de los procesos relacionados con extradiciones.

El 29 de agosto de 1986 el Ministerio de Relaciones Exteriores envió al señor Ministro de Justicia la solicitud con su expediente respectivo, anotando que "de conformidad con el artículo 743 del Código de Pro cedimiento Penal, este Ministerio considera que se debe proceder de acuerdo con el Tratado de Extradición entre los Estados Unidos de América y Colombia, firmado el 14 de septiembre de 1979 y aprobado por Colombia mediante la Ley 27 de 1980, vigente para los dos países".

El Ministerio, a su turno y con fecha 21 de abril del año en curso, remite dicha documentación a la Corte para efectos del concepto a que se refiere el artículo 746 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

La Corte Suprema de Justicia, en providencia del 12 de diciembre último, declaró inexequible la Ley 27 de 1980, aprobatoria del Tratado de Extradición entre Colombia y los Estados Unidos de América, del 14 de septiembre de 1979, por haber sido sancionada de manera contraria a la Constitución.

El 14 de diciembre subsiguiente, el Gobierno reprodujo el texto de la Ley 27 declara inexequible, lo identificó como la Ley 68 de 1986, y le imprimió la sanción correspondiente, promulgándola enseguida en el Diario Oficial Nº 37.733 de igual fecha.

Dicha Ley 68 fue también declarada inexequible en sentencia del 25 de junio del año en curso, por contravenir el mandato constitucional (Art. 81) sobre el proceso que debe seguir toda ley en su formación.

Ahora bien: el efecto de dichas declaratorias de inexequibilidad es que el mencionado Tratado de 1979 ha dejado de ser aplicable, recobrando entonces vigencia la Ley 66 de 1888, aprobatoria del Tratado de Extradición suscrito ese año entre Colombia y los Estados Unidos de América, y la Ley 8ª de 1943, mediante la cual se aprobó la adición de 1940, en las cuales "no se contempló la intervención de la Corte Suprema de Justicia, mediante su Sala de Casación Penal, ni se concilia una interpretación que lleve a establecerla, porque otorgándose al Presidente de la República una omnímoda atribución en cuanto a conceder o negar la extradición de nacionales, no es dable dar aplicación a normas del Código de Procedimiento Penal, dispuestas para cuando no existe Tratado, Acuerdo, Convención o Usos Internacionales aplicables, que restringen esa discrecionalidad del Ejecutivo, pues en el caso de una opinión adversa éste se vería constreñido a obedecerla.

"El procedimiento administrativo contempla también una esmerada regulación del derecho de defensa y de audiencia del extraditable, suficientes para garantizar los resguardos constitucionales a que tenga derecho", como dijo esta Sala en auto de 3 de junio último (extradición de Rodolfo Donado Suárez), reiterando lo que inicialmente había considerado en providencia del 17 de febrero del año en curso.

Así las cosas, la Corporación insiste en que su concepto no debe ser solicitado para efectos de extradición con los Estados Unidos de América, "gozando el Gobierno de plena autonomía para cumplir con las solicitudes que al respecto se le formulen y que estén en consonancia con el Tratado de 1888 y su adición de 1940, pudiendo libérrimamente, incluso consultando razones de conveniencia, extraditar a los nacionales o negar su procedencia", según se concluyó en el proveído en mención.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *se abstiene* de emitir concepto respecto de la solicitud de extradición del señor Mauricio Palacino Martínez.

Devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º PERITACION

El Juez Penal puede valerse de peritos que a su vez sean funcionarios o empleados de una entidad oficial, quienes ofrecen garantía de imparcialidad en el desempeño de su cargo

2º EMPLEADO OFICIAL

La incuestionable índole eminentemente estatal del Banco de la República, permite aseverar que quienes prestan sus servicios en esa entidad son empleados oficiales

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 50.

Vistos:

Reconstruido este asunto, resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Andrés Téllez Abuabara, contra la sentencia de febrero 8 de 1985, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la del Juzgado Quinto Superior, lo condenó —en compañía de otras personas— a la pena principal de ocho años de prisión, y a las accesorias de rigor, por los delitos de falsedad y peculado.

Hechos y actuación procesal

Los primeros se encuentran fielmente sintetizados en la sentencia, así:

"El doctor Hernando Antonio Hernández Quintero, en su calidad de Abogado del Departamento de Investigaciones Especiales del Banco de la República, formuló denuncia que diera origen a la presente investigación, manifestando que el 29 de julio de 1981, la entidad tuvo conocimiento de la emisión irregular de cinco cheques, por parte del señor Andrés Téllez Abuabara, pagador del Banco de la República, a favor de un señor de nombre Eladio Rojas Jiménez, quien fuera vinculado a la nómina de pensionados de la entidad bancaria, sin que dicho señor hubiere laborado para la empresa, asignándosele la suma de $ 98.354 mensuales, dineros que fueron cancelados hasta el mes de marzo del año siguiente, cuando lo excluyó por temor a ser descubierto. Que adelantando las diferentes averiguaciones, se logró establecer que Téllez Abuabara actuó con la cooperación de Iván Darío Sánchez Sanín, Au-

xiliar 'A' del Banco, en la sección de la Pagaduría, y que se libraron numerosos cheques a favor de Eladio Rojas Jiménez, o sociedades financieras, o a personas ficticias, pero todos consignados a cuentas corrientes que Rojas Jiménez tenía, cuyo monto ascendió a la suma de $ 13.649.158.43, lesionando los intereses del Banco".

Téllez Abuabara fue condenado en ambas instancias por los delitos de peculado en la modalidad de apropiación, falsedad ideológica en documento público (inclusión mentirosa en la nómina de pensionados, del señor Eladio Rojas Jiménez), falsedad material en documento público (borrar en la nómina el primero de los dígitos correspondiente a la mensualidad que se pagaba a Rojas Jiménez), y falsedad material en documento privado, consistente en que en los cheques se falsificaron las firmas de los beneficiarios y se les atribuyó un número de cédula diverso. Todos estos delitos se juzgaron y decidieron como concurrentes.

El fallo que hoy se impugna en casación, cimentó de la siguiente y sustancial manera dicha imputación delicuencial:

"Que en el Banco de la República, la Nación posee acciones por el 99% del capital suscrito, además de que tal entidad tiene actividades de servicio social, siendo por ello el personal que labora en la misma, empleados públicos (Decreto 3074 de 1968). De tal forma, los bienes sobre los cuales recayó la apropiación, son en gran parte de propiedad Estatal y por ende, objeto material del punible de peculado y aquellas personas que desempeñen la labor que se quiera en la entidad a la cual pertenecen los mismos, por disposición legal, son empleados oficiales, (Art. 63 del Código Penal), a la vez que se configura para ellas la calidad exigida por el tipo, para ser sujeto activo del punible contra la administración pública.

"Por otra parte, la nómina de pensionados del Banco de la República, al tenor de lo expresado en el artículo 225 del Código Penal, y toda vez que emana de funcionario público en ejercicio de su cargo, es de carácter público, luego si sobre el mismo, y como en efecto se hizo, un empleado oficial en ejercicio de sus funciones, consigna datos falsos, los cuales permiten incluir a alguien que no tiene derecho a la pensión, se configura el punible de falsedad ideológica en documento público. Al mismo tiempo, si al mismo documento (nómina de empleados), el cual, por precepto legal se considera auténtico, se lleva a cabo una adulteración, tal modificación de este aspecto objetivo del mismo, constituye falsedad material en documento público. Finalmente, y circunstancia que sucede en el caso *sub lite,* si valiéndose de la labor desarrollada en la nómina de empleados se emiten títulos valores, con los cuales se pagan cantidades a una persona que no se le debe y posteriormente tales títulos valores son endosados, suplantando las firmas de sus beneficiarios, así como atribuyéndoles cédulas de ciudadanía que no les corresponde, tal conducta se adecúa al punible de falsedad material en documento privado". (Folios 325-3).

La demanda

El actor acude a las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en procura de que el fallo sea casado.

Al amparo de la primera, formula cinco cargos, y dentro de la órbita de la cuarta, uno.

Causal Primera

Cargo Primero:

La sentencia viola indirectamente y por aplicación indebida los artículos 133 del Código Penal y 2º de la Ley 43 de 1982, ya que para estructurar el delito de peculado y su cuantía, el fallador incurrió en error de derecho al apreciar como válido el peritaje rendido por funcionarios de la Superintendencia Bancaria con pretermisión de los artículos 266 y 267 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la Juez de Instrucción no designó los expertos, sino que "delegó" esta función en la Superintendencia, limitándose ella a darles posesión del cargo. "El nombramiento de perito por parte del Juez forma parte de la reglamentación legal en la producción de la prueba pericial. Si el Juez no lo nombra, quiere ello decir que los dictámenes periciales que rinda ese supuesto perito, carecen en absoluto de validez probatoria...", y agrega que según disposiciones legales, el Juez no puede acudir para estos efectos sino a la lista oficial de auxiliares de la justicia.

Cargo Segundo:

Violación indirecta de la ley por error de hecho consistente en que el sentenciador "supuso", "se inventó" las pruebas referentes al encargo de Andrés Téllez Abuabara como Pagador del Banco de la República (supuesto de hecho que el casacionista estima indemostrado), y a la época en que se habría desempeñado como tal. Añade que en igual clase de yerro se incurrió al considerar como empleado oficial al procesado, porque él se encuentra vinculado al Banco de la República mediante contrato de trabajo, y por tanto su situación se rige por el Código Sustantivo del Trabajo y, especialmente, por el Decreto 386 de 1982. "El vacío probatorio que existe al respecto —dice—, lo ha colmado el sentenciador con la suposición de que entre Téllez y el Banco se suscribió un contrato de trabajo para hacerse cargo de la Pagaduría en forma interina, por haberse separado transitoriamente el titular. También ha supuesto el sentenciador que Téllez estuvo encargado de la Pagaduría durante todo el tiempo en que se consumaron los hechos ilícitos confesados por Téllez, que lesionaron el patrimonio económico del Banco de la República. Se trata de un error de hecho que condujo a la aplicación indebida de los artículos 133 del Código Penal y 2º de la Ley 43 de 1982".

Y en lo que atañe al desempeño interino del procesado como Pagador, aduce que la sentencia le otorgó valor de plena prueba a la confesión que aquél hizo en ese sentido, "echando al olvido que el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal al hablar del valor probatorio de la confesión, dispone que... Esto es, que la confesión sirve para probar la responsabilidad pero no el cuerpo del delito".

Tercer cargo:

De manera directa se violó el artículo 219 del Código Penal, aplicándoselo a una situación que no contempla, toda vez que Téllez Abua-

bara fue condenado por falsedad ideológica en documento público, naturaleza ésta que no reviste la nómina de pensionados sobre la cual recayó ese comportamiento. Además, el procesado no era empleado oficial y, por lo tanto, no podía ser sujeto activo del quehacer allí descrito.

Cuarto cargo:

Por la vía directa se aplicó indebidamente el artículo 218 del Código Penal, al condenar a Téllez Abuabara por falsedad material en documento público ("borrado mecánico en la nómina"), ya que, de una parte, aquél no tenía la calidad de empleado oficial, y, de la otra, la nómina no es documento público.

Quinto cargo:

A través de un error de hecho se aplicó de manera indebida el artículo 221 del Código Penal, al condenar al procesado como autor de falsedad en documento privado, puesto que el sentenciador supuso que Téllez Abuabara había falsificado las firmas en los cheques, cuando lo cierto es que el dictamen de grafología forense precisamente lo descarta, y además el acusado en su injurada niega dicha atribución.

Finaliza su argumentación dentro de la órbita de la causal primera, solicitando que se case la sentencia y se absuelva a su patrocinado.

Causal Cuarta

Cargo único:

"Acuso la sentencia del Tribunal de haber sido dictada en un proceso afectado por nulidad, por haber incurrido en el acto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción que se investigó".

Repite el censor que el procesado "siendo un trabajador particular y no habiendo sido encargado de la administración ni de la custodia del Banco de la República, no pudo haber cometido delito de peculado, ni tampoco cometió los varios delitos de falsedad en documentos que se le imputa en el auto de proceder", y vuelve a objetar la calificación que hace la sentencia sobre la calidad de empleado oficial de Téllez Abuabara, y sobre la clase de documento que constituye la nómina de pensionados, respecto de la cual anota que "se trata de un escrito que no alcanza ni siquiera a ser un documento privado", cuya alteración material no puede serle endilgada al procesado, ya que éste "niega haber hecho la mencionada adulteración, no habiendo recaudado el sumario ningún elemento de juicio que sirva para demostrar que fue el autor de esa conducta"; y con reparo idéntico ataca la imputación que concierne a la falsedad en los cheques.

"Aún en el caso de que se argumente de que algunos de los cheques fueron elaborados durante el tiempo en que Téllez estuvo encargado interinamente de la Pagaduría del Banco de la República, el mérito del sumario fue calificado erróneamente, tanto por no haberse comprobado la existencia de un contrato de trabajo entre el Banco de la República y Andrés Téllez como tampoco se produjo la prueba del tiem-

po en que estuvo encargado de la Pagaduría. En tal hipótesis, la calificación fue errónea *porque debió sobreseerse temporalmente para perfeccionarse la investigación.* No sólo faltarían las pruebas mencionadas, sino también la relacionada con el avalúo del peculado (si fue que lo hubo) y de la estafa que confesó Andrés Téllez haber cometido en contra del patrimonio económico del Banco de la República, mediante peritos avaluadores nombrados por el Juez del conocimiento o por el instructor. Solicito que se case la sentencia acusada y se decrete la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive, *para que se reabra la instrucción",* finaliza el recurrente.

La Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, hace las siguientes y sustanciales consideraciones:

"Analizada la demanda en su conjunto, resulta imprecisa, inconsistente y contradictoria. Las fallas del libelo empiezan por el orden mismo de presentación de los cargos. El casacionista utiliza unos mismos argumentos para sustentar la censura tanto por la vía de la causal primera como por la causal cuarta de casación. En efecto, la demanda se desarrolla prácticamente sobre la base de considerar que el procesado Téllez Abuabara no tenía la calidad de empleado oficial, ni la nómina respecto de la cual se predicó la falsedad documentaria, ostenta el carácter de documento público, lo que le permite, en primer lugar, señalar errores de apreciación probatoria (cargos segundo y tercero) y violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida (cargo cuarto), y, en segundo lugar, ya en el ámbito de la causal cuarta, precisa que se incurrió en errónea calificación como que, bajo esos supuestos, no podía imputársele al recurrente los delitos de peculado por apropiación ni falsedad documental.

"Ese manejo argumental se torna contradictorio e inadmisible, pues no se puede saber a ciencia cierta la orientación definitiva de la demanda, ya que se admite la existencia de errores de apreciación probatoria y aún la violación directa de la ley se procura la absolución total o parcial del reo, o se predica la invalidez de la actuación, sobre la base de afirmar la nulidad del proceso por haberse incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción".

Censura luego la Delegada la manera manifiestamente antitécnica que cubre todo el cargo hecho al amparo de la causal cuarta, y rebate las afirmaciones que la demanda contiene sobre la calidad de empleado del procesado para la época de los hechos, sobre la naturaleza jurídica de la nómina de pensionados, y replica a la acusación que "la sentencia impugnada por ninguna parte afirma que existió un contrato de trabajo específico entre el Banco de la República y Téllez para el desempeño interino como Pagador. El fallo hace referencia a la vinculación del acusado con el Banco en su calidad de Auxiliar del Departamento de Personal y luego de su encargo como Pagador. No se requería, por lo demás, la existencia de un contrato específico como el que echa de menos el demandante, para cumplir con la función interina que se le encomendó en la Pagaduría, ni ese ejercicio transitorio desvirtúa su condición de sujeto activo de los delitos por los cuales se le condenó,

ni mucho menos la disponibilidad jurídica que tenía respecto de los dineros de la entidad, hechos aceptados y reconocidos por el mismo procesado".

Solicita entonces, que no se case la sentencia impugnada.

Los no recurrentes

Los dos apoderados de la parte civil legalmente reconocidos en el proceso, presentaron sendos alegatos con el objeto de oponerse a las pretensiones de la demanda de casación. Materializando tal propósito, contestan a cada uno de los cargos, argumentando pormenorizadamente la inconsistencia jurídica y fáctica de los mismos. En torno a la objeción de nulidad, estima el señor apoderado del Banco de la República que "si se aduce la violación de la ley al haberse llamado a juicio por una conducta tipificada expresamente, cuando los elementos conformantes, demostrados en la instrucción, indican la comisión de conducta distinta, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, está aceptando la integridad de las pruebas, salvo que en el momento de calificación se tomaron como elementos de distinta conducta a la que verdaderamente hacían relación. Como consecuencia se omitió también haberse expuesto cuál la conducta que ha debido ser aceptada por el juzgador a tiempo de formular el cargo, niega la existencia de los delitos por los cuales se le llamó a juicio a Téllez Abuabara como fueron los peculados y las falsedades. Tal anfibiológico (sic) planteamiento del problema, se debe a la confusión en que el actor incurre al considerar equivalente la causal de nulidad "error relativo a la denominación jurídica de la infracción" al error en la calificación del mérito del sumario. De ahí por qué en la demostración del cargo afirma que el sumario ha debido ser calificado con un sobreseimiento temporal".

Solicitan estas partes no impugnantes que se mantenga en su integridad el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte:

En cuanto al calificativo de "imprecisa, inconsistente y contradictoria", que la Delegada da a la demanda de casación, la Sala considera que, hablando con propiedad, no existe contradicción en los planteamientos sino, que el actor se vale sustancialmente de los mismos argumentos para entablar las dos acusaciones: la nulidad y la causal primera, otorgándoles su propio alcance jurídico dentro de cada uno de dichos motivos de impugnación, como enseguida se pasa a ver a propósito de su estudio.

Causal Cuarta

Ataca el actor el fallo "por haberse incurido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción que se investigó".

No dice el censor si se trata de nulidad constitucional o legal, pero es claro que tal reproche es el previsto en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), dentro de cuya órbita ha dicho reiteradamente la jurisprudencia que no se puede

afirmar la ausencia de todo delito, sino que dicho motivo de anulación exige, presupone, *la admisión de otra delictuosidad,* y que a la comprobación de ésta tiene que enderezar sus esfuerzos el actor, so pena de que su pretensión devenga impróspera: ninguna de estas precisas e insoslayables obligaciones las cumple el recurrente en el caso que se estudia; en contraste frontal con ellas, abiertamente sostiene que el procesado Andrés Téllez Abuabara, por ser trabajador particular, "no pudo cometer delito de peculado... ni tampoco cometió los varios delitos de falsedad en documentos que se le imputa en el auto de proceder".

Y no solamente peca al no demostrar cuáles delitos cometió en reemplazo de los objetados, sino que el impugnante, al desarrollar el mencionado cargo de "calificación errónea", se dedica a atacar el haz probatorio que en el pliego de cargos se tuvo en cuenta para la múltiple y variada imputación, hasta el punto de postular que el sumario fue equivocadamente calificado con auto de proceder, ya que ante la falta de pruebas "debió dictarse un sobreseimiento temporal", dando pie, pues, a pensar que lo que propone es una nulidad de estirpe supralegal por violación de los artículos 481 y/o 483 del Código de Procedimiento Penal, la cual a simple vista brilla por su ausencia.

Sobre la vía a escoger en casación por posibles yerros en el auto de procesamiento, dijo esta Sala en providencia del 28 de abril último:

"Pero no significa lo anterior que los errores en la apreciación de las pruebas criticables al auto de proceder, no puedan ser rectificados. De ninguna manera: ello puede intentarse en primer término utilizando los recursos ordinarios en contra del enjuiciamiento, y, posteriormente, apelando de la sentencia de primera instancia que los hubiere acogido. Pero si tales errores persisten porque el fallador de segundo grado no los enmendó, queda aún el recurso extraordinario de casación, pero por la vía del cuerpo segundo de la causal primera, para que la Corte tenga la oportunidad de rectificarlos, sustituyendo la sentencia erróneamente fundamentada. No es, pues, la vía de la nulidad, salvo que el error implicara una equivocada denominación jurídica de la infracción.

"Esta ha sido, por lo demás, la doctrina de esta Corporación: 'Las fallas formales pueden comportar errores en el procedimiento, nulidades, pero los conceptos y apreciaciones críticas del juzgador, son posibles en el justiprecio de un medio probatorio o en los alcances del ordenamiento legal. En el primer caso, si la equivocada apreciación de las pruebas no importa errada denominación jurídica de los hechos delictuosos, no se deben reclamar en casación al amparo de la causal cuarta. Y en el caso segundo, es igualmente diverso de la causal cuarta el camino a seguir en la impugnación de la sentencia'. (Casación de 10 de mayo de 1977. Magistrado ponente: Doctor Velasco Guerrero).

Y en esta misma providencia insistió la Corte, en que cuando se critica el alcance dado a las pruebas que sirvieron al juzgador para derivar de sus conclusiones, lo aconsejable es 'acudir a los motivos de la causal primera de casación, inciso segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues los desaciertos del juzgador en la valoración del acervo probatorio o su infortunio en la

escogencia de las leyes que son imperativos del caso concreto, son errores de juicio —se reitera—, y constituyen nulidades solamente cuando llevan al sentenciador a desconocer la legalidad del delito o de la pena, del procedimiento, o el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso. En estos casos, de suyo constitutivos de nulidad, se pueden invocar errores de juicio del sentenciador dentro del marco de la causal cuarta por entrañar violaciones ciertas en los derechos de la defensa, de tanto monto como que son, al tiempo, garantías fundamentales del juicio. (Art. 26 de la Carta)...' ".

En esas condiciones, resulta claro que la nulidad alegada no está llamada a prosperar, pues, de un lado, el demandante no demostró que hubiera existido errónea selección de los títulos indicativos de los delitos de peculado y falsedad, y, de otra parte, frente al artículo 26 de la Constitución, tampoco se da una infracción de tal rango superior, como se acaba de ver.

Causal Primera

Cargo Primero:

Lo hace consistir el censor en que se transgredieron los artículos 267 y 268 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que los peritos de la Superintendencia Bancaria que dictaminaron respecto del peculado, no fueron designados por el Juzgado Instructor, ni tampoco hacen parte de las listas de Auxiliares de la justicia. De aquí deduce el actor que hubo violación indirecta de la ley, con base en un error de derecho, al apreciarse en la sentencia "como válidos" los peritajes ilegalmente producidos.

1. Examínese en primer término si, como afirma el recurrente, al designarse dichos peritos que no figuraban en la lista de Auxiliares de la justicia, se violó el Decreto 3265 de 1969.

El artículo primero del mencionado Decreto, dice en lo pertinente:

"En los procesos civiles, administrativos y laborales, y en las actuaciones de índole civil dentro de los procesos penales, *la designación de los peritos... cuyo nombramiento corresponde al Juez, se hará siempre por éste o por el Magistrado Sustanciador, según el caso, de la lista oficial de auxiliares y colaboradores de la justicia".*

La salvedad que la norma hace en la parte que se acaba de subrayar es fácilmente explicable, si se tiene en cuenta la naturaleza inquisitiva del proceso penal y sus fines neta e insoslayablemente públicos de la búsqueda de la verdad en torno al delito y al acusado. El Código de Procedimiento Penal, siguiendo dichas pautas, dice:

"Artículo 338. Preferencia de peritos oficiales. En los lugares en donde haya médico o peritos oficiales, el funcionario de instrucción deberá designarlos de preferencia, a fin de que practiquen las diligencias necesarias y den su dictamen por escrito, en la forma y con los requisitos que se exigen para la prueba pericial".

"Artículo 339. Obligatoriedad y gratuidad de servicios oficiales. Donde haya laboratorio o expertos oficiales, será obligación de éstos practicar de preferencia y gratuitamente los exámenes, análi-

sis y cotejos que consideren convenientes los peritos y que ordene el funcionario instructor".

Tal "preferencia" de peritos oficiales que la ley le impone al Juez Penal contradice, además, lo que al respecto dispone el artículo 11 del citado Decreto 2265: "Los incapaces y los empleados públicos no podrán hacer parte de las listas de auxiliares de la justicia", previendo enseguida su inclusión, aunque de manera excepcional.

En estas condiciones, la incorporación que el Código de Procedimiento Penal hace a su Capítulo de la "prueba pericial" de las normas legales pertinentes sobre auxiliares de la administración de justicia (Art. 281) opera siempre y cuando estas últimas no choquen con rasgos propios del proceso penal, en materias como la designación de los peritos, la gratuidad de sus servicios, etc.

Así pues, al auxiliarse el Juez de peritos de la Superintendencia Bancaria para la concreción del peculado y su cuantía (temas exclusivamente penales) no violó la normación que acaba de examinarse.

2. El ataque por transgresión de los artículos 267 y 268 del Código de Procedimiento Penal tampoco tiene asidero jurídico: La primera de esas normas prevé apenas que el Juez puede nombrar simultánea o sucesivamente más de un perito para emitir un dictamen; la segunda consagra las inhabilidades para desempeñar las funciones de perito, ninguna de las cuales es predicable de los expertos de la Superintendencia Bancaria que intervinieron en este asunto.

A esta objeción del casacionista respondieron acertadamente la Delegada y el apoderado del Banco de la República; la primera señaló:

"Ninguna norma prohibe al Juez Penal valerse de peritos que a su vez sean funcionarios o empleados de una entidad oficial, y por el contrario, ellos ofrecen garantía evidente de imparcialidad e idoneidad en el desempeño de su cargo. Tampoco constituye delegación de la función jurisdiccional aceptar las sugerencias que una dependencia del Estado hace al Juez, por solicitud suya, de designar un perito oficial, pues el funcionario judicial no tiene por qué conocer anticipadamente el nombre de quienes hacen parte de dicha entidad, ni quiénes tienen la capacidad requerida, ni cuál es la disponibilidad de ese personal calificado".

Y la parte no recurrente agrega que "podría pensarse en una omisión del funcionario judicial, al no haber proferido un auto de trámite designando los peritos destacados por la Superintendencia Bancaria", y estima que esa omisión fue suplida por medio del auto que ordenó tenerlos como peritos y darles la posesión correspondiente, con lo cual "estaba efectuando el Juez 39 de Instrucción Criminal el nombramiento respectivo".

Pues bien: a folio 34 del cuaderno Nº 4, aparece el oficio calendado el 4 de agosto de 1981, dirigido por la Juez instructora al Superintendente Bancario, en los siguientes términos: "En forma muy comedida me dirijo a su señoría con el objeto de solicitarle sean designados dos (2) peritos de esa entidad con el objeto de que asesoren a este Juzgado de Instrucción Criminal, en la investigación que por el delito de peculado adelanta

este Despacho en contra de los intereses del Banco de la República de esta ciudad (sic)...".

El día subsiguiente la Superintendencia le responde que para dichos fines "se ha designado como peritos a los señores Alvaro Herrera V. y Germán Sendoya" (folio 66), produciendo entonces el Juzgado un auto del tenor que sigue: "Teniendo en cuenta el oficio de la Superintendencia Bancaria, se ordena en consecuencia dar posesión del cargo de peritos a los señores Germán Montoya Sendoya Mejía y Alvaro Herrera Velásquez..." (folio 109) y, efectivamente, les dio la debida posesión (folio 110); no se remite a duda, pues, que dichos peritos sí fueron designados por la Juez de Instrucción, no dándose en consecuencia la "delegación de función judicial" que alega el censor.

3. Los originales de los cheques fueron entregados al Juzgado de Instrucción Criminal por el denunciante, doctor Hernando Hernández Quintero y por el propio Banco Emisor (folios 70, 97 y 184-4), y no por los peritos, como se afirma en la demanda; y respecto a la "descomposición de las cuentas corrientes" —que el actor objeta por obrar en "copias sin autenticar"—, se trata de un trabajo realizado por los peritos en cumplimiento de la tarea para la cual habían tomado posesión (folios 111, 154, 325 y 423). Como señala la sentencia de primera instancia "hicieron —los peritos— en forma técnica el seguimiento de todos y cada uno de los cheques girados irregularmente en la Pagaduría del Banco" (folio 184-3); por su parte, la sentencia acusada dice al respecto:

"No es que la sentencia se basara en el aporte de copias por parte de los peritos, sin autenticación; desde luego que su colaboración fue valiosa en lo tocante al esclarecimiento de situación tan intrincada como son las transacciones bancarias, originadas por el depósito y extracción de dineros pertenecientes al Estado. Hácese hincapié en que los originales de los cheques emanados del Banco de la República, fueron anexados a las plenarias por el denunciante y con base en ellos se determinó en forma precisa la cuantía del punible..." (fl. 333-3).

Frente a la pericia legalmente aducida al proceso, los sentenciadores disponían de libertad para conferirle a ella el valor que estimaren justo en orden a probar "los elementos constitutivos de la infracción", como lo dice el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal.

El cargo, pues, no prospera.

Cargo Segundo:

Considera el recurrente que la sentencia "supuso" un contrato de trabajo entre el Banco de la República y el señor Téllez Abuabara como Pagador, no sólo para deducir de ahí su calidad de empleado oficial, sino para tener probado que desempeñó esa función durante todo el tiempo en que se giraron los cheques objeto de averiguación. "Tal error de hecho —dice—, condujo en forma indirecta, a la indebida aplicación de los artículos 133 y 2º de la Ley 43 de 1982, al ser condenado Andrés Téllez Abuabara como autor de un delito de peculado".

La suposición de dicha prueba no es cierta, pues en la sentencia se tuvo en cuenta la confesión del acusado Téllez Abuabara (total, salvo

en relación con la alteración de la nómina de pensionados), los cheques firmados por él como Pagador, y, en fin, el resto del caudal probatorio.

Por otra parte, *la Procuraduría anota*:

"Un punto de partida equivocado es al que acude el demandante, pues afirma que los empleados del Banco de la República no son empleados oficiales, sino trabajadores particulares y que, por tanto, no pueden cometer los delitos por los que se condenó a Téllez Abúabara y cita, incluso, una disposición legal expedida con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos investigados (Decreto 386 de 10 de febrero de 1982). Admitiéndose que dichos empleados se vincularan por medio de contrato de trabajo y que les es aplicable en materia laboral y aún administrativa el régimen jurídico del derecho privado, no lo es menos que atendida la naturaleza del Banco Emisor, esto es, la de una entidad de derecho público y la de sus bienes, sus empleados ejercen una función pública y quedan, en consecuencia, comprendidos en la previsión del artículo 63 del Código Penal y puede, por lo mismo, ser sujetos activos de un delito contra la administración pública".

A tal observación se suma la también atinada del apoderado del Banco como parte no recurrente:

"Por ser el Banco de la República una entidad de derecho público, de naturaleza única, no sujeta al régimen de las entidades descentralizadas, no podría aplicársele los Decretos extraordinarios que rigen el funcionamiento de la administración nacional ni de las entidades descentralizadas del orden nacional, sino que se halla sujeto a las normas legales que la crearon, organizaron y establecieron el régimen de su funcionamiento de la administración nacional ni de las entidades des- los trabajadores del Banco de la República, dispuso el artículo 19 de la Ley 7ª de 1973 que el régimen jurídico de los trabajadores y de los derechos sociales 'serán determinados en los estatutos de la entidad, en su reglamento de trabajo y en las convenciones que se celebren con su trabajadores', por consiguiente, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 386 de 1982, las relaciones son contractuales y regidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

"Eso implica cambio en la naturaleza de la función, la cual es y será siempre pública, así el régimen prestacional y contractual se rijan por el Código Sustantivo del Trabajo".

A dichas y adecuadas réplicas que se hacen a la argumentación del actor, debe agregarse que, en verdad, ni la normatividad citada por aquél (Decreto 386 de 1982) ni ninguna otra, permiten aseverar que los empleados del Banco de la República son trabajadores particulares: por el contrario, la incuestionable índole eminentemente estatal de dicho Banco, exige la postulación opuesta, vale decir, que quienes prestan sus servicios en esa entidad son empleados oficiales, y pueden, por tanto, ser sujetos activos de los delitos en que "las leyes penales" requieren tal calificación jurídica, como es el caso del peculado (Art. 133 del Código Penal) y de las falsedades documentales previstas en los artículos 218 y 219 del Código Penal. Esta inocultable verdad deja sin piso la mayor parte de los cargos hechos al fallo, como luego se verá.

En este mismo cargo segundo, que se formula como violación indirecta por yerro de hecho, termina el demandante afirmando un error de derecho, al rebatir la valoración que en la sentencia se hace de la confesión de Téllez Abuabara: "El desempeño de la Pagaduría por parte de Téllez tampoco fue materia de prueba, por lo cual se ha supuesto tal desempeño, y para ello se funda la sentencia acusada en la confesión, echando al olvido que el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, *al hablar sobre el valor probatorio de la confesión...*". Pasa por alto el recurrente, que dicha prueba no fue la única ni la determinante de la sentencia, como se acaba de anotar, y, además, que la confesión de Téllez Abuabara no se tuvo como prueba "del cuerpo del delito" de peculado, tal como lo demuestra este aparte del fallo impugnado:

"Como se comprobó ya, que fueron anexados todos los documentos reseñados, se efectuó apropiación de dineros pertenecientes al Banco de la República, mediante procedimientos ya descritos, por empleados del Banco, y que por tal circunstancia tienen el carácter de empleados oficiales. Sumado a lo anterior se tiene que se presenta *objetivamente* la relación funcional con los bienes cuya administración se ha dado a estos funcionarios; tal conducta se tipifica bajo el epígrafe de peculado por apropiación". (Folio 326-3).

No prospera el reproche.

Cargo Tercero:

Se hace consistir en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219 del Código Penal, pero al desarrollar la "demostración" de este cargo, el actor elabora argumentos privativos de la violación indirecta, ya que entra a cuestionar las pruebas sobre la calidad de empleado oficial de Téllez Abuabara y sobre la naturaleza jurídica de la nómina de pensionados cuya falsificación se le atribuye. Mucho es lo que esta Sala ha insistido en el sentido de que cuando se aduce la primera clase de tales violaciones (directa o inmediata) el censor debe cuidarse de no penetrar ni un mínimo en el análisis de las pruebas, pues esta clase de raciocinio traduce inevitablemente una transgresión indirecta o mediata de la ley sustantiva.

Mal planteado el reproche, no puede estudiarse a fondo.

Cargo Cuarto:

Este cargo, violación directa del artículo 218 del Código Penal, adolece de idéntico defecto al que se dijo ostenta el anterior, pues la aplicación indebida del precepto en mención la fundamenta el censor en que el procesado no es empleado oficial, ni la nómina reviste el carácter de documento público, motivo por el cual considera que no puede ser condenado por falsedad material en tal especie de documento.

En esas condiciones, la crítica de la prueba es manifiesta, y, consecuencialmente, la incursión en la violación directa de la ley, aunque sin mencionarse —como tampoco en el cargo tercero—, la clase de error cometido, ni demostrarse su índole de "manifiesto".

Reiteradamente ha dicho la Corte que cuando del recurso de casación se trata, es el actor quien debe trazarle el derrotero, y que cualquier vacilación, falta de claridad o contradicción que ofrezca la demanda, se transmite de inmediato y en igual forma a la Sala; es apenas obvio que mientras ésta carezca de bases firmes, claras y suficientes, no puede entrar en el examen del contenido de la impugnación respectiva, siendo ello lo que ha sucedido aquí con respecto a los cargos tercero y cuarto.

Cargo Quinto:

"La sentencia acusada violó el artículo 221 del Código Penal, en forma indirecta, al cometer error de hecho al suponer que Andrés Téllez Abuabara falsificó las firmas de los endosatarios de los 38 cheques materia del proceso".

Sustenta la acusación en que la experticia de grafología forense no concluyó que el susodicho procesado hubiera falsificado alguno de los endosos de los indicados títulos valores, y, además, en que Téllez Abuabara niega tal conducta. "Por tanto, la condena de Téllez como autor material en los cheques fue posible porque el sentenciador supuso pruebas que no existen en el proceso", finaliza el casacionista.

El estudio grafotécnico practicado sobre los cheques (folios 372 y ss. del cuaderno Nº 3), no contó con signaturas y manuscritos de Téllez Abuabara, quien en su ampliación de indagatoria respondió que "Eladio Rojas (otro de los procesados y quien figura como el autor de la mayoría de los endosos), me suministraba los nombres y la cédula que yo debía colocar en esos nombres, se corrige, en los cheques...". (Folios 267-4).

"El aspecto subjetivo o de responsabilidad", referente a la condena con base en el citado artículo 221, fue analizado de la siguiente manera en el fallo acusado:

"Según el plano establecido, la fase final para el logro de la apropiación y por esta vía la violación del tipo tutelado, fue la emisión de los títulos valores a nombre de la persona incluida mediante la falsedad descrita y a quien no le asistía derecho para tal cobro, luego si para hacer efectivos los mismos se falsificaron firmas y se utilizaron números de cédulas apócrifas, se incurrió en falsedad material en documento privado, no sólo por quien materialmente llevó a cabo la falsificación, como lo acepta Téllez, sino por todos aquellos que habían concertado el plan". (Folios 328-3).

Al razonar de tal modo, pues, el sentenciador no supuso prueba alguna para imputar a Téllez Abuabara la autoría del falso documental mencionado, sino que valoró en conjunto el acervo probatorio que obraba al respecto en los autos, no siendo entonces dable aceptar en este aspecto del juicio un error de hecho manifiesto que haya decidido dicha condena.

Este último cargo resulta también ineficaz, y entonces el fallo habrá de mantenerse en su integridad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, ad-

ministrando 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.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PENA — Circunstancia de Agravación

Mientras las circunstancias de agravación específica deben ser deducidas en el auto de formulación de cargos, las de carácter genérico deben serlo en la sentencia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 048 del 14 de julio de 1987.

Vistos:

Por sentencia del 28 de junio de 1986, el Juzgado Primero Especializado de Cali, condenó a *Fanny Romero González* a la pena principal de 52 meses de prisión como cómplice responsable del delito de secuestro extorsivo de que fue víctima *Mónica Arizabaleta García.* Por providencia de segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, reformó el fallo condenando a Fanny Romero González a la pena principal de 81 meses de prisión y absolviendo a *Carlos Alberto Merchán Duarte* y *Luis Alirio Jiménez Muñoz.*

Se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, que fue aceptado y posteriormente la demanda declarada admisible por reunir los requisitos legales. Se escuchó el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicitó se desechara la censura.

La Corte procede a resolver lo pertinente, luego de los siguientes

Hechos:

El 20 de agosto de 1985, estaba la niña Mónica Arizabaleta García, en compañía de su madre Nancy Esmeralda García y de su tío Alberto García, cuando de imprevisto aparecieron varios hombres esgrimiendo armas de fuego, quienes luego de imponerse sobre los mayores, secuestraron a la mencionada menor, dejando un escrito alusivo a un extraño grupo guerrillero.

Meses después, por la colaboración de los organismos de seguridad se logró el rescate de la menor en una casa donde permanecía bajo la custodia de la condenada Fanny Romero González.

Actuación procesal:

La denuncia fue instaurada el 21 de agosto de 1985.

Se dio inicio a la investigación por auto del 21 de agosto de 1985.

El dos de octubre de 1985 fue rescatada en Bogotá la menor secuestrada.

Fanny Romero González fue indagada el 4 de octubre de 1985. Por auto de 15 de octubre de 1985 se decretó su detención, y fue citada a audiencia pública por auto del 20 de marzo de 1986.

El 24 de junio de 1986 se realizó la diligencia de audiencia pública. Por sentencia de primera instancia del 28 de junio de 1986 fue condenada a 52 meses de prisión.

Por sentencia de segunda instancia del 8 de septiembre se confirmó la anterior, modificándose la pena a 81 meses de prisión.

La demanda de casación

Plantea el recurrente dos cargos contra la sentencia impugnada, el primero lo hace consistir en una violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, por falso juicio de legalidad en la valoración de las pruebas, al vulnerarse la ritualidad de formación del medio probatorio y como consecuencia violarse indirectamente la ley sustancial por no aplicación de los artículos 2, 5 y 40 del Código Penal; como corolario del mismo solicita la infirmación total de la sentencia y en su lugar se absuelva a la condenada Romero González, con base en la causal de inculpabilidad del numeral 4º del artículo 40 del Código Penal.

Como cargo segundo, plantea el no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de citación a audiencia, al amparo del numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, para que se dicte fallo de reemplazo, haciéndose una nueva tasación de la pena en la que se reconozcan las atenuaciones demostradas.

El concepto del Procurador Delegado

El Colaborador Fiscal solicita desestimar la demanda y refiriéndose al cargo primero de la demanda, argumenta:

> "El casacionista, con apoyo en la causal primera, cuerpo segundo, pide finalmente la absolución de su defendida, previo reconocimiento de la causal de inculpabilidad alegada; y al invocar la causal segunda, pretende que la honorable Corte, en el fallo de sustitución, aminore la pena principal impuesta, rechazando las circunstancias genéricas de agravación hechas efectivas por el Tribunal. Es decir, primero pregona la inocencia y luego la culpabilidad, lo cual se traduce en violación del principio de no contradicción que gobierna la técnica de casación.
>
> Empero, es necesario rebatir los cargos, puesto que su carencia de fundamento jurídico y fáctico, impide que la demanda prospere. En efecto: el error de derecho por falso juicio de legalidad que invoca el censor, jamás ha tenido existencia o en ningún momento se ha producido. Del contexto del fallo del *ad quem* claramente aparece que éste acogió los planteamientos del *a quo* e hizo suya la sentencia de primera instancia al transcribirla casi en su totalidad, para luego vertir sus propias apreciaciones. Al obrar así, remitió a toda la prueba, de suyo abundante y altamente compro-

metedora, particularmente la encarnada en pluralidad de gravísimos indicios, y en ninguna parte aparece que haya tomado la versión de Aracely Rocha como testimonio, porque realmente no lo es. El Tribunal expresamente alude a la exposición o versión de aquella, sin calificarla de testimonio. Tampoco es cierto que tal versión haya sido el único fundamento del fallo condenatorio. Ella indudablemente es fuente de indicios, que llegaron a complementar los ya suficientes para sustentar condena: hallarse la niña secuestrada en poder de la incriminada, haber eludido la autoridad, el indicio de mentira y el de mala justificación, la fotografía de los encapuchados, tomada precisamente en la casa donde residía la procesada, etc. De tal manera que, aceptando en gracia de discusión que el error de derecho se hubiese dado, no pasaría de ser un error inocuo, absolutamente intrascendente, porque al hacer caso omiso de dicha versión, se encuentra la prueba plena o suficiente para reprimir el reprochable punible de que se hizo víctima a la mencionada menor y a su familia, que lamentablemente queda impune para otros antisociales".

Con relación a la causal segunda, dijo:

"En relación con la causal segunda o, mejor, con la argumentación en que se fundamenta su invocación, baste afirmar que la honorable Corte ha sido reiterativa en el sentido de que las circunstancias genéricas de agravación punitiva son aplicables únicamente en la sentencia, se reducen a criterios de graduación de pena. Son muy diferentes a las llamadas específicas que sí deben deducirse en el auto enjuiciatorio o de citación para audiencia, mientras que aquellas no juegan para nada en dichos proveídos".

Consideraciones de la Corte

Además de los problemas de técnica en que incurre el casacionista al desconocer uno de los principios que gobiernan el método especialísimo del recurso extraordinario, como así lo destaca el Procurador Delegado y hace afirmaciones que no corresponden ni a la realidad del proceso, ni a la legalidad existente, como en adelante se demostrará.

Desconoce el casacionista la realidad procesal, porque cuando pide afirmar totalmente la sentencia de segunda instancia, considera que la única fundamentación probatoria fue la versión que ante la policía judicial rindió la señora Aracely Rocha viuda de Triana, y es este un punto de partida falso, puesto que como bien lo dice el Colaborador Fiscal existen otros medios probatorios de suficiente poder de convicción que bastan para que aún aceptándose los planteamientos del recurrente, no pueda accederse a su petición; su pretensión sería válida si fuese éste el único medio probatorio en el que tuviese sustento la sentencia que ahora se ataca.

Pero si es que el recurrente demanda con un evidente desconocimiento de la realidad procesal, es notorio igualmente el desconocimiento del contenido normativo de las leyes que regulan las pruebas practicadas por la policía judicial, porque el literal b) del artículo 289 obliga a estos funcionarios a recibir bajo la gravedad del juramento las denuncias que ante ellos instauren los ciudadanos.

En idéntica obligación se encuentra el funcionario de policía judicial que se vea en la necesidad de rendir una versión de los hechos de que haya tenido conocimiento de manera oficial, de la misma forma manda que los dictámenes rendidos por el personal técnico de esa entidad deben regirse por las reglas de apreciación a que está sometida la prueba pericial. De tal manera que el citado artículo 306 del Código de Procedimiento Penal que cita el censor en la demanda para fundamentar legalmente sus pretensiones, se halla mal citado, puesto que en este artículo se alude al fenómeno de la versión rendida por el funcionario de policía judicial y en ninguna parte del texto procesal se indica que la recepción de las versiones de los testigos debe ser bajo la gravedad del juramento; por el contrario, donde tales declaraciones aparecen mencionadas, no se les hace esta exigencia. Efectivamente, en el numeral 6º del artículo 280 del Código de Procedimiento Penal, se indica:

"Anotar los nombres, direcciones y documentos de identidad de las personas que hayan presenciado los hechos o a quienes les conste alguno en particular, *como también las versiones que dieren de los mismos, las que se consignarán textualmente y serán suscritas por quienes las hubieren suministrado*". (Subraya la Sala).

De la norma transcrita se ha de concluir que este tipo de pruebas tiene como únicas exigencias, que la versión de los testigos se reciba por escrito y que sea suscrita por las personas que en ella interviniesen.

En tales condiciones, la versión que ataca el recurrente está legalmente recepcionada y de acuerdo con el texto legal citado por el demandante, art. 306 del Código de Procedimiento Penal, las diligencias practicadas por la policía judicial tienen el mismo valor probatorio que las practicadas por el Juez.

En las condiciones anteriores, y enteramente de acuerdo con el Procurador Delegado, se desechará el cargo primeramente propuesto.

El segundo cargo, como ya se había anotado, se hace consistir en haberse dictado la sentencia con falta de consonancia con los cargos formulados en el auto de citación a audiencia, al amparo de la causal segunda, pretensión que lleva al recurrente a solicitar se haga una nueva tasación de la pena, reconociéndose los disminuyentes que surgen de la aceptación de tal ataque.

Sostiene el censor que el auto de citación a audiencia, se limita a imputar cargos por el delito de secuestro extorsivo en calidad de coautores, pero que en la sentencia de segunda instancia se le dedujeron las causales de agravación genérica previstas en los numerales 3, 4 y 7 del artículo 66 del Código Penal.

Como muy bien lo sostiene el Procurador Delegado, existen causas de agravación específica y genérica; las primeras son aquellas consagradas para algunas modalidades de delitos, como sucede con las consignadas en el artículo 324 en relación con el homicidio simple y como igualmente ocurre con las previstas en los artículos 350 y 351 en relación con el hurto simple. Es indispensable que en el auto de citación a audiencia o en el auto de proceder, en la parte motiva de la providen-

cia se mencionen y analicen de manera precisa la existencia de tales circunstancias de agravación y se indiquen los medios probatorios por los cuales se considera se demuestran. No ocurre así con las segundas, es decir aquellas previstas en el artículo 66 del Código Penal, porque en relación con ellas, como su nombre lo indica, son de "agravación punitiva"; aparece en la parte general del Código y en principio son predicables de todos los delitos; estas se deben producir en la sentencia, para efectos de la tasación de la pena. Es decir, que ha sido querer del legislador que esas causales sólo se tengan en cuenta en el momento de la adecuación de la pena y ello debe ser así, puesto que se trata de circuntancias que hacen relación fundamentalmente a la personalidad del procesado, tal las previstas en los numerales 1, 2, 11 y 13, o de otras que refiriéndose de manera concreta a la conducta misma motivo de juzgamiento, no se refieren específicamente a los hechos fácticos en sí, sino a la expresión de la personalidad del procesado que es motivo de juzgamiento, porque cuando el legislador dispone como causal de agravación punitiva "abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido", no está aludiendo al hecho de haber cometido el delito en perjuicio de un niño, un ciego o un parapléjico, sino que considera que quien así actúa, es poseedor de una personalidad desalmada, de un ser que carece de sentido mínimo de solidaridad y por tanto demostrativo de una mayor peligrosidad social. Se hace referencia entonces en estas causales a hechos no propios del comportamiento fáctico que se juzga, sino propios de la personalidad del Juzgado. Allí radica que mientras las causales de agravación específica deban ser deducidas en el auto de formulación de cargos, las de carácter genérico deben serlo en la sentencia.

Las anteriores razones entran a conjugarse en los límites máximos y mínimos de la penalidad prevista en todos los delitos, para que el Juez, dentro de su razonable discrecionalidad, teniendo en cuenta la conducta motivo de juzgamiento y la personalidad del juzgado, haga los aumentos o disminuciones que considere pertinentes

Con el actuar anterior, ni el Juez, ni concretamente en el caso del que se ocupa la Corte, se ha violado la ley, ni se ha desconocido el derecho de la procesada al formulársele cargos desconocidos a última hora y menos aún que no tuvo la oportunidad de defenderse.

En las condiciones anteriores, y de acuerdo con el Fiscal de la Corporación, se desechará el cargo propuesto.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoirdad de la ley,

Resuelva:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NULIDAD LEGAL

INVESTIGACION — Calificación

El nuevo Código de Procedimiento Penal permite el cambio de denominación jurídica del delito dentro del mismo Título, previo un procedimiento. Pero, en el tránsito de legislación, no es posible aplicar la norma que suprime la nulidad por ser más favorable al procesado, sin que en el proceso se le haya dado aplicación a las demás normas que hicieron posible ese cambio de denominación del tipo delictivo

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta Nº 52.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Pedro Manuel Mercado Martínez,* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a través de la cual, por confirmación de la de primera instancia, se le condenó a la pena de prisión de 18 meses, como responsable de acceso carnal abusivo.

Antecedentes y actuación procesal:

El 13 de diciembre de 1984, en el municipio de Sabanalarga, cuando el menor *Walberto Marriaga* regresaba de cumplir un mandado de su casa, fue llamado por el individuo *Pedro Mercado Martínez,* quien bajo pretexto de hacerle otro encargo, logró que aquél se le acercara y lo tomó en su poder, lo ató de manos a un árbol, y mientras lo accedía carnalmente, para impedirle gritar le tapó la boca con sus manos. El atropello ocasionó al menor lesiones que dictaminó el médico legista, (folio 5, cuaderno ppl.).

El sindicado fue llamado a juicio por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sabanalarga, por delito de actos sexuales abusivos y condenado por el mismo ilícito en la modalidad contemplada en el artículo 303 del Código Penal, en sentencia que por consulta confirmó el Tribunal, mediante la que es objeto de este recurso extraordinario.

La demanda:

Un cargo formula la apoderada del procesado al fallo de segundo grado, y lo fundamenta en la causal primera, cuerpo segundo del ar-

tículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que es violatorio en forma indirecta de los artículos 303 del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal, por errores de derecho en la apreciación del testimonio del menor ofendido y por falta de apreciación de la prueba documental de la edad del mismo menor.

Afirma que el Tribunal dedujo la plena prueba de la responsabilidad del hecho punible a su cliente, del solo testimonio del menor cuya sicología considera "muy manejable e insegura", sin tener presente que apenas se trataba de un indicio, y que omitió apreciar, según sus palabras, "una prueba documental sobre la edad verdadera del menor, que no fue aportada al proceso". No obstante esta afirmación, asume como propia la argumentación del Fiscal del Tribunal, en el trámite de la consulta —que transcribe parcialmente—, según la cual no habiéndose allegado la prueba documental idónea para probar la edad de la víctima, como requisito indispensable del tipo delictivo imputado, la prueba para fundar la sentencia de condena era insuficiente y no permitía este pronuncimiento, que al hacerse en la sentencia que se revisaba, desconoció las exigencias de los artículos 215 y 217 del Código de Procedimiento Penal de 1971.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal rechaza el cargo de la demanda "por las graves fallas de orden técnico y lógico" que presenta, pero plantea la nulidad del proceso con base en el numeral 5º del artículo 210 del citado estatuto. Manifiesta que se incurrió en errada calificación jurídica de la infracción porque según el testimonio del menor ofendido y el dictamen del médico legista, hubo violencia en el acceso a que fue sometido, y así el tipo penal realizado fue el del artículo 298 del Código Penal y no el del 303 bajo el cual se enmarcó la conducta. Afirma que la violencia es el elemento que caracteriza el acceso cometido, el cual difiere del que se dedujo en el auto calificatorio, en el que sólo existe la presunción de fuerza obligante o se reconoce "*a priori* la falta de consentimiento" por la minoridad del agredido, y que por esta razón, la calificación resultó equivocada.

Consideraciones de la Sala:

1. La recurrente alega una sola causal, la violación indirecta de la ley sustancial, "por apreciación errónea de la prueba testimonial del menor ofendido y por falta de apreciación de la prueba documental de la edad del mismo menor, habiéndose incurrido en error de derecho", según lo afirma en su demanda.

Como se observa, confunde la apoderada del procesado el error de hecho y el de derecho, y los alega simultáneamente, lo que impide a la Sala estudiar el cargo, pues estos dos tipos de error son incompatibles entre sí: Si la casacionista alega error de derecho, acepta la existencia de las pruebas pero cuestiona la violación de normas legales en su aducción o en el valor probatorio que se les haya asignado. Aquí, en cambio, alega error de derecho argumentando errónea apreciación de una prueba y falta de apreciación de otra.

No prospera el cargo.

2. *En relación con la causal de nulidad alegada por el Procurador Delegado, la Sala hace las siguientes consideraciones:*

En el Código de Procedimiento Penal de 1971, se consideraba errada denominación jurídica del delito en el auto enjuiciatorio el encuadramiento de la conducta realizada por el agente en género delictivo distinto dentro del título correspondiente, y constituía causal de nulidad legal del proceso al tenor del numeral 5º del artículo 210 de ese ordenamiento, con la consecuencia de que, advertido el yerro, la actuación devenía inválida a partir del vocatorio. A su vez, esta deficiencia podía alegarse como causal de casación bajo el numeral 4º del artículo 580 id.

En el estatuto actual (Decreto 50 de 1987), dicha situación desapareció como causal de nulidad, y por tanto, de casación, para dar paso a la posibilidad de que la calificación provisional varíe de acuerdo con las pruebas practicadas a lo largo del juicio, de manera que el juzgador correspondiente y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 501, dicte el fallo "con base en dicha variación".

En el artículo 677 del Código de Procedimiento Penal actual se dispone que el Código anterior se aplicará a los procesos que para la fecha de entrar en vigencia tuvieren auto de cierre de la investigación ejecutoriado, como ocurre en el presente caso. Sin embargo, es obvio que si se declara la nulidad de acuerdo con lo previsto en dicho estatuto, se hace más gravosa la situación para el procesado, pues la penalidad para ambas conductas difiere notablemente: La pena para la que fue motivo de llamamiento a juicio y sentencia, es de uno a seis años de prisión, mientras que la pena para la que considera el Agente del Ministerio Público, que fue la realmente realizada, es de ocho años. Debe entonces la Sala decidir si en este caso concreto es necesario dar aplicación o no al principio de favorabilidad.

3. *La Constitución Nacional dispone en el inciso segundo del artículo 26 que "en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". El alcance de esta norma con relación a la ley sustantiva es muy claro: Si una nueva ley quita el carácter de delito a una conducta, la sanciona con una pena menos grave, crea nuevas circunstancias de atenuación de la punibilidad, establece instituciones penológicas más favorables, o determina nuevas causales de justificación o exculpación de la conducta, las normas correspondientes se aplicarán retroactiva o ultractivamente, según el caso.*

Por el contrario, cuando las normas son de carácter procedimental, el fenómeno está en principio regulado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, incorporado al artículo 5º del nuevo Código de Procedimiento Penal, según el cual la ley "que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir", pues no puede afirmarse que una norma que varíe los términos dentro de los cuales se deben realizar las actuaciones procesales, o que modifique la práctica de éstas, sea favorable o desfavorable por su propia naturaleza para el procesado.

Sin embargo, hay actuaciones procesales que determinan situaciones sustantivas concretas a favor o en contra de los sindicados y procesados,

por lo que con relación a ellas opera el principio de la favorabilidad, pues el mandato constitucional es muy explícito en darle preeminencia a la norma favorable sobre la restrictiva o desfavorable, y no puede la norma legal desconocerlo. Tales son, por ejemplo, las normas que modifican los términos para la prescripción, crean o modifican causales de libertad provisional, establecen causales de cesación de procedimiento, etc. Dichas normas deben aplicarse tanto ultractiva como retroactivamente, según convenga a los intereses del procesado.

Pero debe quedar muy claro que las normas que regulan un fenómeno jurídico deben ser aplicadas en su integridad dentro de un mismo ordenamiento legal, pues no es posible que él se regule en parte con el estatuto anterior, y en parte con el nuevo, creando así el Juez una tercera norma, abrogándose funciones de legislador que le están vedadas. (En este sentido sentencia de diciembre 10 de 1981, Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía). Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando la norma aplicable implica varios supuestos como sería el caso de la que tipifica un delito y es modificada en la nueva legislación aumentando la pena privativa de la libertad y disminuyendo la multa, si se pretendiera que se aplicara de cada una de ellas la parte más favorable. Igualmente cuando para resolver un fenómeno jurídico es necesario recurrir a varias normas, como cuando se determina la pena correspondiente a una infracción, si el procesado pretende que se le apliquen unas normas para el tipo delictivo básico, y otras distintas para las atenuantes y las agravantes de la punibilidad. (En este sentido, sentencia de enero 17 de 1984, Magistrado doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

Por otra parte, aplicada una norma, ella deberá seguirse aplicando con relación a problemas iguales que se presenten dentro del mismo proceso, o que se desprendan de ella, como sería el caso de que se tomara en un cambio de legislación la pena más benigna señalada para un delito, y luego se pretendiera instaurar el recurso de casación con base en la pena más gravosa. (En este sentido, sentencia de mayo 10 de 1983, Magistrado doctor Darío Velásquez Gaviria).

4. *En el caso en estudio, la nueva ley permite el cambio de denominación jurídica del delito dentro del mismo Título, previo un procedimiento que establece para el efecto, de tal manera que la desaparición de la nulidad por este concepto es la culminación de toda una actuación procesal. No es por ello posible aplicar la norma que suprime la nulidad por ser más favorable al procesado, sin que en el proceso se le haya dado aplicación a todas las demás normas que hicieron posible ese cambio de denominación del tipo delictivo, no sólo porque se estaría creando una nueva norma al separar este resultado de los supuestos que lo hacen posible, sino además, en el caso concreto en estudio, porque se atendería contra el debido proceso.*

En este proceso no hay ninguna duda, de acuerdo con el Código derogado, de la errada calificación jurídica del delito cometido por el procesado a quien las pruebas recaudadas señalaban como autor de acceso carnal violento en menor de diez años, como bien lo destaca el Ministerio Público, el cual se halla previsto en el Capítulo I del Título

XI del Libro Segundo del Código Penal vigente —artículo 298—. Pero el llamamiento a juicio y la condena se hicieron por el delito tipificado en el artículo 303 del Código, incluido en el Capítulo III del mismo Título, por lo que claramente se incurrió en la nulidad establecida en el numeral 5º del artículo 210 del Código de. Procedimiento Penal, debiéndose por tanto casar la sentencia para que se reponga la actuación a partir del auto en el que se calificó el mérito del sumario, inclusive.

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

Resuelve:

Casar la sentencia recurrida.

Como consecuencia de ello, *declarar la nulidad* a partir del auto que calificó el mérito del sumario, inclusive.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO

Casación Nº 078. Pedro Manuel Mercado M.

Con el debido respeto, me permito consignar por escrito las razones que me mueven a salvar voto en torno a la providencia mayoritaria por medio de la cual se casa la sentencia que condenó a Pedro Manuel Mercado Martínez, a 18 meses de prisión como autor de acceso carnal abusivo, para decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto calificatorio, ya que en sentir de la mayoría, el delito a subsumir sería el de Violación, artículo 298 del Código Penal.

Divido este Salvamento en tres acápites:

I - La aplicación de la ley posterior más favorable.

II - Violación o acceso carnal abusivo.

III - Las nulidades desfavorables al procesado.

I. *La aplicación de la norma más favorable*:

A) Antes del Proyecto, que a la postre fue aprobado por mis distinguidos colegas, el señor Magistrado ponente había presentado otro que no fue aceptado por la mayoría; en vista de ello su autor lo retiró de la consideración. Sin embargo, en su discusión me atreví a plantear unas inquietudes acordes con la decisión que allí se insinuaba. Mi opinión fue insular.

B) Plantea la providencia (Consideraciones de la Corte), un interrogante que se resuelva en forma diferente en la fallida Ponencia:

"En relación con la causal de nulidad alegada por el Procurador Delegado, la Sala hace las siguientes consideraciones: En el Código de Procedimiento Penal de 1971 se consideraba errada denominación jurídica del delito en el auto enjuiciatorio del encuadramiento de la conducta realizada por el agente en género delictivo distinto dentro del título correspondiente y constituía causal de nulidad legal del proceso al tenor del numeral 5 del artículo 210 de ese ordenamiento, con la consecuencia de que, advertido el yerro, la actuación devenía inválida a partir del vocatorio. A su vez, esta deficiencia podía alegarse como causal de casación bajo el numeral 4º del artículo 580 id.".

"En el Estatuto actual (Decreto 50 de 1987), dicha situación desapareció como causal de nulidad, y por tanto, de casación, para dar paso a la posibilidad de que la calificación provisional varíe de acuerdo con las pruebas practicadas a lo largo del juicio, de manera que el juzgador correspondiente y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 501, dicte el fallo "con base en dicha variación".

"En el artículo 677 del Código Penal actual se dispone que el Código anterior se aplicará a los procesos que para la fecha de entrar en vigencia tuviere auto de cierre de la investigación ejecutoriado, como ocurre en el presente caso. Sin embargo, es obvio que si se declara la nulidad de acuerdo con lo previsto en dicho estatuto, se hace más gravosa la situación para el procesado, pues la penalidad para ambas conductas difiere notablemente: La pena para la que fue motivo de llamamiento a juicio y sentencia es de uno a seis años de prisión, mientras que la pena para la que considera el Agente del Ministerio Público que fue la realmente realizada es de ocho años. Debe entonces la Sala decidir si en este caso concreto es necesario dar aplicación o no al principio de favorabilidad".

C) En el aludido proyecto se sostenía que al desaparecer la nulidad por error en la calificación del delito (Art. 210 del Código de Procedimiento Penal de 1971), todo el fundamento para decretar la nulidad quedaría sin piso. Esto es, que la base de la nulidad que se decreta, es una norma derogada. Por tanto al aceptarse la nulidad se vendría a aplicar la norma de resultados más desfavorables (antigua) y no la nueva, como se reconoce en el aparte transcrito.

D) La determinación de la norma más favorable, no es, no puede ser, no debe ser una simple disquisición teórica, una abstracción metafísica sin contenido real.

Entre nosotros, para la cabal comprensión del artículo 26 de la Constitución Nacional, algunos sectores han olvidado un punto de partida básico consignado en un término jurídico usado por el constituyente: La Carta Fundamental usa la trascendente expresión: *Se aplicará* (se subraya), la ley permisiva o favorable.

La *aplicación* de la ley es una labor del juzgador de interpretación de las normas para adecuarlas a un caso concreto. Así entendida la función aplicadora del Juez, no se puede sostener que la favorabilidad sea una declaración teórica o platónica o abstracta del legislador, sujeta a distingos restrictivos a jurisprudencias tocantes con supuestos distintos.

Debe el juzgador ubicarse en el "caso concreto parangonando los *resultados* que se deriven de la *aplicación* de las dos normas al hecho punible que se presenta al examen del Juez. Es más favorable aquella que en orden a la misma hipótesis conduce a consecuencia menos vigorosa para el procesado". (Antolisel, Parte General, página 76).

La vieja fórmula de Franz Von Litz sobre el alcance de la norma más favorable que Jiménez de Azúa califica como la más exacta, continúa vigente: "El Juez debe hacer una *mental aplicación* de las dos leyes, la vieja y la nueva y usar aquella que en el *caso concreto* arroje un resultado más favorable para el delincuente".

E) En un país como Colombia, con un principio Constitucional tan amplio como el del artículo 26, donde la ley misma no distingue en términos generales respecto a la sucesión temporal de normas penales para su aplicación favorable, el que la ley se encuentre en el Código Penal o el Procesal, (Art. 44 de la Ley 153 de 1887, con la aclaración del artículo 40 *ibídem* sobre la sustanciación y ritualidad de los juicios),

es coherente y lógico que la favorabilidad se aplique, como no lo desconoce la providencia glosada, "no sólo al aspecto sustantivo del Derecho Penal, sino a las normas procedimentales". (Casación de 14 de marzo de 1961, *Gaceta Judicial* XCV, página 166; 15 de marzo de 1961, *Gaceta Judicial* CCV, página 176; 25 de marzo de 1961 XCV, página 25; 24 de noviembre de 1963, Tomo CII, página 23).

Dentro de este orden de ideas, resulta claro pues, que la favorabilidad de la ley no puede circunscribirse a las hipótesis contempladas por el legislador (Art. 45 de la Ley 153 de 1887), ya que él mismo da una regla expresa de interpretación, que es excepción al principio general del artículo 31 del Código Civil.

Mientras para esta última norma lo favorable u odioso de una disposición no se tomara en cuenta para ampliar o restringir su interpretación para la citada ley de 1887, en las hipótesis de sucesión de leyes los casos dudosos se resolverán por la interpretación benigna.

"En el juicio comparativo no se debe tener en cuenta sólo la duración o especie de las penas accesorias, las circunstancias agravantes o atenuantes, la *calificación* del hecho (se subraya)... "en *síntesis* todos los elementos que de cualquier modo influyen el tratamiento del justiciable". (ob. cit. pág. 77, Antolisel).

Por cierto que la frase del maestro de Turín, últimamente subrayada, fue sustentada aún en las épocas del totalitarismo facista por la Corte de Casación Italiana. (Sentencia de 10 de mayo de 1933 y 23 de noviembre de 1937).

F) En la providencia motivo de estas serenas acotaciones hay una palmaria contradicción que es menester recalcar. Se acepta como *obvio* (se subraya) que si se declara la nulidad de acuerdo con lo previsto en dicho estatuto se hace más gravosa la situación del procesado, pues la penalidad para ambas conductas difiere notablemente. Esto es, que se acepta que en la mental aplicación de las dos leyes, al caso concreto, la nueva arroja un resultado más favorable para el procesado, para usar la enunciada fórmula de Von-Litz.

Las razones que se dan para delimitar el resultado que se califica de obvio, son inconducentes. Se sostiene que de aceptar lo insinuado se regularía el proceso parte con un ordenamiento, parte con otro. Esto es, que por haberse iniciado el procedimiento con estatuto anterior, debe continuarse con él, sin pretender desmembraciones, ya que ello equivaldría a crear una tercera norma abrogándose el Juez funciones de legislador; para ello se citan como ya se esbozó, algunos casos jurisprudenciales donde se ha sostenido por ejemplo, que no es posible pretender que se apliquen unas normas para el tipo delictivo básico, otras para atenuantes y agravantes o que se acepte la pena más benigna para el delito y luego la casación para el más gravoso, cuando en la coexistencia de las penas de prisión y multa se pretende aplicar la pena más favorable.

Esto es, que en la providencia glosada, escoge casos no admisibles de inaplicabilidad de la llamada *lex tertia*, para desechar una hipótesis aceptable. Bien sabido es que "la *lex tertia* significa la posibilidad de que el Juez al definir sobre la favorabilidad para el reo pueda utilizar

no tan solo una ley, sino la más favorable de las posteriores". (Juan Bustos, Introducción al Derecho Penal, página 40).

Es cierto que la doctrina contemporánea como regla general no acepta la *lex tertia;* pero tal principio no es absoluto, pues admite excepciones. El citado Bustos hipotetiza el siguiente caso: "Pero en verdad hay que pensar en que en las leyes penales en blanco y en los tipos abiertos, el Juez claramente funciona o compone leyes sin que por ello haya objeción de modo que no se ve razón material para impedir tal labor del Juez en este caso". (ob. página cit.).

Por lo demás, el proveído glosado olvida que la Corte ha sostenido que la expresión "ley penal más favorable", se refiere a *cualquier norma legal* que modifique la situación anterior estableciendo un criterio más benigno en relación con las violaciones de determinado bien jurídico". (Providencia de agosto 4 de 1977. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Otro caso en el cual la doctrina acepta la posibilidad de aceptación de una *lex tertia* es el referente a la incrustación de normas de efectos sustanciales en leyes de trámite. Ya se vio cómo según reiteradas jurisprudencias que se citaron, las normas de efectos sustancial pueden aparecer en una norma procesal. Lo concerniente a la ritualidad de los juicios es según el citado principio de la Ley 153 de 1987, artículo 40, de inmediato cumplimiento, salvo que la ley disponga cosa distinta, como en el caso del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal.

Pero si la nueva norma de trámite que la ley ordena seguir aplicando, contiene alguna disposición de cuya aplicación se deriven resultados sustantivos favorables para la situación del procesado, no se puede desconocer de conformidad con los postulados ya enunciados, esa aplicación al caso concreto. Esto es, que si aún aplicando el trámite anterior conforme al artículo 677 del nuevo Código de Procedimiento Penal, surge una situación contemplada en el mismo Código, de efectos sustanciales que permitan la prescripción o la extinción de la acción penal, por ejemplo: así se califique la aceptación de ese fenómeno de estar cobijado por la demostrada *lex tertia,* tal situación debe aplicarse.

G) Que este principio de favorabilidad lo acepta aún el nuevo Código de Procedimiento Penal, se deduce de la simple lectura del artículo 5 que determina que la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, *pero la que fije* la jurisdicción o competencia o determine lo concerniente a la *sustanciación y ritualidad del proceso* se aplicará desde que entre a regir.

Otro será el momento de analizar si son incompatibles el artículo 677 y el artículo 5 del Código de Procedimiento Penal, pero de la coexistencia de ambas normas, surge que aun cuando siga rigiendo el procedimiento anterior, una nueva norma sustantiva favorable no puede ser desconocida acudiendo a una interpretación habilidosa de la *lex tertia* y desconociendo principios inmanentes consagrados en la Constitución y en los Tratados Públicos suscritos por Colombia.

H) Aplicando lo expuesto al caso concreto, se concluye que el hecho de que la demanda de casación se haya presentado durante la vigencia

del Código anterior; de que se haya rituado conforme a tal trámite, no significa la prevalencia de la ritualidad sobre lo sustantivo, esto es, que no es comprensible que a la luz de la aplicación teleológica de la ley penal, agarrándose de una norma ya derogada en el momento de dictarse la sentencia de casación como es aquella que hace desaparecer una nulidad cuyos resultados serían desfavorables para el procesado.

Al procederse como lo estima el suscrito que ha debido hacerse, esto es, no resucitar una nulidad para perjudicar al procesado, ni se está creando una nueva norma, ni se está atentando contra el debido proceso, sino que se está conservando y manteniendo una antigua distinción normativa, jurisprudencial y doctrinaria entre la naturaleza, características y efectos de las leyes de simple ritualidad por trámite por un lado y aquellas sustanciales que producen efectos "que de cualquier modo influyen en el tratamiento del justiciable" (Antolisel, ob. pág. cit.).

II. *¿Violación o acceso carnal abusivo?*

A) De manera bastante alegre se afirma en la providencia anotada, que en este proceso no hay ninguna duda de la errada calificación jurídica del delito, ya que las pruebas señalaban al procesado como autor del acceso carnal violento, (Art. 298 del Código Penal), en lugar del acceso carnal abusivo, por el cual se llamó a juicio y se condenó. El solo decir que no hay ninguna duda no profundiza la cuestión, antes bien, la elude.

Sin embargo, para este modesto Magistrado, la cuestión no es tan clara, y sí subsisten algunas inquietudes que le llevan a pensar que nos encontramos ante un caso específico de ubicación especial de una conducta por parte del legislador. Obviamente, descartó como argumento para no ver la cuestión tan clara, como la captan los compañeros de Sala, la accidental circunstancia de haber sido el suscrito autor del anteproyecto de lo que hoy es Título XI del Libro Segundo del Código Penal de 1980.

Mal podría presentar el suscrito constituirse en vocero del espíritu de la ley y por ello tampoco me atrevo a afirmar olímpicamente que mi posición esté exenta de dudas.

Para fundamentarlas, presento las siguientes razones:

A) El artículo 316 del Código Penal de 1936, era un tipo de formulación casuística compuesto y de conducta alternativa en cuanto preveía varios preceptos que describían conductas cobijadas por una misma sanción: prisión de dos a ocho años.

Cada una de las hipótesis enunciadas en el tipo constituían de por sí una infracción delictiva, que Beling llamaba Hipótesis Fungibles. El primer inciso describía la denominada con la terminología de la época, violencia carnal impropia, amén de la violencia moral. Esto es, las hipótesis de empleo de violencia física o moral contra una persona.

El segundo inciso describía tanto la violencia impropia natural (acceso con persona menor de catorce años), como la violencia impropia accidental con persona que haya puesto por cualquier medio en estado de inconciencia.

Durante la vigencia del Código Penal de 1936, en tratándose de la hipótesis de violencia impropia natural o sea, acceso con persona menor de 14 años, la doctrina y la jurisprudencia aceptaron de manera pacífica que bastaba la circunstancia natural de la menor edad para que esta hipótesis se configurase sin que fuese menester acudir a la existencia o no de medios violentos, esto es, que aún en el caso de que se emplease violencia física o moral contra un menor de catorce años, la hipótesis a subsumir sería la de violencia impropia natural.

Uno de los más reputados comentaristas de la época y quien se ocupó muy especialmente de estas cuestiones, Antonio Vicente Arenas, escribió refiriéndose al tipo en estudio: "Esta especie de violencia carnal sólo requiere dos elementos para estructurarse: Primero, que haya acceso carnal y segundo *que el sujeto pasivo sea menor de catorce años. No hay necesidad de acreditar existencia de medios violentos y es indiferente que la víctima haya consentido o no* ". (Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte Especial. Tomo II, página 158).

B) En verdad, ni la llamada violación impropia o natural, ni la accidental, son ontológica ni jurídicamente formas de violencia.

La exposición de motivos de 1973, explicaba la inclusión de tales actos dentro de la violación carnal: Si se analiza detenidamente, sin perjuicio alguno, debe concluirse que en realidad, ni ontológica, ni jurídicamente las relaciones consentidas con personas menores de determinada edad o con personas a las cuales se haya puesto en estado de inconciencia son verdaderas formas de violencia.

Trátase de una tradicional equiparación de actos no violentos y actos violentos basada en una necesidad histórica de privarlos con la misma penalidad de la violencia carnal. Puesta la doctrina tradicional entre las dos formas usuales de enfocar la modalidad de la acción delictiva (violencia y engaño), asimiló estas conductas a los actos violentos a pesar de la inexactitud conceptual de tan forzosa equiparación.

C) El Código Penal de 1980, delimitó muy claramente las conductas violentas de las engañosas y abusivas: Dentro de las primeras, bajo el rubro de violación, se incluyó tanto la antigua violación carnal propia, como la violación carnal impropia accidental; igualmente una de las modalidades de los abusos deshonestos. Dentro de los actos sexuales abusivos se comprendió la violencia carnal impropia accidental, forma de la corrupción de menores y del llamado estupro impropio del artículo 319, numeral 2.

El anteproyecto de 1973, daba especial énfasis, pues a una circunstancia natural como es la menor edad para que ella de por sí constituyese un elemento normativo, cuya sola determinación relevase de indagaciones que podrán ser imprudentes o traumatizantes dada la inmadurez mental de las víctimas. Los estudios psicológicos y criminalísticos han demostrado que muchas veces resulta más perjudicial para el menor ofendido la serie de exámenes e interrogatorios sobre detalles, las declaraciones que se recepcionan a familiares, las confrontaciones con el procesado que el hecho mismo.

Dentro de tal orden de ideas, se consideraba predominante por su especialidad, el hecho material de la menor edad convencional, que

otras circunstancias de delicada averiguación como el empleo de la fuerza.

Dentro de tal órbita de pensamiento, debe advertirse eso sí, que siguiendo la tradición, el anteproyecto de 1973 equiparaba la penalidad máxima y mínima de la violación con el acto carnal abusivo en su modalidad de acceso. Sin embargo, los proyectos de 1973 y 1976 disminuyeron tal penalidad para los actos sexuales abusivos. El Código Penal de 1980, insistió en tal diferencia de dosimetría penal, pues penó el acceso carnal violento con dos a ocho años y el acceso carnal abusivo con uno a seis años.

D) Aun cuando el proyecto glosado no da razones al respecto, me permito recordar que en su discusión se insistió sobre la mayor gravedad del acceso carnal violento frente al abusivo. No es suspicaz pues, pensar que tal es la razón de fondo para estimar la conducta clasificable.

Tal manera de pensar, olvida que en nuestro derecho positivo se descartan expresamente como factores interpretativos de la ley, tanto lo favorable como lo desfavorable de su resultado. (Art. 32 del Código Civil).

E) Hay una confusión conceptual consistente en que se olvida que el principio de la aplicación subsidiaria de la norma más desfavorable sólo puede plantearlo en forma expresa el legislador y no el Juez. En otros términos, hay descripciones que permiten ubicar una conducta dentro del tipo sancionado con pena mayor; así el constreñimiento ilegal y la tortura; esto es, que el legislador da reglas de interpretación remitiéndose en caso de mayor adecuación al delito señalado con penalidad más grave.

Pero tal función no la puede realizar el intérprete sin estar autorizado expresamente por el legislador.

Mucho podría extenderme sobre las numerosas dudas que me asaltan respecto a este tema, pero estimo que dada la superficialidad con la cual se aceptó la errada calificación jurídica, mis distinguidos colegas en otra oportunidad reflexionarán con mayor detenimiento sobre un tema tan trascendente.

Valgan pues, estas reflexiones como una simple aproximación a una insinuación de pocos renglones.

III. *Las nulidades desvaforables al procesado*

Ya en anteriores ocasiones (vgr. Salvamento de Voto en el Proceso 385 de 1987 contra Pedro José Niño Ortiz), he recalcado mi punto de vista sobre el problema neurálgico de las nulidades que a la postre sólo perjudican al procesado.

En la citada ocasión recordaba los vaivenes de las tesis sobre las nulidades; se llegó a afirmar en alguna oportunidad que la institución de las nulidades, está establecida primordialmente en defensa del procesado. Tal tesis no es hoy la prevalente en nuestra jurisprudencia. Hay que aceptar que ella tiene ribetes hiperbólicos, ya que existen factores diferentes que pueden informar las nulidades.

Pero es clasificable también de exagerada, la tendencia que desafortunadamente parece abrirse paso de decretar nulidades, cuyos resultados sólo serían los de perjudicar en forma ostensible e indubitable los intereses del procesado, máxime cuando la nulidad viene a descubrirse por el Estado mismo a la hora de nona en el recurso extraordirio de casación.

Todos los días comprendo menos el viraje dado a la institución de las nulidades que se refleja en la providencia acotada. El Estado tiene una amplia organización preventiva investigativa, calificatoria y represiva en miras a juzgar a los ciudadanos. A su servicio se encuentra una variada gama burocrática. Después de una etapa investigativa, planteadas varias teorías, un Tribunal decide llamar a responder a juicio, por un determinado delito. Con base en tal auto vocatorio, se dicta sentencia condenatoria contra el procesado. Su defensor recurre, pero por defectos de técnica no se casa tal sentencia. Pero resulta que ya en la órbita del recurso extraordinario, el Procurador resuelve resucitar una tesis desfavorable al procesado en cuanto a la calificación. Tal enfoque había sido motivo de discusión en las instancias y desechado.

Entonces la Corte decide retrotraer el proceso para abrir paso a tesis más gravosas. Fácilmente comprensible y exento de toda crítica, sería el que la nulidad se decretase para reconocer una situación más favorable al procesado.

¿No es ello el alegar reconocer la propia torpeza del Estado, para perjudicar a un asociado? No constituye ello un exceso de omnipotencia estatal. Tal manera de proceder no atenta contra la certeza de los juicios contra la economía procesal, contra la seriedad de las decisiones judiciales, contra el derecho a ser juzgado sin dilación indebida y tantos otros derechos universalmente acertados y consagrados en Pactos Internacionales como el de Nueva York de 16 de diciembre de 1966 (aprobado por la Ley 74 de 1968 y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 22 de diciembre de 1969 aprobada por la Ley 16 de 1972).

A simple guisa de ejemplo y sin el ánimo de agotar el acervo de inquietudes, puede preguntarse: ¿Un pliego de cargos formulados después de proferida sentencia de primera y segunda instancias, de un recurso de casación, sí puede considerarse formulado dentro de un *plazo razonable,* al tenor del artículo 8,1 del Pacto de San José? O se podrá decir que el Estado informó sin *demora los cargos* de la acusación como lo exige el Pacto de Nueva York (Art. 9,2).

Y es que en relación con esos Tratados aprobados por Leyes de la República, existe una lamentable tendencia a olvidarlos o desconocerlos o a borrarlos de nuestras categorías normativas. Las ediciones de los Códigos Penales o Procesales Penales, ni siquiera incluyen tales leyes y, referirse a ellos, resulta exótico.

El inacabable proceso kafkiano, sujeto a una serie interminable de dilaciones, obra solamente a un Juez invisible, deja así de ser la fantasía novelada de un escritor centroeuropeo y toma vida y realidad por obra de la jurisprudencia de un país tropical.

Insisto pues, en que esta nulidad que se decreta con base en norma derogada y con efectos únicamente desfavorables al procesado, constituye un antecedente que desvirtúa el concepto de favorabilidad, el de interpretación de las normas y deforma la institución de las nulidades.

Ofrezco excusas por lo extenso de este Salvamento y por cualquier expresión que pueda involuntariamente fastidiar.

Respetuosamente,

Lisandro Martínez Z.

Fecha Ut Supra.

PECULADO

Buena parte de los Peculados culposos imputables a los jueces, se deben al exceso de confianza que suelen brindar a los respectivos secretarios

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Acta Nº 052.

Vistos:

Por auto de 5 de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, el Tribunal Superior de Popayán, de acuerdo con su Fiscal, sobreseyó definitivamente por el delito de falsedad en documento público y llamó a responder en juicio por peculado culposo, al Juez 14 de Instrucción Criminal del Cauca; *doctor Roberto H. Vidal Aristizábal,* cuya detención preventiva decretó, concediéndole libertad provisional en relación con los hechos materia de investigación. (Folios 237, 271).

Apelada esta providencia por el defensor del procesado, concedido el recurso por reunir los requisitos legales y cumplido en esta Corporación el trámite pertinente, dentro del cual la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal solicita la confirmación de la providencia impugnada, se procede a resolver lo conducente.

Hechos:

El 15 de febrero de 1985, en jurisdicción del municipio de Patía —vereda La Ventica—, pereció en accidente de tránsito el agente *Weimar Burbano Ruiz,* al chocar la motocicleta que conducía con el camión manejado por *Félix Fernando Rosero.* En la diligencia de levantamiento del cadáver, se encontraron entre los objetos que portaba el occiso y de su propiedad, la suma de ciento catorce mil pesos ($ 114.000) en dinero efectivo y un revólver marca Smith Wesson calibre 38, todo lo cual fue puesto por el Inspector de Policía que efectuó el levantamiento, a disposición del Juzgado 14 de Instrucción Criminal del Distrito y recibido por el escribiente *Lucilio Rodríguez,* el 16 de febrero, habiendo firmado el correspondiente recibo.

Para reclamar los objetos de pertenencia de su cónyuge, la viuda del occiso, Luz Mireya Santiago, se presentó en varias ocasiones al Juzgado, informándole el secretario, señor Sergio Solano Campo, que debía hacer petición escrita, sin obtener la entrega. El 12 de marzo del año indicado aparece presentado escrito por la mencionada mujer, con nota

de recibo por el secretario, y en la misma fecha, mediante auto, suscrito por Juez y Secretario, se ordena la entrega, lo cual hace por acta autorizada con la firma de quien recibía como cónyuge del difunto.

Por haber transcurrido varios meses sin haber obtenido la entrega, Mireya Santiago en compañía del abogado Nelson Arturo Samboni Bermeo acudió al Juzgado a cargo de la investigación, enterándose de que los bienes referidos, con exclusión de la motocicleta, habían sido entregados a persona que la suplantó, con imitación de su firma como se comprobó con posterior dictámen grafológico. Por este motivo, se inició investigación contra el secretario Diego Sergio Solano Campo, por separado y el presente proceso.

Actuación procesal:

Con base en la denuncia formulada por Gerardo Burbano Sandoval, padre del occiso y quien se ratificó oportunamente, cumplidas algunas diligencias previas y acreditada la calidad de funcionario del acusado, se abrió investigación. Practicadas las pruebas necesarias, a las cuales se hará posterior referencia, perfeccionada la investigación, se dictó la providencia calificatoria que ahora es motivo de estudio como queda expresado.

El denunciante afirma que el 25 de febrero de 1985 acudieron al Juzgado para reclamar los objetos del occiso, expresándoles el secretario, en presencia de su hijo Gerardo y de su nuera, que oportunamente les informaría para la entrega y ante sus posteriores llamadas por teléfono les dio la misma razón. Que pasados siete meses de los hechos, le pidió a su nuera reclamara los objetos y habiendo acudido al Juzgado Superior con el abogado Samboni, les mostraron un acta de entrega con firma falsa de Mireya Santiago. Esta última, buscó al secretario del Juzgado de Instrucción Criminal en Popayán, informándole éste que el dinero estaba consignado en El Bordo, lo cual se comprobó ser inexacto. Situación que el secretario prometió solucionar pagando el dinero. Ante esta posición, se formuló queja a la Procuraduría y el Juzgado Superior de El Bordo también inició investigación.

Gerardo Burbano Martínez y Luz Mireya Santiago de Burbano (folios 72 y 74), hermano y viuda del occiso, ratificaron en términos generales el dicho del denunciante, aclarando el primero que en varias ocasiones se comunicó por teléfono con el Juzgado, informándole el secretario o el Juez, que no se había podido resolver y sin que aquél le informara en ninguna forma que los objetos habían sido ya entregados.

Mireya Santiago, por su parte, aclara que formuló solicitud escrita, de la cual se le entregó copia, pero sin firma y que en más de diez ocasiones acudió al Juzgado en El Bordo para formular su reclamo, con los resultados siempre negativos. Habló en Popayán con el secretario del Juzgado, quien le dijo que el dinero se hallaba depositado en El Bordo y los otros objetos en poder del Juzgado que había reemplazado al 14 de Instrucción.

Se trasladaron a esa población y estuvieron en el Juzgado Superior en donde se hallaba el expediente, comprobando la entrega con falsificación de su firma. Afirma, además, que el secretario le entregó una

letra para responder por los objetos y le manifestó que el Juez no tenía responsabilidad en el hecho.

El abogado Nelson Samboni ratifica el aserto de la testigo citada en cuanto al reclamo de los objetos y la información obtenida en el Juzgado Superior de El Bordo. Como también Benilda Samboni, quien la acompañó al Juzgado de Instrucción con el mismo objeto. (fl. 81,86).

Se practicó inspección judicial al proceso por homicidio en accidente de tránsito y se agregaron copias de la actuación inicial (folios 44 y siguientes, 185 a 194). De estas pruebas aparece que el Inspector de Policía de El Estrecho, remitió informes al Juzgado 14 de Instrucción sobre los hechos, anunciando que remitía los objetos encontrados al occiso, acompañando el acta de levantamiento correspondiente, en la cual se discriminaron aquellos y poniendo a órdenes del Juzgado al sindicado.

El funcionario dispuso la libertad del capturado y abrió investigación, sin hacer referencia a los bienes.

Se menciona la solicitud formulada por la cónyuge del occiso para la entrega de bienes, como se dispuso ésta por auto del Despacho, con la firma de juez y secretario, suscribiéndose en la misma forma el acta por quien aparece como Mireya de Burbano, obrando en autos este documento original, (folio 47). También se hace mención en la diligencia de reclamo posterior de la viuda que dio lugar a la investigación.

Así mismo, se practicó inspección judicial al proceso contra el secretario Solano Campo, a quien se dictó auto de detención por falsedad (folios 53 y siguientes). Se incluye la declaración de éste, afirmando que el Juez tenía conocimiento de la existencia en el Juzgado de los objetos dichos, (folio 120).

El escribiente Andrés Lucilo Rodríguez (folio 133), reconoce haber recibido del Inspector de Policía, Arbey Mosquera, el dinero y las demás pertenencias del difunto, las cuales determina y dice entregó de inmediato al secretario Solano Campo, quien las guardó en su escritorio, sin ordenar su depósito y de cuya existencia fue enterado el Juez. El Inspector Mosquera expresó que la entrega la efectuó a Rodríguez, porque no se encontraban ni el juez ni el secretario.

Conforme a los dictámenes grafológicos, la firma que aparece en el acta de entrega como la de Luz Mireya Santiago de Burbano, es falsa, (folios 103, 198).

Oído en indagatoria el acusado, expresa que no fue enterado del recibo de los objetos mencionados, que el secretario como antiguo empleado se hizo acreedor a su confianza y que en ejercicio de sus funciones recibió y custodió aquéllos. Que a él ninguna persona presentó solicitud de entrega, ni fue informado al respecto. Estando ya en Popayán, varias personas se presentaron para reclamar ante el secretario, pero no directamente a él, como tampoco se le solicitó información alguna por teléfono cuando estaba en El Bordo. En cuanto a la entrega anota que no se discriminaron los bienes, y sobre esto debe dar explicación el secretario por corresponder a sus funciones, su firma, fue "...estampada a posteriori...", una vez verificada la entrega "...por razones

de simple legalización formalista de los documentos y no como requisito esencial para la validez de la entrega material que en realidad hace e hizo en este caso el secretario en forma directa y con atribución funcional...", todo lo cual se produjo "...por el exceso de confianza que le tenía...". Sin que tenga ninguna participación en los hechos (folios 88v y siguientes).

Agregó copia de sus descargos en investigación disciplinaria, del mismo contenido ya expresado, para solicitar su absolución y del informe rendido por el precitado secretario en cuanto a que fue "víctima de una suplantación". (Folios 92 y 95).

En confrontaciones entre el acusado y sus dependientes Solano Campo y el ex-escribiente Lucilio Rodríguez, cada uno se sostuvo en sus afirmaciones, reiterando dichos empleados que el juez sí tenía conocimiento de la existencia en el Juzgado de los objetos indicados, (folios 148 y siguientes, 159 y ss.).

Se considera:

1º Conforme a la denuncia, los cargos que se desprenden contra el acusado radican en que habiéndose recibido en el Juzgado los objetos que portaba la víctima del accidente de tránsito, quien pereció en la colisión, los cuales fueron reclamados oportunamente por sus familiares y especialmente por la viuda, estos desaparecieron en manos de los funcionarios, pues, ordenada la entrega conforme a la petición formulada por Mireya Santiago, cónyuge del difunto, se comprobó después que habían sido entregados a persona diferente, con imitación de la firma de aquélla y con lo cual se consumó su sustracción.

De tales conductas se desprende un delito de falsedad en documento público y otro por peculado, al apropiarse de bienes de particular, que estaban depositados en el Juzgado y por los cuales debía responder.

Infracciones que se hallan plenamente comprobadas por los elementos de juicio, a los cuales se hizo referencia.

En cuanto al delito de falsedad, aparece que la viuda de Burbano acudió en varias ocasiones al Juzgado después de los hechos y conforme a las indicaciones que recibió, formuló petición en la cual reclamaba la devolución de los objetos, que obra en el proceso respectivo de homicidio y es auténtica. Con base en la misma solicitud, el Juzgado dispuso la entrega. Devolución que se realizó pero no a quien realmente tenía derecho como esposa del occiso, sino en persona que la suplantó en la diligencia, en la cual se hizo constar su identificación.

La falsedad resulta demostrada entonces, conforme a las pruebas existentes, no sólo por la declaración de la perjudicada, quien niega haber recibido tales efectos, y por la de sus familiares que formulan igual reclamo, sino que también por los dictámenes periciales que sostienen que la firma no corresponde a la persona a quien se atribuye, una vez efectuados los cotejos y exámenes correspondientes.

Los mismos elementos de juicio permiten dar por demostrado el peculado, en cuanto se deduce que los bienes desaparecieron del Juzgado al cual se habían remitido para efectos de la investigación, como

se desprende claramente del conjunto de pruebas aportadas y concretamente de las explicaciones de quienes resultan acusados por tal acto.

2º Se halla demostrado, con los documentos respectivos, que el procesado tenía la calidad de Juez en el momento de los hechos y se hallaba en desempeño de sus funciones, (folios 16 a 22).

3º El Juez incriminado dio las explicaciones que se dejaron consignadas, las cuales se analizan en relación con las infracciones referidas, para efectos de las resoluciones que deben adoptarse en la decisión del recurso.

En resumen, fueron las siguientes: Que no tenía conocimiento de la sustracción de los multicitados bienes en el Juzgado, hasta cuando se formuló el reclamo por los interesados y que inicialmente no se le dio conocimiento de su recibo. Además, que firmó la diligencia con posterioridad a la entrega, como acto formal, sin malicia alguna y habiendo sido engañado por el secretario, en quien, por trabajar con él con anterioridad, había depositado su confianza.

No existe la mínima hesitación que la entrega fue consecuencia del respectivo auto suscrito por el Juez y previa solicitud formulada, tal como se dijo y lo acepta el funcionario. Diligencia escrita por el secretario y autorizada por el doctor Vidal Aristizábal, es cierto, pero con la creencia que dicha entrega se cumplía en forma regular, vale decir, que el acto se ajustaba a la verdad y realidad procesal y todo, claro está, confiado en la seriedad de su secretario señor Solano Campo.

Consecuencia de lo anotado es que deben aceptarse las razones del funcionario, porque no existe en su contra elemento alguno de juicio que las desvirtúe. Así, aunque tal entrega resultó falsa toda vez que fue suplantada la persona a quien se afirma se hacía, habiendo procedido de buena fe el acusado, no es posible la falsedad documental. Por lo cual, es fundado el sobreseimiento definitivo decretado en su favor por el Tribunal.

Providencia que por lo tanto debe confirmarse en este punto y cuya ratificación también solicita el Procurador Delegado, quien acertadamente sostiene que no está probado ese deseo consciente del Juez de faltar a la verdad, de causar algún perjuicio o de atentar contra la fe pública como para que se estructure el ilícito referido, sin desconocer que existió de su parte negligencia, lo cual no haría posible la falsedad documental, puesto que ésta solamente es propia de actitud dolosa.

4º Eliminado por las mismas consideraciones ya expuestas el peculado por apropiación, en cuanto al procesado, debe analizarse si existe base para formular acusación en su contra por peculado culposo conforme se decretó en la providencia impugnada.

Incurre en esta infracción el funcionario si por su culpa se pierdan, dañen o extravíen bienes cuya custodia tiene por razón de sus funciones, de acuerdo a la norma pertinente, (Art. 137 del Código Penal). A los funcionarios a quienes por razón de su cargo les corresponde guardar o custodiar bienes, la ley impone un deber especial de vigilancia y las medidas necesarias para su conservación, destinados a evitar su destrucción o pérdida con el respectivo daño, tanto para el Estado como

para los particulares que tengan derechos en los mismos, los cuales obviamente deben ser amparados.

Nada nuevo se dice si se afirma que buena parte de peculados culposos imputables a los jueces, se deben si nó a la falta del debido cuidado en la vigilancia de los bienes y efectos puestos bajo su guarda, al exceso de confianza que suelen brindar los respectivos secretarios. Olvidando que el recto funcionamiento y prestigio del correspondiente despacho, aún de la confianza pública, depende de la responsabilidad que asuma el Juez en el ejercicio de todas *sus obligaciones. De donde un funcionario sin vocación de servicio, es decir sin la adecuada seriedad de cumplir fielmente con lo prometido, es a todas luces persona ineficiente en encargo encomendado.*

En el caso examinado, al Juez como funcionario que tenía la guarda y administración de los bienes depositados, le incumbía sin lugar a dudas, adoptar las disposiciones encaminadas a su conservación y a que tuvieran el destino que correspondía de acuerdo con la ley, cual era el de devolverlos a quienes tenían derecho a los mismos, o sea a la viuda del occiso, una vez acreditado su vínculo.

Estas responsabilidades no desaparecían por el hecho de las labores asignadas al secretario de acuerdo con las normas pertinentes, (Art. 14, Decreto 1265 de 1970) y menos todavía por la forma que internamente se hubiera adoptado para la marcha de la oficina. No podía por tanto el Juez, como jefe de ella, desentenderse de dicha vigilancia, la cual debía y tenía que ejercer en forma suficiente.

Se anota por la defensa que no se dio conocimiento al funcionario procesado, de la existencia de los elementos y que en el informe (inicial) de secretaría no se hizo alusión alguna al respecto, como tampoco en el auto que dispuso iniciar la investigación.

Sin embargo, cabe advertir que para efectos de su primera decisión de dejar en libertad al procesado por homicidio, con presentaciones, el funcionario debió examinar, como única base existente en ese momento para tal determinación, los pocos documentos y elementos de convicción obtenidos, entre estos y de importancia, la diligencia de levantamiento del cadáver, en la cual se discriminaron suficientemente los bienes encontrados en éste.

Además, aunque el funcionario no se hallaba presente en el momento del recibo, el escribiente Rodríguez dijo haber entregado al secretario de inmediato los objetos al llegar éste a la oficina, hecho del que enteró también al Juez. Sin que tenga validez, ni merezca crédito el dicho del secretario en cuanto a que se encontraban presentes los tres cuando se hizo entrega, dado que se halla desmentido por el Inspector de Policía, quien la realizó y por el mismo Rodríguez. Por otra parte, *se debe tener en cuenta que se trataba de bienes de bastante cuantía y cuya entrega a la oficina por lo mismo no debía ser ignorada por el Juez.*

Empero, es que por otro aspecto existe reglamentación suficiente sobre el depósito que debe hacerse en entidades bancarias de los dineros

que se reciban en las oficinas judiciales con ocasión de los asuntos a su cargo, (Decreto 1798 de 1963). Estas normas obligan a los funcionarios y deben ser precisamente observadas, dada su finalidad de lograr orden en este tópico y, desde luego, preservar los bienes correspondientes. Y en el caso examinado se destaca una clara omisión de esta obligación que comprendía al Juez, sin que exista explicación alguna al respecto, salvo la de ignorar la existencia de aquellos, cuestión que no puede aceptarse por lo antes expresado.

Desde otro punto de vista, se observa que fueron muchas las ocasiones en que formuló el reclamo de los objetos por los familiares del occiso, sin que el funcionario se enterara. Y una vez que admite que tuvo conocimiento, la investigación hubo de iniciarse por denuncia de la viuda y su suegro y averiguaciones realizadas por éstos, como resulta de autos.

La explicación del funcionario es la de que fue engañado por su secretario en quien había confiado. Al respecto, cabe anotar que admite que se limitó a suscribir posteriormente el acta de entrega ya efectuada, como simple formalidad. Explicación inadmisible habida cuenta que debía verificar esta actuación y cumplirse con su directa intervención.

Todos estos son indicios suficientes para sustentar el cargo formulado al funcionario, que vienen a establecer la negligencia con que procedió, reuniéndose en esta forma los requisitos necesarios para confirmar la acusación en su contra.

5º El apelante propone diversas consideraciones para impugnar la decisión reclamada. Y si bien el secretario omitió anotar el recibo de tales objetos desde un primer momento, —su testificación como directamente implicado no tiene valor alguno—, subsiste la acusación contra el Juez procesado. Pues se insiste en que si bien tenía confianza en su secretario, dada su conducta anterior en el desempeño de sus labores, esto no le relevaba de ejercer la vigilancia necesaria, en los términos ya consignados, como obligación ineludible a sus funciones. Y sin que pueda alegarse entonces que en el extravío de los bienes, no exista de su parte imprevisión y descuido.

La Procuraduría Delegada, al formular su petición de confirmación de la acusación expresa:

"...El Juez faltó al deber de cuidado que como titular del despacho judicial le era exigible, y que le demandaba dejar en sitio seguro el dinero y demás elementos que le habían sido confiados y estar al tanto de todas las actuaciones judiciales que se relacionaban con estos".

La suma de dinero a él confiada exigía como medio elemental de seguridad, su envío oportuno a una entidad bancaria de carácter oficial y no como ocurrió, dejarla al alcance de empleados inescrupulosos que dieron a tales bienes un fin muy diferente al que legalmente correspondía".

.....

"Fue entonces ese proceder del Juez carente de diligencia y cuidado, que este ha querido disfrazar con la gran confianza que depositaba en

el secretario, el motivo para que el dinero, revólver y demás elementos fueran sustraídos. Siendo entonces la negligencia uno de los mecanismos generadores de la culpa, la conducta le es imputable al sindicado a tal título".

7º En razón de la pena mínima prevista para la infracción, inferior de dos años (Art. 137 del Código Penal), y en atención al nuevo Código de Procedimiento Penal, (Art. 421), cuyas normas deben aplicarse en este aspecto por el principio de favorabilidad, se requiere modificar la medida de aseguramiento, para imponer la de causión prendaria por la misma cantidad depositada para la libertad provisional del procesado. Por tanto, se dispone de tal medida en lugar de la de detención preventiva, para lo cual el Tribunal efectuará la correspondiente diligencia.

Dada la gravedad de los hechos y el descrédito que representa para la administración de justicia, se solicitará por el Tribunal a la Procuraduría Regional especial vigilancia en el proceso que se tramita en contra del secretario, por los mismos cargos, en el Juzgado Superior de El Bordo.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte,

Resuelve:

Confirmar la providencia apelada, con la modificación anotada en esta providencia.

Devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION FALSEDAD DE LA PRUEBA

Cuando se trata de la causal tercera del recurso extraordinario de revisión, ninguna consideración distinta de la falsedad de la prueba que determinó la sentencia condenatoria, puede inclinar a la Corte a conceder la prosperidad de la demanda

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 052.

Vistos:

Se pretende la revisión de la causa adelantada contra *César Julio Rodríguez Barrero,* a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (diciembre 5 de 1985), condenara, por el delito de "corrupción de menores", a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión.

Sea lo primero señalar que el recurrente cita el artículo 584 del Código de Procedimiento Civil (aunque por el número mencionado se trata del Código de Procedimiento Penal derogado, así la demanda se presentara el 14 de julio del año en curso, cuando ya regía el Decreto 0050 de 1987) y parece referirse, pues no se da ninguna especificación, a la causal tercera, aspectos no debidos propiamente a involuntaria omisión o yerro, sino a la imposibilidad de poder acomodar el pedimento al rigor de las prescripciones de ley.

El memorialista se reduce a lo siguiente:

1. A tener los testimonios de María Eugenia Yepes, María Dilia Osorio Quintero, Martha Oliva Yepes de Valencia y José Adán Yepes —que fueron fundamento de la sentencia de condena proferida— como "falsos", en razón de ser testimonios de oídas, ya que "no les consta nada ni observaron que mi patrocinado hubiera tomado parte activa en la comisión del delito investigado";

2. De haber sido el sentenciado el autor del delito en cuestión, el examen médico y de laboratorio a él practicado hubiera arrojado resultado positivo para varias enfermedades venéreas detectadas en el ofendido, efecto no adverso en Rodríguez Barrero;

3. Se desatendieron las declaraciones de Rubén Barrero, Felina Guzmán de Montealegre, Jorge Santa Malambo y Otoniel Oviedo, quienes atestiguaron la compañía de César Julio Rodríguez Barrero durante "todo el día 18 de septiembre de 1984", fecha de la conducta delictuosa; y,

4. El reconocimiento efectuado por Carolina Fernández Yepes "no correspondió a la pregunta asignada por el señor Juez, ya que no supo identificar a la persona que ella dice sindicar como autora de su lesión corporal" y además, su dicho está en contradicción con "las versiones rendidas por los denunciantes Martha Oliva y Adán Yepes".

A todo esto *la respuesta de la Sala es bien simple, pues es evidente que la impugnación resulta más propia de una alegación de instancia y, con fundamentales reformas, a un intento de anular, por la vía de la casación, la sentencia proferida, que del recurso extraordinario de revisión. El impugnador no puede ofrecer siquiera un elemento atendible de la "falsedad" de los testimonios aportados a la investigación y tenidos en cuenta por el fallador en forma distinta a como los considera ahora el recurrente. Y otro tanto cabe decir de la deducción de irresponsabilidad basada en los reconocimientos médicos practicados a la ofendida y a su ofensor. En este último punto también debe decirse que es una inferencia que se enfrenta a las señaladas por el Tribunal y que así éstas puedan tenerse como equivocadas, no es dable, por este medio, declararse así para remover el fallo pronunciado. La cosa juzgada, que en penal no es un dogma de absoluta e incontrastable vigencia, exige para su desconocimiento, de elementos muy precisos, indicados por la ley y la doctrina, las cuales desechan, con rotundo énfasis y en forma pacífica, la posibilidad de controvertir en este recurso extraordinario la prueba considerada por el juzgador y que se mantiene en el mismo estado en que obró para la sentencia. Es obvio que, con posterioridad a la misma, el memorialista se abstiene de aportar nuevas y distintas probanzas; simplemente arriba, sobre los mismos elementos de comprobación, a conclusiones diferentes a las expuestas por el Tribunal, todo con base en sus personales reflexiones.*

Basta, en armonía con lo dicho, reproducir el siguiente pronunciamiento de la Corte: "Es claro que la falsedad, en sí, de los testimonios que sirvieron al juzgador para fundar sus conclusiones, no dependen de la credibilidad que les fue reconocida en la sentencia. Pero es la credibilidad, prestada por el juzgador a la prueba que determinó su decisión, lo que no permite discutir la validez del fallo al favor de los recursos extraordinarios, mientras no se demuestre la falsedad del testimonio.

"Dicha credibilidad mantiene el principio de la cosa juzgada, sólo hasta que el recurrente logra probar que la falsedad del testimonio, creído por el juzgador, determinó el fallo condenatorio. Es decir, que la credibilidad otorgada por el sentenciador a la prueba falsa, por sí sola, no la muda jurídicamente veraz ni le otorga carácter inmodificable.

"Pero sin la demostración de su falsedad, es impertinente discutir en el recurso de revisión la firmeza de la cosa juzgada.

"Tratándose de la causa tercera del recurso extraordinario de revisión, se reitera, ninguna consideración distinta de la falsedad de la prueba que determinó la sentencia condenatoria, puede inclinar a la Corte a conceder la prosperidad de la demanda. La falsedad debe aparecer manifiesta, ostensible de la prueba; en cuanto a su credibilidad, la Corte carece de competencia para confrontar el juicio crítico del juzgador con el juicio crítico del recurrente. Por la razón muy clara de que

nuestro sistema probatorio otorga al juzgador de instancia amplia capacidad para apreciar los hechos del proceso, sin más que observe en su tarea el método de la sana crítica. Conceder un mayor o menor grado de credibilidad a un hecho probatorio es menester de los juzgadores de instancia, exclusivo de sus competencias y facultades discrecionales. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero. Mayo 30 de 1987".

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Desecha*, por antitécnica, la demanda de revisión propuesta en favor de César Julio Rodríguez Barrero, en el proceso ya mencionado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

La negativa a investigar lo favorable al procesado puede constituir causal de nulidad constitucional. Pero cuando de la omisión no puede predicarse una real inferencia sobre la decisión final, sería una exageración aceptar que el derecho de defensa se estime violado

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., seis de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 052. Agosto 4 de 1987.

Vistos:

Reconstruída en lo posible la actuación, se resuelve el recurso extraordinario de Casación, interpuesto por el defensor de *Eustorgio Santiga Guzmán Burgos*, contra la sentencia de segunda instancia de 24 de septiembre de 1984, del Tribunal Superior de Montería, que condenó a dicho ciudadano a la pena principal de ocho meses de prisión.

Hechos y actuación procesal:

1. El 13 de septiembre de 1979 en las inmediaciones de Montería, un camión conducido por el procesado Eustorgio Santiago Guzmán Burgos, al tratar de adelantar a otros vehículos, chocó con un campero que viajaba en sentido contrario conducido por Enrique Boneu y tripulado por dos personas más. El conductor del campero falleció y sus acompañantes resultaron lesionados.

2. Adelantada la investigación, resultaron varios grupos de testigos. Según el indagado, el conductor del Land Rover lo estrelló a pesar de que viajaba a sesenta kilómetros por hora.

Los sobrevivientes del campero atribuyen el accidente a la circunstancia de que el camión trató de adelantar otros vehículos. Esta última versión la corroboran los ocupantes de un tercer vehículo, a quien el camión pasó a gran velocidad.

3. Cerrada la investigación, se llamó a responder a juicio a Guzmán Burgos, por homicidio y lesiones personales culposas.

Después de la audiencia, los jurados respondieron separadamente los cuestionarios, pero como predominaba la tendencia afirmativa de responsabilidad, se acogió la veredicción como condenatoria. El Tribunal al revisar por apelación el fallo, lo confirmó.

Demanda:

1. El representante del procesado, presenta dos cargos dentro del ámbito de la Causal Cuarta.

2. El primer cargo consiste en ser la sentencia violatoria del derecho de defensa del procesado, por no haberse practicado citas hechas por éste en su indagatoria, (Art. 392 del Código de Procedimiento Penal), con las cuales muy probablemente se habrían comprobado sus afirmaciones tendientes a imputar la culpa al hecho de su víctima y por lo mismo a exonerar su responsabilidad.

La cita omitida, es la tocante con el siguiente párrafo de la indagatoria:

"Don Alfonso Restrepo y los del tránsito fueron allá abajo donde estaba el carro y encontraron una botella de licor que estaba ahí".

Según el recurrente, el Juzgado no verificó esas citas "muy a pesar de que ya el proceso recogía una serie de indicios que señalaban a Boneu Márquez como persona que conducía en estado de embriaguez". Califica tal omisión de protuberante y agrega que habría desconocido el pilar fundamental llamado derecho de defensa.

3. El segundo cargo se fundamenta en la circunstancia de que a pesar de haber sufrido lesiones Luis Ernesto Muñoz, ellas no se investigaron, ni se calificaron, sin embargo de ser conexas con el homicidio de Boneu y las lesiones de Villadiego. Ello generaría una nulidad supralegal consistente en no fallar e investigar conjuntamente delitos conexos.

Concepto de la Procuraduría:

No es partidario de que prosperen los cargos. En cuanto al primero, acepta y repite la cita jurisprudencial esgrimida por el recurrente, pero no la considera aplicable al caso de autos.

En torno a la presencia de la botella de licor, afirma que no aparece relación de causalidad entre ella y el accidente, máxime cuando ni el funcionario de tránsito que elaboró el informe, ni el mismísimo ayudante del sindicado, dicen nada sobre el particular.

Insiste que la prueba omitida es inútil e impertinente, por existir otras demostraciones sobre las maniobras imprudentes de Guzmán Burgos, y declaraciones que descartan que Boneu hubiese ingerido licor.

Tampoco es partidario el colaborador Fiscal, que se acepte la segunda nulidad supralegal invocada, por carencia de interés jurídico en los derechos del procesado. De aceptarse se perjudicaría a éste en lugar de favorecerle, pues el resultado sería vincularlo a un ilícito que los juzgadores han indicado, no existe.

Consideraciones de la Corte:

1. El derecho de defensa y la omisión de pruebas. *Es evidente que pilar fundamental del debido proceso, es el respeto al derecho de defensa consagrado en el Pacto de Nueva York (Art. 14 de 16 de diciembre*

de 1966, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968) y la Convención de San José de Costa Rica, de 23 de noviembre de 1969, artículo 8 (aprobado por la Ley 16 de 1972).

Es igualmente cierto que una de las maneras efectivas para que tal derecho no sea una manifestación teórica, sino una realidad procesal, es el obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y que se verifiquen con urgencia sus citas. (Pacto de Nueva York, 14,3,e, Convención de San José 8,2,f, Código de Procedimiento Penal de 1971, Art. 392).

En desarrollo de este principio, la jurisprudencia en sentencias citadas por el mismo defensor, ha puntualizado el alcance de la exigencia de evacuar las pruebas que favorezcan al procesado aclarando eso sí, que ellas deben referirse a hechos fundamentales, *"tocantes con la imputación, la culpabilidad, circunstancias modificadoras de la infracción u otros motivos* esenciales". *(Se subraya). (Casación de 16 de junio de 1981).*

Acepta pues la jurisprudencia, que la negativa en investigar lo favorable puede constituir causal de nulidad constitucional. (Casación de septiembre 8 de 1984. Magistrado ponente: Doctor Gómez Velásquez). Pero tal principio general requiere precisiones.

Cuando la negativa, omisión o dilación a practicar pruebas, versa sobre esos hechos fundamentales, puede proclamarse que efectivamente se ha violado el derecho de defensa. En estos supuestos, la declaratoria de nulidad sería procedente.

Mas cuando la omisión no tiene trascendencia, es accidental, cuando de ella no puede predicarse una real inferencia sobre la decisión final, sería una exageración aceptar que tal derecho se estime violado.

Prudente, pero firme, ha de ser la justicia en casación, al calificar el valor e inferencia de las pruebas omitidas; debe buscarse armonizar los derechos del individuo, con los de la sociedad, respetar el derecho a castigar, pero evitar que se desconozcan totalmente los del procesado.

2. *El caso concreto. Primer cargo.* Al aplicar lo expuesto al caso de autos, se deduce:

A) Del párrafo transcrito en el punto 2 del acápite "Demanda", surge que la única omisión probatoria alegada, consiste en el supuesto hecho de que "Alfonso Restrepo y los del Tránsito fueron allá abajo donde estaba el carro y encontraron una botella de licor".

Trátase de una supuesta omisión irrelevante, que no lesiona la efectividad del derecho de defensa.

B) De ser cierto que en el vehículo conducido por Burgos, o cerca de él se hubiese encontrado una botella, que no se define si estaba vacía o llena, no se deduce que el conductor Boneu, hubiese ingerido licor o estuviere ebrio. Máxime que testigos como Higinio Villadiego y Luis Ernesto Muñoz, descartan el sutil e imperfectamente insinuado estado de embriaguez del después occiso.

C) La inspección practicada a los vehículos accidentados, no hace mención a haberse encontrado licor en ellos. Esto es, que la referencia

a los funcionarios del Tránsito de haber encontrado una botella, de ser confirmada, no tendría absoluta eficacia probatoria, por tardía.

El otro testigo citado, Alfonso Restrepo, es un empleado de la firma propietaria del vehículo conducido por el procesado. Tal circunstancia lo ubicaría entre los testigos sospechosos. Y lo que es más, los mismos compañeros del procesado, reconocen haber bajado al lugar donde se encontró el otro vehículo, y nada dicen de la supuesta botella.

De manera tal que aún practicándose las pruebas supuestamente favorables omitidas y de ser confirmadas, su valor probatorio sería al menos discutible.

D) Pero aún en el supuesto hipotético y remoto de que se abriese paso, la hipótesis insinuada en la demanda de que Boneu se encontraba en estado de embriaguez, cuando más se plantearía la hipótesis del fenómeno conocido como concurso de culpa. La embriaguez de Boneu, no exoneraría a Guzmán Burgos, ya que existen demostraciones de su conducción imprudente al adelantar los demás vehículos.

En síntesis, no estima la Sala que la omisión en verificar la cita reseñada tenga alcance tal, para estimarla suficiente como para vulnerar de manera efectiva, el derecho de defensa, y que su influjo respecto a la decisión del jurado, mal puede catalogarse como decisiva.

3. *Segundo Cargo.* Su simple planteamiento trasluce una equívoca interpretación del ejercicio del derecho de defensa. A nombre de él se presenta una alegación que de aceptarse perjudicaría al cliente. De convenir con lo pedido, se agravaría su situación. Lo alegado sacrifica pues el fondo, por la forma.

La principal razón de la configuración de las nulidades supralegales, está en evitar que se viole el derecho de defensa. No se entiende como se agrega tal derecho, cuando se omite investigar una conducta supuestamente atribuible al procesado o no juzgándolo, o no expidiendo copias.

La sola enunciación de este cargo, no resiste análisis y por ello, la Sala está acorde con su colaborador Fiscal en su pedido de desecharlo.

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 al Tribunal de oirgen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACUMULACION

El artículo 90 del Código de Procedimiento Penal de 1971, no permite interpretación diversa a la que tradicionalmente le han dado la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que la acumulación únicamente procede respecto de las causas

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 056.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a decidir sobre la colisión de competencia suscitada entre los Jueces Quinto Penal del Circuito de Pereira y Primero Superior de Medellín, quienes se han abstenido de continuar conociendo del proceso que se sigue contra *Gildardo de Jesús Valencia Alzate* o *Hugo Pérez Cortázar,* por un delito contra el Patrimonio Económico.

Antecedentes:

1. Ejecutoriado el auto de proceder proferido por el Juzgado Primero Superior de Medellín, contra el precitado individuo, se decretó la acumulación de las causas que contra el mismo procesado por delitos contra el patrimonio económico, se tramitaban en los Juzgados Sexto Penal del Circuito de esa ciudad y Quinto del Circuito de Pereira.

2. Proferida la sentencia de primera instancia, en la misma decisión se decretó la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación en el proceso seguido por el citado Juzgado Sexto, por cuanto se consideró que concurrían los delitos de abuso de confianza y falsedad documental y en el del Juzgado Quinto, el de abuso de confianza y no hurto como lo calificó ese funcionario, razón por la cual la declaración de invalidez se dispuso desde el auto calificatorio.

3. El Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira, no compartió la decisión tomada por el Juez Superior de Medellín y por auto de 23 de febrero de 1987 le propuso colisión negativa de competencia porque al haberse decretado la acumulación de causas, impera seguir conociendo de aquellas en que se decretó la nulidad, pues ese acto procesal le otorga al Juez Superior una competencia "latente".

4. Luego de considerar, suscintamente, el Juez colisionado que al haberse decretado la nulidad afectando el auto de proceder, carece de

competencia para conocer del proceso inicialmente acumulado, debido a que ya no existe causa, por auto de 6 de abril de 1987, aceptando la colisión negativa de competencia y ordenando su envío a esta Corporación para que se decida el conflicto planteado.

Consideraciones de la Corte:

1. Tránsito de legislación. *De conformidad con lo dispuesto por el artículo 677 del actual Código de Procedimiento Penal (Decreto 0050 de 1987), es aplicable para la solución del conflicto de competencia suscitado entre el Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira y Primero Superior de Medellín, el derogado estatuto procedimental (Decreto 409 de 1971), por cuanto debido a la objetividad del fenómeno en cuestión no existe situación alguna que permita considerar aspectos favorables al procesado.*

2. La acumulación de causas. *El artículo 90 del Código de Procedimiento Penal de 1971, no permite ninguna interpretación diversa a la que tradicionalmente le ha dado la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que la acumulación únicamente procede respecto a las causas. Exige esta disposición que en los procesos por acumular se haya dictado auto de proceder, el cual debe encontrarse debidamente ejecutoriado; por tanto, si una vez ordenada la acumulación, como sucedió en este caso, se decreta la nulidad del auto enjuiciatorio en uno o varios de los procesos acumulados, es incuestionable que ha desaparecido el requisito básico para que opere tal fenómeno y en consecuencia, debe ser calificado nuevamente por el Juez inicialmente competente, pues por exclusión de materia, no es posible acumular a una causa un proceso que se encuentre en la etapa sumarial.*

Si bien el procedimiento indicado era el de revocar el auto que ordenó la acumulación para que quedara sin valor ese acto procesal y disponer el envío de los expedientes a los Juzgados competentes para que fueran ellos quienes declararan la nulidad, también es, que al decretar el Juez Primero Superior de Medellín, *las precitadas nulidades, el auto que ordenó la acumulación no podía surtir efectos jurídicos por haberse retrotraído la actuación afectando los autos de enjuiciamiento.*

Al faltar el presupuesto básico de la existencia de causas, es obvio que carecía de competencia para continuar conociendo de aquellos procesos, pues es la acumulación la que le daba competencia.

3. *Conclusión.* En estas condiciones, el funcionario competente para conocer del proceso objeto de la colisión es el Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira, quien deberá proceder a la calificación del mérito del sumario, asistiéndole razón al Juez Primero Superior de Medellín al declararse incompetente para tal fin.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado entre los Jueces Quinto Penal del Circuito de Pereira y Primero Superior de Me-

dellín, en el sentido de que es competente para conocer del proceso, el primero.

Remítase copia de esta providencia al Juzgado Primero Superior de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

VIOLACION DIRECTA

El artículo 68 del Código Penal no excluye de este subrogado determinados hechos delictivos, ni cuando se trata de concurso; como se trata de un derecho, su desconocimiento puede ser aducido en sede de Casación como agravio a la legalidad

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 56.

Vistos:

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, por medio de sentencia del 3 de septiembre de 1985, condenó a los procesados *Rosemberg Ordóñez Solano, Aníbal Vásquez Rojas* y *Albany Navas de Mancilla,* por los delitos de peculado en su modalidad de apropiación. A los dos primeros les impuso a cada uno una pena de treinta meses de prisión; a la tercera, veinte meses de prisión. También condenó a los procesados *Luis Alberto Cobos Bueno* y *Pedro Pablo Velásquez Sánchez,* a la pena de doce meses de arresto cada uno, por el delito de peculado culposo. A todos les concedió la condena de ejecución condicional.

Al revisar dicha sentencia por vía de apelación, el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la suya del 18 de noviembre de 1985, aumentó a tres años de prisión las penas para los procesados Ordóñez Solano y Vásquez Rojas, y convirtió en doce meses de arresto la pena impuesta a la señora Navas de Mancilla, por considerarla incursa en peculado culposo.

En cuanto al subrogado penal, lo compartió en la parte motiva, pero en el punto tercero de la parte resolutiva lo revocó para los dos mencionados procesados Ordóñez Solano y Vásquez Rojas y, ordenó que éstos regresaran a prisión para el cumplimiento de la pena.

El señor defensor del primero le hizo ver al Tribunal tal incongruencia entre las partes considerativa y motiva, y entonces esa Corporación, por medio de auto del 25 de noviembre, aclaró la sentencia en dicho punto, realizando una nueva motivación y dejando vigente la decisión tomada, esto es, no otorgar el sustituto penal.

La decisión de segundo grado, así integrada, fue recurrida en casación por los defensores de Vásquez Rojas y Ordóñez Solano, y por este último, impugnación extraordinaria que la Sala entra a resolver.

Hechos:

Rosemberg Ordóñez Solano y Aníbal Vásquez Rojas trabajaban en la Dirección de Circulación y Tránsito de Bucaramanga; el primero como Revisor de la Contraloría Departamental, y el segundo como Kardixta, aunque de hecho también se desempeñaban como liquidador de impuestos de rodamiento e infracciones.

El cargo que se les hace en la sentencia impugnada, es el de haberse apropiado, entre enero de 1984 y abril del mismo año, de aproximadamente cien mil pesos ($ 100.000) cada uno, dinero cancelado por varios contribuyentes en la citada dependencia oficial.

Las demandas:

1. Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo primero (Código de Procedimiento Penal, Art. 580-1), el señor defensor de Rosemberg Ordóñez acusa la sentencia de violar directamente, por falta de aplicación, el artículo 68 del Código Penal.

Argumenta que su representado tenía derecho a la condena de ejecución condicional, como inicialmente lo admitió el sentenciador, porque "está demostrado que carece de toda clase de antecedentes judiciales o de policía, o sea que no se trata de una personalidad peligrosa o antisocial, avezada en el crimen... precisamente por tratarse de un concurso de hechos punibles se le aumenta la pena a tres años y esta circunstancia lleva en sí comprendida la cuantía que también se aduce para negarle el subrogado", y recuerda al respecto que es el mismo Tribunal quien concede que no se logró establecer con exactitud de cuánto se apropió cada uno de los dos procesados, razón de más para no poder invocar la cuantía como motivo adverso al subrogado penal.

Solicita, pues, que se case parcialmente el fallo, y se conceda el mencionado sustituto.

2. Por su parte, el defensor de Aníbal Vásquez formula a la sentencia tres cargos, en el siguiente orden:

a) Infringir indirectamente los artículos 133 y 26 del Código Penal, al no apreciar (error de hecho), los recibos de pago de impuestos que obran a folios 45, 46, 256 y 257, ni tampoco dos oficios emanados de la Subdirección Administrativa de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga, los cuales corroboran que el dinero correspondiente a los cuatro recibos de impuestos, cuya apropiación se atribuyó al procesado, sí entró a las arcas del Estado y, por tanto, únicamente quedaría vigente el cargo por peculado respecto de un solo recibo por la suma de $ 7.064, y que concierne al vehículo de placas IC-1265.

"Si el Tribunal hubiese considerado, hubiese tenido en cuenta los documentos en cita —concluye el censor—, ante la evidencia que ellos ofrecen, ha debido absolver a Vásquez Rojas de este cargo y condenar sólo por el hecho que resultó demostrado... Se tomó el incremento

previsto en el artículo 26 para el concurso delictual, resultando ello improcedente".

Aduce entonces la casación parcial de la sentencia y la disminución de pena al mínimo previsto para el peculado en el artículo 133 del Código Penal.

b) Quebrantar directamente el artículo 68 del Código Penal, cargo que sustenta en términos esencialmente iguales a su homólogo en el recurso, y que ya se dejaron resumidos. Insiste, sí, en que "resulta aberrante en grado sumo el hecho de que no habiéndose determinado la cuantía, como de manera expresa lo señala el Tribunal, ella se torne elemento apto y suficiente para negar la condena de ejecución condicional", y enfatiza también que por parte alguna dice la ley que el sustituto penal está vedado cuando se trata de concurso de delitos.

c) Que la sentencia se profirió en un juicio afectado por nulidad legal, ya que el comportamiento endilgado a su defensor es constitutivo de abuso de confianza, y no de peculado, como erróneamente se calificó, (Art. 210-5, del Código de Procedimiento Penal).

Apoya esa afirmación sobre el argumento de que, como Kardixta, el mencionado procesado no administraba ni custodiaba los dineros públicos, y echa de menos "la vinculación funcional" que el peculado exige entre el actor y el bien objeto de apropiación, y reafirma que el precepto aplicable era el artículo 358 del Código Penal.

Demanda en tales términos la infirmación de la sentencia, y pide que se decrete la anulación que corresponda.

Concepto del Procurador:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, inicia advirtiendo un error de técnica en la segunda demanda (la presentada a nombre de Aníbal Vásquez, ya que "mientras la ilegalidad del juicio se hace consistir en que los hechos constituían abuso de confianza, la casación parcial por violación indirecta de los artículos 133 y 26 del Código Penal acepta la adecuación típica de las conductas a los elementos estructurales del peculado por apropiación". Anota que esa contradicción impide "desatar en su integridad y con base en todas sus consecuencias cualquier clase de impugnación que se intente, salvo la nulidad que incluso puede declararse de oficio".

Luego señala la Delegada que, en su sentir, este proceso exhibe una nulidad, consistente en que respecto de Rosemberg Ordóñez y Aníbal Vásquez, existe "ausencia de correspondencia entre los hechos investigados y los hechos calificados, con lo cual se produce ambigüedad en la calificación del mérito del sumario, y desconocimiento de la existencia de ilícitos sustancialmente conexos con los peculados, necesarios para cometerlos u ocultarlos, y cuya presencia implicaba cuando menos el cambio de competencias en torno a los punibles de que se venía acusando a estos dos procesados".

Estima que según la prueba testimonial y documental "los sistemas utilizados para la apropiación de los dineros consitían bien en el reemplazo de las firmas que en los recibos de pago debían suscribir el Liquidador, el Revisor o la Cajera, o bien la supresión de la función probatoria

de las copias que debían servir de base a los arqueos diarios de caja, de modo que en uno y otro evento se producía ilícito de falsedad en documentos públicos, unas veces material, otras veces en su forma de ocultación. (Arts. 220 y 223 del Código Penal)".

De dicha manera, considera que se da la causal cuarta de casación, "nulidad por incompetencia (210.1 Código de Procedimiento Penal), sobre la base del desconocimiento de las formas propias del juicio (Art. 26, Constitución Nacional)", y tal es el pronunciamiento que solicita a la Sala.

Acerca de la nulidad planteada en la demanda, no la comparte y estima correcta la calificación de peculado que se dio a la apropiación atribuida a Aníbal Vásquez.

"El pedimento que formulamos —finaliza—, nos exime de responder los demás cargos que los impugnantes han presentado. Todos ellos tienen como presupuesto común la validez del juicio que, en nuestra estima, correcta la calificación de peculado que se dio a la apropiación

Consideraciones de la Corte:

Las nulidades pedidas por la Procuraduría

El señor Procurador Tercero centró su concepto en la consideración de que para consumar los hechos punibles de peculado, los procesados incurrieron en falsedad documental, concretamente sobre los recibos que demostraban los pagos efectuados por los contribuyentes.

La Sala observa, luego de un detenido repaso del proceso, que en efecto, como se verificó especialmente por medio del peritaje practicado (folios 358 y ss.), en los recibos de impuestos se habrían utilizado sellos oficiales legítimos, con intención fraudulenta (la de apropiarse del numerario oficial), y, además, varios comprobantes de pago (copias y originales) desaparecieron.

En principio, pues, surge la posibilidad de que alguna de esas falsedades (Código Penal, Arts. 223 y 211), se haya llevado a cabo para lograr la apropiación o para mantenerla oculta, eventos en los cuales, como observa la Delegada, la afirmación de conexidad "sustancial" resulta un imperativo jurídico.

Ahora bien: es cierto que, por disposición legal (Art. 168 del Código de Procedimiento Penal), los delitos conexos deben ser investigados y fallados en un mismo proceso.

Las razones que subyacen este mandato son suficientemente conocidas: Un mejor aprovechamiento de la prueba, prevenir fallos contradictorios, una más completa evaluación de la personalidad del procesado, tornar menos árdua y menos onerosa su defensa, realizar una más adecuada dosificación de la pena. Sin embargo, el reproche de "incompleta" que se pueda hacer a una calificación, no entraña una gravedad tal que amerite, de manera fatal, inevitable, la anulación de lo actuado. Con razón la jurisprudencia ha reiterado que la nulidad es el último

remedio al cual se debe acudir para resolver determinado problema que surja en el desarrollo de un proceso.

Para casos como el presente, de "incompleta calificación", la Corte en sentencia del 30 de abril último, dijo en lo sustancial:

"Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ha sido tradicionalmente opuesta a declarar la invalidación por el motivo expresado. (Sentencia de noviembre 12 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Carreño Luengas. Proceso José David Daza).

"Es esta la posición adoptada por la mayoría de la Sala, en reciente sentencia de 10 de febrero de 1987, (Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez), en la que dijo lo siguiente, que se considera oportuno transcribir:

"Lo expuesto indica que debió tenerse en cuenta esta calificación de la conducta. Pero la omisión no puede implicar un juicio adverso a la validez del proceso, al punto que se vea necesario declarar que, a partir inclusive del auto de proceder, debe retrotraerse la actuación, y esto se afirma con base en la doctrina de la Corte, profusamente reiterada, que no deja de insistir en que la falta de consideración de ciertos hechos o de algunas personas (delitos o procesados), ya en el sumario, ya en el auto de cargos o en las sentencias, no genera más que una irregularidad en el trámite que contradice la conveniencia de totalizar las deducciones incriminativas. Es verdad que abundan las buenas razones para procurar una instrucción lo más completa posible y una definición lo más integrada que pueda lograrse. Pero dándose una situación que la contraría en estos deseados y convenientes efectos, lo recomendable no es la anulación de lo actuado, pues no es dable compensar la pérdida de consecuencias ciertas con el afán de procurar esclarecimientos no siempre realizables. Ya se ha dicho, también, que la forma de remediar esta omisión es ordenar si es el caso, la expedición de copias o el aprovechamiento del duplicado, para intentar la investigación de los comportamientos dejados por fuera o la indagación de presuntos procesados que no se vincularon al expediente o que no recibieron calificación en cuanto a sus conductas, remedio al cual acudirá la Sala, pues por lo dicho encuentra motivos valederos para considerar la comisión de un presunto delito de falsedad en documentos".

Se ordenará entonces la expedición de las copias respectivas, y no se decretará la nulidad que depreca la Delegada.

La Procuraduría adujo otro motivo de nulidad por la ambigüedad del auto de proceder, pero no efectuó ningún desarrollo de este cargo, el cual, por tanto, quedó meramente enunciado. No obstante, la Sala observa que los hechos investigados sí fueron objeto de calificación (concurso de peculados), y que el pliego de cargos (folios 1 y ss. del cuaderno Nº 3), no revela equivocidad ninguna ni otro defecto que hayan entorpecido la defensa de los procesados.

En consecuencia, tampoco hay lugar a acceder a esta segunda petición de nulidad.

Cargos Tercero y Primero (nulidad y violación indirecta)

El cargo tercero que contiene la demanda, y que encuentra abrigo legal en la causal cuarta de casación (Código de Procedimiento Penal, Art. 580-4), ha debido ser planteado en primer lugar: así lo impone la lógica del recurso, ya que en el evento de tener éxito el reproche de nulidad, haría inexaminable el resto de censuras. En casación a este principio se le denomina "de prioridad".

Sin embargo, la Sala le encuentra razón a la Delegada, en el sentido de que el argumento soporte de la "errada calificación", (Art. 210-5, Código de Procedimiento Penal), se contradice abiertamente con el fundamento del cargo primero, basado en la causal primera de casación, cuerpo segundo.

En efecto, por la vía indirecta el casacionista argumenta que no existen varios peculados sino uno solo, y concluye solicitando a la Sala que mantenga la sentencia *por peculado,* pero "con disminución de pena al mínimo previsto en el artículo 133 del Código Penal".

Y el cimiento del tercer cargo es, por el contrario, *que no existe peculado* sino delito de abuso de confianza. Es decir, que con esta segunda afirmación niega la que hizo inicialmente para sustentar el primer reproche a la sentencia.

Se ve claro, pues, que el recurrente es ilógico en su planteamiento, pues, como se dijo, niega y afirma simultáneamente y en idéntico sentido, la misma cosa, contradicción patente que no puede ser de recibo en sede casacional, así la negación y la afirmación sirvan de apoyo a causales distintas, ya que es innegable que la demanda constituye *una unidad* argumental, la cual se desmiembra así, como en el caso presente, se da una verdadera oposición entre los fundamentos fáctico-jurídicos que le sirven de sustento.

Esa falta de técnica en el manejo del recurso extraordinario, impide el estudio de esos cargos.

Violación Directa

Ambos recurrentes coinciden en que el Tribunal violó la ley sustantiva al no conceder a los procesados el sustituto penal consagrado en el artículo 68 del Código Penal.

Dicho precepto dispone textualmente:

"En la sentencia condenatoria de primera, segunda o única instancia, el Juez podrá, de oficio o a petición del interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

"1. Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión.

"2. Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al Juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario".

Como la pena que se impuso a los procesados fue de tres años de prisión, el primero de los presupuestos de este instituto se encuentra satisfecho.

En torno al segundo requisito, razonó de la siguiente manera el Juzgador de primera instancia: "...y éstos (los procesados) no registran antecedentes, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso permiten suponer que no requieren tratamiento penitenciario". (Folio 144, cuaderno Nº 3), y concedió a todos los justiciables la ejecución condicional de la sentencia.

El Tribunal, al revisar dicho fallo, y luego de realizar la dosificación punitiva, expresó: "De igual manera, se habrá de confirmar la condena en abstracto al pago de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, para todos los condenados, si (sic) que también el beneficio de la condena de ejecución condicional, al reunirse los presupuestos de ley establecidos en el artículo 68 del Código Penal con la aclaración de que para Rosemberg Ordóñez y Aníbal Vásquez, el período de prueba que se impone es de tres años". (Folios 28 y 29 del cuaderno Nº 4).

Sin embargo, el punto tercero de la parte resolutiva de esa providencia, fue del tenor siguiente: "Revocar el beneficio de ejecución condicional concedido a los rematados Ordóñez Solano y Vásquez Rojas y en su lugar se dispone que vuelvan al lugar de los condenados a fin de que cumplan la pena impuesta". (Folio 46).

En el "auto aclaratorio" dijo la Sala que, unánimemente, se había resuelto revocar el subrogado " en consideración a la gravedad del delito por tratarse de un concurso de hechos punibles, por la cuantía y por la forma como se ejecutaron los ilícitos". (Folio 52).

Efectivamente, esta Sala, en sentencia invocada por los recurrentes, precisó que "el artículo 68 del Código Penal, no excluye esta medida respecto de determinados hechos delictivos; lo que importa es que se reunan en el caso concreto las exigencias allí previstas". *(Agosto 28/85).*

Con obviedad similar debe anotar hoy que tampoco la mencionada norma impide su propio reconocimiento cuando de concurso delictual se trata.

Ahora bien: Los procesados carecen de antecedentes y la sentencia admite que dada la desorganización existente en las Oficinas de Circulación y Tránsito, no se les puede atribuir a aquéllos "la cuantía global de lo apropiado" ($ 670.192.83, según la experticia), sino alrededor de $ 100.000 cada uno. No se ve de dónde, pues, surja la "especial gravedad" que sin motivación alguna, le enrostra el fallo a la delincuencia

Y es que al momento de resolver el Juzgador si aplica o no el subrogado penal en mención, el primer e ineludible deber que afronta es colocarse de cara al artículo 12 del Código Penal, para poder "suponer" (este es el término que emplea el artículo 68) si el condenado requiere o no encarcelamiento. Esto, porque en principio, el sustituto penal no ha de negarse sino cuando, con base objetiva en el proceso, *el Juzgador concluya que sólo mediante la reclusión se van a obtener los fines consagrados en el mencionado precepto.*

Con esa consideración de que la medida alternativa forma parte de la pena, y que su razón de ser es contribuir a la mejora del infractor (prevención especial) y a la protección de los asociados (prevención general y, por tanto, de interés público), resulta fácil entender por qué el otorgamiento del subrogado no está sujeto a la mera liberalidad del Juzgador, y entonces éste debe *concederlo siempre que* la realidad procesal *materialice la hipótesis de la norma legal que lo regula. Es igualmente obvio que este cotejo entre el haz probatorio y la ley correspondiente, ha de quedar debidamente motivado en la sentencia, como lo exige toda decisión legal vinculante y trascendente.*

En el sentido expuesto (elementos de juicio objetivos que no contradigan los presupuestos normativos) es que puede postularse que el sustituto penal es un derecho *(no "gracia", "beneficio", ni cualquiera otra expresión sinónima); y porque lo es, su desconocimiento puede ser aducido en sede de casación como agravio a la legalidad.*

En sentencia de 3 de septiembre de 1985, la Sala recordó lo que la comisión redactora del Código Penal vigente señaló sobre la naturaleza y fines del subrogado en examen:

"La condena de ejecución condicional se instituyó con amplio criterio liberal, porque lo importante como política penal no es el drástico rigorismo vindicativo, sino 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".

En el presente caso, pues, el subrogado penal ha debido ser aplicado y no lo fue, aserto que traduce violación directa de la ley sustancial, como arguyen los censores.

El cargo prospera.

Por consiguiente, respecto de los procesados Rosemberg Ordóñez Solano y Aníbal Vásquez Rojas, la Sala ordenará suspender la ejecución de la sentencia por un período de prueba de tres años, salvo en relación con la pena de interdicción de derechos y funciones públicas a ellos impuesta, la cual se hará efectiva. La caución será la misma que prestaron con motivo de la libertad provisional y la diligencia de compromiso correspondiente se suscribirá en el Juzgado del conocimiento. (Art. 69 del Código Penal).

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

Resuelve:

1. *Casar parcialmente* la sentencia impugnada.

2. Otorgar a los procesados Rosemberg Ordóñez Solano y Aníbal Vásquez Rojas, la condena de ejecución condicional, excepto en relación

con la pena de interdicción de derechos y funciones públicas a ellos impuesta, la cual deberá hacerse efectiva.

3. Por la Secretaría de la Sala, expídanse las copias indicadas en la parte considerativa, para los fines allí señalados.

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

Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Tarcisio Roldán Palacio, Conjuez, *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

En varias ocasiones (entre ellas Proceso Nº 385 contra *Pedro José Niño Ortiz*), he expuesto mi cordial discrepancia sobre lo resuelto por la mayoría de esta Corporación, de ordenar expedición de copias para investigar conductas que no han sido calificadas en el auto de proceder. Esto es, que mi disentimiento con la mayoría de la Sala se limita al Punto 3 y a su motivación.

Con todo el respeto, reitero mis puntos de vista en el sentido de que el decretar ese proceso complementario puede desembocar en hacer más gravosa en forma tardía la situación de un procesado, cuando ya ha sido de sobra investigado; esto es, que a la hora de nona, después del período investigativo, del calificatorio, de las instancias, de las pruebas en el juicio, de la audiencia, de la sentencia de primera y segunda instancia, el Estado viene a alegar su propia torpeza u omisión para perjudicar a un procesado.

Este proceso complementario no encaja dentro de principios universales como el de la economía procesal, la seriedad y ejecutoria en las decisiones judiciales y el conocimiento sin demora de la acusación. Por ello insisto en el planteamiento que he venido sosteniendo, ajeno al procedimiento que se crea de expedir copias con miras a un proceso complementario.

Honorables Magistrados,

Lisandro Martínez Z.

Fecha ut supra.

TENTATIVA

Es imperioso determinar con precisión cuándo comienza la etapa de ejecución. Porque acto ejecutivo no es solamente el que supone la violación de la norma penal que protege el bien jurídico atacado, sino también aquél que lo coloca en un inmediato peligro, por invadir su órbita de protección

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 56.

Vistos:

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, al decidir sobre dos causas acumuladas, mediante sentencia del 13 de enero de 1986, condenó a *Jorge Giraldo Velásquez* y *Luis Carlos Arboleda Fernández,* a las penas principales de 20 y 16 meses de prisión, respectivamente, por tentativa de hurto calificado.

El Tribunal de ese Distrito Judicial, rebajó a 14 meses la pena de Arboleda Fernández y confirmó la sentencia en todo lo demás, mediante la suya de 17 de marzo de 1986, la cual ha sido recurrida en casación por el señor Fiscal Cuarto de esa Corporación.

Hechos:

Hacia el medio día del 10 de noviembre de 1981, Jorge Giraldo Velásquez penetró en la oficina del Abogado Julián Alvarez Ruiz, ubicada en el sexto piso de la calle 35 Nº 16-55 de Bucaramanga. Alcanzó a dar un par de pasos dentro de ella cuando fue sorprendido por el doctor Alvarez Ruiz, quien se hallaba allí y, utilizando un revólver, lo aprehendió. Se le encontraron dos ganzúas.

Sobre la misma hora del 4 de mayo de 1985, Jorge Giraldo Velásquez y Luis Carlos Arboleda Fernández entraron al edificio de la carrera 14 Nº 35-26. Aproximadamente a los 15 minutos el celador los vio abandonar la oficina Nº 306, perteneciente a los Abogados Jaime Gómez y Enrique Díaz. Fueron requisados por Agentes de la Policía y no se les halló nada aparte de sus pertenencias. Una de las puertas internas de la oficina presentaba señales de violencia, lo mismo que la de uno de los escritorios; y éstos exhibían desorden.

La demanda

El actor invoca la causal primera, cuerpo primero, prevista en el artículo 580-1 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), por aplicación indebida de los artículos 22, 349, 350 y 351 del Código Penal.

La violación directa de dichos preceptos sustanciales la hace consistir en que los actos realizados por los procesados no alcanzan a ser ejecutivos ya que no hubo comienzo de apoderamiento de cosa mueble ajena, que es la acción tipificadora según el tipo básico del artículo 349 del Código Penal.

Alega que la sentencia desconoció la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos, e insiste en que en ninguno de los hechos se inició "la concreción del tipo penal", motivo por el cual no es dable la imputación por hurto, la cual, en las condiciones anotadas, violaría el principio de legalidad.

Le critica a la sentencia la extensión tipificadora que le otorga a las circunstancias agravantes, las cuales "nada tienen que ver con el núcleo de la acción redectora (sic), que es uno solo, 'apoderarse' ", y concluye que "está demostrado que ellos (los justiciables) apenas alcanzaron a entrar en la morada ajena en función exploratoria sin oportunidad de iniciar apoderamiento de algún específico bien mueble, lo que hace que ese comportamiento no pueda ser calificado de actividad iniciativa del delito de hurto... luego si se condenó por una conducta atípica, se aplicaron esas disposiciones con violación directa de la ley sustancial".

Recuerda que acciones como las imputadas a los procesados están consagradas como contravenciones en el Código Nacional de Policía, y pide que el fallo se case y en su lugar se absuelva.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se abstuvo de ampliar la demanda. Por el contrario, realiza algunas consideraciones enderezadas a sostener el conato de hurto. Solicita, pues, que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Sala:

Universalmente se ha admitido que la fase interna del iter criminis *(ideación, deliberación y resolución), no puede soportar pena alguna.* (cogitationis poenam nemo patitur). *Para que pueda punirse la conducta delictiva, es preciso que ésta haya principiado a proyectarse en el mundo exterior. El Código Penal Colombiano, acogiendo al respecto la teoría francesa según la cual sólo puede considerarse punible la tentativa a partir de los actos de ejecución* (le conmencement d'exécution) *la ha estructurado así, en su artículo 22: "El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado".*

Se impone, pues, frente a la fórmula adoptada por el legislador colombiano, que deja por fuera del ámbito de la tentativa los actos de preparación previos a la ejecución del delito, determinar con precisión cuándo comienza esta última fase, labor ciertamente árdua y difícil, como lo reconocen las numerosas teorías que infructuosamente han tratado de resolver este fundamental asunto, que implica un límite de la tipicidad y por ende de la punibilidad.

Es verdad, como lo afirma el recurrente, que la tentativa siempre tiene que estar referida a uno de los tipos penales previstos en la parte especial del Código, ya que no es posible hablar de una "tentativa en sí", sino de una tentativa de hurto, homicidio, etcétera, pero esto de ninguna manera significa que la teoría formal, expuesta por Beling, sea, como lo cree el casacionista, suficiente para determinar el límite mínimo de la tentativa. Según el citado autor y quienes en su concepción se apoyan, hay principio de ejecución cuando se comienza a matar, cuando se principia a apoderarse, etcétera, y aunque esta fórmula puede ser útil en realidad no soluciona el problema, porque lo deja subsistente: ¿Cuándo se comienza a matar o a apoderarse? Además, en los tipos cerrados, cuando se exige un medio específico de ejecución, es claro que la tentativa punible se presenta al emplear el medio, aunque todavía no se haya iniciado la acción señalada por el verbo rector, tal como lo admite el mismo casacionista al afirmar que existe tentativa de violación "cuando violentamente se prende a la víctima", sin que aún se la haya principiado a acceder carnalmente.

Adviértase además, que el mismo profesor Reyes Echandía, en quien fundamenta su tesis el casacionista, admite que estas no constituyen un "criterio absoluto", y por ello, dice, "es necesario en cada caso referir la conducta empezada al tipo legal que la describe en forma amplia y total para examinar si el agente efectivamente principió a hurtar, a estafar, a estuprar, etc." (Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 1984, página 163).

Para la Sala es indudable que quien valiéndose de una ganzúa, abre la puerta y penetra a una oficina con el propósito determinado de atentar contra el patrimonio económico ajeno, ya ha iniciado la ejecución del delito de hurto, así todavía no haya puesto sus manos en ninguno de los bienes que allí se encuentran. Tampoco le queda a la Sala la más mínima duda de que quien clandestinamente se introduce a una oficina, al parecer valiéndose de una ganzúa, y con violencia en las puertas entra a otras dos oficinas interiores forzando también un escritorio, ha principiado la fase ejecutiva del hurto, siempre que su intención sea la de apoderarse de los bienes que en ellas se guarden. NO puede aceptarse como lo entiende el casacionista, que todas estas actividades constituyan únicamente la fase preparatoria del delito. Son posteriores, ya que han entrado decididamente en la esfera de protección de los bienes y los han puesto en inmediato peligro.

La restringida tesis de la casación francesa del 13 de julio de 1843, a que se refieren los comentarios de Carnot, transcritos por el casacionista, y según los cuales "el uso de llaves falsas, el escalamiento y la fractura no han sido considerados por el legislador sino como circunstancias agravantes de los delitos, que no ha penado esos actos, por graves que puedan ser, más que en cuanto se relacionan con un delito

intentado o consumado; que, en consecuencia, esas circunstancias no pueden constituir por sí mismas una tentativa punible", no pueden ser compartidas por la Sala. Téngase en cuenta, en primer término, que en esta interpretación influyó decididamente el hecho de que en el Código Penal francés el delito intentado se castigara con la misma pena del consumado, lo cual si bien es cierto que nada tiene que ver con el problema de la delimitación de la tentativa, "pesa sobremanera en la conciencia de los Magistrados", como lo destaca el profesor Jiménez de Asúa al comentar esta aludida tesis. Además, esta doctrina no fue unánimemente acogida. En la misma página del libro de donde el actor tomó la transcripción, puede leerse que: "En cambio Rossi no duda en ver en los actos que hemos narrado, un comienzo de ejecución, puesto que el escalamiento y la fractura están demasiado cerca de la acción criminal para que puedan ser separados, estos actos se confunden con esa acción y forman con ella un solo todo". Y se agrega a continuación: "Otros autores e incluso varias sentencias de la Corte de Casación de Francia, creen que cuando el escalamiento, la fractura o el uso de llaves falsas, se han cometido probablemente con la intención de perpetrar un robo, entonces sí habrá tentativa de este delito". (Jiménez de Asúa, Tratado..., Tomo VII; página 519).

Acto ejecutivo no es, entonces, solamente el que supone la violación de la norma penal que protege el bien jurídico atacado, sino también aquel que lo coloca en un inmediato peligro, por invadir su órbita de protección.

Que el artículo 56 del Código Nacional de Policía consagre como contravención especial el hecho de ser "sorprendido dentro de habitación ajena, granero, caballeriza o cualquier otro lugar destinado a la guarda o custodia de animales u otros bienes, o dentro de tienda o almacén que no estén abiertos al público", sin que pueda justificarse la presencia en tales lugares, no significa, como parece entenderlo el casacionista, que estos actos no puedan tener la calidad de ejecutivos frente a un delito de hurto que mediante ellos se pretenda cometer. Lo que sucede es que esta norma es de carácter supletorio y únicamente tiene aplicación cuando esos mismos hechos no constituyen tentativa de hurto, por falta de prueba sobre la real intención del agente.

No existiendo, pues, la violación directa de la ley sustancial planteada en la demanda, la sentencia no se casará.

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,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Tarcisio Roldán Palacio, Conjuez, *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º CONSULTA. Código de Procedimiento Penal de 1987

El espíritu del ordenamiento actual (Decreto 050 de 1987), es el de mantener no solamente el grado jurisdiccional de consulta, sino su trámite y competencias, asignando a los mismos funcionarios que conocen de la apelación, el trámite propio de la consulta en los casos en que ella proceda

2º CONSULTA. Código de Procedimiento Penal de 1987

El inciso final del artículo 210 del Decreto 050 de 1987, debe entenderse como la imposibilidad de surtir el grado jurisdiccional ante el conformismo manifestado por las partes, en cuanto la que indique tácitamente su aprobación, sea la afectada con la decisión

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 056 del 19 de agosto de 1987.

Vistos:

Se pronunciará la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el nuevo grado jurisdiccional de consulta a que somete el Tribunal Superior de Bogotá su providencia de fecha 3 de marzo de 1987, por medio de la cual sobreseyó en forma temporal y por segunda vez al Juez *Julio César Obando* de los cargos que por el delito de Falsedad se le imputaron en esta actuación.

Hechos:

La señora *Magdalena Pontón de Tovar* formuló denuncia por el presunto delito de prevaricato en contra del Juez 28 Civil del Circuito, doctor *Julio César Obando,* a quien acusó de haber tramitado con desconocimiento de la ley un proceso de jurisdicción voluntaria —levantamiento del patrimonio familiar— que a sus espaldas promoviera su cónyuge.

Iniciada la investigación, y perfeccionada la misma, el Tribunal Superior de Bogotá sobreseyó definitivamente al acusado por el delito

de prevaricato, y ordenó consultar la providencia con el Superior. Esta Corporación, estimó que se debería investigar el posible delito de falsedad ideológica en documento público, toda vez que en los autos apareció que el incriminado recibió algunos testimonios sin juramentar previamente a los declarantes, y dejó de practicar directamente el interrogatorio de los mismos.

Actuación procesal

Como se dijo, la investigación se inició por el delito de prevaricato, adecuación típica que fue objeto de sobreseimiento definitivo en providencia de fecha 22 de agosto de 1983. La Corte, al revisar la actuación, ordenó continuar con la investigación por el presunto delito de Falsedad, en auto de fecha 12 de febrero de 1985, a fin de que se indagara si el acusado en verdad había recibido los testimonios sin la formalidad del juramento, y sin dirigir directa y personalmente el interrogatorio a los declarantes.

Se recibió en esta nueva fase investigativa, la declaración del señor Pedro Eliseo Bautista Sandoval, uno de los testigos de quien se dice no interrogó el acusado, y éste aseveró no recordar con exactitud si le fue o no recibido el juramento de rigor; tampoco pudo concretar qué persona dirigió el interrogatorio, y al respecto dijo que fue "un secretario o una secretaria". Manifestó igualmente no conocer al sindicado ni recordar qué persona distinta a quien lo interrogaba estuviera presente en el Juzgado; se acordó sin embargo, que la oficina del Juez estaba cerrada, aun cuando reconoció que esta afirmación era una suposición porque no conocía si el local que vio cerrado era o no la oficina del inculpado.

Llamado el procesado a indagatoria, sostuvo que él personalmente dirigió el interrogatorio a los testigos en el proceso de jurisdicción voluntaria y, previamente les recibió el juramento de ley, porque, según lo afirma, ha sido siempre su costumbre cumplir con todas las formalidades legales en sus actuaciones judiciales. Negó los cargos de falsedad que se le han formulado, y tachó de mentiroso a quien hizo afirmaciones en contrario. Finalmente, solicitó la recepción del testimonio de varios empleados o ex-empleados de los Juzgados en donde ha desempeñado el cargo de Juez, para constatar que efectivamente es celoso del cumplimiento de las formalidades legales.

En posterior diligencia de careo que sostuviera con el testigo Bautista Sandoval, tanto el funcionario como el particular se ratificaron en sus afirmaciones, si bien se advierte en aquél una mayor inseguridad en sus respuestas, sin que se atreva a cambiar su versión y reconocer que sí se le exigió la gravedad del juramento y que fue directamente interrogado por el Juez.

Alix Ramírez Santos, Gloria del Carmen Bernal Jiménez, Luis Hernando Mahecha Muñoz, Raúl Mancera Mancera y Jorge Eduardo Olarte Cely, los empleados judiciales citados por el procesado, declararon bajo la gravedad del juramento para ratificar sus afirmaciones en el sentido de que el incriminado siempre y personalmente recibe los testimonios y pruebas que sean necesarios dentro de los procesos que debe resolver como Juez; dieron fe de su estricto cumplimiento de los ritos procesales,

y de cómo en todas las ocasiones han constatado que el sindicado interviene en forma directa en la recepción de testimonios. Algunos de ellos, quienes para la época de los hechos trabajaban en el Juzgado 28 Civil del Circuito, afirmaron además que en las declaraciones materia de investigaciones el acusado actuó directamente y recibió previamente a la diligencia el juramento de los declarantes.

En estas condiciones, el Tribunal Superior de Bogotá cerró la investigación y al momento de calificar su mérito, profirió un primer sobreseimiento de carácter temporal en auto calendado el 10 de diciembre de 1985.

Durante el término de reapertura de la investigación, se recibió el testimonio de la señora María Fabiola Méndez Méndez, la otra declarante en el proceso de jurisdicción voluntaria, quien aseveró no recordar precisamente los hechos por los cuales fue interrogada debido al paso del tiempo, pero reconoció que la hicieron jurar en forma previa a su declaración; más adelante, sin embargo, dijo no recordar con precisión, pero sí tener idea de que fue juramentada; así mismo, dijo que sólo fue interrogada por una persona, sin poder determinar si fue hombre o mujer quien le dirigió el interrogatorio.

En estas condiciones llegó el proceso al segundo calificatorio, proferido el día 3 de marzo de 1987, en el cual el Tribunal de Bogotá reconoce que la situación procesal no ha variado con relación a la primera calificación, y por ello sobresee en forma temporal y por segunda vez al inculpado.

La providencia de primera instancia

En el auto calificatorio el Tribunal, luego de hacer una transcripción de los argumentos centrales expuestos con ocasión del primer sobreseimiento, continúa calificando el testimonio de la señora María Fabiola Méndez Méndez de insuficiente para extractar de allí alguna conclusión que le permita poner término definitivo a la etapa instructiva, bien mediante auto vocatorio a juicio, o sobreseimiento definitivo. Por ello, recurre a dictar un segundo sobreseimiento temporal. Lo que sí extraña la Sala, es la forma como tanto en el auto anterior como en el que se revisa, el Tribunal no realizó análisis alguno de la indagatoria del procesado ni de los testigos por él citados, sino que su interés se volcó exclusivamente en los testimonios de los señores Méndez Méndez y Bautista Sandoval, los que ya se dejaron reseñados.

El concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al emitir su opinión sobre la providencia de primera instancia, acogió el criterio del fallador y estimó que no se encuentra prueba suficiente en los autos para iniciar juicio penal al acusado, como tampoco para sobreseerlo en forma definitiva. Señaló las fallas investigativas de que adolece el expediente, y solicitó confirmar el auto consultado.

Consideraciones de la Corte

Aun cuando este proceso tenía auto de cierre de investigación ejecutoriado cuando entró en vigencia el Decreto 050 de 1987 (Nuevo Có-

digo de Procedimiento Penal), debe la Corte pronunciarse necesariamente sobre el problema que ha suscitado el grado jurisdiccional de consulta frente a la nueva normatividad.

En efecto, el Capítulo II del Título II del Decreto 050 de 1987, cuando se refiere a la competencia de los funcionarios judiciales en la rama penal, no asigna a ninguno de ellos competencia para conocer del grado jurisdiccional de consulta, y solamente se refiere al conocimiento de la corporación con relación a los recursos de casación, revisión, de apelación y de hecho; frente a los jueces singulares; habla el texto legal de que conocerán de la segunda instancia de algunas determinaciones. Con base en este vacío legislativo se podría sostener por algunos la inoperabilidad de la consulta y, de consiguiente, la imposibilidad de tramitar este grado jurisdiccional.

Pese a lo anterior, debe consultarse el espíritu de la ley y hacerse una interpretación sistemática del Código y sus antecedentes para dilucidar el problema específico. La Ley 52 de 1984, por medio de la cual se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal de acuerdo con las específicas bases allí señaladas, nada dijo sobre el grado jurisdiccional de consulta, aun cuando sí fue enfática en asegurar el mantenimiento del principio de las dos instancias para los procesos penales, del cual es una manifestación el grado jurisdiccional de consulta. Sin embargo, sin contrariar estas previsiones legislativas, la inicial comisión redactora del estatuto procedimental penal consideró más acertada la eliminación de la consulta para las providencias judiciales, y así, dentro del proyecto entregado al gobierno no aparecía norma alguna que se refiriera al grado jurisdiccional, el cual, de hecho, se eliminó de la codificación procesal.

No obstante, el gobierno integró una segunda comisión, evaluadora ésta del proyecto inicial presentado, y sus nuevos integrantes desconocieron en este punto la intención de los iniciales comisionados, y por ello procedieron a introducir dentro del articulado que luego fue definitivo, el grado jurisdiccional de consulta; empero, no realizaron las concordancias necesarias a lo largo de la codificación, y si bien en algunos puntos se consideró la consulta, en otros, como es el caso de la competencia, por ejemplo, se omitió tener en cuenta el instituto reintroducido al ordenamiento ritual.

La Comisión Revisora, pues, introdujo los artículos 209 y 210 del Decreto 050 de 1987, y estableció de esta forma el grado jurisdiccional de consulta que ya existía en el Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 409 de 1971), señalando qué clase de providencias son consultables, y determinando que este grado jurisdiccional operará cuando contra las decisiones mencionadas no se interponga el recurso de apelación, es decir, precisando que la consulta tiene similitudes con el recurso de alzada.

Posteriormente, en el artículo 535 del nuevo Código de Procedimiento Penal, se reguló lo referente al trámite de segunda instancia, y también se especificó allí que ese mismo trámite debe seguirse cuando el expediente llegare por la vía de consulta, ratificando de esta forma las afinidades que tiene con la apelación de providencias.

En la codificación anterior, por otra parte, se presentaban las mismas similitudes entre los dos institutos, y de hecho la consulta estaba asignada a los mismos funcionarios que conocían de las apelaciones. Ello permite concluir que el espíritu del ordenamiento actual es el de mantener no solamente el grado jurisdiccional de consulta, sino su trámite y competencias, asignando a los mismos funcionarios que conocen de la apelación el trámite propio de la consulta en los casos en que ella proceda. Así, no debe entenderse como derogada, sino que debe llenarse el vacío legislativo con la interpretación sistemática y teleológica de la ley, concluyendo que es juez competente para conocer del grado jurisdiccional aquél que lo es igualmente para desatar los recursos de apelación que se pudieran interponer contra las providencias que lo admiten. De esta forma, se zanja una de las primeras discusiones en torno a este fenómeno procesal.

Ahora bien, mayor complejidad representa la interpretación del inciso final del Art. 210 del Decreto 050 de 1987 que establece textualmente: "No habrá lugar a consulta, en los casos anteriores, cuando la providencia ha sido notificada personalmente al procesado o su defensor, o cuando haya parte civil reconocida". El texto de la norma se revela incompleto, por cierto y por ello confuso. La "o" disyuntiva que se utiliza en el texto pone al juzgador ante dos eventos diferentes en los cuales no procede la consulta: El primero de ellos, cuando la providencia se haya notificado personalmente al procesado o a su defensor; el segundo, cuando, pese a la ausencia de notificación anterior, existe reconocimiento de parte civil dentro de la actuación.

Piénsese entonces en el caso de una providencia que afecte los intereses del procesado y sea de aquellas que no se notifica personalmente al enjuiciado ni a su defensor, pero en el proceso existe parte civil reconocida. No procedería el grado jurisdiccional de consulta porque se da uno de los presupuestos del inciso final del artículo 210 del Decreto comentado. Tal interpretación resulta contraria a los principios que de antaño han orientado al Instituto procesal. La providencia en este caso es desfavorable al procesado, y bien podría suceder que la parte civil reconocida no tuviera interés alguno en que fuese revisada por el superior. Empero, la consulta es un grado de jurisdicción que se estableció en la legislación para garantizar a los intervinientes en el proceso el adecuado juzgamiento, a través de la revisión de la decisión por el superior jerárquico de quien profirió la providencia, y por ello no abarca a todas las determinaciones jurisdiccionales, sino que cobija a aquellas de mayor trascendencia procesal y, dentro de éstas, a las de mayor importancia de acuerdo con el asunto decidido o la pena imponible.

Siendo ello así, el inciso que se comenta debe entenderse como la imposibilidad de surtir el grado jurisdiccional ante el conformismo manifestado por las partes con la determinación del fallador de primera instancia en cuanto la parte que manifiesta tácitamente su aprobación a la providencia, sea la afectada con la decisión.

En el ejemplo planteado, entonces, pese a la existencia de parte civil reconocida en el proceso deberá forzosamente surtirse la consulta de la providencia que lo perjudica porque al procesado no se le notificó personalmente y es a él a quien directamente afecta la determinación judicial.

Las providencias consultables de acuerdo a lo previsto en el artículo 210 del nuevo Código de Procedimiento Penal son la sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito por el que se procede tiene señalada pena privativa de la libertad de cinco años y la providencia que concede la libertad condicional que tuviere la misma penalidad.

En las condiciones anteriores, es lógico concluir que la única hipótesis desfavorable para el procesado que se puede dar en la interpretación del inciso final del artículo comentado, es la sentencia condenatoria y a ella se refieren las consideraciones planteadas con anterioridad.

Se ocupará a continuación la Sala, de decidir lo que fuere pertinente sobre la consulta a que es sometida la providencia, con la aclaración de que este trámite se surte de conformidad con las normas del Decreto 409 de 1971.

Es innegable, como lo anotan tanto el juzgador de primera instancia como el Colaborador Fiscal de ésta, que las declaraciones de los señores María Fabiola Méndez Méndez y Pedro Eliseo Bautista Sandoval, por sí solas no son versiones que puedan considerarse de suficiente valor probatorio para acreditar la existencia o no de la conducta típica que se investiga.

Pero, en el proceso no se cuenta solamente con estos medios de prueba. El procesado, quien está amparado por el principio constitucional de que debe reputarse inocente hasta tanto se demuestre lo contrario, ha afirmado que no realizó la conducta delictiva, esto es, que personal y directamente formuló a los declarantes las preguntas que consideró oportunas y que, previamente a ello, los amonestó según lo preceptuado en la ley y les recibió el juramento de rigor. Sus aseveraciones, por otra parte, fueron ratificadas por algunos empleados judiciales quienes, bajo la gravedad del juramento, fueron enfáticos en afirmar el correcto proceder del funcionario en todas sus actuaciones judiciales, y no solamente en las que son objeto de estudio, sino incluso en aquellas que datan de fechas anteriores y posteriores, acreditando un comportamiento ejemplar en el juez procesado, sobre estos puntos.

Ahora bien, en las declaraciones que dentro de este proceso penal se recibieron a los señores Pedro Eliseo Bautista Sandoval y María Fabiola Méndez Méndez el día catorce (14) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983), casi tres años después de ocurridos los hechos presuntamente delictivos, fueron interrogados por el apoderado de la parte civil acerca de la persona que les recibió el testimonio. El primero de ellos manifestó textualmente: "No pues la secretaria allá me preguntó"; la segunda, por su parte, dijo que una mujer era quien escribía a máquina. Sobre el juramento, Bautista manifestó que le hicieron advertencias de que la declaración la rendiría bajo juramento, pero que no lo hicieron jurar; la Méndez sostuvo no recordar si le tomaron o no el juramento. Estas afirmaciones, si bien lanzan una duda sobre la legalidad del proceder del juez acusado, no entrañan la afirmación de que éste no estuviera presente en la diligencia o no la hubiese dirigido; nótese cómo la señora Méndez Méndez incluso señaló a una mujer como la que escribía a máquina, no la que dirigiera el interrogatorio.

En una segunda versión, rendida el día 26 de marzo de 1985, luego de poco menos de cinco años de ocurridos los hechos, el señor Pedro Eliseo Bautista Sandoval habla de dos distintas declaraciones que ha rendido en juzgados. La primera, debe deducirse, se refiere a la que es materia de este averiguatorio, y la segunda fue la rendida por él el día 14 de marzo de 1983. Aquí dice que en aquella lo interrogó un secretario o una secretaria, y no recuerda que se le haya hecho jurar; extrañamente, y ante una pregunta del instructor, se acordó que el interrogatorio le fue hecho por una secretaria, de quien sin embargo no precisó características físicas o forma de individualizarla, y da un detalle mínimo como que el despacho del juez estaba cerrado, o mejor, que la oficina que supuso correspondía a la privada del funcionario, estaba cerrada.

En posterior diligencia de confrontación con el procesado, el mismo testigo dijo en forma textual bajo la gravedad del juramento: "No recuerdo exactamente si me fue practicado el juramento, ni podría afirmar si fue practicado por el juez o el secretario. Vuelvo a afirmar, no recuerdo fechas pasadas ni acontecimientos porque nunca estoy en juzgados para poder afirmar con seguridad". A través del resto de la diligencia se mostró dubitativo, y reconoció que pudo afirmar algo en contra del sindicado, pero no puede asegurar la verdad de los cargos formulados debido al transcurso del tiempo.

Piénsese, entonces, cuál era la situación de este declarante para esos momentos. Ya la Corte, en decisión del 12 de febrero de 1985 había ordenado compulsar copias en contra de Bautista Sandoval para que fuese investigado por el presunto delito de falso testimonio con ocasión de su declaración rendida ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, regentado por el acusado. Siendo ello así, lógica resulta la posición del testigo de cargo de acudir al expediente de fallas en su memoria para no enfrentar otro eventual proceso por el mismo delito ante la comprobación de que su primera atestación fuese falsa, o el reconocimiento que él hiciera de que faltó a la verdad en su primera declaración rendida el día 14 de marzo de 1983.

Analizadas así las cosas, sospechosas entonces resultan las afirmaciones de Bautista Sandoval, porque si es verdad que el paso del tiempo le hace olvidar rápidamente los acontecimientos en que ha intervenido, ¿por qué en su primera versión afirmó que lo interrogó una mujer? ¿Por qué dos años después de esta primera afirmación dijo que lo había interrogado un secretario? ¿Cómo puede enterarse de que quien dirigió el interrogatorio fue un secretario o secretaria y no un juez si a éste ni a los otros funcionarios los conocía? ¿Por qué tantas contradicciones y dudas en sus testimonios? A la luz del haz probatorio, como se insistirá, no cabe respuesta distinta para estos interrogantes diversa a la necesidad de confundir al juzgador para que evalúe sus declaraciones cuando menos con el beneficio de la duda, y no tenga que soportar una nueva investigación por haber faltado a la verdad.

Más valerosa, en cambio, fue la actitud de la testigo María Fabiola Méndez Méndez, quien en versión rendida el 6 de junio de 1986 fue enfática al asegurar: "No sé si sería el juez, pero en todo caso sí me hicieron jurar, sinceramente no me acuerdo si era hombre o mujer quien me recibió el juramento, pero sí me acuerdo que juré". Muestra la testigo,

igualmente, dudas acerca de la persona que escribió la declaración a máquina y se inclina por pensar que fue una mujer, pero no descarta en ningún momento la presencia del juez en la diligencia, ni niega la participación de éste en ella, como no lo hiciera tampoco en su declaración del 14 de marzo de 1983.

Según este testimonio jurado, y las demás pruebas que se resaltarán, sí se recibió juramento a la declarante, y si esto fue así, no existe base alguna en el proceso para pensar que las demás afirmaciones del acta de testimonio cuestionada sean falsas, como tampoco existe base para predicar que a la señora Méndez Méndez se le haya recibido el juramento y no a Bautista Sandoval, personas ambas que testificaron en el mismo proceso, en el mismo juzgado y a la misma hora.

En ninguna parte de sus afirmaciones juradas la señora Méndez Méndez acusa al procesado de haber omitido la recepción del juramento, o no haber intervenido directamente en la diligencia; si bien en su primer testimonio del 14 de marzo hizo referencia a estos puntos, dijo que una mujer era quien escribía a máquina, lo que no implica que el funcionario no hubiera recibido el testimonio y formulado las preguntas, y manifestó no recordar si le habían recibido el juramento de ley. Sobre este último punto, corregido en su posterior versión, debe aclararse que tampoco supone la omisión de la ritualidad, y es explicable que su respuesta fuera la de no recordar, porque en aquella ocasión solamente se le dirigió al respecto una pregunta, sin que el abogado que la interrogó o el funcionario instructor, hayan hecho cosa alguna para aclarar desde un principio la situación.

Mírense, entonces, las afirmaciones del acusado respecto a estos puntos. Desde un primer momento, el doctor Obando González aseguró haber recibido el testimonio con las formalidades señaladas en la ley; nunca dudó acerca de la realización de la diligencia, previas las amonestaciones al juramento y la ceremonia del mismo, y fue enfático en aseverar que directa y personalmente dirigió a los declarantes las preguntas. Sostuvo que ha sido siempre su costumbre observar estrictamente las reglas procesales, y por ello no permite que se desconozcan las formalidades señaladas en la ley. Vehemente fue incluso en la diligencia de careo a las que fue sometido con el testigo Bautista Sandoval, ante quien sostuvo su correcto proceder siendo que el testigo confrontado concedió ante las afirmaciones del procesado diciendo: "Pues el doctor podría afirmarlo debido a su trabajo como juez y por lo que él todos los días está allí y en el caso mío pues yo no podría afirmar ni recordar nada pues por la mala memoria que tengo".

Por otra parte, los testigos citados por el procesado, algunos de los cuales no tenían ya dependencia funcional del mismo al momento de sus declaraciones, y por tanto carentes ya de interés directo en cuanto al resultado del proceso, fueron enfáticos en aseverar que el sindicado en ninguna época dentro de su ejercicio como juez, ha pretermitido la observancia de las formas propias a las diligencias en que interviene, nunca ha olvidado hacer las amonestaciones previas al juramento, ni ha omitido la recepción del mismo, y siempre ha dirigido personal y directamente los cuestionarios en las diligencias correspondientes. A tal punto ha llegado el celo del funcionario según los declarantes, que

cuando él no se encuentra en el Despacho no se puede siquiera encabezar la diligencia, tal como lo aseveró bajo la gravedad del juramento la señora Gloria del Carmen Bernal Jiménez, quien trabajara bajo las órdenes del incriminado en el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá.

Así mismo, se encuentra como prueba dentro del expediente el acta correspondiente a la audiencia pública en la cual se recibieron los testimonios, y la cual es precisamente la que presuntamente contiene la falsedad que se investiga. Es conveniente anotar, en este punto, que tal escrito es documento público y por consiguiente debe suponerse su autenticidad mientras no se demuestre cosa diferente. Allí se aprecian las firmas de los declarantes Bautista Sandoval y Méndez Méndez, impresas al final de cada una de sus declaraciones, así como la firma del juez incriminado y su secretario. Ninguna salvedad se hizo en tal documento por parte de quienes intervinieron en la diligencia, ni se dejó constancia alguna en el sentido de que no hubiesen sido juramentados los testigos o que el interrogatorio se les haya hecho en contravención a las prescripciones legales.

Así las cosas, se cuenta en este momento solamente con la dudosa declaración del señor Bautista Sandoval que pretende acreditar con su esquivo testimonio la existencia de una falsedad ideológica en el acta que contiene su testimonio rendido ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá; por lo demás, como se anotó, las pruebas recaudadas demuestran que la pretendida consignación de hechos falsos en el acta materia de investigación, no tuvo ocurrencia en ningún momento. Quiere ello decir que los demás testimonios y medios probatorios infirman las endebles aseveraciones de Bautista Sandoval, y por tanto, que se halla plenamente acreditado que la conducta típica nunca tuvo ocurrencia, lo que coloca la situación dentro de uno de los presupuestos del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, que exije el proferimiento de un sobreseimiento de carácter definitivo a favor del sindicado, como en efecto lo pronunciará la Sala.

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,

Resuelve:

Revocar la providencia materia de consulta y, en su lugar, *Sobreseer definitivamente* a favor del procesado Julio César Obando González de los cargos que en su contra se formularon por el delito de Falsedad en Documentos.

En firme esta providencia, *archívese definitivamente* la actuación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Carlos Upegui Zapata, Conjuez, *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Cuando el análisis jurídico-probatorio, a términos del estatuto penal adjetivo anterior, conduciría a un segundo sobreseimiento temporal, ya en vigencia del actual y en aras del principio de favorabilidad de la ley penal, impone la necesidad de decretar la cesación de procedimiento

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 52 de agosto 4 de 1987.

Vistos:

Cerrada esta investigación por segunda vez, procede la Corte a calificar el mérito del sumario, en lo que se refiere a la conducta atribuida al ciudadano *Baltazar García Orozco,* ex-intendente nacional del Putumayo.

Hechos:

Fueron reseñados en el calificatorio anterior y se resumen así:

"De las constancias procesales se desprende que la Intendencia Nacional del Putumayo adjudicó, por medio de nueve (9) contratos celebrados en distintas fechas y con diferentes personas, entre ellas, *Hernando Bravo Delgado,* la ejecución de la obra de afirmado de la carretera El Tigre-Marabales, asignando a cada uno de los contratistas un kilómetro de afirmado a un costo de $ 98.040 por kilómetro. Posteriormente, el investigador administrativo designado para el caso, informó que su gestión tuvo como resultado el de haber establecido que 8 de aquellos contratistas y sus correspondientes cédulas de ciudadanía eran ficticios y que la única persona cierta era el señor Hernando Bravo Delgado, quien no sólo había cobrado el valor del contrato adjudicado a él, sino la totalidad del dinero correspondiente a los 8 contratos restantes. De otra parte, el Visitador Administrativo consignó en su informe, que la obra en mención, aparte de que se ejecutó mal y en forma parcial, se hizo a un costo elevadísimo".

II. De los cargos:

De acuerdo con el acervo probatorio acumulado a estas diligencias después de casi un lustro de difícil investigación, se deduce que contra el

ex-intendente del Putumayo que se halla vinculado al proceso, aparecen en autos los siguientes cargos:

a) Violación del estatuto de contratación administrativa vigente para la fecha de la posible delincuencia (septiembre a octubre de 1980), por virtud a que se omitió por el jefe de la administración de aquella entidad territorial, el requisito de la licencia pública que se imponía inexorablemente en el contrato que tenía por objeto la pavimentación de la carretera aludida arriba.

b) La comisión de múltiples falsedades de carácter ideológico, consistentes en haber suscrito contratos con personas que a la postre resultaron inexistentes.

c) Posible peculado por apropiación, derivado del aprovechamiento —en provecho propio o de terceros—, de caudales públicos confiados al Intendente García Orozco, recurriendo al efecto a la tasación de valores exorbitantes en los contratos parciales, y a la pésima calidad de la obra contratada.

Acerca de la pluralidad de cargos que pesaban en contra del ex-intendente, y para los fines propios de esta providencia, conviene recordar que la Corte en pretérita ocasión (con ponencia del extinto Magistrado Calderón Botero), halló imperativo proceder a favorecer al acusado con un sobreseimiento temporal, dadas las falencias probatorias que surgían protuberantes al momento de la primera calificación, y que aún hoy subsisten en los autos como habrá de demostrarse a lo largo de esta providencia.

En materia del análisis de los elementos de juicio que en la oportunidad indicada debió realizar la Corte para sobreseer de manera temporal de los cargos al ex-funcionario imputado, resulta pertinente hacer remisión a aquella decisión (folios 217 y siguientes del primer cuaderno), para llegar a la conclusión de que todavía resultan precarios, insuficientes y débiles los medios de persuación que se allegaron al informativo con posterioridad al auto en comentario, para que la jurisdicción penal pueda válidamente reprochar a García Orozco las conductas que fueron objeto de esta fallida investigación.

Afirmaba —en síntesis— la Corte en la calificación del 5 de marzo de 1985, a pesar de que "objetivamente obran datos que pueden comprometer al sindicado como autor de los hechos irregulares y delictuosos descubiertos por un investigador del orden administarativo, no obstante la demostración de aquellas irregularidades, se observa que *la investigación se halla deficiente,* sin que hasta el momento exista la base para un enjuiciamiento y tampoco para un sobreseimiento definitivo, teniendo en cuenta los vacíos que se observan, pues se echan de menos varias declaraciones, la indagatoria del ex-funcionario acusado a quien se declaró reo ausente, la ampliación de los testimonios recibidos porque lo fueron en forma simplista". (Folio 223).

Además de las fallas que en los párrafos transcritos advirtió la Corte, también insistió en la necesidad de allegar a los autos los contratos originales que habían dado lugar a todo este complejo proceso y sobre los cuales se presumía que Baltazar García Orozco —en su condición de ordenador del gasto—, había consignado torticeramente cir-

cunstancias contrarias a la verdad. Se recabó sobre la importancia de la indagatoria del acusado, así como se ordenó con indudable acierto, que se practicara inspección judicial con intervención de peritos, a efecto de despejar las dudas que se cernían acerca de la efectiva realización de la obra contratada, y de la cantidad, calidad y precios de la misma.

En acatamiento entonces, a lo dispuesto por la Sala al decretar la reapertura de la investigación, se produjo el esfuerzo investigativo final dirigido a esclarecer de una vez por todas los hechos que habían colocado en entredicho al ex-intendente, con los resultados que a continuación se puntualizan:

1º Los contratos dubitados desde los orígenes mismos de la investigación; es decir, aquellos acerca de los cuales se predicaba que habían sido suscritos por personas inexistentes, no fue posible allegarlos al expediente, por razón a que, luego de innumerables inspecciones, oficios y requisitorias de toda índole, se llegó a la desconsoladora conclusión de que aquellos documentos habían desaparecido de la oficina pública en donde las normas vigentes imponen que se archiven y conserven.

Esta circunstancia, de suyo reveladora de anarquía administrativa censurable en grado sumo, impidió —por supuesto—, que se practicaran algunos cotejos grafológicos que otorgaran luz y certeza al evento averiguado.

2º La inspección judicial —peritaje dispuesto anteladamente por la Corte—, se llevó a cabo con la intervención de dos ingenieros designados al efecto por el Ministerio de Obras Públicas, y al término de esta labor, que muy seguramente fue verificada con eficiencia e idoneidad, se concluyó por los expertos que "las obras relacionadas se realizaron satisfactoriamente; que la calidad de la obra es buena; y que, finalmente, los precios unitarios pactados en los contratos de la referencia, se estima que estaban en esa época dentro de los precios normales para ese tipo de obras". (Ver folios 344 y siguientes).

3º En cuanto respecta a la injurada del sindicado, surge suficiente para valorarla probatoriamente en su exacta dimensión, el análisis que sobre tan importante pieza procesal hace en su vista precalificatoria el Procurador Delegado en lo Penal, cuando textualmente afirma:

"Las precauciones que solía tomar acerca de la veracidad de los contratos que la administración celebraba con particulares, se reducían a observar 'que llenaran los requisitos de ley y antes de firmar los contratos, la Oficina Jurídica estudiaba los contratos', por lo que una vez tenían el visto bueno de Auditoría, procedía a firmarlos. Todos le llegaban legalizados, previo examen de por lo menos 4 o 5 abogados, y por lo mismo no tenía por qué desconfiar de la verdad en ellos contenida".

Puntualizó el indagado que la obra en referencia fue recibida a entera satisfacción por el Secretario de Obras Públicas, los ingenieros y el auditor.

Al imponérsele de las fotocopias de los contratos en controversia, asegura que las firmas que allí aparecen, notoriamente difusas, casi ilegibles, no son de su puño y letra y que en su totalidad fueron "remedadas".

Culmina su injurada el ex-funcionario, alegando su absoluta buena fe en el desempeño de sus funciones, y reiterando, una y otra vez, que los contratos que llegaban a sus manos para la rúbrica correspondiente, debían agotar antes toda una serie de controles y exámenes previos.

III. Consideraciones de la Sala:

1º La calidad de Intendente del Putumayo que para la época de los hechos averiguados ostentaba el ciudadano Baltazar García Orozco, es cuestión fehacientemente demostrada en autos.

2º Al descorrer su traslado el señor Agente del Ministerio Público, y luego de hacer un serio estudio de las pruebas aportadas al proceso con posterioridad al primer sobreseimiento temporal, llama la atención a la Corte acerca de que "los vacíos probatorios que se denotan en la presente investigación respecto del señalamiento de autoría en la falsedad ideológica en documento público que se le ha venido imputando al procesado García Orozco, son evidentes y que si la sombra de la duda estaba enseñoreándose en la oportunidad del primer calificatorio, en esta ocasión puede afirmarse que ella se ha consolidado muy especialmente a partir de la indagatoria del ex-intendente, pues sus descargos no han sido desvirtuados en razón de que ninguna prueba se produjo con posterioridad y muchas son las que se advierten ausentes".

Es notorio como lo anota el Delegado en su serio estudio, que la imposibilidad de allegar a los autos los contratos tachados de falsos, así como la consecuencia que se debe extraer necesariamente del resultado que arrojó la práctica del peritaje en la obra realizada en la carretera "El Tigre-Mirabeles", *amén de las atendibles explicaciones que de su gestión rindió el acusado, impiden una decisión judicial de certeza acerca de la tipicidad misma de las conductas averiguadas, lo mismo que sobre la autoría de los comportamientos en referencia, y menos aún sobre la responsabilidad penal* del ordenador del gasto que fue objeto de esta averiguación sumaria.

Además de esta conclusión de índole jurídico-probatoria, que a términos del anterior estatuto penal adjetivo conduciría inexorablemente a un segundo sobreseimiento temporal, hace ver el Procurador Delegado la necesidad de que, en aras de la preservación y vigencia del universal principio de "favorabilidad de la ley penal", se decrete en este evento la cesación de todo procedimiento, por cuanto el nuevo Código en su artículo 473, inciso final, dispone que luego de fenecida la etapa de reapertura de la investigación, el juzgador no tiene alternativa distinta a formular resolución acusatoria (si existe mérito para ello), o disponer la cesación de procedimiento en caso de que los elementos de juicio no colmen las exigencias para acusar.

Efectivamente, el nuevo Código de Procedimiento Penal varía el sistema utilizado por el anterior estatuto procesal que ante las dificultades investigativas dispone un segundo sobreseimiento temporal, con consecuencias favorables al procesado en cuanto a las medidas de aseguramiento (revocación del auto de detención y cancelación de cauciones prestadas), y archivo temporal del expediente, salvo que dentro de los dos años siguientes aparezca prueba que amerite la prosecución de la investigación.

Señala además ese Código, que vencido el término de dos años si no se ha reiniciado la instrucción o, reiniciada ésta no exista mérito para calificar el sumario, se ordenará suspender indefinidamente, que no definitivamente, la investigación, hasta tanto resulten nuevas pruebas o falten por practicar las que ya se ordenaron; dejándose siempre la posibilidad de reiniciación de la investigación por cuanto esta suspensión como su nombre lo indica, es provisional sin efecto de cosa juzgada.

El propósito de tal norma fue el de preservar el derecho para el estado jurisdicción, de investigar hasta el vencimiento del término de la respectiva prescripción de la acción penal, al tiempo que restablecía al procesado en el goce de su libertad; ocurre que esta regulación fue variada por el nuevo Código de Procedimiento Penal, que determina, que cerrada la investigación y no existiendo prueba para ordenar cesación de procedimiento o formular resolución de acusación, se impone reapertura de la investigación por término que no podrá exceder de sesenta (60) días y vencido éste, la decisión será inexorablemente acusación o cesación de procedimiento; esta última hipótesis con consecuencia de cosa juzgada.

Ante tal cambio, la Sala debe expresar su preocupación por el riesgo que entraña el nuevo sistema que coloca al estado jurisdicción ante un término angustioso y precario, máxime cuando se carece de los medios técnicos y humanos para realizar con éxito las investigaciones penales, lo cual puede traer como consecuencia la generalizada impunidad de los hechos investigados.

Ahora bien, como en el caso concreto la Sala coincide con las inquietudes que el Agente del Ministerio Público ha plasmado en su referido concepto, en el sentido de que reconoce que no hay prueba suficiente para "llamar a juicio", y que, por otra parte, estima que el evento sub júdice *se ve afectado por el fenómeno de tránsito de legislación adjetiva que impone la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, procederá consecuencialmente a ordenar la cesación de todo procedimiento y el consiguiente archivo del proceso cuyo mérito jurídico es calificado de esta manera.*

Por lo anotado en precedencia, y totalmente de acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Ordenar la *Cesación de Procedimiento*, en este proceso, al cual fuera vinculado mediante injurada el ex-intendente del Putumayo, señor Baltazar García Orozco.

Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Técnica

El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, apunta a la equivocación del juzgador en el género delictivo

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 57.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 21 de julio de 1986, confirmó en lo fundamental, el fallo proferido por el Juzgado 17 Superior de la misma ciudad, mediante el cual ese despacho condenó a *José Ignacio Vives Echeverría, Clemente Bríñez Herrera, Marco Emilio Ahumada Garzón* y *Lorenzo Montero Amador,* como responsables del delito de falsedad documental.

Contra tal decisión del Tribunal Superior interpusieron recurso extraordinario de casación los procesados Marco Emilio Ahumada Garzón,, Lorenzo Montero Amador y Clemente Bríñez Herrera, y los defensores de los procesados José Ignacio Vives Echeverría y Emilio Ahumada Garzón, recurso que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, dentro del término de traslado presentaron demanda sustentatoria del recurso los procesados Marco Emilio Ahumada, Lorenzo Montero y José Ignacio Vives, por intermedio de abogado, demandas que fueron declaradas ajustadas a los requerimientos legales, al tiempo que el recurso interpuesto por el procesado Bríñez Herrera se declaró desierto, por ausencia de demanda. Oído el Ministerio Público, procede la Sala a resolver el recurso.

Hechos:

Los hechos que dieron origen al proceso, los sintetiza el Tribunal así:

"El Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de esta ciudad, inició la correspondiente investigación penal por el delito de homicidio de que se hizo víctima al joven Juan Manuel Gutiérrez Caamaño, en hechos ocurridos entre las tres y cuarto de la tarde del cuatro de enero de mil novecientos setenta y nueve; efectuadas algunas diligencias, el funcionario decidió oír en declaración juramentada al doctor José Ignacio Vives Echeverría, quien manifestó que el tres o cuatro de enero de mil novecientos setenta y nueve, a solicitud del doctor Clemente Bríñez

Herrera, rindió una declaración que duró dos o tres horas, o sea, desde 'las dos y media de la tarde a las seis p.m.' y que para hacer precisión sobre la fecha, el señor Juez podía pedir copia de la actuación al abogado Bríñez o al Juzgado Tercero Penal Municipal donde se llevó a cabo. Días después, presentó fotocopia de la actuación como prueba de su aserto".

"El instructor solicitó al Juzgado Tercero Penal Municipal la información pertinente y ello dio lugar a que Ana Helena Medina Alfaro, empleada del Juzgado, pusiera en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación los hechos que son materia de este proceso y que se concretan a que la declaración extra-proceso fue elaborada sin la presencia del declarante Vives Echeverría y en fecha muy posterior a la indicada en el texto de la misma".

Actuación procesal:

a) La investigación la inició el Juzgado 21 Superior de Bogotá, despacho que vinculó mediante indagatoria a los procesados Ahumada y Bríñez al tiempo que a Montero se le declaró reo ausente.

b) Posteriormente asumió, por razones de conexidad, el conocimiento el Juzgado 17 Superior, despacho que conocía del homicidio cometido en Juan Manuel Gutiérrez Caamaño y que al calificar inicialmente el mérito del sumario, sobreseyó temporalmente a los procesados por los delitos de homicidio y falsedad, después sobreseyó temporalmente por segunda vez a Vives y a Juan o Luis Francisco Forero y definitivamente a Luis Guillermo Ramírez por el delito de homicidio, al tiempo que dispuso el llamamiento a juicio para Vives, Bríñez y Ahumada, por el delito de falsedad en documento y sobreseyó temporalmente en favor de Lorenzo Montero, tal decisión fue confirmada en segunda instancia, sólo el sobreseimiento temporal de Montero que lo transformó el Tribunal Superior en llamamiento a juicio.

Adelantado el juicio por falsedad, se produjeron las condenas de primera y segunda instancias a los que ya se ha hecho referencia.

La demanda de casación:

La sentencia de segunda instancia ha sido impugnada por tres de los procesados con sus respectivas demandas, así:

a) Primera demanda:

Causal cuarta: *Cargo Unico;*

Sostiene el censor que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, por cuanto estima que "la falsedad contenida en la declaración extra-proceso, constituye una falsedad en documento privado".

b) Segunda demanda:

Causal Cuarta; Primer Cargo:

En el ámbito de esta causal el casacionista afirma que la sentencia impugnada se dictó el juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa y al debido proceso, y que en últimas los procesados no sabían de qué defenderse, pues el pliego de cargos les fue elevado con base en el artículo 222, inciso 2º del Código Penal y a última hora se les hizo imputación o cargo de una conducta distinta y se les endosó la descrita en el artículo 219 del Código Penal. Finaliza afirmando que "lo que hay es una errada calificación de los hechos".

Segundo Cargo:

Dentro de la misma causal de casación, plantea nulidad constitucional por violación al principio de favorabilidad —artículo 26-2 de la Constitución Nacional—, "puesto que en vez de condenar a los procesados con base en el artículo 222, se utilizó el 219, más desfavorable en cuanto a punibilidad se refiere".

Causal Primera:

Tercer Cargo:

"La estructura sobre el cuerpo segundo de la causal primera "...*por suposición de prueba, la cual guarda relación directa* con la autoría material y la responsabilidad del Juez a quien se atribuye la falsedad ideológica en la declaración extrajuicio objeto de la investigación" ya que no se agregó a este proceso, el "...que se siguió al doctor Alberto Enrique Bettin Diago, en su calidad de Juez de la República, por el delito de falsedad; como tampoco obran las sentencias de primera y segunda instancias, si las hubo. Sólo se encuentra en el proceso copia informal del auto de llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el cuaderno de copias". "Por tanto, el fallo condenatorio no se hubiera producido... ya que la conducta de estos (los cómplices), fue enlazada necesariamente a la del supuesto *sujeto cualificado* y autor material del delito de falsedad ideológica en documento público, y en esa forma se dedujeron consecuencias graves que repercutieron en la *parte resolutiva del fallo"*, y al respecto cita pasajes del auto de proceder y del fallo impugnado, así como las diferentes normas sustantivas que se violaron indirectamente "...*por aplicación indebida"* o "...por falta de aplicación....".

3.3. Tercera Demanda:

"Con fundamento en la causal cuarta, el censor acusa la sentencia de segunda instancia "...por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad, consistente en el desconocimiento, por el sentenciador, de las formas propias del juicio, con menoscabo cierto de los Derechos de Defensa, y omisión no excusable, de los principios de inocencia y de Favorabilidad".

"A continuación advierte que el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia, "a sabiendas" de que aún no se había recaudado "...una prueba fundamental para los intereses de la justicia, lo mismo que para los intereses de la defensa", esto es, la diligencia de reconstrucción de los hechos, "puesto que de la contestación del testigo Oscar Morales Cruz (en ella)... dependía, claro es, el que los jueces competentes pudieran desatar la conexidad entre el homicidio y la falsedad".

"A renglón seguido plantea las dos hipótesis que hubieran podido presentarse: un reconocimiento que hubiera implicado el vocatorio a juicio por los dos delitos (falsedad y homicidio) o el no reconocimiento que "...hacía obligatorio para el sentenciador resolver la duda en favor del sindicado, sobreseyendo en su favor en forma definitiva". De suceder lo segundo, al fallador "...no le hubiera sido permitido dudar que José Ignacio Vives Echeverría, compelido por una serie de circunstancias adversas, configurantes de una apariencia desfavorable, acudió en procura de un documento falso para demostrar un hecho verdadero", lo que en consecuencia demuestra que "...se ha infringido el Debido Proceso, y sé ha ofendido el Derecho de Defensa, dificultándolo, incurriendo, por este modo, el sentenciador en la nulidad denunciada".

"Posteriormente, cita jurisprudencia de la Corte sobre la procedencia del archivo en presencia del segundo sobreseimiento temporal, y agrega que esta medida no puede tomarse cuando falta la diligencia de reconstrucción de los hechos de la que depende... la determinación del debido procedimiento y la aplicación o no aplicación del principio de favorabilidad".

"Más adelante señala las dos ocasiones en que el Tribunal pudo ordenar la prueba echada de menos, (consulta del segundo sobreseimiento temporal por homicidio y confirmación de la sentencia de primer grado por falsedad), y destaca el rompimiento caprichoso de la conexidad al seguir adelante con el juzgamiento y condena por el delito de falsedad, "...sin consultar sus motivaciones, con perjuicio no discutible, del derecho de defensa...".

"De otra parte, critica la conclusión del Tribunal sobre la falsedad de las afirmaciones de la defensa "...relativas a que el sindicado se procuró el documento falso para probar su no participación en el delito de homicidio", de donde se deduce que "...las omisiones de la justicia, justifican que sus dudas sean resueltas en disfavor del sindicado, con violación expresa, no justificable, del principio de favorabilidad...".

"Finalmente, luego de citar las diferentes normas violadas y de reiterar "...que el artículo 26 de la Constitución Política de la Nación ha sido violado en la totalidad de sus prescripciones, por exclusión evidente...", pide que se case la sentencia, se declare la nulidad denunciada y se diga en qué estado queda el procedimiento...".

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, emitió su concepto sobre las demandas de casación y en serio y ponderado estudio concluye que su opinión es la de que no se case la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Sala:

a) Primera Demanda:

Esta demanda invocando la causal cuarta, le hace un único cargo a la sentencia, cual es el de la errada seleoción del tipo penal. Efectivamente, le asiste razón al señor Procurador cuando apunta a la falta de técnica que impone desechar el cargo por cuanto el censor ha equivocado la vía de ataque, ya que el error relativo a la denominación jurídica de la infraccción apunta a la equivocación del juzgador en el género delictivo, como cuando llama hurto lo que en realidad es abuso de confianza y no a la variación de la especie dentro del mismo género como cuando se habla de falsedad en documento público y se trata de falsedad en documento privado.

Luego, la impugnación ha debido intentarse usando el cuerpo primero de la causal primera, (aplicación indebida del precepto legal) y no afirmando nulidad del auto de proceder cuando el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal anterior, al regularlo dispone que allí se debe hacer "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias que lo especifiquen", y eso es precisamente lo que ocurrió, que los procesados fueron llamados a responder por el delito de falsedad.

No prospera el cargo.

b) Segunda Demanda:

a) El primer cargo de esta demanda se hace por la vía de la causal cuarta, haciéndolo consistir el actor en la variación de la especie delictual hecha por el fallador, dándole como consecuencia, nulidad del proceso por violación al derecho de defensa y del debido proceso. Se observa que en este cargo se incurre en idéntico error de técnica del analizado precedentemente, ya que se alega error en la calificación jurídica dentro del mismo género delictivo, impugnación que debió intentarse por la causal primera.

No prospera el cargo.

b) El segundo cargo lo edifica el censor sobre la misma causal cuarta de casación, sosteniendo que la sentencia impugnada se encuentra viciada de nulidad por desconocimiento del artículo 26, inciso 2º de la Constitución Nacional "puesto que en vez de condenar a los procesados con base en el artículo 222, se utilizó el 219, más desfavorable en cuanto a punibilidad se refiere".

Resulta verdaderamente extraño el argumento traído por el censor para alegar la nulidad del proceso, afirmando violación al principio constitucional de favorabilidad en torno a la aplicación de dos normas de un mismo estatuto. Parece ser que en el entendimiento del casacionista entre los artículos 219 y 222-2 del Código Penal el juzgador debía escoger la más favorable a los intereses del procesado. Ocurre sin embargo, que el comportamiento de los procesados está incurso en ambas disposiciones, esto es, inicialmente su conducta se adecúa a lo previsto en el artículo 219, falsedad ideológica en documento público, agravado

por el uso de que habla el artículo 222-2. Sin embargo, las imprecisiones hermenéuticas del sentenciador de segunda instancia impidieron que se dedujera la agravante aludida, pero en ningún momento se trataba de la escogencia con criterio de favorabilidad de una de las dos normas citadas con exclusión de la otra.

Además, sigue incurriendo el casacionista en errores de técnica pues si su inconformidad radica en la selección del tipo penal, la impugnación debía intentarla como se ha dicho por el cuerpo primero de la causal primera de casación.

No prospera el cargo.

c) El tercer cargo de esta demanda contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, la intenta el censor por la vía de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial, "por suposición de prueba, la cual guarda relación directa con la autoría material y la responsabilidad del Juez a quien se le atribuye la falsedad en la declaración extrajuicio objeto de la investigación", pues, "a pesar de que esa prueba no obra en el expediente, el juzgador la da por existente".

El censor afirma que la sentencia condenatoria se sustentó sobre la sentencia proferida contra el ex-juez Bettín Diago, providencia que no se llevó al proceso y que por lo tanto fue una prueba supuesta, examinado el expediente y particularmente el auto de llamamiento a juicio y la sentencia en sus dos instancias, se observa con meridiana claridad que probatoriamente la decisión judicial se sustenta sobre sólidas bases existentes en el proceso donde los indicios, testimonios y pruebas documentales concurren a dar certeza sobre la participación y responsabilidad de los procesados; recuérdese como ejemplo de ello, los testimonios de los empleados judiciales Ana Elena Medina Alfaro y Marta Cortés de Rocha, así como la confesión de Marco Emilio Ahumada Garzón y la certificación del Ministerio de Hacienda sobre el papel sellado utilizado en la declaración de Vives, que fue puesto en circulación posteriormente a la fecha en que en el documento se afirma se realizó la diligencia.

Claro que en la decisión judicial se hizo referencia al fallo condenatorio contra Bettín Diago, pero no para edificar la sentencia, sino para resaltar la realidad probatoria existente y si no se hubiese hecho tal referencia, en nada se hubiese lesionado el fallo impugnado.

No prospera el cargo.

c) *Tercera Demanda*:

La tercera demanda como se recordará, hace un solo cargo a la sentencia impugnada y dentro del marco de la causal cuarta de casación al acusar el fallo de haber sido dictado en juicio viciado de nulidad por "desconocimiento de las formas propias del juicio, con menoscabo cierto de los derechos de defensa y omisión no excusable de los principios de inocencia y favorabilidad".

En este punto, razón le asiste al Procurador Delegado cuando afirma que no existió violación a las formas del juicio ya que el sustento

de la impugnación lo hace consistir el casacionista en el indebido rompimiento de la conexidad, cuando lo ocurrido es que siendo sustancialmente diversos, una y otra investigación, la de homicidio y la de falsedad documental, ante la lamentable imposibilidad del estado juridicción de precisar los elementos estructurales de la responsabilidad penal relativa al homicidio del joven Gutiérrez Caamaño se impuso el segundo sobreseimiento temporal del procesado Vives en cuanto a este delito, al tiempo que siendo la prueba suficientemente clara y afirmativa en torno a la falsedad, lo jurídico era que entrara este proceso en la etapa de la causa.

Apesar de los esfuerzos retóricos que se hacen en la demanda para demostrar lo inexindible de uno y otro proceso y la fatal identidad en la decisión judicial que a juicio del casacionista debería existir en relación con ambos delitos, la realidad es que los hechos investigados tienen su propia autonomía, así la falsedad se hubiese realizado con el propósito de elaborar prueba de inocencia en el homicidio.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

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

Resuelve:

No *casar* la sentencia recurrida.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º PREVARICATO

Es innegable que el secuestro preventivo está instituido dentro del proceso civil para salvaguardar los intereses privados. Sin embargo, tal medida está condicionada al cumplimiento de formalidades sustanciales y el Juez en todas sus actuaciones debe ajustar su conducta a los postulados que regulan el debido proceso

2º AUTO INHIBITORIO

Las causales de inculpabilidad o justificación, de acuerdo a la normatividad vigente, no pueden ser objeto de estudio en un auto inhibitorio
(Con ésta: Aclaración de Voto)

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 57.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante providencia del 13 de marzo del año en curso, se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora *Dalila Niño de Marín,* a quien el abogado en ejercicio *Augusto Eliseo Sampayo,* formuló cargos por presuntos delitos de Prevaricato o Abuso de Autoridad.

Contra la anterior decisión, interpuso el denunciante el recurso de apelación. Escuchado el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la Corte resuelve previas estas consideraciones:

Hechos:

El señor Ramiro Guerrero Ortega, sintiéndose perjudicado económicamente por los malos manejos de la Sociedad Comercial "Lisímaco Guerrero e Hijos Ltda." de la cual es socio, solicitó de la Justicia Civil la disolución y liquidación de la Sociedad.

Repartida la demanda, correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga a cargo de la doctora Dalila Niño, quien la aceptó y dispuso correr traslado de ella a los demandados con resultados

negativos, viéndose la Juez obligada a emplazarlos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

El dos de diciembre del mismo año, el apoderado de la parte actora, solicitó el embargo y secuestro de los semovientes pertenecientes a la Sociedad que pacían en diversas fincas ubicadas en el municipio de San Alberto, en el Departamento del Cesar, por un valor superior a los cien millones de pesos, sin señalar la norma legal que autorizara su pedimento.

Ocho días después, el diez de diciembre, el Juzgado fijó como caución para responder por los posibles perjuicios que ocasionaría la medida precautelar, la suma de dos millones de pesos.

El quince de diciembre, el demandante presentó la Póliza Judicial Nº 766808 de la Compañía de Seguros del C. S. A., por la cantidad de dos millones para cumplir con la caución fijada.

Al día siguiente, 16 de diciembre, el Juzgado decretó el embargo y secuestro preventivo de las 2.600 reses y caballares pertenecientes a la Sociedad, así como de los dineros depositados en entidades bancarias de la ciudad de Bucaramanga.

Se comisionó para practicar el secuestro de los semovientes al señor Juez Promiscuo Municipal de San Alberto, comisión que luego se otorgó al señor Inspector de Policía del Corregimiento de Líbano, del citado municipio.

El 23 de enero del presente año, el apoderado de la parte actora, hizo saber a la Juez que en la ciudad de Bucaramanga, habían sido retenidos 150 novillos que en camiones habían sido sacados de predios de la Sociedad "Lisímaco Guerrero" y que formaban parte de las reses cuyo secuestro se había decretado por el Juzgado. Solicitó además el apoderado, que se practicara de inmediato el secuestro de dichos animales, que el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, había puesto a disposición del Juzgado.

El Juzgado en presencia de estos hechos, se trasladó al Barrio Girardot de Bucaramanga donde se hallaban los novillos, practicó el secuestro y los entregó a un secuestre designado por la Juez, desatendiendo la oposición que trató de interponer el presunto comprador Marco Antonio Ariza Escamilla, ordenando que los animales fueran regresados al sitio de donde habían sido traídos.

Fundamentos de la denuncia:

El doctor Sampayo Noguera, apoderado de la parte demandada, considera que la Juez Dalila Niño adoptó un procedimiento parcializado, tendiente a favorecer los intereses del demandante, porque según el denunciante, la esposa de aquél es íntima amiga de la Juez, pues fueron compañeras de Universidad. Por ello, le formuló denuncia penal y con base en ello la recusó dentro del proceso civil.

Tres cargos concreta el denunciante contra la Juez acusada:

1º Haber decretado, en decisión manifiestamente ilegal, el embargo y secuestro preventivo, en un proceso que como el de Disolución y Li-

quidación de una Sociedad Comercial, no contempla medidas precautelares.

2º Haber practicado personalmente en la ciudad de Bucaramanga el secuestro de los 150 novillos pertenecientes a la Sociedad, cuando —según el denunciante—, no tenía competencia para hacerlo por cuanto había comisionado para efectuar el secuestro en el municipio de San Alberto al Inspector de Policía.

3º No haber aceptado la oposición al secuestro del ganado en la misma diligencia, cuando el señor Marco Antonio Ariza alegó haberlo adquirido por compra a la Sociedad afectada con anterioridad al secuestro.

Motivaciones del Tribunal:

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en el auto inhibitorio y con fundamento en la prueba aportada a las diligencias preliminares, expresa que no es verdad, que la esposa del demandante doctora Inés Rey de Guerrero, sea condiscípula y amiga íntima de la Juez Dalila Niño.

Agrega el Tribunal, para justificar el decreto de las medidas precautelares, las siguientes razones:

"...La justicia cautelar y en particular las medidas cautelares tienden a garantizar la efectividad de las decisiones judiciales y a proteger los derechos de las partes. El peligro de que mientras el órgano jurisdiccional desarrolla su actividad con miras a declarar o ejecutar un derecho, se produzcan cambios sustanciales que impidan la conservación de las condiciones idóneas para que las condenas proferidas sean fructuosamente ejecutadas, justifica la función cautelar, cuyo fin es el de prevenir, precaver o evitar los efectos dañosos de una conducta, asegurar una situación jurídica o un derecho, garantizar así que las decisiones judiciales sean efectivas, y previniendo los obstáculos que puedan surgir del dolo, la mala fe, la negligencia o la mala voluntad de las partes.

"Probada, en este caso concreto, la existencia de un derecho gravemente amenazado por la acción de quienes atentaban contra el patrimonio de la Sociedad Lisímaco Guerrero e Hijos Ltda.; la urgencia de prevenir daños futuros; la posibilidad de prevenir esos daños; y el carácter dispositivo o petición previa de parte, la Juez denunciada no tenía otra alternativa que la de disponer que fuera constituída la debida contracautela o garantía para respaldar posibles perjuicios derivados de la medida que habría de decretar, y ordenar el embargo y el secuestro de los bienes de la Sociedad cuya liquidación había sido demandada.

"De buena fe, se repite, buscando tan sólo administrar pronta y cumplida justicia, la doctora Niño de Marín tomó las medidas que permitirían salvaguardar los derechos de Ramiro Guerrero Ortega y garantizar la efectividad de sus decisiones; y al obrar de esta manera, no empece el yerro contenido en la póliza judicial visible al folio 153 —posteriormente corregido—, y la ausencia de discriminación, por razas, sexo, edad y colores, de las dos mil seiscientas reses que pastaban en los predios rurales de la firma Lisímaco Guerrero e Hijos Ltda., en manera alguna realizó conducta típica, antijurídica y culpable".

En relación con el segundo cargo, considera el Tribunal que la Juez acusada tenía plena competencia para practicar el secuestro, porque si podía comisionar, ninguna norma legal le impedía practicar la diligencia personalmente.

Y finalmente, que la oposición al secuestro se atendió en forma legal y que son válidas las razones que tuvo en cuenta la funcionaria para rechazarla.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, concentra su atención sobre el cargo formulado a la Juez de haber quebrantado la ley procesal, al decretar medidas precautelares en un proceso civil que no las autoriza.

Analiza este interesante aspecto, a la luz de autorizados conceptos de doctrinantes nacionales y extranjeros para concluir que la Juez acusada, realizó una conducta contraria a la ley y que las razones que aduce el Tribunal sobre justificación del acto, son propias de un sobreseimiento definitivo y no de un simple auto inhibitorio.

Son apartes de la posición conceptual del Ministerio Público, las siguientes:

"A) Hipótesis del decreto de las medidas cautelares.

"En el plano internacional, mientras Carnelutti (2) es claro en precisar que dentro de su legislación las medidas cautelares se presentan en forma taxativa dentro de los procesos que él denomina de cognición y ejecución, su compatriota Chiovenda (3) es partidario de que, aún dentro del marco legal idéntico, el Juez tenga en su manos una mayor posibilidad de extender las medidas cautelares.

"En nuestro país también existe la tendencia doctrinaria a convertir en elástica la actividad del Juez al realizar el decreto de las medidas cautelares la que sintetiza el doctor Fabio Hernán López Blanco (4) así:

"Somos partidarios de esta solución que infortunadamente nuestro estatuto procesal civil no ha consagrado. Sinceramente, creemos que debe ampliarse el régimen de las medidas cautelares a todos los procesos de carácter cognoscitivo...".

"B) Hipótesis de la imposibilidad de medidas cautelares.

"La segunda posibilidad ante la que se halló la Juez denunciada, consiste en la que preconiza la imposibilidad de la realización de medidas cautelares.

"En lo tocante a los procesos en que son de recibo tal suerte de medidas, encontramos los declaratorios, el ejecutivo, y los de liquidación. Entre los primeros encontramos el de nulidad de matrimonio civil (Art. 691 del Código de Procedimiento Civil), el ordinario con las restricciones taxativas del numeral primero del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. En los declarativos también figuran los abreviados entre los que militan los de separación de bienes, de cuerpos y el de divorcio (Arts. 691 y 423 del Código de Procedimiento Civil, en los que

se determinan las medidas cautelares). Igual materia se encuentra regulada también con carácter restrictivo en el abreviado de lanzamiento (Art. 434 del Código de Procedimiento Civil, numeral 11) únicamente en lo que dice relación a los muebles del arrendatario.

"Por último, en los terceros o sea en los procesos de liquidación, las citadas medidas se permiten en la sucesión (Art. 579 del Código de Procedimiento Civil) y en la liquidación de la sociedad conyugal (Arts. 691 y 625 del Código de Procedimiento Civil).

"Como puede observarse de este examen procesal realizado, surgen dos conclusiones:

1. Las medidas cautelares han sido reguladas en cada caso en particular, lo cual indica la voluntad de taxatividad que anima al legislador.

2. Dentro del espíritu restrictivo no hallamos por parte alguna que se haga referencia a la sociedad limitada en liquidación".

"...Por lo dicho, creemos imposible que en un recto criterio jurídico resulte posible el decreto de las medidas cautelares en el proceso de división de una sociedad como la presente.

"Si a lo señalado sumamos el hecho de que en la escritura de constitución de la sociedad se dejó previsto en forma expresa que los socios de común acuerdo podrían designar el liquidador y en su defecto uno de ellos lo podía solicitar a la Cámara de Comercio la designación de él, no se encuentra razón legal que permita el proceder que la Juez asumió.

"En consecuencia, no resulta de recibo la determinación inhibitoria adoptada por el honorable Tribunal Superior de Bucaramanga, por tanto es pertinente pedir su *revocatoria,* como en forma cordial lo solicita esta Delegada".

La Corte considera:

Es indudable que los diversos cargos formulados contra la Juez acusada, se pueden compendiar en uno solo, del cual los demás son simple consecuencia, como lo es el de haber decretado medidas cautelares en un proceso civil que no las admite, como lo sostiene el señor Procurador.

Y es una realidad, que la doctora Dalila Niño en su calidad de Juez Civil del Circuito decretó medidas preventivas, secuestrando y embargando bienes por cantidad aproximada de ciento cincuenta millones de pesos, dentro de un proceso civil de liquidación de una sociedad comercial, que no contempla dentro de su trámite la procedencia de estas medidas.

Es innegable, que el secuestro preventivo está instituido dentro del proceso civil, con el fin de salvaguardar los intereses privados. Sin embargo, tal medida está condicionada al cumplimiento de formalidades sustanciales, como son en primer lugar, que la ley autorice el decreto de esta medida excepcional y taxativa, y en segundo lugar, que la orden se cumpla en la forma prevista en la ley procedimental.

Al observar con detenimiento las disposiciones que regulan la materia, se percibe fácilmente que son pocos los juicios civiles que autorizan al juez para adoptar ésta medida precautelar.

El artículo 513 del Código de Procedimiento Civil admite el embargo y secuestro preventivo en el proceso ejecutivo singular, para evitar la insolvencia al deudor y por ende la burla a los intereses del acreedor.

El artículo 690 de la misma obra, autoriza medidas cautelares en los juicios ordinarios cuando la demanda verse sobre el dominio u otro derecho real principal constituido en bienes muebles o inmuebles.

El artículo 691 faculta al Juez para adoptar tal medida en los procesos de nulidad y divorcio del matrimonio civil, en la separación de bienes y liquidación de sociedades conyugales, para evitar la disposición de bienes que pueda perjudicar los intereses de uno cualquiera de los cónyuges.

El numeral 11 del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, permite el secuestro previo de los bienes del arrendatario dentro del juicio de lanzamiento, cuando éste tiene como causa el incumplimiento en el pago del precio o valor del arrendamiento.

Finalmente, el artículo 571 del Código Procesal Civil faculta al Juez, dentro del proceso de sucesión para decretar el embargo y secuestro de los bienes que no puedan guardarse bajo llave o sello.

Al examinar con detenimiento los artículos 627 y ss. del Código de Procedimiento Civil que regulan los trámites a que ha de someterse el juicio especial de liquidación de las sociedades comerciales, fácilmente se constata que en esta clase de juicios no son procedentes las medidas cautelares y que en consecuencia, el Juez que las decreta, desborda el ordenamiento jurídico, al extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

Tal actitud le está vedada al Juez que en todas sus actuaciones debe ajustar su conducta a los postulados que regulan el debido proceso.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al compartir el parecer de conocido procesalista colombiano, señala estas precisas pautas que deben orientar siempre la conducta del Juez en la dirección del proceso:

"...El funcionario judicial, no puede actuar sino con arreglo a las normas legalmente predeterminadas para su propia conducta, ni oír a las partes, sino de acuerdo con las reglas a que éstas deben sujetar sus gestiones; los litigantes no pueden alterar expresa o tácitamente los ordenamientos reguladores de las formas procesales, porque ellas no están erigidas en el interés individual, sino en el público y general, representado en la garantía que para el ambiente jurídico importa que todos los asociados tengan a su alcance. El derecho procesal es un derecho medio de naturaleza instrumental, enclavado dentro del derecho público y desenvuelto en estatutos de rigurosa observancia porque son de orden público por virtud de su origen". (Gaceta Judicial, *Tomo LXII página 95*).

Debe entonces admitirse que la Juez acusada no acomodó su comportamiento a las normas que señalan la ritualidad del proceso, en el

caso que se examina, al decretar medidas a todas luces improcedentes en esta clase de juicios.

Causales de justificación o inculpabilidad

en el auto inhibitorio

De las anteriores consideraciones, puede afirmarse que la Juez acusada, ejecutó una conducta prohibida por la norma legal. Determinar si dicho comportamiento se realizó con absoluta buena fe, como lo afirma el Tribunal, con ausencia de dolo, o dentro de las causales de inculpabilidad, en forma tal que aunque el hecho sea típico no constituye infracción penal, es aspecto que escapa al contenido y alcance de un auto inhibitorio.

El pensamiento de esta Corporación ha tenido variaciones al respecto.

Se sostuvo inicialmente, que "...el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, autoriza su aplicación no sólo por situación de atipidad sino por causal de justificación o de inculpabilidad. Entre otras razones, porque el legislador incrustó en varios tipos penales fenómenos relativos a la antijuridicidad y a la inculpabilidad. Por impaciencias del legislador, los traslados de estos elementos del tipo penal, obligan al juzgador a que anticipe en sede de tipicidad, valoraciones que escapan al ámbito meramente descriptivo de ella, y pertenecen a los juicios de reproche, propios del juicio de la culpabilidad...". (Corte Suprema, auto octubre 14 de 1980).

Sin embargo, en providencia del mismo año, sostuvo la Corporación con ponencia del magistrado Alfonso Reyes Echandía, que "...pretender la solución del auto inhibitorio por razones de justificación o de inculpabilidad, es no sólo desconocer el limitado alcance que precisa el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, sino decidir la ausencia de responsabilidad penal de alguien, sin que exista aún proceso y sin que por lo mismo, las partes interesadas (Ministerio Público, sindicado, apoderado) haya podido intervenir con la aportación de pruebas, en la controversia de las mismas y en su análisis. (Auto, mayo 13 de 1980).

El nuevo Código de Procedimiento Penal, Decreto 050 de 1987, aplicable al caso que se examina, viene a ofrecer poderoso sustento al anterior criterio jurisprudencial, al disponer en su artículo 352 que el funcionario de instrucción sólo podrá dictar auto inhibitorio "...cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido, o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse". Es decir, que el artículo 352 del Código vigente, sólo puede aplicarse por razones objetivas, por motivos de atipicidad absoluta o relativa porque la conducta no corresponda a la genérica descripción que de ella hace un tipo penal, porque el hecho imputado no exista o porque no pueda iniciarse la acción penal, por estar prescrita, por requerir querella de parte u otra causa similar.

Queda establecido entonces que las causales de inculpabilidad o justificación de acuerdo a la normatividad vigente no pueden ser objeto de estudio en un auto inhibitorio, sino que su reconocimiento sólo es posible por el juez de derecho en la cesación de procedimiento (Art. 34

del Código de Procedimiento Penal), el sobreseimiento definitivo o la sentencia, cuando se ofrezcan los presupuestos para adoptar esta medida.

Como en el caso que se examina, el hecho denunciado sí existió y la conducta no es atípica, el auto inhibitorio recurrido debe revocarse, para que se abra la investigación penal, como lo solicita la Procuraduría Delegada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada, *Revoca* la providencia apelada, para que en su lugar se abra la correspondiente investigación por parte del Magistrado sustanciador.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Parece ser que la decisión de ordenar abrir la investigación penal contra la juez acusada, se fundamenta, con atendibles argumentos, en que no aparece demostrada una causal de inculpabilidad y en que faltan elementos de comprobación necesarios para formar un cabal criterio sobre los verdaderos perfiles de la conducta denunciada. Por este aspecto apoyo tal resolución. Pero el disentimiento se marca cuando existen circunstancias diferentes a las comentadas y el régimen procesal aplicable, por criterio de favorabilidad, es el anterior al actualmente vigente. Como en este derogado estatuto, en apreciación del suscrito, procedía el inhibitorio sobre la base de una fehaciente y evidenciada inculpabilidad, por eso debo separarme de las consideraciones que repudian este criterio. En cuanto al mismo tema, en el ordenamiento procedimental en rigor, parece, en desafortunada innovación, que ha variado un tanto el sistema; pero ya se tendrá ocasión de realizar el estudio pertinente y asumir en consecuencia la definición más justa y técnica.

Gustavo Gómez Velásquez.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Técnica

Al no otorgar la ley un predeterminado valor al testimonio, es imposible la alegación del error de derecho, como lo tienen reconocido la jurisprudencia y la doctrina

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

Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado Acta Nº 057.

Vistos:

Se procede a definir el recurso de casación interpuesto en favor de los procesados *Jairo Javier Buitrago Buriticá, Oscar José Montoya Montoya y Pedro José Londoño Montoya,* proferida por el Tribunal Superior de Manizales (octubre 21 de 1985), por los delitos de "secuestro extorsivo y hurto calificado".

La impugnación y la demanda de sustentación fueron admitidos en autos de febrero 25 de 1986 y abril 22 de 1987.

De los hechos se toma la versión consignada en el fallo recurrido:

"El 29 de marzo del año próximo pasado, día jueves, en horas de la mañana, aproximadamente a las nueve, cuando el doctor Arturo Palacio Betancur se dirigía de su finca La Floresta hacia la ciudad de Manizales, en procura de obtener algunos materiales de construcción en el almacén París, conduciendo el campero Toyota de su propiedad, cuando apenas había recorrido unos trescientos metros, fue interceptado por un grupo de personas armadas, dos de ellas vistiendo uniformes de policía, quienes bajo amenaza le obligaron a situarse al suelo, en la parte trasera del vehículo, siendo desposeído de una pistola, algún dinero y unos efectos personales.

"Luego de colocarle una capucha en el rostro, uno de los secuestradores tomó el timón del vehículo. Distintos desvíos tomó el conductor, con el fin de eludir algún encuentro con la autoridad y poder colocarse sobre la ruta que conduce a la localidad de Palo Cabildo en el departamento del Tolima.

"Una vez tomada la vía escogida, en el sitio aún cercano a Manizales, la víctima fue forzada a ingerir una gaseosa, en la cual se le colocó un somnífero, que al producir sus efectos hizo que sólo saliera de su inconciencia cinco horas después en el lugar preparado para su cautiverio, finca cercana a Palo Cabildo, municipio de Falán, en el departamento del Tolima, propiedad de Aicardo Martínez Vásquez.

"Al despertar el doctor Palacio Betancur, se encontró acostado sobre una cama, en un pequeño cuarto, una de sus piernas sujeta con cadenas sobre uno de los soportes, bajo la mirada vigilante de una persona que cubría su rostro con un pasamontaña y armado de una ametralladora.

"Cincuenta y tres días permaneció el secuestrado en aquel sitio, siendo custodiado por tres personas debidamente armadas, que hacían turnos de a seis horas de manera ininterrumpida. Al cabo de este tiempo de cautiverio en aquel lugar, y frente al temor de los plagiarios de ser descubiertos por la autoridad, el doctor Palacio Betancur fue obligado a ocupar el piso trasero de un campero, para ser trasladado al cerro Lumbí, entre las localidades de Armero y Mariquita, en donde permaneció hasta el día viernes primero de junio del mismo año (1984), fecha en la cual fue rescatado por los agentes del F-2 de la ciudad de Manizales, al mando del teniente Carlos Arturo Henao Restrepo, sin que los secuestradores hubieran obtenido el dinero (cien millones de pesos), pretendido por tan abominable delito".

En cuanto a la *actuación procesal,* así la sintetiza el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"Presentada la demanda correspondiente por el desaparecimiento del doctor Arturo Palacio Betancur, y practicadas algunas diligencias de indagación preliminar, la investigación fue avocada por el Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Manizales.

"El F-2 de la Policía Nacional que había recibido instrucciones para realizar diligencias de investigación, puso a disposición del Juzgado Instructor a Germán Vélez Cárdenas, Henry Zapata y Guillermo Arias Orozco, los dos últimos empleados de la Empresa de Teléfonos. Estos determinaron la captura de Pedro José Montoya y Jairo Javier Buitrago Buriticá y ellos a su vez la de los demás implicados en el secuestro.

"En las diligencias de indagatoria los retenidos manifestaron haber sido torturados en las instalaciones del F-2, siendo forzados a aceptar hechos en los que no participaron y a mencionar nombres que hasta ese momento desconocían.

"Solamente Antonio José Hernández Muriel y Hugo López Corredor, cuyo verdadero nombre es Luis Evelio Velásquez Sánchez, sostuvieron su vinculación en los hechos investigados, siendo este último la persona que finalmente indicó el sitio donde permanecía secuestrado el hacendado Palacio Betancur, concurriendo junto con las autoridades hasta ese lugar en donde se operó el rescate y donde el informante evadió la acción de las autoridades sin que hubiera resultado posible su captura posterior.

"Practicadas numerosas probanzas tendientes al esclarecimiento de los hechos y recibidas las alegaciones de las partes, el Juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario con auto de citación para audiencia pública por el delito de secuestro extorsivo y hurto calificado contra los sindicados Pedro José Londoño Montoya, Jairo Javier Buitrago Buriticá (a. el mono), Oscar José Montoya Montoya (a. el mono de las chivas), Antonio José Hernández Muriel, Jorge Luis Castaño Castañeda.

Los demás implicados fueron citados para audiencia únicamente por el reato de secuestro extorsivo.

"Rituada la etapa de la causa y verificada la audiencia pública, se profirió sentencia de primer grado, que fue confirmada con algunas modificaciones por el Tribunal Superior, desatándose finalmente la relación jurídica sustancial en la siguiente forma:

"Pedro José Londoño Montoya, Jairo Javier Buitrago Buriticá y Oscar José Montoya Montoya, quienes hoy recurren en casación, fueron hallados responsables del delito de secuestro extorsivo; finalmente, fue absuelto de los cargos que motivaron su citación para audiencia pública Belarmino Antonio Cediel Morales.

"La determinación absolutoria recaída en primera instancia en relación a Henry Zapata Ramírez y Guillermo Arias Orozco, se mantuvo en la sentencia de segundo grado".

Demanda relacionada con Pedro José Londoño Montoya

Al amparo de la causal primera, segundo aparte, del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, se formulan los siguientes cargos:

1. a) El reconocimiento de este procesado, por parte del ofendido, carece del valor probatorio que se le concediera en el fallo impugnado, por haberse realizado en oposición a lo dispuesto en los artículos 407 a 409 del Código de Procedimiento Penal citado, lo cual determina su inexistencia (Art. 214 *ibídem*). Esta censura responde a una violación indirecta de la ley sustantiva por notorio error de derecho (falso juicio de legalidad), artículo 580-1, aparte segundo;

1. b) El haberse omitido como consideración del fallo, el testimonio del agente de policía Luis Gonzaga Murillo, quien afirma, por haberlo sabido de boca del propio ofendido, doctor Arturo Palacio Betancur, la imposibilidad de éste para reconocer a los delincuentes, al momento de su ilícita aprehensión o durante el cautiverio, porque la modalidad de la acción y el haber permanecido vendado, le impidieron toda comprobación al respecto. Esto constituye, para el memorialista, una violación indirecta de la ley por esencial error de hecho —artículo 580-1, aparte segundo Código de Procedimiento Penal citado—; y,

1. c) Sin que exista prueba al respecto, de ninguna índole, el fallo parte de la capacidad económica de este sentenciado para inferir su condición de financista de tal empresa criminal. Se trata, entonces, de una violación indirecta de la ley por manifiesto error de hecho, artículo 580-1, aparte segundo *ejusdem.*

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

1. a) La diligencia de reconocimiento la reviste la ley de formalidades que procuran asegurar su buen rendimiento probatorio. Todo se dirige a que el sujeto identificador acuda a sus propias vivencias y consulte solamente la realidad de sus percepciones y recuerdos, evitándose de paso ligerezas, casualidades, o fingimientos. Pero no puede decirse que, fatalmente, cada uno de los factores consignados por la ley tengan

que cumplirse so pena de dar al traste con la existencia legal de este medio de convicción que, más que todo, es una diligencia de comprobación de las afirmaciones que hace un testigo. El buen juicio del instructor, así como la ponderación del juzgador, señalarán si una omisión o una variación en las reglas de su producción afectan sensiblemente la diligencia, destruyen su eficacia o, por el contrario, ameritan y acrecientan su significado o trascendencia. De ahí que si el testigo en anteriores atestaciones no ha indicado la descripción de la persona a la cual se refiere su versión y que tenga un interés procesal de individualización, debe exigírsele una información concreta y completa de sus características, antes de producirse la posible identificación. Pero obviamente, como ha sucedido en autos, si el declarante (al caso el ofendido Palacio Betancur), ya había suministrado los rasgos fisonómicos y peculiaridades de sus supuestos secuestradores, no hay motivo válido para repetir esta reminiscencia, al momento de producirse la diligencia del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, porque puede reputarse innecesaria y menos tenerla como causa de su inexistencia. También lo relacionado con algunas de sus características (cabello corto, de determinado color, bigote, etc.), o atuendos (la forma como vestía el día en que se produjo su observación), puede servir para facilitar su determinación, porque al testigo puede serle propicia esta serie de características, dificultándose su identificación si no se reproduce en tal actuación. Por eso, una buena práctica investigativa es acudir a un primer reconocimiento, aún dándose variaciones en dos aspectos y luego, en caso negativo, contando con los mismos. De donde en el evento examinado, en el cual los sujetos activos del delito actuaron vestidos con prendas como las que usa la policía, podía vestirse de esta manera a Londoño Montoya e integrarlo a grupo de uniformados, o, efectuar este reconocimiento sin tales vestidos y confundidos en rueda de personas vestidas de civil, como así aconteció. Las circunstancias informarán de la conveniencia de obrar de una u otra manera. No es pues motivo de censura, y más con las consecuencias que pretende el memorialista, la modificación cumplida, aspectos estos que no buscan establecer una regla fija sino destacar una fundamental orientación en el ya comentado sentido.

La Delegada tiene una opinión coincidente con este criterio cuando anota:

"...De otra parte, el mencionado interrogatorio tiene por objeto precisar con anterioridad si el testigo verdaderamente se halla en condiciones razonables de reconocer a alguien y una vez verificado éste, si la identificación corresponde a las características físicas puestas de presente, presupuesto ciertamente acreditado en el caso de autos.

"Igualmente, los reconocimientos se llevaron a cabo a la mayor brevedad posible (un día después de ser escuchado su testimonio), en presencia de los apoderados que concurrieron, habiéndose designado uno especial a quienes no lo tenían en procura de salvaguardar el derecho de defensa de los implicados. Sobra advertir, que ninguna constancia acerca de irregularidades observadas en desarrollo de la diligencia, fue dejada por los representantes de los reconocidos.

"Respecto de la disposición y la proporción numérica entre las personas que conformaron la fila, todo indica que se observaron las formalidades legales.

"Los implicados fueron dispuestos en fila, debiendo manifestarse que aunque no se especificó el número de personas, en la segunda diligencia en donde se reconoció a Pedro José Londoño Montoya, Jairo Javier Buitrago y Jorge Luis Castaño, éste último ocupaba el puesto décimo (folio 167), lo anterior de conformidad al inciso segundo del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, citado por el demandante... Ahora bien, en ambas diligencias el doctor Palacio Betancur fue exhortado bajo juramento antes de proceder al reconocimiento, y la precisión acerca de las apariencias semejantes entre las personas objeto de reconocimiento fue observada igualmente.

"En efecto, en la diligencia dentro de la que fuera reconocido Pedro José Londoño, procesado asistido por el casacionista, también lo fueron Jairo Javier Buitrago y Jorge Luis Castaño. Los dos primeros fueron señalados por el hacendado Palacio Betancur como las personas que vistieron uniformes de policía el día del secuestro, y el último como uno de los vigías durante su cautiverio. Lo anterior claramente indica que no todos vistieron las mismas prendas el día de los hechos, y que la mencionada precisión no es imperativa; por ello la norma indica que de ser *posible* vestirán el traje que portaban al momento de la comisión del ilícito, pero en todo caso las circunstancias exteriores *Sí* deberán ser semejantes.

"En efecto así ocurrió, los implicados vestían la ropa con que fueron retenidos y que por lo mismo usualmente acostumbran vestir". Artículo 410 ibídem. "...Finalmente, la crítica en cuanto hace a que para el día de la diligencia, el periódico La Patria publicó la fotografía de los aprehendidos, y que tal situación indudablemente debió ser apreciada por el doctor Palacio Betancur, traduciéndose en forma determinante en el reconocimiento, indica la Procuraduría Delegada que tal apreciación no comporta o afecta la validez del acto, por cuanto para su realización se observaron los requisitos de ley, resultando la afirmación del censor carente de soporte probatorio en los autos. Nada indica que el doctor Palacio Betancur se apoyó en la mencionada fotografía (la del 7 de junio), por cuanto la que enseña los rostros de los implicados de manera clara e individual, fue publicada al día siguiente, 8 de junio. Además, tal publicación que expresamente se encuentra prohibida a las autoridades de Policía Judicial, indudablemente puede tornar irregular la conducta de quien así procede, pudiendo conllevar una sanción por la inobservancia del precepto, pero lo que sí resulta claro es que la eficacia demostrativa del reconocimiento no necesariamente sufre merma alguna.

"Resta agregar que aún en el caso de resultar ciertas las críticas formuladas por el recurrente, ello podría afectar o repercutir en la validez probatoria de la diligencia a los ojos del juzgador, quien podría restarle credibilidad, pero no comportaría sanción de inexistencia, por cuanto ésta se encuentra prevista para los casos específicamente señalados en la ley, que de no observarse específicamente, impiden el nacimiento a la vida jurídica del acto, no constituyendo el reconocimiento en fila de personas uno de ellos".

1. b) El cuestionamiento se presenta como rotundamente improcedente pues la crítica se dirige a un elemento de convicción no considerado por el Tribunal para proferir su fallo. Así el recurrente tuviera razón en su censura, resultaría evidente su inutilidad crítica ya que habiéndose omitido como presupuesto de incriminación, resulta indiferente lo que en favor o en contra de tal diligencia pueda decirse. La Delegada destaca este aspecto y tiene oportunidad, para refrescar la memoria del impugnador, de citar textualmente al fallador cuando apunta: "...La Sala, al adoptar las conclusiones en la decisión sentencial de segunda instancia, dada la gravedad de aquellos reparos, no tomó los antedichos informes (los de la Policía Judicial, obtenidos por "bajo el apremio de la coacción"), como medio de evidencia. Fueron otras, como claramente se desprende de los planteamientos formulados, las comprobaciones que se tuvieron en cuenta en el contexto de la determinación".

Pero además, y la glosa dice tanto en sentido corroborante como en el opuesto. Así mismo, como bien lo anota el Ministerio Público, las noticias sobre este punto, no emergen solamente de la "atestación de Luis Gonzaga Murillo, pues también aparecen las declaraciones de Luis Evelio Herrera Cardona, dragoneante del F-2 y Jesús María Arboleda Quiceno, agente del F-2 de la Policía Nacional, quienes narraron lo sucedido en forma diferente".

1. c) El recurrente le otorga a una inferencia marginal una entidad probatoria prevalente, aunque ya en anterior crítica había asignado este énfasis y exclusividad al reconocimiento del sentenciado por parte del ofendido. Este punto también lo destaca la Procuraduría, en su bien logrado estudio de la demanda y sus muy acertadas referencias a la realidad probatoria. En este plano señala que el propio Tribunal, en cuanto a este aspecto de la capacidad económica del procesado, lo tiene no como el real y único proveedor de dinero para la ejecución de la Empresa, sobre lo cual *"no hay evidencia en autos"*, pero sí como glosa que le permite entender que el sentenciado, por esta circunstancia, no podía tenérsele como impedido para participar en el delito, el mismo que demandaba de cierta solvencia económica. Porque de mediar situación contraria, indudablemente que había surgido como argumento o alegación en torno a este punto, su imposibilidad para intervenir en dicho comportamiento. Pero, además, así se tratase de un elemento indiciario, con el significado que le otorga el memorialista, la objeción, para ganar pertinencia, debió hacerse como error de hecho y no de derecho, pues la mencionada prueba no se clasifica con un valor determinado (tarifa legal), sino que se deja librada a la sana crítica que de ella haga el fallador.

La Delegada destaca: "...Lo anterior quiere significar que tal observación no es el fundamento de la sentencia; claramente se especifica allí que otras probanzas lo constituyen. Lo que expresa el Tribunal sentenciador es que se dice que Pedro José Londoño financió el secuestro pero que no hay evidencia en autos; y no la hay precisamente porque las pruebas que predicaban tal circunstancia, fueron declaradas sin valor. Lo expresado no obsta para que se pudiera consignar que su capacidad económica, estando acreditado en los autos, lo hiciera premisible y viable.

"Estas las razones para considerarse que la sentencia no se halla edificada sobre este supuesto, o sobre un indicio no comprobado en autos. La sola lectura del fallo lo confirma, sin que sea necesario gran esfuerzo para comprenderlo...".

La censura resulta desenfocada y de no admitirse esta caracterización tiene que mirársela como incompleta, porque aún resultando triunfante en su propósito, el fallo perduraría a expensas de otras probanzas dejadas de lado en la crítica dirigida por el casacionista.

Demanda hecha a nombre de Jairo Javier Buitrago Buriticá

2. a) Se tiene por apreciación errónea (art. 580-1, aparte segundo), la verificada sobre el testimonio del ofendido Palacio Betancur. Hay múltiples factores (pánico que desdibuja las ideas, impide concretarlas, pues tienden más bien a oscurecerlas y confundirlas; la brevedad del término: cuestión de segundos; ingestión de un somnífero que le hizo perder "todo conocimiento por término que no definió"; encapuchados, etc.), que llevan a restarle credibilidad al dicho de este deponente. El Tribunal debió desestimarlo pues no se trata de un testigo idóneo sino de un fabulador o de un reconocedor que no acudió a sus propias posibilidades sino al adiestramiento que obtuvo mediante las fotografías publicadas en la prensa.

2. b) Las versiones obtenidas por SIJIN, entre las cuales se cuentan la de Buitrago Buriticá, se cumplieron por medios tan reñidos por la ley, que no es dable atenderlas, como se las atendió, en el fallo censurado.

2. c) Se desestimó el álibi acreditado plenamente por Buitrago Buriticá, pues mediante calificada prueba, logró acreditar que, para la fecha en que de él se predica esta conducta delictuosa, estuvo en el Hotel Dorado, desde el 27 hasta el 31 de marzo de 1984. Es notable la violación indirecta de la ley por error de hecho manifiesto, pues de haberse analizado en debida forma esta prueba y considerada como debió estimarse, otra habría sido la consecuencia del fallo.

Valoración de la Corte y del Ministerio Público

2. a) Yerra el memorialista, y de ahí que el cargo endilgado a la sentencia resulta infructuoso, cuando afirma que la versión y la identificación realizada por el ofendido, constituyan la base definitiva y única del fallo. Este es un supuesto irreal, pues ya se dejó establecido que por fuera de este valioso elemento de comprobación, valioso por su origen y contenido y por el refuerzo que recibe de otras pruebas, existen otros atendibles y suficientes elementos de convicción que imponen una decisión de condena.

Pero, además, hay un grave reparo de técnica que da al traste con la objeción. *Criticar, como se hace, el testimonio* de Palacio Betancur *constituye, necesariamente, una censura propia de la violación indirecta por ostensible error de derecho (concesión de un valor probatorio que no merecía ni soportaba la prueba). Pero se ha cumplido como error de hecho. Y no es gratuita la mudanza. Ella se da porque al no otorgar la ley un predeterminado valor al testimonio, es imposible la alegación*

del error de derecho, como lo tiene reconocido la jurisprudencia y la doctrina. De ahí que se haya acudido, para aparentar rigor y precisión en la objeción y en el pedimento, al error de hecho, que nada tiene que ver y que sólo da curso a una alegación estéril. En este punto el censor contrapone su personal opinión a la del juzgador, sin que pueda imponer su criterio sobre la doble presunción de acierto y legalidad que al segundo le acompaña, cuando la evaluación de la prueba testimonial ha obedecido al precepto legal de realizar una plausible y sana crítica. No es dable, aún en el plano de las hipótesis, admitir como argumento para desacreditar las reflexiones sensatas del Tribunal, señalar que Palacio Betancur, como ofendido, altera la verdad, que su interés le lleva a gratuitas y fantasmagóricas incriminaciones y que nada de lo que dice pudo percibir, ni menos puede recordar. Es una generalización tan desmesurada e insólita, que en sí misma lleva el germen de su desconocimiento. La experiencia, en esta clase de delitos, enseña que el secuestrado puede asumir inverosímiles tranquilidades y respuestas insospechadas de seriedad que le permiten salvar su vida o resistir la presión sicológica de sus aprehensores, así se prolongue ésta largo tiempo, lapso que le permite afinar sus sentidos y emplear éstos en el descubrimiento de detalles que, en otras circunstancias, pasarían desapercibidos o no tendrían interés alguno. Con razón se dice que, en tales circunstancias, la víctima se constituye en biógrafo de su propia existencia con un poder de descripción, correlación y agudeza que no se compadece ni con la precaria situación a que se le reduce ni con sus conocidas aptitudes intelectuales. Nada se le escapa ni desaprovecha y todo le resulta útil, valorable y hasta medio de subsistencia. Lejos pues de ser un testimonio desechable, deteriorado e inseguro, adquiere características valiosas distintas.

Y en cuanto al fenómeno de la identificación, también colacionado en la censura comentada, ya la Corte en acápite anterior (1.a) tuvo ocasión de replicar estas observaciones, inadecuadas en el plano y con la trascendencia que le adjudica el casacionista.

2. b) Otro tanto cabe decir en este punto y basta leer lo anotado en el aparte 1.b.

2. c) Sobre este aspecto valga reproducir el análisis de la Delegada: "A pesar de que el censor enuncia el cargo por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en que incurrió el Tribunal Superior al omitir considerar en todo o en parte la prueba que demostraba la permanencia de Buitrago Buriticá en el Hotel Dorado, durante los días en que se perpetró el secuestro, lo cierto es que en procura de la demostración de la censura se apoya en los fundamentos propios del error de derecho, para afirmar que el juzgador no le otorgó a la citada probanza, el valor que realmente merecía (plena prueba).

"Con tal objeto opone sus propias conclusiones y crítica probatoria al análisis valorativo que hizo el Tribunal, quien se ocupó en un aparte de la sentencia de este aspecto, consignando claramente las razones por las cuales este elemento de juicio, que por lo demás fue incorporado en las postrimerías del proceso, no se ofrecía con la virtualidad para determinar el sentido de la sentencia de primera instancia.

"Tal raciocinio constituye en esencia un planteamiento en donde el casacionista contrapone a las conclusiones de la sentencia, las suyas propias, utilizando un camino que evidencia yerro sobre los supuestos básicos de la alegación por la vía extraordinaria".

Demanda relativa a Oscar José Montoya Montoya

Con base en el artículo 580 del sustituido Código de Procedimiento Penal, causal primera, aparte primero, se formulan tres cargos por violación indirecta de la ley sustancial al haberse incurrido en error de derecho al darle un alcance diverso a la prueba existente, distinta de la que le asigna la ley. En otras palabras, se tomó como factor de plena prueba circunstancias que no pueden considerarse como indicio o indicios necesarios ni como presunción legal.

Concretando este aspecto anota lo que el Tribunal estimó como prueba de cargo, en los siguientes términos:

3. a) "La mención que hace el ofendido al narrar los pormenores de su secuestro, cuando alude a un tipo mono, con una barba de unos dos días, carirredondo, cacheticolorado, entre uno sesenta (1.60) y uno sesenta y cinco (1.65) de estatura, de unos treinta y cinco o cuarenta años de edad, que usaba un sombrero de tela de color blanco y azul, llevaba chaqueta de cuero, y que tomó el volante del carro en el momento en que lo secuestraron; b) El reconocimiento en fila de personas que hizo el mismo ofendido de Oscar José Montoya Montoya; c) La mención que hizo del citado Montoya Montoya el procesado Hugo López Corredor o Luis Evelio Velásquez Sánchez, en el sentido de que lo había visitado en el páramo en compañía de Antonio José Hernández Muriel, pocos días antes de su declaración indagatoria, afirmando que tenía en compañía del mono "Chivas" un cultivo de papa...".

Conviene anotar lo que al respecto dijo el Tribunal y que el censor también tiene ocasión de citar:

"...Precisa observar también cómo, no obstante la reticencia de Montoya Montoya en aceptar esa participación, apenas sí afirma haber oído mencionar a Hugo López Corredor o Luis Evelio Velásquez Sánchez a quien distingue de vista con el remoquete de "Papujo" (ver folio 95 frente, cuaderno uno), cuando éste en indagatoria de folio 101 frente, sostiene conocerlo "desde hace tres (3) años y ahora tengo un negocio de papa con él"; dice que la última vez que lo vio fue pocos días después antes de su declaración indagatoria —ésta la rindió el treinta y uno (31) de mayo de 1984—, cuando en compañía de Antonio José Hernández Muriel, otro de los principales implicados en este asunto, lo visitó en su finca con el fin de mirar un cultivo de papa que tengo en compañía con él allá o sea con el "Mono Chivas'...".

De ahí entonces que el memorialista deduzca: "...Se colige que si el honorable Tribunal al absolver a Cediel Morales no encontró mérito alguno para inferir algo en relación con el conocimiento que tiene de Montoya Montoya, lo mismo podría predicarse del conocimiento que dice tener Hugo López Corredor o Luis Evelio Velásquez Sánchez del precitado Montoya Montoya; pues tanto el uno como el otro figuran como encartados en el proceso y los hechos narrados no tienen relación

directa con la investigación. No existe ninguna relación entre la presunta compañía para cultivar papa y la visita en el páramo premencionada, con el hecho delictual que fue objeto de investigación. Vale decir, que esta circunstancia no llega a tener el carácter de indicio. Quizás el de una simple sospecha, pero nada más. Menos, cuando el procesado Antonio José Hernández Muriel, niega en su injurada conocer a Oscar José Montoya Montoya 'El Mono de las Chivas', lo que desvirtúa la afirmación hecha por López Corredor o Velásquez Sánchez de que visitaron a mi patrocinado en su finca del Páramo".

Agrega que todo se reduce a la incriminación del ofendido y al reconocimiento que éste hijo de Montoya Montoya. En este primer pasaje de la demanda, censura el reconocimiento con base en estas circunstancias: El ofendido alude a un sujeto de 35 a 40 años, y Montoya resulta con matemáticos 33 años; no es admisible la serie de detalles que el ofendido ofrece debido a la turbación anímica que debió experimentar, a la brevedad de las acciones y a la ingestión posterior de un somnífero suministrado por sus captores y, por último, a la sugestión en él operada por la publicación de la fotografía del sentenciado, en el periódico "La Patria", el mismo día del reconocimiento, así como el haber omitido el vestido que su secuestrador usaba, según su declaración, el día de los hechos. También comenta que se hace extraño que el procesado, quien dice haber tenido negocios de ganado con el padre del ofendido, aunque no con éste, se expusiera a una tan fácil identificación como la que se desprende del testimonio de Palacio Betancur.

Como normas relacionadas con este cargo, cita los artículos 26 de la Constitución Nacional y 215, 216, 217, 218, 230, 234 y 335 del Código de Procedimiento Penal.

De ahí que evidencia: "el quebrantamiento mediato de las normas procesales, dio lugar a que se condenara por secuestro extorsivo y hurto calificado a mi defendido, aplicándole una pena de ocho (8) años y siete (7) meses de prisión, con las accesorias de rigor, con violación indirecta de los artículos 268, 270, 3, 6, 349, 350 y 351 del Código Penal, normas éstas que tiene relación con los artículos 23, 24, 25, 26, 27 y 28 del mismo estatuto".

3. b) En el segundo cargo reitera sus críticas al premencionado reconocimiento para destacar el desconocimiento de los preceptos consagrados en los artículos 214, 305 y 408 del Código de Procedimiento Penal. Reitera lo de la publicación fotográfica en el mencionado periódico de Manizales, y también que "no se le hizo vestir en forma similar al que según el ofendido llevaba el individuo mono, carirredondo y cacheticolorado que participó en su secuestro".

3. c) El error de derecho, en este acápite, consiste en haberle dado "calidad de indicio a la alusión que hizo en su indagatoria el procesado Hugo López Corredor o Luis Evelio Velásquez Sánchez (a. Papujo), en relación con la vinculación a la investigación de Montoya Montoya, sin tener en cuenta que se trata de confesión que admite prueba en contrario... Y la prueba en contrario es que, ni el 'Mono Chivas' ni Antonio José Hernández Muriel aceptan o admiten o hacen alusión a tal hecho en sus injuradas. Por consiguiente, este hecho indicador no está demostrado plenamente en el proceso. Por el contrario, existe prueba

en contrario, por tratarse de confesión, cuya veracidad queda cuestionada por tal circunstancia. No se trata entonces de un indicio propiamente, pues no tiene inferencia directa con otros hechos que pudieran tener la calidad de indicadores. Podría dar lugar a una simple sospecha y en grado sumo a la duda, pero nunca a la certeza de que por tal o tales hechos Oscar José Montoya Montoya sea responsable de los delitos por los cuales fue condenado por medio de la sentencia que es objeto de impugnación".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

La demanda no deja de presentar agudos antitecnismos, que la misma Procuraduría destaca, y que dan al traste con la pretensión.

Sea lo primero señalar que las observaciones relacionadas con el reconocimiento efectuado por Palacio Betancur, y que constituye alegación de todos los apoderados, ya fueron respondidas en apartes anteriores. A ello se remite la Sala ahora, recalcando entonces que el valor que es dable atribuir a esta diligencia y que le otorgara el Tribunal, no se remite a dudas.

Después de esta indispensable clarificación, *conviene advertir que el censor distingue entre la manifestación hecha por el ofendido* Palacio Betancur *y la diligencia de reconocimiento en que participara y en la cual señaló a* Montoya Montoya, *para pretender que la segunda apenas puede constituir un indicio sin carácter de necesario.*

La Sala discrepa de esta apreciación pues entiende que tanto una como la otra se integran y que la identificación (Art. 407 del Código de Procedimiento Penal, hoy 389), sirve como concreción cierta de lo afirmado, en cuanto a la persona o personas a las cuales se refiere el testigo, sin que pueda decirse que son dos medios de prueba diferentes (testimonio e indicio). Ocurre sí que en ocasiones, aunque no es el caso de autos, una prueba testimonial, documental, pericial, etc., puede dar paso a una de carácter indiciario. Pero cuando la incriminación es concreta y directa, no puede hacerse la comentada traslación.

Tratándose, pues, de una prueba testimonial es errado acudir a la vía de la violación indirecta por error de derecho, ya que como lo enseña la doctrina esta censura no se aviene con la libertad de apreciación que tiene el fallador para estimar, conforme a la sana crítica, el valor que le pueda conferir a esta probanza. No está tarifada legalmente y por tanto la censura por error de derecho es improcedente. Y así se estableciera, inadecuadamente, como indicio, tampoco sería viable la acusación, pues no tratándose como no se trata de un indicio necesario o de presunción legal, en los cuales la ley determina un valor de comprobación, la crítica por error de derecho resulta improcedente.

De ahí entonces, que el censor apenas está recurriendo a apreciaciones de índole muy personal y subjetiva, que, ante la presunción de legalidad y acierto que acompaña al fallo, no prevalecen sobre las correctas interpretaciones y deducciones que ha fijado el juzgador en este campo y que, ejercidas en forma correcta (sana crítica), tienen que tenerse por acertadas.

Esto también lo comenta el Delegado cuando dice: "Lo anterior (indicio no necesario), claramente indica que este medio de prueba indirecto por regla general para su valoración y estimación probatoria, no está sometido al sistema tarifario; solamente por vía de excepción y cuando en el proceso aparezca solamente un indicio podrá asignársele el carácter de plena prueba y hacer recaer en él el fundamento del fallo, únicamente cuando sea necesario, es decir, cuando sea tal la correspondencia y relación entre los hechos, que habiendo existido el uno no puede menos que haber existido el otro. (Art. 231 del Código de Procedimiento Penal)".

Y agrega: "El demandante no logra ofrecer la convicción acerca de la veracidad de sus asertos. El censor no demuestra que la prueba de cargo en contra de Montoya Montoya se halle constituida por un indicio no necesario, no obstante demeritar estos elementos de juicio, hasta presentarlos disminuidos en grado tal que le permite predicar que en el expediente sólo obra el indicio de reconocimiento por parte del ofendido, probanza que estima no necesaria e insuficiente para condenar".

Finalmente la Sala tiene que concordar con esta exégesis del Ministerio Público:

"En verdad los indicios tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador en relación a Montoya Montoya (alias el Mono de las Chivas), considerados independientemente, no pueden estimarse como necesarios (precisión acerca de las características y aspecto físico del apodado el Mono de las Chivas por parte del ofendido, reconocimiento en fila de personas operado posteriormente, señalamiento que de éste hiciera Hugo López quien en indagatoria aceptó su participación delictiva y condujo a las autoridades hasta el sitio donde se encontraba secuestrado, ofrecimiento del Mono de las Chivas a los allegados del doctor Palacio Betancur, sobre información del paradero del secuestrado), pero constituyen indudablemente indicios graves de participación y responsabilidad, que sometidos a las reglas de la crítica probatoria y persuación racional por parte del juzgador, pueden conducir ciertamente a la conclusión de condena, en sujeción al sistema que debe presidir su valoración y análisis (sana crítica del juzgador), motivo por el cual no incurre el Tribunal en el error de derecho que se predica".

Para cerrar esta serie de citas y estimaciones, el tercer cargo, que ya implícitamente está respondido en explicaciones antecedentes, conviene reproducir el afortunado enfoque que al respecto hace el Procurador Tercero Delegado en lo Penal: "Indudablemente el juzgador debió estimar según su criterio y juicio valorativo, la alusión que en su indagatoria realizó Hugo López Corredor respecto de Oscar José Montoya Montoya, y que no fuera admitida en los mismos términos por este último. Pero es claro que para su estimación no estaba sujeto el sentenciador al sistema de la tarifa legal, como quiera que la afirmación de Hugo López Corredor en relación con el Mono de las Chivas, lógicamente no puede considerarse como confesión. Esta circunstancia y las que de ella derivó el *ad quem* fueron apreciadas probatoriamente junto con las otras obrantes en el proceso, y a ellas se les otorgó libremente bajo el criterio del mérito que rindió a los juzgadores, un valor determinado".

Los cargos no prosperan en ninguna de las 3 demandas analizadas.

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 recurrida, ya indicada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. CESACION DE PROCEDIMIENTO

Aun en los procesos con cierre de investigación ejecutoriado, se hace imperativa la aplicación del principio de favorabilidad y, en consecuencia, ordenada la reapertura cuando no fuere procedente la resolución de acusación, se ordenará la cesación de procedimiento

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 052 del 4 de agosto de 1987.

Vistos:

Por copias compulsadas por la Procuraduría General de la Nación, de la investigación disciplinaria que se adelantó contra el ex-cónsul colombiano en Alicante, doctor *Alonso Cabal Erazo,* se dio comienzo a este proceso, que al ser calificado por primera vez, lo fue con auto de sobreseimiento temporal. Reconstruido el proceso por haberse destruido en el holocausto del 6 de noviembre y practicadas en la medida de lo posible las pruebas ordenadas, se procede nuevamente a calificar el mérito del sumario.

Se escuchó el concepto del Procurador Delegado, quien solicitó se dictara auto de proceder contra el sindicado por los delitos de estafa y prevaricato.

El apoderado del sindicado solicitó se dictara en beneficio de su poderdante un segundo sobreseimiento temporal.

Decide la Sala lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Un grupo de matrimonios españoles se quejó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ante la aparición de un aviso en un periódico de Alicante en el que se decía que los matrimonios que desearan tramitar la adopción de un niño podrían dirigirse a la oficina consular colombiana de esa ciudad, cuyo titular era el doctor Alonso Cabal Erazo; que efectivamente se habían presentado ante dicho funcionario, quien les había dado la información correspondiente y exigido once mil pesetas para gastos consulares y setecientos dólares para gastos, poderes notariales y pasajes del niño a España.

Que terminadas las funciones consulares del señor Cabal Erazo, no fue posible que se les informase del resultado de su pretensiones.

Con base en la anterior queja se inició la investigación disciplinaria, que a su vez dio origen al nacimiento de este proceso.

Se estableció que el señor Cabal Erazo ejerció el cargo de cónsul honorario de Colombia en Alicante desde el doce (12) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977) hasta el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981). Se allegó copia del decreto de nombramiento y del acta de posesión, documentos que demuestran la competencia de la Corte en su Sala de Casación para el juzgamiento de funcionarios consulares.

Sometido a indagatoria el acusado, aceptó haber colocado un aviso de prensa, pero que lo hizo fundamentalmente para ayudar en las labores de Bienestar Familiar, especialmente por la amistad que tenía con el doctor Juan Jacobo Muñoz Delgado, pero limita su actividad a haber dado la información y al formato de solicitud que debían llenar los interesados. Ante la pregunta de si había hecho exigencias de carácter económico, lo negó de manera rotunda, de la misma forma desmiente haber recibido sumas de dinero de cualquier naturaleza. Aceptó como posible que hubiera dado informaciones sobre el valor de los honorarios profesionales de la abogada que haría las gestiones de adopción en Colombia e igualmente del monto de los gastos notariales y consulares, pero que este tipo de información se da a todos los interesados cuando buscan informes por ejemplo en las tarifas hoteleras, en relación con personas que piensan visitar a nuestro país.

Se estableció documental y testimonialmente que efectivamente hubo un intercambio epistolar entre el cónsul de Alicante y las autoridades de Bienestar Familiar en las que solicita información y niños en adopción para entregar a matrimonios españoles y donde se ofrece prestar toda la colaboración que sea necesaria.

Igualmente se estableció la comunicación por correo entre el funcionario consular y una abogada de esta ciudad que se haría cargo de la tramitación de las adopciones.

Se recepcionaron los testimonios de algunos de los quejosos, pero éstos fueron recibidos por parejas, de manera simultánea y con violación de los requisitos formales exigidos para la recepción de testimonios en el proceso penal. Algunas de las más notorias, además de haberse recibido colectivamente, es la observancia de claros en el texto de la declaración contra lo prohibido de manera expresa en el artículo 160 del recientemente derogado Código de Procedimiento Penal. La recepción del testimonio colectivo es violatorio de lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal. Igualmente, se violó el contenido del artículo 252 en cuanto fueron respuestas redactadas por el mismo funcionario diplomático que las recibió y eso se debe concluir si se extracta alguna de las respuestas dadas por estas parejas como la de los señores José Norberto Grande y Encarnación Ruiz González, cuando se lee: "El matrimonio Montero Ruiz, declara que en el transcurso del tiempo desde junio de 1981 a hoy, tuvieron un hijo propio y en consecuencia ya no siguen interesados en la adopción, por lo que ruega a las autori-

dades colombianas, se sirvan ayudarles para poder recuperar el dinero que en su día le entregaron al cónsul Cabal Erazo".

Tampoco se observó el contenido de los artículos 159 y 256 del Código de Procedimiento Penal que prevé que concluida la declaración el testigo podrá leerla y se deberá dejar constancia al final de la misma que así lo hizo o que lo fue leída por el secretario o que renunció a este derecho.

Tampoco se observaron previsiones de las formalidades previstas en el artículo 155 que ordena que toda actuación debe empezar con el nombre de la entidad que la practica, indicar el lugar, día, mes y año en que se verifique.

Algunas de las mencionadas declaraciones fueron recibidas individualmente, pero con algunos de los defectos atrás señalados.

En la de Andrés Amoros Bois aparecen dos renglones totalmente tachados, contraviniéndose lo previsto en el artículo 160, en el sentido de que no deben aparecer enmiendas, ni raspaduras y que los errores y faltas que se observen deben salvarse al terminar el acta antes de firmarla.

Con posterioridad al sobreseimiento temporal, nuevamente se recepcionaron, esta vez por funcionario consular colombiano, declaraciones a algunas de las personas afectadas con la conducta del sindicado, pero de manera lamentable con varias de las irregularidades que se anotaron en las primeras. Se hace referencia al hecho de haber sido rendida conjuntamente por Francisco García González y Ana María Vicente Llopis, en la que aparecen respuestas de este tenor: "Ninguna. No han viajado". o "Ellos no enviaron comunicación pero sí fueron un grupo de matrimonios en representación de todos a explicar el caso a la Embajada de Colombia en Madrid y hasta la fecha no han tenido respuesta".

La gran mayoría de testimonios no fue posible que fueran recepcionados, porque al ser suprimido el consulado de Alicante, los testigos debían desplazarse hasta el consulado de Valencia y no lo hicieron porque se desconocían sus nuevos domicilios.

El concepto del Procurador Delegado

El Fiscal de la Corporación, luego de reconocer que los primeros testimonios se recepcionaron con la omisión de las formalidades propias para este tipo de diligencias y que por petición hecha en tal sentido se ordenó su repetición, pero que en la reapertura de la investigación sólo se presentaron los matrimonios formados por Francisco García González y Ana María Vicente Llopis, Tomás Sanz López y Aurora Candel Torrano, quienes luego de ser juramentados contestaron en forma conjunta y a renglón seguido se copió un extracto de las partes más importantes de las mismas.

Destaca el Fiscal que la acción disciplinaria adelantada por la Procuraduría terminó con declaratoria de prescripción formulada por el Procurador General.

El Procurador Delegado da por probados los hechos que los ciudadanos españoles imputan al ex-cónsul colombiano concluyendo su ar-

gumentación de esta manera: "La descripción que de la conducta se deja, está debidamente probada en el expediente no sólo mediante los elementos de juicio que allí se mencionan, sino del examen integral y en conjunto de las pruebas recaudadas, que permiten al menos inferir en el grado que lo precisa la ley, la existencia de indicios que comprometen gravemente la responsabilidad penal del sindicado y que excluyen la posibilidad de restar su fuerza y eficacia demostrativa por la circunstancia de que la prueba testimonial se practicó con violación de algunos preceptos formales y puede ofrecer duda respecto de su valor probatorio y legalidad".

De lo anterior se concluye en la existencia de los delitos de estafa y prevaricato por los cuales solicita se formule auto de proceder contra el imputado.

El alegato de la defensa

El apoderado del sindicado solicita se repita el sobreseimiento temporal destacando la consideración que la Sala hizo en el primer calificatorio cuando dijo: "Empero, como lo anota el Ministerio Público la prueba aportada adolece de ilegalidad, porque en primer término la autoridad competente para recepcionar los testimonios de las personas presuntamente perjudicadas, de acuerdo con el territorio que cubre la respectiva circunscripción consular es el de Valencia, porque el de Alicante fue suprimido; se violaron las prescripciones de los artículos 157, 246 y 731 del Código de Procedimiento Penal y el 172 del Código Penal, y como lo recuerda el apoderado del acusado, se desconoció el claro texto del artículo 249 del estatuto procesal penal, reproche que también formula el Procurador Delegado en lo Penal".

Sostiene que es inexplicable el cambio de criterio del Procurador Delegado en relación con la falta de legalidad de las pruebas porque en el concepto rendido para el primer calificatorio, sostuvo: "En el proceso de valoración de los medios de pruebas, se advierten algunas irregularidades en la aducción de éstas ,que quebrantan el principio de legalidad, porque se omitieron las formalidades procesales prescritas para su producción y por ende las torna carentes de validez y de eficacia jurídica, como ocurrió con las declaraciones juradas rendidas ante el Notario de Alicante".

Sostiene finalmente que a pesar de que algunos errores fueron corregidos en la recepción de los dos nuevos testimonios, se incurrió en violación de algunas formalidades que lo hacen inexistente.

Las consideraciones de la Sala

Es evidente que está establecido que el doctor Alonso Cabal Erazo, en su calidad de cónsul honorario en Alicante, por medio de un aviso periodístico dio a conocer del público español la posibilidad de que parejas de esa nacionalidad pudieran adoptar niños colombianos; se encuentra igualmente probado que por medio de oficios cruzados con altos funcionarios de Bienestar Familiar y por entrevistas que tuvo con algunos de ellos, el sindicado realizó contactos y manifestó el deseo de colaborar con las autoridades del Instituto en la colocación de niños en familias españolas por medio de la adopción.

Existen una serie de testimonios, recibidos los primeros por una funcionaria de la Legación Diplomática de Madrid (Segundo Secretario de la Embajada de Colombia en Madrid), por medio de los cuales algunos de los ciudadanos españoles afectados con la conducta del cónsul colombiano, afirman haber entregado cifras de significación en dólares y pesetas para que el funcionario consular realizara las gestiones tendientes a la consecución de niños colombianos por medio de la adopción. De acuerdo con estos testimonios se establece igualmente que el sindicado incumplió con sus compromisos y nunca realizó ninguna gestión ante los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), con el objetivo de conseguir que se dieran niños en adopción a los matrimonios que le habían hecho entrega de esas sumas de dinero.

Pero como ya lo observó la Sala con anterioridad, estos testimonios violan la legalidad de su aducción, porque como ya se anotó, algunos de ellos fueron recepcionados en conjunto, es decir, que cada pareja afectaba declaraba simultáneamente, desconociéndose el contenido del artículo 249 del Código de Procedimiento Penal anterior. Se observa en el texto de la declaración, claros, contra lo expresamente regulado en el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal. No se transcribieron las respuestas tal como fueron dadas por los testigos sino que el funcionario diplomático las redactó, desconociéndose el contenido del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal.

Lo dispuesto en los artículos 159 y 256 del Código de Procedimiento Penal, tampoco fue observado en cuanto éstos contemplan que concluida, se debe dejar constancia que fue leído el texto de la declaración, apareciendo certificación de esta circunstancia en el contenido de la misma.

La obligación de que las diligencias judiciales se deben iniciar con el nombre de la entidad que la practica, el lugar, día, mes y año en que se verifique, tampoco fue cumplida en la recepción de estos testimonios.

Debe observarse finalmente, que en el testimonio de Andrés Amoros Bois aparecen dos renglones totalmente tachados, contraviniéndose lo previsto en el artículo 160 de la norma procesal, en el sentido de que no deben aparecer enmiendas ni raspaduras, y que los errores y faltas que se observen, deben salvarse al terminar el acta y antes de firmarse.

Como consecuencia de la falta de estas formalidades y otras destacadas por la Sala dijo en el primer calificatorio: "Empero, como lo anota el Ministerio Público, la prueba aportada adolece de ilegalidades porque, en primer término la autoridad competente para recepcionar los testimonios de las personas presuntamente perjudicadas, de acuerdo con el territorio que cubre la respectiva circunscripción consular, es el de Valencia porque el de Alicante fue suprimido; se violaron las prescripciones de los artículos 157, 246 y 731 del Código de Procedimiento Penal y el 172 del Código Penal, y como lo recuerda el apoderado del acusado, se desconoció el claro texto del artículo 249 del Estatuto Procesal Penal, reproche que también formula el Procurador Segundo Delegado en lo Penal".

El Fiscal de la Corporación en aquella oportunidad, refiriéndose a los testimonios, dijo: "En el proceso de valoración de los medios de

pruebas, se advierten algunas irregularidades en la aducción de éstos, que quebrantan el principio de legalidad, porque se omitieron las formalidades procesales prescritas para su producción y por ende los torna carentes de validez y de eficacia jurídica, como ocurrió con las declaraciones juradas rendidas ante el Notario de Alicante".

"Lo anterior, porque como la totalidad de los perjudicados con las conductas presuntamente delictivas atribuídas al ex-cónsul ad honorem de Colombia en Alicante, residen en aquella ciudad y son de nacionalidad española, la actuación procesal relacionada con la recepción del testimonio debe verificarse a través del agente consular competente, de acuerdo al territorio que cubre la respectiva circunscripción consular, que en el presente caso sería el de Valencia, porque el de Alicante fue suprimido, así se desprende del contenido de la Ley 17 de 1971, como también de la nota enviada al señor Ministro de Relaciones Exteriores por el Cónsul General de Colombia en Madrid, cuya fotocopia aparece al folio 272".

La recepción de estos testimonios se debe realizar por el Cónsul de Colombia en Valencia, observando el trámite establecido en los artículos 246 y 731 del Código de Procedimiento Penal, quien personalmente debe advertirles a los testigos si se allanan a rendirla ante el agente consular; si acceden a ello, tomarles el juramento, conforme al artículo 157 *ibídem,* previa amonestación e imponerles del contenido del artículo 172 del Cógido Penal, y a continuación someterlos al interrogatorio contenido en la respectiva comisión rogatoria (exhorto), para que estas pruebas se puedan considerar como válidas y eficaces, porque de lo contrario carecen de aptitud probatoria".

En la nueva etapa probatoria no fue posible sino la recepción del testimonio de dos de los matrimonios afectados con la conducta del sindicado y se recibió de Francisco García González y Ana María Vicente Llopis y el de Tomás Sanz López y Aurora Candel Torrano. Estos testimonios fueron recibidos por el Cónsul de Valencia, se les recibió el juramento de acuerdo a las exigencias de los artículos 157 y 158 poniéndoseles de presente el contenido del artículo 172 del Código Penal. Igualmente, al finalizar la declaración se les leyó y se dejó constancia de ello.

Pero a pesar de haberse corregido algunas de las informalidades observadas en las declaraciones recibidas en la primera fase instructiva. se reiteraron las irregularidades que se habían anotado en las anteriores, porque fueron recibidas colectivamente, es decir, por parejas, las respuestas fueron redactadas por el funcionario que las recibió y ello se debe concluir si se extractan algunas de ellas: "Lo conocieron cuando fueron a informarse sobre la posible adopción del niño", o "No viajaron a Colombia" y muchas más similares a las anteriores que no dejan lugar a dudas que fueron redactadas por el que las recepcionaba y no en la forma como efectivamente declararon; tampoco se inician con la designación de la entidad que las recibe, violándose de esta manera lo previsto en los artículos 249, 252 y 155 del Código de Procedimiento Penal.

Considera la Sala que las violaciones anotadas con anterioridad, son sustanciales y hacen inválidos los testimonios por violación de las

formalidades previstas para la recepción del testimonio, y que hacen relación con el principio de legalidad que debe primar en la producción y aducción de la prueba.

Debe advertirse que en el exorto que se envió el cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986), se les advirtió entre otras circunstancias, que debían recepcionarse individualmente y con el lleno de los requisitos exigidos en la ley colombiana.

Las formalidades cuya ausencia se destaca en la recepción de los aludidos testimonios, son exigidas igualmente en el nuevo estatuto procesal, pues además de establecerse en el artículo 246 sobre la necesidad de la prueba, que debe ser legalmente producida, se insiste sobre el mismo principio en el artículo 252, en el 291 se establece que los testigos serán examinados separadamente y en el 292 que "Las respuestas se consignarán tal como las suministre el testigo", lo que indica con claridad la impotencia que el legislador le da a la observancia de ciertas formalidades que son de capacidad sustancial para efectos de la validez de la prueba.

En las condiciones anteriores los testimonios ilegalmente producidos carecen de capacidad probatoria y por ello no podrán ser tenidos en cuenta.

No existe ninguna prueba, válidamente producida, que nos indique que el sindicado efectivamente abusando de su cargo haya recibido ilegalmente dinero de ciudadanos españoles para su beneficio personal, porque lamentablemente, y de manera extraña, el funcionario consular al decir de los ofendidos, no expidió recibos por las sumas que se le entregaban para los trámites de adopción, precisamente tratándose de una oficina oficial de carácter internacional, que todo mundo lo sabe, deben reunir una serie de requisitos y de formalidades y es extraño que tan numeroso grupo de personas hubieran tan incautamente entregado sus dineros sin que hubieran extrañado la ausencia de recibo por los mismos.

En vigencia de la ley procesal anterior, sería del caso reiterar el sobreseimiento temporal, porque realmente existen indicios de que el citado funcionario sí estuvo intermediando en la adopción de niños colombianos y el hecho que no se haya podido probar la recepción ilícita de dinero, no es suficiente para que pudiera pensarse en una medida de carácter absolutorio como lo sería el sobreseimiento de carácter definitivo; pero *en la nueva ley procesal desaparece la posibilidad de un segundo sobreseimiento temporal por fallas probatorias y se hace imperativo en esta circunstancia el cese de procedimiento previsto en el artículo 473 que prevé que luego de la primera calificación y ordenada la reapertura por sesenta días, indicándose las pruebas que deban practicarse, se cerrará la investigación para calificarse, formulándose resolución de acusación, o cesación de procedimiento.*

La Sala considera perfectamente inconveniente la norma que se comenta, pues se desconoce la precariedad de medios investigativos con los que cuenta la administración de justicia, que tienen como consecuencia una mayor duración de los procesos en relación con los términos legalmente previstos y que al consagrarse la obligatoria califica-

ción de la reapertura con resolución de acusación o cese de procedimiento como únicas alternativas, generará la eliminación de centenares de procesos, con las nocivas consecuencias de la más absoluta impunidad.

En principio la norma antes aludida no sería aplicable a este proceso, pues aparentemente quedaría excluido por expresa disposición del artículo 677, puesto que al momento de entrar en vigencia la nueva codificación, este proceso tenía cierre de investigación y por tanto debía continuar tramitándose con las disposiciones del Código Procesal anterior, pero es evidente que la norma analizada comporta un beneficio para el procesado y se hace entonces imperativa la aplicación del principio constitucional previsto en el artículo 26, inciso segundo, reiterado como principio rector de la nueva codificación en el artículo quinto.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Cesar el procedimiento adelantado contra el doctor Alonso Cabal Erazo, en su calidad de cónsul honorario de Colombia en la ciudad de Alicante, España, por los hechos que se le imputaron y que fueron investigados en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, con salvamento de voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO

Nos separamos de la decisión tomada por la Sala en esta providencia, pues en nuestra opinión el fuero diplomático establecido por la Constitución Nacional sólo ampara a los Embajadores, los Ministros Plenipotenciarios y los Cónsules Generales Centrales, por las siguientes razones:

1. La Constitución Nacional ha creado un régimen especial para juzgar los altos dignatarios del Estado colombiano. La Carta, en su artículo 151, prevé, para efectos de su juzgamiento por la Corte Suprema de Justicia, dos grandes grupos de funcionarios: El primer grupo está integrado por el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, quienes serán juzgados por la Corte cuando el Senado de la República declare que hay lugar a seguimiento de causa contra ellos, previa acusación que les sea formulada por la Cámara de Representantes (Arts. 151, 97 y 102 de la Constitución Nacional).

El segundo está integrado por los Jefes de Departamento Administrativo, el Contralor General de la República, los agentes diplomáticos y consulares de la Nación, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Aduanas, los Comandantes Generales de las Fuerzas Militares, el Tesorero General de la República, y los Jefes Superiores de las Oficinas Principales de Hacienda de la Nación.

El problema que se plantea en este caso es el de saber qué se entiende por "agentes diplomáticos y consulares de la Nación", para determinar qué funcionarios del Servicio Exterior del país quedan cobijados por este fuero. La Corte ha tenido sobre este punto criterios encontrados: Por auto de abril 10 de 1984, con ponencia del Magistrado doctor Dante L. Fiorillo Porras, se abstuvo de conocer de una denuncia penal formulada contra el Segundo Secretario de la Embajada de Colombia en Polonia, por considerar que el fuero no cobijaba a los empleados subalternos del Servicio Exterior del país, mientras que por auto de junio 26 del mismo año 1984, con ponencia del Magistrado doctor Alvaro Luna Gómez, negó la daclaratoria de nulidad por falta de competencia de la Corte, solicitada dentro del proceso penal adelantado contra un ex-vicecónsul, funcionario de inferior nivel jerárquico al de un Segundo Secretario, con base en la definición que da la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares acerca del término "funcionario consular". Procedemos por tanto a determinar el alcance de esta expresión.

2. La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por la Ley 6ª de 1972, distingue dentro de una misión diplomática el personal diplomático, el administrativo y técnico, y el de servicio, y

define como "agente diplomático" a cualquiera de los miembros del personal diplomático (Art. 1º, numerales c, d y e).

El Decreto 2016 de 1968, que organiza el Servicio Diplomático y Consular del país, en su artículo 11, distingue, para efectos del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, dos grandes grupos, referido el primero al Servicio Diplomático, y el segundo al Servicio Consular. Dice así el mencionado artículo:

> Artículo 11. Las categorías de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular en el Servicio Exterior, son las siguientes:
>
> a) *En el Servicio Diplomático*:
> Embajador
> Ministro Plenipotenciario
> Ministro Consejero
> Consejero
> Primer Secretario
> Segundo Secretario
> Tercer Secretario
>
> b) *En el Servicio Consular*:
> Cónsul General Central
> Cónsul General
> Cónsul de Primera Clase
> Cónsul de Segunda Clase
> Vice-Cónsul.

En el mismo estatuto hace en su artículo 12 una equivalencia jerárquica entre los funcionarios del Servicio Exterior y los del Servicio Interno del Ministerio de Relaciones Exteriores, la que se transcribe a continuación:

> Artículo 12. Las categorías de los funcionarios en el Servicio Interno del Ministerio de Relaciones Exteriores y sus equivalencias con las del Servicio Exterior, son las siguientes:

Servicio Exterior	*Servicio Interno*
Embajador	Secretario General Subsecretario Director General de Protocolo Decano del Instituto Colombiano de Estudios Internacionales
Ministro Plenipotenciario Cónsul General Central	Jefe de División
Ministro Consejero	Subsecretario Asistente
Consejero	Subdirector de Protocolo
Cónsul General	

Primer Secretario	Subjefe de Asuntos Consulares
Cónsul de Primera	Subjefe de Inmigración
Segundo Secretario	Consejero (servicio interno)
Cónsul de Segunda	Primer Secretario (servicio interno)
Tercer Secretario	Segundo Secretario (servicio interno)
Vice-Cónsul	Tercer Secretario (servicio interno)

De las normas transcritas tanto de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, como del Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular, se colige que son "agentes diplomáticos y consulares de la Nación" todos los funcionarios diplomáticos del Servicio Exterior del país. Sin embargo, si se toma en cuenta la equivalencia jerárquica que hace el mismo Estatuto Orgánico en su artículo 12, se puede observar que figuran como "agentes diplomáticos y consulares" funcionarios de categorías muy bajas dentro de la estructura burocrática del país, por lo que parece un contrasentido pensar que todos ellos están amparados por el fuero constitucional, y que sólo pueden ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia.

Si se relee la lista de los funcionarios incluidos por la Carta como titulares de este fuero, se puede observar que todos ellos corresponden a los más altos dignatarios del país; no habría entonces razón para pensar que en tratándose del Servicio Exterior, la Constitución no tuvo en cuenta esta jerarquía, sino la naturaleza del servicio prestado. Obsérvese, por ejemplo, cómo un Tercer Secretario del Servicio Interno, que es el equivalente a un Tercer Secretario o a un Vice-Cónsul del Servicio Exterior, está a ocho niveles por debajo de un Jefe de División según la jerarquización establecida por el mismo estatuto (Art. 12), y que para ingresar a los niveles inferiores del Servicio Diplomático y Consular sólo se exige como requisito mínimo académico "poseer título de bachiller u otro equivalente superior", según reza el literal "e" del artículo 20 del mismo. No es entonces lógico pensar que cualquier agente consular o diplomático está amparado por el fuero constitucional.

3. El término "agente" hay que entenderlo, por tanto, dentro del contexto que él tiene para la Constitución Nacional, y no dentro de la connotación que tiene para el Servicio Exterior.

La Constitución Nacional en el inciso 2º del numeral 5º del artículo 120, dice: "En todo caso, el Presidente tiene la facultad de nombrar y remover libremente sus agentes". Las personas que la misma Carta señala como de libre nombramiento y remoción del Presidente son "los Ministros del Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo y los Directores y Gerentes de los establecimientos públicos nacionales", (numeral 1º del artículo 120 de la Constitución Nacional). La ley también ha señalado algunos cargos como de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta su participación en las decisiones políticas del Gobierno, que exigen que el Presidente tenga la completa autonomía para su vinculación y desvinculación del servicio, cuando las circunstancias así lo aconsejen. Precísamente en el artículo 2º del Estatuto

Orgánico del Servicio Diplomático y Consular se dice que "los Embajadores y Ministros Plenipotenciarios en el Servicio Exterior, los Cónsules Generales Centrales y quienes integren misiones especiales de carácter transitorio u ocasional, no tendrán que ser nombrados dentro del personal de la Carrera Diplomática y Consular".

Igualmente en el numeral 20 del mismo artículo 120 de la Carta, se dice que corresponde al Presidente de la República "nombrar los agentes diplomáticos" y "recibir los agentes respectivos". Es evidente que aquí también la Constitución se está refiriendo únicamente a los Jefes de Misión Diplomática, y no a todos los funcionarios del Servicio Exterior.

Del contexto de los numerales 5 y 20 del artículo 120 de la Constitución, en concordancia con el artículo 2º del Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular (Decreto Extraordinario 2016 de 1968), se colige que los "agentes diplomáticos y consulares de la Nación" que tienen fuero para ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, son exclusivamente los Embajadores, los Ministros Plenipotenciarios y los Cónsules Generales Centrales. Los demás funcionarios están sometidos al régimen de competencia ordinario. Esto, claro está, cuando sea competente la justicia colombiana por razón de la inmunidad reconocida por los tratados internacionales.

Jaime Giraldo Angel.

COMPETENCIA. IMPEDIMENTO

Código de Procedimiento Penal de 1987

Es bien claro y no admite interpretación distinta el contenido del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal actual (Decreto 050 de 1987), en cuanto determina el procedimiento para los asuntos penales que al momento de entrar en vigencia, se hallaban con auto de cierre de investigación ejecutoriado

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 058.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal a resolver de plano el *impedimento* manifestado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, para seguir conociendo de este proceso. Por economía procesal, se decidirá lo que legalmente corresponda respecto de las peticiones de libertad provisional presentadas por varios procesados y los señores defensores que intervienen en este asunto.

Del impedimento:

En providencia mayoritaria de fecha 8 de julio último, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los Magistrados *Luz Stella Mosquera de Meneses, Jorge Ortiz Rubio y Didimo Páez Velandia,* se declaró impedida para seguir conociendo de este proceso seguido contra *Antonio Cebollero* y otros, al considerar que aún en los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia del Decreto 050 de 1987 que para el 1º de julio se hallaban con auto de cierre de investigación ejecutoriado, éste debe aplicarse en cuanto a su ritualidad y competencia. Por ello y en atención al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 26 de la Carta y 5º del nuevo estatuto procedimental, las causales de impedimento y recusación previstas por el Legislador, resultan verdaderos factores de competencia subjetiva, pues la sola advertencia de cualquiera de ellas tiene el poder de neutralizar la competencia objetiva y trasladarla a otro funcionario en el que se conjuguen las dos.

Agrega que, si bien es cierto este tipo de impedimentos y recusaciones sólo funcionan *intuito personae,* que en el caso de cuerpos colegiados, no involucra al resto de los integrantes de la Sala, el nuevo

Código de Procedimiento Penal en el inciso 2º del artículo 535 consagra una causal de impedimento "suigéneris" en su fundamentación y en su proyección como factor de competencia objetiva. Lo es porque encuentra soporte en una actuación procesal y opera no en relación con un Magistrado individualmente considerado sino que se concreta en la Sala de Decisión como tal.

En síntesis, con apoyo en el principio constitucional de la favorabilidad, guía máxima insustituible principalmente en las situaciones como ésta de cambio de un código a otro, afirma el Tribunal, el impedimento consagrado en el procedimiento vigente a partir del 1º de julio último, resulta un imperativo del cual no puede sustraerse la Sala, por haber conocido en el etapa del sumario y evitar, por esta vía, una eventual situación de prejuzgamiento, motivo aducido en anterior oportunidad para promover contra la misma Sala incidente de recusación por parte de uno de los procesados.

La Sala de Decisión que le sigue en turno, integrada por los Magistrados José Jaime Palacios Bonilla, Lucas Quevedo Díaz y Aída Rangel Quintero, en providencia de 13 de julio del año que corre, acoge en su integridad el salvamento de voto del Magistrado Páez Velandia y con fundamento en adicionales consideraciones, encontró infundado el impedimento manifestado por la Sala primeramente nombrada y ordenó la remisión del proceso a esta Corporación para decidir sobre el incidente.

La decisión en comento se apoya en que si "de todos los procedimientos actuales, solamente están llamados a perdurar el abreviado, el especial con acusación y el ordinario para corporaciones y juzgados municipales...", no puede hablarse de un cambio de competencia con fundamento en lo previsto por el artículo 535, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, "...porque esa norma se refiere exclusivamente al procedimiento especial que admite acusación y no para todos los previstos en el Decreto 050 de 1987: no es posible incorporarlo al procedimiento especial con acusación invocando interpretaciones acerca de competencia, ritualidad o principio de favorabilidad, pues respecto de las dos primeras, el legislador le indicó normativamente el procedimiento, y la favorabilidad formulada a través de la 'diversidad de oportunidades y por lo tanto de criterios en el juzgamiento de una determinada situación jurídica', o de 'eventual situación de prejuzgamiento' desconocería su naturaleza y estructuración, puesto què al ser principio de consagración constitucional que las leyes no pueden desconocer, so pena de ser inaplicadas en ese punto por excepción de inconstitucionalidad, solamente se da en forma concreta y precisa, cuando frente a dos preceptos que gobiernan no una ritualidad, trámite o impulso procesal, sino una situación de garantía individual, de la simple comparación de los dos preceptos, resulte uno favorable para el acusado; a este principio no puede arribarse con lucubraciones, suposiciones, hipótesis o enjundiosos raciocinios; precisamente es tan clara su esencia que no es menester forzar la mente".

Finalmente, acepta el criterio de que algunas disposiciones del nuevo estatuto procedimental deben ser aplicadas por los jueces en razón del principio de favorabilidad, pero, en el caso concreto, el mandato del artículo 677 da fuerza vinculante para jueces y procesados el cierre de

investigación ejecutoriado antes de entrar en vigencia, máxime que, el 30 de junio del corriente año se expidió el Decreto 1200, que da competencia a los Juzgados Superiores y del Circuito para conocer hasta su terminación de todos aquellos asuntos con cierre de investigación ejecutoriado, cualquiera que haya sido la decisión adoptada en los mismos.

Es bien claro y no admite interpretación distinta, el contenido del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), que determina el procedimiento para los asuntos penales que al momento de entrar en vigencia, se hallaban con auto de cierre de investigación ejecutoriado.

Ello, a no dudarlo, por cuanto el nuevo estatuto consagra modificaciones sustanciales en cuanto a la competencia y la ritualidad en el proceso penal. Precisamente lo que el legislador quiso evitar fue el traumatismo que suele presentarse en el cambio de legislación; de ahí que, consideró pertinente mantener la vigencia del Código de Procedimiento Penal previsto en el Decreto 409 de 1971, exclusivamente para aquellos asuntos que se encontraban con auto de cierre de investigación ejecutoriado, pues siendo la etapa del juicio, la columna vertebral del juzgamiento, esta debía concluir de acuerdo con las disposiciones existentes para su desarrollo, en guarda del principio constitucional del debido proceso.

Pretender la aplicación del nuevo estatuto procedimental so pretexto del principio de favorabilidad, en materias ajenas a este instituto, comporta a no dudarlo el desconocimiento de aquel principio referido, pues, la ritualidad del mismo, debe desarrollarse de acuerdo con las leyes que lo rigen, es decir, en este caso, por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal anterior.

Y no obstante lo expuesto, no resulta redundante afirmar, que si bien el cambio de un ordenamiento jurídico por otro, suele plantear problemas e inquietudes, éstas desaparecen o dejan de serlo cuando el propio estatuto vigente propone la observancia de normas de la legislación antigua —tal es el caso del comentado artículo 677—, precisamente para impedir dilación en el desarrollo normal del juicio, pues la economía procesal es fundamento esencial en esta clase de situaciones y, desde luego, doctrina reiterada que actos cumplidos con anterioridad a la sanción de una nueva ley se reputan inalterables, sin desconocer el principio de favorabilidad y para cuyos efectos puede acogerse a una u otra ley retroactiva o ultraactiva.

Si ello es así, los distintos pronunciamientos que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, ha tomado en este proceso, como lo ha dicho reiteradamente esta Sala, las consideraciones expuestas por el Juez o Magistrados respecto de los hechos investigados, personalidad y responsabilidad de los acusados, en el auto de proceder, no los incapacita subjetivamente para continuar conociendo del juicio, así como tampoco para revisar la sentencia, estos últimos, pues, las determinaciones adoptadas lo fueron en cumplimiento de su función legal.

Por ello, el impedimento manifestado por la mayoría de integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que viene conociendo del proceso, resulta improcedente y así se declarará por esta Sala.

De la libertad provisional:

Aprovechando la llegada de estas diligencias a la Corte para resolver sobre el impedimento a que se hizo referencia anteriormente, los procesados Fernando Bedoya Hoyos y Carlos Eduardo Mendoza Campos, así como los defensores de Rafael Esteban Rodríguez Cristancho, Antonio Cebollero y Luis Alberto Orozco, solicitan el beneficio de libertad provisional con fundamento en los presupuestos del artículo 72 del Código Penal.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de emitir concepto respecto de las peticiones de excarcelación por cuanto, como lo expresó en vista fiscal de 21 de abril último y aceptado por la Sala en providencia del día siguiente, esta Corporación carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos distintos al del impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal de Bogotá.

Sobre los mismos presupuestos alegados en oportunidad pasada ante la Corte, los peticionarios insisten en la competencia de esta Corporación para resolver la excarcelación demandada, pues, el nuevo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 114, inciso 2º, le atribuye competencia para resolver la situación jurídica o petición de libertad, al juez que tenga el proceso al momento de formularse la solicitud.

Como se dejó antes dicho, este proceso se rige por las normas consagradas en el Decreto 409 de 1971 y no por las del Decreto 050 de 1987, razón por la cual, siguen vigentes las consideraciones expuestas por la Sala en providencia de 22 de abril último, que no es del caso repetir.

Ahora bien. El Tribunal Superior de Bogotá en providencia de 24 de julio último, negó nuevamente el beneficio de excarcelación demandado en favor de los acusados, precisamente por su improcedencia de acuerdo con las motivaciones consignadas en la citada decisión.

Y lo que los memorialistas pretenden, como en oportunidad pasada es que la Corte, por vía extraña, revise la providencia del Tribunal, la cual no tiene el grado de consulta ni es recurrible por haber sido proferida en su condición de juzgador de segunda instancia (auto interlocutorio), lo cual indica que esta Corporación carece de absoluta competencia para decidir lo solicitado tanto por los procesados como por los señores defensores.

No existiendo impedimento alguno y fijado el criterio del Tribunal Superior de Bogotá a través de las dos Salas que han intervenido en este asunto, respecto de la excarcelación de los procesados, debe dicha Corporación entrar a revisar la sentencia de primer grado por hallarse agotado el trámite propio de la instancia. Recuérdese que el proceso entró a Despacho el 15 de enero del corriente año y que por los diferentes incidentes presentados (recusación, impedimento y excarcelaciones reiteradas), no ha podido ser fallado, todo ello en detrimento de la pronta y eficaz justicia que funcionarios, apoderados y procesados están en la obligación legal y moral de facilitar.

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

Resuelve:

1º *Declarar infundado* el impedimento manifestado por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en decisión mayoritaria a que se hizo referencia en esta providencia y ordena que vuelvan los autos a dicha Corporación para los fines indicados en la parte motiva de esta providencia.

2º *Abstenerse* de resolver sobre las peticiones de libertad de los procesados Fernando Bedoya Hoyos y Carlos Eduardo Mendoza Campos, y por los apoderados de Rafael Esteban Rodríguez Cristancho, Antonio Cebollero y Luis Alberto Orozco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

La anterior providencia no fue suscrita por el Magistrado doctor Lisandro Martínez Z., por hallarse en uso de permiso Presidencial.
Bogotá, 27 de agosto de 1987.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

Según el método grafométrico los aspectos cuantitativos del manuscrito constituyen la clave en las investigaciones. En este medio de prueba es el procedimiento técnico, científico, el que convencerá al Juez de su acierto o desatino.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 060.

Vistos:

Se pretende la revisión de la causa adelantada contra *José del Carmen Rodríguez* (y otros), a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (marzo 31 de 1986), confirmando en todas sus partes la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito (noviembre 30 de 1985), condenara a la pena principal de seis (6) meses de prisión y multa de quinientos pesos ($ 500), como cómplice material del punible de estafa en grado de tentativa.

La Sala, en la fecha, ha acordado aplicar el anterior Código de Procedimiento Penal a las demandas de revisión presentadas con anterioridad al primero (1º) de julio del año en curso, fecha en que empezó la vigencia del actual ordenamiento procedimental.

La validez de los fallos la controvierte el recurrente al amparo de la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal (el anterior), a saber:

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

Y, así precisa el demandante la existencia de los "hechos nuevos en este caso concreto:

"1º La denunciante *Albenis Sánchez Osorio,* redactó y escribió de su puño y letra el documento anónimo que obra a los folios 659 y al 659-V del cuaderno original del expediente, anónimo que aportó al proceso como prueba de que ella era víctima de unos supuestos estafadores y que le permitió sindicar, luego, a *Farid Rojas Castro* y a *N. Trujillo* como autores materiales.

"2º Inexistencia real, objetiva, del supuesto 'doctor N. Trujillo' a quien (repito), la denunciante sindica de haberle quitado la boleta ganadora, y el fallador *ad quem* señala como autor intelectual. Este personaje es una creación de Albenis Sánchez Osorio dentro de la trama urdida por ella para engañar a la justicia. Al no aparecer determinado este sindicado como persona natural cierta, no se le llamó a juicio. Pero el *ad quem,* basada en la sola denuncia de Albenis Sánchez, y rompiendo la unidad del proceso, ordenó abrir investigación para establecer su existencia. De este nuevo proceso conoce el Juez Quinto Penal del Circuito de Bogotá (expediente Nº 11.420).

"Dados estos dos hechos nuevos, y puesto que ninguno de los testigos de cargo vio en manos de Albenis Sánchez Osorio la boleta tantas veces mencionada, ni la vieron en manos de otras personas antes de que la retuvieran los agentes de policía del F-2, ni la tuvieron en las suyas propias, se infiere lógicamente, que la denunciante jamás fue poseedora de dicha boleta. Pero supo de su existencia y (sola o en asocio con otros), procedió a tejer la trama para engañar a la justicia, y apoderarse, por este medio, de dicha boleta...".

2. No se ve cuál sea el fundamento para la terminante aseveración de que el "doctor Trujillo" sea persona inexistente que sólo tuvo vida en la mente de la denunciante y perjudicada Albenis Sánchez Osorio. Al respecto siguen conservando validez las apreciaciones del Tribunal: "...El proceso vislumbra que el atentado contra el patrimonio económico producto del azar de Albenis Sánchez Osorio, empieza a gestarse cuando la ingenua mujer coloca en manos del anónimo doctor Trujillo la boleta ganadora. Infortunadamente, sobre este aspecto la prueba luce demasiado deleznable, ya que los funcionarios de instrucción poco fue lo que hicieron para procurar la identidad de este individuo, cuya existencia es real...

"¿Por qué se aduce que el doctor Trujilo tiene existencia real? Sin lugar a dudas atendida la personalidad y grado de cultura de los procesados Farid Rojas Castro, José del Carmen Rodríguez y Paulino Rincón Susa, les era difícil, si no imposible, urdir astuta y ladinamente un timo de semejantes magnitudes. Al contrario, estos tres individuos fueron utilizados como instrumentos de los autores intelectuales anónimos, para poder hacer circular la boleta ganadora de la que fue despojada Albenis Sánchez Osorio".

La orden de expedición de copias para que se investigara a los autores intelectuales, fue inclusive motivo para que se demandara el reconocimiento de una nulidad de rango supralegal "por no haber sido (el doctor Trujillo) vinculado por el procedimiento legal, omitiéndose su emplazamiento y declaratoria de reo ausente", solicitud que fue denegada por auto de 11 de abril de 1980, el cual, al ser apelado, mereció las siguientes consideraciones del Tribunal: "Ciertamente que una vinculación de personas presuntamente incriminadas, debe hacerse mediante diligencia de indagatoria, o cuando es imposible, mediante emplazamiento y declaración de reo ausente. Sin embargo, éste debe prosperar cuando se ha determinado fehaciente y palmariamente la identidad del autor o autores de la ilicitud, evento que no se da en este proceso penal, ya que la persona que hemos reseñado, o las que puedan even-

tualmente estar comprometidas ya como autores materiales, ora intelectuales, carecen de plena identificación...

"...Precisamente los delincuentes habituales suelen ser los que llegan a usar varios nombres y apellidos y mal podría la ley amparar esa treta brindándoles la manera de hacer anular sus procesos con la esperanza de conseguir la impunidad...

"...Cuando la Sala conoció en segunda instancia del auto de proceder, evidenciando supuesta participación de Trujillo en los acontecimientos delictivos, tuvo que dar aplicación al artículo 482 del Código Adjetivo Penal, ordenando se compulsaran las copias para que la autoridad competente investigara hasta la saciedad, no solamente su identificación, sino su participación en el reato...".

Es, pues, a todas luces, irrelevante la alegación, comoquiera que la presentación que se hace como de "hecho nuevo" es impertinente y no consulta la realidad procesal.

3. Cuando se estudia la demanda se tiene la convicción de que, en mucho, es un simple alegato de instancia, habiendo sido la mayoría de sus argumentaciones ampliamente debatidas en el proceso. Así, por ejemplo, se insiste en que no fue posible la entrevista de Albenis Sánchez "con el supuesto doctor Trujillo, en el interior de las oficinas de la Cruz Roja (carrera 9ª Nº 19-65 de Bogotá), habiéndose demostrado, mediante inspección judicial, la imposibilidad absoluta para que personas extrañas a los empleados de esa entidad, o sea extraños al personal de planta, pudieran penetrar y permanecer en los interiores de esas oficinas sin la orden expresa del gerente o del subgerente". Esto se analizó inclusive en sede de casación, y allí se dijo: "Es cierto que no se menciona en la sentencia de segunda instancia la diligencia de inspección judicial, pero también lo es que la misma no tiene la capacidad probatoria que el recurrente pretende, porque en la prueba cuya existencia se desconoció en criterio del impugnante, se verificó que efectivamente la vigilancia de las dependencias de la Rifa de la Cruz Roja estaban a cargo de la Policía Nacional y de una firma privada y que era de tal naturaleza efectiva que se hacía imposible el acceso de extraños a las dependencias interiores de la lotería, pero si se atiende a lo expresado por la denunciante y ofendida, es obvio que ella en ningún momento afirma haber ingresado a dependencias distintas de aquellas donde de manera general se atiende al público que acude al cobro de sus premios o en busca de cualquier tipo de información. Es decir, que en ningún momento existe incompatibilidad entre lo verificado en la diligencia de inspección judicial y las conclusiones a que llegan las instancias...".

Ahora, si bien en la segunda instancia no se menciona expresamente la diligencia de inspección judicial, sí lo fue en la primera, y es bien sabido —así lo tiene sentado la jurisprudencia—, que ellas integran una verdadera unidad.

Se aparta también de la realidad procesal aquello de que nadie vio en manos de la denunciante Sánchez la boleta ganadora, cuando es precisamente la testigo Lucila Figueroa Muñoz quien se encarga de darle un mentís rotundo a tal aserto. Y, es más, por prueba científica

se logró demostrar que la boleta ganadora sí estuvo en poder de Albenis, así como con prueba testimonial.

Igual sucede con la siguiente afirmación del demandante: "Los falladores de instancia tuvieron por demostrado el hecho de que la denunciante escribió su nombre y el de su hija en la boleta Nº 8402, serie 28, a pesar de que los grafólogos del DAS y de Medicina Legal rindieron dictamen diciendo que 'no se puede establecer si estos nombres y apellidos fueron elaborados por Albenis Sánchez Osorio' ". Esto también fue suficientemente debatido en el proceso. En casación, por ejemplo, se hizo, pero bajo un matiz distinto. Veámos: "No comparte la Sala las apreciaciones que se hacen para fundamentar el segundo cargo, a la luz de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley, por haberse ignorado en el fallo impugnado una prueba legalmente practicada y concretamente la de Medicina Legal, cuando en la conclusión del dictamen grafológico se sostiene que no fue posible precisar quién realizó los grafismos parcialmente borrados que aparecen en el reverso de la boleta cuya propiedad se disputa; porque la realidad es que tanto en el fallo de primera instancia, como en el de segunda, se mencionan los diversos dictámenes grafológicos que fueron practicados en el curso del proceso; y en el fallo impugnado de segunda, se hace un análisis del dictamen realizado por los expertos del DAS en el que se concluye que 'dicha boleta presenta al dorso una alteración por medio de borrado mecánico y al ser sometidas las casillas premio mayor y tercer premio a filtros especiales y sistema fotográfico, se logró captar los términos 'Albenis Sánchez, Ana Liliana y la vocal 'E' mayúscula'.

"En las condiciones anteriores, no puede aceptarse la argumentación del recurrente, porque en relación con la prueba que se analiza, no puede predicarse el falso juicio de existencia, porque en realidad la prueba fue tenida en cuenta y debidamente analizada y ni siquiera podría proponerse la existencia de una contradicción entre los dictámenes de Medicina Legal y del DAS porque, mientras el primero afirma que no fue posible determinar la autoría de los grafismos que aparecen en el anverso de la tantas veces citada boleta ganadora —y ello es explicable puesto que fue sometido a proceso de borrado—, el dictamen del DAS, sin atribuir autoría a nadie, afirma que por diversos sistemas científicos se logró demostrar que los vocablos que aparecen borrados imperfectamente tienen el texto de Albenis Sánchez, Ana Liliana y la vocal 'E' mayúscula".

Está, pues, claro que los falladores no fueron contra lo dictaminado por Medicina Legal y el DAS, como hábilmente lo pretende hacer creer el impugnante. El que no se hubiera podido afirmar, mediante dictamen grafotécnico y precisamente por haber existido borrado mecánico, que el manuscrito fue obra de Albenis, no comportaba que el juzgador hubiera de desconocer lo que sí afirmaba el DAS de la presencia de su nombre y el de su hija al dorso de la boleta ganadora, lo que unido a otras pruebas y a lo que desde siempre afirmó la denunciante, conducía con creces a la sentencia condenatoria.

Es del caso reiterar ahora lo que la Corte repetidamente ha sostenido: La cosa juzgada, que en penal no es un dogma de absoluta e incontrastable vigencia, exige para su desconocimiento de elementos muy

precisos, indicados por la ley y la doctrina, los cuales desechan, con rotundo énfasis y en forma pacífica, la posibilidad de controvertir en este recurso extraordinario de revisión la prueba considerada por el juzgador y que se mantiene en el mismo estado en que obró para la sentencia.

4. Que fue Albenis Sánchez Osorio quien redactó 'de su puño y letra el documento anónimo que obra a folios 659 y al 659-V del cuaderno original'. Para demostrar este aserto se trae a los autos un dictamen grafológico emitido por la firma "Grafólogos Asociados". Se trata de *un concepto no oficial en el que se hace un cotejo de manuscritos, utilizando, según se afirma, el método grafométrico, del que, como es sabido, fueron Persifor Franzar y sus sucesores Humbert y Langenbruch quienes sentaron sus bases, ante la simplicidad y comprobada ineficacia del procedimiento morfológico. Para ellos los aspectos cuantitativos del manuscrito constituian la clave de este tipo de investigaciones. Empero, sus complejos métodos de examen fracasaron y sólo después de Locard y de Osborn logró estructurarse un método grafométrico racional.*

Hay todavía, en la grafotecnia, según afirman los estudiosos de estas disciplinas, grandes vacíos que obviamente dificultan la exactitud de las mediciones, las que presuponen de otra parte, abundancia de material de trabajo. No puede olvidarse que esta disciplina opera con base en promedios estadísticos y que sólo con idóneas y copiosas muestras puede garantizarse la eficacia de los diferentes índices. El método grafométrico, se afirma, puede y debe emplearse como complemento de muchos exámenes grafonómicos y señaléticos, pero no es, como piensan algunos, una especie de "lámpara de Aladino", que despeje totalmente la oscura problemática de la autenticidad grafoescritural. Se trata simple, lisa y llanamente, de un método de comprobación estadística y matemática que, racional y cuidadosamente empleado, sirve como complemento de otros análisis más rigurosos.

En el punto sexto de la experticia se lee: "Cabe preguntar aquí, por qué el autor del anónimo, escribio (sic) con tanta exactitud el nombre Albenis, por qué no se equivoco (sic) y por ejemplo, lo escribi (sic) Alvenis con V, es más, por qué razón siendo este nombre poco común, no lo escribio (sic) Albernis, o Albanis y otros de más fácil confunción (sic) para una persona que lo escucha por una sola vez, este factor unido a lo dicho en el punto anterior, es *prueba suficiente* para identificar al autor de los escritos".

Estos son los análisis más rigurosos que presenta el dictamen pericial. Bastaría pensar, como réplica, que muchas veces los niños coinciden en escribir palabras de complicada ortografía correctamente. O que aquí el simple azar fue el que llevó a estampar el nombre con exactitud, y, por qué no, que el autor del anónimo fuera una persona de vasta cultura. O que quien lo escribió, distinto a Albenis, desde luego, no era la primera vez que lo escuchaba. Pero lo que sí es incuestionable es que la consideración presentada por el experto no permite en manera alguna consolidar prueba de comprometimiento para la denunciante Albenis Sánchez Osorio como autora del anónimo, y menos decir que unida a la exploración grafométrica, sobre todo de la manera como se hizo en el caso de autos (sin abundantes muestras, probablemente sobre

"muestras tomadas directamente de los originales"; si en el juzgado, lo que no sería nada científico, comoquiera que entonces no podría contarse con el laboratorio apropiado, o si se trasladó el material de trabajo al laboratorio, de lo que no hay constancia legal, en fin), es *prueba suficiente* para colocar la autoría en Albenis.

Es que las meras suposiciones, las simples conjeturas, ni son de por sí pruebas, ni pueden contribuir a fortalecer ninguna otra, si es que ésta existe. El 'argumento' carece de consistencia y significación. No se puede afirmar, sin caer en la ligereza, que como el nombre Albenis fue bien escrito, tuvo que serlo por ella misma, porque otra persona fatalmente lo escribiría mal.

En el numeral duodécimo del dictamen se afirma: "Los escritos estudiados, tanto el anónimo como el dictado, presentan una muy buena ortografía (sic), son escasos los errores de esta índole (sic), se pudo comprobar que las palabras que llevan acento, lo estan (sic) por Ejemlo (sic), 'Bogotá' renglón 1, folio 569 y 'José' renglón 1, folio 501, lo cual significa mucho desde el punto de vista del estudio que nos ocupa, de lo cual se deduce que los escritos provienen de una persona de cultura media, que practica y se esfuerza por mejorar su cultura".

Pero la verdad es que en el anónimo existen plabaras escritas de la siguiente manera: "dicimos", "nadies", "entonses", "bolvamos", "vova", "vien". Y, en el dictado a que alude el experto se lee: "Sanchéz", "Rodrigués", etc. No se ve, entonces, cómo puede predicarse en ellos la presencia de una 'muy buena ortografía', a no ser que ésta no se posea, lo que parece acontece en el presente caso, donde en la experticia obran alrededor de cuarenta y cinco (45) errores ortográficos. Y recuérdese que el verdadero experto no sólo debe cuidar su ortografía, sino que debe realizar estudios intensos en ciencias biológicas, sicológicas y físicoquímicas, amén de un conjunto sobresaliente de artes y oficios. Por eso se ha dicho que, sin información biosíquica, esto es, sin bases anatómicas, fisiológicas, fisiopatológicas, sicológicas, neurológicas y siquiátricas, es muy difícil identificar en un caso dado el gesto gráfico vertido en un documento.

No deja de extrañar que, siendo como es que quien escribe un anónimo busca desdibujar las peculiaridades de su normal manera de escribir, aquí se pase por alto tan elemental conocimiento y se coloque precisamente el escrito dubitado, donde se halló contra toda existencia una preciosa ortografía, como índice de que proviene "de una persona de cultura media, que practica y se esfuerza por mejorar su cultura". No solamente se encontró lo imposible, sino que sin acudir a otros mecanismos o explicaciones, se concluye en contra de lo que enseña el proceso: que Albenis es una mujer ingenua, de baja escala de cultura, como exactamente la analizó el Tribunal.

Hay un momento en que el experto se confiesa y acepta que "...las grafías no son tan exactas por lo que se tiene que enfocar el estudio hacia múltiples detalles, algunos simples como los descritos anteriormente, para llegar a la verdad". Fundamentar así una demostración técnica de esta índole, tan delicada en su composición como trascendente en sus efectos, no es arbitrar razones para su acogimiento sino, por el contrario, ofrecer motivos para su desvirtuación, más cuando de

lo que se trata es de dar vía a un procedimiento que puede conducir a remover la intangibilidad de la cosa juzgada.

Recuérdese que, en estas materias, el medio de prueba no es propiamente el dictamen del perito, sino el procedimiento técnico, científico que emplee para su examen, que es en definitiva el que convencerá al juez de su acierto o desatino. Por eso se ha dicho que cuanto interesa al juzgador, tratándose de la pericia documentaria, no es la conclusión en sí, sino la forma como ella fue adoptada.

Y aún en el caso de ser el dictamen formalmente perfecto, está sometido a la apreciación del juez, quien para aceptarlo o rechazarlo, en todo o en parte, deberá dar razón escrita en favor o en contra. Ello no significa cosa distinta a que no es por sí mismo, plena prueba.

En el caso *sub-exámine,* el cotejo sólo fue generoso en desatinos, como quedó expuesto.

5. Pero aún aceptando, y sólo en gracia de discusión, que el dictamen emitido prueba que Albenis Sánchez Osorio fue quien lo escribió, ninguna eficacia tendría en orden a anular, por la vía de la revisión, la sentencia proferida. En efecto, la sentencia de primera instancia ninguna alusión hizo al anónimo de marras, en ningún momento fue presupuesto de la incriminación, y en cuanto dice a la de segunda, la referencia es ciertamente incidental, parca y definitivamente intrascendente, comoquiera que allí jugó papel primordial el dictamen emitido por el DAS, al que el juzgador llamó exactamente "prueba reina", y que determinó que la boleta ganadora, en su dorso, presentaba "una alteración por medio de borrado mecánico y al ser sometidas las casillas premio mayor y tercer premio a filtros especiales y sistema fotográfico, se lograron captar los términos 'Albenis Sánchez, Ana Liliana y la vocal 'E' mayúscula", prueba científica ésta muy diferente al cotejo manuscritural de marras, con lo que se confirmó el dicho de la denunciante Albenis en el sentido de que desde el momento en que los condenados pretendieron cobrar el premio, la boleta ya ostentaba su nombre y el de su hija. También se tuvieron en cuenta otras pruebas, la testimonial, por ejemplo, pero nunca fue importante o siquiera ligeramente incidente en la condenación el susodicho anónimo. Bien hubiera podido prescindirse de su fugaz referencia y la otra, esta sí trascendente, habría permanecido incólume, decisiva, siempre azás suficiente en la fundamentación de la sentencia condenatoria. Porque constituye craso error considerar que si la autoría del anónimo se coloca en cabeza de Albenis, ello inexorablemente conduce a negar la existencia de la otra prueba, bastante ésta sobrada e independientemente, para la demostración de la tentativa de estafa y la responsabilidad de los hoy condenados.

Así las cosas, siendo la crítica dirigida a lo que no fue cabalmente elemento de convicción para los juzgadores, no puede constituirse en fundamento, de hecho o de derecho, que comporte el trámite del extraordinario y exigente recurso de revisión.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Desestima* el recurso de revisión propuesto por el doctor Hipólito

Latorre Gamboa, apoderado del procesado José del Carmen Rodríguez, en el proceso de marras.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL

El Juez de Segunda Instancia o la Corte, durante el trámite del recurso extraordinario de Casación, solamente, para los efectos de la libertad provisional, pueden efectuar los cómputos necesarios para determinar si un procesado es o no acreedor al beneficio de excarcelación, por aplicación del principio de favorabilidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado Acta Nº 060.

Vistos:

Con invocación del artículo 301 del Decreto 050 de 1987 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), el procesado José Eduardo Hernández Rodríguez solicita el beneficio de libertad provisional prevista en el numeral 2º del artículo 439 ibídem.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal ha emitido concepto desfavorable para la excarcelación del procesado, en consideración a que la reducción de pena corresponde exclusivamente a los falladores de instancia, por ello, tal circunstancia no puede ser considerada durante la tramitación del recurso extraordinario de casación, a menos que éste prosperara, previa la demanda de rigor.

Consideraciones de la Corte:

En providencia de 11 de junio último, esta Corporación negó al procesado Hernández Rodríguez el beneficio de libertad provisional en consideración a que no acreditó el requisito cuantitativo previsto en el artículo 72 del Código Penal, es decir, el cumplimiento de las dos terceras partes de la sanción impuesta por los juzgadores de instancia.

Así mismo como el peticionario alegara que la tasación de pena efectuada en su contra, fue excesiva, la Sala puntualizó en el referido auto:

"En cuanto a las consideraciones del procesado, quien aduce exceso en la tasación de la pena por parte de los juzgadores de instancia, la Corte no puede mediante incidente de excarcelación, modificar la sentencia recurrida, pues, ello sólo es posible en el evento de la prosperidad del recurso extraordinario de casación, con base en la demanda que su defensor presente y la causal invocada. Por ello, la sanción determinada en la sentencia de segundo grado resulta inmodificable en este momento

procesal y solamente el *quantum* de la sanción allí determinada, puede ser considerado por la Sala para pronunciarse en los incidentes de excarcelación que se promuevan".

No obstante lo anterior, con fecha primero (1º) de julio del corriente año, entró en vigencia el Decreto 050 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), que el procesado invoca para demandar su excarcelación con fundamento en lo prescrito por el artículo 301. Debe la Sala determinar, en consecuencia, si dicho estatuto es aplicable en este caso y si la Corte es o no competente para reconocer la reducción de pena que se solicita.

De la favorabilidad

El artículo 26 de la Constitución Nacional en su inciso 2º consagra el principio de favorabilidad de la ley cuando enseña:

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

Así mismo, los Decretos 409 de 1971 y 050 de 1978 (Código de Procedimiento Penal), en sus artículos 6º y 5º, respectivamente, desarrollan el citado principio. Por ello, no obstante el contenido del artículo 677 del nuevo estatuto procedimental que determina su aplicabilidad exclusiva a los procesos que para el primero de julio del corriente año se hallaran con auto de cierre de investigación ejecutoriado, debe la Sala determinar previamente, si el artículo 301 que invoca el memorialista, le resulta favorable para sus intereses.

Dice la norma en cita:

"Reducción de pena en caso de confesión. A quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión confesare el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una tercera parte, si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia".

En consecuencia, para su aplicabilidad se deben reunir los siguientes requisitos:

a) Que la confesión se verifique de conformidad con lo preceptuado por el artículo 296 ibídem.

b) Que dicha confesión la realice el procesado en su primera versión.

c) Que ella sea fundamento de la sentencia condenatoria.

Se exceptúan los casos de flagrancia en las circunstancias previstas en el artículo 393 del citado estatuto.

En el presente caso, José Eduardo Hernández Rodríguez fue capturado en el aeropuerto de Bucaramanga de esta ciudad y en declaración libre y espontánea verificada el 7 de octubre de 1985 ante el oficial investigador del Comando del Grupo CIAES de la Quinta Brigada del Ejército Nacional y posteriormente en declaración indagatoria llevada a cabo dos días después ante el Juez 100 de Instrucción Penal Militar, confesó su participación en los hechos investigados. Su inicial versión, al momento

de su captura, dio lugar a los varios operativos con resultados positivos para la recuperación del material militar y la captura de otros procesados.

Es decir, el peticionario tendría derecho al beneficio de reducción de pena previsto en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal vigente, precisamente por aplicación del principio Constitucional en comento, máxime que el artículo 6º del Código Penal lo consagra *también para quienes estén condenados.*

De la competencia

Dice el artículo 616 del Decreto 050 de 1987 que "... La providencia que haga cesar o que rebaje con arreglo a una Ley nueva una pena o medida de seguridad impuesta de acuerdo con las leyes anteriores, será dictada por el juez que conoció del proceso en primera o única instancia, de oficio o a solicitud de parte, a no ser que exista cambio de competencia de jurisdicciones especiales a la ordinaria, en cuyo caso esta última será la competente".

El Código de Procedimiento Penal anterior, en su artículo 7º consagra esta facultad al Juez que conoció de la causa, es decir al juez de primera o única instancia.

No obstante lo anterior, como el procesado demanda el beneficio de libertad provisional consagrado en el numeral 2º del artículo 439 del Decreto 050 de 1987, y la Corte conoce del proceso en virtud del recurso extraordinario de Casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado, la Sala es competente para decidir lo pertinente en cumplimiento de lo previsto en el inciso 4º de la norma antes citada cuando determina que "La libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista".

Quiere decir lo anterior que, de tener derecho el procesado al beneficio de excarcelación con fundamento en los requisitos del subrogado de la libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal, su reconocimiento no puede diferirse so pretexto de que la competencia radica exclusivamente en el funcionario de primera o única instancia.

Por ello, el Juez de Segunda instancia o la Corte durante el trámite de recurso extraordinario de casación, solamente, para los efectos de libertad provisional, pueden efectuar los cómputos necesarios para determinar si un procesado es o no acreedor al beneficio de excarcelación, por aplicación del principio de favorabilidad. Esto desde luego resulta de consideraciones igualmente provisionales, en forma anticipada, sin comprometer el criterio del juez de primera instancia a quien compete en definitiva realizar la reducción de la sanción cuando la sentencia ha causado ejecutoria y deba ser ejecutada.

De la libertad provisional

José Eduardo Hernández Rodríguez fue condenado por el Tribunal Superior Militar a la pena privativa de la libertad de *cuarenta y ocho (48) meses de prisión* como autor responsable del delito previsto en el artículo 202 del Código Penal bajo la denominación de "Fabrica-

ción y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas".

En el citado fallo se consignó que el procesado "Acepta plenamente su participación en los hechos, sosteniendo haber recibido el material del Capitán del Ejército Nacional Guillermo Ramírez Suárez, quien se apoderara de noventa y seis (96) granadas de fragmentación del Batallón de Servicios Nº 5 de la ciudad de Bucaramanga (Santander), y haber suministrado veinte (20) de ellas a Jaime Quintero Herrera, recibiendo el valor de la transacción de parte de José Chaín Correa. Da cuenta igualmente que, mediante llamada telefónica, este último le solicitó treinta (30) granadas más, las cuales transportó en un taxi hasta la residencia de Chaín Correa, en donde las recogió Jaime Quintero, recibiendo posteriormente de Chaín Correa por concepto de dicha transacción, la suma de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00) en dinero efectivo...", es decir, su versión resultó trascendental para la investigación hasta el punto de haberse declarado la responsabilidad penal de él y de sus compañeros de causa Jaime Quintero Herrera y José Neyit Chaín Correa, o sea, fue prueba fundamental de la sentencia.

Por lo anterior y respetando los criterios de los juzgadores de instancia para la dosificación de la sanción impuesta al procesado, encuentra la Sala que Hernández Rodríguez sería acreedor a la reducción de pena prevista en el artículo 301 del nuevo Código Penal, se repite, por aplicación al principio de favorabilidad de la ley, es decir, que la sanción provisional que debe ser considerada por la Corte para los efectos de resolver la petición de excarcelación, sería la de cuarenta y ocho (48) meses de prisión a que fue condenado, disminuida en una tercera parte por hallarse debidamente acreditado el cumplimiento de los requisitos del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, para quedar en *treinta y dos (32) meses de prisión.*

Como el procesado se halla detenido desde el 5 de octubre de 1985, a la fecha ha descontado efectivamente en prisión *veintidós (22) meses y veintiséis (26) días.* Por trabajo acredita durante el mismo lapso 3.148 horas que le dan derecho, según lo preceptuado por la Ley 32 de 1971 y el Decreto Reglamentario 2119 de 1977, a una rebaja adicional de *cuatro (4) meses y once (11) días,* para un total acumulado de *veintisiete (27) meses y siete (7) días,* superiores a las dos terceras partes de la sanción provisional antes deducida que equivalen a *veintiún (21) meses y diez (10) días* de prisión.

Finalmente y para los efectos del artículo 72 del Código Penal, demostrado está el requisito cuantitativo u objetivo, esto es, el cumplimiento de las dos terceras partes de la sanción que le correspondería por su conducta, así como la ausencia de antecedentes penales y de policía, su comportamiento dentro del establecimiento carcelario calificado por el consejo de Disciplina como "ejemplar", su buena conducta anterior y su permanente trabajo, todo lo cual indica el cumplimiento de los demás factores del orden subjetivo que hacen viable la excarcelación demandada, mediante caución prendaria y la suscripción de la diligencia a que se refiere el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal.

De conformidad con lo previsto en el artículo 440 *ibídem*, el procesado deberá constituir previamente, caución prendaria por la suma de *cincuenta mil pesos* (*$ 50.000.oo*) favor del Comando de la Quinta Brigada de Bucaramanga y la suscripción de la diligencia de buena conducta y presentaciones personales cada quince (15) días ante el funcionario de primera instancia.

Por lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia,* Sala de Casación Penal, oído el concepto del Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º *Conceder* al procesado José Eduardo Hernández Rodríguez el beneficio de libertad provisional, previa caución prendaria por la suma de *cincuenta mil pesos* (*$ 50.000.oo*) a favor del Comando de la Quinta Brigada y la suscripción de la diligencia de buena conducta y presentaciones cada 15 días ante el mismo funcionario.

2º Satisfechos los anteriores requisitos se librará la correspondiente boleta de excarcelación con la advertencia de que sólo producirá efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

3º Para el cumplimiento de esta providencia se comisiona al señor Comandante de la Quinta Brigada a quien se le librará la comunicación telegráfica respectiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, con salvamento de voto; Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PREVARICATO

Si los cargos se reducen a una disparidad de criterios entre denunciante y denunciado: cómo determinar si el Procurador Regional era competente o no para ordenar el archivo de las diligencias disciplinarias adelantadas contra un Fiscal de Juzgado Superior, no constituye fundamento sólido del elemento manifiestamente ilegal

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 60.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la solicitud de cesación de procedimiento incoada por la apoderada del sindicado doctor *Gabriel Moncada Quintero,* acusado de la comisión de hechos delictuosos en ejercicio del cargo de Procurador Segundo Regional de Bogotá.

Antecedentes:

1º El Asistente de la Fiscalía del Juzgado Tercero Superior de Aduanas de esta ciudad, señor César Suárez Ramírez se quejó ante la Procuraduría Segunda Regional por la conducta observada por el Fiscal del Juzgado doctor Juan Martín Suárez Quevedo, quien en desarrollo de un altercado verbal ocurrido la mañana del veinticuatro de junio de 1985 dentro de las oficinas de la Fiscalía, lo hizo objeto de agravios y agresiones de hecho ocasionándole una pequeña herida en el dedo índice de la mano derecha.

Ratificada la queja, la Procuraduría Regional comisionó a la Abogada Visitadora doctora Martha Giraldo Restrepo para que adelantara la correspondiente averiguación disciplinaria y rindiera informe evaluativo. Dicha funcionaria después de oir en exculpación juramentada al inculpado acompañando al informativo copia de la denuncia penal instaurada por el Fiscal contra su asistente en razón de los mismos hechos investigados, conceptuó que las diligencias debían archivarse por falta de mérito para formular cargos al acusado.

2º Con fundamento en el informe rendido, el doctor Gabriel Moncada Quintero, en su carácter de Procurador Segundo Regional de Bogotá, profirió el 16 de septiembre de 1985 la siguiente decisión:

"Perfeccionada la presente investigación, la Abogada Visitadora comisionada no halló mérito para formular cargos contra el doctor Juan Martín Suárez Quevedo Fiscal 3º Superior de Aduanas de Bogotá. En consecuencia, este Despacho acoge su criterio y ordena *archivar* las diligencias radicadas con el número 41.805, previas las anotaciones y avisos de Ley. *Cúmplase*".

3º Un año después, el quejoso Suárez Ramírez denunció ante la Corte al Procurador Regional atribuyéndole el delito de prevaricato de que trata el artículo 149 del Código Penal por haber dictado resolución manifiestamente ilegal, pues de conformidad con lo previsto en los artículos 8º de la Ley 20 de 1972, 190 del Decreto 1660 de 1978 y 3º de la Resolución número R-060 de 3 de noviembre de 1983, expedida por el Procurador General de la Nación, el funcionario denunciado resultaba incompetente para ordenar el archivo de las diligencias en procesos disciplinarios adelantados contra los fiscales de los Juzgados Superiores, de Aduanas y de Circuito, atribución ésta reservada de modo privativo al Jefe del Ministerio Público, agregando que el doctor Moncada Quintero tomó dicha determinación, no mediante auto motivado como lo exige el artículo 184 del Decreto 1660, sino de simple "cúmplase" con lo que lo privó del derecho a interponer contra ella los recursos ordinarios.

Manifestó además, que el Procurador Regional venía ciñéndose en la práctica a las reglas de procedimiento establecidas en el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público y las resoluciones dictadas por el Procurador General como en el caso del proceso disciplinario adelantado contra la Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Bogotá en el que remitió la actuación al Procurador Delegado para el Ministerio a fin de que tomara la decisión correspondiente, concluyendo que en su caso particular el denunciado obró con pleno conocimiento de su incompetencia para poner fin al proceso disciplinario, ocasionando con tal proceder graves perjuicios a la justicia y a los intereses del quejoso, dejando de investigar a fondo la conducta del Fiscal del Juzgado y omitiendo compulsar copias de lo pertinente para que se investigara el delito de Lesiones Personales de que fue víctima.

4º Oído en indagatoria el sindicado, expresó haber dispuesto el archivo de las diligencias basado en el informe evaluativo rendido por la Abogada Visitadora que no encontró mérito para formular cargos contra el Fiscal acusado, decisión que tomó con fundamento en la Resolución número 060 de 3 de noviembre de 1983 por la que el Procurador General delegó en los Procuradores Regionales las funciones de iniciar y adelantar las averiguaciones disciplinarias por faltas atribuidas a los fiscales de los Juzgados Superiores, de Aduanas y de Circuito, facultándolos para formular cargos, si a ello hubiere lugar y como quiera que en tales condiciones los funcionarios delegados adelantaban la correspondiente investigación tenían la atribución de archivar las diligencias cuando no encontraban mérito para formular cargos, o cuando una vez formulados, el acusado justificaba su conducta, facultad que se desprende del claro texto del artículo 184 del Decreto 1660 de 1978. Es decir, "que siendo investigador, por delegación directa del señor Procurador General de la Nación, de la conducta

de un Fiscal Superior de Aduanas, decreté el archivo del asunto al no hallar mérito para formular cargos".

Explicó que contrariamente a lo que piensa el denunciante y las personas no familiarizadas con el régimen disciplinario, en éste no puede hablarse con propiedad de autos de sustanciación o interlocutorios exclusivos del procedimiento ordinario, sino de un procedimiento puramente administrativo en el que las decisiones adoptadas tienen el carácter de los llamados autos complejos. La resolución mediante la cual ordenó el archivo de las diligencias contra el fiscal del juzgado fue motivada consistiendo dicha motivación "en que se había perfeccionado al investigación disciplinaria, que la Abogada Visitadora comisionada no había encontrado mérito para formular cargos, criterio este que era acogido por el despacho y que por consiguiente se archivaba".

5º En materia de delegación de funciones a los procuradores regionales para investigar faltas cometidas por los fiscales de los Juzgados Superiores, de Aduanas y de Circuito, el expediente contiene copias autenticadas de las resoluciones expedidas por el Procurador General de la Nación en uso de sus atribuciones, de las cuales únicamente se reseñarán aquellas que tienen que ver con el caso examinado.

Mediante Resolución R-11 de 19 de noviembre de 1981, artículo 3º, el Procurador General delegó en los procuradores regionales la función de "conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se sigan a los fiscales de los Juzgados Superiores, de Aduanas y de Circuito. La segunda instancia corresponde al Tribunal Disciplinario". En ella facultó a los funcionarios delegados para subcomisionar a los abogados de su dependencia en la instrucción de toda o parte de la correspondiente averiguación, reservándose el derecho de reasumir las funciones delegadas cuando lo estimare conveniente.

El 3 de noviembre de 1983, expidió la Resolución R-060 que dispuso en su artículo único:

"El artículo 3º de la Resolución R-11 de 1981, quedará así:

"Deléganse en los procuradores regionales las funciones de iniciar y adelantar las averiguaciones a que haya lugar por faltas disciplinarias que se atribuyan a los fiscales de los Juzgados Superiores, de Aduanas y de Circuito. En ejercicio de dicha delegación los procuradores regionales formularán cargos, si a ello hubiere lugar y proyectarán para la revisión del Procurador General la decisión de primera instancia que a este le corresponde adoptar. La segunda instancia corresponde al Tribunal Disciplinario".

Y el 27 de diciembre de 1985 profirió la Resolución número 111 "Por la cual se provee en cuanto al procedimiento disciplinario en relación con fiscales y personeros", disponiendo en su artículo primero que las averiguaciones a que hubiere lugar por faltas disciplinarias en que incurran dichos funcionarios "serán adelantadas por el Procurador Delegado para el Ministerio Público, por sí mismo, o por intermedio de funcionarios de su dependencia o de los procuradores regionales o de los jefes de Oficinas Seccionales de la Procuraduría, que él comisione al efecto".

El artículo cuarto estableció que perfeccionadas las investigaciones por parte de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público, se enviarán al despacho del Procurador General de la Nación para el fallo de primera instancia y el artículo quinto ordenó que "Cuando no exista mérito para formular cargos o cuando sean admisibles los descargos del inculpado, el Procurador Delegado para el Ministerio Público dispondrá el archivo de la investigación, conforme lo señala el artículo 184 del Decreto 1660 de 1978".

6º La apoderada del procesado, examinando prolijamente las distintas resoluciones por las que el Procurador General de la Nación ha venido delegando en los procuradores regionales la función de investigar, y en algunos casos la de fallar en primera instancia, los procesos disciplinarios adelantados contra los fiscales de los Juzgados Superiores, de Aduanas y de Circuito, e identificándose plenamente con las explicaciones dadas por su representado concluye que debe cesarse todo procedimiento en su contra porque el hecho a él imputado no es constitutivo de delito, sino el estricto cumplimiento de un deber oficial.

Argumenta que para la época de los hechos denunciados el doctor Moncada Quintero, en su condición de Procurador Regional de Bogotá era competente, por delegación expresa del señor Procurador General para iniciar y adelantar la averiguación contra el fiscal del Juzgado Superior de Aduanas de esta ciudad, en virtud de queja presentada por su Asistente Judicial y para disponer el archivo de las diligencias por no encontrar mérito para formularle acusación, como claramente fluye del contenido literal del artículo único de la Resolución 060 de 1983, en armonía con el artículo 184 del Decreto 1660 de 1978, norma ésta que atribuye al investigador la facultad de ordenar el archivo del expediente mediante auto motivado.

Afirma que dicha atribución solamente vino a ser desconocida con la expedición de la Resolución número 111 de 27 de diciembre de 1985 que por primera vez asignó competencia privativa al Procurador Delegado para el Ministerio Público para disponer el archivo de las diligencias en procesos disciplinarios contra los fiscales de los juzgados fecha para la cual el sindicado había hecho dejación del cargo de Procurador Regional.

Agrega, que el auto de archivo cuestionado de ilegal se integra con las motivaciones de la Abogada Visitadora que rindió el informe evaluativo y que por su peculiar naturaleza dentro del procedimiento disciplinario no puede asimilarse a los actos jurisdiccionales por tratarse de una decisión que no pone fin a la instancia, no hace tránsito a cosa juzgada ni es susceptible de impugnación por parte del quejoso a través de los recursos ordinarios pues la ley no le otorga a éste personería para recurrir de ella limitando su intervención a informar de la falta conocida y a proporcionar cualquier otro dato que pueda interesar a la investigación (art. 179 del Decreto 1660).

Consideraciones:

No cabe duda que en materia de delegación de funciones a los procuradores regionales en procesos disciplinarios por faltas atribuidas a los fiscales de los Juzgados Superiores, de Aduanas y de Circuito, el

Procurador General de la Nación en uso de sus atribuciones legales, especialmente de las que le confiere el artículo 43 del Decreto 521 de 1971, se ha movido entre dos extremos: delegar en aquellos funcionarios la instrucción y el juzgamiento de única o primera instancia de tales procesos (arts. 3º de la Resolución 05 de 1980 y 3º de la Resolución R-11 de 1981) y suprimirles esa facultad autorizando al Procurador Delegado para el Ministerio Público para adelantar por sí mismo dichas averiguaciones, o por conducto de los procuradores regionales que comisione al efecto, sin renunciar a la competencia asignada por la ley para conocer en primera instancia de esos asuntos (Resolución Nº 111 de 1985), situación que como es fácil entender, provocó en la práctica variadas interpretaciones y múltiples conflictos a pesar de las variantes introducidas.

Pero, si bien resulta evidente que para la época de los hechos investigados no existía norma que expresamente facultara a los funcionarios delegados para ordenar el archivo de las diligencias, en los casos previstos en la Ley, se venía entendiendo por el propio sindicado y al parecer por quienes se desempeñaban como Procuradores Regionales que esa atribución emanaba del claro contenido de la Resolución 060 de 1983 que delegó en ellos las funciones de "iniciar y adelantar" las averiguaciones disciplinarias por faltas atribuidas a los fiscales de los Juzgados Superiores, de Aduanas y del Circuito, pudiendo formular cargos si a ello hubiere lugar, precepto armonizado con el artículo 184 del Decreto 1660 de 1978, que establece:

"Cuando el investigador no hallare mérito para formular cargos, o encontrare admisibles los descargos del inculpado, dispondrá el archivo del expediente mediante auto motivado, del cual se dará noticia escrita al acusado, al quejoso y en su caso, al funcionario informante".

De la interpretación de tales normas que no resulta ilógica o exagerada, surgía la competencia delegada a los Procuradores Regionales como investigadores de las faltas disciplinarias atribuidas a los Fiscales de Juzgado, para iniciar la correspondiente investigación o abstenerse de hacerlo, mediante la formulación de cargos al inculpado o el archivo de las diligencias, pronunciamiento este ordinariamente reservado al funcionario instructor aunque sin los alcances jurídicos que se le pretenden asignar.

Con sobrada razón ponen de presente el procesado y la defensa que la resolución de archivo de las diligencias no pone fin a la instancia dentro del proceso disciplinario ni tiene el carácter de providencia interlocutoria equiparable al auto inhibitorio del procedimiento ordinario y susceptible por lo tanto de ser impugnado por el quejoso a través de los recursos ordinarios, pues los artículos 179, inciso 3º y 184 del Decreto 1660, limitan la intervención de este a informar de la falta conocida, proporcionando cualquier otro dato que interese a la investigación disponiéndose que la orden de archivo debe comunicársele por escrito, sin especificar en ningún caso que le asiste personería para recurrir a dicha determinación, criterio este acogido por el Tribunal Disciplinario en providencia de 22 de noviembre de 1985, cuya copia obra en autos, variando en tal sentido su doctrina sobre el particular.

No debe perderse de vista que el querellante recibió oportuna noticia por escrito del auto que dispuso el archivo de su queja y sin embargo, no la impugnó mediante los recursos que ahora alega le fueron desconocidos (fl. 24 del c. de la Corte).

Se cuestiona igualmente, la legalidad de dicho proveído porque no aparece motivado, pero debe entenderse que las escuetas razones allí consignadas están estrechamente relacionadas con las conclusiones a que llegó la Abogada Visitadora que recomendó el archivo de la actuación porque de la declaración rendida por el fiscal acusado que suministró una versión de los hechos diametralmente opuesta a la del quejoso y acompañó copia de la denuncia penal por él formulada contra su acusador por daño en bien ajeno (destrucción del teléfono de la oficina), aconsejaba esa medida. Y es que, el comportamiento descrito en el artículo 149 del Código Penal como constitutivo de prevaricato por acción no consiste en dictar resolución o dictamen carentes de motivación, sino en proferir una u otra contrariando la ley de modo manifiesto u ostensible.

También se le imputa al sindicado haber imprimido un trámite excepcional a la averiguación disciplinaria contra el fiscal Suárez Quevedo y no el procedimiento regular aplicado en casos similares como el seguido contra la fiscal del Juzgado Segundo Superior de Aduanas de esta ciudad, omitiendo dar informe a la autoridad competente de la comisión del delito de lesiones personales de que fue objeto el denunciante por parte del fiscal acusado.

A ello se replica en primer término, que de ninguna manera el Procurador Regional se valió de procedimientos dispares para investigar la conducta de los dos fiscales acusados por sus propios asistentes de faltar al régimen disciplinario, sino que dio el trámite que correspondía a dos situaciones diferentes, ordenando en un caso archivar las diligencias por no hallar mérito para formular cargos al inculpado y en el otro, remitiendo al Procurador General de la Nación por conducto del Delegado para el Ministerio Público, la investigación ya perfeccionada con proyecto de decisión de primera instancia, después de haber formulado, como es obvio, pliego de cargos a la funcionaria, como lo ordenaba la Resolución 060 tantas veces mencionada. En segundo lugar, es preciso advertir que el doctor Moncada Quintero no dió noticia de la comisión de un delito perseguible de oficio porque entendió posiblemente, conforme resulta de la versión juramentada del fiscal Suárez Quevedo y la copia de la denuncia penal por él aportada, que los hechos sucedieron de manera diferente a la relatada por el denunciante y quejoso, quien al decir del deponente, destruyó el teléfono de la oficina y trató de agredirlo, sin percatarse que a consecuencia de ese comportamiento hubiera resultado herido en un dedo de la mano.

Se infiere de lo anterior, que los cargos endilgados al ex-Procurador Regional de Bogotá, se reducen a una disparidad de criterios entre denunciante y denunciado sobre un mismo punto de derecho: Determinar si éste era competente o no para disponer el archivo de las diligencias disciplinarias, reproche que de acuerdo a reiteradas enseñanzas de la Corte, no constituye fundamento sólido para dar por establecido el elemento "manifiestamente ilegal" exigido en la configuración del prevaricato comisivo del artículo 149.

Este delito reclama una manifiesta discrepancia o contrariedad entre el derecho conocido por el funcionario y el que aplicó al caso concreto, proceder que supone la existencia de normas o principios elementales o básicos de derecho que regulen la cuestión debatida, normatividad o principios ostensiblemente desconocidos por el sujeto agente de la infracción.

En el presente caso, es incuestionable que el doctor Gabriel Moncada Quintero al disponer en su carácter de Procurador Regional de Bogotá el archivo de las diligencias, no emitió resolución manifiestamente ilegal, pues no desconoció la realidad procesal ni contrarió abiertamente el espíritu o sentido de las disposiciones legales y reglamentarias a las cuales se acogió para tal pronunciamiento, máxime que ellas aparecen redactadas en forma que se presta a diferentes interpretaciones por lo que su conducta no se adecúa a la descripción del tipo penal del prevaricato por acción ni a ninguno otro de los contemplados en el Estatuto Punitivo.

Así lo declarará la Sala, para cesar procedimiento en su contra en los términos del artículo 34 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, por atipicidad de su comportamiento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Cesar todo procedimiento en contra del ex-Procurador Segundo Regional de Bogotá, doctor Gabriel Moncada Quintero, en razón de los hechos delictuosos a él imputados por el ciudadano César Suárez Ramírez y por los cuales fue oído en indagatoria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º CONTROL PUNITIVO DEL ESTADO

El artículo 25 de la Constitución Nacional reconoce tres modalidades en que se puede ejercer el control punitivo del Estado: la criminal, la correccional y la de policía

2º SANCION CORRECCIONAL. CONTROL PUNITIVO DEL ESTADO

Infortunadamente el Gobierno Nacional, actuando como legislador extraordinario, quebró la filosofía de los actos correccionales, a partir del Decreto 22 de 1971, asignándole a la Policía el conocimiento de infracciones que no tienen que ver con su tarea de preservar el orden público

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta Nº 60, septiembre 1º de 1987.

Vistos:

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario en el proceso que por los presuntos delitos de prevaricato y privación ilegal de la libertad se adelanta ante esta Corporación contra el doctor *Alberto Díaz del Castillo,* por conductas realizadas cuando se desempeñaba como Gobernador del Departamento de Nariño.

Hechos:

El día 1º de octubre de 1984 se aprehendió un cargamento de 334 canecas de acetona que tenían un avalúo comercial de $ 521.600.000, cuyo tránsito por el país procedente del Ecuador con destino a Venezuela había sido autorizado como si se tratase de "sorbitol".

El comercio, tenencia y transporte de acetona había sido erigido en contravención por el Decreto 1041 de 1984, asignándole la competencia para su conocimiento a los Gobernadores de Departamento, quienes debían tramitarla de acuerdo con el procedimiento señalado en el artículo 228 del Código Nacional de Policía.

Como de acuerdo con la prueba practicada por las autoridades aduaneras en el momento de la aprehensión de la sustancia, el producto era acetona pura, el cargamento con las personas que lo transportaban fueron puestos a disposición de la Gobernación, la que por auto de 22

de octubre de 1984 avocó el conocimiento del asunto, y mantuvo como detenidos a los presuntos infractores en el permanente central mientras se adelantaba la investigación.

Dentro del trámite adelantado se ordenó tomar muestras del producto incautado, las cuales fueron enviadas a la Universidad de Nariño y a la Sijin. Según el resultado de las pericias hechas por estas dos instituciones, no se trataba de acetona sino de sorbitol. Frente a la discrepancia presentada entre estos peritazgos y los practicados por la aduana en el momento de la retención de la sustancia, el Gobernador ordenó la práctica de otro, el cual se realizó en la Universidad de Nariño, reiterándose el informe de que se trataba de sorbitol.

Con base en esta información la Gobernación dictó la Resolución 1080 del 30 de noviembre de 1984, en la cual se ordenó la libertad incondicional de Aldo José Grimaldi, quien llevaba 39 días retenido, y se ordenó la devolución y entrega de las 334 canecas, lo mismo que el archivo del expediente.

Ante la publicidad periodística dada a este acto administrativo, el Ministerio de Justicia intervino mediante telex en el que solicitó al Gobernador que se abstuviera de hacer la entrega del producto, enviando al mismo tiempo un equipo técnico de la Oficina de Estupefacientes del Ministerio, el que hizo el análisis de la sustancia en el laboratorio de la Universidad de Nariño, encontrando que se trataba de acetona pura. Con base en este nuevo resultado el Gobernador dictó la Resolución 1112 del 14 de diciembre de 1984, en la cual se revocó la Resolución 1080, se condenó a Grimaldi a la pena de arresto de un año y se dispuso la destrucción de la sustancia incautada.

Con base en estos hechos, el abogado Faustino Arias González instauró denuncia penal contra el doctor Alberto Díaz del Castillo, quien desempeñaba el cargo de Gobernador del Departamento de Nariño durante la época de los hechos, por el delito de prevaricato por haber revocado la providencia que disponía la libertad incondicional de Grimaldi y el archivo del expediente, y por privación ilícita de la libertad del mismo sujeto, por haberlo retenido durante 39 días sin cumplir las exigencias del Código de Procedimiento Penal (folios 1 y ss. del cuaderno principal). El señor Procurador Delegado trae en su concepto una tercera posible conducta delictuosa, consistente en "haber comisionado ilegalmente a funcionarios de la Secretaría de Gobierno para la práctica de diligencias". (Folio 218 del expediente).

Ninguna de las partes presentó alegato de conclusión al cierre de la investigación.

La Sala entrará a analizar cada uno de estos cargos.

Resultados y considerandos:

1. Con relación al cargo de haber incurrido en posible prevaricato por el hecho de comisionar a funcionarios de la Secretaría de Gobierno para la práctica de diligencias, esta conducta en ningún caso constituye violación a normas legales. Por el contrario, ellas son el lógico desarrollo de las normas ordenanzales que dividen la estructura de la administración departamental en Secretarías, para que en estas se adelanten

los trámites de los asuntos que el Gobernador debe decidir, como lo anota atinadamente el señor Procurador Delegado, pudiendo las mismas ordenanzas asignar inclusive capacidad decisoria en algunos asuntos a los correspondientes secretarios, cosa que ni siquiera ocurrió en el presente caso, pues todas las actuaciones que implicaban algún tipo de decisión fueron expedidas con la firma del Gobernador.

2. En cuanto al posible prevaricato por haberse revocado la Resolución 1080 de noviembre 30 de 1984, en la que se había dispuesto la libertad de Grimaldi y el archivo del proceso, el señor Procurador Delegado ubica el problema en su sitio exacto, cuando en un serio estudio analiza el carácter jurídico de estas disposiciones para concluir que ellas son típicos actos administrativos en los cuales cabe la revocatoria directa cuando es evidente que ellos fueron obtenidos por medios ilegales, según lo dispone el inciso 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, como ocurrió en este caso cuando se cambiaron las muestras que iban a ser objeto de análisis por parte de los peritos. La Sala entrará, por tanto, a analizar este punto.

El artículo 25 de la Constitución Nacional reconoce tres modalidades en que se puede ejercer el control punitivo del Estado: la criminal, la correccional y la de policía. La primera modalidad tiene sin lugar a dudas un carácter jurisdiccional, mientras que las otras dos son de naturaleza administrativa. Es, por tanto, necesario determinar el alcance de cada una de estas esferas del control punitivo del Estado para poder ubicar la conducta que aquí se analiza, para lo cual seguiremos muy de cerca la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de julio 2 de 1987, cuyo ponente fue el Magistrado doctor Jesús Vallejo Mejía.

a) Actos jurisdiccionales

En la mencionada sentencia la Corte parte de la base de que la Constitución Nacional no define lo que debe entenderse por acto jurisdiccional, por lo que corresponde realizar esta tarea a la jurisprudencia, y define como tales los que determinan el derecho que corresponde a las partes en cada caso concreto, con fuerza de verdad legal que otorga a sus decisiones la calidad de "cosa juzgada". Dice así:

> *La adopción de tal criterio toca entonces a la jurisprudencia que, con base en los análisis de la doctrina, tiende a considerar que a la jurisdicción como su nombre lo indica, le corresponde "decir el derecho", esto es, constatar la existencia de la norma jurídica, señalar sus alcances y aplicarla a casos concretos, en los que debe decidir sobre controversias, situaciones jurídicas o sanciones a imponer, con fuerza de "verdad legal" que otorga a sus decisiones la autoridad de cosa juzgada.*

De ahí el ritualismo que suele preceder la decisión judicial, porque no sólo debe pretender ser exhaustiva en el análisis de los elementos de juicio en que se debe fundar, sino que debe garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa asegurando la comparecencia de las partes al proceso, y la publicidad y contradicción de las pruebas que se alleguen al mismo, pues la decisión es "de suyo definitiva e irrevocable", como dice la sentencia mencionada.

No quiere ello decir que las decisiones jurisdiccionales deban ser tomadas exclusivamente por los jueces de la República, pues bien pueden ser realizadas por autoridades administrativas, incluidas las policiales dentro de éstas, bajo el control riguroso de aquéllos. La citada providencia dice lo siguiente:

Cierto es que la complejidad del Estado moderno y el abandono de la separación rígida de los órganos del Estado, que ha sido reemplazada desde 1945 por la colaboración armónica de las ramas del poder público, han conducido a que también las autoridades administrativas realicen tareas análogas a las que tradicionalmente estaban reservadas a los jueces, en lo atinente a definición de situaciones jurídicas, a la solución de controversias y aún a la aplicación de ciertas sanciones, como luego se verá.

La Corte, en varias oportunidades, ha admitido esta evolución, considerando que en muchos casos las autoridades ejecutivas están mejor dotadas para actuar eficaz y oportunamente en la aplicación de la ley y la protección de los derechos que las jurisdiccionales. Pero observa en esta oportunidad que a tales decisiones no puede otorgárseles el mismo mérito que a las proferidas por los jueces, quienes en todo caso deberán tener la posibilidad de controlar y revisar mediante procedimientos legales las actuaciones administrativas que afecten los derechos de los súbditos.

b) Los actos policivos

Opuestos a los actos jurisdiccionales están los policivos, los cuales no pretenden definir el derecho, sino restabletcer el "statu quo" *mientras que por las autoridades jurisdiccionales se toman las decisiones pertinentes. La sentencia mencionada, citando a su vez otra de la Sala Plena, dice lo siguiente:*

En fallo del 5 de marzo del año en curso, dijo la Corte que al poder de policía "le corresponde conservar y restaurar el orden público aparente, lo cual realiza con la aplicación de medidas eminentemente transitorias y revisables que no van dirigidas a solucionar las causas de fondo de los conflictos sociales, sino a resolver sus aspectos epidérmicos". Agregó la Corte que no es posible confundir "lo que es propio del poder de policía con lo que pertenece al ámbito de la función jurisdiccional, a la cual le toca pronunciarse con fuerza de verdad legal acerca de la responsabilidad jurídica de quienes intervengan en los procesos como incriminados o demandados". Y se explicó que "así, mientras la policía no tiene por qué entrar en demasiadas consideraciones sobre el fondo legal de una situación dada, ya que lo que busca es su conformidad con un orden aparente, la jurisdicción debe buscar ante todo la verdad de la situación y pronunciarse definitivamente sobre ésta, con fuerza de cosa juzgada". Por lo dicho, señaló la Corte: "Ello hace que los procedimientos policivos sean expeditos y autoritarios, mientras los jurisdiccionales deben permitir una consideración serena y cuidadosa acerca de los hechos sometidos a la decisión de los jueces.

A las autoridades de policía les corresponde conservar el orden público, entendido éste, de acuerdo con los artículos 2º del Código Nacional

de Policía y 4º del Decreto 2335 de 1971, como la prevención y eliminación de las perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad, la ecología y el ornato, enumeración que no entendemos taxativa, pues sin lugar a dudas que a la policía también le corresponde la prevención y eliminación de las perturbaciones a la adecuada distribución de los productos básicos, y de los demás asuntos relacionados con la vida de la comunidad.

La ley define los medios que la policía debe emplear para alcanzar la preservación del orden público, que son los reglamentos, los permisos, las órdenes, el uso de la fuerza y la asistencia militar.

c) *Los actos correccionales*

Según la sentencia tantas veces mencionada, "las sanciones correccionales (Arts. 25 y 27 de la Constitución Nacional), están muy relacionadas con las disciplinarias y se proponen asegurar el respeto debido a los funcionarios dotados de autoridad y jurisdicción, así como a asegurar la eficacia de sus decisiones, lo cual traza el marco de su aplicación".

Las sanciones correccionales son actos administrativos, cualquiera sea la autoridad que las imponga. Si las que corresponden aplicar a los jueces no tienen control jurisdiccional, no es por razón de la naturaleza de la infracción sino por mandato expreso de la ley, la cual ha considerado inútil que la jurisdicción se controle a sí misma.

Ha sido siempre un serio problema diferenciar entre las sanciones penales que corresponden por su naturaleza a la jurisdicción, de las sanciones correccionales que aplican las autoridades de policía. En forma superficial se dice que las primeras corresponden a los delitos, y las segundas a las contravenciones, desplazando el problema a un puro nivel semántico de consecuencias tan contradictorias, al punto de que cuando la ley denominó los hurtos y las lesiones menores como contravenciones la Corte reiteradamente declaró constitucionales las normas que asignaban la competencia para el conocimiento de ellas a las autoridades de policía, pero cuando a los mismos fenómenos les llamó delitos, de inmediato se declaró inconstitucional la normatividad respectiva.

Las medidas correccionales, como lo dice la sentencia tantas veces referida, se encaminan, entre otros propósitos, a asegurar la eficacia de las decisiones que toma la autoridad competente. En el caso de las autoridades de policía, tales medidas sólo pueden estar referidas, por tanto, a las decisiones que toman para garantizar el orden público cuya guarda les ha asignado la ley, las cuales están consignadas en los distintos estatutos que regulan la seguridad, la salubridad, la moralidad, la ecología, el ornato, la distribución de bienes y servicios, y todos los demás aspectos que constituyen la base fundamental de la vida comunitaria.

La naturaleza de tales medidas correccionales tiene que corresponder a la precariedad de los elementos de juicio de que se puede disponer para aplicarlas, dado el carácter de la decisión policiva que no puede definir el derecho sino simplemente mantener el "statu quo" *mientras la autoridad competente toma la decisión que sea definitiva. Por eso, atinadamente el Código Nacional de Policía menciona en su artículo 185 como medidas correctivas, las siguientes: La amonestación en privado,*

la represión en audiencia pública, la expulsión del sitio público o abierto al público, la promesa de buena conducta, la promesa de residir en otra zona o barrio, la prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público, la presentación periódica ante el comando de policía, la retención transitoria, la multa, el decomiso, el cierre del establecimiento, la suspensión de permiso o licencia, la suspensión de obra, la demolición de obra, la construcción de obra, y el trabajo en obras de interés público.

Infortunadamente el Gobierno Nacional actuando como legislador extraordinario quebró toda esta filosofía a partir del Decreto 522 de 1971, asignándole a la policía el conocimiento de infracciones que no tienen que ver con su tarea de preservar el orden público, y dándole competencia para imponer sanciones privativas de la libertad, que desbordan en mucho la función preventiva que a ellas corresponde, creando así la confusión que hoy padece el ordenamiento jurídico colombiano, y que se ha resuelto en la forma más inadecuada: Son delitos o contravenciones las conductas que la ley denomine con cada uno de esos términos.

Por mandato de la ley las conductas cuyo conocimiento son de competencia de las autoridades de policía, son contravencionales, y, por tanto, de carácter administrativo, pues de lo contrario se estaría violando flagrantemente el principio constitucional de separación de las ramas del poder público, sin importar que el Código Contencioso Administrativo las sustraiga o no del control jurisdiccional.

En el caso en estudio, la ley asignó a las autoridades policivas, en particular a los Gobernadores departamentales, el conocimiento de las infracciones a la prohibición de poseer o transportar sustancias utilizables para el procesamiento de estupefacientes, como la acetona. Esta función sin lugar a dudas está dentro de la órbita de prevención a las perturbaciones de la salud pública, por lo que tanto por mandato legal, como por su naturaleza, se trata de una típica contravención, por lo que los actos expedidos durante su tramitación tienen carácter administrativo, siendo por tanto legítima la revocatoria que de la decisión de archivar el proceso hizo el señor Gobernador doctor Alberto Díaz del Castillo, cuando se estableció que los elementos que sirvieron de base para expedirla, habían sido obtenidos mediante la comisión del delito de fraude procesal cuya investigación se adelanta en forma separada.

3. Se sindica igualmente al doctor Alberto Díaz del Castillo de haber privado ilícitamente de la libertad a Aldo José Grimaldi, por haberlo retenido durante 39 días sin cumplir los requisitos que exige el Código de Procedimiento Penal para el efecto.

La privación de la libertad del mencionado sujeto se halla plenamente establecida en el proceso con la diligencia de inspección judicial practicada al archivo del permanente central de la ciudad de Pasto, en la cual consta que el señor Grimaldi estuvo retenido por orden de la Secretaría de Gobierno Departamental, Sección Justicia, y a disposición delGobernador de Nariño, desde el 22 de octubre de 1984 a las 12:30 hasta el 30 de noviembre del mismo año a las 19:40.

La explicación que da el señor Gobernador de este hecho no tiene soporte jurídico, pues en su indagatoria afirma que aplicó por analogía el artículo 14 del Decreto 1061 de 1985 que permite la retención de las personas que aparezcan comprometidas en algunas de las contravenciones establecidas en el mencionado Decreto mientras no paguen la multa que se les imponga, o demuestren su inocencia, pues como se puede observar, este Decreto fue expedido mucho tiempo después de la ocurrencia de los hechos materia de esta investigación.

Por otra parte, no acoge la Sala el concepto del señor Procurador Delegado de que la privación de la libertad de Grimaldi estuvo ajustada a derecho, porque el procedimiento establecido por la ley para este tipo de contravenciones era el señalado en el artículo 228 del Código Nacional de Policía, pues "la norma era obligatoria y procesalmente autosuficiente, de modo que no había por qué acudir al Código Procesal o al Decreto 522 para llenar vacíos, pues siendo de trámite administrativo común, se regía por las disposiciones sobre la materia y no se precisaba allí de términos rigurosos, de definición de situación jurídica, de ampliación de descargos, de formulación de cargos con la técnica y el formalismo de un auto de proceder; ni siquiera requería sentencia", según dice en su escrito.

La Sala parte de la base de que la libertad ciudadana es uno de los derechos que más celosamente guarda nuestra Constitución Nacional, al punto de que sólo por graves motivos para temer perturbación del orden público pueden las personas ser retenidas por un lapso no superior a diez días, mediante orden del Gobierno y previo dictamen de los Ministros. Interpretar entonces una norma en el sentido que puede permitir la retención indefinida de un ciudadano hasta cuando pague una multa o hasta cuando prueba su inocencia, es romper todo el esquema de nuestro ordenamiento jurídico.

Lo que ocurre es que por la naturaleza de las infracciones que normalmente debe prever un régimen correccional de policía no es generalmente necesario retener a los infractores para adelantar el trámite e imponer la sanción, y cuando ello ocurre, tal retención sólo se extiende por escasas horas. Pero por la distorsión de dicho régimen a que antes hicimos alusión, y que describe en términos muy claros el señor Procurador Delegado en su concepto, se le atribuyen a estos funcionarios de policía la facultad de aplicar sanciones hasta de un año de arresto inconmutable, lo que obliga a tomar medidas preventivas para evitar la no comparecencia de los implicados en el momento de la sentencia. En tales casos es forzoso para las autoridades de policía aplicar las normas del Código de Procedimiento Penal sobre medidas de aseguramiento, entre las cuales podría estar la detención preventiva en los casos que dicho estatuto lo permita, y con todos los requisitos procedimentales allí establecidos.

Hay pues, en este caso, una clara privación ilegal de la libertad contemplada como delito en el artículo 272 del Código Penal.

Sin embargo, la sola adecuación típica de la conducta no constituye delito, pues es necesario además que ella sea antijurídica y culpable.

En el caso de autos no puede afirmarse que el doctor Díaz del Castillo haya actuado dolosamente, única modalidad de culpabilidad que puede darse en este tipo delictivo, pues él no tenía conocimiento de estar privando ilegalmente de su libertad a un ciudadano, y mucho menos de querer realizar dicho comportamiento a sabiendas de su ilegalidad, como lo exige el artículo 36 del Código Penal. Su confesión sobre este punto es perfectamente atendible, pues no hay ningún elemento de juicio que la desvirtúe. Dice así:

> El procedimiento que se siguió fue el señalado en el artículo 288 (sic) del Decreto 1355 del 70 por expresa disposición del artículo 2º del Decreto 1041 de 1984. Se trataba de una contravención asimilada a las que trae el Decreto 1355 ya citado, Decreto que no autoriza para extender a tal trámite normas compatibles o que adicionaran este último Decreto. El artículo 288 (sic) establece un procedimiento breve en el cual no aparece la necesidad legal de dictar auto de detención... En consecuencia, nunca estuvieron ilegalmente retenidos. Desde el 22 de octubre se reciben en esa calidad, y se manifiesta el despacho sobre la legalidad de su retención, se oyen luego en descargos y luego, mediante Resolución 1030 de 14 de noviembre de 1984, se ordena la libertad de todos los detenidos a excepción del señor Aldo Grimaldi ya que sobre él recaían todos los indicios de responsabilidad, por haber servido de intermediario en el transporte de los productos químicos señalados (folio 147, cuaderno principal).

En efecto, si se examina el procedimiento señalado por la ley para tramitar tales contravenciones, en ninguna parte se habla de la necesidad de definir la situación jurídica del implicado en ellas. Dice así la mencionada norma:

> Artículo 223. La imposición de las medidas correctivas a cargo de los alcaldes o inspectores de policía debe hacerse mediante resolución escrita y motivada, las que se pronunciarán después de oír los descargos del contraventor y examinar las pruebas que éste quisiere aducir durante el interrogatorio celebrado en el despacho del alcalde o el inspector.

Este procedimiento es extremadamente esquemático, adecuado para sancionar infracciones tales como no izar la bandera en los días indicados para ello, volcar en vía pública caneca o recipiente con basura, no colocar en los ascensores aviso indicando la capacidad máxima de éstos, que son algunos de los comportamientos que se sancionan a través de él. Lo ilógico es la decisión del legislador extraordinario de involucrar en este mismo grupo conductas de tanta gravedad como transportar sustancias utilizables en la elaboración de estupefacientes, de valores superiores a varios centenares de millones de pesos, y sancionadas con arresto inconmutable hasta de un año. Esta exótica mezcla es la que conduce a los errores que hoy han dado lugar a esta investigación.

Era tan firme la convicción que tenía el señor Gobernador de que no estaba violando la ley al mantener retenido a Grimaldi, que en la Resolución 1030 de noviembre 14 de 1984, en la que puso en libertad a los conductores que transportaban la sustancia, dijo: "1) Respecto del señor Aldo José Grimaldi Bustos, deberá continuar retenido hasta

tanto se constituya la prueba plena que permita sobreseerlo de todo cargo contravencional, o en caso contrario, sancionarlo de conformidad con el Decreto 1041 de 1984". Y luego, al resolver una petición formulada por el apoderado de Grimaldi para que dictara "Resolución definitiva sobre la situación jurídica" de su poderdante, manifestó, en la Resolución 1071 de 1984, "que se hace necesario esclarecer fehacientemente la contradicción existente en cuanto hace referencia a la naturaleza de las sustancias, para que con base en un último análisis previo y concepto posterior de las sustancias, proceder a resolver en el fondo la contravención seguida en contra de Aldo José Grimaldi Bustos".

Su creencia, justificada por la vaguedad de las normas que regulaban el trámite de la contravención, era la de que debía mantener a Grimaldi para evitar que se pusiera fuera del alcance de la justicia en el evento de que resultare incurso en la conducta contravencional, lo que así ocurrió cuando lo puso en libertad con base en pericias obtenidas fraudulentamente.

Por otra parte, no se debe perder de vista que en el proceso estaban plenamente reunidos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal para dictar medida de aseguramiento, pues desde el momento de la aprehensión de la sustancia se había establecido que se trataba de acetona pura, siendo Grimaldi la persona que contrató el transporte del producto, el cual entró al país con documentos falsos.

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

Resuelve:

Sobreseer definitivamente al doctor Alberto Díaz del Castillo, ex-Gobernador del Departamento de Nariño, de los presuntos delitos de prevaricato y privación ilegal de la libertad a que se refiere el presente proceso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 565 del Código de Justicia Penal Militar, ejecutoriado el auto que declara la contraevidencia de un veredicto, es preciso convocar a un nuevo Consejo para que emita la veredicción definitiva y ante la imposibilidad constitucional de que los civiles sean juzgados por los militares al llegar el proceso a la justicia ordinaria, es preciso buscar un momento procesal equivalente a aquél en que se hallaba

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 61.

Vistos:

Reconstruido en lo posible este asunto, procede la Sala a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados *Jairo Enrique Rodríguez González* y *Wilson Jesús Rodríguez González* contra la sentencia de 4 de julio de 1983 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la del Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito, los condenó, junto con otras personas, a la pena principal de 72 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de secuestro.

Hechos y actuación procesal

El fallo atacado resume acertadamente los hechos origen de este proceso, así:

"El 15 de noviembre de 1979, a eso de las ocho de la noche, el señor Michael Grinwald, se dirigía hacia el norte de la ciudad por la carrera 7ª en compañía de su hijo Jacobo, en su automóvil Renault 6, al llegar a la altura de la calle 40 un individuo que vestía prendas militares y se movilizaba en una motocicleta los interceptó, exigiéndoles documentos que acreditaran la propiedad del automotor, entre tanto otro sujeto quien exhibía una placa los hizo descender del carro, manifestándoles que iban a efectuar una requisa; en esos instantes introdujeron a don Jacobo dentro de un vehículo Dodge Alpine, donde fue atado y amordazado, llevándolo hacia un tugurio del suroriente de la ciudad, donde unos días después fue rescatado por las autoridades. Entre tanto, otros dos individuos quedaron en compañía de Michael, informándole que su hijo quedaba como rehén mientras él les entregaba veinte millones de pesos

en joyas de su establecimiento comercial, hacia donde lo obligaron a emprender la marcha; pero al llegar a dicho lugar, y aprovechando el tránsito de varias personas, el señor Grinwald logró huir de sus captores, dando inmediato aviso a las autoridades de policía y a su familia".

Por razones de estado de sitio, conoció de estos hechos la Justicia Castrense, y la Brigada de Institutos Militares, como Juez de Primera Instancia, convocó un Consejo de Guerra Verbal para juzgar el secuestro de Jacobo Grinwald, emitiendo los vocales veredicto absolutorio respecto de Jairo Enrique Rodríguez González, afirmativo de responsabilidad, pero como "cómplice secundario" en relación con Wilson Jesús Rodríguez González, y también afirmativos de responsabilidad en torno al resto de procesados, o sea Gonzalo Bolaños Gómez, Víctor Raúl o Víctor Manuel Bolaños Gómez, José Alejandro Fajardo, Martha Cecilia Barrera Tocarruncho y "Carlos No.", alias Ojiverde.

El Presidente del Consejo de Guerra Verbal declaró la contraevidencia de los veredictos concernientes a los procesados Rodríguez González, y acogió los demás, "dejándolos en suspenso".

Apelada esa decisión el Tribunal Superior Militar en providencia del 10 de mayo de 1982 confirmó la aceptación de los veredictos y la contraevidencia respecto de Jairo Enrique Rodríguez González, ordenando la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal con el fin de que se le juzgare nuevamente y "aceptó" el veredicto de "complicidad secundaria" emitido en relación con Wilson Jesús Rodríguez González. De otra parte, el Tribunal declaró la nulidad parcial de lo actuado respecto del procesado y condenado "Carlos N." alias Ojiverde, "para que se continúe el proceso y se logre su identificación", y finalmente ordenó la expedición de copias para que se investigara el secuestro de Michael Grinwald (fls. 80 y ss. del cuaderno Nº 1).

Restablecido el orden público mediante Decreto 1674 del 9 de junio de 1982, el 23 subsiguiente el proceso fue remitido a la justicia ordinaria, correspondiéndole en reparto al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito, el cual, sin celebrar audiencia pública a Jairo Enrique Rodríguez González dictó sentencia condenatoria contra todos los procesados imponiéndoles "la pena principal de 72 meses de prisión por habérseles hallado responsables en su condición de coautores y cómplices del delito de secuestro". Recurrida en apelación esta sentencia, fue confirmada en su integridad por la que hoy es objeto del recurso extraordinario (fls. 122 y ss. del cuaderno Nº 1).

Es necesario señalar que el concepto rendido por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal con ocasión del trámite del presente recurso de casación (fls. 11 del cuaderno Nº 3 y 197 del cuaderno Nº 1) no pudo ser reconstruido, ya que su copia no fue hallada. Lo propio ocurrió con la sentencia de primer grado.

Las Demandas

Mediante sendas demandas presentadas a nombre de los procesados Jairo Enrique Rodríguez González y Wilson Jesús Rodríguez González con apoyo en la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("nulidad constitucional por violación,

al debido proceso y al derecho de defensa") el actor formula cinco cargos a la sentencia, tres de los cuales (primero, segundo y cuarto) son comunes a las dos acusaciones y se pueden sintetizar así:

El cargo primero consiste en que la sentencia tiene en cuenta como prueba de cargo las exposiciones rendidas en la Policía por los procesados sin que éstos estuvieran asistidos por apoderado, violándose por tanto las previsiones de los artículos 431 y 515 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo cargo se refiere a que el Tribunal Militar violó la ley al declarar la nulidad parcial del proceso para que se investigara por separado el cargo hecho a "Carlos N.", quien no había sido identificado. El actor afirma que la nulidad ha debido ser total.

El cuarto cargo dice que "se rompió la unidad y continencia de la causa" al disponer la citada Corporación Castrense que el secuestro de Michael Grinwald, "ampliamente instruido y esclarecido en este proceso", se investigara por aparte sobre la compulsa respectiva.

El tercer cargo de la demanda de Jairo Enrique Rodríguez González se finca en que la justicia ordinaria profirió sentencia sin que existiera auto de proceder y sin haber celebrado nueva audiencia al mencionado justiciable, cuyo veredicto absolutorio había sido declarado contraevidente.

El reproche tercero de la demanda de Wilson Jesús Rodríguez González radica en que la sentencia tuvo en cuenta un dictamen sobre comparación de voces "cuya tacha no fue tramitada ni se resolvió nada en ese sentido".

La sala pasa a examinar cada una de las objeciones vistas en el orden que estime más pertinente teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance de cada una de ellas.

Cargo segundo:

"Que el Tribunal Militar, contrariando la ley, decretó nulidad parcial del Consejo de Guerra Verbal dejando en pie lo que también debió anular", refiriéndose el actor a la nulidad que esa Corporación decretó respecto de uno de los procesados no identificado, y cuyo tenor es el siguiente:

"El cuestionario número 7, formulado al acusado ausente Carlos N. (alias Ojiverde), contestado afirmativamente por los señores vocales y aceptado por el *a quo,* por referirse a un pliego de cargos, en el cual se debe identificar perfectamente, sin lugar a dudas debe ser declarado nulo. En él no se está colocando la responsabilidad del delito de secuestro en cabeza de una persona determinada, de una persona que en una u otra forma hubiere intervenido en tal ilícito. La falta de identificación de un procesado, en este caso de un condenado, es causal de nulidad porque, o no se está condenando a nadie, o se está condenando a todos los individuos de nombre Carlos y que tengan los ojos verdes; y esto es un absurdo en materia criminal pues lo indicado es *para no anular la totalidad de la actuación que está bien adelantada en lo demás,* declarar la nulidad, reconociendo el vicio grave, a partir de la

actuación procesal en donde se encuentre, y que pueda ser subsanable, a partir del mencionado cuestionario" (fl. 83-1).

La censurada decisión del Tribunal es precisamente la correcta: Desde hace tiempo esta Sala ha reiterado que la nulidad, remedio último al cual se debe acudir para enmendar trascendentales yerros de actividad, únicamente cobija la actuación que dependa de ella; es decir que el quehacer procesal no contagiado por el grave defecto, debe permanecer incólume. Así, en providencia del 13 de noviembre de 1980 dijo:

"El Juez que decreta una nulidad no limita a este solo hecho su labor pues debe indicar, además, el momento desde el cual aparece como vicio del proceso y ordenar que éste se reponga mediante la remoción del obstáculo que presenta su existencia. Esta reposición puede ser total o parcial, y una y otra posibilidades implican el examen de la extensión y la profundidad del contagio que pueda producir el acto nulo en relación con los actos simultáneos, con los que le siguen y con los que le anteceden... no se necesitaba, en consecuencia, reponer o renovar todo el juzgamiento, sino el de uno solo de los procesados...".

Siguiendo dichas pautas no se ve cómo (y el censor tampoco lo dice) la anulación respecto de "Carlos N." afecte la situación de cualquiera otro de los procesados, o desfigure el esquema general del procedimiento base de su juzgamiento. La verificación de estas dos premisas basta para que el reclamo de ofensa al artículo 26 de la Carta carezca de asidero jurídico.

Cargo Cuarto:

"Por haber dividido la unidad y continencia de la causa ante la omisión del juzgamiento por el secuestro del señor Michael Grinwald ampliamente instruido y esclarecido en este proceso, con lo cual se arrojó sobre los sindicados graves consecuencias penológicas al ordenarse como se hizo en la sentencia, investigarlo aparte sobre copias".

Debe aclarar la Sala que dicha compulsa no se dispuso en la sentencia, como asevera la censura, sino en el auto del Tribunal Superior Militar que revisó los veredictos, tal como se observa a folios 85 y 86 del cuaderno número 1.

Pues bien: es verdad que de conformidad con el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971) los delitos conexos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso. Los motivos que informan este mandato son bien conocidos: un mejor y más completo aprovechamiento del acervo probatorio, una mejor evaluación de la personalidad del acusado, la prevención de fallos contradictorios, y una más adecuada dosificación de la pena. Empero, la transgresión de tal precepto legal no constituye de suyo causal de nulidad, frente al artículo 26 del Código Constitucional. "La Jurisprudencia de esta Sala —dijo la Corte en casación del 30 de abril último— ha sido tradicionalmente opuesta a declarar la invalidación por el motivo expresado (sentencia de noviembre 12 de 1986, Magistrado ponente doctor Carreño Luengas, proceso José David Daza).

"Es ésta la posición adoptada por la mayoría de la Sala en reciente sentencia de 10 de febrero de 1987 (Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez), en la que dijo lo siguiente que se considera oportuno transcribir: 'Lo expuesto indica que debió tenerse en cuenta esta calificación de la conducta. Pero la omisión no debe implicar un juicio adverso a la validez del proceso, al punto que se viera necesario declarar que, a partir inclusive del auto de proceder, debe retrotraerse la actuación, y esto se afirma con base en la doctrina de la Corte, profusamente reiterada, que no deja de insistir en que la falta de consideración de ciertos hechos o de algunas personas (delitos o procesados), ya en el sumario, ya en el auto de cargos o en la sentencia, no genera más que una irregularidad en el trámite que contradice la conveniencia de totalizar las deducciones incriminativas. Es verdad que abundan las buenas razones para procurar una instrucción lo más completa posible y una definición lo más completa que pueda lograrse. Pero dándose una situación que la contraría en estos deseados y convenientes efectos, lo recomendable no es la anulación de lo actuado, pues no es dable compensar la pérdida de consecuencias ciertas con el afán de procurar esclarecimientos no siempre realizados. Ya se ha dicho, también, que la fórma de remediar esta omisión es ordenar, si es del caso, la expedición de copias o el aprovechamiento del duplicado, para intentar la investigación de los comportamientos dejados por fuera de la indagación de presuntos procesados que no se vincularon al expediente o que no recibieron calificación en cuanto a sus conductas, remedio al cual acudirá la Sala . . .' ".

Este cargo, pues, tampoco prospera.

Cargo Tercero de la demanda de Jairo Enrique Rodríguez González:

Que la sentencia se profirió "sin haber auto de proceder" y sin que se celebrara nueva audiencia pública. Al desarrollar el cargo agrega que el Tribunal Superior de Bogotá incurre en grave error al afirmar que la Corte ha equiparado la resolución de convocatoria al Consejo de Guerra Verbal, con el auto de proceder, yerro semejante a "la analogía" que hace entre el Consejo y la Audiencia Pública sin intervención de Jurado de Conciencia, "pero se pasa por alto sus actos sustanciales, entre ellos los veredictos, y ni siquiera se refutan los argumentos esgrimidos por la defensa en las sentencias... Con esta actuación que me suena injurídica e ilógica, se ha dado existencia a un híbrido jurídico de pesadilla: un procedimiento de Consejos de Guerra Verbales incompleto, coronado por sentencia de Juez ordinario".

Lo primero que debe anotar la Sala en torno al anterior reproche es que, a contrario de lo que sostiene el fallador, lo que *la Corte ha venido diciendo es que los cuestionarios formulados en la justicia Castrense corresponden al auto enjuiciatorio o pliego de cargos de la jurisdicción ordinaria, de conformidad, además, con lo claramente expuesto por el artículo 493-3 del Código de Justicia Penal Militar: en el procedimiento de Consejos de Guerra Verbales se considera que hay causa a partir de la formulación de los cuestionarios".*

Al respecto dijo la Sala en casación del 30 de noviembre de 1981:

"Conforme reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte, la decisión en el trámite de los juicios mediante Consejos Verbales de

Guerra que se equipara al auto de proceder del pronunciamiento ordinario, no es, como con frecuencia se estima, la resolución de convocatoria a tales Consejos, sino el cuestionario que se somete a consideración de los vocales... La etapa del juicio comienza cuando el Presidente del Consejo, con la colaboración del Asesor Jurídico, formula por escrito y entrega a cada uno de los vocales, el cuestionario que se someta a su decisión (arts. 576 del C. de J. P. M.)".

Esta primera parte de la acusación —"inexistencia del auto de proceder"— no ofrece, pues, piso jurídico y por tanto debe rechazarse.

En relación con el segundo aspecto de este cargo, se tiene lo siguiente:

La parte conclusiva del auto de 10 de mayo de 1982 proferido por el Tribunal Superior Militar al revisar el pronunciamiento de la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal, es como sigue:

"1. *Confirmar* la providencia dictada por el señor Presidente del Consejo de Guerra Verbal el 6 de octubre de 1981, en cuanto aceptó los veredictos afirmativos de responsabilidad penal de Martha Cecilia Barrera Tocarruncho, de José Alfredo Fajardo, de Víctor Manuel Bolaños Gómez o Víctor Raúl Bolaños Gómez y de Gonzalo Bolaños Gómez (alias Pacho o Francisco) y los dejó en suspenso.

"2. *Confirmar* ese proveído en cuanto declaró contrario a la evidencia el veredicto absolutorio del particular Jairo Enrique Rodríguez González.

"3. Aclarar que se acepta el veredicto condenatorio del particular Wilson de Jesús o Wilson José Rodríguez González y se deja en suspenso.

"4. Ordenar la convocatoria de un segundo Consejo de Guerra Verbal para que, en definitiva, decida la responsabilidad penal de Jairo Enrique Rodríguez González" (fls. 85-1).

Significa lo anterior que *el juzgamiento de los procesados, que ya se había iniciado, no había culminado cuando se levantó el estado de sitio en que se hallaba la Nación, y en cuya virtud se había otorgado a la Justicia Castrense competencia para juzgar a los civiles acusados del delito de secuestro extorsivo, entre otros. En estas circunstancias y acogiendo lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887, lo legal sería disponer, previa la declaración de la nulidad correspondiente, que las diligencias regresarán a la Justicia Penal Militar para que ante ella y mediante sus propios procedimientos, el juzgamiento se completara hasta proferirse la sentencia de primera instancia, cuya apelación o consulta se surtiría ante las autoridades civiles pertinentes. Esto porque según la norma legal que acaba de citarse, no obstante que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, "los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Y es obvio que el juzgamiento iniciado ante la Justicia Castrense, que es una actuación compleja ya que está integrada por varios actos sucesivos (se inicia con la posesión del Pre-*

sidente del Consejo y culmina con la expedición de la sentencia), fue indebidamente terminado al interrumpírsele para que se completara con base en normas procesales distintas de las que se aplicaron en su iniciación, con ostensible desconocimiento de lo dispuesto por el referido artículo 40.

Sin embargo, esta solución, que era la adecuada legalmente cuando se presentó la actuación procesal referida, no puede tomarse en esta oportunidad, porque ya la Corte Suprema de Justicia mediante fallo del 5 de marzo de 1987, decidió que era inconstitucional el juzgamiento de civiles por la justicia Penal Militar, declarando en consecuencia inexequible el Decreto 3671 de 1986.

La Sala, pues, entrará a estudiar lo pertinente para solucionar este problema a la luz de esta nueva posición jurisprudencial.

En el proceso está probado (fls. 28 y ss., 96 y ss. del cuaderno Nº 3) que levantado el estado de sitio el 23 de junio de 1982, este expediente fue remitido a la justicia ordinaria, correspondiéndole su conocimiento en primera instancia al Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, y que este Despacho, sin realizar audiencia pública para Jairo Enrique Rodríguez González, procedió a dictar sentencia condenatoria contra éste y el resto de procesados. Esta omisión —que hoy se estudia en el marco de este último cargo de casación— le fue planteada al Tribunal Superior de Bogotá por el defensor de Rodríguez González, el mismo profesional que hoy impugna por la vía extraordinaria; y dicha Corporación respondió adversamente tal solicitud, con sustentación en los siguientes y sustanciales argumentos:

"Se repite, el *ítem* procesal respectivo ya se había agotado ante el juez natural de ese *momento* (el Militar), quien celebró la audiencia pública, en la cual los procesados tuvieron la oportunidad de defenderse, expresar sus razones y hacer peticiones, ciclo éste consumado y sin el cual no hubiese podido dictarse sentencia de primera instancia. Y es más, se agotó la segunda instancia, bien por apelación o consulta... los procesos que en ese momento adelantaba la Justicia Castrense, pasaron a la ordinaria, quien siguiendo las pautas lógicas del procedimiento y en virtud de lo preceptuado en el artículo 313 del estatuto mencionado (Código de Justicia Penal Militar), entró a dictar sentencia del caso...: ¿Qué objeto perseguiría la justicia ordinaria, al convocar audiencia pública en este asunto, cuando la remisión sobre la responsabilidad del procesado Jairo Enrique Rodríguez González no está, en manera alguna encomendada al Juez de facto, sino de derecho? ¿Quién entonces es el llamado, *por mandato legal expreso,* a hacer dicho pronunciamiento? Indudablemente el fallador de instancia, que no hizo otra cosa que cumplir con el deber de juzgador y previo el análisis cuidadoso del caudal probatorio que milita no sólo contra este último acusado sino en relación con los restantes, encontró que los requisitos del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal se hallaban suficientemente establecidos y procedió en consecuencia" (fls. 129 y 130 del cuaderno Nº 1).

Agrega el Tribunal que el razonamiento del recurrente en apelación sería válido si el delito de secuestro, en la justicia ordinaria, estuviera sometido a juzgamiento por Jueces de Conciencia, evento en el

cual sí se impondría la celebración de una nueva audiencia con Jurado para Jairo Enrique Rodríguez González, hipótesis que no se da en este caso.

Pues bien: *el artículo 565 del Código de Justicia Penal Militar preceptúa:*

> *"Si de autos apareciere que el veredicto del Consejo es claramente contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el Juez que consultará su decisión ante el Tribunal Superior Militar. Si éste confirmare, el Juez convocará inmediatamente a un nuevo Consejo con Vocales distintos de los del anterior, cuyo veredicto es definitivo. Si no lo confirmare, dictará sentencia de acuerdo con el veredicto.*
>
> *"Si en un mismo proceso uno o varios veredictos son aceptados y otros declarados contraevidentes, aquellos quedan en suspenso hasta que se defina lo relativo a los contraevidentes, para dictar una sola sentencia".*

La actuación prevista en la disposición que se acaba de copiar sólo se había cumplido parcialmente cuando este proceso fue trasladado de la Justicia Castrense a la ordinaria, pues restaba definir lo concerniente a la contraevidencia de Jairo Enrique Rodríguez González y luego dictar el fallo respectivo. Es de toda evidencia, entonces, que la situación jurídica de los procesados no era la misma: Martha Cecilia Barrera Tocarruncho, José Alfredo Fajardo, Víctor Manuel Bolaños y Wilson Jesús Rodríguez González ya estaban condenados y sus sentencias permanecían en suspenso, mientras que Jairo Enrique Rodríguez González había sido absuelto por los vocales mediante veredicto que el Tribunal Militar, en desacuerdo con su fiscal, había declarado contraevidente: como ya se vio, el casacionista censura que en relación con este último acusado el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito haya procedido a dictar sentencia sin realizarle nueva audiencia pública en decisión confirmada por la que hoy ataca en casación.

Considera la Sala que la distinción procesal, nítida y tajante, que se ha reseñado, no permitía a la justicia ordinaria imprimir trámite idéntico para resolver la situación jurídica de todos los procesados, tal como lo hizo al dictar sentencia sobre la actuación que recibió de la justicia Penal Militar, porque de acuerdo con el artículo 565 citado, ejecutoriado el auto que declara la contraevidencia de un veredicto, es preciso convocar a un nuevo Consejo para que emita la veredicción definitiva que habrá de ser acogida por la sentencia que ponga fin a este acto jurídico complejo de juzgamiento.

Ahora bien: como la imposibilidad constitucional de que los civiles sean juzgados por los Militares no permite someter nuevamente a Consejo de Guerra Verbal a Jairo Enrique Rodríguez González, resulta obvio que, llegado el proceso a la Justicia ordinaria, se busque un momento procesal equivalente a aquel en que se hallaba en la Justicia Penal Militar; es decir que si estaba pendiente una nueva audiencia, esta debe celebrarse en la Justicia civil de conformidad con las normas procesales que la rijan. Y es que la declaratoria de contraevidencia, tanto en la Justicia Castrense como en la ordinaria (art. 565) no sólo tiene por

consecuencia la inaplicabilidad del veredicto considerado injusto (como acto procesal "de control" que es) y la obligación de convocar un nuevo Jurado o Consejo, sino además la repetición de lo alegado por las partes, con el fin de que el nuevo "juzgador" lo tenga en cuenta para su decisión. Si se ajustara a derecho razonar que al prescindirse del veredicto declarado contraevidente fuera suficiente tener en cuenta lo alegado durante ese acto para un nuevo pronunciamiento, lógicamente que el legislador no habría dispuesto que para tal caso se repitiera la audiencia en su integridad, sino que al nuevo Juez se le informara de todo lo acontecido en ella para que con esta base emitiera su decisión.

En armonía con lo expuesto, la Sala considera que en relación con Jaime Enrique Rodríguez González se violó el debido proceso, lesionándose su derecho de defensa, al condenársele sin haber sido escuchado, lo que significa que este cargo debe prosperar, y la nulidad de grado constitucional (art. 26) se decretará a partir, inclusive, de la sentencia de primera instancia, para que se haga nueva audiencia al mencionado justiciable.

Ahora bien: al tenor de lo ordenado por el artículo 565 del Código de Justicia Penal Militar (que se extiende a su homólogo en el procedimiento penal ordinario, como lo ha dejado por sentado la jurisprudencia), mientras se repite la vista pública con ocasión de la contraevidencia de un veredicto, los que hayan sido aceptados deben quedar en suspenso para que todo el proceso termine con una sola sentencia. De suerte que la nulidad afectará la totalidad del fallo con miras a que pueda cumplirse dicho mandato legal, siendo dable anotar que en relación con los procesados encontrados responsables por los vocales del Consejo de Guerra Verbal, se debe dictar sentencia de acuerdo con sus veredictos, observación que la Sala considera pertinente, pues las sentencias de instancia aparecen proferidas "en derecho", no obstante que tienen como base un juzgamiento "en conciencia".

La prosperidad de este cargo torna inexaminables los reproches primero, y el tercero de la demanda de Wilson Jesús Rodríguez González, ya que ambos tienen como presupuesto, según se vio, la legalidad de la sentencia recurrida.

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

Resuelve:

1. *Casar* el fallo impugnado.

2. *Decretar la nulidad* del proceso a partir, inclusive, de la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, a donde deberá ser remitido el expediente con el fin de que se proceda de conformidad con las consideraciones hechas en la parte considerativa.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º ABUSO DE CONFIANZA

Curioso ciertamente sería el que se hablara de Abuso de Confianza, tipificado en contra de una persona que nunca ha confiado o entregado cosa mueble o sobre la que no tiene reserva de dominio

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

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 063.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de abril 3 del año en curso, decidió abstenerse "de iniciar proceso penal contra la doctora *Martha Amparo Beltrán Márquez* —Juez Segundo Penal Municipal de Bosa, D. E.—, en virtud de que los hechos denunciados en su contra por el doctor Luis Enrique Pulido Correa, no son configurativos de infracción penal".

Contra esta determinación el abogado-denunciante interpuso recurso de apelación, sustentándola en oportunidad, razón por la cual el Tribunal, el 14 de mayo de 1987, lo concedió, en el efecto suspensivo.

Hechos

El once (11) de abril de 1986, el doctor Luis Enrique Pulido Correa formuló denuncia penal contra su cuñado Ricardo Jaime Rivera por los delitos de estafa y abuso de confianza. Que negoció con éste una motocicleta, adquirida a su turno en "Concarro S. A.", comprometiéndose a cancelar en la agencia vendedora el valor de las cuotas insolutas, para que así se levantara la reserva de dominio que pesaba sobre el vehículo y se le hicieran los papeles a su nombre. Como su cuñado (él vivía con una hermana del sindicado) se retractó de este primer negocio, acordaron que el contrato de compra-venta respectivo se hiciera a nombre de su mujer Blanca Esther Rivera, quien a su vez le hizo cesión del mismo. Pero como Ricardo Jaime se negó a entregar el automotor en la fecha convenida, ante tal incumplimiento la cesionaria le confirió poder para demandarlo en proceso civil. Y, como considera que ha sido víctima de maniobras engañosas, fraudulentas, le formula denuncia por dolo (estafa) y porque terminó vendiendo la motocicleta a un tercero, siendo que tenía reserva de dominio (abuso de confianza).

Oído en indagatoria Ricardo Jaime Rivera, la doctora Martha Beltrán Márquez, Juez Segundo Penal Municipal de Bosa, le resolvió favorablemente la situación jurídica por auto de octubre 4 de 1986, por con-

siderar que los hechos expuestos apuntaban a una cuestión civil, de la exclusiva competencia de estas autoridades, y en providencia de 27 de noviembre de ese mismo año dio aplicación al artículo 163 del anterior Código de Procedimiento Penal.

El abogado Luis Enrique Pulido C. consideró que tales determinaciones eran manifiestamente contrarias a la ley y le formuló denuncia a la juez, precisando inclusive que, desde el 20 de junio de 1986, cuando dictó auto cabeza de proceso, ha debido ordenar la captura de su cuñado.

Breves consideraciones de la Sala y de la Delegada

1. *Para el Tribunal, atinadamente, la conducta de la juez acusada estuvo ceñida a derecho: el funcionario judicial no puede en todos los casos, fatalmente, disponer la aprehensión de los sindicados y, en el* caso sub exámine es claro que primero se hizo un análisis de la situación planteada en orden a establecer o no la gravedad del hecho y su incumbencia penal, concluyéndose que "los cargos presuntamente no desembocan en conducta delictual", razón por la cual fue acertado el procedimiento de citar a Rivera para oirlo en indagatoria. Su captura no habría sido ni legal, ni justa.

"En cuanto a los otros dos cargos —continúa el *a quo*— a que se refiere el doctor Pulido Correa, es decir, en lo atinente a las providencias del catorce de octubre de mil novecientos ochenta y seis y noviembre veintisiete del mismo, año, por las cuales la señorita Juez Segundo Penal Municipal de Bosa, se abstuvo de detener preventivamente al encartado y luego ordenó la cesación de todo procedimiento, en favor del mismo, la Sala concluye que nada hay que reprocharle, en la medida que de acuerdo a su sano criterio, con respecto al estudio realizado sobre las probanzas obrantes hasta ese estadio procesal, llegó a la evidencia que los acontecimientos puestos en conocimiento de la justicia por el doctor Luis Enrique Pulido Correa, no engendraban conducta delictual, sino que se trataba de un diferendo que debería ser resuelto por la jurisdicción civil. Apreciación y análisis que no puede desde ningún punto de vista lógico considerarse como prevaricador, pues a más de que proviene de un criterio que encuentra su fuente en las mismas probanzas y que por ello no se puede pregonar que sea contrario a la ley, encontramos que al ser apeladas dichas decisiones por el quejoso, los funcionarios de segunda instancia al desatar el recurso por hallarlas acertadas, después de juicioso estudio al caso debatido, le imprimieron confirmación en forma integral".

2. *Para la Delegada, "El delito de estafa no podía predicarse porque el comprador que se queja admitió en la denuncia tener conocimiento del estado de la deuda contraída por el vendedor, que gravaba el vehículo, y que aceptó cancelar. Tampoco el de abuso de confianza en perjuicio del distribuidor "Concarro S. A.", por razón de la cláusula de reserva de dominio que prohibía la venta a un tercero sin autorización del vendedor, pues el perjuicio patrimonal que se requiere para que se configure la infracción, no se dio, por haber garantizado el comprador el pago de la deuda, según se dijo".*

3. Quiere la Corte hacer primero claridad sobre lo siguiente: en el alegato que presentó el abogado-denunciante en el trámite de la segun-

da instancia, al criticar el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, afirma que sí hay delito de abuso de confianza porque así no se haya causado perjuicio a la firma "Concarro S. A.", a cuyo favor estaba constituida la reserva de dominio, se le causó a él (estos perjuicios finalmente los estima en la suma de $ 18.570.oo, incluidos los $ 1.000.oo que le presté al sindicado para que me invitara a almorzar para celebrar el negocio el día 14 de febrero de 1986"). *Para la Sala es incuestionable que el perjuicio, para que pueda hablarse de abuso de confianza en el evento* sub exámine, *debe causársele a aquel en cuyo favor esta constituida la reserva y no a un tercero que nada tiene que ver con el contrato en el que opera la mencionada cláusula. El artículo 957 del Código de Comercio, para tipo penal que tanto ha mencionado el denunciante, busca es resguardar los derechos de quien sigue siendo propietario, hasta el punto de que, estando vigente la reserva, se puede disponer del bien con su autorización y puede perseguir la cosa en poder de quien se halla. Curioso ciertamente sería el que se hablara de abuso de confianza, tipificado en contra de una persona que nunca ha confiado o entregado cosa mueble o sobre la que no tiene ninguna reserva de dominio.*

Hay que insistir en que en ningún momento se engañó a Pulido Correa, puesto que en todas las negociaciones el sindicado Rivera hizo saber que sobre el vehículo de marras recaía reserva de dominio, fenómeno jurídico que debía ser bien conocido por aquel dada su condición de abogado. No hubo, pues, en las transacciones mentira, y menos la capaz de engendrar engaño.

La Corte comparte el criterio del *a quo* y de la Delegada sobre la atipicidad de la conducta denunciada. La Juez acusada, doctora Martha Amparo Beltrán Márquez, se limitó a hacer un estudio de la cuestión planteada y encontró que, en su sano criterio, no tenía ninguna relevancia penal, circunscribiéndose el asunto al marco estrictamente civil. De las providencias por ella emitidas y criticadas por el denunciante en su momento procesal oportuno, interponiendo los recursos legales y que resultaron confirmadas por el superior, y ahora elevadas a la categoría de delictivas, no se puede decir que sean fruto de rebuscados argumentos o de arbitrariedades de *facto* o de *jure*. Al contrario, consultan ellas la realidad procesal y no comportan ningún desvío manifiesto de lo que la ley manda o de lo que doctrina y jurisprudencia han sentado.

Ahora, como eso fue lo que reconoció la providencia que se revisa por vía de apelación, es claro que ella amerita confirmación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, *Confirma* el auto apelado, ya señalado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PENA. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

El artículo 372 del Código Penal que señala causales genéricas de agravación punitiva, remite el incremento "a los delitos descritos en los capítulos anteriores", es decir, que agrava la pena básicamente de las normas que describen tipos penales

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta Nº 63.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación, interpuesto oportunamente por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia de dicha Corporación, que confirmó sin modificaciones la sentencia del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, por la cual se condenó *a José William Medina* y a *Wilson Palomares Córdoba* a la pena de 36 meses de prisión, como responsables del delito de hurto calificado.

En estas providencias se le concedió a los procesados el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

Los encuentra la Sala resumidos en el siguiente relato que ofrece la sentencia recurrida:

"Motivó la presente investigación un ilícito perpetrado el cuatro de abril de 1985, cuando fueron sustraídos algunos elementos de la casa comercial Miguel A. Correa & Cía. Ltda., que se evaluaron en la suma de $ 1.882.530. La policía logró capturar a José William Medina, Wilson Palomares Córdoba, Jaime Hernán Sarria y Sigifredo Narváez Jaramillo, pero los dos últimos fueron exonerados de todo cargo mediante sobreseimiento definitivo. No sucedió lo mismo con José William Medina y Wilson Palomares Córdoba, quienes fueron residenciados en juicio criminal por Hurto Calificado.

"En el auto de proceder se dijo que José William Medina, empleado de la empresa ofendida, pudo entregarle las llaves de la firma afectada a Palomares Córdoba, quien abrió las cerraduras y así pudo salir el ve-

hículo de placas NC-2329 con la mercancía hurtada y conducido por Medina, pero se presentaron algunos inconvenientes y el producto del ilícito fue guardado en la residencia de Sigifredo Narváez y Amelia Jaramillo.

"También se logró establecer, que todo fue fraguado por José William Medina, quien logró la cooperación de Palomares, que señaló a las autoridades el lugar en donde se encontraba la mercancía".

Demanda de casación:

El señor Fiscal del Tribunal, formula dos cargos contra la sentencia recurrida, al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

La primera objeción se refiere a la violación directa de la ley, por interpretación errónea del artículo 372 del Código Penal y lo sustenta así el recurrente:

"...Sólo una errónea interpretación de la ley penal sustantiva, en los cánones ya citados, daba lugar a la cuantificación de la pena principal y al discernimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional subsiguiente por indebida aplicación de la norma que lo autoriza.

"8º Pues, si el artículo 350 del Código Penal establece para el hurto calificado una pena principal de dos a ocho años de prisión y el artículo 351 preceptúa que en 'circunstancias de agravación punitiva' la sanción se aumente de una sexta parte a la mitad en los eventos exactamente ahí previstos, parcialmente resulta así un mínimo correspondiente a 28 meses, producto de incrementar en una suma correspondiente la punición básica (24 más 4).

"Como el artículo 372 del mismo Código autoriza un incremento mínimo de una tercera parte, por la cuantía, ese aumento debe tomarse del producto de conjugar los dos cánones ya citados —350 y 351— es decir, de 28 meses de prisión, resultando así nueve meses y diez días que agregados al guarismo original arrojan un total de 37 meses y 10 días de sanción privativa de la libertad.

"9º El error radica en el hecho de haber tomado de la figura jurídica básica, para este caso del artículo 350 del Código Penal, dos incrementos sucesivos de la sexta y de la tercera parte respectivamente, del mínimo de la sanción, independientemente del subproducto de la conjugación del artículo 351 para esa segunda acreencia, cuando lo legal era deducir la tercera parte una vez que a la pena de la primera norma se le hubiere efectuado el incremento por la agravación punitiva de la segunda.

"10º Para resumir: la exacta interpretación del artículo 372 del Código Penal habría permitido que el mínimo incremento autorizado por la norma, probatoriamente aplicable en la causa aquí comentada a los sujetos procesados que menciona la referencia, se fijara en nueve meses y diez días de prisión, resultante de tomar la tercera parte de la pena parcial de 28 meses, correspondientes al mínimo también autorizado por el artículo 351 del mismo Código".

Concepto de la violación:

"La sentencia de segunda instancia adoptada en Sala de Decisión Penal por el Tribunal Superior de Cali y que confirmó la del Juzgado Sexto Penal del Circuito en este asunto, es violatoria de la ley sustancial, por interpretación errónea, al efectuar la graduación de la sanción de los procesados, por concepto del incremento en atención a la cuantía a que alude el artículo 372 del Código Penal, con base en el artículo 350, cuando debía haberse referido al artículo 351 que a su turno reglamentariamente sufría el incremento de la sexta parte de aquél".

El segundo cargo, consecuencia del anterior, se refiere a la aplicación indebida del artículo 68 del Código Penal, porque en su concepto la pena aplicable, de acuerdo al cargo primero debe ser superior a treinta y seis meses de prisión y en estas condiciones los procesados no son merecedores a la condena de ejecución condicional.

Como consecuencia de los anteriores planteamientos, pide el recurrente que se profiera sentencia de sustitución por la Corte, en la cual se imponga a los sentenciados una pena privativa de la libertad superior a tres años de prisión y se revoque la gracia de la condena de ejecución condicional.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, comparte el pensamiento del recurrente y trae en su apoyo los siguientes razonamientos:

"...Es evidente que el texto del artículo 351 del Código de las penas ordena el incremento allí previsto con remisión a la sanción *Imponible* de acuerdo con los artículos anteriores, es decir, los que tipifican y penalizan las conductas de hurto simple y de hurto calificado. Por su parte, el artículo 372 del Código Penal consagra una circunstancia de agravación específica pero común a todos los delitos contra la propiedad, y por ello el incremento que dispone debe referirse a la sanción también imponible de cualquiera de los delitos que tutelan dicho bien jurídico.

"Esta clase de remisiones indica que el legislador no desconoce la unidad ontológica de los hechos punibles para tratar aisladamente las consecuencias jurídicas que pueden tener las circunstancias agravantes o atenuantes en la estructuración de la conducta ilícita. Si se hace referencia explícita a las penas imponibles conforme a las normas calificadas, ha de entenderse que esa pena imponible es la que resulta de ubicar entre el mínimo y el máximo, y con los criterios señalados en los artículos 61 y ss. del Código Penal, una punibilidad concreta que luego resultará incrementada o atenuada por la concurrencia de circunstancias específicas de esta índole, pues no otro sentido tendría la previsión de las llamadas circunstancias dosimétricas.

"Lo que se agrava por la cuantía no es el tipo básico sino la conducta con todas sus características y con todas las circunstancias que predicables del hurto pueden implicar aumentos o disminuciones de la llamada pena básica. En este sentido, asiste razón a la fiscalía recurrente, en criterio de la Procuraduría, cuando impugna por violación de la

ley sustancial y con motivo de interpretación errónea, la graduación que de la punibilidad hizo el Tribunal sentenciador; porque es el mismo texto del artículo 372 el que ordena que el incremento allí previsto se haga de la penalidad resultante de conjugar los tipos calificado y agravado de los artículos 350 y 351 del Código Penal. Y si se desconoció el texto de la norma porque se valoró equivocadamente la referencia en ella hecha a los artículos anteriores, la violación de la ley sustancial emerge precisamente de la interpretación errónea de su alcance y sentido".

Concluye su argumentación el Procurador, solicitando el incremento de la pena para los sentenciados y la revocatoria del subrogado penal.

Consideraciones de la Corte:

Primer Cargo:

En la formulación de este cargo, *el recurrente sostiene que en la sentencia acusada, por interpretación errónea del artículo 372 del Código Penal, se incurrió en error en la graduación de la pena, porque se favoreció a los procesados imponiéndoles una sanción inferior a la correspondiente.*

Sostiene el censor, que el Tribunal al efectuar la individualización de la pena en el caso sub exámine, *ha debido aplicar el incremento de que trata el artículo 372 del Código Penal, sobre el cómputo que resulta de considerar la pena del tipo básico del hurto calificado con el aumento del 351 (circunstancias específicas de agravación punitiva) y no únicamente sobre la pena básica del artículo 350 como lo hicieron los jueces de primera y segunda instancia.*

Debe la Corte recordar, que si es verdad que la ley otorga a los jueces cierta discrecionalidad en la aplicación de las penas, ese es un arbitrio que el funcionario debe manejar con mucha prudencia y ecuanimidad para evitar la imposición de sanciones que no corresponden al querer del legislador, o no se acomoden en su cuantía al caso juzgado.

Al efectuar la graduación de la pena debe el juez tener en cuenta la naturaleza y modalidades del hecho punible, la personalidad del acusado, el tenor literal y alcance de la norma y las circunstancias de agravación punitiva, ya sean estas especiales si forman parte integrante del tipo penal o genéricas como son las que se predican de todos los delitos, o de aquellos que forman parte de determinado título o capítulo del Código Penal. Las primeras, en la mayoría de los casos, forman parte del tipo, se integran a él; las segundas, son accesorias pero deben ser examinadas por el juez en relación con la conducta típica de que el agente debe responder para precisar por ese aspecto la cantidad de la pena punible.

Siguiendo estas orientaciones, debía el juez en el caso concreto que se examina y al graduar la sanción, fijar una pena básica partiendo de dos años de prisión que es la mínima que señala el artículo 350 del Código Penal para el hurto calificado con el incremento que pudiera corresponderle al tenor del artículo 66 de la misma obra.

El juzgador partió de esa pena mínima de dos años de prisión, sin deducir aumento alguno en relación con el artículo 66 del Código Penal, aspecto éste que no fue objeto de inconformidad y que es por tanto ajeno al recurso. Es lo cierto, que la pena básica se fijó en dos años de prisión.

Esta pena básica, la incrementó el juzgador en cuatro meses, por hacer presencia una circunstancia común de agravación punitiva para el hurto simple y el hurto calificado que autoriza el aumento en un mínimo de una sexta parte, como lo establece el artículo 351 del Código Penal, decisión acertada, pues el citado precepto dispone que "la pena imponible" *se aumentará de una sexta parte a la mitad, si el hecho se cometiere dentro de cualquiera de las modalidades que encierra la norma.*

No entra la Sala a examinar si los procesados merecían un incremento mayor al mínimo, cuatro meses, porque este aspecto no fue objeto de inconformidad.

Sobre este incremento de cuatro meses sobre la pena básica para un cómputo de 28 meses de prisión deducido por el juzgador, no existe disparidad de criterio, porque es indudable, que el aumento contemplado en el artículo 351 del Código Penal operaba sobre la pena imponible *por expreso mandato del precepto legal.*

Pero en el caso sub exámine, *también se había deducido una circunstancia de agravación de las contenidas en el artículo 372 del Código Penal, común a todos los delitos que lesionan el bien jurídico del patrimonio económico, como es la de haberse cometido el hecho sobre un objeto material con valor superior a los cien mil pesos.*

Esta norma, de acuerdo a su tenor literal, no consagra un aumento de sanción sobre la "pena imponible" como lo preceptúa el artículo 351 del estatuto punitivo, sino "...para los delitos descritos en los capítulos anteriores" o sea, para los diversos tipos penales, básicos, especiales o subordinados contenidos en todos los capítulos del Título XIV del Libro 2º del Código Penal, en cuanto describen determinados comportamientos como contrarios a la ley y les señala una pena.

En estas condiciones, el incremento de pena que señala el artículo 372 está referido a la sanción que tipifica conductas punibles dentro del título de los delitos contra el patrimonio económico, como el de hurto simple, el calificado, el abuso de confianza, la estafa, etc. y para el caso que se examina, sobre la pena del artículo 350 del Código Penal.

Vienen a reforzar este criterio, las siguientes consideraciones:

a) El artículo 351 del Código Penal, contempla tan sólo circunstancias de agravación punitiva comunes a los delitos de hurto simple y hurto calificado y no da lugar por tanto a formación de especies dentro del género del delito, ni modifica su estructura; encierra como la norma lo expresa, unas circunstancias que afectan la punibilidad de los dos primeros tipos de hurto del Capítulo I del Título XIV y no es por tanto un precepto que describa una conducta punible.

b) El artículo 372, que señala causales genéricas de agravación punitiva, remite el incremento "a los delitos descritos en los capítulos anteriores", es decir, que agrava la pena básica únicamente de las normas que describen los tipos penales.

c) *Si para no quebrantar la ley por interpretación errónea del artículo 372, se aplicara el incremento, como lo pretende el demandante, sobre el cómputo que resulta de sumar a la pena básica del artículo 350 del Código Penal, el aumento de la circunstancia de agravación del 351 del estatuto punitivo, se caería en otro quebrantamiento, este sí mayor, como sería la violación del tradicional principio* "non bis in idem", *pues se estaría agravando dos veces la pena por el mismo hecho sin autorización legal, porque el incremento que ya se hizo de cuatro meses en virtud de lo dispuesto en el artículo 351, se vendría a tener por segunda vez en cuenta para sobre él realizar el nuevo aumento de pena.*

Como en el caso que se examina, el Tribunal Superior de Cali dio al contenido del artículo 372 del Código Penal el alcance que la Corte considera acertado, no prosperará la censura.

Segundo cargo:

Como el segundo cargo formulado por el recurrente contra la sentencia por aplicación indebida del artículo 68 del Código Penal es subsidiario del anterior por ser su consecuencia obligada, al no prosperar el primero, ha perdido la segunda objeción su razón de ser.

No prosperan los cargos

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,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida por el señor Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia por la cual se condenó a José William Medina y Wilson Palomares Córdoba, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Técnica

Contra una sentencia se pueden formular varios cargos, fundados en la misma causal o en distintas, pues así lo dispone expresamente el inciso 2º del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, pero no es admisible hacer aseveraciones que sean mutuamente excluyentes

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta Nº 63.

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Humberto Blanco Ferreira,* contra la sentencia dictada el 14 de febrero de 1986 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual, por confirmación parcial de la de primera instancia, éste fue condenado a la pena principal de 16 meses de prisión y obligado a indemnizar como perjuicios ocasionados con la infracción, la suma de $ 2.127.500.

Antecedentes y actuación procesal:

Por el año de 1982, Jaime Parra conoció al extranjero Humberto Blanco Ferreira como importador de vehículos, para cuyo efecto manejaba una firma conocida como "Proveautos Ltda." en Bogotá. Tras convencerlo de la seriedad y eficiencia de su ocupación comercial, éste logró que Parra, quien pretendía adquirir un carro marca Datsun, le abonara un mil quinientos dólares y le garantizara el pago del saldo pendiente del valor del bien —seis mil quinientos dólares—, con una carta de crédito; pero como los supuestos trámites de importación (de la República de Panamá), tardaran de manera inusual y las explicaciones del comprador resultaran no convincentes para el interesado, éste viajó a Panamá en donde según Blanco funcionaba la casa directamente importadora, para cancelar allí el saldo, pero tal agencia no existía. Formuló entonces nuevos reclamos a Blanco quien optó por cederle la licencia de importación de un vehículo de otra marca, el cual le entregaría tan pronto le pagara la suma pendiente. Así procedió el comprador, pero como tampoco esta vez el negocio llegó a cristalizarse y contrariamente, recibió disculpas y dilaciones, decidió exigirle al importador la devolución del dinero. Accedió el comerciante entregándole un cheque en dólares de un banco de Nueva York —en el que carecía de fondos su-

ficientes—, y que ante nueva reclamación del afectado, le reemplazó por otros dos, de una sucursal del Banco de Occidente de Bogotá y por valor total de $ 1.231.420, que en últimas tampoco pudo cobrar por la misma causa que el primero.

Ante esta situación, el 23 de diciembre de 1983, Jaime Parra formuló denuncia por el delito de estafa contra el señor Blanco Ferreira, quien a raíz de la investigación fue llamado a juicio por tal delito en providencia que llegada por apelación al Tribunal de origen, fue íntegramente confirmada. Surtida la etapa de la causa, en la que se practicó el avalúo de los daños y perjuicios en dictamen que no fue objetado —y que se fijó en la suma por la cual se produjo la condena— y se realizó la audiencia pública, se profirió sentencia de condena, en la cual, tanto el juzgado del conocimiento —el 17 Penal del Circuito de Bogotá—, como el Tribunal, desecharon los argumentos defensivos del representante del encausado expuestos en la vista pública, y que en definitiva sólo fue modificada en aspectos *distintos* a la pena principal y a la obligación de indemnizar los perjuicios en la cuantía en que fueron avaluados.

La demanda:

Con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971, por considerar que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidades de orden constitucional y legal, se formulan dos cargos al fallo de segunda instancia.

Cargo primero. Inobservancia de las formas propias del juzgamiento.

Considera, no sin reticencia el distinguido casacionista, que el juez penal carecía de competencia para conocer del proceso por estafa contra su patrocinado porque este delito podía ser conexo con el estado de cesación de pagos, pero el funcionario se abstuvo de verificar tal vínculo antes de proceder, como también omitió establecer la posibilidad de que, según sus palabras, "...se ameritara la aplicación de cualquiera de los paratipos del Código de Comercio, o en el peor de los casos, que existiera otra conducta de la cual la estafa fuere conexa", eventos todos que le conferían con exclusividad la competencia al juez Civil del Circuito en caso de llegar a decretarse la quiebra, como lo dispone el artículo 2003 del Código de Comercio. La omisión referida acarreó la desatención a las formas procedimentales consagradas en los artículos 1917, 2003 y 2005 del Código de Comercio "que remiten al juzgamiento de delitos de una jurisdicción a otra", y afectó "el derecho del sindicado porque en la hipótesis de la declaratoria de quiebra, como el auto enjuiciatorio sólo puede dictarse después de la sentencia de graduación y reconocimiento de los créditos, la deuda hubiera podido, según la tasación pertinente, verse disminuida, posibilidad esta que en un proceso penal autónomo como el que se adelantó por la estafa, no tiene operancia".

Cargo segundo. Presentado como subsidiario del anterior, señala la falta de competencia del juez penal para condenar a la indemnización de perjuicios al procesado y afirma que al hacerlo usurpó la jurisdicción del juez civil y violó las formas del juicio. Estima que la condenación referida implica violación del artículo 1921 del Código de Comercio que prohibe al comerciante en trámite de concordato hacer pagos o arreglos

relacionados con las obligaciones civiles y dar así trato preferencial a determinados acreedores, y que la sentencia acusada, en lo referido a la indemnización, colocó a su cliente ante la eventualidad de incurrir en delito concordatorio, y creó la situación de que el concordato se convierta, como consecuencia, en quiebra, lo cual implica también la nulidad del proceso por violación de garantías de los artículos 23 y 26 de la Carta en cabeza del acusado.

El concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal no comparte la pretensión del recurrente y solicita no casar la sentencia impugnada. Formula severas críticas tanto a la parte técnica de la demanda, como a sus fundamentos.

Hace énfasis en la carencia de los "requisitos mínimos" que presenta el escrito y las "tremendas contradicciones conceptuales" en que se apoya. Destaca a este respecto cómo en el primer cargo le niega toda validez al proceso desde el auto de clausura de la investigación, y en el segundo se la concede para discutir solamente el tema de la condena indemnizatoria, y observa que el actor no expresa el concepto de la violación que pregona.

Estima que el recurrente, al afirmar que se desconocieron las formas previstas en los artículos 1917, 2003 y 2005 del Código de Comercio, descartó la posibilidad de que el hecho realizado por el acusado fuese un ilícito de carácter penal, pero admitió que se trató de uno de naturaleza civil, y advierte entonces, así interpretado el racionamiento del censor, que las disposiciones anotadas no tenían operancia en el caso concreto, porque en verdad hubo infracción a la ley penal.

Encuentra así el señor Procurador que el demandante atribuyó al setenciador un error de escogéncia de la norma sustantiva que sanciona el delito de estafa cuando se trataba era de una conducta civil reprochable con exclusividad a través del Código de Comercio, y que por consiguiente, ha debido formular el ataque a través de la causal primera de casación.

Además de las observaciones antecedenes, descarta todo fundamento en los cargos porque el acervo probatorio demostró a plenitud el delito de estafa cometido por el procesado y no el "negocio puramente civil", según la expresión utilizada por el distinguido colaborador, al que en su entender se refiere el censor para cuestionar la competencia del juez penal.

Considerándolo atinente al caso, acude a transcripción de apartes de la sentencia recurrida, en los que el enfoque de la cuestión se hace en la forma que prevén las normas sustantivas y procesales concordadas con las pertinentes del Código de Comercio, y no como lo hace la Procuraduría.

Consideraciones de la Sala:

Como atinadamente lo anota el Procurador Delegado, la demanda adolece de ostensibles fallas de técnica que impiden a la Sala entrar a analizar el fondo de la misma.

Con base en la causal 4ª de casación el recurrente alega dos cargos, que son incompatibles entre sí: Por el primero afirma que el proceso es nulo a partir del auto que declara cerrada la investigación por incompetencia del juez para conocer del proceso, pues se podría tratar de una posible quiebra fraudulenta cuyo conocimiento lo ha asignado la ley a los jueces civiles, y en el segundo reconoce la competencia del juez penal para conocer del proceso, pero negándosela simultáneamente para condenarlo al pago de perjuicios.

Aunque al sustentar el primer cargo el recurrente es errático y se mueve en el plano de las suposiciones hipotéticas, lo que es absolutamente inadecuado dentro del recurso de casación en el que se trata de formular cargos concretos a la sentencia que se impugna, al final de la alegación pertinente, dice: "Se vulneró, en forma clara, el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues no se observaron las formas propias del juicio, existiendo una nulidad supralegal, ya que se atentó, no sólo contra claros preceptos legales, de gran importancia, como que remiten el juzgamiento de delitos de una jurisdicción a otra, consagrados en los artículos 1927, 2003 y 2005 del Código de Comercio...". Luego al sustentar el segundo cargo, dice: "En forma subsidiaria, acuso la sentencia recurrida, por haberse condenado al pago de daños y perjuicios con violación de las normas sobre competencia, pues de todas formas, al menos la jurisdicción penal no podía pronunciarse sobre el particular.

La jurisprudencia de la Corte ha sido muy enfática y reiterante al decir que ni dentro de un mismo cargo, ni en cargos separados, se pueden hacer aseveraciones en las cuales se funde la solicitud de infirmación del fallo que sean mutuamente excluyentes, pues frente a cargos contradictorios la Corte no está habilitada para escoger uno de los dos desechando el otro, y no le es dable tampoco analizarlos simultáneamente sin romper el principio de no contradicción, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo un mismo respecto.

Es cierto que contra una sentencia se pueden formular varios cargos, fundados en la misma causal o en distintas, pues así lo dispone expresamente el inciso 2º del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal cuando dice: "Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una". Se puede, por ejemplo, impugnar la sentencia por violación directa de la ley con relación al tipo penal imputado, y simultáneamente acusarla por violación indirecta en razón de no haber considerado algunas pruebas relativas a la responsabilidad del procesado. Inclusive, se puede acusar la sentencia por estar afectada de vicio de nulidad desde el auto calificatorio por indebida denominación del tipo delictivo, y al mismo tiempo acusarse por vicio de nulidad por figurar como miembro del jurado una persona que no aparecía en la lista correspondiente, afectando el proceso sólo a partir del sorteo respectivo. Todo ello es posible porque una sentencia puede estar afectada de múltiples fallas, y el recurrente puede ponerlas todas de presente para garantizar tanto el éxito de sus pretensiones como la intangibilidad de la ley. Todos estos cargos deben ser formulados como principales, no sólo porque la naturaleza del recurso así lo exige, sino también porque en casación la ley no ha previsto la posibilidad de formular cargos subisdiarios.

Pero esto no permite hacer aseveraciones fácticas o jurídicas que sirvan de fundamento a la petición de invalidar el fallo, y luego afirmar lo contrario con la pretensión de obtener el mismo resultado. Por eso no es de ninguna manera viable alegar simultáneamente violación directa e indirecta de la misma norma sustantiva, pues la primera supone el reconocimiento de los supuestos fácticos que obligan a aplicar una determinada norma, mientras que la segunda pone en duda precisamente esos supuestos. Algo similar ocurre con el error de hecho y de derecho con relación a la misma prueba, pues el segundo parte de la aceptación de ésta, mientras que el primero la pone precisamente en duda.

En el caso en estudio el recurrente afirma en el primer cargo que la sentencia debe casarse porque el juez penal no es competente para conocer de la conducta imputada al procesado, y en el segundo reconoce su competencia pero la limita a la acción penal y no a la civil que nace del correspondiente delito, incurriendo en una contradicción que impide a la Corte entrar a estudiar el fondo de la demanda.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONSULTA

Si fue el querer del legislador consagrar la consulta, los funcionarios o corporaciones competentes para conocer de ella, serán los mismos que por disposición de la ley deben conocer de los recursos interpuestos contra las decisiones tomadas por los funcionarios o corporaciones de primera instancia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 063 del 15 de septiembre de 1987.

Vistos:

El defensor del procesado, *Luis Alberto Godoy Espinel,* solicitó a la Corporación la declaratoria de nulidad de todo lo actuado en segunda instancia, por carecer de competencia para adelantarla.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes

Resultados

El doctor Godoy Espinel, en su calidad de juez Ochenta de Instrucción Criminal de esta ciudad, fue sobreseído definitivamente por providencia del treinta (30) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987) por el delito de falsedad ideológica en documento público, por el que se le había abierto la investigación.

Por auto del primero (1º) de agosto de este año y en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, esta Sala revocó la providencia antes mencionada revisada por consulta, y dictó auto de proceder contra el mismo, por el delito de falsedad en documento público.

Las peticiones de la defensa

El solicitante plantea la existencia de una nulidad en el trámite y la definición del nuevo grado jurisdiccional de la consulta, argumentando en favor de su pretensión que el artículo 32 del anterior Código procesal asignaba a la Corte la competencia para conocer de la consulta, en los procesos fallados en primera instancia por los tribunales, pero que el nuevo estatuto procesal si bien consagró el grado jurisdiccional de la consulta, no le atribuyó competencia para conocerla a las corporaciones judiciales y que por tanto la Corte carecía de competencia para conocer

del sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal de Bogotá en favor del procesado.

Considera no sería válida la contraargumentación que por tratarse de un proceso que para el primero de julio de este año tenía cierre de investigación y acorde con el artículo 677 debía seguir tramitándose por el anterior código, porque considera que debe primar el principio de favorabilidad, puesto que el artículo 677 debe entenderse para los asuntos de trámite; recalca también, cómo al artículo 5º, principio rector que consagra el principio de favorabilidad se le consagró una excepción en el referido artículo 677. Concluye finalmente que en el caso presente se debe aplicar el principio contenido en el artículo 5º, por serle más favorable a los intereses del procesado, haciéndose caso omiso de la excepción del artículo 677 y termina haciendo alusión a una doctrina de la Corte donde se expresa claramente que las leyes sobre jurisdicción y competencia son de restrictiva interpretación y rechaza por cualquier sentido una aplicación de carácter analógica.

Consideraciones de la Corte:

El carácter general de las leyes penales, por tratarse de normas de derecho público, hace que éstas sean de aplicación a todos los ciudadanos y para todos aquellos casos en los cuales el precepto recoja la situación específica que se analiza. No puede el intérprete apartarse de esta esencia de la ley y, así, cuando realice la hermenéutica de una norma, su interpretación debe igualmente tener un sentido general, aplicable a todos los eventos que puedan presentarse, pero resulta inadmisible que el juez, so pretexto de interpretar una ley oscura, dé a ésta contenido diverso cada vez que se enfrente a su aplicación, o dependiendo del sujeto contra o a favor del cual se interpreta el texto.

Respetables, pero no compartibles las argumentaciones del abogado de la defensa, porque si bien son ciertas las posiciones jurisprudenciales sostenidas por esta Corporación en relación con la forma de interpretación de las leyes referidas con la fijación de la jurisdicción y competencia, dos de cuyos extractos muy importantes cita en su memorial, también lo es, que el fenómeno presentado con la consulta en la nueva codificación procesal, no hace aplicable al caso las decisiones citadas.

La posición sostenida por la Corte al indicar que la interpretación de las normas relativas a la fijación de la jurisdicción y competencia son de interpretación restrictiva y por tanto no aplicables por analogía tiene su razón de ser, puesto que el derecho procesal es de derecho público, y además porque es indispensable respetar el debido proceso de consagración constitucional en el artículo 26, ya que los ciudadanos tienen el derecho a saber de antemano (legalidad del proceso) las normas que indican los funcionarios competentes y los factores de señalamiento de la competencia, que tienen una íntima relación con la ritualidad del proceso y con la garantía constitucional antes citada; sobre la necesidad de protección de tales derechos y fines es que la Corte ha venido sosteniendo más o menos de manera uniforme con la jurisprudencia que ahora se analiza, que de no ser así quedarían expuestas al arbitrio del juez que con interpretaciones más o menos razonables o con verdaderas creaciones de normas nuevas, estaría en la posibilidad de

cambiarse la legalidad del proceso de profundo respeto legal y constitucional.

Pero la situación que se analiza ahora es bien diferente y en ningún momento la decisión que se toma contradice o quebranta la jurisprudencia de esta Corporación, ni los principios rectores que con ella se ha pensado respetar y hacer respetar, y la situación es diferente, porque fue la intención de Comisión Redactora suprimir el grado jurisdiccional de consulta; originada la propuesta, en las formulaciones de la criminología contemporánea, que ante a hipertrofia de los sistemas penales modernos por la inflación punitiva y por los problemas surgidos de la explosión demográfica, se han visto impotentes para enfrentar la oleada de criminalidad que ha caracterizado al mundo actual; sobre tales presupuestos de la realidad, se han buscado diversas fórmulas que hagan más eficiente la administración de justicia para que en la medida de lo posible se pueda descongestionar la abultada carga de trabajo que agobia a los jueces, y dentro de las diversas fórmulas está la denominada desjudicialización, que consiste simplemente en quitarle el carácter procesal penal a muchos asuntos, disminuir o abreviar los procedimientos normalmente previstos, para que los funcionarios se vean avocados a un menor número de casos o a procedimientos más expeditos, que les den la posibilidad de enfrentarse con éxito a las más graves formas de la criminalidad. La supresión de la consulta era una fórmula de desjudicialización que buscaba que los funcionarios y corporaciones de segunda instancia vieran reducida su carga de trabajo y sólo conocieran de aquellos procesos en los que se hubiera interpuesto recurso contra las providencias dictadas, entendiéndose que aquellas que notificadas no lo fueron, eran aceptadas por las partes a quienes les interesaba.

Pero el criterio y finalidad anteriormente expuestos, no fueron compartidos por los miembros de la Comisión Revisora, que consideró que la consulta era una garantía, y si bien la restringió en relación con lo instituido en la norma procesal anterior, quiso expresamente consagrarla y de ello no puede existir la más mínima duda, porque precisamente se consagró en el artículo 209, señalándose cuáles son las providencias consultables en el artículo 210. Pero como sucede lamentablemente, siempre que se hacen correcciones a una obra que puede tener una determinada armonía, por lo menos en relación con lo que han pensado sus autores, éstas terminan siendo incoherentes con el texto total o produciéndose vacíos, cuando no verdaderas contradicciones. Ha debido ser labor de la nueva Comisión, cuando tomó la decisión de adoptar nuevamente la consulta que había sido suprimida, (ver proyecto publicado por el Ministerio de Justicia), *y era la de revisar integralmente el texto de la codificación, para que hiciera las necesarias concordancias en todas aquellas normas que de manera directa o indirecta tuvieran que ver con la consulta; pero por la obra que finalmente es objeto de análisis, parece ser que esta labor no se cumplió y quedó entonces legalmente consagrada la consulta, pero se omitió señalar cuáles eran los funcionarios competentes para conocer de ella.*

Es apenas obvio concluir que si fue el querer del legislador consagrar la consulta y que si ésta es una especie de recurso o alzada automático que opera por la propia determinación de la ley, los funcionarios o corporaciones competentes para conocer de ella, serán los mismos

que por disposición de la ley deben conocer de los recursos interpuestos contra las decisiones tomadas por los funcionarios o corporaciones de primera instancia. Se trata entonces de hacer una interpretación sistemática de la codificación procesal, al mismo tiempo que se la interpreta históricamente y teniendo en cuenta, fundamentalmente la voluntad del legislador, sin que pueda llegar a afirmarse, que por aceptar la forma de interpretación propuesta, se pueda estar violando el principio constitucional del debido proceso, de donde deviene el principio de la legalidad del mismo; ni tampoco se está modificando la jurisprudencia de esta Corporación cuando afirma la necesidad de una interpretación restrictiva de las normas procesales que fijan la competencia y jurisdicción, porque con el entendimiento que se ha dado al texto procesal en este caso, se sigue respetando la necesaria preexistencia de la norma procesal y la previa definición de las ritualidades del proceso penal, como un derecho consagrado al ciudadano a quien el Estado le garantiza el conocer previamente las reglas del juego, que no podrían serle modificadas de manera sustancial o en aspectos que vulneren derechos sustanciales a él consagrados.

Tampoco podría llegar a afirmarse que se está aceptando o dando vía libre a los funcionarios jurisdiccionales para que den rienda suelta a interpretaciones extensivas o analógicas de las normas procesales que fijan la competencia y jurisdicción, porque se sigue insistiendo en tal interpretación, con la seguridad de que en el caso sub júdice *las circunstancias son de tal naturaleza claras, que para nadie puede existir el más mínimo asomo de duda que ese fue el querer del legislador y que la interpretación sistemática e histórica propuesta, no va a permitir en el futuro que un juez desconozca jurisprudencialmente la competencia o jurisdicción expresamente señaladas por la ley.*

Tampoco podría afirmarse que el procesado ha visto menoscabados sus derechos por la solución que aquí se da al conflicto propuesto, porque la realidad es que su situación no se ha modificado con relación a la legislación anterior, donde enfrentaba una consulta legalmente impuesta, razón por la cual en vigencia del código anterior el proceso había sido enviado a esta Corporación para que conociera de ella y el nuevo se encuentra exactamente en la misma situación.

Ahora bien, analizadas las soluciones que tanto el antiguo como el nuevo estatuto procesal penal brindan al fenómeno de la consulta, y atendida la regulación de ésta y la situación específica del caso en estudio, no se ve de dónde trae el defensor del procesado argumentos para establecer que no procede en uno o en otro ordenamiento el trámite del grado jurisdiccional. Si se mira en relación con el anterior ordenamiento, claro resulta que la providencia es revisable, como quiera que se trata de un sobreseimiento definitivo, que el mismo profirió dentro de un proceso por delito cuya pena asignada por el estatuto sustantivo es privativa de la libertad en límite superior a cinco años, y no fue apelada oportunamente.

Dentro del nuevo código de procedimiento, resulta igualmente consultable la providencia, como quiera que, hecha la adecuación terminológica, se trataría de un auto de cesación de procedimiento por delito cuya pena asignada supera los cinco años de privación de la libertad, tal como lo prescribe el artículo 210 del Decreto 050 de 1987; por lo de-

más, la providencia no fue notificada personalmente al procesado ni a su defensor, ni existe parte civil reconocida, presupuestos contenidos en el inciso final del artículo mencionado. De esta forma, no existe base legal alguna para predicar que no debe operar el grado jurisdiccional de consulta, diverso al argüído por el defensor en el sentido de no asignación de competencia, el cual, a juicio de la Corte, está suficientemente explicado al señalar que no se trata de aplicación analógica, sino una interpretación sistemática que impone llenar el vacío que sobre el funcionario competente dejó la nueva codificación, sin que ello quiera significar que se ha acabado en el nuevo estatuto el grado jurisdiccional de consulta.

En las condiciones antes establecidas es entonces lógico concluir que no se ha incurrido en causal de nulidad y que por tanto la Corte Suprema de Justicia por medio de su Sala de Casación penal, sí es competente para conocer de las providencias enumeradas en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y que hubieran sido dictadas por los Tribunales del Distrito Judicial.

Tampoco se comparte el segundo argumento de la favorabilidad, cuando se expresa que se debe aplicar el nuevo Código de Procedimiento Penal puesto que ello comporta favorabilidad a los intereses del procesado, ya que al carecer la Corte de competencia para conocer de la consulta, es obvio que el sobreseimiento definitivo dictado en vigencia del estatuto anterior ha debido quedar ejecutoriado en vigencia del nuevo y esta decisión comporta una absolución total.

Se rechaza, porque esta argumentación depende en su aceptación, de que la anteriormente propuesta fuera recibida o rechazada y es obvio que sería lógica la apreciación del memorialista, si la Corte aceptase su planteamiento de incompetencia para conocer de la consulta, pero al haberse rechazado, no se pueden en este caso hacer formulaciones de favorabilidad, puesto que la Corte ha afirmado su competencia para conocer de la consulta, y en tales circunstancias en el anterior estatuto y en el nuevo, se trata de una de aquellas providencias que de acuerdo a expresa mención son consultables en las previsiones del artículo 210 del nuevo estatuto.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Corte Suprema de Justicia, por su Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva

No decretar la nulidad solicitada en este proceso.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º CASACION. Intervinientes

La parte civil tiene interés jurídico y, consecuencialmente, legitimación, para interponer el recurso de casación, cuando la sentencia de segunda instancia ha sido absolutoria

2º NULIDAD LEGAL

La nulidad como motivo de casación no puede admitirse, cuando formulándose cargos por determinada infracción en el enjuiciamiento, se profiere decisión absolutoria

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Acta número 064.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia del Tribunal de Cúcuta, de 30 de enero de 1986, por la cual en desacuerdo con el concepto de la Fiscalía, confirmó el fallo de primera instancia dictado el 24 de enero de 1985 por el Juzgado 4º Superior de dicho distrito para absolver a *Roberto José León Martínez* por el delito de estafa en perjuicio de la sociedad "Mazda Crédito Ltda.", en hechos ocurridos en dicha ciudad a partir de 1981 y en relación con obligaciones existentes entre la entidad mencionada y la dirigida por el procesado, denominada "Santander Motores y Cía, Ltda." en lo atinente a la venta de automotores.

Se recibió concepto de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal con solicitud de desechar la demanda de casación.

Hechos:

Alrededor del segundo semestre de 1981, las sociedades "Crédito Automotriz S. A.", posteriormente, "Mazda Crédito", representada por su gerente señor José Calderón Rivera y "Santander Motores y Cía. Ltda." —constituida mediante escritura número 2970 de diciembre 17 de 1980 de la Notaría 2ª de Cúcuta— de la cual era gerente Roberto León Martínez, previas las conversaciones pertinentes, firmaron un contrato para regular créditos otorgados a la segunda para la venta de automóviles, camionetas y otros vehículos marca "Fiat".

Inicialmente el personero de la sociedad concesionaria actuó normalmente en desarrollo de dicho contrato, pero después se afirmó que pagarés endosados a la sociedad denunciante, actual "Mazda Crédito", estaban afectados de falsedad en cuanto a sus nombres y firmas, además de que el denunciado León Martínez cobró obligaciones que ya habían sido endosadas a la entidad concesionaria, con perjuicio de esta, que propuso también la denuncia por el delito de estafa.

Actuación procesal

Con base en la denuncia, a la cual se acompañaron copias simples de varios pagarés, se abrió investigación y se admitió la constitución de parte civil a nombre de la entidad denunciante. Capturado el procesado en razón de otra investigación, fue oído en indagatoria expresando que los títulos valores los entregó sin endoso a la firma mencionada y que a favor de la misma constituyó hipoteca sobre inmueble de su propiedad, en seguridad de las obligaciones originadas en el contrato.

Interrogados varios adquirentes de vehículos en la entidad representada por el sindicado, expresaron que para efectos de las negociaciones respectivas, habían suscrito a favor de la firma vendedora, títulos valores —letras— por cuotas mensuales por la suma adeudada y también pagarés por el valor total. Que el sindicado, en su calidad expresada había endosado o recibía el pago de las letras y al mismo tiempo habían sido ejecutados con base en los pagarés por la firma "Crédito Automotriz" o "Mazda Crédito", a quien se había entregado tales documentos por León Martínez.

Con base en lo expresado se dictó auto de detención contra el sindicado. La parte civil presentó copia sin autenticar del contrato celebrado entre las partes sobre créditos para negociación de automotores. En ampliación de indagatoria, el procesado afirmó que compraba de contado los vehículos a la firma ensambladora, los cuales negociaba con reserva de dominio y que obtenía créditos de la sociedad financiera "Crédito Automotriz", a favor de la cual tenía constituida hipoteca. Además de que se le exigía remitiera los documentos suscritos por los clientes "...para demostrar la capacidad de pago y la solvencia de los créditos...".

Perfeccionada la investigación se calificó de acuerdo con su fiscal, con enjuiciamiento contra el procesado Roberto José León Martínez por estafa en perjuicio de los intereses de la sociedad "Crédito Automotriz S. A." actualmente "Mazda Crédito S. A." y lo sobreseyó temporalmente por falsedad en documentos, por no haberse reunido la prueba relacionada con la infracción.

En cuanto al delito de estafa, consideró el Juzgado que el sindicado obtuvo doble garantía de los adquirentes de vehículos en la agencia a su cargo, procediendo a negociar o endosar las letras a entidades bancarias que recibían su pago y los pagarés a la firma "Crédito Automotriz S. A." o "Mazda Crédito", siendo ejecutados por esta, no obstante cubrir las cuotas pactadas, mediante las letras, con lo cual se les ocasionó perjuicio, como también a la firma referida.

Ejecutoriado el auto de proceder, por impedimento del Juez 3º Superior, pasó el proceso al funcionario que le seguía en turno y se practicaron las pruebas solicitadas por el defensor del procesado. Durante la audiencia la Fiscalía pidió absolución del procesado, por no encontrar debidamente demostrada la infracción como tampoco su responsabilidad, ya que se agregaron copias sin autenticar de los documentos referidos, no contienen, ni se determinó la cuantía de la infracción, como tampoco el error. La misma petición formuló el defensor.

El Juzgado, en su fallo absolutorio expresa que no se demostró la infracción, ya que no se precisó la clase de operaciones realizadas entre la firma "Mazda Crédito" y la representada por el procesado, pues la copia del contrato respectivo no aparece autenticada, lo mismo que las copias de títulos valores, con excepción de uno, se trataba de obligaciones con doble garantía una de las cuales no podía hacerse efectiva mientras se cumpliera la otra y que el procesado no indujo en error a sus clientes.

Apelada la sentencia por la parte civil por considerar demostrada la infracción en sus elementos constitutivos, la Fiscalía del Tribunal solicitó dictar sentencia condenatoria por llegar a la misma conclusión. El Tribunal previa anotación de que no se había determinado la cuantía y que si bien se había celebrado un contrato entre las partes conforme al cual el procesado vendía automóviles en nombre de "Mazda Crédito", que las copias de los pagarés no aparecen autenticadas y no se estableció el número de vehículos, existiendo incertidumbre en la negociación, confirmó dicha decisión. Tampoco se probó el delito respecto a los compradores de los automotores, que entendían firmar letras por las cuotas mensuales y el pagaré por el total de la obligación, no siendo exigible este sino en caso de incumplimiento, conforme a dictamen existente en autos.

La demanda:

El actor invoca còntra el fallo las causales segunda —por desacuerdo de la sentencia con el enjuiciamiento— y primera —por violación indirecta de la ley sustancial— de conformidad con el artículo 584 del anterior Código procesal, en el orden expresado, con base en las cuales formula los cargos que se sintetizan seguidamente.

Causal segunda:

Consiste el cargo en que llamado a juicio el inculpado por estafa, fue absuelto por el Tribunal y"...se da en este caso —según el actor— entonces, la falta de consonancia entre el auto de proceder y la sentencia, máxime cuando la prueba recaudada en la etapa del juicio contribuyó a enriquecer y a fortalecerla contra el procesado, cometiéndose un error *in procedendo* al romper la estructura lógica-jurídica que debe existir entre aquel y esta".

Para sustentar esta acusación transcribe el demandante en lo pertinente apartes del auto de proceder en cuanto a la configuración de la infracción por la que fueron perjudicados, además de la entidad denunciante, otras personas. También reproduce consideraciones de la sentencia acusada conforme a las cuales, por existir duda en relación

a la materialidad de la infracción y sobre la responsabilidad, sin reunirse por tanto los requisitos legales (art. 215 del C. de P. P. derogado), procedía la absolución.

Afirma que al confirmar la absolución, el Tribunal incurrió en "error *in procedendo*" que rompe la unidad entre el auto de proceder y la sentencia "...pues entre aquel y esta hay una relación de causalidad que es lo que le da armonía al proceso...". En el auto de proceder se estimó demostrada la infracción y que existían indicios suficientes contra el procesado, reforzándose la acusación con los elementos probatorios agregados en la etapa del juicio, pero en la segunda instancia se llegó a conclusión contraria, lo cual rompió la unidad del proceso, que se preserva a través de la causal invocada.

Y concluye que el desacuerdo referido "... se fundamenta en incorrecta y errónea apreciación evaluativa de las pruebas recaudadas en la etapa sumarial y del juicio infringiendo normas procedimentales probatorias" que vienen a demostrar el delito y "condujeron a violar la ley sustancial, al dejar de aplicar el artículo 356 del Código Penal".

Causal primera:

Violación de la ley por errores de apreciación probatoria.

Los resume el actor en estos términos:

"Impugno la sentencia recurrida con fundamento en la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en lo concerniente a que el Honorable Tribunal del Distrito de Cúcuta por equivocada evaluación de las pruebas infringió directamente los artículos 229, 231, 236, 247, 248, 249, 258, 254, 255, que lo llevaron a interpretar también equivocadamente el artículo 216, para no proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, y como corolario de la equivocada evaluación de las disposiciones probatorias contenidas en el estatuto procesal, violó indirectamente la ley sustancial al dejar de aplicar el artículo 356 del Código Penal colombiano".

Anota que a la violación "se llegó por evidente y manifiesto error de derecho", por estimar que los hechos no estaban plenamente probados, y que existía duda en cuanto a la materialidad de la infracción y la responsabilidad. Señala los elementos de la estafa: empleo de artificios, el daño y el beneficio ilícito. Considera que las copias de los pagarés, las declaraciones existentes, las constancias de los Juzgados Civiles sobre los procesos ejecutivos adelantados contra los deudores y las demandas instauradas por la entidad denunciante "son indicios necesarios, que guardan una correspondencia y relación entre los hechos materia de examen, desconociendo e infringiendo la norma procedimental probatoria contenida en el artículo 231 de Código Procesal Penal...".

Aunque no se pudieron agregar los pagarés originales (art. 117 del C. de P. C.), se demuestra la existencia de dichos documentos, lo que constituye indicio, que las xeroscopias corresponden a aquellos y que por esto cursaban demandas contra los deudores perjudicados, lo cual no fue apreciado por el fallador, con infracción del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal. Existencia que se probó mediante las cer-

tificaciones de los Juzgados Civiles y los testimonios de los afectados, con violación del artículo 235 del citado estatuto.

Si no se comprobó la falsedad esto no incide en la estafa por tratarse de delitos autónomos. La estafa no radica en la falsedad de los documentos, sino en el empleo de artificios con efecto de inducir a error. Roberto José León Martínez hizo firmar a los adquirentes de vehículos pagarés y en su respaldo letras. Los pagarés los endosó a "Crédito Automotriz" y "Provensa" —compañías que dan financiamiento para la adquisición de vehículos— y las letras las negoció con los bancos Internacional, Cafetero y Occidente. Y en esto radica el artificio para crear una falsa imagen. Existe un indicio grave, puesto que las entidades citadas iniciaron ejecuciones, descubriendo el engaño del procesado y la entidad denunciante y otras personas sufrieron daño en su patrimonio.

El engaño determina la voluntad de la víctima con la falsa apariencia que produce y está demostrado el ilícito, contra lo que considera y afirma el Tribunal que no existe perjuicio por no tasarse este en forma concreta. A la vez que afirma que los procesos ejecutivos se fundan en el no pago de cuotas, pero por el contrario su sola existencia es señal grave del delito, porque de lo contrario se justificaría la mala fe. Hay perjuicio y riesgo —considera el actor— sólo con las demandas. Existen los indicios graves derivados de las xeroscopias de los pagarés, "el contrato autenticado" entre las partes y las constancias judiciales.

Contra lo estimado por el fallador existen —continúa— "indicios graves morales" y hacen relación a la capacidad moral para delinquir, manifestada en el ánimo propio del delincuente, cuando engaña a sus víctimas haciéndoles creer que se trata de una sola deuda con doble garantía, "pero por el otro lado los entregaba mediante endoso a terceros", lo cual no tuvo en cuenta aquel violando de esta manera el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal. Existen también sospechas por el dicho de los testigos, quienes afirman que varios documentos fueron falsificados y se endosaron a otras personas, estas promovieron acciones "probándose con ella la mala fe en los negocios con sus clientes", además de que se modificaron las relaciones jurídicas entre los firmantes, lo cual indica un delito contra el patrimonio.

Considera que existe error del fallador al decir que para la estafa se requería que se tacharan los documentos espúreos, pues a través de documentos legítimos se puede pensar en que es posible cometer otros delitos, como la estafa y "se ha reiterado en la providencia impugnada que la acción del imputado es intrascendente al ordenamiento jurídico penal, no siendo más que atinente a las normas civiles..." (sentencia junio 23 de 1982).

En su concepto la infracción está demostrada con las copias de los pagarés, una de las cuales se halla autenticada, las constancias judiciales, el contrato y las certificaciones sobre existencia y representación de las sociedades indicadas. Y obran también las manifestaciones de los testigos que sindican a León Martínez como el autor del ilícito, indicando los perjuicios causados, pruebas a las cuales el fallador no les dio valor, no obstante que se recibieron debidamente y no fueron tachadas, son concordantes en su contenido y finalidad y no dejan duda sobre "la

autoría y culpabilidad". Violó el Tribunal normas procesales (arts. 247, 248, 249, 250, 254 y 255 del C. de P. P. derogado).

Rechaza la conclusión de que el procesado obró conforme a la buena fe, puesto que las pruebas demuestran lo contrario, cita al respecto el testimonio del doctor Henry Solano Torrado sobre actos de aquel en relación con determinados pagarés, el del abogado Saturio Alberto Jaimes quien menciona varias otras personas perjudicadas y el concepto del fiscal del Tribunal al pedir se dictara sentencia condenatoria.

Por tanto había prueba suficiente de la responsabilidad del acusado, debidamente producida y no desvirtuada, por lo cual se violó el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal e indirectamente el artículo 356 del Código Penal.

Se refiere a los testimonios de Luis Antonio Ibarra, Ana Tilcia Lara de Niño, Edgar Alvarez, Jaime Bautista, David Bonels Rovira, Carmen Delia Vásquez de Vélez y Francisco Vargas Ortega, transcribe apartes en cuanto a que algunos desconocen los pagarés y todos afirman habérseles adelantado acciones con base en éstos, y concluye que con estas pruebas se produce certeza, pues se trata de los afectados, pero el Tribunal los estimó dudosos dando aplicación al artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, con violación del artículo 215 del mismo estatuto y violando indirectamente la norma sustancial mencionada. Los testigos son unánimes en afirmar que suscribieron letras y un pagaré para una sola obligación y se les cobraba doblemente por endoso que hiciera el procesado a distintas entidades crediticias y existían los procesos respectivos, según certificaciones.

En cuanto a la declaración del acusado, de haber entregado los pagarés para demostrar su capacidad de endeudamiento, afirma que se desvirtúa con los mismos testimonios, el contrato firmado entre la compañía y el concesionario que contenía las estipulaciones sobre el mutuo, para que este comprara de contado los vehículos adquiridos. Existe por tanto la plena prueba del hecho y su autor y así el Tribunal infringió los artículos 229, 231, 235, 236, 247 a 250, 254 y 255 del Código de Procedimiento Penal y en consecuencia dejó de aplicar el artículo 356 del Código Penal.

Solicitó casar la sentencia y aplicar el artículo 583 del anterior estatuto procesal.

Concepto de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal

Solicita la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, desechar la demanda por inexistencia de interés jurídico, por cuanto la parte civil que se considera afectada por los actos del procesado, podía hacer valer y obtetner el reconocimiento de sus pretensiones indemnizatorias, a través de la acción ordinaria correspondiente por responsabilidad civil, toda vez, que no obstante lo prescrito por el artículo 30 del anterior estatuto procesal, este acto procede cuando la absolución en materia penal se fundamenta en la duda como ocurre en el presente proceso.

Existe titularidad de la parte civil —anota el concepto— para impugnar la sentencia absolutoria, lo cual se apoya en las normas generales sobre indemnización por delitos o culpas, lo que puede hacerse

en la vía penal o en la civil, declarada la responsabilidad (art. 28 del C. de P. P. derogado). Así se ha venido reconociendo esta legitimación, en forma general y sin restricciones, ni aún por la cuantía.

Pero este derecho tiene limitaciones —observa— resultantes en primer término de su finalidad indemnizatoria y procede en el momento que la absolución priva al perjudicado de lograr el resarcimiento, en forma definitiva, pero no cuando subsiste la acción de responsabilidad civil, lo cual sucede si la exoneración no se funda en uno de los motivos contemplados por el artículo 30 del anterior estatuto procesal (art. 55 del código vigente), sino en otros diferentes, como serían la duda o la inculpabilidad, y pueden existir casos en que proceda la acción civil.

Cuando el fallo absolutorio se apoya en duda o falta de pruebas del perjuicio que sea elemento del delito, o de la causalidad, sin negarla expresamente, subsiste la acción civil para la indemnización.

Se llega en esta forma a la conclusión de que no existe legitimación para recurrir en casación. Cita fallo de casación (junio 24 de 1980) y observa que la absolución no desconoce el derecho del perjudicado que no tiene verdadero interés, dado el carácter extraordinario del recurso, sino cuando carece de posibilidad de obtener el resarcimiento por otro medio.

Y en el presente proceso, se absolvió por duda en cuanto a los perjuicios y la naturaleza contractual del hecho que pudo ocasionarlos, por lo cual se presenta la falta de interés jurídico referida.

Se considera:

1º) *Debe examinarse en primer término el planteamiento de la Procuraduría en cuanto a la improcedencia del recurso.*

Se apoya esta conclusión en la inexistencia de interés jurídico, pues no procede cuando la parte civil, cuya actuación está dirigida a la indemnización de perjuicios y condicionada por esta finalidad, puede lograrla por otra vía, cual es la de otra acción civil tendiente a obtener la declaración correspondiente.

Esta tesis, no puede aceptarse, por carecer de sustento legal, atendidas las normas pertinentes y la finalidad de la acción referida.

En términos generales, el anterior estatuto procesal (art. 30) en norma reproducida en el actualmente vigente (art. 55), sobre los efectos de la cosa juzgada en resolución absolutoria, es claro en cuanto a que no podrá iniciarse la acción civil o proseguirse cuando por sentencia penal se haya declarado que el procesado no cometió el hecho o este no se realizó o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. Esta declaración produce efectos generales, sin que por lo tanto permita hacer interpretación para deducir la posibilidad de intentar el reconocimiento por la vía civil, contra lo expresamente previsto.

Lo anterior también se extiende a los casos de duda, por falta de pruebas, pues en estos igualmente la sentencia penal exonera al procesado, con declaración que produce efectos generales y que no podría ser objeto por lo mismo de nuevo cuestionamiento.

No significa lo anterior que la parte afectada no pueda en caso de obligaciones demostradas o de normas de cuyo incumplimiento o desconocimiento se derive proceso penal que termine con absolución, ejercer las acciones pertinentes para obtener la satisfacción de su interés y derecho, pero no ya como resultado a consecuencia de infracción penal, sino para la realización de dichas obligaciones legales.

Así ocurre en este caso, cuando el denunciante puede demostrar la existencia de obligaciones a su favor.

Aunque se aceptara el planteamiento examinado, tampoco podría conducir a la improcedencia del recurso de casación porque en tal supuesto, debería admitirse que se establecería una acción, la de parte civil, que no podría tener efecto por existir otra vía para obtener la declaración pertinente, creándose una limitación no prevista por la ley. Y por el contrario, se contempla la posibilidad de que si los perjudicados, declarados como tales, no estuvieren de acuerdo con el alcance de la indemnización puedan "ejercer ante el Juez Civil la acción correspondiente" (art. 27, inciso segundo C. de P. P. derogado). Y si se contemplaran las dos vías en cualquiera de las mismas, podría el titular de la acción obtener la declaración que corresponda.

Se concluye por tanto que conserva plena validez la jurisprudencia contenida en sentencia de 24 de junio de 1980 (Magistrado sustanciador doctor Gómez Velásquez), sobre el alcance de la acción civil en el proceso penal.

Por lo expresado, se considera que debe reconocerse el interés jurídico y consecuentemente la legitimación del actor, para la interposición del recurso.

2º) *El cargo por nulidad presentado por el demandante radica en desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, dada la absolución decretada por el Tribunal.*

El referido motivo de casación tiene por objeto garantizar que el fallo se produzca en relación con los cargos formulados, de los cuales se ha defendido o ha tenido conocimiento el procesado para impugnarlos, constituyendo por tanto principio esencial del debido proceso, que como tal se encuentra especialmente preservado a través de causal de casación expresamente prevista.

Por lo mismo, no puede tener dicho alcance, ni cabe admitirlo en forma alguna, que se presente esta situación causante de invalidación, cuando formulándose cargo por determinada infracción en el enjuiciamiento, se profiere decisión absolutoria. Lo anterior porque no existe en tal caso la incongruencia que determina la invalidez, con las consecuencias ya anotadas y, por el contrario, se llegaría a la conclusión de que para evitar el pretendido desacuerdo debería dictarse sentencia condenatoria, lo cual basta para concluir lo absurdo de este razonamiento y la total improcedencia del cargo.

Tal es el argumento del recurrente, como se desprende de los términos de la demanda, al expresar claramente que la discordancia se funda en la incorrecta apreciación de elementos probatorios, reforza-

dos por los allegados en el término probatorio del juicio, dando como resultado la violación de la ley sustancial.

Lo cual implica que no existe un vicio "in procedendo", sino sobre el juzgamiento mismo y que la situación alegada, no tiene cabida en la causal invocada y sí en la primera, por violación de la ley, a través de la cual se propone en la demanda esta misma alegación. Lo cual destaca aún más la improcedencia de la misma.

Por lo anterior se rechaza este cargo.

3º) Afirma el actor *la violación indirecta de la ley sustancial,* por errores en la apreciación probatoria con infracción de las normas procesales correspondientes.

Examinada la actuación aparece que entre la entidad denunciante y la que representaba el procesado, se celebró un contrato para el otorgamiento de préstamos para la venta de vehículos de determinada ensambladora nacional, de la cual el último era concesionario.

En desarrollo de sus negocios el procesado exigía a sus clientes o adquirentes de vehículos, un pagaré por el total de la obligación en el cual se estipulaba el pago de cuotas periódicas y letras por cada una de estas. Las que cobró o percibió, ya directamente o a través de quienes fueron endosatarios de tales documentos. Y los pagarés fueron entregados a la entidad denunciante, que pretendió hacerlos efectivos mediante las acciones ejecutivas correspondientes, sin que lo lograra, por lo cual formuló denuncia al estimar defraudados sus intereses.

La sentencia impugnada decreta la absolución por considerar no comprobados, ni el delito, ni la responsabilidad del procesado, por no determinarse la cuantía del ilícito, aportarse copias de títulos valores sin autenticación, existir indeterminación en lo referente a las relaciones entre las partes y los demás aspectos que se dejaron enunciados.

La demanda adolece de imprecisión, pues se limita a expresar que existe error de derecho sin concretar el concepto en cuanto a las diferentes pruebas a las cuales lo refiere y afirma la violación indirecta dado que el fallador no les reconoció su verdadero valor para deducir la demostración necesaria.

El procesado León Martínez niega el endoso de los pagarés y afirma su entrega sólo para demostrar su capacidad de endeudamiento, en relación con los préstamos que se le otorgaban. No obstante que del proceso aparece que con tales documentos se adelantaron acciones ejecutivas, lo cual desvirtúa la afirmación y a tales procesos se refieren diferentes testigos, quienes como deudores fueron afectados por las mismas, existiendo también copias de actuaciones procesales y constancias judiciales sobre los procesos respectivos, cabe hacer algunas anotaciones al respecto.

Se advierte en primer término que existe indeterminación en la forma como se desarrollaban las relaciones entre la firma representada por el procesado y la entidad denunciante, ya que si en términos generales se demostró el acuerdo entre tales personas jurídicas para el fin expresado, no se aportó copia auténtica del contrato correspondiente, como hubiera sido necesario, ni se precisó en otra forma tal aspecto,

como tampoco se concretó debidamente en el interrogatorio al procesado y por consiguiente, no se determinó claramente lo referente al contrato.

Por otra parte, no se estableció en la investigación cómo se operaba el endoso de los documentos, en relación con las sumas adeudadas, ya que admitido aquel, dada la existencia de las acciones respectivas en las cuales se dictaron órdenes de pago, no se determinaban las fechas correspondientes. Lo anterior se deduce del único pagaré que se agregó en copia auténtica (fl. 290 cuaderno original) sin que aparezca la fecha del endoso, como se hubiera requerido.

Lo dicho resultaba de importancia, pues habiéndose pactado, como aparece del documento antes citado y resulta probado en el proceso, que se aceptaban por los deudores, en forma separada, letras por valores correspondientes a las cuotas periódicas convenidas, sin que pudiera cobrarse el total o fuera exigible sino cuando se incurriera en mora, se hacía necesario precisar tal fecha para saber a partir de qué momento podía cobrarse la obligación y cuotas por quien recibía en endoso el título respectivo.

A este aspecto se refiere el dictamen pericial mencionado en la sentencia. Y aunque se trata de punto de derecho, cabría entender que por las mismas circunstancias expresadas, el acreedor podría deducir que sólo cobraría la obligación en lo no cubierto o sea en las cuotas pendientes a partir de la fecha de entrega del documento.

No existe por tanto sólo indeterminación en la cuantía, dado que la investigación resultó incompleta, por las fallas observadas, lo cual no impediría la configuración del delito de deducirse inequívocamente la existencia de perjuicio, sino en los aspectos dichos, que producen duda en cuanto a la responsabilidad del procesado y a la existencia de infracción.

A lo cual se agrega, que el procesado a la celebración del contrato, como aparece demostrado, había constituido garantía hipotecaria sobre inmueble de su propiedad, para responder por el cumplimiento de sus obligaciones emanadas de dicho pacto. Y además, que se adelantaba juicio ejecutivo con base en el mismo título, según las constancias existentes (fl. 200, cuaderno 1º).

Las anteriores razones produjeron duda en los falladores, lo cual determinó la resolución absolutoria. Como lo aduce el actor, existen las constancias judiciales sobre los procesos ejecutivos adelantados con base en los pagarés, las afirmaciones de los ejecutados, copias de actuaciones y de denuncias penales producidas por el doble cobro de obligaciones.

Sin embargo, tales pruebas no son suficientes para aclarar los vacíos observados, sin que resulte demostrado el error alegado por el recurrente en la interpretación de dichos elementos de convicción ni aparezca este manifiesto, por lo cual no puede prosperar el cargo examinado.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte, oído 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 impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONCUSION

Se puede cometer este delito, tanto en el caso de que el empleado actúe dentro de la órbita de su competencia funcional, como también cuando se vale de su calidad o investidura para la realización de su ilícita conducta

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 64.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación debidamente interpuesto por el defensor del procesado *Omar Martínez Cubillos,* contra la sentencia proferida el 27 de enero del año en curso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la del Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual fue condenado a la pena principal de dos (2) años de prisión más las accesorias de rigor, al ser hallado responsable del delito de "concusión" que había motivado su llamamiento a juicio.

Hechos y actuación procesal

"El señor Omar Gonzalo Martínez Cubillos —según fiel relato que se hace en la sentencia de primera instancia— se desempeñaba como Escribiente II del Juzgado 64 de Instrucción Criminal de Bogotá. En ese despacho cursaba sumario contra Jaime Espitia y otros. Cuando éste (Espitia) asistió a un careo fue abordado por Martínez Cubillos (quien escribía la correspondiente diligencia) para hacerle saber que él (Martínez) veía fácil la situación jurídica de Espitia y que podrían obtener la libertad muy pronto. Le dio a Espitia el número de su teléfono. Entró en contacto con Espitia y lo indujo a que le entregara una pistola, un reloj y cinco mil pesos en efectivo. El mismo Martínez Cubillos le significó a Espitia que en el Juzgado Veinte Penal del Circuito (oficina del conocimiento) utilizaría sus amistades para el fin ilícito propuesto.

"Como Martínez Cubillos se retiró del Juzgado 64 de Instrucción Criminal, Espitia se acercó a preguntarlo y ante su ausencia declaró al Juez, el 8 de noviembre de 1983, el punible proceder de Martínez.

"De algún modo Martínez se enteró de la declaración de Espitia ante el Juez 64 de Instrucción Criminal y entonces fue a buscarlo al sitio de reclusión y le hizo devolución de los bienes" (fls. 216 y 217 del cuaderno Nº 1).

Culminada la investigación que se inició (fl. 20) para averiguar los anteriores hechos y dentro de la cual se escuchó en declaración indagatoria a Martínez Cubillos, el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá lo llamó a responder en juicio por el delito de "concusión", en providencia que impugnada por su defensor mereció la confirmación del Tribunal Superior. Cumplidas las ritualidades propias del juicio, el aludido juzgado lo condenó a la pena principal de 24 meses de prisión, más las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por un lapso igual al de la pena principal, y le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional. El Tribunal, al conocer de este fallo en virtud del recurso de apelación, lo confirmó con exclusión de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, y el defensor de Martínez interpuso, entonces, el recurso de casación que ahora procede la Corte a resolver.

La demanda

Uno solo es el cargo que al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se formula contra la sentencia: que se dictó en un proceso viciado de nulidad legal (art. 210-5 del C. de P. P.) por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica, toda vez que, según el censor, el hecho imputado a Martínez Cubillos no tipifica el delito de concusión sino el de "tráfico de influencias".

Luego de explicar el actor el alcance del ingrediente normativo que contiene el tipo legal que define el delito de concusión, sostiene que este abuso del cargo o de la función pública, no se presentó en el hecho por el cual se condenó a Martínez:

"En el caso de autos —escribe el casacionista— no hubo abuso de poder, ni de la función, ni de la potestad pública, ni del cargo. No hubo abuso de nada, simplemente pudo haber un engaño, un acto indelicado, inmoral, de buscar un abogado para la defensa de un procesado, que gestionase la libertad, cuyo poder de decisión no estaba en poder del Escribiente, como es natural. Es probable que se haya vendido una influencia, pero nunca un acto de las 'particulares atribuciones' del agente. Es ridículo pensar que un modesto Escribiente de un Juzgado haya inducido en error, haya creado un miedo al poder que ejercía, a la potestad de que estaba investido. Es peregrino pensar que Jaime Espitia, funcionario de policía de más alta categoría que Martínez, haya entregado el revólver por miedo a la potestad pública de un Escribiente de un juzgado que no conocía de su proceso, pues éste estaba atribuido al Juzgado 20 Penal del Circuito. Es absurdo pensar que la presunta víctima haya considerado a Martínez como capaz de decidir por sí o por obra del Juez, respecto de su libertad. Y en lo que respecta al procesado, solamente la sentencia materia de este recurso extraordinario considera que la circunstancia de ofrecer la venta de una influencia, por parte de un empleado público, es demostrativa del abuso de la función o del cargo, el desvío de poder o el abuso de la autoridad, así sea poder y autoridad mínimas de un modesto escribiente, aunque ese hecho no esté demostrado, pues se tiene como una presunción o como algo connatural a la conducta ilícita del agente que tiene una atribución pública. Pero ello no es cierto. En el caso de autos no está demostrado

el abuso de la función o del cargo, porque no existió, porque de abuso no se puede hablar...". (Folios 10 y 11 del cuaderno de la Corte).

Sobre la calificación correcta, dice el recurrente:

"Pero si hubo inducción en error, con la consecuencia de una entrega ilegal de bienes, aunque se hayan restituido. Si se invocaron influencias reales o presuntas, en cabeza del profesional del derecho a quien irían los bienes recibidos como pago de honorarios. Si las influencias reales o presuntas eran para obtener el favor del juez que conocía el caso penal del señor Espitia, la conclusión en derecho, salvo mejor opinión de la honorable Corte, es que el sujeto que así obró, así sea empleado público, ha realizado una conducta que se subsume en el tipo de delito del artículo 147 del Código Penal". (Folio 13 *ibídem*).

En conclusión, termina exponiendo el memorialista, "...la adecuación típica correcta no es por el delito de concusión, como equivocadamente se hizo en el auto de vocación a juicio de este proceso y en la sentencia condenatoria recurrida ahora en casación, sino por el hecho punible de tráfico de influencias, contemplado en el artículo 147 del Código Penal citado".

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado Penal solicita que se desestime el recurso, porque el auto de proceder no presenta error alguno. Luego de analizar el contenido del artículo 140 que define el delito de concusión y con apoyo en lo expuesto por esta Corporación en sentencia del 31 de julio de 1984, concluye afirmando: "En el caso en estudio, como bien se ha considerado, no podía haber abuso de la función por parte del hoy procesado, por cuanto entre las que estaban adscritas en su calidad de escribiente, no se encontraba la de decidir sobre la libertad de las personas que por uno u otro motivo estuvieren detenidas a órdenes del Juzgado 64 de Instrucción Criminal en donde desarrollaba sus labores, pero lo que sí resulta claro e incuestionable es que Martínez Cubillos abusó del cargo por cuanto se aprovechó de él para lograr que quienes estaban con el interés de recobrar su libertad, le entregaran el dinero y objetos.

"Pues fue la circunstancia de saberlo empleado del juzgado en donde se adelantaba la investigación en contra de él, que confirmó con el hecho de ser el mismo hoy procesado quien escribiera la diligencia de careo en donde intervino Espitia, lo que motivó a éste efectuar la entrega conocida con la esperanza de recobrar su libertad en corto tiempo, y la de sus compañeros.

"Omar Gonzalo Martínez C., abusó de su cargo puesto que aprovechó su calidad de escribiente para crear falsas expectativas, obtener la entrega del dinero y demás objetos, pretextando no sólo personales influencias, sino la consecución de un abogado.

"Hubo así mismo empleo de actos encaminados a inducir, por medios idóneos la voluntad de la víctima, como también la entrega de dinero y otros objetos al mismo funcionario, como consecuencia de la inducción producida.

En las anteriores condiciones se considera que en verdad el delito imputable al procesado es el de concusión y en consecuencia se desdibuja la presencia de un delito de tráfico de influencias que plantea el defensor, por cuanto además Martínez Cubillos no realizó su comportamiento como simple particular, ni se limitó a invocar influencias sino que aseguró la obtención de la libertad del interesado en breve lapso mediante la inducción al engaño". (Folios 20 y 21 del cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte:

El delito de concusión es definido así por el artículo 140 del Código Penal: "El empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá..."

De acuerdo con el texto transcrito, se trata de un tipo penal de sujeto activo cualificado, toda vez que el autor del mismo únicamente puede ser el empleado oficial, entendiéndose por tal cualquiera de las personas incluidas en la definición dada por el artículo 63 del Código Penal.

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido dos formas o modalidades de concusión: La explícita o manifiesta, regida por el verbo constreñir, que consiste en obligar o compeler por la fuerza a otro, para que dé o prometa al empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos; y la implícita u oculta, gobernada por el verbo inducir, consistente en instigar o convencer a otro, mediante actos que pueden ir desde la simple persuasión hasta el despliegue de sofisticados artificios, a que dé o prometa al mismo empleado o a un tercero, dinero o utilidad indebidos. Pero el legislador colombiano, teniendo en cuenta las muy variadas formas que pueden revestir la acción concusionaria, distintas del constreñimiento y la inducción, agregó a la descripción de esta conducta un nuevo verbo rector, el de solicitar, el cual, según el diccionario de la lengua española, significa "pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia y cuidado". Sólo en la primera de estas modalidades aparece explícito el sojuzgamiento de la voluntad del particular, por temor ante el empleado oficial, (metu publicae potestatis).

Pero desde luego que tratándose de un delito contra la Administración Pública, es menester que el constreñimiento, la inducción o la solicitud se hagan por el empleado oficial "abusando de su cargo o de sus funciones" (elemento normativo del tipo). Se abusa de la investidura (o del cargo como dice el Código), cuando el empleado oficial se vale de ella para la consecución de fines no debidos, y por tanto este abuso puede manifestarse a través de conductas no comprendidas dentro de su competencia funcional. Se abusa de la función, en cambio, cuando el empleado oficial ejerce su competencia, pero excediendo sus límites para obtener finalidades indebidas. Se puede, pues, cometer este delito, tanto en el caso de que el empleado actúe dentro de la órbita de su competencia funcional, como también cuando se vale de su calidad o investidura para la realización de su ilícita conducta.

En el caso sub examine está plenamente demostrado y no lo discute el casacionista, que el procesado Martínez Cubillos tenía la calidad

de empleado oficial, como que para la época de los hechos se desempeñaba como Escribiente II del Juzgado Sesenta y Cuatro de Instrucción Criminal de Bogotá.

Tampoco existe la más mínima duda de que Martínez Cubillos indujo a Jaime Espitia Sossa a que le entregara una pistola, un reloj de pulso y la suma de cinco mil pesos en efectivo, que Espitia no tenía por qué darle. Y aunque el procesado haya sostenido que con esto únicamente se pretendía cancelar el valor de los honorarios de un abogado que se comprometió a conseguir para que representara los intereses procesales de Espitia, es lo cierto que a pesar de que el ofrecimiento existió, éste no fue más que un pretexto para despojar a Espitia de sus bienes, tal como éste último lo expresó en su denuncia. Para el efecto basta tener en cuenta que después de recibir los objetos, Martínez Cubillos desapareció sin conseguir el abogadó y sin dejarle a Espitia señas de su paradero. Si posteriormente se presentó y entregó la pistola, fue porque se enteró de la actividad acusatoria del injustamente despojado.

En verdad que la referida inducción no la realizó el procesado con abuso de sus funciones, porque dentro de éstas no tenía la de disponer sobre la libertad de Espitia Sossa. Pero lo que sí está claro e indubitable, es que para hacerla se valió de su cargo de empleado oficial, de su calidad de escribiente del juzgado en el cual se adelantó la instrucción del sumario que cursaba contra Espitia. Esta calidad suya que por demás expresamente invocó, fue determinante para que Espitia creyera en él y le entregara confiadamente sus objetos. Así se desprende con claridad de las palabras de éste último: "Con el señor (se refiere al procesado, durante una diligencia de careo), dialogué después de haberme recibido una indagatoria (después se aclaró que no fue indagatoria sino un careo), en momentos que salimos del juzgado, el señor dialogó conmigo referente al caso que estaba conociendo el juzgado 64, y el señor como está en la declaración anterior, me dijo que ese caso estaba muy fácil de arreglar, *ya que él por sus conexiones que tenía y como se desempeñaba en el juzgado me ofreció ayudarme que él me conseguía un abogado* que era muy amigo y especial para ese caso y a la vez me exigió que para iniciar el proceso tenía que darle yo una suma de dinero...", (folio 62).

Y cuando en esta misma diligencia se le preguntó el por qué "le iba a confiar su futura obtención de libertad a un empleado de mínima categoría en el escalafón judicial", Espitia respondió: "Realmente yo no estaba plenamente seguro cómo era que el señor mencionado de nombre Omar se desempeñaba en el juzgado, lo que daba a entender que era el secretario...". Es indudable, pues, que el procesado se valió de su investidura para la inducción a que sometió a Espitia, quien confió en él, precisamente porque era empleado judicial y prestaba sus servicios en el despacho que instruyó el sumario adelantado en su contra.

En estas condiciones, para la Sala resulta indiscutible que la adecuación típica de la conducta realizada por Martínez Cubillos estuvo acertada. Concusión se llama el delito por él cometido, al inducir, abusando de su cargo oficial, a Jaime Espitia Sossa a que le entregara unos objetos y un dinero que éste no tenía por qué darle. No hubo, pues, error

en la denominación jurídica del delito, y por tanto, la sentencia no se dictó en un proceso viciado de nulidad.

Así las cosas, no tiene razón el casacionista cuando afirma que el delito que realmente cometió el procesado, fue el de tráfico de influencias. Obsérvese cómo, según Espitia Sossa, el procesado no pretendió vender reales o supuestas influencias que pudiera tener ante el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá. El pidió y recibió la pistola para pagar con ella o con el producto de su venta los servicios de un abogado y manifestó que el reloj era "para dárselo al señor secretario del juzgado, que él le ayudaba en gestión del trámite de los papeles de abogado". Si se atiende a estos ofrecimientos, todos ellos mentirosos y que sirvieron para inducir a Espitia a que entregara estos bienes, no se ve por parte alguna la invocación de influencias para obtener el favor del señor Juez Veinte Penal del Circuito de Bogotá. La referencia al secretario de este último despacho judicial, antes que como traficante de influencias lo señala más bien como un intermediario en el delito de cohecho que a instancias suyas cometería el citado secretario.

El cargo, pues, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado, 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.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Técnica

La causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial, se refiere al tipo penal dentro del cual es dable subsumir el concreto comportamiento que se imputa al procesado, no cabe, pues, alegar violación directa de una norma constitucional

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 64.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Elías Prada Villamil,* contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se le condenó a la pena principal de diez (10) años de prisión por el delito de homicidio en la persona de *Alfonso Prada.*

I. *Hechos*:

El episodio que diera lugar al proceso se puede sintetizar como sigue:

En la noche del 23 de febrero de 1985, cuando transitaban por la vereda de "Rasgatá", del Municipio de Tausa (Cundinamarca), se presentó una reyerta entre Elías Prada Villamil, quien conducía una motocicleta de su propiedad, y su acompañante Juan de Jesús Cruz Garzón, con el campesino Alfonso Prada.

En desarrollo de la contienda, surgida al parecer porque Alfonso Prada le había reclamado a los motorizados por su inexplicable presencia en el lugar, en donde el primero custodiaba algunos bovinos, se pasó de la querella verbal a los hechos de violencia, a consecuencia de los cuales recibió Alfonso Prada múltiples y graves lesiones contusas craneanas que pocas horas después habrían de determinarle la muerte.

II. *Actuación procesal*:

El funcionario instructor vinculó mediante injurada a la investigación tanto a Elías Prada Villamil, como al "parrillero" Juan de Jesús Cruz Garzón.

El investigador (Juez Promiscuo Municipal de Tausa), con fecha 7 de marzo de 1985 dictó auto de detención preventiva en contra de Elías Prada, por considerar que el acervo probatorio acumulado hasta

la fecha señalaba a aquél individuo como el autor de las heridas mortales en Alfonso Prada.

El veinte (20) de agosto del mismo año, el Juez Veinticinco Superior de Bogotá vocó a juicio con intervención de jurado a Elías Prada Villamil por el delito de homicidio de simple propósito, y decretó sobreseimiento temporal en favor de Juan de Jesús Cruz Garzón.

Agotada la etapa de pruebas, se llevó a efecto la audiencia pública con la intervención del Juri, el cual —sin agregados— emitió veredicto afirmativo de responsabilidad.

El veintidós (22) de julio de 1986, el juez *a quo* dictó sentencia condenatoria contra Elías Prada Villamil, imponiéndole la pena de prisión de diez (10) años, y la accesoria de rigor.

Por apelación oportunamente interpuesta por el defensor del condenado, subió al Tribunal Superior de Bogotá el proceso, y esta Corporación, por fallo del treinta y uno (31) de octubre de 1986, confirmó integralmente la sentencia recurrida.

III. *La demanda de casación*:

Con fundamento en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (anterior), el demandante, sin precisar si se trata del cuerpo primero o segundo, formula siete cargos contra la sentencia del Tribunal *a quo*, que el señor Procurador Delegado en lo Penal comprendió en la forma que pasa a verse:

"*Primero*: "...No discuto y acepto los hechos en que se funda la sentencia impugnada, pero lo que no acepto, y por lo tanto controvierto, son las consecuencias jurídicas que se les asigna con prescindencia del contenido y alcance de las disposiciones citadas (folio 19)".

"*Segundo*: Dice que la sentencia es violatoria a la ley y a la Constitución. (Folio 19)".

"*Tercero*: Se ha infringido la Constitución Nacional y el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, violándose así los artículos 215, 319, 472, 476 y 548 del Código de Procedimiento Penal (folio 22)".

"*Cuarto*: Según se colige trata de insinuar que se condenó al procesado sin el lleno de la formalidad que la Constitución y la ley exigen para esta clase de juzgamientos (folios 25)".

"*Quinto:* Expresa que el fallo es violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional, lo mismo que el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal (folio 25)".

"Sexto: Violación a la norma constitucional ya invocada (art. 26) y al artículo 1º del Código de Procedimiento Penal".

"*Séptimo*: Manifiesta que el Tribunal de Bogotá, le restó importancia a que no se hubiese realizado un sorteo parcial de jurados para reemplazar a uno impedido. Y concluye su petición solicitando que la honorable Corte Suprema de Justicia "infirme, en todas sus partes, la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, por ser violatoria al artículo 26 de la Constitución Nacional y por violación a normas de la ley

de procedimiento penal y consecuencialmente se decrete una nulidad supralegal". (Folio 23, cuaderno de la Corte).

IV. *Concepto Fiscal*:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de una suscinta narración de los hechos debatidos, de la pormenorizada enunciación de lo actuado en las diversas etapas procesales, y de una crítica objetiva y seria sobre los plurales cargos que el censor esgrime en su demanda contra la sentencia de segundo grado, concluye solicitando el absoluto rechazo de las pretensiones del casacionista, por virtud a que el libelo adolece de graves fallas técnicas, que imposibilitan el estudio de fondo del asunto controvertido.

V. *Consideraciones de la Sala*:

De consuno con el señor Agente del Ministerio Público, la Sala conviene en que la demanda de casación suscrita por el defensor de Prada Villamil, carece de los requisitos mínimos que la técnica del recurso extraordinario de casación exige a efecto de que la Corte pueda válidamente pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad del fallo acusado.

En efecto, el demandante sustenta toda su censura bajo el amparo de la causal primera, sin que se haya cuidado siquiera en expresar a qué parte o cuerpo de la mencionada causal es que se refiere; advirtiéndose de tal manera una primera falla que insinúa de entrada un deficiente manejo del recurso, en consideración a que, como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, en tratándose de juicios donde interviene el jurado popular, "resulta francamente equivocado aducir como motivo de casación el señalado en el ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sobre manera cuando el ataque se formula por violación indirecta de la ley sustancial, sea que se haga por apreciación errónea, ora se funde en falta de apreciación de alguna o algunas pruebas, ya se alegue que se dio a éstas un mayor alcance del asignado por la ley, fundamentalmente porque en los juicios en que interviene el jurado de conciencia éste no está sujeto a la tarifa legal, como lo están, por regla general, los jueces de Derecho, de modo que los llamados populares gozan del más amplio poder de apreciación sobre su mérito y fuerza probatorios, "sin atender voz distinta a la de su conciencia, y sin otro límite que su convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se les interroga". (Casación de diciembre 4 de 1984. Magistrado ponente doctor Dante L. Fiorillo Porras).

Ahora bien, si lo que pretendió el actor fue atacar el fallo bajo el supuesto hipotético de que el Tribunal en su sentencia había violado de manera directa la ley sustancial (cuerpo primero de la causal primera), resulta improcedente y por lo mismo supérflua la invocación del artículo 26 de la Constitución Nacional para apoyar su censura en este instituto superior, si se atiende a que igualmente esta Corte en reiteradas y uniformes providencias ha sentado con claridad que no se remite a dudas, que "sabido es que esta causal por violación directa de la ley sustancial se refiere ya sea por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea al tipo penal dentro del cual es dable subsumir

el concreto comportamiento que se imputa al procesado; no cabe, pues, dentro del marco de esta causal alegar violación directa de una norma constitucional *porque ellas no describen hechos punibles ni señalan las penas que cabría imponer a quienes los realicen, aunque no pocas de las que integran el Título III pueden considerarse como supremas fuentes normativas del derecho penal sustancialmente codificado". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación de noviembre 22 de 1984. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía)".*

Finalmente, como del contexto de la defectuosa y errática demanda se desprende que el demandante impetra unas veces la invalidación del fallo y otras la infirmación del mismo, por considerar que en el trámite del proceso se omitieron algunas pruebas que entrañarían también violación del canon constitucional previsto en el artículo 26, resulta forzoso para la Sala calificar de francamente equivocado el procedimiento escogido por el actor para censurar algunas omisiones que podrían eventualmente configurar nulidad de índole supralegal, bien por violación del derecho de defensa, ora por pretermisión del debido proceso, por virtud a que como es de sobra sabido, los vicios que afectan profundamente el procesamiento, deben ser denunciados en sede de casación con apoyo en lo dispuesto en la causal cuarta del artículo 580 del estatuto adjetivo, aplicable al evento sub examine. (Decreto 409 de 1971).

En este orden de ideas, y ante la falta absoluta de técnica en el manejo del recurso extraordinario de casación por parte del defensor de Prada Villamil, la Sala debe declarar la no prosperidad de los cargos aducidos por el censor en la demanda que fue materia de precedente análisis.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, atendido integralmente el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No Casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR

Las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, como de las demás leyes especiales constituyen, en efecto, una unidad sustancial con la normatividad común, pero respetando la naturaleza y fines de cada estatuto

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 63, septiembre 15 de 1987.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar, contra la sentencia de octubre 15 de 1986, por medio de la cual esta Corporación condenó al soldado del Ejército Nacional, *Edgar Enrique Pacheco Redondo* a la pena principal de veinticuatro meses de prisión como responsable del delito de Hurto Militar.

Hechos:

En las horas de la tarde del día 10 de octubre de 1985, en la ciudad de Santa Marta, fue sorprendido el soldado Edgar Enrique Pacheco Redondo, quien prestaba servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería Córdoba, cuando se encontraba evadido y portaba una tula en la que se le encontró una camisa de uniforme militar camuflado y un equipo de campaña de igual naturaleza.

Iniciado el respectivo proceso, posteriormente se acumuló otro que se había iniciado por el apoderamiento de doce cartuchos de munición calibre 7,62, que fueron hallados en poder del mismo soldado Pacheco Redondo, en la mencionada ciudad el 17 de octubre de 1985 cuando nuevamente se hallaba evadido del cuartel de la unidad a que pertenecía.

Actuación procesal:

1. Con fundamento en estos hechos y convocada la Corte Marcial de carácter verbal, se pusieron a consideración de los Vocales dos cuestionarios, en los cuales se acusó al soldado Pacheco Redondo de la comisión de los dos delitos de hurto cometidos sobre elementos destinados al servicio de las Fuerzas Militares.

2. Obtenido veredicto de responsabilidad, el juez de instancia lo acogió, profirió sentencia de primer grado y condenó al soldado Pa-

checo Redondo a la pena principal de 26 meses de prisión de conformidad con los artículos 235 y ss. del Código de Justicia Penal Militar.

3. Al ser consultada esta decisión ante el Tribunal Superior Militar, el Fiscal Tercero de esa Corporación, solicitó la confirmación del fallo de primera instancia, pero consideró que la pena principal que debía imponerse no podía sobrepasar de 18 meses de prisión, dando aplicación a los artículos 349, 351-11 y 372-2 del Código Penal ordinario, por estimar que tácitamente están derogadas las normas del Código de Justicia Penal Militar, en las que se fundamentó la sentencia objeto de consulta.

4. Al disentir del concepto fiscal, el Tribunal consideró que los artículos 235 y ss. del Código de Justicia Penal Militar, se encuentran vigentes e impuso al condenado la pena de veinticuatro meses de prisión como responsable del doble delito de hurto por el cual fue convocada la Corte Marcial; contra esta decisión, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación.

La demanda:

1. Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, el recurrente solicita se infirme la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar contra el soldado Edgar Enrique Pacheco Redondo, por considerar que es violatoria de la ley sustancial contenida en los artículos 349, 351-11, 372-1,2, y 376 del Código Penal, por infracción directa, al excluir de manera evidente la aplicación de estas normas, que eran las vigentes en el momento en que cometió los hechos imputados al condenado en lugar de los artículos 235 y ss. del Código de Justicia Penal Militar, que afirma, están derogados.

2. Con este mismo enfoque, colige, que en el fallo impugnado se infringió, por exclusión evidente, además de las disposiciones citadas, el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 2, 3 y 5 de la Ley 153 de 1887, por cuanto no se juzgó de acuerdo con "...las leyes preexistentes al acto que se imputa...".

3. Parte el casacionista de las sentencias en las cuales la Sala se ha pronunciado sobre la derogatoria de algunas de las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, por el Código Penal ordinario, las analiza y concluye que en esta oportunidad la situación jurídica que plantea es diversa al no tratarse de un delito militar sino de un tipo de sujeto activo común.

4. Compara las descripciones típicas de los artículos 235 del Código de Justicia Penal Militar y 349, 351-11 y 372-2 del Código Penal para afirmar que en los dos estatutos no se califica al autor del delito de hurto cometido sobre bienes destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, razón por la cual, de conformidad con el artículo 376 del Código Penal, al haberse consumado los delitos de hurto juzgados en este proceso cuando se encontraba en vigencia el Decreto 100 de 1980, impera aplicar éste, pues debe entenderse como la norma vigente y no la legislación castrense.

5. Impetra de la Corte, que como consecuencia de la infirmación parcial del fallo impugnado, imponga al condenado Edgar Enrique Pacheco Redondo la pena de 20 meses de prisión, como responsable de los

delitos de hurto a que se refiere el expediente de conformidad con las precitadas normas del Código Penal común.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, solicita de la Sala no se case la sentencia recurrida, para lo cual hace suyo el reciente análisis realizado por esta Corporación sobre igual fenómeno al ahora expuesto por el casacionista y para tal efecto, se remite a la sentencia de 24 de junio pasado en la que se concretó por qué no es posible llegar a la conclusión del demandante.

Consideraciones de la Corte:

1. Antecedentes jurisprudenciales. *Ha estudiado la Sala la sucesión de leyes en el tiempo respecto al Código de Justicia Penal Militar, en relación con el Código Penal común, para determinar la incidencia de este estatuto en el castrense y precisar qué regulaciones se encuentran derogadas por contrariar la normatividad posterior.*

Este análisis lo ha concretado ahondando en el tema desde diversos puntos de vista en sentencias de 25 de abril, 8 de julio, 27 de agosto, 22 de octubre y 2 de diciembre de 1986 y más recientemente, en la de 3 de marzo y 24 de junio de 1987 además, impera precisar, que por decisión de la Sala Plena de la Corte del 4 de octubre de 1971, fue declarado constitucional el artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar, que describe y sanciona el denominado hurto militar.

En esta última decisión, que no estudia el demandante en relación de pronunciamientos que hace, pues por la fecha en que sustentó el recurso aún no se había proferido el pronunciamiento, vuelve a reiterar la Corte la vigencia de la Parte Especial del Código de Justicia Penal Militar y específicamente estudió los argumentos propuestos en esta oportunidad por el recurrente, sobre los cuales afirma que la Corte no se había pronunciado en los anteriores, a saber: la trascendencia del artículo 376 del Estatuto Penal ordinario como disposición fundamentadora de la derogatoria del precitado artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar y la aparente igualdad de descripciones típicas en estas dos regulaciones positivas.

2. Independencia de legislaciones. *Clara ha sido la Corte al considerar, que si bien muchas de las disposiciones del Decreto 250 de 1958 (convertido en legislación permanente por la Ley 141 de 1961) fueron tomadas en "forma textual del Código Penal de 1936, aun cuando también en algunos casos se hicieron modificaciones en relación con el sujeto activo de la infracción, o atinentes a la pena, como en el delito de peculado... No obstante, es cierto que el legislador especial no se limitó a hacer una referencia a la codificación de la cual se hacía la adaptación, sino que creó un estatuto diferente y por lo tanto, con vigencia jurídica independiente".*

Por esta razón, se agregó en esta decisión, que por no ser el Estatuto Penal Militar un simple apéndice del Código Penal de 1936, "al entrar a regir el nuevo Código Penal, aquél continúa teniendo plena operancia, aún en relación con disposiciones que tenían consagración en los

dos estatutos... (pues)... muy posiblemente se presenten casos tratados en diversa forma, pero dada la independencia de los dos Códigos, ello resulta inevitable. Sólo el legislador tiene facultades para dictar las leyes que impidan el indicado tratamiento disímil". (Casación de 25 de abril de 1986. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

3. La ley de facultades. *También conviene anotar que conforme se afirmó en esa providencia "la Ley 5 de 1979, a que se refiere el demandante, sólo facultó al ejecutivo para modificar la legislación penal y en manera alguna para derogar parte del articulado del Código de Justicia Penal Militar, de suerte que no puede llegarse indirectamente a esta conclusión por el simple hecho de que el nuevo ordenamiento penal haya dispuesto que los principios generales de la nueva codificación, sean aplicables a otras leyes penales. De aceptarse el planteamiento del actor la Sala terminaría convirtiéndose en legislador y creando una especie de tercera legislación castrense, pues tampoco ha habido la expedición de "una ley nueva que regule integralmente la materia"; para que tal caso ocurriera con efectos en el tema que ahora se estudia, habría sido necesaria la expedición de un nuevo Código de Justicia Penal Militar".*

3. Diversidad de naturaleza. *Las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar como el de las demás leyes especiales constituyen, en efecto, una unidad sustancial con la normatividad común, pero respetando la naturaleza y fines de cada estatuto. Así las leyes especiales de carácter penal deben entenderse derogadas en cuanto se opongan a la ordinaria, pero siempre y cuando lo permita su naturaleza y obvio resulta reconocer que la prohibición de las conductas castrenses consagradas en el Código de Justicia Penal Militar, se refieren a un especial deber por cumplir por parte de sus destinatarios; de ahí que se considere el derecho penal militar como un "derecho penal especial", como lo afirmó la Sala en casación de 3 de marzo de 1987 con ponencia del doctor Lisandro Martínez Zúñiga y a la cual el casacionista al analizarla, le da un alcance distinto al que se desprende de su propio contexto, pues el referido "especial deber por cumplir" se concreta en todas las personas incluidas en la legislación castrense así no se trate de militares.*

4. Alcance del artículo 376 del Código Penal Común. *En sentencia del 24 de junio pasado, la Corporación dilucidó este tema, con las siguientes consideraciones:*

"El artículo 376 del Código Penal estableció textualmente:

"*Vigencia de leyes especiales.* Las leyes penales especiales actualmente en vigencia, seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código". Quiere decir lo anterior que si el Código de Justicia Penal Militar es ley especial, éste deberá seguir siendo aplicado, si no se opone a las prescripciones del Decreto 100 de 1980.

"Innegable resulta que el Estatuto Penal Militar tiene el carácter de ley especial, porque regula asuntos diversos a los normados por el Código Penal no sólo en cuanto a las descripciones de conductas típicas, sino también con relación a las personas a quienes va dirigida la legislación allí compilada. En efecto, aquella normatividad

consagra descripciones típicas de conductas que solamente pueden ser realizadas por los miembros de las Fuerzas Armadas, denominados delitos típicamente militares, a la par que señala otras tipificaciones destinadas en principio a un sujeto activo indeterminado o delitos impropiamente militares con descripción típica binaria. Sin embargo, no consiste en esto su especialidad como parece entenderlo el Fiscal recurrente.

"Además de las despcripciones típicas establecidas, el Código de Justicia Penal Militar tiene un ingrediente de importancia que lo hace especial, y es la cobertura que tiene en cuanto a su aplicación. Estas normas solamente pueden aplicarse a los miembros de las Fuerzas Armadas, nunca a los civiles, y por ello está llamado a regular situaciones distintas a las contempladas en el Código Penal común. La razón para que en tal estatuto se incluyan los delitos impropiamente militares, no es otra que el reconocimiento que hace el legislador de que los miembros a quienes está destinada la codificación pueden también incurrir en delitos comunes como cualquier otro ciudadano, pero en virtud de su fuero deben ser juzgados por autoridades y con procedimientos diversos, y en aras de una coherencia, se consideró conveniente incluir en el estatuto la consagración de tales delitos. Si tales consagraciones legislativas no existieran, bien podría aplicarse a los militares el Código Penal en su parte sustantiva, y el procedimiento se adelantaría entonces con base en lo señalado en el Código de Justicia Penal Militar, sin que se presentara incompatibilidad alguna. Pero la verdad es que el legislador en su soberana voluntad, consideró oportuno repetir las tipificaciones en el estatuto militar, y por ello éstas se tornan en normas especiales frente a las del Código Penal común.

"Ahora bien, establecido como está que se trata de una norma especial, débese determinar si esta fue modificada o no por el artículo 376 del Código Penal o Decreto 100 de 1980. Dicha norma establece, como se vio, que la modificación se operará automáticamente, cuando se opongan a lo dispuesto en el Código Penal.

"La consagración de que el hurto se hace en el estatuto penal militar, en nada se opone a la contenida en los artículos 349 y 350 del Código Penal; tanto en uno como en otro caso se habla de un sujeto activo indeterminado, de una apropiación o sustracción, y de la calidad de bien muebles ajeno que debe tener el objeto material de la infracción. Son descripciones similares, no opuestas, y no se ve de dónde se va a concluir que la una excluya la otra porque, como se dijo, la del estatuto penal militar está destinada a regular las situaciones cuando el agente pertenezca a las Fuerzas Armadas, en tanto que la otra regirá en los casos en que el imputado sea un particular.

Claro resulta entonces que cuando un particular realice conducta delictiva de hurto sobre bienes que pertenecen a las Fuerzas Armadas, su juzgamiento se adelantará con base en las normas del ordenamiento penal común, y no existe posibilidad alguna de aplicar en su contra las reglas del militar porque éste, como se insiste, está destinado exclusivamente a ser aplicado a los militares.

"La relación de antagonismo presentada por el recurrente parte de la falsa base de que es posible aplicar el Código de Justicia Penal Militar a los civiles, y olvida que en algunos numerales del artículo 307 del Código de Justicia Militar fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, justamente entre otros aquel que establecía que el Código se aplicaría a los particulares que realizaran cualquiera de las conductas descritas en tal ordenamiento.
"Se ha establecido entonces que el Código de Justicia Penal Militar es ley especial, y que en nada se opone a las disposiciones del Decreto 100 de 1980, razón por la cual no existe fundamentación para alegar la derogatoria de aquellas normas con base en la disposición 376 de éste".

5. *Caso concreto.* Como se colige de los reiterativos y muy recientes pronunciamientos de la Corte, el cargo propuesto por el casacionista no puede prosperar, pues al no existir razón para variar de criterio, las precisiones hechas relevan a la Sala de otras consideraciones no sin antes concretar, que los planteamientos del demandante claman petición de principio al partir de la premisa que pretende demostrar como si ya la hubiere demostrado, sofisma éste al que llega por desconocer que la naturaleza del derecho castrense y el común son diversas.

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,

Resuelve:

No Casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPETENCIA

La Corte ha liberado, en forma definitiva a la Justicia Penal Militar de la tarea de juzgar personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas, independientemente de toda consideración

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta Nº 63., septiembre 15 de 1987.

Vistos:

1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial, en una de sus Salas de Decisión Penal, basado en el numeral 1º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, provocó colisión negativa de competencia al Tribunal Superior Militar para conocer de este proceso en que se juzgará la conducta del doctor Armando Segura Almanza *como Juez 113 de Instrucción Penal Militar de la 13ª Brigada; pero el Tribunal Castrense a su vez rechazó la competencia con fundamento en la inexequibilidad del numeral 1º del artículo 324 del mencionado estatuto declarada por la Corte Suprema de Justicia, por ser el procesado un ciudadano civil, al servicio de las Fuerzas Militares para la época de la infracción que se le atribuye.*

2. Carece de razón la discusión surgida entre las dos jurisdicciones en colisión frente al pronunciamiento mayoritario de la Sala Plena de esta Corporación, plasmado en sentencias del 5 de marzo y del 20 de agosto del año que transcurre, en las que definitivamente se libera a la Justicia Penal Militar de la tarea de juzgar personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas, independientemente de toda consideración, sea ésta normativa relativa al delito, o circunstancial respecto de la situación de orden público del país.

En efecto, en el primero de los mencionados fallos, se declaró la inconstitucionalidad total del Decreto Legislativo 3671 del 19 de diciembre de 1986 "Por el cual se dictan disposiciones sobre competencia y procedimiento en materia de narcotráfico", en cuanto que, referido a personal civil en general, se consideró violatorio del artículo 170 de la Carta, en términos que por ser pertinentes se transcriben:

> *El juzgamiento de civiles por Tribunales Militares no obedece, como se ha dicho con deplorable ligereza, a un simple traslado de competencias entre unos órganos judiciales previstos por la propia Constitución. Ya se dijo atrás que el artículo 170 de ésta contempla los Tribunales Militares exclusivamente para conocer de las faltas*

cometidas por militares en servicio y dentro del mismo, en razón de un fuero especialísimo que se explica por la naturaleza de la institución armada. Asignándoles el conocimiento de delitos cometidos por sujetos civiles implica algo más de fondo: una alteración sustancial del equilibrio de los poderes públicos y un cambio radical de la concepción de la administración de justicia.
(...)

Las urgencias del momento, por apremiantes que lleguen a ser, no son móvil plausible para disponer y tolerar un desbordamiento de las órbitas que la Constitución les asigna a cada una de las ramas del poder público. La anormalidad en los hechos no puede combatirse creando anormalidad en las estructuras jurídicas de la República, pues en todo tiempo deben prevalecer los mandatos constitucionales sobre las normas de inferior categoría.

Con razones en lo sustancial idénticas a este pensamiento, la misma Sala declaró el 20 de agosto último, inconstitucional la competencia de la Justicia Penal Militar para juzgar al personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas, contenida en el artículo 1º del Decreto Legislativo 1196 del 30 de junio del año que transcurre, que había establecido "normas relativas a delitos cometidos por militares y personas de competencia de la Justicia Penal Militar", para ser aplicadas "mientras subsista el orden público y en estado de sitio el territorio nacional".

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, *Radica* la competencia para conocer de este proceso en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a donde se remitirá una vez surtida la ejecutoria de esta decisión. Al Tribunal Superior Militar se dará aviso pertinente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA

La suspensión de la detención preventiva y la de ejecución de la pena, están sujetas a la evaluación que el juez haga de la personalidad del procesado y de la naturaleza y modalidad del hecho punible

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 065.

Vistos:

El procesado *Jacinto Cárdenas Peña,* solicita la suspensión de la detención con fundamento en lo preceptuado por los artículos 432 y 613 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), en atención a su conducta dentro del establecimiento carcelario, sus antecedentes personales y, en especial, por ser persona mayor de 69 años, todo lo cual hace viable su excarcelación provisional. Para respaldar su petición, el procesado acompañó la partida de bautismo, acta del Consejo de Disciplina que califica su conducta como ejemplar y certificados de trabajo.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, ha emitido concepto desfavorable para la excarcelación del peticionario, pues si bien es cierto las normas invocadas resultan má favorables para el procesado, también lo es que ellas exigen para su viabilidad un estudio de la personalidad y la naturaleza y modalidades del hecho que se le imputa.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado 29 Superior de Bogotá, mediante sentencia de fecha 16 de agosto de 1986, condenó a Jacinto Cárdenas Peña a la pena privativa de la libertad de *noventa y seis meses de prisión,* como coautor del delito de homicidio agravado en grado de tentativa. Consultado el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior respectivo, en fallo de 4 de noviembre siguiente, confirmó en todas sus partes la decisión de primer grado.

No obstante que el artículo 677 del Decreto 050 del presente año enseña que el nuevo Código de Procedimiento Penal sólo es aplicable en los procesos que para el 1º de julio último no se encontraban con auto de cierre de investigación ejecutoriado, en reconocimiento del principio de favorabilidad de la ley, en este caso concreto y para los efectos del beneficio invocado por el memorialista, resulta procedente el estudio

de las normas citadas por el procesado para determinar la viabilidad de la suspensión de la detención que reclama.

Es un hecho cierto que el procesado cuenta en la actualidad con más de sesenta y cinco años de edad pues según la partida de bautismo que hizo con su solicitud, éste nació el 14 de febrero de 1918 en el municipio de Gachetá (Cundinamarca). Además, acredita haber observado conducta ejemplar en el establecimiento carcelario.

Sin embargo, la suspensión de la detención preventiva y la de ejecución de la pena, están sujetas a la evaluación que el juez haga de la personalidad del procesado y de la naturaleza y modalidad del hecho punible, para determinar si es o no aconsejable la medida reclamada.

Por ello, en el presente caso, el peticionario no tiene derecho a la suspensión reclamada por cuanto, como lo anota el Ministerio Público, las modalidades del hecho indican el necesario tratamiento penitenciario del procesado.

En efecto. La Sala comparte integralmente el criterio del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando dice que "los condenados Cárdenas Peña y Cárdenas Jiménez, quienes tenían enemistad con la víctima, contrataron o concertaron un acuerdo criminal con Callejas Segura, para que éste, mediante el pago de $ 15.000, acabara con la vida de su enemigo. Para ello suministraron el arma, efectuaron el señalamiento y consecuente seguimiento, sin que el propósito homicida se obtuviera finalmente. La verdad de los hechos fue conocida por la justicia en razón a la confesión de Callejas Segura, sostenida aún en diligencia de audiencia pública, contra la total negativa o ajenidad mostrada por los determinadores, quienes además advirtieron al sicario que de realizar bien ese trabajo sería comisionado para misiones posteriores".

"Acciones de esta índole en criterio del Despacho no deben ser amparadas con el excepcional otorgamiento de la suspensión de la detención, bajo el pretexto de la edad del condenado; los fines buscados con la medida aflictiva de la libertad no se han verificado, el tiempo de reclusión es insuficiente para afirmar el cumplimiento de la filosofía retributiva y defensiva de la sociedad, que pretende la pena, menos aún el efecto readaptador o resocializador, cuando estos como es sabido desde el comienzo son difíciles de obtener".

Por ello, resulta improcedente el beneficio invocado, ya que la naturaleza y modalidades del hecho son en extremo graves que, además, indican que Cárdenas Peña requiere de tratamiento penitenciario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, *Niega* al procesado Jacinto Cárdenas Peña la suspensión de la detención preventiva y, consecuencialmente, su excarcelación provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

FUERO MILITAR

El constituyente no otorgó el fuero a los militares por el solo hecho de serlo en el momento de su comportamiento ilícito, sino que reclamó para la efectividad de esta verdadera garantía que el delito se cometiere "en relación con el mismo servicio"

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 64, de septiembre 22 de 1987.

Vistos:

Procede a Corte de plano a resolver la colisión de competencia suscitada entre el *Comando de la Base Aérea de Madrid (Cundinamarca)* y el Juzgado Doce (12) de Instrucción Criminal de Bogotá.

I. Los hechos:

En las primeras horas de la madrugada del primero de enero de 1986 en momentos en que disfrutaba de franquicia, el Sargento Segundo de la Fuerza Aérea, Jorge Yesid Pinzón Díaz, dio muerte con disparos de pistola al ciudadano Miguel Camelo Sánchez, en desarrollo de un episodio que tuvo lugar en uno de los barrios del sur de esta capital.

II. La actuación procesal:

1º La investigación del homicidio fue adelantada desde sus inicios por el Juzgado Doce (12) de Instrucción Criminal con sede en Bogotá, y este mismo despacho resolvió la situación jurídica del militar sindicado, profiriendo en su contra auto de detención preventiva con fecha 25 de julio de 1987.

2º En escrito dirigido al Juez de Instrucción Criminal encargado del asunto, el señor apoderado del acusado solicitó del funcionario la declaratoria de incompetencia para seguir conociendo del expediente, por virtud a que se había demostrado en el sumario la condición de sub-oficial activo de la Fuerza Aérea que para el momento de la comisión del hecho punible ostentaba el homicida.

3º El juez instructor respondió las inquietudes del apoderado mediante auto de fecha 30 de julio último, en el cual expresa su parecer al respecto, concluyendo que la competencia para conocer y fallar el reato radica en la jurisdicción penal ordinaria, en consideración a que el autor delinquió en momentos en que se encontraba franco, lo que des-

carta la posibilidad de que el sargento hubiera obrado por razón del servicio o con ocasión del mismo.

Inconforme el representante judicial del incriminado con la posición asumida por el juez de instrucción criminal, acudió al juez de primera instancia castrense (Comandante de la Base Aérea de Madrid, Cundinamarca), ante quien promovió colisión de competencia positiva.

El juez militar acogió los planteamientos del señor apoderado, y en auto del 25 de agosto pasado concluyó provocando la colisión positiva correspondiente, previos los argumentos y consideraciones que se condensan así:

a) Que efectivamente el sindicado es un militar activo con grado de Sargento Segundo de la Fuerza Aérea Colombiana, y que en el momento de la conducta delictuosa ostentaba la indicada calidad.

b) Que el país se encuentra bajos los efectos de la declaratoria de Estado de Sitio (Art. 121 de la Constitución Nacional), sin interrupción desde el primero de mayo de 1984, según decisión del Ejecutivo, plasmada en el Decreto Nº 1038 de aquella fecha.

c) Que el artículo 308, 2º, del Código de Justicia Penal Militar fue declarado exequible por esta Corporación en sentencia de septiembre de 1971, y que esta norma literalmente preceptúa:

"La jurisdicción Penal Militar conoce:

..."2º De los delitos establecidos en las leyes penales comunes cometidos por militares en servicio o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior".

III. Se considera por la Sala:

Surge con claridad en el conflicto de competencias que nos ocupa, que la colisión radica en la discrepancia conceptual que sobre la institución del fuero militar han plasmado en autos los dos jueces que simultáneamente se consideran competentes para conocer del delito que se atribuye al sub-oficial.

Sobre este aspecto, conviene precisarlo desde el umbral de esta decisión, esta Sala coincide sustancialmente con la tesis expuesta por la juez de instrucción criminal, por las siguientes razones de orden jurídico que pasan a ser puntualizadas:

1º El fuero militar está consagrado en la Carta Política en su artículo 170 en los siguientes términos:

"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

De la diáfana redacción del canon político que se ha transcrito, surge como una evidencia incontrastable, que el constituyente no otorgó el fuero a los militares por el solo hecho de serlo en el momento de

su comportamiento ilícito, sino que reclamó para la efectividad de esta verdadera garantía que el delito se cometiere "en relación con el mismo servicio".

2º De la exégesis precedente deviene para esta Sala que al ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar ha de dársele la interpretación que las reglas elementales de hermenéutica imponen: Esto es, que si el artículo del código castrense comentado no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagró el fuero militar, no podía el legislador ordinario extender los efectos de un instituto consagrado en canon superior, eliminando al efecto la exigencia consistente en que el destinatario de la garantía foral, debía haber cometido el delito en relación con el servicio.

En pretérita ocasión reconocía esta Corporación que el fuero, como institución de carácter excepcional, "conduce a que se interprete en forma restrictiva, de manera que sólo tiene derecho al fuero el funcionario expresamente señalado por la ley, y sólo en la medida en que el hecho delictivo que se le atribuye haya sido cometido dentro de las exigencias previstas también en forma expresa por el ordenamiento". (*Casación de agosto 24 de 1983*).

3º Finalmente, y como quiera que esta Sala coincide con los planteamientos reiteradamente expuestos por el Magistrado Reyes Echandía en sus numerosos salvamentos de voto a las tesis mayoritarias de esta Corporación, convenimos en afirmar que el delito atribuido al sargento Pinzón Díaz cometido por causas perfectamente ajenas al servicio, escapa a la órbita de la jurisdicción castrense, no obstante ser cierto que para la época del reato se encontraba la nación bajo los efectos del Estado de Sitio.

Afirmaba el desaparecido jurista en su disenso a la sentencia de casación de noviembre 12 de 1981, lo que sigue:

"Cuando, pues, el artículo 170 de la codificación constitucional se remite al Código de Justicia Penal Militar, para que desarrolle legalmente el fuero allí consagrado, condiciona tal delegación a que sus preceptos le consignen respecto de "delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio". "Por manera que cuando los Arts. 307 Nº 1º, 308 Nº 2º y 331 del Código de Justicia Penal Militar refieren su competencia a los militares en servicio activo" o a "los suboficiales y personal de tropa", ha de entenderse, conforme al precepto constitucional que estas normas apenas desarrollan, que el delito realizado por esos militares en servicio activo ha de haber sido cometido en ejercicio de su función castrense".

"Por lo demás, ni el numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, que extiende tal jurisdicción a los tiempos de 'guerra, perturbación del orden público o conmoción interior', ni decreto alguno expedido durante el actual período de estado de sitio, derogan —ni podrían hacerlo—, el mandato constitucional del artículo 170 en cuanto a la exigencia de que el delito debe ser ejecutado por militares en servicio activo y por razón del ejercicio de tal actividad castrense, para que su autor o cómplice sea juzgado dentro del marco excepcional de la jurisdicción penal militar".

Resulta pertinente advertir a la juez de instrucción criminal, que remitió los dos cuadernos del expediente a esta Corporación, que cuando el conflicto de competencia se "provoca durante la investigación, no se suspenderá ésta ni se anulará lo actuado, cualquier que sea la decisión", tal como perentoriamente lo ordena el artículo 99 del nuevo estatuto procesal penal.

De manera que, en lo sucesivo, habrá de remitirse el cuaderno original del proceso, para seguir actuando en el cuaderno de copias.

Suficientes los anteriores razonamientos, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelva:

Dirimir el conflicto de competencias suscitado en este expediente, en el sentido de fijar la competencia para conocer del delito atribuido al sindicado, en el Juzgado Doce de Instrucción Criminal, con sede en Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Actualmente los Gobernadores de Departamento no pueden designar como Alcaldes Municipales, a personas que ostenten la calidad de Concejales

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 063, septiembre 15 de 1987.

Vistos:

Emilde Blanco Rivera presentó denuncia penal ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, contra el Gobernador del Departamento de Santander, doctor *Alvaro Beltrán Pinzón,* por considerar que el funcionario incurrió en el delito de Abuso de Autoridad al designar como alcaldes de Bucaramanga y Zapatoca a los concejales de las mismas localidades *Hernán Villalba Torres* y *Salvador Díaz Garzón,* con desconocimiento de lo preceptuado por la Ley 11 de 1986 y el Decreto 1333 del mismo año, además de desobedecer las órdenes presidenciales.

Ratificada la denuncia, el Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga remitió las diligencias a esta Corporación, por competencia.

Hechos y actuación procesal:

Da cuenta la querellante que el Gobernador del Departamento de Santander, con desconocimiento de lo preceptuado por el artículo 57 de la Ley 11 de 1986, designó como alcaldes municipales de Bucaramanga y Zapatoca a Hernán Villalba Torres y Salvador Díaz Garzón, siendo que éstos habían sido elegidos como concejales para el período constitucional de 1986 a 1988. Agrega que, no obstante el concepto del Consejo de Estado que dice que en ningún caso podrán ser elegidos los concejales municipales para cargos distintos al de Secretario de la Alcaldía y Gerentes de entidades descentralizadas, como lo dispone la norma antes citada, tampoco el acusado ha hecho uso de las facultades consagradas en el inciso 3º del artículo 129 del Decreto 1333 de 1986, esto es, suspenderlos o destituirlos.

Por auto de fecha 1º de abril del presente año, el Magistrado sustanciador dispuso la práctica de diligencias preliminares con el fin de establecer la procedibilidad de la investigación penal solicitada. Se estableció que el doctor Alvaro Beltrán Pinzón fue designado por el señor Presidente de la República como Gobernador del Departamento de San-

tander por Decreto 2603 de fecha 16 de agosto de 1986 y que tomó posesión del cargo ante el Tribunal Superior de Bucaramanga el 29 del mismo mes y año (folios 31 y 34).

Por Decretos 1255 de 29 de agosto de 1986 fue designado como Alcalde Metropolitano de Bucaramanga el doctor Hernán Villalba Torres y por el 1328 de 24 de septiembre siguiente, se nombró como alcalde de Zapatoca al señor Salvador Díaz Garzón.

Según la certificación de la Secretaría de Gobierno del Departamento de Santander, los citados funcionarios vienen prestando sus servicios como alcaldes municipales desde el 8 y 27 de septiembre de 1986, en propiedad, respectivamente, sin solución de continuidad hasta la fecha de la certificación (27 de abril de 1987).

Finalmente, los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en Santander, certifican que el doctor Hernán Villalba Torres, resultó electo como Concejal Principal por el Municipio de Bucaramanga, el 9 de marzo de 1986, para el período constitucional de 1986 a 1988. Así mismo, que el señor Salvador Díaz Garzón resultó electo como Concejal Principal por el municipio de Zapatoca, para el mismo período constitucional.

Cabe anotar que el señor Díaz Garzón, estando en ejercicio del cargo de Alcalde Municipal de Zapatoca, el 16 de enero del presente año, retiró la credencial como Concejal Principal, por el partido liberal, del mismo municipio. Por su parte, el doctor Hernán Villalba Torres hasta el 29 de abril de 1987, fecha de la certificación, no había retirado su credencial como Concejal Principal del Municipio de Bucaramanga.

Con fundamento en las anteriores pruebas, por auto de 9 de junio último, se dispuso la apertura de la investigación penal correspondiente y fue así como se incorporaron a los autos los conceptos del Consejo de Estado de fechas 11 y 25 de marzo del corriente año; las circulares del señor Ministro de Gobierno a los Gobernadores de Departamento, de fechas 23 de enero y 1º de abril de 1987, sobre nombramientos de concejales municipales como alcaldes de la misma localidad.

El Juez Sexto de Instrucción Criminal de Bucaramanga, comisionado para perfeccionar la investigación, con fecha 18 de julio recibió indagatoria al doctor Alvaro Beltrán Pinzón, quien hizo una extensa narración de los hechos relacionados con la designación de alcaldes municipales, especialmente por los casos concretos por los que se le acusa, así como la posición del Gobierno Central en la materia.

El instructor recibió declaración bajo juramento a los alcaldes Villalba Torres y Díaz Garzón, así como a los doctores Gerardo Martínez Martínez, Secretario Jurídico del Departamento y Héctor Moreno Galvis, Secretario de Gobierno Departamental.

Como quiera que el señor apoderado del Gobernador acusado presentara ante el instructor un escrito donde solicita la cesación de procedimiento, por inexistencia del hecho, éste dispuso la remisión del proceso a la Corte. Por ello, debe la Sala pronunciarse sobre dicha petición y decidir lo que corresponda respecto de la situación jurídica del funcionario acusado.

Consideraciones de la Corte:

La Ley 11 de 1986, por medio de la cual se expidió el estatuto básico de la administración municipal, en su artículo 58 prescribe que "Las incompatibilidades que la ley establece para los concejales principales y suplentes, rigen desde el momento de su elección, *hasta el vencimiento del período respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán por un año desde su aceptación, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período".*

Así mismo, el artículo 59 ibídem, *precisa que "Para los efectos previstos en esta ley,* se adquiere la calidad de concejal desde el momento de la elección *y se conserva hasta el vencimiento del período". (Subrayas fuera de texto).*

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Legislador en el literal b) del artículo 76 de la Ley 11 de 1986, expidió el Decreto 1333 del mismo año, contentivo del Código de Régimen Municipal (25 de abril) y que para el caso concreto, en lo pertinente prescribe:

"Artículo 87. Los concejales principales y suplentes no podrán ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo municipio, a menos que fuere en los cargos de Secretario de la Alcaldía o Gerente de la entidad descentralizada".

La disposición consagrada en el artículo 58 de la Ley 11 de 1986 que se dejó antes consignada, fue reproducida en su integridad en el artículo 91 del Decreto 1333 del mismo año.

De conformidad con las normas antes citadas, los Gobernadores de Departamento no pueden designar como Alcaldes Municipales para los municipios de su jurisdicción a aquellas personas que ostentan la calidad de Concejales principales o suplentes, mientras subsista en ellos la facultad de nombrar libremente a sus agentes.

Ahora bien. Como lo certifica la Registraduría del Estado Civil, Hernán Villalba Torres y Salvador Díaz Garzón, fueron elegidos concejales para los municipios de Bucaramanga y Zapatoca el 9 de marzo de 1986, esto es, con posterioridad a la vigencia de la Ley 11 del mismo año, o sea que de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de esta ley, aquellos adquirieron la calidad de concejales el día de su elección, la cual conservan hasta el 31 de julio de 1988, según las voces del parágrafo transitorio del artículo 55 *ibídem.*

Por ello, el nombramiento de los alcaldes de Bucaramanga y Zapatoca por parte del Gobernador de Santander, con posterioridad a la vigencia de la Ley 11 de 1986 y del Decreto 1333 del mismo año, lo fueron con desconocimiento del mandato legal previsto en las disposiciones transcritas, pues, se repite, el doctor Villalba Torres y el señor Díaz Garzón, tenían la calidad de concejales municipales en los municipios para los cuales fueron designados por el acusado.

El artículo 34 del Decreto 050 de 1987 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), enseña que en cualquier estado del proceso, el juez ordenará la cesación de procedimiento cuando "... aparezca *plenamente*

comprobado que el hecho imputado no ha existido o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse...".

Si bien es cierto que esta disposición es mucho más amplia que la prevista en el artículo 163 del Decreto 409 de 1971, también lo es que ella exige para su aplicación, que dentro del proceso se halle "plenamente comprobado" uno cualquiera de los motivos allí previstos para su procedibilidad.

En el presente caso, como se dejó consignado, el hecho denunciado tuvo cabal existencia; fue realizado por el Gobernador acusado y tal comportamiento se halla contemplado como infracción a la ley penal sin que en el estado procesal en que se halla la investigación, pueda predicarse prueba suficiente y completa como para declarar plenamente la inculpabilidad del Gobernador de Santander.

En efecto, aduce el doctor Beltrán Pinzón que una vez designado Gobernador del Departamento de Santander y antes de tomar posesión del cargo, tuvo oportunidad de conversar con el señor Ministro de Gobierno doctor Fernando Cepeda Ulloa respecto del nombramiento de alcaldes municipales, recibiendo instrucciones precisas de seguir los criterios expuestos por el señor Presidente de la República, cuales eran los de respetar los resultados electorales de los últimos comisiones parlamentarios, con excepción del sector conservador que por medio de sus directivas habían decidido no aceptar los cargos de alcaldes de la localidad donde obtuvieran mayoría. Además, las designaciones debían obedecer al más claro propósito de acertar en cuanto a la escongencia de personas de la más alta calidad moral y con el mejor espíritu cívico que permitieran asegurar el mejor manejo y desarrollo de cada uno de los municipios.

Por ello y como desde hacía tiempo atrás que conocía al doctor Villalba Torres, lo designó alcalde de la ciudad capital, precisamente en obedecimiento a los principios expuestos por el titular de la cartera política. No así, respecto del señor Díaz Garzón a quien conoció posteriormente de la designación para alcalde del municipio de Zapatoca.

En el primer caso, el Gobernador no desconocía la condición de concejal principal del doctor Villalba Torres, precisamente por conocerlo personalmente desde 2 años antes por haber compartido con él varias reuniones sociales y ser, además, dirigente político de muchos años en la ciudad capital, pues no de otra manera puede explicarse que encabezara la lista de su partido que según el dicho de éste, obtuvo la más alta votación en las elecciones pasadas.

Tampoco podía el señor Gobernador desconocer los mandatos de la Ley 11 de 1986 y el Decreto 1333 del mismo año, pues son disposiciones recientes que precisamente orientaban la organización municipal con ocasión del acto legislativo que consagra la designación de alcaldes por medio del voto popular a partir del año venidero.

Sin embargo, las dudas que el Gobierno Central tuvo a finales del año de 1986 y principios del corriente, respecto de la designación como

alcaldes municipales de los concejales del mismo municipio, reflejadas en las consultas hechas al Consejo de Estado, fueron ampliamente despejadas por dicha Corporación en respuestas de 19 de diciembre de 1986, 11 y 25 de marzo de 1987, especialmente en la primera donde el Consejo de Estado concluye "...la imposibilidad de los Gobernadores para nombrar, como alcaldes, a los concejales del respectivo Municipio, mientras conserven los primeros tal atribución y los segundos, esta investidura".

El señor Ministro de Gobierno, mediante circular Nº 03 de 23 de enero de 1987, hizo conocer a todos los Gobernadores el criterio expuesto por el Consejo de Estado en su pronunciamiento de 19 de diciembre anterior, razón por la cual, el doctor Alvaro Beltrán Pinzón, con fecha 3 de marzo de 1987 (antes de los dos últimos pronunciamientos del Consejo de Estado), hizo público su criterio respecto de la designación de alcaldes para los mismos municipios donde, a la vez, habían sido elegidos concejales municipales.

Expuso el mandatario seccional que los nombramientos de alcaldes municipales fueron hechos de conformidad con las atribuciones que le confiere el numeral 15 del artículo 95 del Decreto 1222 de 1986; artículo 75 del Decreto 1333 y artículo 57 de la Ley 11 de 1986 y que por tal razón, no corresponde al nominador sino al encargado de dar posesión al funcionario, verificar las calidades, requisitos e inhabilidades para el ejercicio del cargo, según la Ley 78 de 1986.

Sin embargo, consigna en su comunicado que en obedecimiento a lo dicho por el Consejo de Estado, el Gobierno Departamental no ha designado nuevos alcaldes en las condiciones anotadas, pero que, como las disposiciones que reglamentan el régimen departamental y municipal, no ofrecen total claridad, espera nuevas instrucciones del Gobierno Central sobre dicho tema.

El 1º de abril siguiente, el señor Ministro de Gobierno expide nueva circular a los Gobernadores donde les pone de presente que el Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia de 28 de febrero del corriente año, declaró válido el nombramiento de un alcalde municipal quien a su vez era concejal, razón por la cual, recomendó atenerse a las decisiones de dichas corporaciones quienes por ministerio de la ley tienen la competencia para decidir sobre la validez de la designación como primera autoridad municipal, ello, mientras el Consejo de Estado, por vía jurisprdudencial, aclare el punto, pues el criterio expuesto en los reiterados conceptos de dicha corporación, resulta totalmente opuesto con la decisión judicial en comento.

Entiende la Sala que ante tales circulares del Gobierno Central, el Gobernador de Santander se limitó a no realizar nuevas designaciones para las alcaldías municipales de su jurisdicción, pero, los casos conocidos por él y que son objeto de este proceso, no fueron corregidos mediante la facultad de remover libremente sus agentes.

Por ello, resulta improcedente la aplicación del artículo 34 del Cógido de Procedimiento Penal que reclama el apoderado del Gobernador acusado.

De conformidad con lo previsto en el artículo 413 del Decreto 050 de 1987 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), considera la Sala que no existe tampoco dentro del proceso, prueba que justifique por ahora medida de aseguramiento contra el funcionario acusado, razón por la cual, continuará vigente la diligencia de compromiso de presentarse cuando se le solicite, suscrita ante el juez comisionado al momento de concluir su indagatoria. (Folio 68).

Finalmente, como el doctor Jorge Eduardo Lamo Gómez renuncia a su cargo de apoderado del Gobrenador acusado y a la vez se acompaña memorial-poder del doctor Alvaro Beltrán Pinzón en el que designa al doctor Alberto Suárez Sánchez en reemplazo del primero, se procederá a reconocerle personería en los términos y para los efectos consignados en el mandato.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1º *Negar* la aplicación del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal en favor del doctor Alvaro Beltrán Pinzón y, en consecuencia, se dispone que continúe la investigación.

2º *Abstenerse* de dictar medida de aseguramiento contra el acusado, por los motivos señalados en la parte motiva de esta providencia.

3º Reconócese al doctor Alberto Suárez Sánchez como apoderado del doctor Alvaro Beltrán Pinzón en los términos y para los efectos del poder que se le otorgó. Désele posesión.

Cópiese, notifíquese y vuelvan las diligencias al despacho del Magistrado sustanciador.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA. NULIDAD LEGAL

Cuando se pretende la nulidad por omisión de pruebas, se debe demostrar la inferencia de cada una de éstas en la decisión de la sentencia, pues la nulidad no es algo abstracto

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado Acta Nº 058, agosto 26 de 1987.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de julio de 1986, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la de 7 de mayo del mismo año, proferida por el Juzgado Veintidós Superior de esta ciudad, que condenó a *Fernando Beltrán Rocha* a la pena principal de diez (10) años de prisión como responsable del delito de homicidio en la persona de *José Antonio Linares Zamudio.*

Hechos:

Estos sucedieron entre las cinco de la tarde y siete de la noche, del día miércoles 11 de abril de 1984, en el área urbana del municipio de Villeta (Cundinamarca), cuando José Antonio Linares Zamudio, de 65 años de edad, quien se encontraba atendiendo un pequeño establecimiento de su propiedad, fue sorprendido por alguna o varias personas, las cuales le colocaron una soga en el cuello causándole la muerte mediante ahorcamiento; este anciano también recibió una herida con arma cortopunzante en la región mentoniana izquierda y otra en la región cervical del mismo lado.

El médico de turno del Hospital Salazar de Villeta, determinó que la muerte se ocasionó por insuficiencia respiratoria aguda por ahorcamiento y shock hipovolémico por herida vascular.

Actuación procesal:

La Inspectora Segunda Municipal de Policía de esa localidad, practicó el levantamiento del cadáver, haciendo constar que el occiso tenía en la boca una franela, "el cuello se encontraba amarrado con una vuelta y nudo sencillo, lo cual demuestra que fue ahorcado y luego aparentemente una cortada en la yugular en la parte izquierda del cuello, demostrando desangrarse...".

Enviadas las diligencias al Juzgado 78 de Instrucción Criminal, por auto de abril 14 de 1984, declaró abierta la investigación contra responsables en averiguación.

El mismo 14 de abril, por iniciativa de la Policía, se puso a disposición del Inspector Municipal de Policía de turno a Fernando Beltrán Rocha, apodado "el mico", el cual fue capturado "el jueves, en las horas de la noche", o sea el día 12 de abril, en un bus de Expreso Brasilia con destino a Honda.

Se afirma en este oficio que la captura se debió a "las informaciones y sospechas de los moradores del sector... quienes lo vieron rondar por ese sector varios y a varias horas tanto del día, como de la noche".

Junto al informe policial se envió la exposición libre y espontánea rendida por Fernando Beltrán Rocha, en las instalaciones del Cuartel de la Policía, luego de ser sometido a "intensos interrogatorios donde confesó ampliamente ser la persona que dio muerte al señor José Antonio Linares..."; igualmente, se anexó "un cassette, donde narró los hechos del homicidio".

La exposición aparece con fecha 13 de abril de 1984, con la expresa constancia de que "no he sido maltratado en ninguna forma antes por el contrario, recibí buen trato". Acepta ante las autoridades policivas Beltrán Rocha haber causado la muerte al señor Linares Zamudio y relata que el día de los hechos, a eso de las cuatro de la tarde, luego de haberse tomado algunas cervezas con Hernando Rodríguez, ingirió "cuatro pastas Rorrer 750, se dirigió a alquilar una bicicleta, la cual fue a entregar luego de despedirse de su amigo, bajó al parque, sin recordar la hora "pero ya estaba oscuro" y "muy alucinado por los efectos de la droga", entró a la tienda de don Antonio, se acercó al mostrador, preguntó por el precio de una botella de aguardiente o de vino, le solicitó que se la alcanzara" ...y cuando él voltió hacia el fondo de la tienda, lo fui a coger del cuello y... "luego de forcejear, lo acuellé y lo apreté duro", pero como vio que aún estaba con vida, lo atacó con una navaja. Acto seguido apagó la luz, salió, cerró la puerta y se dirigió al parque, se puso a ver un accidente de tránsito sucedido en esos momentos, razón por la cual "había muchos policías" y se fue hasta una fábrica de curtidos, sacó una muda de ropa, se cambió y la que tenía puesta la tiró al río junto con la navaja, quedándose dormido en una cancha de baloncesto hasta el día siguiente, dedicándose a pedir limosna para viajar, momento en el que fue capturado.

De acuerdo con los autos, en la grabación remitida por la policía, Fernando Beltrán Rocha, sostiene una versión igual a la exposición escrita, apareciendo igualmente otra que le suministró al hijo de la víctima, Abel Antonio Linares Fernández, quien afirma que la obtuvo por descuido del F-2.

Puesto a disposición de la Inspección Primera Municipal de Policía, el 14 de abril de 1984 en el cuartel de policía, el 16 de abril, se dejó en la Cárcel Municipal al capturado, a órdenes del Juzgado 78 de Instrucción Criminal, siendo indagado entre los días 16 y 17 del mismo mes y año y el 18 se le profiere auto de detención.

En su injurada, Fernando Beltrán Rocha explica que lo dicho ante los agentes de la policía, se debió a los martirios psicológicos a que fue sometido, pero todo es falso: él no mató a José Antonio Linares Zamudio, ese día compartió con varias personas y estuvo en diferentes sitios; la noche de los hechos pernoctó en la fábrica de curtidos y afirma que en ese sitio lo vieron "Julio Morales, Rigoberto", ignorando el apellido de este último, pero que trabaja en un taller de ornamentación "llegando a la fábrica".

A lo largo de su indagatoria, sostiene su inocencia, precisando los sitios donde estuvo, los nombres de las personas con las que se relacionó el día de autos, explicando qué hizo y específicamente para el momento en que se cometió el homicidio.

El funcionario instructor dejó constancia del vestido que portaba Beltrán Rocha para el día en que fue indagado, pues el sindicado sostuvo que esa ropa era la misma que vestía el día once de abril de 1984.

Adelantada la investigación, desde un principio el juzgado del conocimiento, advirtió lo importante que era oír en declaración "a las personas que citó el sindicado en su injurada", comisionando para ese fin al citado Juzgado de Instrucción Criminal radicado en Villeta, pero en forma por demás negligente y desconociendo los fines que debe perseguir la investigación penal, sólo se recepcionaron los testimonios de los agentes de la Policía Nacional que llevaron a cabo la captura de Beltrán Rocha, el del hijo del occiso y de dos de los más de veinte testigos citados por el sindicado para demostrar las actividades que realizó el día en que le fue causada la muerte al señor Linares Zamudio y específicamente las que dice llevó a efecto para la hora en que sucedieron los hechos.

Cerrada la investigación, el Fiscal solicitó se sobreseyera temporalmente al procesado por cuanto "la funcionaria instructora en su marcada desidia, que bien merece una sanción disciplinaria, omitió practicar todas las pruebas citadas por el sindicado, conculcándose el derecho de su defensa y violando tranquilamente lo dispuesto en el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal...".

El Juzgado Veintidós Superior, desechó la petición del representante del Ministerio Público y llamó a juicio a Fernando Beltrán Rocha, por el delito de homicidio agravado, pronunciamiento que fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia en la cual advirtió sobre la necesidad de practicar dentro del período probatorio de la causa, las pruebas echadas de menos hasta ese momento, más las que expresamente consiguió y que consideró indispensables.

No obstante, en el juicio sólo se decretó un examen psiquiátrico al procesado y sendas diligencias de careo entre Beltrán Rocha y los agentes de la policía "con el objeto de que se aclaren algunas contradicciones en sus versiones".

Practicadas estas pruebas, las cuales nada nuevo suministraron al proceso, se celebró la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia, obteniéndose veredicto de responsabilidad, el cual fue declarado contraevidente a los hechos por la nueva titular del juzgado de conocimiento, pero por apelación de la Fiscalía, el Tribunal Superior

en decisión del 21 de marzo de 1986, no accedió a decretar una nulidad propuesta por el apoderado oficioso del enjuiciado, sustentada en la falta absoluta de defensa, pues éste sólo empezó a actuar al proferirse el auto de proceder, y se ordenó dictar sentencia de conformidad con el veredicto del jurado.

Dictada la sentencia condenatoria y verificada la consulta, tal decisión fue confirmada por el Tribunal, siendo recurrida en casación por el mismo apoderado.

La demanda de casación:

Con fundamento en la Causal Cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, solicita el demandante se case la sentencia recurrida por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad y se disponga retrotraer la actuación a la etapa del sumario.

A pesar de que el casacionista afirma sustentar la censura al fallo en dos cargos, claro resulta colegir, que son tres los que formula, así:

El primero lo concreta en la violación de las formas propias del juicio argumentando que los funcionarios de policía le tomaron la citada versión a Fernando Beltrán Rocha, incumpliendo las formalidades legales al haberla obtenido mediante procedimientos coactivos.

Agrega que fue excesivo el tiempo que permaneció su defendido a órdenes de la policía, integrando esta serie de irregularidades, el insólito hecho de que el hijo del occiso también hubiera interrogado a Beltrán Rocha, desconociéndose en esta forma los artículos 289 numeral 9, y 431 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo cargo, lo fundamenta en la falta absoluta de defensa, la cual hace desprender desde la indagatoria al no haber sido asistido el procesado por un abogado, prolongándose esta omisión durante todo el sumario, debido a que únicamente se le designó un apoderado de oficio para la etapa de la causa, motivo por el cual el procesado permaneció sin defensa técnica que hubiera solicitado las pruebas que oficiosamente no se practicaron y con las cuales era posible demostrar la inocencia de su defendido.

El tercer cargo, que aparece planteado y sustentado junto con el titulado como segundo por el demandante, se concreta en la violación al debido proceso y como los anteriores, conculcándole el derecho de defensa, desconociéndose los expresos mandatos de los artículos 335, 123 y 124 del Código de Procedimiento Penal.

Analiza la indagatoria el procesado para afirmar que éste explicó todas las actividades que realizó el día de los hechos, indicó los sitios, circunstancias y nombres de las personas con las cuales tuvo trato ese día y concretamente a la hora de autos, de las cuales sólo se recepcionó una declaración, testigo éste que además, corroboró al indagado en la cita que le hiciera.

Explica el demandante, cómo no es posible esta omisión investigativa, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con el testimonio de Abel Linares, hijo del occiso, una señora de nombre Lucía vio en

la tienda a dos individuos de mala presencia, precisamente para la hora en que sucedió el homicidio. Profundiza en esta situación, haciendo énfasis en que es curioso que no se haya identificado a "el mico", como uno de los individuos presentes en el establecimiento. si es sabido que por sus malos antecedentes, se trataba de una persona muy conocida en la localidad.

Concepto de la Procuraduría:

Expresa el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, que no son dos, sino tres los cargos formulados por el casacionista para sustentar la causal propuesta, los cuales no están llamados a prosperar; pero que oficiosamente la Sala debe decretar nulidad constitucional de lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a pruebas, pues es ostensible la violación al debido proceso y por ende, al derecho de defensa.

Respecto al primer cargo, por falta de defensa en la etapa del sumario, considera el Procurador Delegado que carece de relievancia como para que genere nulidad, debido a que durante el juicio se ejerció una eficaz defensa oficiosa.

En cuanto al segundo, el colaborador Fiscal, lo divide en dos, pero refiriendo uno a "la debilidad de la prueba con que se condenó a Fernando Beltrán Rocha", del cual dice carece de valor alguno "como se dejó anteriormente expuesto", sin estudiarlo específicamente; entre tanto el otro cargo lo remite a la falta de valor probatorio de la exposición rendida por el procesado ante la Policía, ataque este, que tampoco puede prosperar porque se trata de una diligencia practicada fuera del proceso.

Luego de concluir la inocuidad de los cargos formulados por el demandante, solicita de la Sala, se decrete de oficio la precitada nulidad, por cuanto se violó el debido proceso al haberse desconocido en la investigación los artículos 334 y 335 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con los cuales es obligación del Estado investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado y en este caso, a pesar de que Beltrán Rocha suministró los elementos de juicio que consideró necesarios para demostrar su inocencia, la inercia del juzgador llegó hasta el punto de desconocer prácticamente la indagatoria al no recibir sino uno de los 21 testigos citados.

Consideraciones de la Corte:

1. Aclaración previa. Como se expuso en el acápite referido a la demanda, son tres los cargos que hace el Casacionista para sustentar la censura al fallo, el cual solicita se case con fundamento en la Causal Cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Impera aclarar, que si bien el señor Procurador Delegado también observa que la presentación formal de los cargos no corresponde a su desarrollo, lo cierto es que la separación que hace es errada.

Explica el Procurador Delegado, que mientras el primer cargo se refiere a la falta de defensa, por no haberse designado un apoderado

de oficio al procesado para que lo asistiera en el sumario, el segundo lo remite, de una parte, a "la debilidad de la prueba con que se condenó a Fernando Beltrán Rocha", y de otra, a la falta de valor probatorio de la exposición rendida ante los agentes de la Policía.

La independencia del que enumera como primer cargo aparece clara, pero respecto al segundo, no es cierto que en él se censure la sentencia del Tribunal por la inconsistencia de la prueba y que por tanto, esta afirmación constituya un cargo separado, pues por el contrario, el demandante expresamente afirma, que de acuerdo con su criterio, se profirió sentencia condenatoria contra su defendido con prueba que califica de "deleznable", pero que no formula ese cargo por cuanto "por razón de la índole de esta demanda no es dable rebatir".

El recurrente, efectivamente propone tres cargos, pero no en el orden ni con el contenido expuesto por el Procurador Delegado: El primero se concreta en la falta de valor probatorio de la mencionada exposición; el segundo a la ausencia de apoderado de oficio en la etapa instructiva y el tercero, a la violación del debido proceso y al derecho de defensa, al no haberse practicado las pruebas que surgen de la indagatoria y con las cuales se hubiera demostrado la inocencia de Beltrán Rocha.

Esta arbitraria división de cargos, es la que lleva el representante del Ministerio Público a que solicite de la Sala la declaración oficiosa de la nulidad por no haberse investigado lo favorable para el incriminado, toda vez, que lo suprimió de los cargos propuestos por el demandante e involucró uno que no se propone; por tal razón se debe colegir, que la petición de nulidad por este motivo se encuentra formulada por el casacionista y para su estudio no es necesario recurrir a la oficiosidad.

2. Presupuesto metódico. Limitados los cargos, dada su naturaleza y extensión de sus efectos jurídicos, de llegar a prosperar, pues todos se amparan en la causal de nulidad y persiguen que el proceso quede en la etapa instructiva, la Sala estima pertinente estudiar en primer lugar el presentado por el casacionista en tercer término y luego los dos restantes, toda vez que es este el que prácticamente marca la pauta de la inconformidad del recurrente y por ende, el que constituye el centro de su alegación.

La legalidad del juicio y la jurisdicción, el debido proceso, la favorabilidad normativa y el derecho de defensa, no pueden quebrantarse bajo ningún pretexto, pero para que su violación constituya nulidad jurisprudencial, es imprescindible que el vicio advertido afecte las bases mismas de la organización procesal, vulnere fundamentalmente su estructura, socave los presupuestos elementales del juzgamiento o desconozca las garantías esenciales de las partes.

Cualquier simple irregularidad, omisión, precipitud procesal, anomalía, error o falla formal o cuando a pesar de la gravedad del vicio sea posible solución distinta, no puede originar nulidad de esta clase, de ahí que esa violación debe ser ostensible, evidente y grave.

Corresponde, entonces, delimitar la irregularidad que se cuestiona para precisarla en su auténtico contenido y alcance en miras de conservar la legalidad del proceso y el respeto al derecho de defensa, pues de

presentarse con las características de desconocimiento a los principios básicos del juzgamiento, su declaración es insustituible para restablecer la intangibilidad de formas propias del juicio, como garantía de la persona respecto de la salvaguardia de su libertad y del aseguramiento de oportunidades y medios idóneos para su defensa.

4. *Las formas propias del juicio. Estas 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.

Las formas propias de cada juicio están determinadas en los Códigos de Procedimiento, además de las leyes que los reglamentan, y que tienen por objeto en esas materias buscar la verdad material, interpretar el derecho de las partes e impartir la justicia que les corresponda.

En materia penal, el Código de Procedimiento procura conseguir este objetivo fundamental mediante la observancia de las normas generales y especiales, cuyo cumplimiento y garantía se establece por medio de nulidades absolutas y relativas, subsanables o no.

No obstante, como lo ha sostenido esta Corporación, pueden presentarse formas del juicio cuya inobservancia no está prevista en el Código de Procedimiento Penal como causales de nulidad, pero que pueden afectar sustancialmente los derechos del procesado, en cuyo caso adquieren carácter de nulidades supralegales, como base en el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues además de atacar el principio de legalidad del juzgamiento, vulneran el derecho de defensa; como sucede con el deber Estatal, como titular de la acción penal, de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado. (Casación de septiembre 8 de 1981, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

5. *La igualdad procesal. Al Estado como titular de la potestad punitiva, es a quien le corresponde prohibir la realización de las conductas con las cuales se vulneren los bienes jurídicos que consideren fundamentales para lograr la pacífica coexistencia y la seguridad jurídicas de los destinatarios de la ley penal; pero esa titularidad también la ejerce para exigir el cumplimiento de las normas penales, esto es, que quien haya cometido un delito sufra las consecuencias previamente establecidas por la ley.*

Estos postulados encuentran pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento procesal, de acuerdo con el cual, al tenor del artículo décimo, la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el Juez competente, con la colaboración del Ministerio Público.

Es, en consecuencia, al Estado a quien le corresponde poner en movimiento los medios adecuados para hacer cumplir las normas penales y sancionar a su infractor, pero no arbitrariamente, sino respe-

tando las garantías constitucionales y legales que se han consagrado para el juzgamiento.

El debido proceso, como una de esas garantías, no puede constituir un simple enunciado formal, sino que impera entenderse en todo su contenido pragmático, como que se desarrolla en los principios y regulaciones determinadas en los Códigos de Procedimiento, además de las leyes que los reglamentan y para este evento, específicamente en las normas de orden penal; de ahí que el proceso no corresponda a una reunión arbitraria de actuaciones sin un determinado objetivo.

Por disposición del artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, el funcionario de instrucción deberá practicar todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia del proceso, especialmente, entre otras cuestiones, respecto a si realmente se ha infringido la ley penal y quién o quiénes son autores o partícipes de ese hecho punible.

Sucede, entonces, que si uno de los fines de la investigación es el de establecer los autores o partícipes de la infracción, mientras no exista la consiguiente declaración de responsabilidad, el procesado está amparado por la presunción de inocencia, derecho este plenamente garantizado en el ordenamiento positivo por el Numeral Segundo del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

La búsqueda de la verdad material mediante el proceso, indica de por sí que el Juez debe recurrir a todos los medios probatorios dispuestos en la ley procesal para lograr ese fin, teniendo en cuenta que no trata de demostrar la responsabilidad del procesado, sino cuáles son los autores o partícipes de la infracción, que bien puede ser la persona vinculada a la investigación, pero no necesariamente, pues de ser así carecía de razón de ser el proceso, cambiándose la garantía de presunción de inocencia por el de presunción de responsabilidad, lo cual además de desconocer el ordenamiento positivo, es inaplicable en los Estados de derecho.

Para lograr ese objetivo la ley procesal ha dispuesto además de la ritualidad del trámite, unos principios fundamentales e ineludibles que debe cumplir el Juez para lograr los fines del proceso, que además de constituir garantías universalmente reconocidas, son imperativos legales, cuyo desconocimiento lleva a que se vulneren las garantías del juzgamiento.

Estos principios garantizadores deben aplicarse en toda la investigación so pena de carecer de valor legal, pues constituyen la base de todos los actos que se realicen en el proceso y por tanto, integran las formas propias del juicio.

Entre estas garantías, se encuentra el principio de "igualdad procesal", que el Procurador Delegado denomina de la "investigación integral", que se encuentra estatuido en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal y en el precitado artículo 8º de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

De conformidad con estos principios, el Juez debe investigar "tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado", lo cual no puede ser de otra forma, si se tiene en cuenta que el objeto de la investigación es el de encontrar la verdad material.

Esta garantía tiene tanta importancia en nuestro procedimiento que la reitera el legislador al regular el principal medio de defensa con que cuenta el procesado. En efecto, no es suficiente que se vincule a una persona a la investigación mediante la indagatoria sino que no es legal limitar al procesado "del derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos" y con "urgencia" se deben verificar las citas que hiciere y se practicarán "las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones", conforme lo dispone el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal.

Este principio, por tanto, no es un enunciado formal; por lo contrario, inciden en lo sustantivo del proceso, como es el juicio de responsabilidad del incriminado, y se impone al Juez desde el inicio de la investigación, pues como lo sostuvo esta Sala, "... está relacionado con el derecho de defensa, por cuanto las citas que el procesado hace en su indagatoria deben ser verificadas si apuntan a hechos fundamentales como los que tienen que ver con la imputación, la culpabilidad, circunstancias modificadoras de la infracción u otros motivos esenciales para sus intereses, so pena de que el incumplimiento de ese deber procesal conduzca, en determinados casos, a la anulación del proceso, sobre la base del artículo 26 de la Constitución Nacional". (Casación de junio 16 de 1981, Magistrado ponente doctor Enrique Romero Soto).

6. Caso concreto. Aplicando estos principios enunciados al caso a estudio, considera la Sala que el cargo ya delimitado, no debe prosperar por cuanto no se ha quebrantado el debido proceso por desconocimiento de la garantía fundamental de "igualdad" en el juzgamiento del procesado Fernando Beltrán Rocha, atacando ostensiblemente el derecho de defensa, como lo afirma el casacionista.

Es incuestionable que el procesado reconoció ante la autoridad policial ser el autor de la muerte causada a José Antonio Linares Zamudio y que al haberse desmentido en su injurada, expuso todas y cada una de las actividades que realizó ese día, suministrando sitios y nombres de las personas con las cuales se trató en esa oportunidad, las que llegan al número veintiuno, como acuciosamente las enumera el casacionista, de los cuales se recepcionó sólo la declaración a Fabio Barbosa (fol. 103) y Marco Antonio Feo Bustos (fol. 111), quienes corroboraron la cita que les hizo el procesado.

Explicó Beltrán Rocha en su indagatoria, que el día de los hechos, al levantarse estuvo en compañía de Julio Morales, Arturo y Rodrigo, hermano del administrador de la fábrica de curtidos donde le daban posada, así como de Gustavo Quintana (fl. 32 vto.); hasta las tres de la tarde permaneció con los empleados de la fábrica, luego fue a la plaza y se encontró con José V., que vende "líchigo" en ese lugar (fls. 29 vto. y 32 vto.); a las tres y treinta, se encontró en la fama de Humberto Hernández, quien le regaló un pedazo de carne (fls. 29 vto. y 32); acto seguido a cincuenta pasos de la carnicería se saluda con Isabel

Cala y le pregunta por Misael Tarquino (fl. 32); a eso de las cuatro va a la bicicletería Batman y alquila una bicicleta (fls. 29 vto. y 32 vto.); de inmediato va a la citada fábrica a llevar el pedazo de carne que le regalaron (fl. 29 vto.); a las cuatro y treinta, aproximadamente, está en el taller de Germán Avila, quien sale en moto con Guerrero y le dejan en préstamo un periódico (fls. 33 y 33 vto.); luego regresa a la bicicletería y entrega la cicla pagándole $ 20.oo a un señor Barrera (fls. 29 vto. y 33); de cinco a cinco y media, va al barrio Sixto López, donde una señora Aydée y se toma dos cervezas con Hernando Rodríguez, estando con él hasta eso de las seis de la tarde (fls. 29 vto., 32 y 33). A este barrio fue en dos oportunidades en busca de Misael Tarquino (fl. 29 vto.). Pasadas las seis de la tarde, dice haber ido hasta la tienda de Régulo Villamizar, habiéndose encontrado con Fabio Barbosa, más o menos a las siete y cuarto, quien le regaló $ 70.oo para el viaje, que refirió en su injurada (fl. 29); igualmente en ese tiempo, va a encontrarse con Toño, que vende papa en la plaza, luego habla con Gladys Morales, empleada de Telecom, por espacio de diez minutos en el parque (fl. 29 vto.); cerca de las ocho fue hasta el restaurante el Gran Chaparral, donde se encontró con Toño, quien estaba con otros señores hablando del negocio de unas rifas de carros de Inversiones Florencia y le regalan $ 40.oo (fls. 29 vto., 32, 33); a las ocho y diez de la noche, al regresar del restaurante se encuentra con Carmen Fierro, quien también trabaja en Telecom (fl. 32), fue hasta el parque y es cuando observó la estrellada de dos vehículos frente al Banco de Colombia, lugar donde por ese hecho se encontraba la policía; luego se fue a dormir a la precitada curtiembre pasadas las ocho de la noche (fls. 32 vto. y 34 vto.), encontrándose en ese lugar con Julio Morales, Rigoberto y Claudio.

Corresponde establecer, si era imprescindible constatar todas las citas que hizo el procesado en su indagatoria, para demostrar su inocencia en los hechos que se le imputan.

No hay duda respecto a que Beltrán Rocha, se refiere en su injurada a ese plural número de testigos, pero esto no indica, necesariamente, que todas esas personas hayan sido citadas, para cuando se le causó la muerte al señor Linares Zamudio. Impera hacer claridad en este sentido, si se tiene en cuenta que el demandante enfatiza genéricamente la omisión en que se incurrió al no recepcionar declaración a todos los testigos para concluir violación al derecho de defensa, pero se cuida de no concretar cuáles eran los conducentes en relación con el homicidio.

En efecto, de las 21 personas citadas en la indagatoria, al momento de los hechos sólo son pertinentes cuatro y si se hace una relación temporal se concluye que entre las cinco de la tarde y siete de la noche, sólo hay, indiscutiblemente, un testigo que tiene que ver con su actividad, el cual no es otro que Hernando Rodríguez, con quien dice Beltrán Rocha, que tomó cerveza desde las cinco o cinco y media hasta eso de las seis de la tarde.

Respecto a Fabio Barbosa, si bien es cierto que reconoce haberse encontrado con el procesado, descarta que lo haya sido en la tienda de Régulo Villamizar y ubica tal encuentro a las siete y cuarto de la noche, esto es, cuando ya habían acaecido los hechos.

Los otros dos testigos citados en relación con la hora neurálgica son Misael Tarquino y Toño. Pero respecto al primero no dice a la postre que se encontró con él, sino que fue a buscarlo; en cuanto a Toño, ni siquiera se concreta el apellido, pero además, únicamente hasta las ocho de la noche fue que se encontró con él; las demás declaraciones no hacen referencia a los momentos de los hechos.

Aparentemente, Beltrán Rocha estaba con Hernando Rodríguez para la hora en que se causó la muerte a José Antonio Linares Zamudio, pero esta posibilidad pierde credibilidad, si se tiene en cuenta la amplitud de tiempo que señala como hora del encuentro, entre cinco y cinco y media hasta las seis de la tarde y sólo hasta las siete y cuarto de la noche se encuentra con Fabio Barbosa. En estas condiciones, no es posible colegir, que para el momento de los hechos, necesariamente el procesado estaba con Hernando Rodríguez, más aún, cuando en la versión rendida ante la Policía Judicial también citó a Hernando Rodríguez, con quien tomó cerveza, pero a las cuatro de la tarde y después de despedirse y alquilar bicicleta fue que entró a la tienda de Linares Zamudio.

Esta situación probatoria implica, que la omisión enfatizada por el casacionista, carece de la trascendencia que pretende darle, por cuanto las citas que el procesado hace en su indagatoria no apuntan hechos fundamentales, como los que tienen que ver con la imputación; de lo contrario, con seguridad, que en la etapa probatoria de la causa el defensor, que fue el hoy demandante, hubiera pedido la práctica de las pruebas que ahora hecha de menos.

La obligación del Estado de constatar las citas que hace el sindicado, como se expuso en anteriores acápites, no es un enunciado formal, pero debe entenderse que la regulación probatoria se enmarca en el principio legal de la conducencia; por tanto son las pruebas conducentes, las que impera practicar y no todas las referencias inanes que haga el procesado, pues en esta forma se desatendería el objetivo primordial de la investigación. De ahí que cuando la nulidad es por omisión de pruebas, se debe demostrar la inferencia de cada una de estas en la decisión de la sentencia, pues la nulidad no es algo abstracto.

Además, no puede tenerse como simple coincidencia, las afirmaciones hechas por el procesado en la versión ante la Policía Judicial y la corroboración que recibieron en el proceso: A Hernando Rodríguez lo cita en las dos diligencias como la persona con quien tomó cerveza esa tarde, claro que en horas distintas como ya se anotó; en la exposición relató que una vez entró al establecimiento de Linares Zamudio y pidió el licor, forcejearon y no puede dejarse pasar por alto el hecho de que una de las vecinas escuchó a esa hora gritos provenientes de ese lugar; en la versión afirma que después de "acuellar" a su víctima y ver que aún estaba con vida, lo atacó con una navaja y de conformidad con el acta de levantamiento del cadáver, el occiso presentó una herida en la región cervical del mismo lado; además la causa de la muerte fue la insuficiencia respiratoria aguda por ahorcamiento; importante es el hecho de haber encontrado las autoridades de Policía la luz apagada desde el taco y que Beltrán Rocha haya dado la misma explicación en su exposición; de otra parte, la captura se efectuó cuan-

do el sindicado se marchaba de la población y posteriormente le hizo manifestaciones comprometedoras de su responsabilidad a uno de los inspectores de Policía de la localidad.

Al corroborarse la versión de Policía Judicial con otras pruebas como las especificadas y tratarse de un proceso en que interviene jurado de conciencia, imposible es determinar cuáles fueron las que tuvo en cuenta el jurado para la veredicción de responsabilidad; por tanto, el cargo no prospera.

7. Otros cargos. La violación a las normas propias del juicio por haberse obtenido la versión rendida ante los funcionarios de Policía Judicial, mediante procedimientos coactivos y la falta de defensa del procesado por no habérsele nombrado apoderado de oficio durante el sumario, son cargos que no están llamados a prosperar, pues su inconsistencia es meridiana.

No es suficiente para suprimirle valor probatorio a tal versión, que se afirme las torturas físicas o psíquicas a que pudo ser sometido el sindicado, sino que es necesario su demostración, lo cual no hace el casacionista y de otra parte, no aparece prueba en el proceso para que oficiosamente la Corte considere su nulidad por violación al derecho de defensa.

En cuanto a la falta de apoderado en el sumario, así el demandante lo considere como un caso de "absoluta carencia de defensa", lo cierto es que como lo colige acertadamente el Procurador Delegado, en este caso se establece todo lo contrario, debido a que en el juicio se ejerció una eficaz defensa oficiosa, hasta el punto de que el mismo apoderado recurrió y sustentó debidamente el recurso extraordinario de casación.

Además una vez proferido el llamamiento a juicio, el defensor oficioso, apeló de esa decisión con variados argumentos, luego intervino en la etapa probatoria de la causa; en la audiencia el procesado designó una vocera y en el debate público la defensa propuso múltiples posibilidades probatorias y doctrinarias para obtener la absolución de Beltrán Rocha. Cosa distinta es que esta labor no haya tenido éxito en las instancias, en las cuales, por demás, insistió hasta última hora impetrando nulidad del proceso por violación al derecho de defensa.

Es incuestionable que es en la causa donde se concreta la actividad defensiva por cuanto en ese momento ya existen cargos concretos y si esto fue lo que se cumplió por la defensa de Beltrán Rocha, es obvio que este cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar O., Secretario.

EXTORSION - TENTATIVA

El delito de extorsión no es delito de mera conducta, admite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa y para que se consuma se requiere un hacer, omitir o tolerar algo de connotación patrimonial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta número 66.

Vistos:

Se desata el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el defensor de *Oscar de Jesús Gómez García,* contra la providencia de 24 de octubre de 1986, que confirmó parcialmente por mayoría la dictada por un Juez Especial que había condenado al procesado por el hecho punible de Extorsión consumado.

La confirmación fue parcial, pues se rebajó la penalidad inicial de cincuenta y seis (56) meses a cuarenta (40) meses.

Hechos y actuación procesal:

1. En los meses de noviembre y diciembre de 1985, algunos habitantes de los municipios antioqueños de Carmen de Viboral y la Unión, recibieron notas amenazantes de muerte y secuestro, en el supuesto de acceder a entregas de dinero. En tales notas se usaba el nombre del Movimiento 19 de Abril conocido bajo las siglas de M-19.

2. Ninguna de las personas amenazadas entregó el dinero solicitado, ya que el vecindario y las autoridades colaboraron en la investigación.

3. Las autoridades establecieron que quien entregó algunos de los mensajes amenazantes fue el menor Walter Toro, quien a la postre señaló a Oscar Gómez García, como la persona que le entregó las boletas para que se las entregara a la propia madre de este. Toro relató cómo Oscar de Jesús Gómez, le explicó que dijera que las boletas se las habían entregado unos tipos cuya supuesta descripción proporciona; se estableció que Oscar Gómez, no sólo le había enviado mensajes amenazantes a su propia progenitora, a sus hermanos, sino hasta a él mismo, para despistar al vecindario.

También se determinó que ante sus hermanos, según ellos lo relatan, reconoció extrajudicialmente ser el autor de las misivas. Igual-

mente que en una ocasión que uno de los denunciantes hizo colocar un dinero en el sitio indicado en una carta, un vecino le relató que había visto a Oscar de Jesús Gómez escondido en un rastrojo cercano.

4. Los dictámenes grafológicos establecieron "tajante y fundamentalmente" "fuera de toda duda" con abundante material que Oscar Gómez es el autor de los escritos analizados.

5. El Juzgado 15 Especializado de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Medellín, citó a audiencia pública a Oscar de Jesús Gómez García, como autor de extorsión consumada.

En desarrollo de la actuación subsiguiente en primera y segunda instancia se condenó a las penas reseñadas. La mayoría de la Sala del Tribunal aceptó que casi todas las extorsiones se habían consumado. Para ello se basó en un Salvamento de Voto a la providencia de 8 de abril de 1986 de esta Corporación que en caso similar reconoció la tentativa.

Demanda:

1. Se hace un cargo único: violación de la ley sustancial en forma directa por aplicación indebida del artículo 355 del Código de Procedimiento Penal, al excluir la aplicación del artículo 22 *ibídem*. Ello porque se condenó a Oscar Gómez por un concurso material de delito perfecto de extorsión, cuando ha debido hacerse por concurso de tentativas de extorsión, ya que los hechos no se consignaron.

2. Para sustentar el recurso se hacen consideraciones sobre la estructura del delito reseñando sus elementos. Se profundiza sobre el tema del momento consumativo de la extorsión, sosteniéndose que es tipo o delito de resultado o de ejecución compuesta, que en el caso de autos el delito se consumó, no hubo desplazamiento de bienes del extorsionado al extorsionador como consecuencia del constreñimiento por circunstancias extrañas a la voluntad del procesado. Por tanto debía hacerse una adecuación típica con el artículo 22 del Código Penal, dispositivo amplificador que describe la tentativa y que dejó de aplicarse.

3. Para fundamentar se transcribe un aparte del Programa de Derecho Criminal de Carrara, donde categóricamente expresa que la extorsión "no se consuma mientras no se lesione la propiedad". (Nº 2.133).

Igualmente se citan apartes jurisprudenciales de esta Corporación de 8 de abril de 1986, donde se sostiene que cuando hay amenaza y no se logra el hacer, omitir o tolerar algo de connotación económica, nos encontramos en el terreno de la tentativa.

Se critica la posición de la respectiva Sala de Decisión, por utilizar el método científico de la autotranscripción, por desconocer la función de la Corte de unificar la jurisprudencia al desechar la más reciente posición sobre la materia con el argumento de que el fallo no fue unánime.

Finalmente se impetra que se dicte la sentencia de reemplazo.

Concepto de la Procuraduría:

1. El colaborador fiscal hace un interesante estudio sobre el tema, pues acude para reforzar sus puntos de vista a cuadros sinópticos y a terminología que se puede clasificar como neologismos por no estar admitidos por el diccionario de la academia.

Recuerda cómo hace relativamente poco (abril 8 de 1986) la Corte revivió en su seno, la controversia en torno al momento consumativo de la extorsión y por ende, respecto al dispositivo amplificador del tipo de la tentativa. Reseña las dos tesis sostenidas en tal providencia: La mayoritaria según la cual la extorsión admite tentativa y como ella se presenta cuando no se realiza una omisión de connotación económica; y la minoritaria según la cual se consuma cuando se produce el constreñimiento aun cuando no se logre el provecho patrimonial perseguido. Para la primera tesis el momento consumativo, es aquel en el cual la víctima hace, omite o tolera algo de contenido patrimonial y para la segunda un poco antes al obtenerse el constreñimiento.

La Procuraduría se define por la tesis mayoritaria, pero para reforzarla aún más decide como complemento a las ideas expuestas allí, hacer un examen de los diversos actos y de su contenido finalístico y precisar el significado y alcance del verbo constreñir.

Como punto de partida acepta la insuficiencia de la clasificación Carrariana de delitos de mera conducta y de resultados; pero tampoco le satisface al colaborador fiscal la división entre delitos unisubsistentes y delitos de ejecución compuesta.

Para atenerse más en sentir del colaborador fiscal al rigor científico cree menester acudir a los neologismos delitos "unimomentuales" (formado por un solo momento) y "plurimomentuales" (compuestos por varios momentos); se afirma que usando tales vocablos compuestos se ganará en precisión y claridad y se simplifica el tema.

Con tal prologómeno lexicográfico afirma que es claro, pues distingue en su desarrollo y momentos "separados en la categoría tempero-espacial". El primero estaría constituido por las amenazas, el segundo por el examen de la calidad de la exigencia.

En cuanto al tercer momento distingue en cuanto al amenazado o acepta o las rechaza "enfrentándose al delincuente o escapando a su influencia... Si acepta las amenazas, pasará cuanto momento cuando hará lo necesario para cumplir los deseos del extorsionador". Y añade: "Extratípicamente encontramos un quinto presente en el Código Rocco que no es otro que la obtención del provecho ilícito".

El Procurador anota que a partir del tercer momento, la "extorsión puede enrumbarse principalmente por dos cadenas finalísticas, alternativas con obvios resultados contrapuestos". Si sigue en pos del resultado querido por el agente, la extorsión la califica de Real. Pero cuando en cambio se rechaza a la pretensión ilícita pero se aparenta seguir los deseos del extorsionista, armando maniobras como las trampas urdidas por la policía, el colaborador acude para calificar tal hipótesis precisamente de "Extorsión Aparente".

Para ilustrar su punto de vista, se presenta un cuadro sinóptico de características didácticas.

Para cumplir el cometido anunciado de precisar el significado y alcance del verbo constreñir, que echa de menos en la providencia de abril 1986, comienza por acudir a ella cuando recuerda al significado usual del verbo constreñir: "Constreñir por fuerza a una (sic) a que haga o ejecute alguna cosa".

Y deduce que el constreñimiento necesita de dos conductas, la del actor (amenaza) y el temor que doblega la voluntad y acepta. Sin embargo si se estudia con algún detenimiento la providencia glosada se encuentra que tal duplicidad de aspectos había sido enfocada en ella con esta frase: "...En la legislación actual se contemplan dos aspectos: uno atribuible al sujeto activo, conducta violenta física o moral, que tiene como objeto una acción u omisión del sujeto pasivo".

El Procurador Delegado puntualiza que no debe confundirse el constreñimiento con el tipo mismo pues requiere varios lapsos para su consumación.

Todo ello para concluir que el constreñimiento sólo puede cumplirse en la extorsión real, mas no en la aparente. Como secuela acepta la tentativa en la extorsión real, ya que "el dispositivo amplificador del tipo se puede estructurar hasta un momento antes de que se complete la realización de la exigencia, al ser interrumpida la cadena causal por factores ajenos a la voluntad del agente".

A contrario sensu deduce que cuando no hay aceptación del sujeto pasivo, se interrumpe la cadena causal, se le impide al extorsionador el logro de sus objetivos, se imposibilita la consumación del ilícito, no hay constreñimiento, ni mucho menos extorsión.

Concretándose al caso a estudio, pone de presente que en él no aparecen hipótesis de lo que se le ha dado a la Procuraduría en llamar Extorsión Real, ya que en cinco víctimas simularon cumplir con las exigencias y colocaron paquetes que aparentaban ser dinero, con la respectiva vigilancia policiva; tres colocaron las denuncias limitándose a esperar; la última presunta víctima no llegó a conocer el escrito amenazante por haber sido interceptado.

La sentencia recurrida sólo aceptó la tentativa respecto al último caso, pero estimó consumados los demás; anota el Procurador que en todos los casos fue interrumpida la serie finalística, bien por rechazo activo o pasivo o por intercepción.

Termina el Procurador por reiterar que comparte la tesis mayoritaria de la Corte en la forma expuesta, por lo cual impetra se case parcialmente la sentencia impugnada de acuerdo con lo pedido.

Consideraciones de la Corte:

1. *Planteamiento del problema. Las afirmaciones de que el delito de extorsión no es delito de mera conducta, admite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa y que para que se consume se requiere un hacer, omitir o tolerar algo de connotación patrimonial*

plasmada, en la decisión mayoritaria de 8 de abril de 1986, no es ni mucho menos un aporte novedoso al acervo jurídico universal, ni siquiera al nacional.

B) *Ya en varias ocasiones, esta Corporación había aceptado la posibilidad de la tentativa y del delito frustrado (que preveía el Código de 1936) en la extorsión. Esto es, que se acepta la hipótesis del delito imperfecto unánimemente.*

Así en providencia de 2 de septiembre de 1977 (Casación de Héctor Nefario Peña Bernal, Magistrado ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto, Gaceta Judicial Nº CLV Nº 2398 Bis, pág. 459 y ss.). En tal ocasión sostuvo esta Sala: " . . . Si el agente ha puesto en acción amenazas o violencias pero no ha conseguido la entrega, envío o depósito o puesta a disposición de la cosa o no se ha firmado el documento significa que se ha dado comienzo a la etapa ejecutiva del delito, pero no se ha perfeccionado".

"En el caso de autos se repite, la situación permite que se califique la conducta del procesado como delito frustrado porque de una parte hizo todo lo necesario para causar temor en la víctima y de otro no se alcanzó a producir una entrega propiamente dicha de bienes". Esta providencia cita en apoyo de su tesis a los autores italianos Giuseppe Ragno (Il delito de extorsione) y a Remo Pannain.

C) *Lo sostenido por esta Corporación en 1977, cuando regía el Código Penal de 1936, sigue para la mayoría de la Sala siendo valedero ante el Código de 1980.*

Tanto la providencia mayoritaria de abril de 1986, como el Salvamento de Voto, aceptan que "es cierto que la descripción típica del delito de extorsión del Código de 1936, no es sustancialmente diferente a la prevista en la vigente codificación". (Salvamento de Voto, punto 3).

La variación normativa que recalca el Salvamento de Voto, se basa en la afirmación de que el resultado en las dos normas es diferente, ya que en el Código de 1936, consistió en obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dineros o documentos capaces de producir efectos jurídicos, o de obligar a otro suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito; larga y fatigosa enunciación. En cambio el Código de 1980, usa una fórmula más lacónica: hacer, omitir o tolerar algo.

No se puede interpretar este cambio de redacción, sin olvidar aquello que reconoce paladinamente el Salvamento de Voto: que se cambió el sistema descriptivo casuístico del tipo cerrado, por el sintético del abierto. Se expresó lo mismo con economía de vocablos, pero con igualdad conceptual. Entregar, suscribir, enviar, son formas de conductas ubicables dentro de la fórmula del legislador de 1980.

Amén de los argumentos expuestos en la providencia de 8 de abril de 1986 sobre la calidad de patrimonial del hacer, omitir o tolerar, debe reflexionarse en que el prescindir del carácter patrimonial del hacer, omitir o tolerar equivale a la postre a equiparar el tipo de la extorsión con el constreñimiento ilegal (art. 281 del C. P.).

Si sólo se busca tal hacer, omitir o tolerar, sin finalidad patrimonial, el proceso de subsución se circunscribe a determinar una agresión a la libertad individual. Pero cuando la finalidad es patrimonial, ella no se obtiene cuando interviene la autoridad. En esta hipótesis no se logró la finalidad típica del ilícito, sino una atípica.

Como bien lo anota la Procuraduría, al solicitarse la intervención de la policía, no se obtuvo el resultado constrictivo, no hubo aceptación verdadera, sino aparente por parte del sujeto pasivo. Esto es, que las dos conductas que integran la extorsión, la del sujeto activo y la del sujeto pasivo, esta última sólo en forma aparente logra sus efectos, pues en verdad se encamina a hacer inidónea la acción del primero.

2. *Constreñir, verbo de resultado. Se ha sostenido dentro del esquema de la aceptación de la distinción entre delitos de mera conducta y delitos de resultado que el verbo constreñir es verbo transitivo, porque la conducta trasciende en busca de una finalidad que los hace de resultado.*

Tal argumento, no lo consideran algunos conducente, pues parten del principio de que aceptan no la concepción naturalística del resultado, sino la jurídica. En la providencia de abril de 1986, Casación de José Helí Ramírez, se esbozó la diferencia entre la concepción naturalística del resultado y la jurídica; se recordó como es "bien sabido que la primera acepta como tal los efectos materiales de la conducta humana bien sea físicos, fisiológicos, psicológicos y patrimoniales. En cambio la concepción jurídica del resultado este es el efecto de la conducta, o sea la lesión del interés tutelado por la norma y vinculado lógicamente por nexo causal".

Evidentemente en el caso concreto de la extorsión, el resultado se produce aún desde el punto de vista naturalístico, pues hay efectos psicológicos y patrimoniales, como se determinó en la providencia de abril de 1986, ya citada.

De lo expuesto se deduce que el argumento de la calidad de transitivo del verbo constreñir, encaja más dentro de la concepción naturalística, mas no es extraño a la jurídica, pero en este caso concreto no es menester una definición doctrinaria, pues como lo ha dicho esta Corporación, dentro de cualquier concepción, dentro de cualquiera de las hipótesis, el verbo constreñir, es de resultado.

3. *Delitos unisubsistentes o plurisubsistentes: Es indiscutible que el delito en su dinámica puede ser materia de desmembración cronológica. Hay delitos en los cuales se pueden entremezclar los momentos de los actos de ejecución y de consumación y en los cuales basta un acto único para su perfeccionamiento.*

Pero hay otros cuyo iter criminis *puede tener amplia repercusión temporal: el secuestro y la estafa; son varias las etapas cronológicas que se requieren para su consumación.*

Es tan compleja la descripción de la extorsión que se requieren pluralidad de conductas, que es exagerado fijar un momento preciso, o darle a una frase o un escrito la virtud mágica de la consumación; por eso la doctrina contemporánea ha descartado la pertinencia de la

clasificación de los delitos entre formales y materiales o de mera conducta o resultado, para resolver un problema predominantemente cronológico cual es el del iter criminis.

Tal enfoque se ha reemplazado por otro, basado en un indispensable, pero olvidado presupuesto cronológico: el de delitos unisubsistentes o sea aquellos en los cuales basta un acto único para perfeccionarse y plurisubsistente o de ejecución compuesta, que requieren varios actos para su cumplimiento.

Para los primeros se descarta ontológicamente la tentativa la cual se acepta para los segundos.

No se trata de una lucubración sofisticada, sujeta a basamentos discutibles, sino de la aceptación de realidades fácticas fundadas en el innegable factor temporal.

La amplia disección de todo el proceso de ejecución de la extorsión, las variadas discriminaciones temporales, los numerosos distingos y clasificaciones fácticas que recalca el colaborador Fiscal en su interesante Estado concluye "la imposibilidad de los Gobernadores para nombrar, amplia gama temporal que abarca este complejo delito".

4. El caso concreto. Aplicando los anteriores parámetros al caso concreto, debe concluirse, que ninguno de los ocho cargos formulados constituye delito consumado de extorsión y que no es aceptable la conclusión de la sentencia recurrida de que en ocho hechos se había consumado el ilícito.

En todos los casos considerados como delito perfecto, o se acudió como se ha reiterado a colocar paquetes que simulaban el dinero, o se presentó la denuncia, esperándose el desarrollo de los acontecimientos. Pero en ninguna hipótesis hubo disposición patrimonial. Por tanto, debe aceptarse el dispositivo amplificador del tipo conocido como tentativa, como lo solicita el recurrente.

Por ende, debe dictarse sentencia de reemplazo y procederse a una nueva graduación de la pena.

5. La penalidad aplicable. De conformidad con los parámetros fijados por los artículos 61 y 67 del Código Penal como criterios para fijar la pena, estima la Sala, que por tratarse del delito de extorsión en grado de tentativa, de acuerdo con los artículos 355 y 22 del Código Penal, se debe partir de treinta (30) meses de prisión por concurrir las circunstancias de agravación punitiva del artículo 66-2-4 así como las de atenuación del artículo 64-1-8, disminuida en una tercera parte (Art. 22 del Código Penal), es decir, para quedar en veinte (20) meses aumentada en diecisiete (17) meses (Art. 26 del Código Penal), para un total de treinta y siete (37) meses de prisión.

En esta misma proporción queda fijada la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas; se le condenará en abstracto al pago de la indemnización de daños y perjuicios y por expreso mandato de la ley, se le negará la condena de ejecución condicional.

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,

Resuelve:

1. *Casar parcialmente* la sentencia impugnada y en su lugar condenar al procesado Oscar de Jesús Gómez García, a la pena privativa de la libertad de treinta y siete (37) meses de prisión, como responsable del concurso de delitos de extorsión en grado de tentativa de que da cuenta este proceso.

2. *Imponer* al mismo procesado como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

3. *Condenar* en abstracto al mismo individuo al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados con los delitos a que se contraen estas diligencias.

4. *Niégase* al condenado el subrogado de la condena de ejecución condicional por expreso mandato legal.

Por el juez de primera instancia se dará cumplimiento a los numerales 5 y 6 de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Salvamento de voto; *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Nuestra disparidad con la mayoría de la Sala, se fundamenta en el diferente criterio que tenemos sobre el momento consumativo del delito de extorsión.

Como este aspecto ya fue tratado en el salvamento de voto del ocho de abril de 1986, donde en forma extensa nos pronunciamos sobre el tema, a dicho salvamento de voto nos remitimos y lo ratificamos como fundamento de nuestra decisión.

Se dijo entonces:

"Con todo comedimiento señalaremos algunas discrepancias que nos llevaron a suscribir la anterior providencia con salvamento de voto:

1º Es evidente que la ley no es otra cosa que la concreta expresión de la voluntad del legislador, de manera que siempre es conveniente para una mejor interpretación del texto legal, acudir a los antecedentes consignados en las relaciones de las comisiones que se hayan encargado de su redacción. No obstante, es preciso no olvidar que la ley una vez promulgada se desprende de su autor y a partir de ese momento tiene una vida independiente, sustentada en la propia vigencia de sus mandatos impersonales y abstractos y en la realidad sistemática del ordenamiento del cual forma parte. En consecuencia, la opinión del legislador que casi nunca se conoce en su integridad y que con frecuencia es el resultado de opiniones disímiles y divergentes, apenas constituye una pauta para una mejor interpretación de las normas, pero siempre que se tenga como punto de partida su exacta realidad gramatical, que es al fin y al cabo, lo único que tiene poder vinculante.

Así mismo, las opiniones de los doctrinantes, valiosos auxiliares para el mejor entendimiento de la ley, serán dignos de ser tenidos en cuenta, en la medida en que sus aseveraciones no les lleven a postular tesis que riñan con el sentido jurídico y el texto de las normas que analizan mayor cuidado debe tenerse con tratadistas foráneos por cuanto sus comentarios se insertan en realidades jurídicas distintas y se refieren de ordinario a disposiciones que, aún cuando similares, están concebidas en diversa forma.

2º De vieja data se ha venido discutiendo por jueces, doctrinantes y abogados sobre el tema relacionado con el momento consumativo de la extorsión y como consecuencia de la forma, como se responde esa inquietud, si dicha infracción es de mera conducta o de resultado, si es de lesión o de peligro y, en últimas, si es susceptible de admitir la tentativa.

La clasificación de los tipos penales hecha por los autores, no siempre obedece a un empeño de índole académica, pues su utilidad para un más adecuado conocimiento de la ley no puede ser desconocida. Por

supuesto que es necesario, como punto de partida de cualquier discusión, que a dichas clasificaciones se les de un sentido y alcance comunes.

Adviértase, en primer término, que todos los delitos desde el punto de vista jurídico tienen un resultado, por cuanto toda conducta punible exige una determinada modificación del mundo exterior; sin embargo, es tradicional la distinción entre tipos de mera conducta, también llamados formales y tipos de resultado, también conocidos como materiales. De acuerdo con la concepción Carrariana, los primeros se presentan cuando se consuman con una simple acción, los segundos cuando se requiere la producción de un resultado. Esta clasificación depende de la forma como haya sido redactada la conducta en el texto legal, a pesar de que otro haya podido ser el querer del legislador.

Desde otro punto de vista y en atención al bien jurídicamente tutelado, los tipos penales suelen clasificarse en de lesión y de peligro. Los primeros se dan cuando con la realización de la conducta descrita en la ley se vulnera el interés legalmente protegido; los segundos cuando con el comportamiento previsto en la norma, dicho interés apenas se ha puesto en peligro.

Así mismo, es posible que el legislador incluya dentro de la descripción típica, ingredientes de naturaleza subjetiva, o de conducta interna trascendente, que se presentan en los casos en que la propia descripción legal se exige una finalidad o un propósito determinado por parte del agente. La misión primordial de esta clase de ingredientes es diferenciar una conducta reprochable de otra que carece de trascendencia jurídico penal, o diferenciar dos conductas igualmente delictivas, en los eventos en que comportamientos objetivamente idénticos, se diferencien por la finalidad perseguida por el agente al realizarlas.

Como se acepta en la ponencia, no es exacto que los tipos que tienen ingrediente subjetivo sean necesariamente de mera conducta, pues en el homicidio que se comete para preparar, facilitar o consumar otro delito, hay ingrediente subjetivo y sin embargo es de resultado, lo mismo puede decirse del secuestro, del hurto, etc. Otra cosa es que se haya afirmado con razón que para la tipificación de esta clase de delitos no es necesario que la finalidad perseguida se logró, basta con que el agente proceda con el indicado propósito para que se estructure la infracción, pero de esto no puede deducirse la exigencia de la producción del resultado previsto en la norma.

3º En alguna medida es cierto que la descripción típica del delito de extorsión del Código de 1936 no es sustancialmente diferente de la prevista en la vigente codificación. Es verdad que dicho delito estaba concebido como tipo cerrado en cuanto se precisaban las circunstancias modales que el sujeto debía emplear, mientras que el vigente artículo 355 es tipo abierto, habida consideración de que el constreñimiento puede lograrse por cualquier medio. Los verbos rectores, aún cuando distintos, son equivalentes y el ingrediente subjetivo —el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero— es igual en los dos textos. Sin embargo, hay una diferencia notoria que no puede pasar inadvertida, pues el resultado en las dos normas es diferente. En efecto, mientras en el artículo 406 del Código Penal de 1936, la conducta consistía en obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición

cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, o en obligar a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito, el texto del nuevo código exige que el agente constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa.

En el plano de la lógica material, es obvio que frente a la descripción del código anterior, los resultados estaban taxativamente señalados, cosa que no ocurre con la amplia previsión de la nueva ley, pues constreñir a hacer, tolerar u omitir alguna cosa es señalar todas las exigencias posibles en relación con la conducta que otro pueda asumir con voluntad sojuzgada. En efecto, otra persona sólo puede ser constreñida a hacer, a omitir o a padecer conducta ajena, esto es, a tolerar; en otras palabras que bien pudo el legislador haber redactado la conducta en los siguientes términos: "El que constriña a otro con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero", caso en el cual la conducta sería sustancialmente idéntica a la vigente.

4º Es incuestionable, y en este aspecto no hay discusión alguna, que la finalidad perseguida debe ser de contenido patrimonial, lo cual se deduce del hecho de que la extorsión haya sido incluida por el legislador dentro de los hechos punibles que atentan contra el patrimonio económico. Además, este ingrediente subjetivo permite diferenciar el delito que se examina con el delito de constreñimiento ilegal, (Art. 278), que es atentado contra la autonomía personal.

Pero también es indiscutible que el delito de extorsión, desde el punto de vista del interés jurídicamente tutelado, es pluriofensivo, porque además de amparar un interés de carácter patrimonial, busca la salvaguarda de la autonomía personal o, más estrictamente, del derecho a la libre autodeterminación. La circunstancia de que el legislador haya ubicado la conducta en un título o capítulo concreto, no es motivo para desconocer la significación de los demás bienes jurídicos amparados de modo que el intérprete debe tenerlos en cuenta para lograr determinar con mayor posibilidad de acierto el justo alcance de la disposición que analiza.

5º En este orden de ideas, creemos que la conducta descrita en el artículo 355 del Código Penal, es de aquellas que doctrinariamente se conocen como de resultado, pues para la ley colombiana no se extorsiona con el simple hecho de amenazar, se requiere que el sujeto activo constriña al sujeto pasivo; esto es que el acto violento que dé lugar a la acción, penetre en la órbita sensitivo-afectiva del titular del bien. Es que ningún delito se consuma sino cuando se realiza en su integridad la acción legislativamente consagrada y concretamente en el tipo penal que es objeto de análisis, sólo se habrá consumado la extorsión, cuando se haya producido el constreñimiento.

Ahora bien, es necesario recordar que el resultado en este tipo no fue el que se pretendió consagrar por el comisionado que redactó el proyecto de norma que seguía muy de cerca a la legislación italiana. En efecto, en el inicial proyecto se traslada el momento consumativo de la infracción, pues el constreñimiento era el medio para lograr el verbo rector, que allí era obtener provecho.

6º En relación con el bien jurídicamente tutelado, el delito de extorsión es delito de peligro, pues en momento alguno se exige, para la consumación del delito, que se logre u obtenga el provecho económico. Este aspecto se destaca con la presencia del ingrediente subjetivo "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", por cuanto es bien sabido que para la consumación de delitos que tienen esta clase de ingredientes, basta con que el agente proceda con la finalidad indicada aún cuando ésta no tenga cumplido efecto.

Pero recuérdese que este es un tipo pluriofensivo, ya que también ampara la autonomía individual, de modo que el legislador habría podido ubicarlo como atentado contra la libertad. Frente a este concreto bien, es evidente que se trata de un delito de lesión, pues se requiere, como ya se dijo, no la simple amenaza, sino que es indispensable que se logre el constreñimiento, es decir, que es necesario que se afecte la libre autodeterminación del sujeto pasivo.

7º Con base en las precedentes consideraciones, conclúyese que la extorsión se consuma no sólo con la presencia de una amenaza, sino cuando se logra el constreñimiento, aún cuando no se haya obtenido el provecho de carácter patrimonial perseguido.

Ahora bien, como las expresiones constreñir a "hacer, tolerar u omitir alguna cosa", en manera alguna significan que esa cosa sea la prestación patrimonial pretendida, pues ese es elemento subjetivo que no requiere materialización, siempre que ante conducta humana que signifique constreñimiento, el sujeto pasivo actúe, omita o tolere, determinado por la actividad del sujeto activo, se habrá consumado la extorsión, pues si se llegara a exigir que los indicados verbos deben representar la concresión del provecho, se estaría desconociendo el carácter de los ingredientes subjetivos y la afirmación indiscutida de que en relación con el bien jurídico de carácter económico, la extorsión es un tipo de peligro, ya que la ley en este aspecto no exige la obtención del beneficio patrimonial.

En este orden de ideas, se habrá consumado el delito de extorsión, cuando la persona constreñida, para evitar la prestación que se le exige, huye del país, traspasa sus bienes o, aterrorizado demanda el auxilio de la autoridad o se suicida. Con igual razón cuando accede a la realización de lo que se le exige.

Como consecuencia de lo anterior, se desprende que el delito de extorsión admite la tentativa, en la medida en que se realice conducta idónea e inequívocamente orientada a constreñir, pero no se logra el resultado. Tal sería el caso de quien envía misiva para extorsionar, pero que es interceptada por la autoridad, o cuando al llegar a su destinatario, éste es informado que los delincuentes se hallan a buen recaudo, ya que en estos casos se dio principio a la ejecución del hecho, pero el constreñimiento no se logró por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

8º Para abundar en razones es conveniente el examen de otros tipos penales que tienen el mismo verbo rector de la extorsión. En efecto, la

concusión explícita (Art. 140), se consuma cuando el empleado oficial constriñe a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos. Frente a este tipo nadie ha dicho que sea necesario la obtención del provecho, basta con que se dé el constreñimiento. el cual habida cuenta del *"metus potestatis"*, es fácil de conseguir; similar razonamiento puede hacerse en relación con la violencia contra empleado oficial (Art. 164); el constreñimiento ilegal (Art. 276); el constreñimiento para delinquir (Art. 277), y el constreñimiento a la prostitución (Art. 309). En ninguno de estos casos, casi todos ellos de carácter pluriofensivo, se requiere la producción de la finalidad buscada, aún cuando en todos ellos es necesario que se haya afectado la órbita afectivo-volitiva del sujeto pasivo.

Estimamos, que los anteriores razonamientos, expuestos en forma sintética, son suficientes para separarnos de la providencia prohijada por la mayoría de la Sala".

Fecha: Ut supra.

Jorge Carreño Luengas, Magistrado.

SALVAMENTO DE VOTO

Conocido suficientemente el criterio que el suscrito tiene sobre la incompatibilidad de la tentativa en el delito de extorsión, sobra ahora repetir las razones que tengo para separarme de la decisión de mayoría en esta nueva ocasión. De ahí, entonces, que comedidamente dé por reproducidas las reflexiones apuntadas en la casación Nº 134, Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez, proceso contra Helí Ramírez (abril 8 de 1986). En la providencia de la cual disiento no encuentro razones para variar de opinión y el repaso del tema me afianza más en la tesis que defiendo, la cual cada día advierto como justa, acertada y conveniente cualquiera sea el ángulo de donde se la mire, jurídico, doctrinario, legislativo, criminológico, político-social, etc.

Observo, también, muy desacertada la tasación de la pena, excesivamente benigna dadas las modalidades de las conductas juzgadas, los factores de intensificación de pena que se pueden deducir para el sentenciado, etc. Ya que se ha recuperado la plena facultad de dictar un fallo de sustitución, debió enmendarse la desenfocada punición impartida por el Tribunal, así este reconociera los delitos como perfectos, pues no encuentro válido limitar esta atribución de la Corte, por razón del yerro que al respecto evidencia la sentencia. El recurrente debió prever esta eventualidad y correr todos sus riesgos. Sin embargo, se ha preferido darle la razón en cuanto a la censura que tiene que ver con el delito tentado de extorsión, y, al mismo tiempo, cuando todo imponía una tasación de pena próxima a los cincuenta o cincuenta y cinco meses, se tuvo que rebajar considerablemente la pena, para guardar cierta relación con el fallo que mediante la casación se consideró errado y que, en cuanto a dosificación punitiva, se muestra muy ajeno a la realidad de la conducta realizada y los preceptos que disciplinan la sanción imponible.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha Ut supra.

MEDIDAS CAUTELARES

La decisión de embargo y secuestro de bienes es medida de gran trascendencia dentro del proceso penal, lo que determina que no se pueda decretar más que por auto interlocutorio y sólo en relación con quien tenga la calidad de procesado

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 063 del 15 de septiembre de 1987.

Vistos:

Revisa la Corte, por vía de apelación, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el día cinco (5) de mayo del año en curso, por medio de la cual *Absolvió* al procesado *Humberto Messa Aristizábal* de los cargos que en su contra se formularon por el delito de *Prevaricato.*

Hechos:

El doctor *Humberto Messa Aristizábal* desempeñaba para el mes de mayo de mil novecientos ochenta y dos el cargo de Juez Noveno de Instrucción Criminal de Cali, y en tal calidad conoció del proceso que por el delito de hurto se instauró en contra de la señora *Esperanza Inés Marín Uribe de Quintero.* La antes mencionada sindicada actuaba como gerente de la sucursal de Cali de la firma Comercializadora de Alimentos Limitada y fue denunciada por el gerente general de la empresa por la presunta apropiación de dineros correspondientes a las ventas de los meses de septiembre y octubre de 1981. La denuncia se instauró el 5 de abril de 1982 y el apoderado de la parte civil solicitó el embargo y secuestro preventivo del premio a que se hiciera acreedora de la Rifa Ciudad de Palmira, sorteada con la Lotería del Valle el 28 de abril de ese año.

El procesado, en auto de sustanciación del 8 de mayo, sin haberla vinculado legalmente al proceso y sin señalar la respectiva caución para garantizar los eventuales perjuicios, decretó el embargo y secuestro del referido premio.

Posteriormente, el mismo funcionario escuchó en indagatoria a la sindicada y al momento de resolver la situación jurídica decretó su detención preventiva y ordenó nuevamente, el embargo del dinero correspondiente al premio obtenido por la detenida.

Actuación procesal:

El proceso penal se inició como consecuencia de la expedición de copias que ordenó el Tribunal Superior de Cali para investigar la conducta del funcionario acusado, al considerar dicha Corporación que el proceder podría constituir infracción a la ley penal. La compulsación fue ordenada al momento de desatar la segunda instancia del auto de detención proferido por el enjuiciado, y siendo allí Magistrado ponente quien ahora elabora la ponencia.

La investigación fue iniciada en auto del veinte (20) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en el cual se ordenó la práctica de las primeras diligencias instructivas. Fue así como se acreditó debidamente la calidad de juez que ostentaba el acusado a la época de los hechos, y su ejercicio del cargo.

Con base en copias tomadas del proceso penal que por hurto se adelantara contra la señora Uribe de Quintero, se pudo establecer que la denuncia correspondiente fue elevada por un abogado a nombre de la firma perjudicada con la infracción el día siete (7) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982), fecha en la cual el ahora procesado ratificó la denuncia y ordenó abrir la investigación correspondiente; presentada demanda de parte civil, el juzgado mediante auto de veinte (20) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982), admitió dicho libelo. El ocho de mayo del mismo año el apoderado de la parte civil solicitó al incriminado la orden inmediata de embargo y secuestro preventivo del valor del premio que había ganado la procesada en la Rifa Ciudad de Palmira, así como la captura de la acusada; en este mismo memorial el abogado manifestó no considerar procedente el señalamiento de caución previa al embargo, por ostentar la calidad de denunciante y constituir el dinero un derecho de crédito que no generaría acción temeraria ni perjuicio a terceros.

Ante esta solicitud, el procesado dictó auto de sustanciación el día ocho (8) de mayo de mil novecientos ochenta y dos, en el cual dispuso "el secuestro preventivo del premio a que se refiere la boleta Nº 1433 de la Rifa Ciudad de Palmira y que jugó el pasado 28 de abril de 1982, hasta que el despacho o el juez del conocimiento dé orden diferente". En la misma fecha el funcionario libró el oficio 911, dirigido al gerente de Rifa Ciudad de Palmira, en el cual le solicita "abstenerse de efectuar el pago del premio a que se refiere la boleta Nº 1433", y además requiere información sobre el premio mismo.

Hecho lo anterior, el día once de mayo de mil novecientos ochenta y dos, recibió indagatoria a la procesada, quien se presentó voluntariamente para tal efecto y el día dieciocho (18) de los mismos mes y año resolvió su situación jurídica mediante auto interlocutorio, en el cual decretó la detención preventiva de la indagada y ordenó "el embargo y secuestro de los quinientos mil pesos, que reposan en la gerencia de la Rifa Ciudad de Palmira, de acuerdo con comunicación que aparece en la sumaria, para que en su lugar sean puestos a órdenes del juzgado ante el Banco Popular de esta ciudad".

Esta última providencia fue recurrida y al desatar la apelación correspondiente el Tribunal Superior de Cali advirtió el irregular procedi-

miento de secuestro preventivo ordenado en auto de sustanciación del ocho (8) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), y por ello dispuso esta investigación penal, luego de confirmar el proveído atacado, y, como consecuencia, el embargo y secuestro de bienes contenidos en él.

Llamado el procesado a rendir indagatoria, confirmó como suya la providencia de ocho (8) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) y sobre ella dijo que pudo existir al momento de dictarla un error en cuanto a los términos utilizados, porque en realidad ha debido ordenar el embargo preventivo del circulante, no el secuestro del mismo como definitivamente proveyó; sin embargo, en su concepto, esta confusión no altera la situación, porque se trató de una medida preventiva sobre los bienes. Más adelante manifestó que debió existir en el sumario prueba suficiente y base cierta para decretar la medida, y explicó su proceder afirmando que se trataba de "algo aleatorio de la fortuna y no de bienes ya existentes en su patrimonio", razón por la cual era procedente ordenar el secuestro sin el pago de caución previa por el solicitante, y además porque la denuncia que dio base al proceso muy lejos se encontraba de ser temeraria o falsa. Finalmente aseguró que nunca tuvo intención de infringir la ley.

Cerrada la investigación con las pocas pruebas reseñadas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali llamó a responder al procesado en juicio criminal por el delito de prevaricato, determinación que fue oportunamente apelada por el apoderado del sindicado. Llegado el expediente a la Corte, esta de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal confirmó la decisión mediante auto de fecha doce (12) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986). En la etapa del juicio, se acreditó plenamente que la decisión de ocho de mayo de mil novecientos ochenta y dos tomada por el enjuiciado, se produjo luego del reconocimiento de parte civil a quien tenía derecho, cosa que hasta dicho momento no se encontraba suficientemente demostrada en el plenario; así mismo, se recibieron testimonios sobre el estado anímico del funcionario enjuiciado para la época de los hechos motivo de juzgamiento, la cual al parecer no era óptima habida consideración de que para aquella fecha se enteró el procesado de que no sería nombrado nuevamente como juez al vencimiento del período correspondiente; igualmente, se recibió la declaración jurada del abogado que en aquel proceso representó a la parte civil, quien manifestó que según su propio criterio el Juez procesado actuó como debería obrar.

La defensa del incriminado en la audiencia pública, estuvo preponderantemente orientada a demostrar que la conducta objetivamente se adecúa a la descripción del prevaricato, mas carece del aspecto subjetivo necesario para el reproche penal; por lo demás, se planteó que con la confirmación del embargo que hiciera el Tribunal al momento de ratificar la medida detentiva contra la señora Esperanza Inés Marín Uribe de Quintero, se reconoció que el secuestro ordenado con auto de fecha ocho de mayo de mil novecientos ochenta y dos estaba ajustado a los lineamientos legales.

En estas condiciones, el Tribunal Superior de Cali dictó sentencia el día cinco (5) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987) mediante la cual absolvió al procesado, acogiendo parcialmente los

argumentos de la defensa y reconociendo que debido a la actividad del apoderado de la parte civil en aquel proceso por el delito de hurto, el funcionario procesado se vio llevado por el camino de las equivocaciones, siendo que además no existe prueba de su actuar doloso.

Los fundamentos de la apelación

El señor Fiscal Sexto del Tribunal de Cali recurrió la sentencia absolutoria exponiendo que no puede reconocerse como base de ella el error en que pudo incurrir el enjuiciado por las insinuaciones o escritos del apoderado de la parte civil, porque dada la experiencia del funcionario a este le era exigible la confrontación de las alegaciones del abogado con las normas rectoras del caso, y la revisión del contenido de la jurisprudencia citada por aquel, válida ciertamente en el anterior ordenamiento procesal penal mas no en el que estaba en vigor al momento de la determinación. El dolo, dijo, "surge, como así lo analiza el juzgador de segunda instancia en este asunto, de la simple inobservancia de la ley adjetiva, clara y precisa, argumentación a la cual puede agregar este Despacho que con el proceder reprochado al doctor Humberto Messa Aristizábal, el juez acusado creó ilegal y arbitrariamente un ordenamiento absolutamente erradicado en la vigencia del Código".

El concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Corte la confirmación de la providencia apelada, sosteniendo como fundamento de su petición que de las manifestaciones hechas por el procesado en su indagatoria se debe colegir que este no tuvo intención diferente a la de asegurar el restablecimiento del derecho y a no hacer nugatoria la medida preventiva que contra los bienes de la sindicada decretaría posteriormente; se ocupa entonces de analizar el espíritu del legislador que, al modificar el código de procedimiento penal mediante el Decreto 050 de 1987, hizo consideraciones similares en torno al restablecimiento del derecho y a la necesaria acción preventiva que se debe tomar en el proceso penal sobre los bienes del implicado, para garantizar el efectivo pago de los perjuicios al ofendido con la infracción. Afirmó también que con la actitud del enjuiciado no se causó perjuicio alguno a la administración.

Los argumentos de la defensa

El defensor del encausado, retomando los argumentos centrales expuestos en la audiencia pública, solicita a la Sala la confirmación del fallo apelado porque, según su entender, el acusado no actuó dolosamente, y "Encontrándose plenamente demostrado, que el doctor Humberto Messa Aristizábal, no actuó dolosamente y no ocasionó daños a los derechos de quien sufría las consecuencias de su comportamiento, solicito, respetuosamente a los H. Magistrados de la Corte Suprema de Justicia confirmar la providencia del H. Tribunal Superior de Cali".

Consideraciones de la Corte

No cabe duda, para esta Corporación, que la conducta desplegada por el ex-juez Messa Aristizábal encuadra perfectamente dentro de los

postulados del artículo 149 del Código Penal, como quiera que su determinación contenida en auto de sustanciación de ocho (8) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) contradice de modo manifiesto los postulados de la ley. En efecto, *la decisión de embargo y secuestro de bienes es medida de gran trascendencia dentro del proceso penal, como que limita el comercio de los mismos, afecta los intereses patrimoniales de quien está siendo sometido a la actuación judicial y busca la garantía de los perjuicios ocasionados con la infracción y, por tanto, uno de los fines del proceso, lo que determina que no se pueda decretar más que por auto interlocutorio, y no de simple trámite como lo hizo el procesado, privando de esta forma al afectado con la medida de interponer cualquier recurso contra su propia determinación, y limitando de esta forma su derecho a la defensa, con un consecuente desequilibrio que necesariamente debe mantener el juez dentro de sus funciones como tal.*

Pero no solamente se infringió la ley por este aspecto, sino que también el enjuiciado desconoció flagrantemente las disposiciones de los artículos 138 y 141 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos, y durante los diez años anteriores a tal época. La primera de las normas citadas, señala al efecto que solamente se podrá decretar el embargo y secuestro de bienes en el auto de detención que se dicta contra el sindicado lo cual, obviamente, presupone la previa vinculación procesal del sujeto pasivo de la acción penal, como también lo disponía en forma clara el artículo 436 del estatuto mencionado. No existe, en consecuencia, razón válida alguna para ordenar la medida precautelativa sobre los bienes del acusado antes de haberse recibido a este indagatoria, o de haberlo vinculado formalmente mediante el emplazamiento y posterior declaratoria como reo ausente. Si bien el abogado defensor presentó la conducta del aquí procesado como una respuesta a los medios utilizados por el litigante en su oportunidad, la simple lectura de las normas citadas, que estaba obligado a conocer el funcionario, lo sacaban forzosamente del pretendido error.

Por si ello fuera poco, el artículo 139 indica el procedimiento que se debe observar para decretar el embargo y secuestro de bienes en aquellos casos en que el delito por el cual se procede no exija detención preventiva, remitiéndose para el caso a los mismos requisitos que el ordenamiento establecía para tal medida privativa de la libertad. Una y otra normas, con las demás concordantes, claramente especifican que no procede la orden de limitar el comercio de los bienes más que luego de vinculado el acusado al proceso, y en todo caso, sometido a unos mínimos requisitos probatorios.

El artículo 141 del Código de Procedimiento Penal por entonces vigente, además, prescribía que en caso de que los bienes fueran denunciados por la parte civil, esta debería otorgar caución suficiente para garantizar los perjuicios que pudieran causarse al procesado o a terceros. Tampoco esta disposición fue observada por el enjuiciado Messa Aristizábal, quien en franca oposición a los postulados de la norma, presuroso ordenó el secuestro de unos dineros que había ganado la sindicada Marín Uribe de Quintero, sin exigir al denunciante de los bienes la caución aludida, pese a que, consta en el proceso correspondiente, a esta solamente pertenecía una parte del premio obtenido y,

por consiguiente, con la limitación al dominio ordenada por el juez bien podrían causarse perjuicios a terceros.

Estos aspectos fueron oportunamente analizados por esta Corporación al momento de conocer por vía de apelación del auto enjuiciatorio, y por ello resulta innecesario profundizar en análisis sobre la tipicidad de la conducta desplegada por el acusado.

El aspecto subjetivo de la infracción, por su parte, se halla igualmente acreditado en debida forma dentro del proceso. Pese a las argumentaciones que en sentido contrario hace el defensor del encausado, y que prohija el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, es imposible admitir el error como causal excluyente de culpabilidad. Las normas atrás mencionadas y sobre las cuales debió el funcionario hacer la confrontación con las pretensiones del apoderado de la parte civil antes de decretar la medida preventiva, son de tal claridad que no admiten siquiera una interpretación contraria a su texto expreso y diáfano. No puede pensarse tampoco que el Juez acusado haya incurrido en equivocación, suscitada por el abogado de la parte civil, en cuanto a la forma como ha debido ordenar el secuestro del dinero, porque en este punto nada dijo el profesional, quien no indicó que tal petición debería despacharse por la vía del auto de sustanciación; resulta igualmente inadmisible que sobre este aspecto hubiera errado el juzgador de buena fe, porque *las decisiones trascendentales del proceso, aquellas que implican algo más que un simple impulso procesal, deben ser tomadas a través de un proveído interlocutorio como lo indica el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal que ha debido aplicar el juez hoy procesado; la experiencia profesional de este, por lo demás, debe ser tenida en cuenta también como factor importante en sus determinaciones, las cuales seguramente ha debido tomar o cuando menos estudiar en varias ocasiones antecedentes, en razón precisamente a su ejercicio como juez de la República.*

Pero, si en este punto es evidente que no existió posibilidad de juicio equivocado, más lo es frente a las demás disposiciones legales que regulaban la materia. La claridad de los artículos 138 y 141 del anterior Código de Procedimiento Penal, no dejan duda alguna, aún para el neófito en materias jurídicas, en el sentido que el secuestro o el embargo de bienes son medidas precautelativas que requieren para su pronunciamiento unos determinados requisitos probatorios, unas formalidades expresas y unas actuaciones antecedentes que tornan ilegal la determinación tomada por fuera de tan precisas pautas de procedimiento. Y es que, además, resulta lógicamente contradictorio dentro de la estructura del procedimiento penal que el Juez pueda tomar determinación alguna sobre los bienes de un sindicato cuando este aún no tiene la calidad de procesado, porque hasta ese momento no se ha concretado la calidad de sujeto pasivo de la acción penal que eventualmente más adelante tomará el acusado dentro de la investigación. Dentro de estos parámetros, mal puede un juez ordenar el secuestro de bienes de alguien que no se sabe siquiera si adquirirá finalmente la calidad de procesado, pese a que se haya dado ya la orden de vincularlo mediante indagatoria, porque si bien es muy improbable que en este estado del proceso no se dé la consiguiente vinculación procesal, puede acaecer que por cualquier circunstancia —variación súbita del material

probatorio, por ejemplo— se imponga la revocatoria de la orden de indagatoria o emplazamiento del acusado.

Los argumentos suministrados en torno a este punto por el apoderado de la parte civil, de otra parte, no son de tal contundencia que pudieran válidamente hacer incurrir en error al juez acusado, pues bastaba con la simple comparación de la cita por él traída con el texto íntegro de la providencia mencionada, o con los apartes transcritos y su ubicación temporal (se trata de un auto de 1961), para advertir el cambio de los presupuestos rituales correspondientes; por lo demás, la abierta contradicción entre la citada interpretación de la Corte, y las reglas efectivamente aplicables, han debido inmediatamente advertir al funcionario sobre lo inadecuado de la jurisprudencia invocada, acertada en otras épocas, pero caduca y revalidada al momento de la decisión jurisdiccional.

Por lo demás, bien sentado lo tiene esta Corporación, el error eximente de culpabilidad debe ser invencible, esto es, que no cualquier equivocación tiene el poder de borrar la culpabilidad de la conducta, sino que se requiere que el falso juicio sea de tal modo contundente, o relevante, que impida al procesado realizar una acertada valoración acerca de la tipicidad de su comportamiento o de la antijuridicidad de su hecho. Faltando este requisito, debe concluir la Corte que no puede aceptarse esta causal excluyente de culpabilidad en el caso que se analiza.

Tampoco tiene capacidad para variar la situación de responsabilidad del acusado la confirmación que el Tribunal Superior de Cali impartiera en su oportunidad a la decisión que ordenó por segunda vez el secuestro del premio ganado por la procesada, porque en aquella oportunidad el superior no imprimió validez a la providencia de fecha ocho (8) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), de sustanciación, sino a aquella posterior en la que, respetando los presupuestos probatorios y los ritos procesales, el juez incriminado decretó en el auto de detención, esta vez sí correctamente, el embargo y secuestro de bienes de la acusada, si bien, conviene decirlo, continuó omitiendo la exigencia de caución que ha debido señalar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 del Código de Procedimiento Penal.

Del poco material probatorio recaudado se puede concluir la intención dolosa del funcionario enjuiciado para actuar en contra de las claras disposiciones de la ley. En efecto, ningún análisis realizó frente a la petición que le hiciera la parte civil de ordenar el secuestro de unos bienes, sin detenerse siquiera a estimar si podrían producirse perjuicios a terceros no vinculados al proceso, sin considerar los presupuestos establecidos por la ley para proferir tal medida, y sin siquiera detenerse a analizar la corrección de la medida, con el establecimiento de un evidente desequilibrio procesal. La actitud del funcionario revela su ánimo dirigido a desconocer las expresas disposiciones legales, sin consideración alguna con la administración de justicia que se le había confiado, sin respeto por las normas legales que le ordenaban aplazar la decisión hasta su oportunidad procesal correspondiente, y sin advertir que su función es precisamente la de establecer el equilibrio de las partes, con el seguimiento estricto de las formas y ritos propios del proceso.

Debe la Corte rechazar igualmente los planteamientos esbozados por el señor Procurador Delegado en lo Penal cuando solicita la confirmación de la sentencia recurrida, porque *si bien es cierto que el nuevo ordenamiento procesal consagró algunas normas que tienden a garantizar los intereses de la víctima del delito, hasta esta época algo desprotegidos en las disposiciones procesales, no menos verdad resulta que tales institutos se encuentran regulados sin detrimento a las garantías constitucionales de los procesados y de terceros; debe el proceso penal velar, evidentemente, por la correcta indemnización de los perjuicios causados por la infracción, mas ello no es base, ni en la ley ni en la jurisprudencia, para que, so pretexto de ese amparo, se desconozcan los procedimientos, se violen los derechos de los ciudadanos, y se pongan la administración al servicio de unos pocos. Las medidas preventivas sobre bienes del imputado se pueden decretar; el Estado puede incluso adquirir el control de algunos de tales bienes, pero para ello, para su acción, justamente se dictan disposiciones que hagan posible tales medidas, con previos y precisos señalamientos, y no al arbitrio y antojo del funcionario.*

En consecuencia, la conducta denunciada, a más de típica y antijurídica, es culpable, porque no existe causal alguna que haya determinado un error en el juicio del procesado, y por el contrario, en sus actuaciones se descubre, sin mayor esfuerzo, su voluntad de infringir la ley y realizar plenamente la conducta delictiva, con el correlativo perjuicio que se causa a la administración pública que sufre desmedro ante los coasociados, por verla funcionar eficazmente sólo en representación de algunos intereses, en forma desigual para las partes de un proceso, comprometida con la contradicción misma de la ley.

El defensor del enjuiciado, en su oportunidad, pretendió plantear la ausencia de perjuicio con el comportamiento del ex-juez Messa Aristizábal, reduciendo el daño a la simple comparación de su actuación frente a los derechos patrimoniales de la señora Marín Uribe de Quintero, propietaria del dinero objeto de la medida; empero, debe recordarse que la infracción no es de aquellas que atacan el patrimonio económico particular, sino un bien jurídico intangible, que pertenece al Estado y a la colectividad, si se quiere, que se ve lesionado cuando el representante de la administración hace decir a la ley lo que esta no dice, desvía el camino de las normas claras para aplicarlas en un sentido diverso al que se les ha impreso.

Además, el secuestro ordenado en la providencia contraria a derecho irrogó a la afectada un indudable perjuicio al impedirle la libre disposición de sus bienes cuando no existía razón válida alguna que impusiera tal restricción.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar dictará sentencia condenatoria en contra de Humberto Messa Aristizábal, por el delito de prevaricato.

En cuanto a la graduación punitiva, debe advertirse que en la conducta del agente concurren las circunstancias de atenuación punitiva consagradas en los numerales 1º y 8º del artículo 64 del Código Penal; por su parte, como condición genérica de agravación de la pena se encuentra la consagrada en el numeral 11 del artículo 66 de la mis-

ma codificación, toda vez que el cargo desempeñado por el sentenciado lo coloca en evidente posición de especial consideración y respeto frente al conglomerado social en el cual desarrollaba su función.

Por lo demás, considera la Sala que la personalidad del procesado acreditada dentro del expediente no lo hace acreedor a un especial incremento punitivo dentro de los límites fijados por la ley, como tampoco lo requieren las condiciones en las cuales se cometió el hecho punible ni la gravedad del mismo, porque si bien el objeto jurídico afectado fue la administración pública, las circunstancias concretas de tal afectación no representan una mayor gravedad para el ilícito. Por todo lo anterior, de acuerdo con lo señalado en el artículo 67 del Código Penal, se fijará al enjuiciado una pena de un año y quince días de prisión, término al cual se extenderá así mismo la interdicción de derechos y funciones públicas señalada en el artículo 149 del Código Penal. Por lo demás, no existe lugar a aplicar penas accesorias a la principal ya señala, porque ninguna de las contempladas en la ley como tales tiene finalidades compatibles con las funciones de la pena en el caso concreto estudiado.

Durante el término íntegro del proceso ningún esfuerzo realizó el juzgador de primera instancia para determinar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con la infracción, por ello, no se ha acreditado la existencia de daño resarcible pecuniariamente, razón por la cual se condenará al enjuiciado a su satisfacción, en abstracto.

La pena que se impondrá al procesado, por otra parte, no excede de tres años de prisión, y como ya se mencionó, la personalidad del procesado no requiere una especial valoración negativa, ni las circunstancias en que se realizó el hecho punible indican una necesidad de tratamiento penitenciario para el condenado, razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 del Código Penal se concederá a este el beneficio de la condena de ejecución condicional, estableciéndose al efecto un período de prueba de dos (2) años, durante los cuales el favorecido deberá informar todo cambio de residencia, ejercer un oficio, profesión u ocupación lícitos, observar buena conducta, y presentarse ante el Tribunal de primera instancia cada treinta días, garantizando el cumplimiento de estas obligaciones mediante la constitución de caución prendaria por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.oo) que deberá consignar a órdenes del Tribunal correspondiente.

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,

Resuelve

Primero: *Revocar* la sentencia recurrida, y en su lugar *condenar* al procesado Humberto Messa Aristizábal, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena principal de un año y quince días de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como responsable del delito de prevaricato consagrado en el Libro Segundo, Título III, Capítulo Séptimo del Código Penal,

cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar señaladas en esta providencia.

Segundo: *Condenar* al señor Humberto Messa Aristizábal en abstracto, al pago de perjuicios ocasionados con la infracción.

Tercero: *Expídanse* las copias de la sentencia que fueren pertinentes, de conformidad con lo establecido en los arículos 668, 677, 678 y 689 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971).

Cuarto: *Conceder* al condenado Humberto Messa Aristizábal el beneficio de la condena de ejecución condicional, con las obligaciones señaladas en la parte motiva de este fallo, y previo el pago de caución por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.oo), según se especificó en esta sentencia. En su momento oportuno, se sentará la correspondiente acta de compromiso.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.



DESOBEDIENCIA

El delito de desobediencia es un comportamiento que lesiona la disciplina militar y por eso el artículo 143 del Código de la materia sanciona al personal de soldados y marineros que se hallaren en situación de reserva y que no se presenten a la autoridad correspondiente, el día y a la hora señalados en los decretos de movilización

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 66. Septiembre 29 de 1987.

Vistos:

El Comando del Ejército Nacional se declaró incompetente para conocer del sumario que por el delito de "Desobediencia" contemplado en el Código de Justicia Penal Militar se adelanta contra el soldado de la reserva *Hernández Márquez José D.*

Argumenta el Comando del Ejército, que el numeral 2º del art. 308 del Código de Justicia Penal Militar que sometía a la jurisdicción penal castrense, a los militares en situación de reserva o de retiro, fue declarado inexequible por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha octubre cuatro de 1971 y que en consecuencia, es a la justicia penal ordinaria a la que corresponde el juzgamiento del acusado.

Alega por su parte el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá, que el delito de "Desobediencia", no está contemplado en el Código Penal y que en consecuencia, usurparía jurisdicción si pretendiera asumir el juzgamiento de un delito estrictamente militar.

Para que se dirima esta colisión de competencias negativa, llega el proceso a conocimiento de la Sala Penal de la Corporación.

Se considera:

a) *El conocimiento de los delitos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar, compete privativamente a la Justicia Castrense, como lo señala el numeral 1º del artículo 308 del Código Penal Militar que textualmente expresa:*

"La Jurisdicción Penal Militar conoce: a) De los delitos definidos y sancionados en este Código".

b) *El delito de desobediencia, es un comportamiento que lesiona la disciplina militar y por eso el artículo 143 del Código de la materia sanciona al personal de soldados y marineros que se hallaren en situación de reserva y que no se presente a la autoridad correspondiente, el día y hora señalados en los decretos de movilización.*

c) *Es verdad, como lo anota la Justicia Penal Militar, que por sentencia del cuatro de octubre de 1971, la Corte declaró inexequible el numeral 2º del artículo 307 del Código Castrense, que sometía al juzgamiento de la justicia especial a los militares de la reserva. Tal sentencia y otras posteriores que han seguido los mismos lineamientos, consideran contrarios a la Constitución Nacional el juzgamiento de civiles por militares aún durante la vigencia del Estado de Sitio.*

d) *No obstante lo anterior, debe entenderse que si los militares al salir del servicio activo y entrar a la reserva se convierten en particulares, sometidos por sus actos al juzgamiento de la justicia ordinaria, al ser llamados o movilizados de nuevo al servicio activo los reservistas de primera clase del Ejército Nacional adquieren por dicha movilización el carácter de militares en servicio activo. De ahí que los artículos 9º y 42-16 de la Ley 1ª de 1945 que reglamenta la materia, califique como "desertores" a quienes no atiendan el llamamiento especial que al servicio activo, haga para los reservistas el Gobierno Nacional. Tal conducta punible, exclusiva de los militares, la conserva el Código de Justicia Penal Militar con diverso* nomen juris, *como delito de desobediencia que lesiona la disciplina militar. El acta que con posterioridad se levanta no tiene sino la función administrativa de dar fe de incorporación del soldado.*

e) En el caso que se examina el soldado reservista de primera clase, del segundo contingente de 1984 fue reincorporado al Ejército Nacional por Decreto 385 del 4 de febrero de 1984 que a la letra dispone:

"Artículo 1º. Llamar al servicio activo del personal de soldados del Ejército Nacional, Reservistas de Primera Clase del segundo contingente de 1984, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1ª de 1945 y demás disposiciones vigentes".

"Artículo 2º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación".

De acuerdo a lo anterior, el soldado de la reserva Hernández Márquez José D., quedó incorporado al servicio activo de las Fuerzas Armadas de Colombia, a partir de la vigencia del Decreto de convocatoria y el desacato a lo dispuesto en la ley puede constituir el delito de "desobediencia" (Art. 143 del Código de Justicia Penal Militar), cuyo juzgamiento compete a la Justicia Penal Castrense.

Se dirime en consecuencia, la presente colisión de competencia, otorgando el conocimiento de estas diligencias a la Justicia Penal Militar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime la colisión de competencia* atribuyendo al Comando del Ejército Nacional, el conocimiento del sumario que contra el soldado de la reserva incorporado al servicio activo Hernández Márquez José D., se adelanta por un presunto delito contra la disciplina militar. A dicho funcionario se le remitirá el expediente. Comuníquese al Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá lo dispuesto en esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DESOBEDIENCIA

La orden o decreto de movilización o de llamamiento implica, por sí misma, la reincorporación al servicio y al desatender tal convocatoria, se incurre en esta infracción prevista en el estatuto penal militar

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., seis de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 066, septiembre 29 de 1987.

Vistos:

Se ha remitido a la Sala Penal de la Corte el sumario contra el soldado reservista Sabas Abad Herrera Rojas, por el delito de "desobediencia" (Art. 143 del Código de Justicia Penal Militar), para definir la colisión negativa de competencia surgida entre el Comando del Ejército y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla.

Actuación:

Cumplidas las diligencias previas, destinadas a acreditar que el soldado mencionado no cumplió el llamamiento a los reservistas efectuado mediante Decreto 385 de 4 de febrero de 1986, presentándose en el lugar más próximo al de su residencia, acto que tuvo difusión por los medios de comunicación, el Juzgado Segundo de Instrucción Penal Militar inició investigación.

Remitido el proceso al Comando del Ejército como juez de instancia, éste se abstuvo de conocer y ordenó su envío al Juzgado Penal del Circuito de Bogotá, provocando colisión, en caso de no aceptarse la competencia. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá, lo remitió a Barranquilla, por considerar que allí debía presentarse el reservista, dado el lugar de su residencia. Y el Juzgado Quinto del Circuito Penal de la última ciudad, rechazó las razones expresadas por el Comando del Ejército por estimar que le correspondía a éste la decisión del asunto y envió el proceso para la definición respectiva.

Se considera:

1º *Debe esta Sala Penal definir la colisión por suscitarse entre la jurisdicción penal ordinaria y una especial, como es la militar, según lo dispone el actual estatuto procesal penal (Art. 68, numeral 6).*

2º *Expresa el Comando del Ejército que si bien el delito investigado constituye infracción a la ley militar, la Corte Suprema mediante sentencia de octubre 4 de 1971, declaró inexequible el artículo 307, ordinal 2º del Código de Justicia Penal Militar, que sometía a esa jurisdicción a los militares en situación de reserva por delitos contra la disciplina de las Fuerzas Armadas, como es el investigado, criterio compartido por el Tribunal Superior Militar al definir un caso semejante. Por lo cual planteó la colisión expresada.*

3º *Por su parte el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla, estima que las razones antes expresadas carecen de base jurídica, pues desde el momento de la convocatoria mencionada, desaparece para los comprometidos en la misma, la situación de reserva pasando a formar parte activa de las Fuerzas Militares, con lo cual quedan sometidos a la jurisdicción militar. (Art. 307, numeral 1º del Código de Justicia Penal Militar).*

Expresa además, que dada la naturaleza de la infracción, para evitar su impunidad debe aceptarse tal competencia, toda vez que se trata de un hecho, no comprendido en la legislación penal ordinaria. Y la sentencia indicada se refiere al reservista en términos generales, esto es al separado del servicio, que no es el caso de quien ha sido llamado precisamente para incorporarlo. Deduce que en tal forma los reservistas solicitados tienen el carácter de militares y quedan sujetos a dicha jurisdicción.

4º *Como lo anotara el Comando del Ejército, la Corte en sentencia de 4 de octubre de 1971, declaró la inexequibilidad del ordinal 2º del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar, según el cual estaban sometidos a tal jurisdicción los militares en situación de reserva o de retiro en casos de delitos contra la disciplina militar, entre los cuales se comprende, según el estatuto respectivo, el de desobediencia al no presentarse los reservistas cuya movilización o llamamiento al servicio se ha decretado. (Art. 143 del Código de Justicia Penal Militar).*

Si bien, como anota la providencia del señor Comandante mencionado, lo anterior determinaría la atribución de la competencia a la justicia ordinaria para juzgar tales infracciones, deben estudiarse los otros argumentos propuestos.

En verdad que la orden o decreto de movilización o de llamamiento implica por sí mismo, la reincorporación al servicio sin que sea necesario otro acto que la ratifique, por lo cual produce efectos inmediatos. Y el primero de estos es el de que si se desatiende tal convocatoria, se incurre en la infracción prevista en el estatuto penal militar.

Interpretación que resulta acorde con la situación irregular que debe ser objeto de juzgamiento, porque de otra manera debería juzgarse por la justicia ordinaria delito que está contemplado expresa y únicamente por la legislación penal militar, conforme a su naturaleza y que corresponde por lo tanto a ésta.

Si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha rechazado el juzgamiento de civiles por la justicia militar, lo cual ha reiterado recientemente en sentencia de Sala Plena por mayoría de votos (fallo de marzo 5 de 1987), en el caso que es materia de controversia, no se presenta tal

situación, por las consideraciones ya expuestas, que llevan a concluir que el conocimiento y decisión en los casos como el analizado, corresponden a la jurisdicción especial (Art. 307, numeral 1º del Código de Justicia Penal Militar).

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte,

Resuelve:

Definir la colisión de competencia en el sentido de atribuir a la Justicia Penal Militar el conocimiento de estas diligencias, para lo cual se remitirá el expediente al Comando del Ejército.

Envíese copia de esta providencia al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla, para su información.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION

El principio de la intangibilidad de la cosa juzgada no puede ser objeto de menoscabo alguno con la deleznable teoría de que si en el sumario, el acriminado es favorecido con una libertad provisional, tal circunstancia debe interpretarse como indicio de su inocencia

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., catorce de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 68.

Vistos:

Cumplidos los trámites legales, procede la Corte a resolver lo pertinente sobre el recurso de revisión interpuesto a través de apoderado por *Alvaro Ramón Zúñiga Pulgar,* contra la sentencia de mayo 30 de 1986, proferida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, y confirmada el 16 de septiembre del mismo año por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, en virtud de la cual se le condenó a la pena de cuarenta (40) meses de prisión y multa de veinte mil pesos ($ 20.000), y a las accesorias de rigor, por el delito de violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974).

I. Los hechos:

Los resumió el juzgado del conocimiento, como sigue:

"Cuentan los autos que el 28 de abril de 1976, por informaciones confidenciales suministradas al F-2 de Bogotá, se percató que en el sector de la carrera 23 entre calles 52 y 53 de esta ciudad, se llevaría a cabo una negociación de alcaloide a eso de las once del día, en el que utilizarían un carro blanco, razón por la cual se dispuso el traslado de tres patrullas al mando del teniente Víctor Manuel Pérez Guerra, quienes pudieron observar la presencia de dos individuos en actitud de espera y vigilantes, los que fueron posteriormente identificados como Alvaro Ramón Zúñiga Pulgar y Jorge Mario Carvajal Vélez, éste último ya con antecedentes por tráfico de estupefacientes. Más tarde, se hizo presente el vehículo Zastava color blanco en el que se transportaban dos personas, identificadas como Néstor Armando Gómez Lozano y Edgar Enrique Lozano Parra; éstos después de dar varias vueltas por el sector, decidieron estacionarse en la carrera 23 entre calles 52 y 53, lugar al que acudieron los dos primeros, es decir, Zúñiga y Carvajal; fue en esos momentos cuando los agentes del orden se acercaron a estos individuos,

pretendieron arrancar bruscamente, pero ante la imposibilidad de hacerlo en virtud de cerrarle el paso al vehículo, al igual que Zúñiga y Carvajal, el conductor del Zastava huyeron, a quienes se les capturó metros adelante; inspeccionado el automotor en que se movilizaban los retenidos, se encontró dentro del mismo una bolsa plástica que contenía tres paquetes, dos envueltos en periódico y uno en papel amarillo, con una sustancia blanca en terrones, la que al someterla a los exámenes de rigor, dio resultado positivo para cocaína".

II. Actuación procesal:

1º La investigación fue reiniciada por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá, una vez cumplidas las diligencias inherentes a la reconstrucción del expediente, la cual fue ordenada por auto del 16 de junio de 1978, en consideración a que el encuadernamiento original había desaparecido de la oficina judicial respectiva.

2º Por auto calificatorio del 31 de enero de 1986, el *a quo* radicó en juicio criminal de tramitación ordinaria al recurrente Zúñiga Pulgar y a los otros tres sujetos copartícipes en la violación al estatuto de estupefacientes, atribuyéndoles formalmente la conducta ilícita consistente en "tráfico de cocaína".

3º Con fecha mayo 16 de 1986, y luego de fenecido el trámite de la causa, se celebró la diligencia de audiencia pública; y el 30 del mismo mes y año, el juzgado competente profirió sentencia condenatoria de primer grado, por la cual impuso a Zúñiga Pulgar y demás coautores, las penas señaladas en el preámbulo de esta providencia.

4º El fallo anterior fue confirmado en lo sustancial para todos los procesados, habiéndose modificado únicamente el *quántum* de la sanción pecuniaria.

III. *La demanda*:

Mediante escrito que se declaró ajustado a las exigencias del artículo 585 del estatuto procesal penal, el demandante invoca la causal 5ª del artículo 584 de la obra citada, con apoyo en la cual impetra la revisión del juicio que culminó con sentencia adversa a los intereses de su poderdante.

Para fundamentar su pretensión, el actor razona como sigue:

En la etapa de la instrucción inicial, vale decir, la cumplida antes de la desaparición del expediente y de su ulterior reconstrucción, la justicia penal militar a través del Juzgado Cuarto de Instrucción Penal Militar, en la providencia por la cual resolvió la situación jurídica de los sujetos vinculados al sumario, decretó la detención preventiva de los sujetos Edgar Enrique Lozano Parra, Jorge Mario Carvajal Vélez y Néstor Armando Gómez Lozano, mientras que en favor de Alvaro Ramón Zúñiga Pulgar dispuso la "libertad provisional con presentaciones" y ordenó su remisión a Medicina Legal a efecto de que se le practicara exámen psicosomático para establecer si era drogadicto "y hasta qué grado".

Hace hincapié el demandante en la circunstancia de que, si la justicia castrense había resuelto favorablemente la situación jurídica de su cliente en la etapa inicial de la instrucción, concediéndole así vigencia al postulado de la "presunción de inocencia" que amparaba a Zúñiga Pulgar, mal podría haberse condenado al procesado por los jueces ordinarios, siendo que por el extravío o desaparición del expediente era imposible conocer la prueba que había servido de fundamento al juez militar para reconocer la inocencia de su mandante.

En su alegato de sustentación del recurso, finaliza el profesional del derecho afirmando que "los fallos pronunciados tuvieron como su presupuesto fáctico los recogidos de una reconstrucción parcial del sumario original que tuvo su iniciación en la justicia penal militar".

IV. Las pruebas:

1º El demandante adjuntó a su escrito los siguientes documentos que solicitó tener como elementos de juicio:

a) Constancia suscrita por el juez cuarto de Instrucción Penal Militar en la cual se afirma que ese despacho con fecha 12 de mayo de 1976, al resolver la situación jurídica de los acusados, había ordenado la libertad provisional con presentaciones del ciudadano Alvaro Ramón Zúñiga Pulgar, en tanto que respecto de los otros tres acusados dispuso la detención preventiva.

b) Constancia suscrita por las autoridades de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, mediante la cual se establece la condición actual de detenido del recurrente.

c) Constancia del juez 19 Penal del Circuito de Bogotá, en la que se establece que los fallos condenatorios de ambas instancias se encuentran ejecutoriados.

d) Constancia del Auditor Principal de Guerra de la Décima Tercera Brigada, acerca de la radicación, actuaciones cumplidas y remisión del expediente al reparto de los Juzgados Penales del Circuito.

e) Copias auténticas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia.

2º Dentro de la etapa probatoria del recurso se dispuso por la Sala tener como pruebas legal y oportunamente aportadas, los documentos que el recurrente acompañó a su demanda.

3º Al expediente se trajo el original del proceso materia del recurso.

V. Concepto de la delegada:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al descorrer su traslado, emite concepto adverso a la prosperidad del recurso, por cuanto en su criterio el demandante no ha hecho cosa distinta a elevar un "típico alegato de instancia" a través del cual pretende revivir el debate probatorio, utilizando al efecto la constancia suscrita por el juez castrense, de la cual no puede desprenderse consecuencia diversa a que en la etapa instructiva se le otorgó la libertad provisional a su representado.

Agrega el Agente del Ministerio Público que, pretender conferir a la aludida constancia la entidad de prueba nueva (no conocida al momento del debate) demostrativa de la inocencia del condenado Zúñiga Pulgar, constituye indudablemente un antitécnico enfoque del recurso extraordinario de revisión.

VI. Consideraciones de la Sala:

1º Inveteradamente ha exigido la jurisprudencia los siguientes elementos lógico-jurídicos como requisitos insalvables para que la revisión prospere con apoyo en la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal:

a) La existencia de una sentencia ejecutoriada que ha hecho tránsito a cosa juzgada; y,

b) *Que con posterioridad al fallo de condena se presenten hechos nuevos o se presenten pruebas desconocidas al tiempo de los debates, que establezca la inocencia o irresponsabilidad, o que, por lo menos constituyan indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.*

2º Sobre las afirmaciones que preceden, debe admitirse que le asiste razón al señor Procurador Delegado cuando censura la notoria improcedencia del recurso de revisión intentado por el demandante en los términos puntualizados atrás, toda vez que es fácil advertir que la pretendida "prueba nueva constitutiva de indicio grave de la inocencia" de Zúñiga Pulgar, lo único que refleja es lo que su diáfano tenor literal expresa. Esto es, que en la fase instructiva del sumario, el juez castrense concedió el beneficio de excarcelación provisoria al recurrente.

Así pues, que sin necesidad de otras argumentaciones, como que la inocuidad de la demanda no lo exige, debe concluirse que ha de denegarse la revisión del juicio, en consideración a que el principio de la intangibilidad de la cosa juzgada no puede ser objeto de menoscabo alguno con la deleznable teoría de que si en el sumario el acriminado es favorecido con una libertad provisional, tal circunstancia debe interpretarse ulteriormente como indicio grave, serio y vehemente de la inocencia diáfana e indiscutible del procesado.

Por lo expuesto en líneas superadas, el recurso no prosperará.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado,

Resuelve:

Negar la revisión del proceso que por violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes, adelantó y culminó contra Alvaro Ramón Zúñiga Pulgar y otros, el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION. INIMPUTABILIDAD

La Corte ha venido afirmando que el hecho nuevo tendiente a demostrar no la inocencia o irresponsabilidad del acusado, sino la calidad de inimputable que pudo tener al momento de consumar el hecho, no puede ser alegado como causal de Revisión

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., catorce de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 68.

Vistos:

La apoderada de *Leonardo Efrén Salazar* interpuso recurso extraordinario de *Revisión,* contra la sentencia del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, de fecha diciembre dieciocho de 1983, confirmada por el Tribunal Superior en providencia del 23 de abril de 1984, por las cuales se le condenó en definitiva a la pena privativa de la libertad de 34 meses de prisión, como responsable penalmente del delito de hurto calificado.

Origen del proceso:

Se sabe que en la noche del catorce de febrero de 1982, Addala Said y Leonardo Efrén Salazar, obrando con la complicidad de Leonor Hernández, pasaron por el apartamento de ésta última, al vecino local donde funcionaba la "Joyería París" de propiedad de Arcelio Gómez y se sustrajeron relojes y joyas por un valor superior al medio millón de pesos.

Leonardo Efrén eludió por mucho tiempo la acción de la justicia, fue juzgado y condenado en ausencia; capturado en los últimos días, recurre ante la Corte en revisión.

Demanda de revisión:

La mandataria de Leonardo Efrén Salazar, sin desconocer la existencia del hecho que se le imputa a su asistido, ni su participación en el ilícito, solicita la revisión del proceso al amparo de la causal quinta del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal anterior (causal 3ª del artículo 231 del actual estatuto), aduciendo como hecho nuevo la circunstancia de que el sentenciado era por la época de la consumación del ilícito, adicto al consumo de drogas estupefacientes y que desde el año de 1981, viene "...padeciendo todos los efectos fisiológicos y psí-

quicos propios del consumo consuetudinario de estos estupefacientes, presentando por consiguiente, una personalidad deteriorada debido a las alteraciones mentales y a la psicosis paranóica maníaco depresiva que le impedía ser consciente de estar y querer realizar una conducta delictiva en el momento de cometer el hecho punible, ya que obraba bajo la tendencia compulsiva del estado de necesidad orgánico y psíquico propio de la disforia que obliga al consumo de la droga, a fin de lograr equilibrio emocional y fisiológico".

Concluye afirmando la demandante, que el recurso está encaminado a prosperar, porque en el nuevo proceso pretende demostrar que el sentenciado era un inimputable.

Consideraciones de la Corte:

La revisión es el único medio de impugnación que permite atacar el carácter de cosa juzgada que otorga la ley a la sentencia ejecutoriada y tiene por finalidad de acuerdo al Código anterior, tutelar la inocencia, invalidando los efectos de una sentencia condenatoria injusta. Es por tanto "conditio sine qua non" *del recurso, de acuerdo al Código de Procedimiento Penal anterior, la inocencia del acusado o irresponsabilidad, siendo por tanto improcedentes los recursos encaminados tan sólo a obtener el reconocimiento de circunstancias atenuantes de la culpabilidad o punibilidad.*

Este principio orienta la causal invocada por el demandante, tanto en el anterior como en el nuevo estatuto procesal. Así la causal quinta del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal de 1971, sólo procede cuando el hecho nuevo establezca "la inocencia o irresponsabilidad del acusado". La causal tercera del Código de 1987 vigente, mantiene idéntico criterio al señalar que los hechos nuevos dentro de los estadios de la revisión, sólo proceden cuando ellos "establezcan la inocencia del condenado o condenados".

Se entiende, para efectos del recurso, que es inocente el acusado, cuando el hecho no ha existido, no es constitutivo de delito, no ha sido realizado por él, o cuando ha obrado dentro de las causales de justificación o inculpabilidad.

Los inimputables responden penalmente, dadas las consecuencias jurídicas que a su acto le asigna la ley, por ello las resoluciones postdelictuales (medidas de seguridad), tienen una definida acentuación penal.

El profesor y magistrado Alfonso Reyes Echandía, emitió al respecto el siguiente concepto:

"...Cuando en cambio, hay demostración plena de que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad (porque no le era posible actuar culpablemente), necesario es deducir una responsabilidad cuya consecuencia jurídica se traduce en la imposición de medida asegurativa es lo que dispone la primera parte del artículo 33 del Código Penal. (El trastorno mental. Estudios de Derecho Penal).

Quiere decir lo anterior, que quien delinque, en condiciones de inimputabilidad, no es inocente, pues se halla ante una responsabilidad por un comportamiento típico y antijurídico que lo obliga a someterse a las consecuencias de la ley. Esa anomalía desenvuelta en un plano antijurídico es fuente de responsabilidad que permite proferir sentencia en la cual se impogan medidas de seguridad. Es la demostración del hecho típico y antijurídico lo que fundamenta el reproche y la aplicación de las medidas de seguridad, que al decir de Antolisei, "constituyen medios de lucha contra el delito".

Por eso la Corte, ha venido afirmando que el hecho nuevo tendiente a demostrar no la inocencia o irresponsabilidad del acusado, sino la calidad de inimputable que pudo tener al momento de consumar el hecho, no puede ser alegado como causal de revisión.

En sentencia del 15 de junio de 1982, expresó la Corte que el fenómeno jurídico de la inimputabilidad, sólo afecta la punibilidad".

Y ampliando los anteriores conceptos, dijo la Corte:

"El recurso extraordinario de revisión no tiene en nuestra ley positiva la finalidad de corregir presuntos errores de los juzgadores de instancia respecto de la cantidad o calidad de la sanción impuesta, sino que se inspira en una legal certidumbre de que el reo debió ser absuelto por cualquiera de los motivos previstos en el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, motivos que, como lo ha expresado esta Sala en reiteradas oportunidades, se compendian en que el hecho criminoso no existió, o en que habiendo existido resulta inocente el condenado, o irresponsable, o en que la condenación fue determinada por pruebas secretas extrañas al proceso, o que provino de la hipótesis contemplada en el ordinal 1º de aquella norma, vale decir, cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.

"Es patente, que tanto en la demanda como en el alegato de conclusión no se sostiene que Ocampo Espinosa no sea el autor de los delitos de estafa por los cuales fue juzgado y condenado, sino que, al momento de cometerlos, padecía de grave anomalía psíquica, y todo el esfuerzo probatorio del actor dentro del trámite de revisión se orientó a demostrar el segundo supuesto, con resultado positivo. Pero ya se ha visto con suma claridad que ninguna de las hipótesis señaladas en el artículo 29 del Código Penal está instituida como causal de revisión, porque quien las realiza, dados los principios generales que hasta ahora han venido informando el estatuto represor, es penalmente responsable.

"No es jurídico ampliar *ad libitum* las causales de revisión, tratando de reparar con ello toda suerte de errores judiciales porque, aquellas están taxativamente señaladas en el ordenamiento legal". (Sentencia de mayo 8 de 1974).

Estas razones llevan a la Corte a desechar el recurso de revisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara inadmisible* el recurso de revisión interpuesto por la apoderada de Leonardo Efrén Salazar contra la sentencia del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá por el delito de hurto calificado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, salvedad de voto; *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

INIMPUTABILIDAD

La persona imputada en las condiciones del inciso 2º del artículo 33 del Código Penal (1º, Ley 43 de 1982), sí es responsable penalmente cuando se demuestre que ha cometido un comportamiento típico y antijurídico

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 68 de octubre 14 de 1987.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la sentencia de 26 de agosto de 1986, mediante la cual dicha Corporación declaró que el procesado inimputable *Jesús Antonio Díaz Rodríguez* es el autor del homicidio cometido en la persona de *Moisés Ortiz Ruano.*

Hechos y actuación procesal:

1. Según el fallo impugnado, "el 15 de mayo de 1983, más o menos a las siete de la noche, fue muerto el señor Moisés Ortiz Ruano, en la carrera 19 con la calle 37, frente al establecimiento "Lucerna", ubicado en el local Nº 37-08; Ortiz, que falleció luego en el hospital departamental donde fue trasladado de urgencia, recibió un balazo en la región frontal izquierda que determinó su deceso. Esa misma noche, aún embriagado, Jesús Antonio Díaz se presentó al Comando de Policía diciéndose autor del crimen...".

2. El examen siquiátrico forense practicado al acusado Díaz Rodríguez, determinó que al momento del homicidio aquél padecía "un trastorno mental transitorio" que le impidió tener conciencia de su conducta, habida cuenta del estado de embriaguez en que se hallaba. Luego de un tratamiento de seis meses, el Instituto de Medicina Legal dictaminó que el procesado "no quedó con perturbaciones mentales que le impidan darse cuenta de sus actos y/o determinarse en consecuencia". (Folio 181).

Se le juzgó, pues, como inimputable, siendo del tenor siguiente la parte resolutiva del fallo del Juzgado Segundo Superior de Palmira:

"*Condenar* a Jesús Antonio Díaz Rodríguez, en abstracto, al pago de los daños y perjuicios que ocasionó con la muerte del señor Moisés

Ortiz Ruano, con fundamento en lo razonado en el cuerpo de esta providencia". (Folio 211).

Consultada esa providencia al señor Fiscal Segundo del Tribunal la consideró nula porque "existe un caos total sobre la forma como debe elaborarse la sentencia en los casos de los inimputables" en los cuales no quedan perturbaciones mentales, pues el Juzgado ha debido condenar o absolver y, por otra parte, la condena civil no puede ser sino el efecto de la condena penal. El Tribunal consideró que "la irregularidad descrita no tiene anclaje legal ni constitucional que obligue a reconocerla como verdadera agresión al derecho de defensa o a las formas propias del juicio", y adicionó así el proveído:

"*Confirmar* la sentencia consultada, *adicionándola* en el sentido de que se afirma la autoría del crimen por parte de Jesús Antonio Díaz Rodríguez, a quien no se impone ninguna de las medidas de seguridad descritas por el artículo primero de la Ley 43 de 1982 en consonancia con los artículos 93 y 97 del Código Penal, por haber desaparecido con el tratamiento recibido por el procesado su 'trastorno mental transitorio' ". (Folio 221).

Tal es el fallo recurrido ahora en casación.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se abstuvo de ejercer la facultad prevista en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda:

El actor aduce en primer término la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad supralegal, por inobservancia de las formalidades consagradas en el numeral 6º del artículo 171 *ibídem*, para la parte conclusiva del fallo; y, en segundo lugar, esgrime como subsidiaria la causal primera por aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 43 de 1982, modificatorio del 33 del Código Penal.

Causal Cuarta:

El demandante arguye que "omitir la decisión sobre la responsabilidad penal es un vicio de tal naturaleza que sólo mediante la vía de la nulidad se puede corregir y sólo debe corregirlo, desde luego, el juez del conocimiento, pues no puede el superior suplir ese vacío por cuanto se iría en contra de la doble instancia", y enseguida apunta que "en la providencia atacada se confirmó la sentencia del Juzgado Segundo Superior de Palmira, que choca abiertamente con lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 176 (sic) del Código de Procedimiento Penal y con todo el fundamento del proceso penal; al resolver sobre la consecuencia jurídica del delito, como es la responsabilidad civil, sin haber fijado su sustento, que es la declaratoria de responsabilidad penal mediante la decisión de condena, cuando el Tribunal ha debido, ante tan flagrante violación de las formalidades del debido proceso, decretar la nulidad de la resolución consultada para que se dictara conforme a derecho". Replica finalmente el censor al Tribunal que tal omisión no es un simple

"lapsos maquinae", sino la violación al debido proceso "que se produjo por un evidente error de derecho al interpretarse equivocadamente el artículo 1º de la Ley 43 de 1982" y condenar exclusivamente al pago de los perjuicios.

Causal Primera:

"Es la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida ya que la sentencia acusada pretende a través del artículo 33 del Código Penal (modificado por el artículo 1º de la Ley 43 de 1982), cobijar situación completamente ajena a esa normatividad".

Sustenta dicha afirmación alegando que "no podía el Tribunal limitarse a hacer una simple declaración de autoría sino que ha debido absolver al procesado", pues considera el recurrente que un trastorno mental "sin que queden perturbaciones mentales", implica la cesación de procedimiento, "dentro de la recta interpretación del artículo 1º de la Ley 43 de 1982", y solicita a la Corte "que este vicio *in judicando* sea corregido procediendo a absolver al señor Jesús Antonio Díaz Rodríguez".

Consideraciones de la Corte:

Es patente la contradicción que encierra la censura, pues el primer cargo al amparo de la causal cuarta radica en que la parte resolutiva del fallo de primera instancia omite el pronunciamiento sobre la responsabilidad penal del acusado, presupuesto ineludible de la condena civil que allí se declaró; y la invalidez que solicita persigue que se haga "la declaratoria de responsabilidad penal mediante la decisión de condena", al tiempo que por el segundo ataque (aplicación indebida por vía directa del artículo 1º de la Ley 43 de 1982) sostiene precisamente lo contrario, a saber, que el procesado no es responsable por no estar sujeto a ninguna medida de seguridad: "Al no ser responsable penalmente por cuanto su conducta no da lugar a consecuencia limitante de la libertad, llámesele pena o medida de seguridad, debe ser absuelto" mediante el fallo de sustitución propio de este primer motivo de casación: "responsabilidad" de un lado, "no responsabilidad" del otro, razonamiento en sí mismo excluyente que atenta contra la lógica que nutre este medio de impugnación extraordinario, el cual "se finca en proposiciones exactas y no en inseguras vacilaciones, aseveraciones inciertas o condicionamientos que denotan falta de certeza y solidez", como lo dijo la Sala en casación de septiembre 10 de 1985.

Tampoco es cierta la aseveración del actor en el sentido de que el sentenciador de segundo grado no estaba facultado para adicionar el fallo de primer grado; por el contrario: las omisiones y yerros en que incurra la primera instancia pueden y deben ser corregidos por el superior en cumplimiento obvio de los fines del recurso de apelación, el cual incluso "otorga competencia al Juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada", según los artículos 3º de la Ley 17 de 1975 y 538 del Decreto 050 de 1987.

Sobre la responsabilidad penal de los inimputables, ha sostenido esta Corporación, en doctrina que hoy se reitera, lo siguiente:

"La responsabilidad penal es el compromiso que le cabe al sujeto por la realización de un hecho punible y conforme a la legislación vigente no existe duda alguna de que esta se predica tanto de los sujetos imputables como de los inimputables.

"Tal conclusión es consecuencia de la existencia de dos clases de hechos punibles estructuralmente hablando en el Código Penal Colombiano, esto es, el hecho punible realizable por sujeto imputable que se concreta en la conducta típica, antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica. Ambas estructuras jurídicas implican responsabilidad penal, siendo la de los imputables responsabilidad subjetiva o culpabilista, al tiempo que para los inimputables la responsabilidad penal es objetiva o peligrosista.

"Ya ha precisado la Sala que la calidad de inimputable no se deriva exclusivamente de la presencia de una inmadurez sicológica o de un trastorno mental, requiérese, además, que exista concomitancia temporal entre ellos y la realización del hecho legalmente descrito y lo que es de suma importancia, que no debe tratarse de cualquier clase de inmadurez o de trastorno, sino que ellos deben ser de tal entidad que impidan un comportamiento adecuado, en cuanto anulen la capacidad de comprensión o de correcta autodeterminación. En otras palabras, es indispensable que la situación de inmadurez o de trastorno hayan dado lugar al comprotamiento de que se trate.

"En estas condiciones, es evidente que frente a los inimputables no puede indagarse sobre el dolo o la culpa con el cual pudieron haber procedido, pues el aspecto positivo de la culpabilidad exige claridad de conciencia y libre autodeterminación. De una parte porque si el dolo es la realización del hecho típicamente antijurídico, querido y sabido por el agente, no puede hablarse de esta manifestación de la culpabilidad respecto de quien no está en condiciones de comprender o de determinarse adecuadamente, y con relación a la culpa debe hacerse similar planteamiento porque aún cuando en el delito culposo el agente no quiere la producción del resultado dañoso, debe conocer y querer la conducta imprudente, imperita, negligente o violatoria de normas legales o reglamentarias de la cual se deriva el resultado.

'No existe ningún obstáculo, sin embargo, para aceptar que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez sicológica, puede actuar justificadamente o que en su acción ha concurrido circunstancia de exclusión de la culpabilidad, sin que sea dable calificarlo sólo por ese padecimiento como inimputable. Con relación a las causas de justificación por cuanto son de naturaleza preponderantemente objetivas y frente a las causas de inculpabilidad porque si ellas realmente se presentaron, la causa determinante del hecho no fue ni el trastorno mental o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el artículo 40 del Código Penal, esto es, porque en este supuesto no se da la necesaria relación causal entre la enfermedad y el hecho, que conduzca a destacar su incapacidad de ser culpable, sino que fue una razón diversa como el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción o el error, la que condujo a esa persona a la realización de comportamiento típicamente antijurídico.

"En estas condiciones, dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980, también puede predicarse la responsabilidad penal de los inimputables sobre el supuesto de que realicen conducta típicamente antijurídica y siempre que no haya concurrido causal de exclusión de la culpabilidad". (Casación de 14 de julio de 1987. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome).

En este orden de ideas, es claro que la fórmula utilizada por el Tribunal para colmar el vacío de la primera instancia, "se afirma la autoría del crimen por parte de Jesús Antonio Díaz Rodríguez", traduce una declaratoria de responsabilidad. Sin embargo, la Corte, en ejercicio del magisterio que le incumbe, debe señalar que la mencionada fórmula empleada en la parte conclusiva del fallo impugnado, sin ser fuente de nulidad no es justamente la correcta, ya que no se compadece con las previsiones respectivas del Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor las sentencias no pueden ser sino condenatorias o absolutorias (Arts. 169 y 171, Decreto 409 de 1971), debiéndose por tanto acudir a tales expresiones legales (para afirmar o negar la responsabilidad del procesado, imputable o inimputable), cuya ausencia podría suscitar confusión y perplejidad, bien como título de ejecución ante la justicia civil, ora frente a disposiciones penales que con frecuencia se refieren a "sentencias condenatorias".

Dígase, por último, que del hecho de que no haya lugar a la imposición de una medida de seguridad al tenor de lo previsto en el inciso 2º del artículo 33 del Código Penal, no puede deducirse la irresponsabilidad del procesado, tal como lo sostiene el recurrente, pues la medida de seguridad o la pena, en su caso, no son más que consecuencias de la responsabilidad penal, que suelen acompañarla pero que necesariamente no tienen que presentarse siempre. No pueden confundirse e identificarse los fines de las penas y de las medidas de seguridad con los fines de la sentencia: Los primeros aparecen expresamente señalados en el artículo 12 del Código Penal y atienden fundamentalmente a un criterio de utilidad concreta: *de ahí que en determinadas circunstancias las penas se tornen inaplicables por razones de política criminal (v. gr. Art. 68 del Código Penal) y las medidas de seguridad por simple sustracción de su objeto (Art. 33, inciso 2º del Código Penal). Los segundos (objetivos de la sentencia), son los mismos fines de la jurisdicción como ejercicio del poder-deber del Estado, y se enderezan consecuentemente a un* pronunciamiento *definitivo sobre la existencia del hecho y sobre su autor, para estructurar de este modo la responsabilidad penal, de la cual la sanción o la medida correctiva no son sinónimos —como pretende el casacionista—, sino apenas una de sus consecuencias jurídicas, que en ocasiones se encuentra ausente por innecesaria, sin que por ello el fallo pierda su natraleza o desvirtúe su objetivo, como arriba se indicó.*

Significa lo anterior que la persona imputada en las condiciones del inciso 2º del artículo 33 del Código Penal (1º Ley 43 de 1982), sí es responsable penalmente cuando se demuestre que ha cometido un comportamiento típico y antijurídico.

Los cargos no prosperan.

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,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION

El recurso de Revisión busca infirmar el valor de la cosa juzgada, no para corregir errores de procedimiento propios de los recursos ordinarios o del extraordinario de Casación, sino aquellos originados en el desconocimiento de hechos o situaciones que de haberlos conocido el juzgador, lo hubiesen llevado a absolver al procesado

Corte Suprema de Justicia, — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 067, octubre 6 de 1987.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto dentro del término legal por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, contra la providencia de 16 de junio del corriente año, por medio de la cual, en decisión mayoritaria, se rechazó la demanda de revisión presentada por el señor Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, dentro del proceso seguido contra *César Augusto Leguizamón Díaz,* condenado en ausencia por el delito de Asociación para Delinquir.

Al recurso se le dio el trámite por los artículos 349 y 108 del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones de la Corte:

En la providencia recurrida se consignó:

1º Conforme a los fallos dictados en el proceso mencionado, cuyas copias obran en autos, los hechos ocurrieron entre agosto de 1984 y el 15 de octubre siguiente.

2º Con base en lo anterior y el registro de nacimiento, alega el demandante que cuando ocurrieron los hechos, César Augusto Leguizamón Díaz contaba apenas con 15 años, 9 meses y 10 días de edad, siendo por tanto en esos días menor de dieciséis años, no estando sometido así a la jurisdicción penal ordinaria, que lo juzgó, sino a la especial de menores. (Art. 34 del Código Penal).

Presenta tal hecho como nuevo, de acuerdo con las pruebas mencionadas no conocidas en el proceso, ya que en éste no se comprobó la edad del incriminado, juzgado en ausencia. Lo que fundamenta la im-

pugnación de la causal quinta de revisión, según el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.

3º De lo anterior se desprende que el recurso de revisión se basa en afirmar la invalidez de la actuación, toda vez que por no tener la edad mínima señalada, en la fecha de los hechos, el condenado no podía ser sometido a la jurisdicción ordinaria sino a la especial de menores, con la aplicación de las medidas y legislación propias de esta última.

No se alega por tanto como motivo de revisión, la inocencia o irresponsabilidad del procesado, ya que no se discute su intervención en los hechos o circunstancias que hicieran desaparecer su tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, sino la circunstancia indicada que conduciría a la invalidez de la actuación, para proceder al juzgamiento por el funcionario competente.

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que la revisión se dirige a infirmar el valor de la cosa juzgada para corregir o enmendar graves errores judiciales ante el desconocimiento de los hechos o situaciones que llevan a demostrar la inocencia o irresponsabilidad del procesado, que de haberse conocido por los falladores, hubieran llevado a exonerarlo o absolverlo en relación con los cargos formulados en su contra. Así se deduce de las causales que permiten la revisión, encaminadas a dejar sin efecto la condena impuesta ante la demostración suficiente de una de esas situaciones que no permitían llegar a decisión condenatoria.

El señor Procurador Delegado, al interponer el recurso de reposición contra la providencia de la Sala, destaca lo siguiente:

"Considera la Procuraduría que se debe realizar un estudio de profundidad en lo que dice relación a la estructuración de la figura delictiva como fundamento de la división entre la jurisdicción de menores y la de mayores".

"....."

"Como bien se conoce el delito para los efectos de su estudio se descompone en elementos objetivos y subjetivos, aunque guarda una unidad óntica, la cual es indivisible... En el campo delictual vamos a ocuparnos de aquellos factores que incluyen una gran dosis de subjetividad como son la imputabilidad y la culpabilidad, para referirlas a los menores".

"El adolecente se encuentra en proceso de formación que equivale a decir que su conocimiento pasa por dos estados: El primero, de conocimiento del conjunto normativo y el segundo de aceptación, comunión o introyección con esas normas aprehendidas".

> "Su concepto de 'infracción' empieza a desprenderse del código objetivo que el adulto le impuso y a basarse en un juicio subjetivo de la situación: prescindiendo de lo que opinan los demás, él puede sentirse culpable o no, pues ya indicamos antes que incluso es capaz de formar sus *propias reglas*". (3) (Mira y López Emilio. Lecciones sobre el proceso penal).

"Como se observa, se parte de que el menor ha sido informado de un código moral. Esta suposición es absolutamente válida para países desarrollados y de una dudosa vigencia en las naciones del tercer mundo como Colombia, máxime en los sectores sociales desvalidos constituidos en el grueso de los sujetos penales".

"....."

"El caso colombiano es todavía más agudo: La infancia de bajos estratos no tiene posibilidad de asimilar con prontitud las normas morales que nuestro Estado exige, por consiguiente, la lejanía de nuestros adolecentes de la normatividad jurídica es más grave que la expresada en las citas anteriores, tanto de la civilización occidental, como en mayor medida en la oriental.

"La lucha de los países desarrollados se dirige a la práctica de la normatividad estudiada por el menor; en el nuestro no sólo a la observancia concreta sino al aprendizaje de la misma por los deficientes medios educativos con que contamos.

"La consecuencia penal de lo dicho se ubica en los elementos subjetivos que contempla el legislador para la conducta punible.

"En cuanto a la imputabilidad predicable del menor, se caracteriza por una endeble capacidad de discernimiento, acentuada por las falencias educativas originadas en el proceso de pobreza absoluta que vive un sector significativo del conglomerado nacional. En estas condiciones, sólo el paso de los años... hace que los individuos, para usar un término freudiano, adquieran un "super-yo" que los mantenga dentro de los límites de la normatividad por lo mismo alejados de la tipicidad penal. Por consiguiente, si autores como el español Mira y López consideran la edad de los quince años como el tiempo en que se llega a asimilar dichas pautas, en Colombia debemos creer que los efectos son aún más tardíos. Por este motivo, la imputabilidad de los mayores tiene una significación cualitativa distinta a la de los menores, resultando que el primer ingrediente subjetivo no guarda similitud y por lo tanto en este aspecto, no puede predicarse lo mismo de una conducta de un mayor y de idéntico comportamiento de un menor.

"En lo tocante a la culpabilidad, la diferencia entre mayores y menores es radicalmente diferente ya que, como lo anotamos anteriormente, el Código del adolecente es distinto al impuesto por la sociedad, en consecuencia un proceder doloso para el mayor puede ser de otra naturaleza distinta para el menor. Si lo dicho se presenta en los países de altísimo nivel cultural y de imposición estatal aguda, con mayor razón resulta predicable en el nuestro".

"En tratándose de un delito de asociación para delinquir como el que nos ocupa, la dosis de ingredientes subjetivos que debe tener el delito es de mayor envergadura que en cualquier otro campo penal, por lo mismo, en el caso *sub exámine*, resulta más distante que en cualquier otro, el concepto del dolo en cabeza de un mayor que en un menor de edad".

"....."

"Lo planteado tiene consecuencias fundamentales en el procedimiento a seguir, tales como el criterio del buen padre de familia que

debe emplear el Juez de Menores, que contrasta con la hermenéutica penal del Juez del Circuito. La razón radica en que la conducta desviada del menor no lo excluye de la sociedad, en consecuencia su contradicción, que objetivamente puede ser igual a la de un mayor de edad, no amerita su resocialización, que se afirma, se consigue con el "tratamiento" penitenciario, sino demanda un procedimiento pedagógico que excluye, por la naturaleza del delito, la cárcel, pues el sujeto joven no es un delincuente en el sentido penal de la expresión".

"....."

"En tal orden de ideas, el menor condenado por el procedimiento de un mayor, lo es por un delito que tiene una realidad óntica diferente a la infracción por la que debió ser juzgado, en consecuencia, resulta inocente del delito por el que compareció ante la justicia, ya que el elemento subjetivo y la metodología de su análisis son falsos. Por lo mismo, es preciso considerar el recurso interpuesto en aras de subsanar una tremenda injusticia que quedaría consagrada como un monumento a la hoquedad de la lógica formal".

Agrega la Delegada que "de momento, lo fundamental radica en el estudio de los requisitos formales del recurso interpuesto con cuyo exclusivo cumplimiento, sin importar la validez de su contenido, debe ser aceptado o rechazado".

"En tal orden de ideas, preciso es repasar el contenido del artículo 585 del Código de Procedimiento Penal que regula lo atinente a las reglas a seguir en la proposición del recurso".

Dos aspectos fundamentales destaca el señor Procurador Delegado para sustentar el recurso de reposición de la providencia de fecha 16 de junio último, adoptada por la Sala Mayoritaria y por medio de la cual se rechazó inlimine el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el señor Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga.

a) *Consideraciones de política criminal encaminadas a demostrar la incidencia del juzgamiento de un menor de edad por la jurisdicción penal ordinaria, con desconocimiento de lo preceptuado por el artículo 34 del Código Penal, pues, en el caso concreto, se requiere no un tratamiento penitenciario sino un procedimiento pedagógico, razón por la cual, su juzgamiento por parte de un juez distinto al de menores, comporta el desconocimiento de su inocencia y con ello nace la prosperidad del recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público de la instancia.*

b) *En el momento procesal en que se halla el recurso, no es dable a la Sala hacer consideraciones de fondo respecto de los motivos que llevaron al proponente para demandar la revisión del juicio, sino la simple calificación del escrito, con relación a las formalidades que exige el legislador como requisito previo a su tramitación.*

En cuanto a lo primero, debe la Sala reiterar su criterio expuesto en la providencia recurrida, esto es, que la prueba aportada con la demanda y que el Ministerio Público aduce como desconocida en las instancias, llevaría a la nulidad del proceso, por vicios en el juzgamiento,

aspecto éste que no está contemplado como causal de revisión en el proceso penal.

Recuérdese que el recurso de revisión busca infirmar el valor de la cosa juzgada, no para corregir errores de procedimiento propios de los recursos ordinarios o del extraordinario de casación, sino aquellos originados en el desconocimiento de hechos o situaciones que de haberlos conocido el juzgador, lo hubiesen llevado a exonerar o absolver al procesado. En consecuencia, lo que el legislador ha querido con este medio extraordinario de impugnación, es el permitir que a un procesado condenado injustamente, se le remueva el fallo definitivo para declarar su inocencia y no, como lo plantea el Fiscal recurrente en su escrito, para modificar un procedimiento o remover una sanción para ser aplicada otra de distinta naturaleza con base en una prueba que, se repite, no incide en la inocencia o irresponsabilidad del acusado, sino en la aplicación final de la sanción imponible y su ejecución.

Siendo así que el recurrente en revisión, de modo alguno cuestiona la intervención de Leguizamón Díaz en los hechos investigados, así como tampoco su grado de responsabilidad, el recurso pretendido no encaja dentro de ninguna de las causales previstas por el legislador para que la Corte acepte este medio extraordinario de impugnación, cuya finalidad, se repite, no es la de corregir errores de procedimiento de la naturaleza antes planteada, sino remover la cosa juzgada en beneficio de quien resultó condenado y que las pruebas nuevas no conocidas en los debates de instancia, demuestran su inocencia o por lo menos comportan indicio grave de ella o de su irresponsabilidad.

En cuanto al segundo motivo expuesto por la Delegada, la Sala encuentra que, siendo el recurso de revisión el más exigente de todos los medios de impugnación, el escrito que lo proponga, no puede ser un simple alegato de instancia, pues su forma y contenido están debidamente señalados en el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual, su elaboración debe ajustarse a la técnica de una demanda, por constituir una acción que se promueve contra la autoridad de cosa juzgada.

Si bien es cierto que el Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga indica en su escrito la proposición del recurso extraordinario de revisión, determina el juicio que demanda ser revisado y los juzgadores de instancia, así como la sanción impuesta, casi la totalidad de su contenido fue dedicado a la narración de los hechos y el desarrollo del juzgamiento por quien se considera incompetente para su adelantamiento y conclusión. Pero los motivos jurídicos que demuestren la viabilidad del recurso, se hallan ausentes en el libelo presentado, pues en él se hace énfasis en la incompetencia del juez que conoció del proceso, circunstancia advertida solamente cuando el procesado se presentó a cumplir la sanción impuesta, pero nada se dice sobre las pruebas o indicios graves que prediquen la inocencia o irresponsabilidad del acusado, fundamento esencial del recurso pretendido.

For este solo hecho, desde ahora encuentra la Sala la improsperidad del recurso, razón por la cual, la providencia que rechazó inlímine la demanda presentada por el señor Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, debe mantenerse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

No repone su providencia de fecha dieciséis (16) de junio último, por medio de la cual rechazó el recurso de revisión interpuesto por el señor Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga en el proceso seguido contra César Augusto Leguizamón Díaz.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Reitero el anterior salvamento de voto; *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z.,* con salvamento de voto; *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Mutatis mutandis debo decir ahora lo que en varias ocasiones anteriores he manifestado respecto a la procedencia del recurso de revisión cuando se ha condenado como imputable a quien, al momento de los hechos y de la condena, debía ser objeto de las medidas de seguridad por sufrir enfermedad mental que le privaba de conocimiento y voluntad en la ejecución de la conducta criminosa.

Ahora con mayor razón, encuentro que, cuando se ha juzgado a persona que no era susceptible de sometimiento a los jueces comunes ordinarios sino a los especiales (en el caso: menores), para los cuales han regido normas distintas (Arts. 627 y ss. del Código de Procedimiento Penal, derogado; artículos 574 y ss. del Código de Procedimiento Penal vigente), tan fundamentalmente distintas que basta citar que las sanciones imponibles son totalmente diferentes, totalmente ajenas a las que dispone el Código Penal, como puede advertirse al confrontar éste con el Código de Procedimiento Penal (Arts. 651 y 599, en el orden anteriormente citado).

Entonces, sino se podía conocer de esa conducta en la forma como se ha conocido y no se le podía imponer una pena como la que se ha impuesto, aniquilándose fundamentales preceptos constitucionales, podrá negarse, por un excesivo apego a un concepto todavía incierto en su verdadera finalidad en el recurso extraordinario, (inocencia), que no procede la revisión? Importará más la puridad de unas equívocas normas de procedimiento penal (arts. 584-5 o 231-3, con la correspondencia señalada) que la Constitución misma, la cual no repudia el procedimiento anológico cuando se dirige a evitar violaciones sustanciales de sus preceptos de protección y garantía individual? Siempre he entendido que el procedimiento lejos de obstruir y hacer nugatorio el derecho (Art. II del Código de Procedimiento Penal vigente), existe para afirmarlo, para mantener su imperio, interpretación que debe orientar aquellos casos que, animados por igual o superior razón a la considerada en una específica previsión del legislador, no encuentran una regulación concreta, específica, total o evidentemente clara. Esa es la misión del juez: corregir el agravio que se cumple con violación de derechos reconocidos por la Carta y no perpetuarlo. De poco sirve a los fines de la justicia, la aparente preservación de un rito que, flexibilizándolo no pierde naturaleza, ni entidad, ni efecto, sino que se vigoriza y se hace realmente eficaz, y en cambio, cuando se endurece, logra consolidar definitivamente e irreversiblemente un daño a la libertad, honra y bienes de los ciudadanos. No puedo quedar tranquilo con la indiferencia que se muestra, así se mantenga incontaminada la jurisprudencia que al respecto rige, en los fallos que niegan la revisión de quien ha sido condenado a pena privativa de la libertad cuando requería una medida de seguridad que le implicaba no una sanción sino un tratamiento. O viceversa. Porque es tan grave dejar al enajenado perpetuamente en este estado, desprovisto de asistencia médica recuperativa, como al normal

convertirlo en demente, por llevarlo a un medio en donde la locura de los demás termina por estrangular su siquis. Y esto también ocurre con el joven a quien el legislador, queriendo restablecerle por medios válidos a la sociedad, se le desconoce este estado y se le lleva a cárceles comunes, a sufrir una condena que, por sus efectos perniciosos hacia el futuro, podrá entenderse como de consecuencias perpetuas.

Así como están las cosas, no es de extrañar que, en lo futuro, un niño de diez años resulte, por algún juez, condenado a quince o veinte años de prisión, o que persona que debe ser juzgada mediante acusación parlamentaria y sometido a la Corte o a un Tribunal, aparezca condenado por un juez municipal, sin que se pueda hacer nada para enderezar estas monstruosidades jurídicas. Entender que el procedimiento de revisión también cubre los dos casos analizados, por ser situaciones equivalentes, con intensas o indescartables afinidades, es el remedio que la justicia y el sentido común reclaman.

Estas son las razones de mi disentimiento.

Gustavo Gómez Velásquez, Magistrado.

EXCARCELACION

No en todos los casos puede considerarse como imperativo de la excarcelación el fatal cumplimiento de los términos previstos en en artículo 439 numeral 4º del Decreto 050 de 1987, ya que no se trata de una causal simplemente objetiva

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veinte de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 070.

Vistos:

Se decide la colisión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado Quince de Instrucción Criminal Especializado de Medellín y el Departamento de Policía Metropolitana de la misma ciudad como juez de primera instancia para conocer de este proceso.

Así mismo y por economía procesal se decidirá lo pertinente respecto de la petición de libertad provisional presentada por la apoderada de los procesados *Gerardo María Torres Mejía* y *William Rodríguez González,* con fundamento en lo preceptuado por el artículo 439, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 050 de 1987).

Consideraciones de la Corte:

1º Con oficio Nº 0385 de fecha 24 de marzo de 1987, el Departamento de Policía Metropolitana de Medellín, puso a disposición del Juzgado Penal del Circuito (reparto), las diligencias preliminares adelantadas por dicha institución y al particular Julio César Velasco, quien fuera capturado por un oficial del CAES en momentos en que recibía un dinero producto de exigencias por parte de miembros de la Policía Nacional al señor Misael Ocampo Salazar, a quien habían retenido con el propósito de obtener una cuantiosa suma. Al mismo tiempo y para los efectos de la correspondiente investigación disciplinaria, el subteniente Marco Alonso Niño Medina y los suboficiales William Fernando Rodríguez González y Gerardo María Torres Mejía, fueron puestos a disposición del Comando del Departamento de Policía para el adelantamiento de la audiencia disciplinaria ante el Auditor Auxiliar de Guerra Nº 68 de la misma ciudad.

2º El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, mediante auto de 25 de marzo del corriente año, por competencia, dispuso el envío de la averiguación preliminar al reparto de los Juzgados de Instrucción

Criminal Especializados, correspondiendo al Juzgado Quince, que por auto del día siguiente declaró abierta la correspondiente investigación penal.

3º Practicadas numerosas diligencias e incorporadas al proceso copias del informativo disciplinario adelantado contra los miembros de la Policía Nacional, el 6 de abril de 1987 el citado funcionario dictó auto de detención contra Julio César Velasco Henao, Marco Alonso Niño Medina, William Fernando Rodríguez González y Gerardo María Torres Mejía y dispuso solicitar la suspensión del oficial y suboficiales.

4º El apoderado del teniente Niño Medina solicitó al Instructor se declarara incompetente para conocer del proceso contra los miembros de la Policía Nacional en atención a que para su juzgamiento, tenían fuero especial, pero, en providencia de fecha 2 de mayo del corriente año, negó tal posibilidad.

5º Cerrada la correspondiente investigación, el Fiscal Segundo del Circuito, en concepto de 17 de junio siguiente, solicitó al juez instructor declararse incompetente para conocer del proceso tanto de los miembros de la Policía Nacional como de los particulares vinculados a la investigación y remitir a los funcionarios competentes (Departamento de Policía Antioquia y Jueces Penales del Circuito de Medellín), las diligencias practicadas hasta ese momento procesal.

6º Mediante auto de fecha primero de julio del presente año, el Juzgado Quince de Instrucción Especializado, acogió los planteamientos de su colaborador fiscal, es decir, que los hechos investigados indican que los miembros de la Policía Nacional ya citados, se hallaban incursos en los delitos de Concusión y Detención Arbitraria (privación ilegal de la libertad), por cuanto "...Resulta evidente, y así lo reconoce el Juzgado al narrar, repetimos, los hechos, que el señor Misael Ocampo Salazar fue aprehendido y retenido "por Agentes de la Policía Nacional quienes andaban en una patrulla", que algunos de tales agentes se encontraban uniformados, que no obstante haber trasladado al señor Ocampo a diferentes lugares de la ciudad e incluso fuera de ella y de su jurisdicción, también es cierto que en varias oportunidades lo condujeron a dependencias de la Policía Nacional, F-2, como a las instalaciones de "Carabineros", que así mismo, permaneció por unos instantes en un calabozo de la primera de las instituciones mencionadas e inclusive, fue reseñado".

Por ello, en el citado proveído declaró la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación, inclusive, dispuso compulsar copias con destino al Juez Penal del Circuito de Medellín, respecto de los particulares y finalmente provocó colisión negativa de competencia al Comando de Policía Metropolitana de la misma ciudad.

7º Por su parte, el Comando de Policía Metropolitana de Medellín, en auto de 10 de agosto siguiente, rechazó la competencia planteada por el Juez de Instrucción Criminal Especializado y dispuso la remisión del proceso a esta Corporación para dirimir el conflicto, argumentando que en el "...expediente no se halla probado que el ilícito de concusión y detención arbitraria... se hubiere cometido en relación con el servicio y con ocasión del mismo, toda vez que no se allegó al plenario prueba

alguna que los policiales tuvieran en este caso, una orden expresa emanada de autoridad competente, para capturar por ejemplo al señor Misael Ocampo Salazar, ni se trató de establecer la patrulla de la cual habla inicialmente el ofendido, en el preciso momento en el cual fue abordado por unos policiales el 20 de marzo a eso de las 18:30 horas, cuando le hicieron detener la marcha de su automotor, le solicitaron los documentos de éste y resolvieron en consecuencia abandonar la patrulla y subir al automóvil del particular. Quedando así sin saberse quiénes eran los otros tripulantes de la patrulla y su conductor, las consignas específicas que debía cumplir, si estaban autorizados para retener vehículos y si este sector era el lugar de facción en que le correspondía prestar sus servicios".

Agrega dicho Comando que "no fue pues por razón o con ocasión del servicio, toda vez que estos hechos estuvieron al margen de los servicios prestados para esas fechas y en el transcurso de esas horas por el oficial y los suboficiales de la Policía Nacional, lo que se desprende de las declaraciones aportadas al proceso, como tampoco se demostró lo dicho por el CS. Gerardo María Torres Mejía a folio 63 Fte., que el día 20 de marzo se dirigía por la Avenida Oriental en la patrulla 447, solicitando permiso a su superior inmediato TE. Pabón a eso de las 18:15 horas, el cual le fue concedido hasta las 21:00 horas, y vuelve y se repite, no se demostró lo contrario, luego entonces sí se encontraba con permiso, qué relación podían tener sus actividades particulares con el servicio; sin olvidar que el mismo ofendido expresó que cuando lo llevaron a Santo Domingo, pudo observar que este suboficial se desplazaba en una patrulla y con agentes, a todas luces este servicio nada tenía que ver con este hecho".

No se remite a dudas que el señor Misael Ocampo Salazar el día 20 de marzo del corriente año, luego de sus labores diarias, salió en su automovil particular con destino a su residencia y que, al llegar al cruce de Tejelo con Cundinamarca, en la ciudad de Medellín, fue retenido por miembros de la Policía Nacional quienes se desplazaban en una patrulla de la institución. Luego de solicitarle los documentos personales y del automotor, fue llevado en su propio vehículo por diferentes sitios de la ciudad y posteriormente se le exigió la suma de cincuenta millones de pesos para dejarlo en libertad y se le obligó a realizar una llamada telefónica con el fin de obtener el dinero citado. Al día siguiente, el retenido fue llevado a las instalaciones del F-2 e incluso permaneció por algunos minutos en el calabozo para luego ser reseñado y llevado fuera de la edificación con el fin de realizar nueva llamada telefónica a sus familiares para indagar sobre el dinero exigido por su rescate.

En esos hechos tuvieron participación o por lo menos así lo consideró el instructor al proferir medida de aseguramiento, el teniente Marco Alonso Niño Medina y los suboficiales William Fernando Rodríguez González y Gerardo María Torres Mejía, quienes utilizaron la patrulla Nº 447, perteneciente a la institución, y si bien es cierto como lo destaca el Comandante del Departamento de Policía Metropolitana, Gerardo María Torres Mejía, se hallaba de civil al momento de los hechos, no por ello puede predicarse que éste y sus compañeros de institución, no hubiesen planeado la retención ilegal del ciudadano Ocampo Salazar y la exigencia de dinero para dejarlo en libertad, pues no otra cosa pue-

de deducirse del hecho de haber utilizado el vehículo oficial para detener al denunciante y, posteriormente llevarlo a las dependencias oficiales, someterlo a "reseña" y mantenerlo por varios minutos en uno de los calabozos del F-2.

Si el comportamiento delictivo de los acusados fue realizado estando al servicio de la Policía Nacional, incluso utilizando bienes del Estado y dentro de las instalaciones oficiales, ha de concluirse que se valieron de su investidura para realizar el hecho, lo cual les permitía atemorizar al ciudadano con actuaciones como la "reseña", para lograr el éxito de la empresa delictiva.

Por ello, no puede aceptarse el planteamiento del señor Comandante del Departamento de Policía Metropolitana en el sentido de no ser competente la Justicia Penal Militar para el conocimiento de este proceso, so pretexto de no haberse demostrado en la investigación que el suboficial Torres Mejía no se hallaba en uso de permiso, pues, olvida el funcionario que otros, entre ellos el oficial de la Policía Niño Medina, fue quien ordenó la reseña del retenido y luego dicho documento oficial, aún irregularmente obtenido, desapareció de las dependencias respectivas, lo cual es indicativo de la comisión de otro hecho punible que debe ser investigado y que por ser conexo con los anteriores e imputable a miembros de la Policía Nacional, con ocasión del servicio y por razón de ellas, da la competencia para su juzgamiento al Departamento de Policía Metropolitana de Medellín.

Lo anterior, porque según se desprende de la declaración del agente de la Policía Nacional Héctor David Vanegas Alvarez, quien se hallaba encargado provisionalmente de las funciones de reseña a los capturados, él cumplió con la labor encomendada por el oficial ya que "...cuando un superior por lo regular le solicita un favor a uno, uno lo toma como una orden, en el sentido de que uno es agente y confía en las aptitudes profesionales del señor oficial".

Por ello, aunque varias de las conductas realizadas por los acusados no revela el cumplimiento de un deber, no puede afirmarse en el actual momento procesal que ellas se salen de las normas que los regulan y que por tal razón, han perdido su fuero militar para el juzgamiento y que deben someterse al conocimiento de la justicia ordinaria.

En conclusión, la competencia para conocer de este proceso radica en el Comando del Departamento de Policía Metropolitana de Medellín, a quien se le enviará el expediente. Copia de esta providencia se remitirá al Juez Quince de Instrucción Criminal Especializado de la misma ciudad, para su conocimiento.

Respecto de la petición de libertad provisional presentada por la apoderada de los procesados Torres Mejía y Rodríguez González, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 439, numeral 4º, esto es, hallarse vencido el término de ciento ochenta (180) días de privación efectiva de la libertad, se tiene:

Dice la norma citada que tendrán derecho al beneficio de libertad provisional los procesados:

"Cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de libertad, no se hubiese calificado el mérito del sumario. Este término se ampliará a ciento ochenta (180) días cuando sean tres (3) o más los procesados contra quienes estuviere vigente auto de detención. Proferida la resolución de acusación, se revocará la libertad provisional, salvo que proceda causal diferente".

Tres aspectos fundamentales consagra la norma:

a) *Que el procesado o procesados lleven en detención efectiva más de 120 o 180 días (privación de la libertad), según el caso y no se haya calificado el mérito del sumario (resolución acusatoria, cesación de procedimiento o reapertura de la investigación).*

b) *Que contra los mismos procesados se encuentre vigente* medida de aseguramiento.

c) *Que una vez se profiera resolución acusatoria, puede el juez revocar el beneficio otorgado, salvo que proceda causal diferente de excarcelación.*

Esta causal de excarcelación (4ª), prevista en el artículo 439 del Decreto 050 de 1987, ha sido interpretada distintamente por doctrinantes y funcionarios judiciales. Por ello, debe la Sala precisar su alcance, pues no en todos los casos puede considerarse como imperativo de la excarcelación el fatal cumplimiento de los términos allí previstos, ya que no se trata de una causal simplemente objetiva, esto es, que cumplido el término de 120 o 180 días, según el caso, sin la correspondiente calificación, proceda la libertad provisional del o de los detenidos.

¿Cuál la razón para que el legislador hubiese consagrado como causal de excarcelación el vencimiento de los ciento veinte (120) o ciento ochenta (180) días, según el caso? Simplemente para evitar su detención en forma indefinida y protegerlo de la inactividad judicial.

Por ello, el artículo 354 del estatuto procesal penal vigente, establece como término para la instrucción del sumario, cuando existe procesado detenido, el de treinta (30) días y hasta el doble cuando fuesen más de dos los delitos investigados o igual número de personas con medida de aseguramiento vigente, esto es, que contra ellas exista auto de detención, caución o conminación.

En otras palabras: solamente puede tenerse como plazo para mantener detenida una persona sin calificación del mérito del sumario, el de ciento ochenta (180) días, cuando la medida de aseguramiento cobije a tres (3) o más personas o siendo menos su número, ella lo es por tres o más infracciones.

Lo anterior porque el legislador no tuvo en cuenta la clase de medida de aseguramiento para la ampliación del término de ciento veinte (120) días, sino el número de procesados contra los cuales se le dictó, pues absurdo sería pretender una calificación parcial o incompleta para quien se halle detenido con auto de detención, sin consideración a otros sindicados con medida de aseguramiento distinta a quienes debe igualmente resolverse su situación jurídica en el mismo acto procesal.

Así mismo, el artículo 468 ibídem, *dispone que vencidos los términos previstos en el artículo 354 o antes si la investigación se encuentra perfeccionada, el Juez o Magistrado la daclarará cerrada mediante auto de sustitución, contra el cual sólo procede el recurso de reposición.*

Esta afirmación no siempre es absoluta, pues el término de 30 o 60 días a que se refiere la norma, ha de entenderse como el lapso de tiempo con que dispone el instructor para realizar las diligencias necesarias con el fin de establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso; identificar los autores o partícipes y las demás circunstancias a que se refiere al artículo 360 del Código de Procedimiento Penal. Este término bien puede sufrir modificaciones sustanciales: ya por petición de las partes (art. 169) o porque la investigación o parte de ella deba adelantarse por juez comisionado; ora por existir procesado detenido fuera de la sede del juez (notificación personal por comisionado) o por la obligada intervención de auxiliares de la justicia (Medicina Legal, entre otros), etcétera.

Ocurre, sin embargo, que una vez clausurada la investigación por auto de sustanciación, éste puede ser objeto del recurso de reposición (artículo 468) en cuyo caso, solamente cuando ha causado ejecutoria la providencia que lo decide (artículo 197), podrá empezar a correr el término de traslado a las partes para presentar sus alegatos, que puede igualmente ser objeto de prórroga por causas justificadas (art. 169), todo lo cual difiere aún más el pronunciamiento judicial (calificación del mérito del sumario), con la eventualidad del vencimiento de los términos previstos en el numeral 4º del artículo 439 como causal de libertad provisional.

De lo anterior debe concluirse que los términos de instrucción y aquellos previstos como previos para la calificación del sumario, resultan apenas lógicos en procura de garantizar los derechos del procesado y para obtener pronta y cumplida justicia.

Entonces ¿qué ocurre cuando se presenta el vencimiento de los términos antes reseñados sin la oportuna calificación del sumario?

Simplemente, que quien da oportunidad a ello debe ser sancionado. Si es el Juez, Ministerio Público o Auxiliares de la Justicia, mediante las correspondientes investigaciones penales o disciplinarias por omisión en sus deberes del cargo; si lo son los defensores o apoderados de los procesados o de la parte civil, con base en la investigación disciplinaria que se promueva por violación de los deberes profesionales (artículo 47-2 del Decreto 196 de 1971), previstos como faltas contra la lealtad debida a la administración de justicia (artículo 52-1 ibídem) *o al procesado con la negativa del beneficio de excarcelación.*

En este último caso, debe el juez descontar el tiempo que por su culpa, difiera la actuación procesal con el fin manifiesto de obtener el vencimiento de los términos a que nos venimos refiriendo con la intención de obtener su excarcelación provisional. De no ser ello así, se daría paso a la deliberada conducta, también censurable del detenido, quien sería de paso utilizable por profesionales inescrupulosos que verían por este medio la forma de eludir responsabilidades o posibles sanciones disciplinarias que comportarían dicho proceder.

Pero si la actuación del juez o de los funcionarios que han intervenido en el desarrollo del proceso, de los abogados y de los procesados, se ajustan a los preceptos legales y el vencimiento de los términos para la calificación del sumario opera, por causas ajenas a su voluntad, se impone la excarcelación prevista en el numeral 4º de artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, mediante caución prendaria y la suscripción de diligencia de compromiso al tenor del artículo 440 ibídem. *La caución será fijada no sólo teniendo en cuenta la situación económica del procesado beneficiado, sino la gravedad del hecho a él imputado. (Art. 419).*

Calificado el mérito del sumario con resolución acusatoria, el beneficio será revocado en la misma providencia, siempre y cuando no se presente nueva causal de excarcelación.

En el caso concreto, los incidentes provocados por el señor apoderado del teniente Marco Alonso Niño Medina, el Fiscal del Juzgado de Instrucción Criminal Especializado y la actuación cumplida por los juzgadores de primera instancia que se disputan el conocimiento de este proceso, no merece reparo alguno por parte de la Sala, razón por la cual se entra al estudio de la procedibilidad del beneficio invocado por la apoderada de los suboficiales Torres Mejía y Rodríguez González, por cuanto el nuevo estatuto procedimental establece que será competente para resolver el incidente de excarcelación quien tenga el proceso al presentarse la solicitud.

Con fecha 6 de abril del corriente año, el Juzgado Quince de Instrucción Especializado de Medellín, decretó la detención preventiva de los suboficiales Torres Mejía y Rodríguez González, entre otros, y dispuso solicitar la suspensión del ejercicio del cargo que desempeñaban en la Policía Nacional, para lo cual libró comunicación telegráfica al señor general José Guillermo Medina Sánchez, el 7 del mismo mes.

Con fecha 24 del mismo mes el instructor dispuso oficiar al señor Comandante del Departamento de Policía Metropolitana, con el fin de hacer efectivo el auto de detención dictado en contra de los procesados, pues para esa fecha ya había transcurrido el término legal para la obtención de la suspensión solicitada.

Finalmente, mediante Resolución Nº 2157 de fecha 28 del mismo mes y año, el Director General de la Policía Nacional dispuso la suspensión de los suboficiales citados y ordenó ponerlos a disposición del instructor para los efectos de la medida de aseguramiento decretada, razón por la cual, aún no cumplen el término previsto en el numeral 4º del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, para el otorgamiento del beneficio demandado por su apoderada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1º Radicar la competencia para conocer de este asunto en el Comando del Departamento de Policía Metropolitana de Medellín a quien se le remitirá la actuación.

2º Copia de esta providencia se remitirá al Juzgado Quince de Instrucción Criminal Especializado de la misma ciudad.

3º *Negar* a los procesados Gerardo María Torres Mejía y William Rodríguez González el beneficio de libertad provisional.

Para la notificación personal a los detenidos se comisiona al Comandante del Departamento de Policía Metropolitana de Medellín para lo cual se le remitirá inmediatamente el expediente.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NULIDAD. DERECHO DE DEFENSA

Es la absoluta falta de conocimiento de la imputación y la imposibilidad total de defensa la que genera nulidad; toda vez que si en el auto de proceder se especificaron los cargos, se notificó esta decisión a los procesados y a sus defensores, es incuestionable que se enteraron concretamente de los delitos atribuidos a su autoría

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veinte de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 66, septiembre 29 de 1987.

Vistos:

Procede la Corte Suprema de Justicia a decidir sobre el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de 12 de marzo de 1985, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual confirmó, modificando el *quántum* punitivo, la dictada por el Juzgado Segundo Superior de esta ciudad, el 10 de julio de 1984, que condenó a *Edgar Arturo Dávila Muñoz, Francisco Balmore Vallejo, Fernando Pineda Vásquez, Bernardo William Aristizábal García y Fernando Escobar Montoya,* a la pena principal de nueve años y un mes de prisión a los dos primeros y a nueve años a los demás, como coautores de cuatro delitos de hurto calificado y agravado, de falsedad y uso en documento público y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Hechos:

El día 29 de diciembre de 1982, en las primeras horas de la mañana, varios individuos que portaban armas de fuego, asaltaron la Sucursal del Banco Comercial Antioqueño, situada en el municipio de Rionegro, sustrayéndose la suma de $ 22.573.000, para lo cual utilizaron los vehículos Renault 12 verde, Mazda color café y Fiat amarillo.

Con anterioridad al día de los hechos, los delincuentes venían amenazando de muerte al señor Octavio de Jesús Galeano, Revisor Fiscal del Banco, para que les suministrara la información necesaria para la consumación del plan, llegando hasta exigirle la elaboración de un plano y la localización de Marco Tulio López, cajero de la entidad bancaria, a quien sacaron de su residencia, mientras dos de los facinerosos ejercían violencia y vigilaban a su esposa y demás familia, para llevarlo hasta el banco con el fin de que abriera la caja fuerte.

Actuación procesal:

1. Iniciadas las averiguaciones con la colaboración del Revisor Fiscal del Banco, se logró la captura de Fernando Pineda Vásquez, pues a pesar de la previsión de los asaltantes en quitarle los papeles donde tenía anotado el número telefónico que le habían suministrado para tener un contacto directo con él, el señor Galeano lo recordaba.

2. Obtenida la aprehensión de Pineda Vásquez, el 30 de diciembre, al cual se le encontró la suma de $ 2.016.000 y un cheque que lo relacionaba con Francisco Balmore Vallejo Alzate, se procedió a la captura de éste último, a quien le fue decomisada la suma de $ 1.880.000.

3. Al reconocer ante las autoridades policiales su participación en el asalto al Banco y que el dinero hallado en su poder era producto del mismo, Pineda Vásquez informó que prácticamente el jefe de la banda era el individuo Bernardo William Aristizábal García, quien tenía una finca en las inmediaciones de Santa Elena.

4. Siguiendo las indicaciones de este sindicado, se allanó dicha finca con resultados negativos respecto a la captura de Aristizábal García, pero encontrándose en una de las habitaciones varias tulas verdes que contenían $ 800.000, dinero que aún tenía las cintas de seguridad de la referida institución bancaria, como consta en las diligencias de inspección judicial que se hicieron sobre dicho dinero; igualmente, armamento utilizado para la comisión del asalto, así como otros elementos propios para cometer esta clase de delitos, como carretas de esparadrapo, medias veladas, uniformes militares y placas para vehículos falsas.

Así mismo se encontró en esa finca, un automóvil Mazda color café y un Renault 12, color verde, con placas cambiadas.

5. El 9 de enero del siguiente año, cuando agentes del Departamento de Seguridad del Municipio de Medellín, sospecharon de un vehículo Fiat, amarillo, al parecer que las placas eran falsas, capturaron a Bernardo William Aristizábal García, encontrándosele en su poder, una pistola en la pretina del pantalón con suficiente munición y una tarjeta de propiedad del automotor apócrifa, la cual figuraba a nombre de Luis Fernando Escobar, con un número de cédula distinto.

6. Luis Fernando Escobar Montoya, fue capturado el 31 de diciembre, cuando se presentó a la finca de Aristizábal García a cumplir con una invitación que le había hecho éste para celebrar el fin de año, no encontrando a su anfitrión sino a los agentes de la policía, pues el día anterior ya habían allanado el lugar.

7. Edgar Arturo Dávila Muñoz, quien junto con Escobar Montoya eran conocidos de Aristizábal García y vivieron en una finca de El Poblado de propiedad de este último, también fue capturado, pues, junto con Luis Fernando Escobar, por afirmación de Aristizábal García, fueron quienes sacaron parte del dinero en una caja de cartón de la finca mencionada.

8. Respecto a la procedencia de los automotores hallados en la finca de Aristizábal García, el Renault 12 y el Mazda, y decomisado el Fiat cuando este individuo lo conducía y fue capturado, se estableció que

diversos Juzgados de Instrucción Criminal adelantaban las respectivas investigaciones por separado, pero luego fueron unidas a la seguida por el asalto al Banco, siendo dable observar:

a) En relación con el Fiat color amarillo, perteneciente al señor Alberto Isaza Jaramillo, este vehículo fue sustraído violentamente el día 9 de diciembre de 1982, en la ciudad de Medellín y fue utilizado por Pineda y Vallejo a Galeano, cuando se le constreñía para que diera los informes sobre el movimiento del Banco; igualmente, resultó ser el mismo que se encontraba en la finca del mencionado Aristizábal el 24 de diciembre, como lo afirmó Luis Fernando Escobar. Este testigo no reconoció a los capturados como los autores de la sustracción de su automotor.

b) En cuanto al Renault 12 color verde, fue hurtado al señor Diego Sierra Velásquez el día 19 de diciembre de 1982, en esa ciudad, por dos individuos armados de revólveres. En este automóvil fue trasladado el cajero Marco Tulio López, cajero general del Banco, en la mañana del 29 de diciembre, desde su residencia hasta el lugar donde se apearon para continuar a pie con uno de los asaltantes. En este evento, tampoco se reconoció a los asaltantes como los autores de la sustracción del automotor.

c) Respecto al automóvil Mazda, el día 22 de diciembre de 1982, cuando se encontraban en la charcutería Zeus de Medellín, los señores Diego Luis Zuluaga, Alvaro Mejía y Jhon Jairo Mejía Uribe, administrador del establecimiento, y cuando departían a eso de las diez de la noche, penetraron tres individuos quienes se dedicaron a ingerir licor y en determinado momento exhibieron armas de diferente clase, procedieron a apropiarse de diferentes bienes del lugar, como dinero en efectivo, licores y electrodomésticos, para luego apropiarse del vehículo Mazda, modelo 1980, color café, de propiedad de Alvaro Mejía, el cual se encontraba aparcado frente al establecimiento.

En este automotor fue que se llevaron el dinero del Banco los asaltantes.

En diligencia de reconocimiento en fila de personas, Diego Luis Zuluaga identificó a Fernando Balmore Vallejo Alzate y a Edgar Arturo Dávila Muñoz, como partícipes en dichos hurtos.

d) Todos estos automóviles fueron recuperados con placas falsas.

9. Vinculados a la investigación los capturados, todos en una u otra forma, negaron haber participado en el asalto al Banco Comercial Antioqueño de Rionegro, y atribuyen a la tortura policial a que dicen algunos fueron sometidos, el reconocimiento de autoría y delación que inicialmente hicieron. A quienes se les encontró dinero en su poder, trataron de justificarlo con versiones que no se probaron en el proceso, al igual que sucedió con las pretendidas exculpaciones tendientes, en general, a demostrar su inocencia.

10. Si bien en las indagatorias a estos procesados se les interrogó sobre la incursión al Banco y el consiguiente apoderamiento de la alta suma de dinero citada, no sucedió lo mismo con los demás hechos por los cuales fueron condenados, conforme se verá posteriormente; por

tanto y debido a que este punto ha sido cuestionado por algunos de los demandantes en casación, impera determinar lo ocurrido:

a) A Fernando Pineda Vásquez, únicamente se lo interrogó sobre el asalto al Banco e inclusive la ampliación de indagatoria que se le recepcionó posteriormente no se aprovechó para que explicara los otros cargos. (Folios 53 y 425 vto.).

b) A Francisco Balmore Vallejo Alzate, sólo se le preguntó en forma concreta, sobre el asalto al Banco (folio 58), y posteriormente en ampliación de injurada se lo interrogó sobre los hechos sucedidos en la charcutería Zeus y la sustracción del vehículo Mazda (folio 384).

c) A Bernardo William Aristizábal, tanto en su indagatoria, como en la ampliación se lo interrogó y en extenso escrito se hizo concresión a todos los cargos; así se le pidió explicación sobre el asalto al Banco (folio 189 vto.), sobre la tenencia de las armas (folios 197, 203, 203 vto. y 213), de los tres carros (el Fiat, Renault 12 y Mazda) (folios 200, 201 vto. 202, 37 vto. y 376), y sobre la tarjeta de propiedad del vehículo Fiat, la cual resultó falsa. (Folios 194 y 375 vto.).

d) A Luis Fernando Escobar Montoya, se le preguntó sobre la incursión al Banco (folios 208 y ss.), las armas (folos 211 y 213), sobre la sustracción del Fiat (f. 211 vto. 375 y 376), y la tarjeta de propiedad falsa (folio 375 vto.).

e) A Edgar Arturo Dávila Muñoz, se le interrogó además del asalto al Banco (folios 215 y ss.), sobre la sustracción del Fiat (folio 219), y el asalto a la charcutería Zeus, concretamente sobre el apoderamiento del Mazda y los demás objetos que fueron hurtados en ese sitio (folio 377 vto.).

f) Es de anotar que a Pineda Vásquez únicamente se le hizo referencia, pero no como cargo, respecto a los automotores al interrogársele sobre si los había visto y en relación con las armas, sólo se le preguntó si las sabía manejar.

g) Igual situación sucedió con Vallejo Alzate, respecto al Fiat y a las armas, sobre lo cual se le interrogó genéricamente en el sentido de que si acostumbraba a tener armas; así mismo, acaeció con Dávila Muñoz en relación con los carros Fiat y Renault 12, a quien se le preguntó únicamente sobre si los había visto.

11. Calificado el mérito del sumario por el Juzgado Segundo Superior de Medellín, quien entre otros delitos, hizo cargos por el de concierto para delinquir, el Tribunal Superior al decidir sobre la apelación interpuesta por algunos de los defensores contra el enjuiciamiento, modificó la calificación y dictó auto de proceder contra los mencionados procesados como coautores de los delitos de porte y uso de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, falsedad en documentos, hurto contra los intereses del Banco Comercial Antioqueño, al igual que por el hurto de los automóviles Mazda, Renault 12 y Fiat, así como de los electrodomésticos de la charcutería Zeus.

12. En la causa, el Juzgado Superior comisionó al juez de Rionegro, para que practicara las pruebas decretadas, las cuales se llevaron a efecto en ese municipio y en Medellín.

13. Proferida la precitada sentencia fue confirmada por el Tribunal con la modificación de responsabilidad y pena, respecto a Pineda y Dávila, como autores del apoderamiento de los objetos sustraídos de la charcutería Zeus, pues este hecho no correspondía al plan fijado por los delincuentes y traspasaba los límites de la "solidaridad criminal", motivo en el cual se fundamentó el enjuiciamiento y la condena para concluir la coautoría.

Demandas:

1. Cuatro de los cinco impugnantes, sustentaron el recurso de casación, coincidiendo respecto a algunos de los cargos sobre nulidad, pero por diferir en otros, se procederá a sintetizar por separado, cada una de las demandas.

2. El apoderado de Fernando Pineda Vásquez, invoca la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por haberse proferido fallo en un juicio violador del debido proceso garantizado por el artículo 26 de la Constitución Nacional, desconociendo el derecho de defensa. Tres son los cargos en que sustenta esta censura:

a) Haberse tramitado el proceso con desconocimiento del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, al adelantarse una investigación por varios delitos entre los que no existía conexidad. Para el casacionista los atentados al Banco, a la charcutería Zeus (incluída la apropiación del Mazda), a Diego Sierra V., sobre el Renault 12 y a Alberto Isaza Jaramillo sobre el Fiat, ocurrieron en diversas circunstancias temporoespaciales, debiendo investigarse cada hecho por separado.

b) Ausencia de interrogatorio en la indagatoria sobre la totalidad de los hechos punibles por los cuales se condenó, tales como el atentado a la charcutería, el porte ilegal de armas y la falsedad documental.

Para el censor, la indagatoria es la oportunidad que tiene el procesado para indicar todas las circunstancias que puedan favorecerlo, a través de ella se notifica al sindicado el hecho delictual, y con ella se origina la relación de identidad que debe haber entre el objeto de la indagación y el de la sentencia.

c) Haberse desconocido el artículo 9 de la Ley 22 de 1977, de conformidad con el cual el juez Superior no podía comisionar en la causa para la práctica de pruebas que debían cumplirse en su sede.

3. El apoderado de Francisco Balmore Vallejo, como lo expresa el señor Procurador Delegado, con mínimo arreglo a la técnica de casación invoca la causal cuarta por nulidad legal, la cual fundamenta en la errónea denominación jurídica de la infracción "por falta de evaluación acertada", así:

Se exageró el valor probatorio del testimonio de Octavio Galeano, Revisor Fiscal del Banco Comercial Antioqueño, a quien no se debió otorgar la credibilidad que le señaló el sentenciador.

Distorsión del valor probatorio otorgado al hallazgo de dinero en poder de su defendido, como que demostró ser solvente y fue capturado seis días después del asalto.

Insuficiencia probatoria del dictamen pericial que concluyó con afirmar la uniprocedencia entre la suma hallada a Vallejo y parte de la sustraída de la entidad bancaria.

Indebida inculpación de su defendido como partícipe en el ataque a la charcutería Zeus y apropiación del Mazda, habida consideración de que demostró que al momento de los hechos se encontraba en el municipio de Marinilla y que las descripciones sobre la identidad física de los asaltantes no coincide con los rasgos característicos de este procesado.

Deducción de un delito de falsedad sobre cuya existencia aparecen numerosas imprecisiones que no solucionó la investigación, tales como la época de la confección del documento apócrifo y la época en que fueron cambiados los sellos oficiales en la oficina de tránsito de la que aparentemente procedía la matrícula.

Concluye afirmando que la nulidad se robustece con el trato que dio el fallador a la solidaridad criminal, craso error de derecho que lo condujo "a la adopción del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal"; por tal razón, impetra la nulidad a partir del cierre de investigación.

El impugnante no demuestra sobre qué tipos delictuales hubo un equivocado proceso de adecuación.

4. El apoderado de Bernardo William Aristizábal, presenta tres cargos de nulidad y uno por violación indirecta de la ley sustancial por la presencia de varios errores de hecho en cuanto a igual medio de prueba.

Los cargos primero y tercero de nulidad, por falta de interrogatorio sobre la totalidad de los delitos imputados y por haberse comisionado ilegalmente para la práctica de pruebas en la causa.

El segundo cargo de nulidad, lo fundamenta en la inapropiada formulación de los cargos a su defendido, al no especificar el Tribunal las pruebas con las cuales se demostraba el cuerpo del delito de la falsedad, el uso ilegal de las armas incautadas, los hurtos de los vehículos y la violencia ejecutada al cometerse estos delitos contra el patrimonio económico ajeno.

Se explaya el demandante en demostrar la violación a la garantía constitucional del debido proceso por cuanto dio por probada la falsedad de la tarjeta de propiedad del Fiat, no se estableció que las armas eran de uso privativo de las Fuerzas Armadas, no se acreditó a través de certificación de tránsito la propiedad de los automotores, no se probó la violencia desplegada para el apoderamiento de los mismos.

Así mismo, colige, que en el pliego de cargos no se encontraron las pruebas que sirvieron de base para la imputación de esos delitos a Aristizábal García.

La violación indirecta de la ley sustancial, la fundamenta en la causal primera de casación por aplicación indebida de los artículos 23, 350, 1, 2, 3, 4, 351-10, 372-1 y 22 del Código Penal, lo cual permitió la falta

de aplicación de los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal.

Como errores de hecho, señala los siguientes:

Afirmarse, sin prueba que lo demuestre, que la apropiación de los carros y la falsedad, son delitos medios queridos por el grupo. Para demostrar la impugnación, el censor sostiene que entre los apoderamientos de los carros y entre éstos y el asalto al Banco, transcurrió considerable tiempo, no existiendo elementos de juicio que evidencien que el plan estaba en ejecución. Que ninguno de esos hurtos es unívoco y todos en cambio equívocos, comoquiera que bien pudo ocurrir que la destinación que se les diera a los automotores tiempo después hubiere aparecido, cuando ya los tenían en su poder. Que sólo las pruebas podrían indicar la intención cierta de los apoderamientos y ninguna de las existentes sirve de sustento a una u otra conclusión. Que ese error condujo a dejar de aplicar las precitadas normas del Código de Procedimiento Penal.

Sobre la falsedad de la matrícula del automóvil Fiat, también señalado como delito medio, afirma que no es la única conclusión cierta, ni es la única posible. Que tal demostración sólo puede surgir del contenido de las pruebas, las cuales brillan por su ausencia. Y que con ello se dejó de aplicar el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, los artículos 23 y 222 del Código Penal, como que apreciaron una situación fáctica extraña a sus mandatos.

Finalmente, expone que se desconoció una duda razonable en relación con los delitos de hurto y falsedad, que es la situación descrita en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, y que no se resolvió en favor del reo pese a admitir explicaciones distintas a las señaladas por el Tribunal Superior; que esa falta de aplicación del indubio pro-reo, condujo a la violación de las normas sustanciales aludidas, por lo que solicita se case el fallo reduciendo la pena.

5. El apoderado de Fernando Escobar Montoya, formula tres cargos de nulidad, iguales a los propuestos en la demanda presentada en representación de Pineda Vásquez y un cargo al amparo de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial.

Respecto a esta última, sostiene el impugnante que el fallador violó, por aplicación indebida, los artículos 348, 350, 351, 222 y 202 del Código Penal, por equivocada apreciación de la prueba allegada al proceso, dejando de aplicar los artículos 215 y 126 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene que hubo ostensible error de hecho, al evaluar la diligencia en la que Alberto Isaza Jaramillo reconoció a Escobar Montoya como uno de los autores del apoderamiento del vehículo Fiat, pues lo cierto es que el testigo únicamente afirmó que se le parecía; de ahí que no sea posible colegir, solidaridad criminal de este procesado respecto a todos los delitos que se le imputan.

Finalmente afirma, que el Tribunal desconoció los descargos del procesado y no valoró como era su obligación, las declaraciones de Faber Arango (folio 274 fte.), Jesús Mario Vergara (folio 271), y Laureano

Gómez Méndez (folio 187), que demostraban la inocencia de Escobar Montoya, por lo que incurrió en error de hecho, también manifiesto.

Concepto de la Procuraduría:

1. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita de la Sala, no se case la sentencia impugnada por cuanto ninguno de los cargos propuestos por los casacionistas, está llamado a prosperar.

2. Por existir igualdad respecto a algunos de los cargos en que se fundamenta la declaración de nulidad, el Colaborador Fiscal se releva de considerarlos por separado y analiza independientemente los no coincidentes.

3. En relación con el incumplimiento del debido proceso por desconocimiento de la unidad procesal al investigarse y fallar delitos no conexos, cargo hecho con fundamento en la causal cuarta de casación por los apoderados de Pineda Vásquez y Escobar Montoya, concluye su inocuidad fundamentándola en la imposibilidad que existe en la práctica de cumplirla en casos complejos como este, debiendo tenerse en cuenta que inicialmente la investigación, inclusive hasta el auto calificatorio de primera instancia, se venía tramitando por el delito de concierto para delinquir, lo cual justifica que se hubiera dado tal situación.

4. Sobre la omisión en las indagatorias, al no haberse preguntado por todos los delitos por los que se enjuició y se falló, propuestas en las demandas de Pineda Vásquez, Aristizábal García y Escobar Montoya, expresa cómo lo fundamental es que los procesados se enteren de los cargos que se les hacen y que este conocimiento se hizo en el auto de proceder, momento desde el cual tenían derecho y posibilidad de defensa al sobrevenir la etapa probatoria de la causa, que en este caso se cumplió respetando las garantías constitucionales y legales.

5. Respecto a la comisión conferida por el Juzgado de conocimiento, para que las pruebas decretadas en la causa fueran practicadas por un juez del municipio de Rionegro, cargo que hacen estos mismos demandantes, expone que al no existir claridad en el artículo 9º de la Ley 22 de 1977, al no concretar cuál es el procedimiento a seguir cuando las pruebas deben practicarse unas en la sede del juzgado y otras fuera; es obligación del juez interpretar la norma y que el alcance que le dio el juzgador de primera instancia es el más justo para garantizar el derecho de defensa.

6. Sobre la nulidad impetrada por el demandante de Balmore Vallejo, por error en la denominación jurídica de la infracción, replica cómo el casacionista busca suplir la causal primera con la cuarta, desconociendo que los errores iudincando no se sancionan con la invalidación del proceso, sino que esas equivocaciones pueden rectificarse por la Corte, convirtiéndose así en juzgador de instancia. Además, resalta que las pruebas cuestionadas por el recurrente "en nada tiene que ver con los elementos objetivos o externos señalados en la respectiva disposición penal", que son los que constituyen el cuerpo del delito.

7. Al cargo segundo de nulidad expuesto por el casacionista de Bernardo William Aristizábal García, por la impropia formulación de cargos respecto al análisis de pruebas que demuestran el cuerpo del delito, la calificación genérica y las circunstancias del porte ilegal de armas y la falsedad, analiza el auto de proceder de primera instancia para concluir, que sí se valoraron las pruebas para ese fin, existiendo precisión de los cargos; qué distinto es, que el censor estime acertado o equivocado el planteamiento de los juzgadores. A igual conclusión llega respecto al despojo de los automotores y de la violencia ejercida para el apoderamiento.

8. En cuanto a la violación indirecta de la ley sustancial, causal primera de casación, por error de hecho en relación con algunos indicios, propuesta por el demandante de Aristizábal García, expresa que no está llamado a prosperar el cargo, debido a que no se atacó la totalidad de la prueba indiciaria en que se fundamentó la condena.

9. Frente a la causal primera referida a la violación de la ley sustantiva por error de hecho, al aplicarse indebidamente los artículos 349, 350, 351, 222 y 202 del Código Penal, por equivocada apreciación de la prueba allegada al proceso, dejando de aplicar los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal, expone, que en relación con la diligencia de reconocimiento respecto a la cual se afirmó en el fallo que Alberto Isaza Jaramillo reconoció a Escobar Montoya, como uno de los autores del apoderamiento del vehículo Fiat, cuando el testigo dijo que apenas le parecía y la no valoración de algunos testimonios que favorecían a este procesado, que la condena se basó en todo el complejo probatorio y no únicamente en dichas pruebas. Finalmente, asevera, que el demandante no concreta cuál era la importancia de dichos testimonios, cuáles los hechos ignorados, cuál su conexión con las demás pruebas, cuál su capacidad intrínseca de desvertebrar los demás medios de prueba que apoyaron y sustentaron la sentencia de condena y no pudiendo la Corte suplir esta omisión, el cargo no puede prosperar.

Consideraciones de la Corte:

1. *Presupuesto metódico.* De conformidad con jurisprudencia constante de la Corporación, se estudiará prioritariamente el aspecto concerniente a las nulidades y luego se procederá al análisis de las demás causales invocadas.

2. *Planteamiento del problema.* Del estudio del proceso surge un hecho ostensible: Los delitos por los cuales se llamó a juicio y se profirió sentencia condenatoria contra Edgar Arturo Dávila Muñoz, Francisco Balmore Vallejo, Fernando Pineda Vásquez, Bernardo William Aristizábal García y Fernando Escobar Montoya, todos en calidad de coautores y con fundamento en la tesis de la solidaridad criminal, son: Falsedad en documentos, porte y uso de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, hurto en el que se afectaron los intereses económicos del Banco Comercial Antioqueño, ubicado en el municipio de Rionegro, hurto de un automóvil Mazda y electrodomésticos según hechos sucedidos en la charcutería Zeus, hurto de los automóviles Fiat y Renault 12, delitos estos últimos cometidos en la ciudad de Medellín.

Igualmente, es incuestionable, que a algunos de los procesados no se les interrogó, ni en la indagatoria, en ninguna ampliación de ellas, ni en confrontación, ni en el interrogatorio previsto en el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal, y que se realizó en la audiencia pública, sobre la totalidad de hechos delictivos imputados, pero que en el auto de proceder que les fue notificado, se concretó las conductas delictivas por las que se les enjuició.

En forma reiterada, constante e infatigable, los defensores han sostenido que la omisión de interrogar sobre los hechos objeto de imputación, viola el derecho de defensa, lo cual reiteraron algunos de ellos, ante el fallador de segunda instancia y ahora en casación, sin perjuicio de invocar, como ya se anotó, otras causales diversas a las de nulidad.

Por tanto, impera determinar si esta falta de interrogatorio, desconoce el debido proceso vulnerando el derecho de defensa, quebrantando la fundamental garantía consagrada en la Constitución Nacional, estudio que procede aún oficiosamente para quienes no han hecho este cargo, o no sustentaron el recurso, de acuerdo a reiterado criterio de esta Corporación, respecto a las irregularidades que evidentemente desconozcan tal derecho.

3. *El caso a estudio.* Aplicando estas directrices al caso a estudio, surge claramente que al procesado Fernando Pineda Vásquez, sólo se le preguntó por el asalto al Banco; a Francisco Balmore Vallejo Alzate, por el asalto al Banco y posteriormente en ampliación de indagatoria, por los hechos sucedidos en la charcutería Zeus y la sustracción del vehículo Mazda; a Luis Fernando Escobar Montoya, no se le interrogó por los elementos sustraídos en la charcutería ni por el Mazda, ni el Renault 12; a Edgar Arturo Dávila Muñoz, se omitió solicitarle explicación por el apoderamiento del vehículo Renault 12, sobre el uso ilegal de armas y la falsedad de la tarjeta de propiedad del Fiat; únicamente se le preguntó por todos los hechos delictivos a Bernardo William Aristizábal, lo cual se cumplió en su indagatoria y luego en la ampliación de la misma, diligencias en las cuales, en todas las formas se presentó como inocente.

4. La indagatoria y la coautoría. *El principal argumento expuesto en este proceso para desechar el cargo de no haber interrogado en forma completa por todos los cargos a los procesados, en el cual también encuentra apoyo el señor Procurador Delegado, se concreta en considerar que la "solidaridad criminal" suple indagatoria. Impera, por tanto, hacer claridad al respecto.*

La responsabilidad de los procesados en calidad de coautores de los delitos por los cuales fueron condenados, encuentra como básico fundamento "la solidaridad criminal" de acuerdo con la cual todos los intervinientes en el asalto al Banco, deben responder por los delitos cometidos como "medios" para lograr el fin propuesto, pues, precisamente, la división de trabajo que caracteriza esta clase de actividades punibles, hace que todos los sujetos activos admitan la ejecución de aquellos hechos que no llevan a efecto directamente pero que son necesarios para cumplir con la finalidad propuesta.

En este proceso, efectivamente, se omitió interrogar a algunos de los sindicados por la totalidad de las conductas delictivas imputadas; tal proceder del juez instructor, claro está, que no puede ser digno de elogio; pero lo importante no es tratar de justificar la irregularidad recurriendo a tesis como la expuesta en el decurso del proceso por los juzgadores y prohijada por el Procurador Delegado, en el sentido de entender que la "solidaridad criminal", prácticamente suple la indagatoria, sino que se debe profundizar para establecer si en el transcurso del proceso los sindicados tuvieron pleno conocimiento de los hechos atribuidos en la sentencia y por ende, oportunidad de defenderse de los mismos, así no se les hubiere interrogado en tal sentido en la indagatoria, pues es indudable que la nulidad reclamada no hace referencia al incumplimiento de un esquema eminentemente formal, sino que por contraerse al debido respeto del derecho de defensa, encuentra un contenido material.

Ha sostenido la Corporación en forma reiterada, que si bien pueden concurrir algunas nulidades en la etapa del sumario, es en la causa donde encuentran su real trascendencia, pues es en esta donde la actividad defensiva encuentra un concreto campo de acción al tener como fundamento y punto de partida el pliego de cargos que le hace el Estado al sindicado, para lo cual cuenta con la oportunidad probatoria del juicio e inclusive, de la audiencia pública.

Es, en consecuencia, la absoluta falta de conocimiento de la imputación y la imposibilidad total de defensa la que genera la nulidad reclamada; toda vez que si, como sucede en este caso, en el auto de proceder se especificaron los cargos, se notificó debidamente esta decisión a los procesados y a sus defensores, es incuestionable que se enteraron concretamente de los delitos atribuidos a su autoría. Prueba de ello lo constituye la dinámica defensa ejercida en relación con el enjuiciamiento, obteniéndose hasta el pronunciamiento de la segunda instancia, interviniendo en la etapa probatoria de la causa, en la audiencia pública, en el debate se amplió a todos los delitos promoviendo las tesis que la defensa consideró apropiadas, alegando ante el Tribunal para obtener la absolución de los procesados y luego recurriendo en casación.

En todos los momentos procesales del juicio la actividad defensora abarcó la totalidad de los cargos; por tanto, obliga concluir que el derecho de defensa no se vulneró por la omisión en los interrogatorios respecto a algunos de los delitos por los cuales se profirió sentencia condenatoria y que por el contrario, este derecho se ejercitó ampliamente respecto a todos los hechos punibles imputados en el auto de enjuiciamiento, lo que constituye prueba irrefutable de su conocimiento por parte de los procesados y sus defensores; aspecto diverso es, desde luego, la no obtención de resultados favorables a lo perseguido; pero como es obvio, esta situación no es constitutiva de nulidad.

En consecuencia, el cargo no prosperará.

7. *La unidad procesal.* El desconocimiento del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, propuesto por los demandantes de Pineda Vásquez y Escobar Montoya como constitutivo de nulidad, la cual afectaría el proceso desde el cierre de investigación para todos los delitos objeto del enjuiciamiento, únicamente puede constituir nulidad cons-

titucional cuando la separación de las investigaciones haya afectado el derecho de defensa.

En este caso, a pesar de que la conexidad sustancial no puede colegirse respecto a la pluralidad de delitos por los cuales se adelantó la investigación, lo cierto es que la tramitación conjunta en lugar de afectar ese derecho, lo garantizó facilitando su ejercicio por la unidad de prueba que presentó el proceso, evitando así decisiones contradictorias y la suma aritmética de penas.

El juzgamiento de los delitos respecto de los cuales se cumplió el debido proceso, no tiene por qué perder relievancia jurídica cuando se ha tramitado cumpliendo con las garantías establecidas para tal fin. Por tanto, no puede prosperar este cargo.

8. *Facultad para comisionar en la causa.* De conformidad con el artículo 9º de la Ley 22 de 1977, las pruebas en la etapa de la causa, deben practicarse por el juez del conocimiento y sólo podrá comisionar cuando deben realizarse fuera de su sede. Pero como lo expresa el Procurador Delegado, la norma no establece el procedimiento a seguir cuando concurran las dos situaciones, lo cual no imposibilita para que en un caso concreto como éste, el juez resuelva razonablemente de acuerdo con las alternativas que presente el proceso, teniendo en cuenta el máximo respeto al derecho de defensa.

Debiendo practicarse unas pruebas en la ciudad de Medellín y otras en Rionegro, es lógico que si se tiene en cuenta el apremiante término de quince días de que se dispone para ello y la posibilidad de coartar la defensa técnica al coincidir la práctica de algunas diligencias, además de la facilidad que presenta el hecho de que un solo funcionario pueda dirigir ese período probatorio, ninguna censura puede hacerse a la referida comisión, pues es indudable que en lugar de quebrantar la garantía defensiva, se respetó al máximo con plena intervención de los sujetos procesales. Tampoco puede prosperar este cargo hecho por los apoderados de Pineda Vásquez, Aristizábal García y Escobar Montoya.

9. *Error en la denominación de los delitos.* Como lo ha reiterado la Corporación, la causal cuarta de casación es independiente y abierta a los diferentes medios de prueba, pero exigente, como las demás, en su técnica y demostración; de ahí que no puede prosperar el cargo que con amparo en esta causal, hace el demandante de Francisco Balmore Vallejo, al criticar la valoración de la prueba para suplir la causal primera, cuerpo segundo, que es la que a la postre termina demostrando para colegir el error de hecho que reclama.

Pero además de la carencia de técnica para sustentar la causal invocada, lo cierto es que por el testimonio de Octavio Galeano, el indicio de participación relativo a la tenencia de bienes producto de los ilícitos, la prueba pericial practicada al dinero, las explicaciones de Balmore Vallejo sobre su presencia en otro lugar el día en que se produjo el hurto a la charcutería, y las impresiones sobre las fechas de confección del documento público falso o de la desaparición de sellos que hubieran podido ser utilizados para su confrontación, en nada tienen que ver con los elementos objetivos señalados en "la respectiva disposición penal", que como lo expresa el Colaborador Fiscal, son los que

determinan si existió o no error en la selección de la norma que describe la conducta que es a la que se refiere el motivo de nulidad previsto en el artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal. Los primeros atañen a la responsabilidad del acusado y los dos últimos son ajenos a la adecuación del delito de falsedad. El cargo no prospera.

Igual reproche se debe hacer a la solicitud de nulidad impetrada por el apoderado de Aristizábal García, quien replica violación al debido proceso por cuanto fue inapropiada la valoración de las pruebas que hizo el fallador para fundamentar la imputación contra su poderdante por los delitos de porte y conservación de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, falsedad documental y el hurto sobre los automotores. El ataque encontraría base por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, de casación y no por la cuarta, como ya se anotó, y no pudiendo la Sala suplir la función del demandante, tampoco prospera este cargo.

10. *El indubio pro-reo y la violación indirecta de la ley.* Por considerar que el sentenciador desconoció la existencia de una duda que es ostensible y manifiesta en el proceso respecto a la responsabilidad de Aristizábal García como coautor de los delitos de hurto y falsedad documental, lo cual llevó a que no se aplicara el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, y por ende, las normas sustanciales ya aludidas, con sustento en la causal primera se censura la sentencia de segunda instancia al haberse incurrido en error de hecho.

Los indicios cuestionados por el casacionista, como acertadamente lo expone el Procurador Delegado, sólo constituyen una parte de la totalidad de la prueba que se tuvo en cuenta para el fallo condenatorio; lo cual implica, que la censura para que pueda prosperar, no debe limitarse, como sucede en este caso, a una parte de la prueba, sino que el proceso de demostración de los diversos errores de hecho o de derecho debe cubrir cada uno de los hechos indicadores o el valor probatorio otorgado por el fallador a cada indicio en particular. Así el demandante deja de lado el hallazgo de los dos vehículos (Mazda y Renault 12), en la finca de Aristiábal García, la captura en poder del Fiat junto con la tarjeta de propiedad falsa, la sindicación directa que le hicieron Pineda Vásquez y Octavio Galeano, como partícipe de los hechos y su calidad de benefactor de los procesados Dávila y Escobar, precisamente para la época en que sucedieron los hechos.

En estas condiciones, la censura es no lograr desvirtuar la integridad de la prueba que sirvió de fundamento para proferir sentencia condenatoria contra su poderdante; por ende, este cargo no prospera.

Igual conclusión debe hacerse respecto al cargo formulado en este sentido por el demandante de Escobar Montoya, quien con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo, sostiene que el fallador violó, por aplicación indebida, los artículos 349, 350, 351, 222 y 202 del Código Penal, por equivocada apreciación de la prueba existente en el proceso, dejando de aplicar los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma cómo el Tribunal fundó la sentencia en el reconocimiento que le hizo el testigo Alberto Isaza como uno de los autores del apode-

ramiento del vehículo Fiat, siendo que el testigo únicamente respondió que se le parecía y además no valoró las declaraciones de Faber Arango Jesús M. Vergara y Laureano Gómez Méndez, que demostraban la inocencia de Escobar Montoya.

En efecto, este demandante también incurre en el error de cuestionar unas pruebas, olvidando que la sentencia se fundamentó en todo el conjunto probatorio; por tanto, se insiste, no es suficiente censurar una prueba, sino todas aquellas en que se sustentó la decisión.

La sentencia recurrida, además de las pruebas referidas por el casacionista, tuvo en cuenta que Escobar Montoya aparece como persona vinculada con individuos respecto de los cuales la incriminación aparecía directa, fue capturado en el lugar donde se guardaba parte del dinero hurtado, la ubicación de esa finca es en la misma dirección en que los asaltantes emprendieron la huída cuando se apropiaron del Fiat, la matrícula del automotor aparece elaborada a su nombre, ese vehículo es utilizado en Rionegro para transportar a Galeano cuando era atemorizado.

Así, no era suficiente cuestionar el citado reconocimiento de Escobar Montoya, para quebrar el fallo condenatorio. No prospera el cargo.

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,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PENA. Circunstancias de agravación y atenuación

En la consideración de agravantes y atenuantes la Corte no tiene un esquema rígido y absoluto de valoración. Las circunstancias y modalidades del caso llevan a soluciones diferentes

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veinte de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 070.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en sentencia de 28 de octubre de 1986, condenó a *Cielo de Jesús Henao Ríos,* a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos y a las accesorias de ley, como autora responsable de conducta atentatoria contra la Ley 30 de 1986 ("Estatuto Nacional de Estupefacientes"), confirmando así la emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad.

Contra tal determinación interpusieron recurso de casación el señor Fiscal del Tribunal y el defensor de la procesada.

El 3 de noviembre de 1987, esta Corporación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, declaró admisible el recurso. Y, por auto de junio 16 del mismo año, se proclamó desierto el formulado por el defensor, comoquiera que no presentó la correspondiente demanda, ordenándose correr traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal de la presentada en tiempo por el Fiscal recurrente. (Art. 571 del Código de Procedimiento Penal).

La Delegada llegó a la conclusión de que "no era del caso ampliar la demanda". Es, ahora, el momento procesal oportuno para la decisión de fondo.

De los hechos y la actuación procesal:

Así los consigna el Fiscal recurrente:

"En las horas de la tarde del 16 de marzo de 1986, y en obedecimiento a orden impartida previamente por el Juzgado de Instrucción Penal Militar, miembros pertenecientes a una patrulla de la policía judicial allanaron la casa de habitación ubicada en la calle 32 y distinguida con el número 25-31 de la nomenclatura urbana de la ciudad de Armenia, en busca de armas, que no se encontraron. Sin embargo, reac-

ciones salidas de lo común por parte de una de las habitantes que precipitadamente se dirigió al interior de la vivienda mientras avisaba a los demás residentes la presencia de los policiales, hizo que fuera seguida de cerca por el sargento segundo Fabio Enrique Acosta, comandante del operativo, quien ya en el interior de la cocina la sorprendió tomando en sus manos un paquete y tratando de arrojarlo por una ventana hacia el interior, lo que le fue impedido de inmediato. Se afectuó requisa a las demás personas sorprendidas dentro del inmueble y fuera de un dinero que se presumió era producto del comercio ilícito de estupefacientes, encontrado en poder de José Horacio Henao y Nelly Franco, nada más se halló en el procedimiento al que fuera también sometido Lubán de Jesús Domínguez, esposo de Cielo.

"El envoltorio incautado fue examinado por los peritos oficiales del Laboratorio Forense, Instituto de Medicina Legal, llegando a la conclusión de que era contentivo de 'bazuco', que pesado arrojó neto 130 gramos.

"Luego de la actuación de la policía judicial, cuya constancia reposa en documentos varios (folios 1 a 5), el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Armenia inició (marzo 17 de 1986), la correspondiente investigación, recepcionando indagatoria a los acusados Luban de Jesús Domínguez Giraldo, José Horacio Henao Ríos y Cielo de Jesús Henao Ríos; ratificando los informes policivos, recibiendo declaraciones de varios testigos y realizando diligencia de inspección judicial, pesaje, obtención de muestras y destrucción del estupefaciente; todo lo cual sirvió de fundamento para que por medio de proveído (marzo 22 de 1986), se tomara medida de aseguramiento, consistente en auto detentivo en contra de los tres incriminados (folios 44 y ss.). Resuelto el incidente relativo a solicitud que se hiciera para que la detención se verificara en el lugar del trabajo, con respuesta negativa contenida en auto del dos de abril siguiente (folio 59), y que apelada fuera confirmada por el honorable Tribunal Superior (folio 76), se continuó adelante con la etapa investigativa, practicando diligencias de confrontación entre testigos y allegando versiones juratorias de otros.

Al considerar instruido en lo posible el sumario, el mismo fue remitido a los Juzgados Penales del Circuito en reparto, de la misma ciudad y correspondiéndole al Primero, con auto de abril quince (folio 108), ordenó práctica de otras diligencias averiguatorias; al día siguiente se obtuvo resultado de análisis de laboratorio que reportó alcaloide cocaína; y para mayo 14 pasado se clausuró la investigación (folio 152).

Durante el traslado correspondiente, el señor Fiscal del Juzgado presentó el correspondiente alegato de conclusión (folios 130 y ss.). Por medio de auto fechado el 16 de junio de 1986, el juzgado en referencia calificó el mérito del sumario, dictándose vocación a juicio contra Cielo de Jesús Henao Ríos por infracción a la Ley 30 de 1986, en su capítulo V, y sobreseyéndose temporalmente a los otros dos acusados José Horacio Henao Ríos y Luban de Jesús Domínguez Giraldo. Agotado el trámite probatorio del juicio, se celebró la vista pública el 24 de julio de 1986, la que dio origen a la sentencia condenatoria de agosto

seis siguiente (folios 164 y ss.), proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito, en contra de la procesada como infractora de la Ley 30 de 1986. Apelada esta providencia por parte del señor defensor, recibió pronunciamiento confirmatorio en Sala Mayoritaria del honorable Tribunal Superior, desatendiendo el criterio de esta Fiscalía, hecho que motivó el recurso de casación que se sustenta por medio de la presente demanda".

La demanda:

El impugnante invoca como causales de casación la cuarta y la segunda del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal. Así enuncia el cargo de nulidad: "La sentencia confirmatoria dictada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en su correspondiente Sala Mayoritaria, fue decisión tomada por el *ad quem* en un proceso viciado de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Política, por haberse infringido la previsión de la falta de observancia de las formas propias del juicio".

Y, así lo resume: "Impugna la sentencia recurrida en razón de que a la procesada Cielo de Jesús Henao se le llamó a responder en juicio por infracción a la Ley 30 de 1986, especificando su conducta como tenencia de estupefacientes en las circunstancias especificadas por el artículo 33, inciso segundo de dicha normatividad, pero el juzgado de primera instancia, sin haberse modificado la situación jurídica de la encausada en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública, resolvió condenarla por la misma infracción pero referida al inciso primero de la citada norma, cargo que no se le había formulado en el auto de proceder; luego no tuvo la oportunidad de conocer ese cargo para que se hubiera defendido de él en el término probatorio de la causa o en la misma audiencia pública, por cuyo motivo se le juzgó y condenó sin antes haber sido oída y vencida en juicio. Y el Tribunal Superior en su Sala Mayoritaria resolvió convalidar esa nula actuación procedimental".

En la demostración del cargo había comentado: "Siendo el auto de proceder, como lo ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia, la base del juicio penal, 'el pliego de los cargos que se le formulan al acusado para que se defienda de ellos, es claro que no podrá condenársele por cargos más numerosos o más graves de los allí contenidos, por cuanto ello equivaldría a juzgarlo en lo que exceda de éstos, sin auto de proceder, que es una de las 'normas propias' o características del juicio penal ordinario, y se violaría el artículo 26 de la Constitución, pero sí es posible condenarlo por menos, y es lo que acontece con frecuencia en cuanto al número o gravedad de los cargos; lo cual es una absolución parcial en el fondo, precisamente porque el objeto del juicio es debatir éstos, para ver si la defensa los elimina en todo o en parte...' ". (*Gaceta Judicial,* Tomo XC, página 766).

"...Hubo entonces, exceso en la misión juzgadora, puesto que el juez no estaba autorizado para agravar la situación jurídica de la procesada, pues no podía salirse del pliego de cargos que le fue formulado en el auto de proceder, porque con ello quebrantó el derecho de defensa, al formularle un cargo más grave no contenido en el calificatorio,

y que no conoció por sí ni por intermedio de su defensor en la debida oportunidad procesal, para poder contradecir esa imputación penal dentro de los términos fijados en la ley procesal".

Y así culmina la demostración del cargo: "Estando la sentencia confirmatoria recurrida en abierta pugna con los cargos formulados por el juzgado de primera instancia en el auto de proceder, surge la nulidad supralegal de la misma, contemplada en el artículo 26 de la Constitución Política por falta de observancia de las normas propias del juicio".

Segunda causal: "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder...".

Demostración del cargo: Se citan apartes del auto de proceder dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, tales como: "...Es bien sabido que la sola presencia física en el lugar de los hechos no siempre indica participación en el delito; se sabe con plena certeza y sin lugar a equivocaciones, que el alcaloide incautado lo llevaba consigo Cielo de Jesús Henao, *pero no se ha llegado a la plena demostración de que tanto José Horacio como Luban de Jesús son los verdaderos propietarios de este alcaloide; POSIBLEMENTE ASI SEA, que aquel por tratarse del jefe del hogar y éste por ser esposo de Cielo, eran sabedores de la existencia de la droga y además, PROBABLEMENTE, todos ellos se dedicaban al comercio ilícito de esa sustancia; sin embargo, esto no puede afirmarse con plena seguridad y de ahí emerge la necesidad de sobreseerlos temporalmente.* (Mayúsculas y subrayas fuera de texto).

Remembra el actor la casación de noviembre 30 de 1978, donde fuera Magistrado ponente el doctor José María Velasco Guerrero, sobre cómo debe redactarse el auto de proceder y sobre la correspondencia que debe guardar éste con la sentencia. Y finaliza resumiendo el cargo, así:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior del Disrtito Judicial de Armenia, con fundamento en el cargo formulado al amparo de la causal segunda de casación, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que en el pliego de cargos se consignó una circunstancia favorable a la procesada Cielo de Jesús Henao Ríos ubicándola como infractora del artículo 33, inciso segundo de la Ley 30 de 1986; y sin que ésta hubiera sido demeritada en la etapa probatoria del juicio y tampoco en la audiencia pública, se desconoció en la sentencia y se le condenó como incursa en la infracción de la misma norma pero referida al inciso primero. Se da en este caso la falta de consonancia entre los cargos formulados en el auto de proceder y la sentencia".

Consideraciones de la Sala:

No hay duda alguna que el motivo de la censura radica en que habiéndose llamado a juicio a la procesada conforme al inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, que por la cantidad comportá una disminución de la pena, se la condena con base en el artículo 33 de la citada ley, pero de acuerdo a la punición del inciso primero, pena básica o primaria.

De ahí que lo advertible sea que la sentencia no está "en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder" (Art. 580-2). Esto debió advertir al recurrente para invocar únicamente esta causal y no tratar de combatir el fallo mediante esta vía y también mediante la del artículo 580-4 ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"), pues es criterio conocido que cuando la nulidad se consagra en forma específica, debe acudirse a su invocación y dejar de lado la de carácter genérico.

De ahí entonces que la Sala se centre en este solo aspecto, esto es si existe disparidad entre el auto de proceder y la sentencia y si esta disparidad es de tal esencialidad que debe buscarse el correctivo en un fallo de sustitución.

El primer interrogante debe resolverse afirmativamente. Es evidente que en la parte motiva del auto de proceder, que no en la resolutiva, se hizo referencia al inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y que en las sentencias, en especial la del Tribunal, después de ofrecerse razones para ello (que se trató de un error de pluma, una equivocada referencia a un precepto), se condenó con base en el inciso primero de la citada disposición.

Cabe analizar el otro punto, esto es, si la variación implica una mengua tal del derecho de defensa que impide toda enmienda al momento de emitirse la sentencia. Y de efectuarse, como ha ocurrido, la corrección da lugar a que se apliquen los artículos 580-2 y 583-1 del Código de Procedimiento Penal?

En este segundo aspecto la Corte tiene que disentir de las alegaciones del impugnador. Al respecto se anota:

1. En la consideración de atenuantes y agravantes la Corte no tiene un esquema rígido y absoluto de valoración. Las circunstancias y modalidades del caso llevan a soluciones diferentes. Como enunciado general suele decirse: En cuanto a la agravación que no haya sido incluida en el auto de proceder, bien por la cita de la disposición pertinente, bien por la descripción que a ella puede corresponder, no es dable deducirla en la sentencia; en relación al reconocimiento de una diminuente, así no haya sido contemplada en el auto de cargos, es dable admitirla si tras una nueva valoración de lo aportado se deduce su justa existencia.

Esto, claro está, si en el término probatorio de la causa no ha logrado variar, en favor o en contra del procesado, el punto de la diminuente o de la agravación específica, o de la genérica pero considerada en la parte especial del estatuto penal sustantivo; porque de ocurrir una mudanza en uno u otro sentido, debe estarse, indudablemente, al resultado de esta modificación.

2. No es pues la cita de la norma, o su omisión, la que resuelve de una vez la cuestión, pues es dable entender que un agravante o una diminuente puede ser admitida así el precepto pertinente esté excluido del contenido de la providencia, pero aparezca una descripción de la figura, o ésta tenga una clara comprobación en los autos, que figura como verdad inconcusa y que apenas, su exclusión, pueda mirarse como una involuntaria omisión.

3. En el caso sub exámine, se da lo siguiente:

a) *La parte resolutiva no menciona para nada los incisos primero o segundo del "Estatuto Nacional de Estupefacientes"; se limita al llamamiento a juicio para responder "...por infracción a la Ley 30 de 1986, en su capítulo V, según hechos cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar conocidos en este proceso...".*

b) *A folio 146, y en relación con esta misma pieza, se dice que "específicamente responderá por violar la Ley 30 de 1986, artículo 33, inciso 2º, al llevar consigo", pero se agrega que el estupefaciente que llevaba eran 29 papeletas "cuyo peso neto arrojó 130 gramos"; y a folio 143, citando la diligencia de pesaje (folio 31), destaca que la sustancia incautada era de 130 gramos. Esto indica, entonces, que en cuanto al número de gramos no había duda alguna y menos que éstos superaban la cantidad máxima que permitía la ubicación de la conducta en el citado inciso segundo. La defensa conocía este hecho, en forma por demás clara, rotunda y como realidad del proceso y por tanto si quería aprovecharse de la defectuosa referencia al citado inciso segundo, debió alegar al respecto o probar en forma que se hiciera factible la inserción de la conducta en la mencionada favorable disposición. Pero no podía, sin correr el riesgo de la adecuada corrección, quedarse con la cita equivocada de la norma aplicable, que para el caso tenía mayor importancia la forma general como se compuso el llamamiento a juicio en su parte resolutiva.*

De no haberse hecho explícita y reiterada mención de lo que el proceso mostraba como cantidad de droga decomisada, la alegación podría prosperar; pero, teniéndose dos referencias encontradas, debía estarse a lo que constituía evidencia probatoria. De ahí la exclusión de la diminuente y la procedencia de la pena, conforme a la sanción básica señalada por la disposición.

Finalmente, no está por demás advertir la escasa incidencia del cuestionado punto en lo que fue y podía ser el sentido de la defensa. En efecto, estar por debajo o por encima de los cien (100) gramos, poco decía a la tesis de tener a la procesada como poseedora de buena fe del estupefaciente, puesto que nunca supo que se trataba de un alucinógeno.

Los cargos no prosperan.

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, en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Hoy por hoy no hay cambio de radicación que, oficiosamente la Corte o el Tribunal, puedan disponer. La carga de la prueba en este incidente quiso dejarla el legislador al solicitante

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 068, octubre 14 de 1987.

Vistos:

Edgar Alberto Lozano Arturo, quien se encuentra recluido en la Cárcel del Distrito Judicial de Pasto, a órdenes del Juez Tercero Municipal de la misma ciudad, dirige a éste memorial solicitándole se sirva dar traslado de él "al honorable Tribunal Superior o a la honorable Corte —a quien corresponda—, para que se ordene el cambio de radicación del sumario de la referencia (lesiones personales en su contra). Me fundo en el capítulo V del Código de Procedimiento Penal, y hago las siguientes afirmaciones:

"Me encuentro detenido bajo sus órdenes por un supuesto delito del cual es sujeto pasivo o supuesto ofendido el señor doctor Ricardo Antonio Estupiñán Coral, hijo del honorable Magistrado del Tribunal Superior del Distrito al que usted pertenece como juez, señor doctor Rodrigo Nelson Estupiñán Vallejo. En varias ocasiones por intermedio de abogado y personalmente he pedido mi libertad aunque sea provisional, siendo en forma absurda negada, toda vez que este tipo de asuntos y mi personalidad según la ley son de los que la merecen, considerando que no ha existido libertad por su parte y por parte de la señora juez que tiene que revisar el caso cuando se trata de apelar, dado que la influencia moral que significa ser *nombrado* por el Tribunal del que hace parte el padre del ofendido y al que están ustedes supeditados, ya que dada la forma como se eligen los jueces que tienen que buscar la buena voluntad de los magistrados antes que cualquier otra cosa, no es garantía para el pleno desarrollo del proceso.

"El artículo 78 del Código de Procedimiento Penal permite hacer esta solicitud, cuando haya circunstancias que puedan afectar la independencia de la administración de justicia y esa es la razón para pedir el cambio de radicación a otro lugar de la República en donde no sea gravoso para mí hacer mi defensa.

"No puede usted, ni la juez de segunda instancia tener independencia, cuando quien debe conformar el cuerpo nominador de su investidura está íntimamente ligado al ofendido por ser éste su propio hijo...

Además, estamos prontos al nuevo período judicial y su nombre y el de la doctora Adiela Córdoba de García serán tenidos en cuenta para ello.

"*Pruebas.* Me encuentro imposibilitado para adjuntarlas, pero la palabra 'acompañarán' de que habla el artículo 80 de la codificación nueva, permite que se acompañe únicamente la enumeración de las que por la legalidad deban ser materia de recepción judicial o de inspección judicial. Por lo tanto, me permito solicitar se ordene y practiquen las siguientes...:"

2. Por auto de julio 8 del año en curso, el Juzgado Tercero Municipal de Pasto, remitió la solicitud de cambio de radicación al Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, donde correspondió por reparto a la magistrada Aura Alicia Delgado López de Enríquez, quien en determinación de julio dieciséis (16) del presente año, dispone la práctica de las pruebas solicitadas. Tales pruebas se ordenan "antes de entrar a tramitar el procedimiento pertinente", para el cambio de radicación y para "mejor proveer".

Así es como aparecen los anexos que a la Corte han llegado con la que fuera solitaria petición de cambio de radicación, impetrada por Edgar Alberto Lozano Arturo.

Breves consideraciones de la Sala:

1. *El Capítulo V, Título II, Libro Primero, del vigente Código de Procedimiento Penal, es el que contempla el fenómeno jurídico de cambio de radicación. Y allí se dispone, en cuanto importa para el evento* sub exámine, *lo siguiente:*

"*Artículo 79. Solicitud de cambio.* El cambio de radicación podrá solicitarse por el juez del conocimiento o por cualquiera de los sujetos procesales, en cualquier estado del juzgamiento, antes de que se profiera fallo de segunda instancia, ante el funcionario que esté conociendo del proceso, quien enviará la solicitud, con sus anexos, a la corporación a la cual corresponda decidirlo.

"*Artículo 80. Trámite.* La solicitud deberá ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda. El Magistrado ponente tendrá tres (3) días para registrar el proyecto y la Sala decidirá dentro de los tres (3) días siguientes, por auto contra el cual no procede recurso alguno.

"...*Artículo 82. Fijación del sitio para continuar el juzgamiento.* La Corte Suprema de Justicia o el Tribunal, al disponer el cambio de radicación, señalarán el lugar en donde debe continuar el juzgamiento. Cuando el cambio obedezca a razones de orden público, se obtendrá del Gobierno Nacional o Departamental, si fuere necesario, informe sobre los diferentes sitios donde sea conveniente la radicación".

2. *A su turno, en lo pertinente, disponía el anterior Código de Procedimiento Penal:*

"*Artículo 44. Cambio de radicación.* En cualquier estado del proceso, antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia, podrá el

Gobierno, de acuerdo con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados o procesados por delitos de competencia de los Tribunales Superiores, los Jueces Superiores de Circuito, de Distrito Penal Aduanero o Municipales, sean juzgados en otro Distrito. *Esta medida será tomada por el Gobierno, de oficio* o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, *después de averiguar por los medios que crea conducentes, los motivos del traslado.*

"*Artículo 45. Cambio de radicación dentro del mismo Distrito.* En cualquier estado del proceso, antes de dictarse sentencia de primera instancia, podrá el Gobernador del Departamento, de acuerdo con la Sala Penal del Tribunal Superior respectivo, disponer que un proceso de competencia del Juez Superior, de Circuito o Municipal, se siga ante otro juez de la misma rama y categoría, de una localidad diferente, dentro del mismo Distrito Judicial. *Esta medida será tomada de oficio* o a solicitud de parte, cuando concurran las circunstancias y se cumplan los requisitos señalados en el artículo anterior". (Mayúsculas de la Sala).

3. *Como bien puede observarse de la transcripción de artículos realizada (79, 80, 82 del Código de Procedimiento Penal actual, 44 y 45 del derogado), hoy por hoy no hay cambio de radicación que oficiosamente la Corte o el Tribunal puedan disponer. Esta atribución no aparece por parte alguna en la normación del nuevo Código, en tanto que sí obraba en la del derogado, pero para la rama ejecutiva.*

En el anterior Código de Procedimiento Penal no se precavía durante el trámite del cambio de radicación, debate probatorio ante la autoridad judicial que debía pronunciarse conceptualmente sobre su conveniencia o inconveniencia. Era al Gobierno Nacional a quien competía, antes de enviar la respectiva solicitud, "averiguar por los medios que crea convenientes, los motivos del traslado". Por eso era ante la autoridad administrativa, representada por el Ministro de Justicia, o el Gobernador en su caso, ante quienes debían los interesados en obtener el cambio de radicación, presentar los elementos de juicio que permitieran a la Corte o al Tribunal emitir el correspondiente concepto. No era esta Corporación o el Tribunal escenario propio o legítimo para plantear un debate probatorio.

Y así se han conservado las cosas, a pesar de que en otros aspectos la sistemática procedimental del cambio de radicación varió sustancialmente. Hoy son organismos determinados de la rama judicial los que disponen o no el cambio, salvo la excepción del llamado especial consagrado en el artículo 81. Y mientras en el anterior Código existía disposición que le permitía al Gobierno de oficio *tomar la medida, en el vigente no hay norma que autorice a la Corte o al Tribunal a hacerlo así. Estas Corporaciones podrán decidirlo positiva o negativamente, pero a solicitud de parte. La petición de cambio de radicación de un proceso es derecho expresa y concretamente concedido por el legislador "al juez del conocimiento y a los sujetos procesales". Artículo 79.*

Y por ninguna parte aparece en el estatuto vigente lo que sí obraba en el anterior, o sea que quien la disponía podía averiguar por los medios que considerara conducentes los motivos del traslado. Y la razón es clara: En el Código derogado sí había oficiosidad del Gobierno y era

entonces lógico que se le diera la facultad de ordenar y practicar pruebas, lo que no resulta consecuente en el vigente, exactamente porque por iniciativa propia no pueden la Corte o el Tribunal ordenar el cambio.

Si el legislador hubiera querido que motu proprio *la Corte o el Tribunal dispusieran lo pertinente al traslado de la radicación de procesos, es natural pensar que así lo habría reglado, como lo hizo en el Código anterior, precisamente porque facultades de este carácter emanan de su expresa voluntad.*

4. *El artículo 80, que es el que preceptúa lo concerniente al trámite del incidente de cambio de radicación, ordena que "la solicitud deberá ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda". Por ninguna parte se prevé un período probatorio a cumplirse ante o por el funcionario judicial que habrá de pronunciarse sobre procedencia del cambio, ni en el trámite propio del mismo, y menos de manera previa o preliminar como lo entendió el Tribunal. No se ve, entonces, con qué base legal profirió éste auto para mejor proveer, más cuando la petición le llegó ocasionalmente y no tenía poder funcional sino para su envío inmediato a la Corte, comoquiera que era evidente que a ella competía decidir sobre el traslado de radicación a otro Distrito Judicial. (Art. 68-10 del Código de Procedimiento Penal).*

Basta leer el mencionado artículo para comprender que la carga de la prueba, en este particular incidente, quiso dejarla el legislador al solicitante. Así se desprende, sin esfuerzo, de su tenor literal, el que no es dado despreciar so pretexto de consultar su espíritu, el que ya es patente. En la susodicha disposición, también se lee: "El Magistrado ponente tendrá tres (3) días para registrar el proyecto y la Sala decidirá dentro de los tres (3) días siguientes, por auto contra el cual no procede recurso alguno". Es decir, que propiamente no hay un Magistrado sustanciador, que sería en rigor, de existir esta aptitud legal, el llamado a ordenar y practicar pruebas. Existe, pues, un interés específico del legislador, allí claramente plasmado, de ser breve en el trámite: no existen debates (ni siquiera recursos), no hay práctica de pruebas por parte del Magistrado ponente a iniciativa propia, ni a petición de parte. La respectiva solicitud, si se espera que prospere, debe llegar a él con sus anexos, o sea, con las pruebas que la fundamentan.

Aparece así patente que es al juez del conocimiento (pero del proceso sobre el cual va a recaer o no el cambio de radicación, y no de aquel que decida lo pertinente sobre el mismo, como equivocadamente lo entendió el Tribunal), cuando es él quien lo solicita, o al sujeto procesal que peticione el traslado, a quien corresponde presentar las respectivas pruebas, asumiendo el riesgo de que si no cumplen con esta obligación legal, su pedimento no les prospere. No pueden la Corte o el Tribunal llenar ese vacío porque no sólo se estarían atribuyendo facultades que no tiene, sino que irían, como quedó visto, contra el querer del legislador.

De otra parte, es incuestionable que el juez que conoce del proceso sobre el que se impetra el cambio, está en la obligación de expedir las copias que de él se le pidan en orden a fundamentar la solicitud de traslado de radicación, porque aparece claro que quien así lo haga deberá ser allí sujeto procesal; esto cuando no es él mismo el solicitante del cambio.

La Sala advierte, entonces, que el solicitante puede proceder a subsanar los vacíos que se echan de menos e intentar en debida forma la presentación de sus razones, que no dejan de ser inquietantes por las características de los analizados hechos, para entonces ser viable un pronunciamiento sobre la necesidad del cambio de radicación sobre el ameritado proceso.

Todo lo dicho hace que a la Corte no le quede alternativa distinta a desestimar la petición de cambio formulada por Edgar Alberto Lozano Arturo, por no haber acompañado las pruebas en que la funda.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Desestimar la solicitud de cambio de radicación de marras, por carencia de legal fundamentación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Resulta equivocado el cambio de radicación, para perseguir de la Corte un pronunciamiento acerca del Municipio en donde realmente se deba tramitar un proceso, porque para tales fines está la figura de la colisión de competencias

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 067 del 6 de octubre de 1987.

Vistos:

Se ocupará la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de determinar, si es procedente o no el cambio de radicación que se adelanta en contra de *Magaly Suárez Barón,* de conformidad con la petición elevada por su apoderado.

La petición:

El apoderado de la sindicada Suárez Barón, luego de plantear a la Corte que los hechos por los cuales está siendo sometida a la actuación procesal su patrocinada, tuvieron ocurrencia en el municipio de Bogotá, y señalar que la procesada no solamente carece de recursos sino que, además, se halla en un estado de salud que le impide el desplazamiento a la ciudad de Pasto en donde se adelanta la actuación, solicita a la Corte el cambio de radicación del asunto en razón a lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, y para preservar la garantía constitucional del derecho a la defensa para su patrocinada.

Consideraciones de la Corte:

En su petición inicial el memorialista invoca el contenido del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, relativo a la competencia del juzgamiento por el factor territorial, pretendiendo con esto una declaración de la Sala con referencia al funcionario a quien corresponde adelantar el proceso.

Indudablemente, resulta equivocado el cambio de radicación para perseguir de la Corte un pronunciamiento acerca del municipio en donde realmente se debe tramitar un proceso, porque para tales fines

está la figura de la colisión de competencias, cuando se considera que un funcionario tiene, con exclusión de otro, la facultad de adelantar el juzgamiento. En el cambio de radicación, debe partirse del presupuesto según el cual la competencia del juez que adelanta la investigación o la etapa del juicio es inobjetable, pero determinadas circunstancias aconsejan que se traslade el proceso a otro municipio, circuito o distrito judicial.

El artículo 78 del Código de Procedimiento Penal que regula el fenómeno, establece una serie de condiciones que se deben cumplir para que se pueda ordenar el cambio de radicación de un proceso. Dentro de ellas, efectivamente se encuentra contemplada la existencia de circuntancias que puedan afectar las garantías procesales. El concepto de tal causal no es, empero, el finalmente referido a la residecia del procesado en lugar diverso a aquel en el cual se adelanta el juzgamiento, porque este solo hecho no tiene potencialidad real de vulnerar las garantías procesales.

En efecto, el mismo Código de Procedimiento Penal establece la posibilidad de intervenir para el procesado en la tramitación del asunto en su contra, casi sin limitaciones, durante todas las etapas del proceso; ello no implica, sin embargo, que deba hacerlo siempre personal y directamente, porque bien puédense defender a través de intervenciones escritas y adecuadamente presentadas en ciudad ajena al lugar del procesamiento; igualmente, siempre le queda al acusado la facultad de designar un abogado que lo represente en el proceso, que bien puede ser de aquellos que ordinariamente presten sus servicios en el municipio en donde se tramita el proceso; finalmente, y ante la carencia de medios para designar un apoderado, incumbe al juez la obligación de designar un defensor público al procesado, o un defensor de oficio al mismo, que atienda los intereses del incriminado quien, dicho sea de paso, puede también en la mayoría de los asuntos, acudir a la representación que en su nombre pueden llevar los estudiantes de derecho con sujeción a las normas sobre la materia.

No desconoce la Corte que la situación de enfermedad de la acusada, y la circunstancia de vivir en un municipio alejado del lugar de juzgamiento puede ocasionarle algunos inconvenientes superables para, por ejemplo, la contratación de su apoderado, o la intervención directa en las diligencias judiciales; empero, tales limitaciones no pueden entenderse como suficientes para estructurar una afección a las garantías procesales, porque, como se anotó, su apoderado, bien contractual, ora público u oficioso, tiene la obligación de representarla y defender sus intereses.

Por lo anteriormente mencionado, concluye la Corte que no es procedente el cambio de radicación del proceso en tales condiciones, y así lo declarará.

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,

Resuelve:

Negar el cambio de radicación solicitado por el apoderado de la procesada Magaly Suárez Barón.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Requisitos

Una es la entidad jurídica del auto interlocutorio que ordena la cesación de procedimiento y otra es la de la resolución llamada sentencia. El ordenamiento procesal ha previsto el recurso de Casación exclusivamente para las sentencias que, en segunda instancia, pronuncien los Tribunales

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 067 del 6 de octubre de 1987.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que fuere pertinente en relación con el recurso de hecho, interpuesto por el apoderado de la parte civil en contra de la providencia de fecha veinticuatro (24) de agosto del año en curso, emanada del Tribunal Superior de Barranquilla, en la cual la Corporación denegó el recurso extraordinario de casación interpuesto a su vez contra el proveído calendado el dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987), emanado de ese mismo Tribunal, y por medio del cual se confirmó la providencia de primera instancia que determinó la cesación de todo procedimiento en contra del acusado.

Consideraciones de la Corte:

Según consta en la actuación procesal, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, decretó cesación de procedimiento a favor del señor *Carlos Arturo Monsalve Acosta,* a quien se procesaba por un delito de *estupro.* Esta decisión fue oportunamente apelada por el apoderado de la parte civil, y concedido que fuera el recurso, éste fue desatado por el Tribunal Superior de Barranquilla en auto de fecha dieciséis de julio del presente año, en el cual confirmó íntegramente la providencia de primer grado.

Contra esta segunda determinación, el abogado interpuso el recurso de casación, el que fuera denegado por el Tribunal con el argumento de que el auto no tiene carácter de sentencia, y por ello no procede la impugnación extraordinaria.

No contento con esta providencia, *el apoderado de la parte civil recurre de hecho ante la Corte, alegando que el auto que ordena la cesación de procedimiento tiene las características de una sentencia puesto que fue debidamente notificado por edicto, y además, trae en su respaldo*

las afirmaciones de un doctrinante, según el cual el citado proveído "es un auto de fuerza de sentencia pues decide sobre lo principal del juicio".

En cuanto al primero de los argumentos planteados por el apoderado de la parte civil, ningún esfuerzo es preciso hacer para concluir que la forma de notificación de una determinación judicial no da a ésta el carácter de auto o sentencia; en efecto, algunos autos deben notificarse por estado, otros por edicto, y ello no los priva de su calidad de decisiones interlocutorias para convertirlos en sentencia. Al respecto, basta consultar el contenido del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, para establecer la posibilidad de comunicar a las partes a través de edicto los siguientes autos recaídos dentro del proceso: el de cesación de procedimiento, el que dispone el cierre de la investigación, y la resolución de acusación. Ninguno de ellos, por estar enumerados, adquieren el carácter de sentencia, aún cuando la misma disposición diga que también se notifican las sentencias por edicto, y precisamente por esto mismo, se establece en la ley la diferencia entre ésta y aquéllos.

La segunda de las fundamentaciones es más clara aún. No se aparta la Sala del criterio según el cual el auto que ordena la cesación de procedimiento tiene algunas características propias de la sentencia, como son la de poner fin al proceso y tener la cualidad de hacer tránsito a cosa juzgada; sin embargo, éstas tampoco le confieren la entidad de sentencia.

La cesación de procedimiento, contenida en el anterior Código de Procedimiento, en el artículo 163, y en el 34 del actual, es una figura extraordinaria de dar por terminado el proceso ante la evidencia anticipada de una sentencia absolutoria, o ante un hecho sobreviviente que impide continuar con la acción penal (muerte del procesado, por ejemplo), o uno que impedía iniciar la investigación (ausencia de querella de parte en aquellos delitos que la requieren). Estos eventos, son de tal importancia y claridad en el proceso, que hacen que el Estado haya previsto la posibilidad de terminar con él en forma distinta a la prevista, sin agotar el trámite propio de las instancias, como sí lo exige la sentencia, según lo previsto en el ordinal 1º del artículo 185 del Código de Procedimiento Penal.

Es entonces evidente la identidad en cuanto a algunas de las causales que producen el auto de cese de procedimiento y la sentencia absolutoria; a pesar de que existen otras de esta última que no le son comunes al primero, también lo es que los efectos de una y otra decisión son similares en algunos aspectos, pero diversos en otros, pues contra el cese de procedimiento no es factible la interposición del recurso extraordinario de revisión y este auto tiene los efectos de la absolución, pero no es una sentencia absolutoria.

Debe igualmente advertirse que el fallo absolutorio es una decisión definitiva que significa el desarrollo total de la acción penal y la finalización de la misma; no así el cese de procedimiento que es auto interlocutorio que surge durante el proceso y que significa la terminación del mismo, pero sin que se haya desarrollado a plenitud y por tanto pudiera decirse que la acción penal se agotó hasta su finalización.

El cese de procedimiento es una medida procesal orientada o motivada por la denominada economía procesal, en la que el legislador prevé una forma extraordinaria de terminación del proceso, por considerar que no tiene justificación la continuación del mismo, cuando se han demostrado algunas de las causales expresamente previstas que impiden la continuación del ejercicio de la acción penal.

En conclusión, una es la entidad jurídica del auto interlocutorio que ordena la cesación de procedimiento, y otra es la de la resolución llamada sentencia que exige, entre otras cosas, el agotamiento de la actuación ritual.

Ahora bien, el ordenamiento procesal penal ha previsto el recurso de casación exclusivamente para las sentencias que en segunda instancia pronuncien los Tribunales, no para las decisiones interlocutorias que ellos tomen, y en consecuencia, bien denegado fue el recurso por el Tribunal Superior de Barranquilla.

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,

Resuelve:

Declarar bien denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil en este asunto.

En firme este proveído, remítase la actuación al Tribunal Superior de Barranquilla, para que obre dentro del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CAUSAL PRIMERA

Cuando el actor sostiene la inexistencia o atipicidad del delito imputado al procesado, el reclamo debe formularlo dentro del marco de la causal primera de Casación por aplicación indebida y no por la vía de la nulidad

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 72.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Pedro Pablo León Torres,* contra la sentecia de 18 de noviembre de 1986, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó a la pena principal privativa de la libertad de 24 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de estafa.

El recurso interpuesto por el defensor de la procesada *Blanca María López de López* fue declarado desierto por la Corte por no haber sido presentada la demanda por medio de abogado titulado.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros se encuentran acertadamente resumidos por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, así:

"Dan cuenta los autos que, para julio de 1977, la señora Blanca María López de López confirió poder al doctor Pedro Pablo León Torres para que tramitase y obtuviese a su favor pensión de jubilación por haber trabajado más de veinte años en el Magisterio. El apoderado obró consecuentemente y previa la presentación de la solicitud respectiva, certificaciones sobre tiempo de servicio, partida eclesiástica de nacimiento de la poderdante acreditando más de cincuenta años de edad y dos declaraciones extraproceso, logróse la expedición de la Resolución Nº 253 de febrero 7 de 1978, reconociendo la pensión de jubilación impetrada y con efectividad a partir de junio 8 de 1974.

"Pesquisas realizadas por el personal del DAS, en 1983, permitieron descubrir la falsedad integral de la partida de nacimiento de la pensionada y contar con edad inferior a la requerida para la pensión; la crea-

ción y uso de cédula de ciudadanía falsificada; falsedad también en las declaraciones extraproceso; y defraudación contra los intereses económicos de la Caja Nacional de Previsión en cuantía superior al millón de pesos".

Cabe agregar que la mencionada señora de López fue capturada el 25 de abril de 1983 cuando pretendía cobrar un cheque correspondiente a un reajuste de la pensión de jubilación.

Al calificar esos hechos el Juzgado Quinto Superior de Bogotá, resolvió:

1. Declarar prescrita la acción penal en relación con la falsedad de la partida de bautismo y sobreseer definitivamente por la estafa con el argumento de que se "trata de un concurso simplemente aparente de infracciones", y entonces sólo se da el delito contra la fe pública.

2. Declarar prescrita la acción penal respecto de los delitos de falso testimonio (declaraciones extraproceso) y de falsificación de la cédula de ciudadanía.

3. Llamar a juicio a Blanca María de López por el uso de la cédula falsificada (folios 381 y ss.). Apelada esta providencia, el Tribunal revocó el sobreseimiento definitivo y encausó a Pedro Pablo León Torres y a la señora López de López por el delito de estafa, con fundamento en que "el engaño no se derivó del sólo uso jurídico del documento (adjunción al proceso administrativo), sino que hubo necesidad de recurrir a otro elemento diverso al documento mismo, las declaraciones falsas, para obtener el efecto deseado y así 'desaparece la unidad delictiva de sus actos para dar lugar a tantas figuras como partes separables y subsumibles en otras tantas normas se den en el episodio criminal, como afirma la Corte Suprema de Justicia' ". (Folios 460 y ss.); y confirmó el resto de decisiones tomadas.

En la sentencia, el Juzgado condenó a la acusada a la pena principal de 44 meses de prisión por los delitos de falsedad en documento público (uso de la cédula de ciudadanía apócrifa) y estafa; y al doctor León Torres lo condenó a 24 meses de prisión como autor del delito de estafa (folios 136 y ss. del cuaderno Nº 2). Al revisar por apelación dicho fallo, el Tribunal revocó la condena por el falso documental con el argumento de que desaparecida por prescripción la falsificación material de la cédula imputable a la procesada "la agravante como usadora pierde su razón de ser", y le impuso 24 meses de prisión por el delito de estafa, confirmando el fallo en todo lo demás (folio 232 *ibídem*). Esta es la decisión objeto del recurso extraordinario.

La demanda:

Al abrigo de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), el actor acusa la sentencia de haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que —alega—, la conducta imputada a Pedro Pablo León Torres no es constitutiva de los delitos de falsedad y estafa (como se dedujo en el proveído que calificó el mérito del suma-

rio, y no obstante se haya decretado la prescripción de la falsedad), sino sólo del primero de ellos, pues "realmente no existió sino la simple falsedad en documento privado, la que consumió y absorbió a la estafa. El acusado con su acción no transgredió dos prohibiciones. La pluralidad de actos u omisiones no quiebra la unidad del objeto procesal ni lo multiplica, mientras el derecho penal establezca su unidad imputativa. Hay un objeto jurídico diferente, en título y en capítulo completamente aparte de lo dicho en el vocatorio a juicio", y considera el censor que su acudido se limitó "a presentar el escrito falsificado sin agregar ningún otro elemento comportamental distinto a la directa e inmediata utilización del documento", y entonces únicamente le sería imputable el falso documental, según interpretación que sobre este punto hizo la Corte en sentencia de 23 de noviemre de 1978.

El casacionista hace un elaborado recuento doctrinario y jurisprudencial con miras a que sirva de sustento al cargo y reitera que "la atestación escrita, con sentido de servir de prueba y susceptible de causar perjuicio la constituyó la partida eclesiástica", solicitando, pues, que se decrete "la nulidad del juicio, desde el auto de proceder, inclusive".

El Ministerio Público:

Empieza por anotar el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que "ha sido reiterativa la jurisprudencia en el sentido de que la causal de nulidad legal por error relativo a la denominación jurídica de la infracción sólo se da cuando se enjuicia por reato contemplado en determinado Capítulo y luego se falla por punible consagrado en Capítulo diferente.... El libelista pregona la inexistencia del punible de estafa por sumirse en la falsedad en documento privado; y la Corte en acertada decisión, con ponencia del Magistrado doctor Carreño Luengas, enseña que en tratándose de la inexistencia de infracción o de inocencia del acusado, debe recurrirse a la causal primera de casación y no a la cuarta. De manera que por este aspecto la demanda del doctor... es antitécnica y por fuerza del principio de la limitación no se puede tomar en consideración causal distinta a la alegada o invocada, ni suplirse las fallas de la demanda".

Sin embargo, la Delegada se refiere a "la controversia" sobre el concurso entre la falsedad en documento privado y la estafa, y estima que en este caso la imputación por el concurso es jurídica, siguiendo la tesis "más convincente" del "agregado de un elemento comportamental al lado del uso del documento".

En consecuencia, solicita que se desestime la demanda.

Consideraciones de la Corte:

En auto que calificó el mérito del sumario, el Tribunal consideró que el comportamiento atribuido al abogado Pedro Pablo León Torres, consistente en haber falsificado y usado la partida de bautismo de Blanca María López de López para conseguir que la Caja Nacional de Previsión reconociera a la mencionada señora como pensionada del Magisterio y en consecuencia empezar a pagarle las mesadas respectivas a partir de 1978 y con retroactividad al año de 1974, era constitutivo de concurso delictual entre la falsedad consagrada en el artículo 221 del

Código Penal de 1980 y la estafa definida y sancionada por los artículos 408 y 410 del estatuto de 1936; mas, como se vio, respecto del delito de falsedad, se cesó procedimiento por prescripción de la acción penal, y en estas condiciones sólo se procesó y condenó por el punible contra el patrimonio.

Toda la argumentación del actor se endereza a demostrar que la conducta endilgada a su representado es típica sólo con relación a falsedad en documento privado, pero no frente a la estafa. Empero, la vía que escogió para esta acusación resulta equivocada, porque la "errada denominación jurídica" que invoca como motivo de nulidad con base en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal sólo se da, como lo tiene dicho la jurisprudencia, cuando estando demostrado determinado hecho punible con su respectiva denominación, procede el juez a imputar otro al procesado, o, como reiteró la Sala en casación del 16 de abril de 1986, "cuando los hechos probados en el sumario no son calificados genéricamente conforme a la denominación acordada por el Código Penal en su respectivo Capítulo o Título, si éste no se divide en Capítulos".

Mas esa no es la hipótesis que se configura en el presente caso, puesto que el Tribunal consideró que el procesado León Torres había cometido falsedad en documento privado en concurso con estafa, y sólo la prescripción del primero de estos punibles impidió que por él se formularan cargos; y el demandante comparte la adecuación del comportamiento en el tipo de falsedad, o sea que no discute la denominación jurídica *que en ambas instancias se dio al hecho, motivo por el cual el error que alega no es el que consagra como nulidad el artículo 210 citado. Como el actor sostiene, en cambio, la inexistencia o atipicidad del delito de estafa, que estima "sobrante" o imputado de más, este reclamo ha debido formularlo dentro del marco de la causal primera de casación por aplicación indebida del artículo 408 del Código Penal de 1936, en procura de que la Corte misma dictara la sentencia absolutoria de reemplazo, según el artículo 583-1 del Código de Procedimiento Penal.*

La Sala dijo al respecto en casación de 5 de octubre de 1982:

"Por tanto, la impugnación (error en la denominación jurídica), comprende estos aspectos: La aceptación de que el procesado no es inocente porque de todas maneras cometió delito; y la necesidad de que la demostración del verdadero delito se haga en el terreno probatorio o jurídico. Esto es elemental, porque si se parte de la inocencia del procesado o de la inexistencia de la infracción por atipicidad de la conducta, se agrega, el ataque de la sentencia tendría que hacerse por la causal primera de casación...". (*Se subraya*).

Bajo esos parámetros, que hoy se reiteran, es forzoso concluir que el cargo está mal propuesto por la vía de la nulidad y por ende su estudio no procede, ya que la Corte no puede, oficiosamente, acudir a la causal primera y por este modo corregir dicha deficiencia de técnica.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, 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.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

COMPETENCIA. IMPEDIMENTO.

No es de recibo la tesis del impedimento ante el cambio de competencia en virtud de lo señalado por el artículo 535, inciso 2º del nuevo Código de Procedimiento Penal, porque tal precepto sólo es aplicable a los procesos que se ritúen con el procedimiento especial que admite resolución de acusación por jueces de instrucción criminal

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta Nº 70, octubre 20 de 1987.

Vistos:

Procede la Corte, de plano, a decidir el impedimento presentado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, doctor *Julián Urbina Ospino,* y no aceptado por los restantes miembros de la Sala de Decisión.

Narración sucinta de los hechos:

El Juzgado Tercero Superior de Barranquilla, consulta la sentencia absolutoria de junio 27 de 1987, proferida en favor de *Luz Marina Villa Jaramillo,* en el diligenciamiento que por el delito de homicidio cursó en el referido despacho. El proceso subió al Tribunal a la Sala presidida por el señor Magistrado Julián Urbina Ospino, que había conocido del pliego de cargos formulados, el que mereciera confirmación de la misma.

Con fundamento en el artículo 535, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal vigente, que impide a la Sala que haya conocido del proceso en la etapa de investigación, conocer de él en el juzgamiento, propone impedimento para revisar la sentencia por haber conocido del llamamiento a juicio y permitir que una nueva Sala revise el caso en forma desprevenida "lo que además compagina con el principio de favorabilidad que debe cobijar a la procesada en este asunto". Con base en dichos razonamientos, se declara impedido para conocer en el presente caso.

Los restantes integrantes de la Sala declaran infundado el impedimento y remiten el proceso a la Corte para que dirima el incidente.

Se apoya la decisión mayoritaria en el texto del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal, que ordena "aplicar el Código anterior

a los procesos que para la vigencia de este Decreto estén con auto de cierre de investigación ejecutoriado", interpretándolo de la siguiente manera:

> Es principio general que las normas que determinan la jurisdicción y competencia, o establecen la sustanciación, ritualidad o trámite del proceso rigen desde el momento mismo en que entran en vigencia (*exnunc*) sobre su aplicación no cabe alegar favorabilidad. Sin embargo, el legislador puede establecer excepciones, y así ha de interpretarse la norma que se analiza...
>
> En suma, como en el presente caso se trata de un asunto relacionado con la competencia, procede aplicar el Código de Procedimiento Penal anterior; de donde se concluye que es la misma Sala que ha venido conociendo de este asunto desde la etapa de investigación, la competente para decidir sobre la sentencia consultada, y por ende, ninguno de los Magistrados que la integran se encuentra impedido para conocer del asunto en esta fase de juzgamiento.

Se considera:

Ciertamente, el nuevo Código de Procedimiento Penal consagra una causal de impedimento "sui géneris", en el inciso 2º del artículo 535, para ser aplicada únicamente en el procedimiento que señala el Código, en atención a los cambios fundamentales que se introducen en la etapa del juzgamiento respecto de procesos de competencia de los jueces superiores y penales del circuito. En efecto, se separan completamente la investigación y la causa correspondiendo cada etapa a un funcionario diferente sin subordinación funcional; la acusación, que la formula el funcionario instructor en forma exclusiva, es provisional para dinamizar la etapa del juzgamiento que se había tornado meramente formal.

La favorabilidad a que se refiere el mandato del artículo 26 de la Carta debe operar, como bien lo ha precisado la jurisprudencia (sentencia de abril 5 de 1974, Foro Colombiano, T.X., Nº 58, página 457), únicamente en el tránsito de legislación, esto es, cuando la ley sustantiva o procesal que venía rigiendo deja de aplicarse porque la sustituye otra cuya vigencia hace imperativa su aplicabilidad.

Es aquí donde juegan papel importante los principios de la ultractividad y retroactividad de la ley en materia criminal según que sea más favorable la que regía o la que entra a regir. Ese es el mandato constitucional reproducido en el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal para que opere frente a las normas procesales que se expidan con posterioridad a su vigencia.

La presencia del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal significa que no ha existido tránsito legislativo en aquellos procesos a que se refiere dicho precepto, es decir, el Código Procesal de 1971 no ha sido derogado para ellos en la medida en que el legislador ha querido que continúe rigiendo hasta la terminación de tales procesos.

No hay, por consiguiente, contradicción alguna entre los artículos 5º y 677 del Código, ya que la competencia señalada en el "código anterior" es actual, vigente y por lo mismo de aplicación inmediata.

En tales condiciones, no es de recibo la tesis del impedimento, la del cambio de competencia en virtud de lo señalado por el artículo 535 inciso 2º, porque tal precepto solamente es aplicable a los procesos que se ritúan con el procedimiento especial que admite resolución acusatoria por jueces de instrucción criminal, aspecto que no ha tenido ocurrencia en el presente caso y no es posible "ajustarlo" al actual porque quedó reglado expresamente por el procedimiento tradicional que el legislador le señaló en el artículo 677 referido.

En caso similar, recientemente la Corte sostuvo:

> Es bien claro, y no admite interpretación distinta el contenido del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal actual (Decreto 050 de 1987), que determina el procedimiento para los asuntos penales que al momento de entrar en vigencia, se hallaban con auto de cierre de investigación ejecutoriado.
>
> Ello, a no dudarlo, por cuanto el nuevo estatuto consagra modificaciones sustanciales en cuanto a competencia y la ritualidad en el proceso penal. Precisamente lo que el legislador quiso evitar fue el traumatismo que suele presentarse en el cambio de legislación; de ahí que, consideró pertinente mantener la vigencia del Código de Procedimiento Penal previsto en el Decreto 409 de 1971, exclusivamente para aquellos asuntos que se encontraban con auto de cierre de investigación ejecutoriado, pues siendo la etapa del juicio la columna vertebral del juzgamiento, ésta debía concluir de acuerdo con las disposiciones existentes para su desarrollo, en guarda del principio constitucional del debido proceso". (Auto de agosto 27 de 1987, expediente 2.162, acta Nº 058).

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento presentado por el señor Magistrado Julián Urbina Ospino, para integrar la Sala de Decisión en este proceso. En firme, devuélvase la actuación al Tribunal de origen para lo de ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

La interpretación errada que puede configurar violación directa de la ley sustancial, se refiere a la norma aplicada en la sentencia y que, por tanto, ubicada frente a los hechos materia del proceso, llega a determinarla

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta Nº 72.

Vistos:

Se decide el recurso de casación contra la sentencia emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 13 de noviembre de 1986, interpuesto por la defensora de los procesados *James de Jesús Escobar Gil y Jhon Carlos Salazar Osorio,* a quienes se les condenó por conducta contemplada en la Ley 30 de 1986, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y las accesorias correspondientes.

Antecedentes y actuación procesal:

1. El 21 de enero de 1986, unidades del Departamento de Policía Caldas efectuaron allanamiento en la casa número 13-42 de la carrera 16 de Manizales, para verificar la existencia de una venta de bazuco, de la que habían recibido información. Dentro del inmueble, en el que no existían muebles y enseres propios de una casa de habitación, fueron hallados seis tubos plásticos que estaban ocultos, y una papeleta en el marco de la ventana que daba a la calle, todos los cuales contenían una sustancia, que sometida a examen químico en los laboratorios del DAS, reveló ser "bazuco" en cantidad total de setecientos miligramos (0.700 mg.); igualmente, fueron encontrados elementos tales como tijeras, recortes de papel y una cuchara, y se capturó a los individuos James de Jesús Escobar Gil y Jhon Carlos Salazar Osorio, el primero de los cuales es hermano de otro sujeto aprehendido en el mismo apartamento en allanamiento que también efectuó la policía por hechos idénticos a los que determinaron la diligencia del 21 de enero de 1986.

2. A la investigación correspondiente fueron vinculados los capturados mencionados y la dueña del inmueble —ésta en calidad de encubridora—. Salazar en la diligencia de indagatoria, afirmó no ser consumidor de estupefacientes, mientras que la esposa de Escobar aseveró lo mismo de éste, pero cuando a petición de su apoderado ampliaron su injurada, se declararon adictos a tales sustancias y dijeron que la que les

fue decomisada estaba destinada para su uso personal. Sin embargo, sometidos a pericia pertinente, el siquiatra forense encontró en ambos ausencia de signos y síntomas propios del adicto, y consideró que tal adicción se hacía surgir de las afirmaciones de los acusados exteriorizadas de manera "inconsistente y poco sustentable". El juzgado del conocimiento los comprometió en juicio por venta de estupefacientes, pero al conocer por apelación el pronunciamiento el Tribunal, éste modificó el cargo en el sentido de atribuirles el de "conservación" de las sustancias, con la aclaración de que, pese a la comisión del delito en vigencia del Decreto 1188 de 1974, por resultarles más benéfico el enjuiciamiento de acuerdo a la Ley 30 de 1986, dado el notable incremento de las penas para los delitos tipificados en el artículo 38 de aquel Estatuto por virtud del Decreto 1060 de 1984, se prefería la citada ley, específicamente en su artículo 33, inciso primero. En la audiencia pública la apoderada de los encausados adujo que considerada su condición de adictos, la sentencia debía proferirse de conformidad con el inciso segundo de esa misma disposición, pero en las dos instancias los falladores, tras advertir que la conservación materia de la impugnación estaba destinada a la venta, y rechazar con fundados razonamientos la alegada drogadicción de los acusados, le dieron aplicación al cuestionado inciso primero del artículo 33. Les impusieron como pena, la mínima en él contemplada.

La demanda y el concepto del Ministerio Público:

A través de la causal 1ª, inciso 1º del artículo 580 del Código de Código de Procedimiento Penal de 1971, un cargo se formula a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que se considera violatoria en forma directa por errada interpretación, de los incisos primero y segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

En criterio de la recurrente, la errada interpretación del inciso segundo preanotado, resultó de las consideraciones del Tribunal para no darle aplicación en respuesta a sus argumentos como defensora en la apelación del fallo de primer grado en los que ella consideró más favorables a los procesados, tal aparte por sancionar las conductas del primero pero sólo en su exceso sobre la llamada dosis personal, con pena inferior a la de éste. En su labor hermenéutica el Tribunal armonizó el aparte normativo en referencia con el tercero del literal J, del artículo 1º de la Ley 30, y aclaró que los excesos contemplados en aquél se refieren a la tenencia o conservación con la única y específica finalidad de consumirla personalmente, pero que en tratándose de destinación para la venta, distirbución o suministro, la conducta del sujeto ha de ubicarse indefectiblemente en el inciso 1º del mismo artículo, apreciación esta última que comporta el yerro interpretativo de este inciso por parte del Tribunal según el contexto de la demanda, pues según su signataria, a través del inciso segundo resulta indiferente el uso del exceso, —así se destine a la venta—, siempre y cuando no alcance los topes consagrados en el artículo 38 de la ley.

Finalmente, concreta la pretensión en la casación parcial del fallo, con el fin de que la Corte dosifique la pena con arreglo a las previsiones del inciso segundo del artículo 33 de la citada Ley 30 de 1986.

2. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita mantener el fallo impugnado, no sólo porque en su opinión la demanda es contradictoria al pregonar la errada interpretación simultánea de los incisos primero y segundo del artículo 33 de la Ley tantas veces mencionada, lo que la hace inepta sino porque tampoco sus argumentos resultan atendibles. A este respecto, con fundamento en el artículo 1º, literal J de la misma ley y en vista de que procesalmente se estableció que la destinación de la sustancia incautada era la venta o suministro, considera que la adecuación de la conducta fue acertada.

Consideraciones de la Sala:

1. La casacionista considera que el sentenciador interpretó erradamente los dos incisos del artículo 33, debido al estudio que el Tribunal adelantó en su fallo para excluir el segundo y en réplica a sus argumentos de defensora y para motivar la aplicación del primero, como así en definitiva lo hizo.

De esta suerte, la falla técnica que advierte el Ministerio Público en la demanda, hace relación a la invocación a un tiempo, de la errada interpretación de dos apartes normativos con distintos efectos, de los cuales sólo uno tuvo aplicación en la sentencia, ya que la referencia en ella consignada al otro, se hizo justamente para descartarlo. En este sentido ciertamente la demanda exhibe, no una contradicción insalvable, sino una falta de precisión, porque no se tuvo en cuenta que la interpretación errada que puede configurar violación directa de la ley sustancial, es de la norma aplicada en la sentencia y que por tanto, ubicada frente a los hechos materia del proceso, llega a determinarla.

2. Sin embargo de lo anotado, y como lo prevé el señor Procurador, tampoco los fundamentos de la demanda tienen asidero.

La situación fáctica acreditada procesalmente, indicaba el deber del sentenciador de acoger el primer aparte del artículo 33 y hacerle surtir los efectos punitivos que conlleva. Los acusados no eran consumidores de drogas o sustancias estupefacientes, ni tampoco, de haberlo sido, tenían la decomisada destinada a su uso personal; era el comercio su destinación, y esta circunstancias impedía la aplicación del inciso segundo que se reclama. Por ello el artículo primero de la Ley 30 dispone en su literal J, que "no es dosis para uso personal la sustancia, cualquiera que sea su cantidad, que el portador destine a su distribución o venta"; y no es por casualidad que el Decreto reglamentario de la ley 30, el número 3788 del 31 de diciembre de 1986, reafirme este criterio legal en su artículo 4º, al disponer: "Cuando la cantidad de estupefacientes no supere la indicada como dosis para uso personal y se tenga para su distribución o venta, la conducta del sujeto activo se sancionará conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986".

Y como es el primer inciso de tal artículo el que describe las conductas punibles, es allí a donde ha de transferirse el entendimiento de la disposición reglamentaria.

Interpretó pues, correctamente el Tribunal el aparte preceptivo en que se fundó la sentencia recurrida, es decir, el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986. De acogerse el criterio de la demandante,

terminaría la misma ley cohonestando el sutil e ilícito comercio que a través de los vendedores al menudeo se realiza diariamente, y que por medio de ínfimas porciones como la decomisada en este proceso, es a la postre la forma última pero más eficiente de colocación en el mercado de las cantidades grandes y apreciables de donde aquellas resultan.

No prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Salvamento de voto; *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

El desconocimiento de un atenuante en la conducta del procesado, no tiene cabida en la causal 4ª de Casación que consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior. Su impugnación deriva hacia la causal primera por violación indirecta de la ley, que es claramente improcedente en juicios con jurado

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 072.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de 30 de septiembre de 1986, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que confirmó la dictada por el Juzgado 2º Superior de Palmira, con fecha 22 de julio del mismo año, por medio de la cual se condenó a Medardo Ocampo Giraldo a la pena principal de diez (10) años de prisión, por el delito de homicidio.

Hechos:

Historian los autos que a eso de las nueve de la mañana del día 1º de noviembre de 1983, por motivos no esclarecidos suficientemente dentro del expediente, se suscitó una riña en la que participaron *Medardo Ocampo Giraldo, Pablo Ibáñez* y *Armando Hurtado Cabal,* que tuvo su iniciación en la tienda de propiedad del señor *Evelio Antonio Correa Bermúdez,* ubicada en la calle 32 con carrera 30 de la ciudad de Palmira, habiendo continuado en la calle, para finalizar en el mismo sector cuando el nombrado Medardo Ocampo Giraldo, quien se encontraba dentro de su casa, al aceptar los desafíos de sus oponentes, salió provisto de arma blanca con la que hirió mortalmente a Armando Hurtado Cabal, cuyo deceso se produjo por anemia aguda.

Terminado el trágico episodio con los resultados conocidos y que por las circunstancias temporales y modales que lo revistieron, constituyó singular espectáculo para los residentes de la zona que sirvió de teatro del mismo, mientras Armando Hurtado Cabal pasó a descansar en la tumba, su victimario Medardo Ocampo Giraldo optó por eludir la presencia y acción de las autoridades, como que se ausentó del lugar por 23 días, presentándose después voluntariamente ante el Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Palmira que adelantaba el sumario.

Actuación procesal:

1º Producido el encarcelamiento de Medardo Ocampo Giraldo por presentación voluntaria hecha ante el funcionario instructor el día 23 de noviembre de 1983, esto es, después de los acontecimientos dentro de los cuales perdió la vida Armando Hurtado Cabal, aquél debidamente asistido por un apoderado fue oído en declaración de indagatoria y por auto del 29 del mes y año citados, se profirió medida detentiva en su contra, pero posteriormente se le concedió la libertad provisional con fundamento en el numeral 7º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984.

2º Precluído el término instructivo dentro del cual se recaudó abundante prueba testimonial y se practicaron los careos que se consideraron necesarios, por auto de 12 de septiembre de 1984, se ordenó el cierre de la investigación por el juzgado del conocimiento.

3º Mediante providencia del 5 de diciembre del mismo año, el Juzgado Segundo Superior de Palmira calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio para Medardo Ocampo Giraldo, por el delito de homicidio "simplemente voluntario o de propósito" y con la intervención del jurado de conciencia, compartiendo de esta manera el concepto del Ministerio Público sobre ausencia de la causal de justificación alegada en la indagatoria por el sindicado.

4º El 16 de enero de 1986, el doctor Jesús Hernán Trujillo se posesionó como defensor de oficio del enjuiciado, habiéndosele notificado el auto de proceder, pero no interpuso ningún recurso contra el pliego de cargos y como las demás partes tampoco hicieron uso del derecho de impugnación, dicha providencia alcanzó ejecutoria.

5º Abierto el juicio a pruebas, el Ministerio Público solicitó la práctica de una inspección judicial con reconstrucción de los hechos, diligencia que consideró importante para determinar con precisión la verosimilitud de los testimonios y la inmediatez de lo observado, así como su ubicación en el momento de los hechos, prueba que fue denegada por auto de 29 de enero de 1986, por haberse considerado inconducente e innecesaria para determinar los aspectos determinados por la fiscalía, habida consideración de que en el auto calificatorio fueron evaluadas las versiones de quienes aparecen como testigos presenciales de todo o parte de los acontecimientos, amén de que "el acusado en ningún momento ha negado la comisión del hecho". Esta decisión tampoco fue recurrida por las partes.

6º El 8 de julio del año citado, se celebró la audiencia pública con el cumplimiento de las ritualidades legales, según se desprende del acta respectiva y como generalmente acontece en el desarrollo de esta clase de actos procesales, quienes intervinieron en el debate asumieron posiciones opuestas, pues mientras el Ministerio Público y el representante de la parte civil coincidieron en pedir al jurado de conciencia que respondiera afirmativamente el cuestionario sometido a su consideración, el defensor del encausado solicitó al Tribunal Popular emitir el siguiente veredicto: "No es responsable porque obró en legítima defensa de su vida". Sin embargo, los jueces de conciencia respondieron el cuestionario diciendo: *"Sí es responsable del delito de homicidio"*.

7º Mediante providencia de 22 de julio de 1986, el juzgado de conocimiento acogió el veredicto e impuso a Medardo Ocampo Giraldo diez años de prisión como pena principal, decisión contra la cual el encausado y su defensor interpusieron recurso de apelación.

8º El Tribunal Superior de Cali confirmó el fallo de primer grado, mediante sentencia de 30 de septiembre del mismo año, la que fue recurrida en casación.

La demanda de casación:

Con invocación de la causal cuarta de casación, que consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, el defensor del sentenciado Medardo Ocampo Giraldo, impugna la sentencia de segundo grado al considerar que el Tribunal la dictó en juicio viciado de nulidad. Plantea dentro de este tema cuatro cargos.

Primer Cargo:

Descansa para el censor este cargo en el hecho de que dentro del término probatorio el Ministerio Público solicitó la práctica de Inspección Judicial con reconstrucción de los hechos por haber considerado de importancia establecer con precisión la verosimilitud de los testimonios y la inmediatez de lo observado, así como la posición o ubicación que ocupaban los declarantes en el momento de los hechos. Explica el recurrente que "al negar la prueba, ya en la etapa del juicio y solicitado por la representante de la sociedad y al no haberla ordenado en el lapso de la instrucción hubo relievanza, eso sí, de inercia censurable en el señor juez, amén de un obstáculo invencible en el ejercicio de la defensa, máxime si el procesado siempre ha sostenido haber actuado en defensa legítima de su vida".

"Para el acto público de juzgamiento, era menester la existencia de las medidas, el sitio desde donde cada testigo dice haber visto u oído; si era posible o no que desde tal ubicación hubiese podido ver y oír".

"Y tan ello es así que para no reconocerle la circunstancia modificadora instituída en el artículo 60 del estatuto de penas —folio 239—, se vale de un sólo testimonio el de Yolanda Suaza, sin haberse podido saber si esta mujer podía no oír (sic) y ver desde el sitio en que dice haber escuchado las ofensas de mi defendido a quienes le ofendieron y muy gravemente y que llevaron a la honorable Sala a consignar —folio 347 *in fine*—: "...y en alguna forma fue llevado a la agresión por la actuación de, por lo menos uno, de sus contrincantes...".

Concluye el casacionista expresando que "era menester escudriñar, con la reconstrucción de los hechos, de qué manera acaecieron..., cuáles testigos dijeron la verdad, cuáles faltaron a ella... palpable es, en síntesis, en el caso *sub exámine*, la violación del debido proceso en sus dos formas, en la inobservancia de las formas propias del proceso y en la vulnerabilidad del derecho de defensa".

Segundo Cargo:

También se refiere a la "violación de las formas propias del juicio y del derecho de defensa", por omisión de requisitos legales en el auto

de proceder en razón a que a pesar de que el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal anterior exige que en el auto calificatorio debe expresarse o indicarse el nombre del procesado, su edad, estado, naturaleza, domicilio y oficio o profesión si fueren conocidos, ello se omitió inexplicablemente, cuando de acuerdo con la norma citada es obligación del juez "realizar, y no de cualquier manera, sino exhaustivamente, 'el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado' ". Enfatiza el censor que el juez se limitó a transcribir parte de las versiones de los testigos sin especificar absolutamente nada sobre cada una de las declaraciones "sin decir cuál o cuáles le otorgan base jurídica cierta para imputarle al procesado la comisión del ilícito y no reconocerle, por sobre todo, la justificante alegada".

Tercer Cargo:

De igual manera el recurrente ataca la sentencia de segundo grado, por inobservancia de las formas propias del juicio y violación del derecho de defensa, por "Omisión de 'elementos de prueba que pudieran señalar otros ingredientes en la conducta del homicida'; desconocimiento de una circunstancia modificadora de la responsabilidad en forma arbitraria", por cuanto a juicio del recurrente, se desconoció la existencia de una circunstancia modificadora de la responsabilidad que la prueba está pregonando, por haberse omitido el estudio o simplemente realizado un análisis somero de varias pruebas testimoniales cuyas partes pertinentes transcribe.

Cuarto Cargo:

Está sintetizado en el hecho de que el jurado de conciencia al responder el cuestionario que fue sometido a su consideración "si es responsable del delito de homicidio", conculcó las formas propias del juicio, por cuanto "únicamente puede incursionar sobre los hechos y para ello fue instituido, más nunca, en momento alguno sobre el mundo jurídico reservado al juez de derecho".

Concepto de la Procuraduría:

Previo examen de cada acusación, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita rechazar las peticiones formuladas, con planteamientos a los cuales se hará referencia al contestar esta Corporación los motivos de impugnación.

Consideraciones de la Corte:

Como aparece del anterior resumen de los cargos presentados por el censor, dirigidos todos a la nulidad del proceso, éstos se apoyan en la nulidad constitucional, por quebranto de las formas propias del juicio y del derecho de defensa del procesado. Debe verificarse en relación con cada una de las alegaciones respectivas, si éstas tienen la entidad suficiente para constituir un desconocimiento de las garantías sustanciales que configuran el debido proceso y si además, dada su naturaleza, son susceptibles de formularse a través de esta causal.

1º El rechazo del juzgado del conocimiento a decretar la práctica de la inspección judicial solicitada por el representante del Ministerio Público en la instancia, no produce el efecto de invalidez pretendido, no obstante que tal petición se conformara a los requisitos previstos por la ley.

Debe anotarse, en primer término, que tal decisión negativa se adoptó oportunamente y mediante providencia que al no ser reclamada por las partes, ni concretamente por quien la solicitó, quedó en firme y produjo los efectos necesarios. Por manera que no podría afirmarse que por este aspecto se violó el derecho de defensa, amén de que tampoco se formuló reclamo alguno al respecto en la actuación subsiguiente.

Por otra parte, tal decisión se fundó en consideraciones razonables, consistentes en que no era necesaria la prueba solicitada, atendida la versión del imputado que admitía el hecho y que las versiones de los testigos resultaban claras, sin ser necesaria su verificación, ni dejar de advertir que se examinaron en el auto de proceder.

Tales razones resultan fundadas, debiéndose anotar que si bien la diligencia aludida reviste en muchos casos una especial importancia, corresponde al juez, conforme a su criterio y a lo que resulte de la realidad procesal, adoptar la determinación respectiva, que se comprende dentro de su facultad para examinar la procedencia de determinados elementos de convicción. Así se procedió en este caso, sin que por tanto se deduzca la violación de las formas del juicio ni aparezca en qué forma tendría incidencia sustancial, vistas las manifestaciones de los deponentes, que fueron suficientemente claras, verdades aceptadas por la Fiscal de la causa dentro del desarrollo del debate público.

2º Tampoco existe nulidad, como lo reclama el actor, por no haberse consignado las condiciones personales del procesado, a quien se identifica con su nombre y remisión a los datos que al respecto contiene el proceso. Pues tal exigencia de la ley tiene por objeto señalar con exactitud a la persona físicamente inculpada, sobre lo cual no existe duda en este caso, razón por la cual no puede admitirse la existencia de irregularidad que en forma alguna afecte el trámite procesal.

De otra parte, no sería procedente el cargo de la omisión en el análisis de ciertos testimonios, puesto que la invocación de la causal de nulidad, prácticamente conduciría en la violación indirecta de la ley, causal primera, lo cual resulta impertinente en aquellos procesos con la intervención de jurado de conciencia, conforme lo tiene establecido profusamente esta Sala. Con todo, no sobra la advertencia hecha por el Procurador Delegado, cuando expone: "De la lectura del auto de proceder, se desprende que el juez del conocimiento sí efectuó un análisis del material probatorio aportado y que su decisión fue producto del estudio de las pruebas, luego mal puede afirmarse que como lo hace el censor, el juez haya omitido tal requisito".

3º El planteamiento contenido en el tercer cargo, hace referencia al desconocimiento de la atenuante en la conducta del procesado que afirma existe conforme a los elementos probatorios que se indican, con perjuicio de la defensa.

Se considera que la alegación referida no tiene cabida dentro de la causal invocada, pues implica no un vicio de trámite, ni desconocimiento de garantías sustanciales, sino un replanteamiento en la apreciación de la prueba, a fin de deducir la demostración de la circunstancia modificadora, para lo cual se hace referencia a algunas anotaciones de la sentencia recurrida.

Lo anterior significa que la impugnación derive hacia la causal primera por violación indirecta de la ley, que resulta claramente improcedente en juicios con jurado, como se anotó en el acápite anterior. Y así no es procedente entrar a examinar este aspecto, aunque se proponga con efectos de nulidad, pues en el fondo equivaldría a efectuar el examen referido.

Por lo demás, se parte del supuesto de que la prueba no fue evaluada en la calificación, con el resultado indicado. Al respecto es suficiente lo expresado para responder el cargo aludido, dado que el funcionario al analizar el acervo probatorio no reconoció a éste el efecto que pretende el actor.

Para rechazar esta censura, anota la Procuraduría que el procesado planteó la legítima defensa y no la ira, mencionada por el recurrente, sobre la cual nada se dijo y se rechazó en la calificación, no por desconocerse la realidad procesal, sino como consecuencia del análisis respectivo.

Es más, durante el debate público ninguna de las partes demandó el reconocimiento de la diminuente de responsabilidad ahora pretendida en sede de casación, pues el señor defensor del encausado centró sus argumentos a demostrar la existencia de la legítima defensa, pero su tesis no fue acogida por el Tribunal Popular.

4º El haber contestado el jurado el cuestionario "Sí es responsable del delito de homicidio", no constituye irregularidad que pueda originar invalidez, ya que el veredicto emitido en tal sentido no implica un pronunciamiento jurídico con desplazamiento de la función del juzgador, sino la respuesta a la pregunta formulada, en donde se condensan los elementos propios de la infracción y en relación con la cual estuvieron referidas las intervenciones de las partes. Luego el cargo que sobre el paritcular se hace, como los anteriores, tampoco está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Técnica

Hay falta de técnica, tanto cuando se alega la causal 4ª de Casación prevista en el artículo 580 del Estatuto Procesal de 1971, sin que el recurrente señale concretamente en qué se hace consistir y sin demostrar su aserto, como cuando se esgrime una pretensa nulidad y el cuestionamiento radica en haberse aplicado indebidamente un precepto sustantivo

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

Magistarado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado Acta Nº 72 de octubre 27 de 1987.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de nueve (9) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad, contra *Octavio Díaz Hortúa,* como autor responsable del delito de homicidio, despacho que le impuso la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y como accesorias la de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad. El abogado defensor del procesado interpuso contra esa decisión el recurso extraordianrio de casación, el cual fue legalmente concedido y admitido por la Corte. Presentada la demanda sustentatoria del recurso, fue declarada ajustada a los requisitos legales; corridos los traslados de rigor y oído el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, procede la Corte a resolver el recurso.

Hechos:

Se procesó y condenó a Octavio Díaz Hortúa por haberle ocasionado la muerte con arma cortopunzante a su novia Blanca Rosa Mora, y lesiones personales a María Secundina Mora.

Actuación procesal:

1º La investigación fue adelantada por el Juzgado Quinto de Instrucción de Fusagasugá, siendo calificado el mérito del sumario con llamamiento a juicio para responder por los delitos de homicidio y lesiones personales por el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá.

2º Tramitada la causa, celebrada la audiencia pública, el jurado popular señaló la responsabilidad penal de Díaz Hortúa por el delito

de homicidio, reconociéndole el atenuante del artículo 60 del Código Penal, al tiempo que lo absolvió por las lesiones personales. El Juzgado Superior acogió tal veredicto y condenó en la forma ya referida, decisión que confirmó integralmente el Tribunal Superior.

La demanda de casación:

El actor impugna la sentencia del Tribunal Superior haciéndole un único cargo dentro del marco de la causal cuarta de casación, el cual hace consistir en la nulidad parcial de la sentencia por violación del artículo 163 de la Constitución Nacional.

Para sustentar este cargo, señala el casacionista que en la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Superior y confirmada integralmente por el Tribunal, se condenó a su asistido a la pena accesoria de "suspensión de la patria potestad, si la tuviere".

Y en la parte motiva de las decisiones del Juzgado y del Tribunal, no se hace ninguna referencia sustentadora de tal sanción, con lo cual, se ha actuado en contrariedad con lo mandado por el artículo 163 de la Constitución Nacional que ordena la debida motivación en las sentencias judiciales.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en su concepto solicita a la Corte se desestimen las peticiones de la demanda.

Consideraciones de la Sala:

La reseñada demanda de casación está destinada a no prosperar por estrictas razones de técnica que constituyen escollo insalvable que impide el análisis de fondo de la censura formulada por el recurrente.

En efecto, en primer término conviene precisar que la Corte de manera reiterada y uniforme, ha venido afirmando que cuando se alega la causal cuarta de casación (nulidad), prevista en el artículo 580 del estatuto procesal que acaba de perder vigencia, "no le basta al recurrente con enunciarla; sino que debe señalar concretamente en qué se hace consistir y demostrar su aserto. Si de nulidad constitucional se trata, habrá de referirla al artículo 26 de la Constitución Nacional e indicar la naturaleza de su violación. Si, en cambio, apunta a una de carácter legal, imperativo le es señalar en cuál de las establecidas en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal incurrieron los juzgadores. Si, en vez de esto, se limita a invocarla y la deja huérfana de precisión y de prueba, habrá de desecharse el cargo". (Casación de abril 29 de 1980. Magistrado ponente, Dr. Alfonso Reyes Echandía).

De manera que, habiendo omitido en su demanda el recurrente la cita del artículo 26 de la Carta Política, que es indudablemente el canon superior que consagra en nuestro sistema jurídico el conjunto de garantías procesales llamado genéricamente "debido proceso", incurrió en defecto que por sí solo habría dado lugar a que la Corte se inhibiera del estudio correspondiente.

Pero además del aserto anterior, advierte la Corte otro error de técnica en la formulación del cargo que inexorablemente y sin remisión a dudas, conduce a la desestima de la demanda, y que consiste específicamente en haber esgrimido como fundamento de todo el ataque al fallo de instancia una pretensa nulidad, invocando al efecto la causal cuarta del artículo 580; cuando lo indicado era en el caso sub lite, *acudir al cuerpo primero de la causal primera de aquella disposición, por virtud a que el fenómeno jurídico que es materia de cuestionamiento por el libelista, radica en haberse aplicado indebidamente un precepto sustantivo que no estaba llamado a regular la situación fáctica comprobada en los autos.*

De lo antecedentemente expuesto, surge con palmaria claridad que el cargo debe desecharse por no haber sido propuesto a través de la causal primera, cuerpo primero, (violación directa), que era la indicada, no solamente por la finalidad que con su recurso persigue el censor, sino también por la consecuencia jurídica que se derivaría de llegar a prosperar. Esto es, sentencia de sustitución dentro de cuyas motivaciones se consignaría expresamente el análisis juicioso y ponderado que habría de sostener o no la imposición de la pena accesoria que ocasionó la inconformidad del casacionista.

Suficientes los anteriores planteamientos para que de acuerdo con el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar la sentencia recurrida.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario

CAUSAL PRIMERA. Técnica

La causal primera implica siempre y en todo caso una violación de la ley sustantiva a la cual puede llegar el fallador de segunda instancia por dos vías: la directa y la indirecta

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 73.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de 30 de abril de 1987, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó el fallo del Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad, que condenó a *Argemiro Guzmán Ortiz* a la pena principal de 24 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de falsedad en documentos y abuso de confianza.

Hechos:

El señor *Marco Tulio Cifuentes Galindo,* denunció a *Argemiro Guzmán Ortiz,* por cuanto éste como litigante se comprometió a cobrarle judicialmente una letra de cambio por la suma de $ 185.000, suscrita por *Macedonio Arias,* la cual cobró, pero se apropió del dinero.

Posteriormente y para demostrar que había devuelto el dinero, elaboró un recibo falso donde consta que sí le pagó el valor del precitado título valor.

Actuación procesal:

1. Con fundamento en la denuncia presentada por Marco Tulio Cifuentes, el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Ibagué inició la correspondiente investigación, en desarrollo de la cual se recepcionó indagatoria a Argemiro Guzmán Ortiz, se allegaron diversos testimonios y se practicaron estudios grafológicos al recibo presuntamente firmado por el denunciante.

2. El Juzgado Cuarto Superior de Ibagué llamó a responder en juicio al procesado por los delitos de falsedad documental y abuso de confianza; en la etapa probatoria de la causa, se practicaron algunas pruebas, entre las cuales se encuentra un nuevo peritazgo grafológico.

3. Celebrada la audiencia pública, el juzgado del conocimiento, profirió el mencionado fallo condenatorio, que fue confirmado por el Tribunal Superior en los términos ya referidos, decisión contra la cual se interpuso el recurso de casación que ahora decide la Sala.

Demanda:

Con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera de casación, el demandante impugna la sentencia del Tribunal por considerarla violatoria de la ley sustancial, por "infracción directa y aplicación indebida". Señala que se violaron los artículos 215 y 310 del Código de Procedimiento Penal anterior y el 26 de la Constitución Nacional, pues es, "...requisito indispensable para que se tipifique el delito de falsedad, el dolo...", y al faltar este elemento, el delito es inexistente.

En orden a demostrar la violación directa propuesta, se refiere a los tres dictámenes periciales "que son completamente distintos entre sí", razón por la cual no puede colegirse la plena prueba, ya que prevalece la duda básica para la absolución.

Luego, colige, que concurre un "error de hecho" al afirmarse que la alteración se hizo, "lo cual no se puede sostener", porque "los dictámenes legales no dan ese convencimiento...".

Pero a renglón seguido, expone que nos encontramos ante un "manifiesto" error de hecho, "...ya que el análisis de las pruebas riñe con la realidad procesal".

Con este análisis, concluye, que se violaron por aplicación indebida los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal y 211 y 358 del Código Penal, y por falta de aplicación el 216 del Estatuto Procedimental.

Consideraciones de la Corte:

1. Presupuesto técnico. *Incansablemente ha recordado esta Corporación, la ténica precisa señalada por el legislador para recurrir en vía de casación con base en la causal primera, insistiendo en que lógica y jurídicamente no es posible confundir la violación directa con la indirecta de la ley sustancial.*

La causal primera implica siempre y en todo caso una violación de la ley sustantiva a la cual puede llegar el fallador de segunda instancia por dos vías: La directa se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal, o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado, o se ha dado a la ley un alcance distinto al querido por ella. En cambio, la indirecta, concurre cuando el quebranto del precepto legal proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas dos hipótesis, que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haber incurrido el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho manifiesto en autos.

Se trata, de dos aspectos técnicos distintos: En la violación directa el demandante que la alega acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo y "sólo es susceptible de demostración a través de razona-

miento directo, a base de juicios lógicos y jurídicos, sobre el contenido intelectual del fallo, es decir, sobre el derecho en él aplicado, pero admitiendo en todo caso la verdad de la fundamentación fáctica de la sentencia", como lo afirmó didácticamente la Sala en anterior oportunidad. (Casación de agosto 22 de 1969, Gaceta Judicial, *CXXI, Nos. 2314 a 2316, página 301).*

A diferencia de lo que ocurre en la violación directa, en la indirecta el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca ostensible, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

No es posible, en consecuencia, acudir a la violación directa de la ley penal material controvertiendo la prueba.

2. Imposibilidad de estudiar una causal distinta a la propuesta. En el loable interés de analizar todas las posibilidades jurídicas que pueda presentar la demanda, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de considerar, acertadamente, que en la demanda se advierte "el desconocimiento de la técnica casacional" y afirmar que no es posible cuestionar la prueba si se invoca el primer cuerpo de la causal primera, estudia los cargos que califica como "desquiciamiento lógico", suponiendo "que el actor quiso referirse a la violación indirecta".

Expreso es el casacionista al inicio y al final de la demanda al afirmar que el ataque a la sentencia del Tribunal lo fundamenta en la causal primera "por infracción directa y aplicación indebida" de la ley sustancial. El desarrollo probatorio que hace sin distinguir entre error de derecho y de hecho, desconociendo la técnica de esta causal, significa que en ningún momento se trata de un "lapsus" y por ende, la Corte no puede entrar a suplir las deficiencias del censor por expresa prohibición del artículo 581 del Código de Procedimiento Penal anterior, aplicable a este caso por mandato del artículo 677 del actual Estatuto Procesal, de conformidad con el cual la Corte no puede tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes.

3. El caso concreto. *Aplicadas estas premisas al libelo objeto de estudio, impera colegir, que la demanda no está llamada a prosperar, ya que en ella se desconoce la técnica que dispone la ley procesal penal para la invocación de la violación de la ley sustancial.*

Se ataca el fallo del Tribunal por "infracción directa y aplicación indebida" de la ley material equivocando la vía de demostración al cuestionar los dictámenes periciales, lo cual significa que el impugnante no admite la prueba, desconociendo, en esta forma el requisito fundamental para la causal propuesta, como es el de no cuestionar la fundamentación fáctica de la sentencia, pues si es cierto, que tanto la infracción directa como la indirecta se comprenden en la misma causal primera de casación, ya que se resuelven siempre en el quebrantamiento de la norma, también es, que no por ello pueden plantearse en conjunto, sino discriminadamente, con el análisis jurídico que demuestre su viabilidad,

a fin de que la Corte pueda saber concretamente cuál es el ataque que se hace en la sentencia.

La confusión en que incurre el libelista, llega hasta el punto de enunciar una posible nulidad constitucional en el mismo cuerpo primero de la causal primera de casación, lo cual no es aceptable a la luz de los principios de independencia de las causales que informa este recurso.

Por tanto, el cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ESTUPEFACIENTES. Estatuto

La Legislación Penal Colombiana, ha venido sancionando el tráfico de la marihuana que lleva a su consumo, tratando siempre con mayor lenidad el cultivo de la planta y con mayor drasticidad su comercio y distribución

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., seis de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 74, noviembre 4 de 1987.

Vistos:

En sentencia del seis de junio de 1984, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al confirmar con modificaciones la del Juzgado 17 Penal del Circuito de la citada ciudad, condenó en definitiva a *Damacio Largo Velasco*, a la pena privativa de la libertad de dos años de prisión, como autor responsable penalmente del delito que define y sanciona el artículo 37 del Decreto 1188 de 1974, al serle encontrado en su poder la cantidad de 128,5 gramos de marihuana.

En oportunidad interpuso contra esta sentencia el recurso extraordinario de casación el señor Fiscal Quinto del Tribunal. Remitido el expediente a la Corte, éste desapareció consumido por las llamas en los trágicos acontecimientos de noviembre de 1985 y ya reconstruido vuelve a la Corte para que se adopte la decisión de rigor.

Hechos y antecedentes procesales:

Se sabía por informes de los vecinos de la Inspección de Policía de San Carlos de la ciudad de Cali, que el señor Damacio Largo Velasco venía cada ocho días desde el municipio de Tacuelló a la ciudad de Cal a vender marihuana.

El conocimiento de este hecho hizo que las autoridades iniciaran su seguimiento al verlo llegar al barrio Lleras Restrepo portando un maletín. Al observar Largo Velasco que era seguido por la Policía, penetró a una habitación de la calle 72, distinguida con el número 23-41 donde fue capturado por las autoridades que encontraron en el maletín que inútilmente había tratado de ocultar, la cantidad de marihuana ya indicada.

El Juzgado 17 Penal del Circuito al encontrar demostrados los anteriores hechos, llamó a responder en juicio penal y luego profirió sentencia contra el acusado por el delito de Tráfico de Estupefacientes

(Art. 38 del Decreto 1188 de 1974), por llevar consigo una cantidad de marihuana destinada al comercio. Fue condenado a la pena de tres años de prisión y multa por la cantidad de $ 5.000.

Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Cali, mediante la sentencia recurrida en casación, consideró que Velasco había quebrantado tan sólo la norma del artículo 37 del Decreto 1188 de 1974, que sanciona con un mínimo de dos años de prisión a quien "sin permiso de autoridad competente, cultive o conserve planta de la cual pueda extraerse marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia física o psíquica...".

Fundamentos de la demanda:

Se invoca como motivo de censura por el señor Fiscal del Tribunal, la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por aplicación indebida del artículo 37 del Decreto 1188 de 1974 "puesto que el enjuiciado es autor responsable del delito de porte de marihuana o llevar consigo en cantidad superior a la dosis personal cerca de media libra de marihuana, hecho punible que está consagrado en el artículo 38 del mismo Decreto, norma ésta que debió aplicarse y no la anterior, porque el artículo 37 sanciona el cultivo o la conservación de la planta, que no es el caso, pues la sustancia se le incautó al procesado en un maletín en condiciones de ser consumida...".

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, a cargo entonces del dector Hernando Baquero Borda, manifestó que coadyuvaba en todas sus partes la demanda de casación formulada por el señor Fiscal Quinto Superior del Tribunal de Cali.

Consideraciones de la Corte:

Ha preocupado mucho al derecho penal y a la sociedad, como conducta que atenta contra la salud pública, el cultivo de plantas y el tráfico de sustancias que al ser consumidas por cualquier vía por el individuo, pueden producir dependencia física o psíquica.

Es la dependencia que puedan producir estas plantas o sustancias, aquello que hace perniciosa y reprochable penalmente su cultivo, comercio y consumo, porque ella es el elemento que esclaviza al hombre y lo determina a asumir una conducta nociva para la comunidad, además de peligrosa para su propia vida, con repercusiones familiares y aún genéticas.

La marihuana o cannabis sativa, tiene tres conocidas variedades: la índica, la americana y la ruderalis Producen estas plantas un alcaloide el delta-tetrahidrocannabinol, que se extrae de las hojas en la variedad americana y en forma de resina especialmente de la flor en la variedad índica, producto éste que se conoce con el nombre de "haschisch".

El tetrahidrocannabinol —THC—, es un poderoso alucinógeno que modifica el estado de ánimo, altera la noción del tiempo, distorsiona la percepción visual y auditiva, produce sensación de irrealidad y como la cocaína, induce o causa dependencia síquica.

La Legislación Penal Colombiana, ha venido sancionando —desde hace muchos años atrás—, el tráfico de la marihuana que lleva a su consumo, tratando siempre con mayor lenidad el cultivo de la planta y con mayor drasticidad su comercio y distribución.

De acuerdo con las convenciones firmadas en Ginebra en 1925 y 1931, a las cuales adhirió Colombia, la República se comprometió a sancionar la producción y venta de drogas estupefacientes que pudieran producir dependencia psíquica o física, por medio de las leyes 68 de 1930 y 18 de 1933.

La Ley 45 de 1946 prohibió el cultivo y conservación de plantas de las cuales pudiera extraerse dicha sustancia y aumentó la sanción para quienes distribuyeran la droga.

La Ley 45 de 1947, prohibe en Colombia el cultivo de árboles de coca (Eritroxilon-coca) y sus variedades y la Cannabis sativa (marihuana) con aumento de pena para la distribución de las hojas de estas plantas.

La Ley 17 de 1973, diferenció en forma clara estas dos conductas, distinguiendo entre cultivar y traficar con estos productos y así en su artículo 1º con el nomen juris de "cultivo y conservación de plantas", sancionó con presidio de dos a ocho años a quien sin permiso de autoridad competente, "cultive y conserve planta de la que pueda extraerse marihuana, cocaína o morfina o cualquier otra sustancia que produzca dependencia física o psíquica".

En su artículo 2º la ley citada bajo el nombre "Tráfico y otras conductas", sancionó con pena mayor de tres a doce años de presidio, a quien "sin permiso de autoridad competente, introduzca al país así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera o suministre a cualquier título, marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga o sustancia que produzca dependencia psíquica o física".

Estas dos formas de conducta, cultivar y traficar, que se integran a dos tipos penales, completamente diferentes, sancionándose el segundo comportamiento con mayor drasticidad, fueron tomadas en el Decreto 1188 de 1974 y repetidas en los artículos 37 y 38, sancionándose en el primero de los preceptos, el cultivo y conservación de la planta con pena de dos a ocho años de presidio y en el artículo 38 el tráfico o comercio de la droga, con pena mayor de tres a doce años y señalando como formas verbales alternativas de la conducta el transportar, llevar consigo, conservar, vender, ofrecer, comprar, formas estas de comportamiento encaminadas a obtener un resultado prohibido por la ley como es el tráfico de estupefacientes que lleva al consumo de la droga.

El nuevo estatuto de estupefacientes, Ley 30 de 1986, conserva idéntica orientación y en su artículo 32 consagra como hecho punible sancionando con benignidad el cultivo y conservación de planta y en su artículo 33 incrementa la pena para todas aquellas conductas alternativas encaminadas al comercio y consumo de los estupefacientes. Convierte en contravención el consumo que hace el adicto de la droga en dosis personal y exonera de sanción el cultivo de menos de veinte plantas y rebaja la pena para plantaciones que superen las veinte matas

sin exceder de cien, entre otras modificaciones. Pero en lo esencial el estatuto vigente, mantiene la diferenciación fundamental entre el cultivo y conservación de planta y el tráfico o comercio de las hojas o sustancias estupefacientes.

Por cultivo y conservación de plantas, debe entenderse en consecuencia, todas aquellas actividades encaminadas a la siembra, riego, abono, cuidado o financiamiento, conservación de la cosecha, en el lugar de su producción y por tráfico toda aquella serie de actividades encaminadas a llevar la droga del sitio de cultivo al consumidor, como transportarla, llevarla consigo, conservarla, importarla, exportarla, cederla o adquirirla a cualquier título.

Con base en las anteriores premisas y analizando ya lo que el Legislador ha querido al definir, diferenciar y sancionar estos dos diversos comportamientos, es necesario concluir que asiste razón al casacionista al impugnar la aplicación indebida de la ley, artículo 37 del Decreto 1188 de 1974, porque en el caso concreto que se examina, no se trata de cultivo o conservación de marihuana en el sentido y alcance que le otorga la ley.

Es evidente, que el ciudadano Damacio Largo Velasco, estaba dedicado al tráfico de estupefacientes y era sabido que regularmente llegaba a Cali con cierta cantidad de droga destinada a su distribución. Fue así como el día de los hechos que originaron la investigación, el procesado fue descubierto cuando llevaba consigo en un maletín, marihuana que luego inútilmente trató de ocultar en una casa o rancho al que penetró sin siquiera conocer a sus moradores y donde fue capturado junto con la droga cuyo comercio, transporte, posesión, etc., prohibe y sanciona la ley en su artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, vigente por entonces.

No se puede en forma alguna, como lo pretende el Tribunal de Cali, asimilar por principio de favorabilidad dos comportamientos tan disímiles como son los contemplados en los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974, reproducidos en los artículos 32 y 33 de la Ley 30 de 1986, por el solo hecho de que en las formas de conducta se encuentre el verbo conservar.

La conservación a que se refiere el artículo 37 del anterior estatuto y reproducido en el 32 de la Ley 30, se refiere a la conservación de planta y en el lugar de la producción. El mismo verbo en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y 33 del nuevo estatuto de estupefacientes, se refiere a la conservación de la hoja o sustancia estupefaciente, fuera del lugar del cultivo y en actividad destinada a su tráfico, transporte o consumo. Ilógico sería pensar que el Legislador hubiese consagrado la misma conducta en distintas normas para darles un trato y una punibilidad diferentes sin razón valedera alguna. Sólo el querer del Legislador de sancionar con mayor drasticidad el tráfico de estupefacientes y que se ha puesto en evidencia a través de las diversas legislaciones sobre la materia, explica esta aparente incongruencia.

Prosperará, en consecuencia, la objeción y la Sala casará parcialmente la sentencia y graduará la pena dando aplicación al artículo 38

del Decreto 1188 de 1974, vigente por la época de los hechos y más favorable a los intereses del sentenciado.

Teniendo en cuenta que se encuentra el juzgador en presencia de un delincuente ocasional y también que la cantidad reducida de droga encontrada en su poder no fue considerable, se aplicará el mínimo de la pena o sea, tres años de prisión y cinco mil pesos de multa.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre da la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Casar la sentencia recurrida y condenar a Damacio Largo Velasco a la pena principal de tres (3) años de prisión y multa de cinco mil pesos, por violación al Decreto 1188 de 1974, en su artículo 38.

Se mantiene el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CUESTIONARIO

La jurisprudencia viene recomendando desde antiguo que se debe precisar en el cuestionario la clase de culpabilidad que nutre el hecho por el cual se juzga

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 75.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado del procesado *Jesús María Rubio Hernández,* contra la sentencia de 24 de marzo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al confirmar la del Juzgado Cuarto Superior, lo condenó a la pena principal de treinta meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, concediéndole la ejecución condicional de la condena.

Antecedentes:

Los hechos materia del proceso los resume así el fallador:

"Historian las actas procesales que en la madrugada del 20 de abril de 1981, a las 0:45 horas, en la carrera 43 con calle 74 de esta urbe, colisionaron los vehículos marca Chevrolet, modelo 1970, placas RA-2237, que conducía José María Rubio Hernández, en dirección sur a norte, con el automotor marca Renault, placas NB-0494, modelo 1975, que manejaba María Dolores Alvarez de Henao, que se desplazaba de este a oeste, siendo esta vía preferencial. Como consecuencia del choque accidente, pereció la niña Martha Lucía Henao Alvarez y sufrieron pequeñas lesiones Inocencia de Alvarado, Gloria Alvarez Velásquez y Claudia Patricia Berdugo".

Rubio Hernández fue enjuiciado entonces por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos (folios 172 y ss.), sobre cuya responsabilidad se le preguntó al Jurado de Conciencia al término de la vista pública, habiendo respondido por mayoría afirmativamente, veredicto que fue acogido por el Juzgado Cuarto Superior mediante sentencia condenatoria del 20 de noviembre de 1986 (folios 255 y ss.). Posesionado un nuevo defensor, —el hoy casacionista—, apeló el fallo y luego solicitó la nulidad con el argumento de que al haberse incluido en los cuestionarios la expresión "de manera culposa", se violó el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal. El Juzgado "se declaró inhibido" para

resolver esa petición, y este proveído fue también objeto de apelación. El Tribunal ratificó sin reparos esas dos decisiones por medio de la sentencia que se recurre ahora por la vía extraordinaria, (Fls. 285 y ss.).

La demanda:

Dentro de la órbita de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de haber sido dictada en un juicio viciado por nulidad supralegal. Dos aspectos comprende esta acusación:

1. Hay nulidad porque los veredictos son "espúreos", toda vez que se basaron en cuestionarios inadecuadamente elaborados, pues no solamente se incluyó en ellos que los delitos eran culposos, sino que en el segundo se preguntó concretamente al Jurado por la responsabilidad en el hecho de "lesiones personales", terminología "puramente jurídica" que, por lo mismo, viola el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, y deduce el actor:

"De ahí que se vulnera la auténtica naturaleza del Jurado si la interrogación sometida a consulta va impregnada de términos jurídicos. Se asalta su naturaleza, se ensombrece su imparcialidad y se maltrata su autonomía.

"Darle denominación jurídica a los hechos destruye la posibilidad del sano proceso porque se deforma el marco legal expresamente instituido y degenera la sustancia misma del Jurado Popular".

2. "Pretermitir normas que regulan los incidentes", refiriéndose el censor a que las dos solicitudes de nulidad que elevó fueron tramitadas con desconocimiento del rito incidental previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, de obligante observancia por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal.

Impetra, pues, que se case la sentencia "y se ordene la reelaboración del proceso a partir de la convocatoria a audiencia pública con intervención del Jurado".

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, considera en cuanto al primer motivo de impugnación que, contrario a lo sostenido por el demandante, la Corte ha recomendado que se incluya en los cuestionarios "la forma de culpabilidad que se atribuye al acusado" y que, además, "los términos 'culpa' y 'lesiones personales', son de tanto y frecuente uso en el argot popular y perfectamente conocidos sus significados en el vulgo, que realmente no se prestan a confusión alguna, máxime en tratándose de los llamados 'accidentes de tránsito'. Prácticamente su acepción jurídica coincide con la conocida por los laicos en derecho, lo que no ocurre en tratándose de otros punibles con denominación cuya significación en verdad tan sólo está al alcance de los entendidos en materia jurídica. Bien puede afirmarse que tales expresiones son propias del lenguaje técnico como del lenguaje común".

Respecto de la segunda censura, se apoya en una sentencia de esta Sala, para concluir que "así, pues, a contrario sensu, si la declaración

de nulidad no está sometida a trámite alguno, mucho menos el rechazo de su pedimento".

Considera entonces que la demanda debe ser desestimada.

La parte civil:

Se opone a las pretensiones del recurrente, alegando, en cuanto al primer ataque, que el vicio afirmado por aquél ha debido esgrimirse antes de que se celebrara la audiencia y no luego de que el fallo fue debidamente dictado teniendo en cuenta, además, la ilustración sobre los hechos y su encuadramiento jurídico, sin que entonces la redacción de los cuestionarios pueda producir alguna confusión. En relación con la especie de culpabilidad, retoma los argumentos del Tribunal y reitera que, por el contrario, es conveniente que la misma haga parte del cuestionario.

En torno al segundo cargo, prohija en su integridad las consideraciones de la Procuraduría, y termina solicitando de la Sala "declare nulo, desierto el recurso de casación".

Consideraciones de la Corte:

Como se vio, la nulidad de rango constitucional que aduce el demandante como motivo de casación, versa sobre estos dos aspectos:

Defectuosa elaboración de los cuestionarios.

Dice el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal:

"Cuestionario al Jurado. *El cuestionario que el juez someterá al jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: El acusado NN es responsable de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darles denominación jurídica)*".

Tal es el precepto procedimental que el actor invoca como transgredido para, por este camino, alegar la violación del debido proceso de cuya tutela se encarga el artículo 26 de la Carta. Sin embargo, la lectura de los cuestionarios que se sometieron a la consideración de los jueces de conciencia que juzgaron a José María Rubio Hernández, no permite arribar a semejante y trascendental conclusión.

En efecto: para el homicidio se preguntó si el procesado "es, si o no, responsable de haber causado la muerte de manera Culposa *a la menor Martha Lucía Henao Alvarez", y para las lesiones "si el procesado es, si o no, responsable de haber causado* Lesiones Personales *de manera culposa" (folios 251 y 252); el resto del texto es idéntico en ambos cuestionarios, y este es su tenor*:

"...El día 19 de abril de 1981, siendo aproximadamente las 11:50 de la noche: Todo en consideración al accidente de tránsito ocurrido entre los vehículos... los cuales colisionaron en la carrera 43 calle 74 de esta ciudad, como consecuencia a que el primero de los nombrados

el automóvil RA-2237, conducido por el enjuiciado, quien transitaba en dirección de sur a norte por la calle 74, no hizo el pare correspondiente en el lugar indicado por los reglamentos de tránsito, invadiendo en unos tres (3) metros, aproximadamente, la vía de la camioneta Break, Renault, de placas RB-0494, manejada por la señora María Dolores Alvarez Henao. Todo de conformidad con el auto de proceder?"

Es, pues, indiscutible que en los cuestionarios se encuentran consignados de manera completa y precisa los hechos materia de la acusación, sobre los cuales versó el debate y los que sirvieron de base a las veredicciones. A esta claridad factual, por así decirlo, se refiere la regla contenida en el artículo 533 citado, cuya prohibición de "denominar jurídicamente" los hechos no persigue cosa distinta a que al Jurado se interrogue por ellos utilizando un lenguaje ordinario o cotidiano, el oído y hablando por el ciudadano común, y no que se emplee una terminología técnica o especializada, en este caso jurídica, que podría colocar al Jurado de cara a un texto indescifrable o por lo menos de difícil comprenisón.

El agredo "de manera culposa", incluido en los cuestionarios, y el cual es estimado por el casacionista como violación al debido proceso, no puede afectar en lo más mínimo lo que de suyo es tan nítido; antes bien: La jurisprudencia viene recomendando desde antiguo que se debe precisar en el cuestionario la clase de culpabilidad que nutre el hecho por el cual se juzga, hasta el punto que la omisión en tal sentido originó, hasta hace relativamente poco tiempo, que la Corte declarara la nulidad correspondiente.

En casación del 13 marzo de 1985, citada por el sentenciador, dijo la Sala sobre este tópico:

"Es de suma conveniencia, en consecuencia, que en los delitos que admiten formas diversas de culpabilidad, el juez incluya en el cuestionario la referencia a la forma pertinente, a 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 atribuída a título de dolo, culpa o preterintención, sin que resultare descartable una responsabilidad puramente objetiva, y justamente para evitar este 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".

Si precisamente el Juez Superior acató dicha indicación, mal puede decirse que con ello introdujo un vicio a los cuestionarios, máxime que en la audiencia se abundó sobre el tema y se ilustró al jurado acerca de la significación de esta concreta manifestación de la culpabilidad.

Menos acertado es el impugnante cuando afirma que al segundo cuestionario lo aqueja un vicio más, cual es el haber nombrado el hecho con las palabras "lesiones personales", que él estima "de estricta significación jurídica". De ninguna manera: El uso y cabal entendimiento de esos dos términos, son patrimonio de todos, y este sentido "natural" es el que emplea en este caso el Código Penal, y mal puede entonces prestarse a confusión.

Este cargo debe entonces rechazarse.

Trámite indebido de las peticiones de nulidad

La segunda violación al debido proceso la hace consistir el actor en que a las solicitudes de nulidad no se les dio el trámite "incidental" contemplado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil.

Pues bien: El Código de Procedimiento Penal en su artículo 212 prevé el rito para la declaración de nulidades, ya oficiosamente, ora a solicitud de parte. De conformidad con este precepto, las mismas se resuelven "de plano", es decir, sin previos traslados ni alegaciones, que sí exigen otros procedimientos. La remisión contemplada en el artículo 8º *ibídem,* no tiene pues aquí ninguna aplicación.

Dijo al respecto la Sala en providencia de 17 de abril de 1971 que cita la Procuraduría:

"La declaración de nulidad en el proceso penal no está sometida a trámite alguno, pues ella se hace de oficio por el juzgador y, *a diferencia* de lo preceptuado para el proceso civil, el juez en materia penal no está obligado a poner en conocimiento de las partes las nulidades que encuentre en el proceso, pues su pronunciamiento al respecto es de plano...". (Se subraya).

Tampoco prospera este reproche.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ESTAFA. FRAUDE MEDIANTE CHEQUE

La emisión de cheque contra cuenta ajena constituye un artificio eficaz para engañar e inducir en error, pero jamás falsedad en documento privado

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta Nº 75.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Quinto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la sentencia del 27 de julio de 1985, emanada de la misma Corporación, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condenó a *Vicente Alvaro Muñoz Paz,* por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, a la pena principal de 27 meses de prisión y multa de dos mil pesos.

Antecedentes y actuación procesal:

En septiembre de 1983, Vicente Alvaro Muñoz Paz entregó a Efraim Sánchez el cheque Nº 1582946 girado por él contra la cuenta corriente 123-02413-5 del Banco Cafetero de Cali, por la suma de $ 50.000, en garantía de un préstamo que éste le otorgó. Al cumplir Muñoz Paz la cancelación de intereses, Sánchez presentó el título-valor para su cobro el 23 de noviembre de 1983, resultando impagado por haberse emitido en talonario correspondiente a "chequera ajena, cuenta cancelada y firma no registrada".

El Juzgado 21 de Instrucción Criminal de Cali, inició la investigación, en desarrollo de la cual oyó en indagatoria al sindicado y profirió en su contra auto de detención inicialmente por el delito de estafa, y cuando se estableció pericialmente por el Instituto de Medicina Legal que dicho cheque fue totalmente elaborado por el procesado, extendió la medida cautelar a la falsedad (folios 57, 37 y 61 cd. original).

El Juzgado Quinto Superior de Cali, a quien correspondió el conocimiento, calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio por el delito de falsedad en documento privado, y sobreseyó definitivamente por el de estafa; apelada tal calificación, el Tribunal del Distrito Judicial de Cali modificó la providencia al extender el vocatorio al delito por el cual se había sobreseído. En consecuencia, una vez concluída la

etapa del juicio, se profirió sentencia condenatoria por un concurso heterogéneo de ambos ilícitos referidos, sentencia confirmada por el Tribunal por la que es objeto de este recurso extraordinario.

La demanda:

Aduciendo que la sentencia se dictó en juicio viciado de la nulidad de orden legal del numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal de 1971, por incompetencia del Juez Superior, el Fiscal recurrente solicita la casación del fallo al tenor del artículo 580, numeral 4º *ibídem*.

Estima que el procesado solamente incurrió en el delito de estafa, y que por consiguiente no tenía competencia aquel funcionario para juzgarlo y condenarlo. Dice que la confección del cheque de cuenta ajena con el que el acusado pagó la mercancía a Sánchez, sirvió, según sus palabras, de "medio de engaño" para el perfeccionamiento del delito de estafa. Que si la firma que Muñoz Paz estampara en el cheque es la suya, la que siempre utiliza para firmar todos sus escritos, "no puede sostenerse que confeccionó un documento falso". Considera que siendo auténtica la firma estampada en el cheque, y habiéndose utilizado éste para obtener un provecho ilícito, no tuvo ocurrencia el delito de falsedad. Afirma que no puede confundirse, como en su sentir lo hizo el Tribunal, el medio utilizado para la creación del documento, es decir, el formato del cheque, con su contenido y firma, elementos éstos que son los que necesariamente sirven para constituir su legitimidad o su falsedad.

El señor Procurador Delegado coadyuva la petición del Fiscal, para que se declare la nulidad de lo actuado, haciendo para el efecto un estudio sobre la viabilidad de la interpretación finalista de nuestro estatuto penal, pues considera que la actual tesis de la Corte de que es posible la existencia del concurso material en los delitos de falsedad y estafa, está inspirada en la concepción causalista del derecho. Dice así en su concepto:

5. Es necesario establecer entonces el contenido y alcance del término *acción* en nuestro Código Penal, debiéndose precisar para este propósito, si se refiere a una acción causal o a una acción final.

La doctrina actual admite por unanimidad que la acción es manifestación de voluntad dirigida hacia un fin concreto. El contenido de esa acción es, por consecuencia, la voluntad. Esta afirmación por lo demás, encuentra evidente respaldo en nuestra ley penal. En primer lugar, por cuanto que en ningún caso podría admitirse que el legislador desconozca o limite la estructura óntica del fenómeno. Y, de otra parte, al señalar el Código en el numeral 2º del artículo 40, como motivo de inculpabilidad el hecho de obrar bajo insuperable coacción ajena, está claramente indicando que cuando el individuo realiza una conducción sin voluntad, esto es, únicamente como causación material, no es culpable; no puede realizarse el juicio de reproche.

6. No cabe duda, entonces, que la acción corresponde a una totalidad, para la cual el agente debe seleccionar los medios indispensables, idóneos, que le permitan lograr el fin propuesto...

Más adelante agrega:

"Ahora, si en la hipótesis que venimos tratando, el agente mentalmente adelanta el fin que se propone, selecciona los medios y si el contenido síquico de su actividad lo dirige por razón de su saber causal, a engañar o crear un falso juicio en la mente de la víctima, para incurrir en defraudación económica artificiosa, es claro que su voluntad no se orienta a lesionar la fe pública sino el patrimonio".

Concluye, a partir de estos razonamientos, que se debió llamar a juicio por el delito de estafa y no por falsedad en documento, pues aquél era la "finalidad propia y directa del agente".

Consideraciones de la Corte:

En el caso a estudio se sostienen tres tesis: La del juez de primera instancia que afirma la existencia únicamente del delito de falsedad en documento privado, la del Fiscal del Tribunal Superior que reconoce solamente la estafa, y la de esa Corporación que predica el concurso de estos dos delitos.

El punto por dilucidar, en primer término, es si la emisión de cheques contra cuenta ajena constituye un delito de falsedad o uno de estafa. De la conclusión a que se llegue, dependerá si la Corte se ocupa del complejo problema del concurso de delitos.

El giro de cheques contra cuenta que no corresponda al girador, de tiempo atrás el legislador le dio tratamiento especial ya para sustraerlo del tipo penal de la estafa, al que pertenece por su propia naturaleza, y darle entidad de conducta antisocial (Decreto 1699 de 1964, artículo 16), ora para considerarlo un delito innominado de carácter especial (Decreto 1135 de 1970, artículo 1º, numeral 4º), ya para reintegrarlo implícitamente al tipo penal ordinario de la estafa (Código de 1980).

La Corte sostuvo, refiriéndose a las diversas conductas tipificadas en el Decreto 1135 de 1970, entre las cuales está la aquí mencionada, que "por lo que hace a la naturaleza del delito, que es el otro elemento necesario para fijar, en este caso, la competencia, se tiene que el giro de cheques sin provisión de fondos, etc., es un ilícito innominado de carácter especial.

En otras legislaciones se le considera como una estafa o como una defraudación, pero en la nuestra no se le ha dado calificación jurídica". (Auto de junio 5 de 1971, CXXXVIII, p. 566).

El Código Penal de 1980, al derogar la legislación especial del Decreto 1135 de 1970, hizo una redistribución, expresa en unos casos e implícita en otros, de las diversas conductas allí referidas, seguramente en atención a las precisiones que había logrado al respecto la doctrina y la misma jurisprudencia.

Dos de esas conductas fueron incorporadas al Código expresamente, como infracciones al patrimonio económico bajo la denominación de "fraude mediante cheque" —fondos insuficientes o carencia de ellos y orden injustificada de no pago—. (Cap. IV del Título XIV), y las dos

restantes implícitamente ubicables en otros tipos penales como el de la estafa, en el caso de cuenta cancelada o saldada, y la falsedad en el evento de "cuenta que no corresponda al girador", si se trata de imitación o fingimiento de la firma, pues de lo contrario será tan sólo estafa.

La Corte, refiriéndose precisamente a esta modalidad en la emisión de cheques, afirmó:

> Tampoco puede hablarse de que en estos casos exista falsedad ideológica del instrumento. Es sabido que esta forma de falsedad documental consiste en que el verdadero autor del escrito haga en el texto del mismo afirmaciones que no correspondan a la verdad, estando obligado a manifestar ésta.
>
> Ahora bien, en nuestra legislación, el cheque es una orden incondicional, dada a un banco, para que pague a una persona determinada, o al portador una suma de dinero. (Art. 713, Código de Comercio).
>
> Una orden, es bien sabido, no constituye afirmación de ninguna especie. Quien ordena está diciendo que debe hacerse algo. Pero no asevera nada...
>
> En derecho comercial, el cheque no encierra afirmación semejante ni ninguna otra. Se limita, como se deja dicho, a una orden escueta. En consecuencia, no puede darse en un título de esta especie la falsedad ideológica. (Prov. nov. 20 de 1974. Magistrado ponente, doctor Luis E. Romero Soto).

Buena parte de la doctrina, tanto internacional como nacional que estudia la falsedad documental, se inclina por señalar que:

> La falsedad ideológica o histórica solamente es punible en la medida en que vaya inserta en un documento cuyas formas sean específicamente señaladas por el Derecho como indicativas de autenticidad, es decir, los documentos públicos, y únicamente serán alcanzados otros documentos en la medida que se muestre indispensable para garantizar ciertos bienes jurídicos mediante la específica incriminación de ciertas falsedades ideológicas en documento privado.
>
> Este reconocimiento deriva de la exigencia preestablecida de que los documentos públicos contengan siempre la verdad, porque tienen la característica de probar por sí mismos, no ya su autenticidad, sino los hechos que en ellos se dan como cumplidos, siendo ello posible precisamente porque el Estado crea órganos encargados de ese poder fidefaciente y dispone formas específicamente necesarias a las que aquellos deben ajustar su acción.
>
> Lo que caracteriza al documento privado es la infinidad de formas que el mismo puede asumir. La ley no puede ir muy lejos en la previsión de requisitos sin hacer incursiones excesivamente limitadoras de libre desenvolvimiento individual. Sancionándose también para los documentos privados el deber de que su contenido fuera verídico, se haría poco menos que imposible la vida civil. El

deber de escribir siempre la verdad puede ser un deber moral, pero no un deber jurídico.

Por regla general, la falsedad en escritura privada es punible sólo en su modalidad de falsedad material y no en cambio en la falsedad ideológica. En caso de que el documento privado sea genuino, esto es, debido al autor aparente o bien a quien es investido del *"ius scribendi"*, no subsiste normalmente el delito de falsedad documental cuando el documento es no verídico, es decir, falso en su contenido ideal, pudiendo esta falsedad ideológica constituir medio ejecutivo de la estafa u otro delito. (Ver Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo V., 2ª Ed., Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1963, páginas 159 y 304; Vincenzo Manzini, "Trattato di Diritto Penale Italiano", Vol. VI, Torino, 1959, página 787. Cita de Casas Barquero, Enrique, en "El Delito de Falsedad en Documento Privado", Bosch, Barcelona, 1984, páginas 24 y 25).

En Colombia, el comentarista Romero Soto, ha dicho:

Es verdad que no se puede tener legítimamente una chequera sin haber celebrado previamente con el banco respectivo el contrato de cuenta corriente, depositando dinero en ella y haber sido autorizado por el banco para girar sobre ese dinero, pero estos requisitos previos no aparecen expresamente mencionados en el cheque y operan sólo inferencias, no como afirmaciones del girador.

De ahí que no pueda afirmarse que cuando una persona gira un cheque contra un banco en el cual no tiene cuenta corriente o, teniéndola, no ha depositado en ella previamente fondos suficientes para cubrir el valor del instrumento, está cometiendo una falsedad documental de tipo ideológico. Porque esta clase de falsedad, como se ha venido repitiendo, consiste esencialmente en faltar a la verdad en el texto de un documento firmado, desde luego, por su verdadero autor. Y tal cosa, se reitera, no ocurre en giro de cheques en chequera ajena o sin provisión de fondos". (La falsedad documental, Edit. Presencia, 2ª Ed. 1976, página 263).

Para los comisionados del Código Penal, tanto de los proyectos que le sirvieron de base, como del final, fue motivo de especial atención terminar la casuística que en materia de falsedad documental señalaba el artículo 231 del Código de 1936, disposición que traía una enumeración de falsedad material e ideológica, que en las más de las veces dificultaba una adecuada interpretación. Ambas formas de falsedad quedaron consignadas en el Código, pero separadamente; la falsedad ideológica en el artículo 219, y la material en los artículos 220 y 221. En efecto, para la falsedad ideológica estableció los verbos rectores "extender" y "consignar", cuyo significado y alcance son distintos a los del verbo "falsificar" que se dejó exclusivamente para la falsedad material. Quien extiende un documento público que puede servir de prueba es el que tiene la función certificadora de los hechos que corresponden al ejercicio de sus funciones y al hacerlo está obligado a consignar la verdad y nada más que eso, por lo que existe presunción de veracidad en el documento público.

La falsedad material comprende toda forma falsaria desde la creación total del documento falso hasta cualquier alteración de uno verdadero. Así lo expresó el presidente de la comisión redactora en la exposición explicativa del texto final presentado al Gobierno:

> *Se eliminó el sistema casuista de enumeración de verbos rectores alternativos, engañosa fuente de dudas y de dificultades en la interpretación de las normas. En todas ellas se utilizó el verbo rector "falsificar", que comprende, sin duda alguna, la elaboración total, ex novo, de monedas, sellos, papel sellado, estampillas, marcas, registros técnicos y documentos, sino también cualquier alteración o modificación de los mismos.*
>
> *Estima la comisión que la nueva técnica legislativa utilizada en la construcción de estos tipos penales facilitará en grado sumo la explicación de las normas.*

No cabe duda que para el legislador de 1980 cualquier forma de falsificación material que se haga en documento público y privado, queda comprendida en el verbo rector "falsificar". Esto, obviamente, respecto de las denominadas "formas propias de falsedad" ya que a las "impropias" se les dio tratamiento separado.

Es verdad que tradicionalmente la doctrina reconocía como falsedad ideológica la creación total de un documento, pero, según la transcripción anterior, para el código vigente tal modalidad constituye falsedad material.

Un documento privado —y el cheque lo es—, puede ser falsificado por creación total y ser pagado por el girado, en cuyo evento se ha elaborado un documento con valor probatorio y debe ser penado por falsedad quien lo creó y usó, pues no constituye ello una falsedad ideológica, sino una material.

En el caso a consideración de la Sala, no ha existido creación total de documento privado falso, pues el que emitió Vicente Alvaro Muñoz Paz, es auténtico o genuino, teniendo en cuenta que fue él quien dio la orden incondicional de pago (Art. 252 del Código de Procedimiento Civil), pero no es veraz por no ser suya la cuenta contra la cual giró. El cheque, en tales condiciones, formalmente es un documento pero realmente no puede prestar mérito probatorio frente al verdadero cuentahabiente porque no constituye prueba documental a él oponible, ni jamás podrá ser pagado por el girado, ni exigible judicialmente a ninguno de ellos.

La emisión del cheque en presencia del prestamista o del vendedor de mercancías, no importa cuál haya sido en últimas la razón, sumada a la presentación que de él hiciera un amigo común y a la condición de profesional respetable que exhibió, constituyen los artificos idóneos para inducir en error determinante y esencial al prestamista o vendedor y obtener como provecho ilícito la entrega del dinero o de la mercancía, beneficiándose con perjuicio ajeno, (Art. 356 del Código Penal). La emisión de cheque contra cuenta ajena constituye un artificio eficaz para engañar e inducir en error pero jamás falsedad en documento privado, por lo que no se entra a analizar el planteamiento del Procurador.

El cargo prospera, debiéndose anular la sentencia a partir del auto que dispuso la clausura de investigación para que por el funcionario competente se proceda de conformidad.

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

Resuelve:

Casar la sentencia recurrida. En consecuencia, declara la nulidad de la actuación a partir del auto que dispuso el cierre de inviestigación, inclusive.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS EDGAR SAAVEDRA ROJAS Y JORGE CARREÑO LUENGAS

En sentencia de diez de noviembre del año en curso, la Sala de Casación Penal de la Corte, por mayoría, casó la sentencia del Tribunal Superior de Cali, mediante la cual se había condenado al señor *Vicente Muñoz Paz,* como responsable de los delitos de falsedad en documentos en concurso con el delito de estafa.

La razón que tuvo en cuenta la Corte para la prosperidad de la demanda e invalidar el proceso, fue la inexistencia en su concepto, del delito de falsedad en documentos privados, criterio mayoritario con el cual no estamos de acuerdo.

Las razones de nuestra inconformidad, son las siguientes:

Cuenta el proceso que el señor Vicente Muñoz Paz, para cancelar el valor de unas mercancías adquiridas en un centro comercial de la ciudad de Cali, giró un cheque por considerable valor, que cuando el beneficiario presentó para su cobro, no le fue pagado, porque la chequera y por ende la cuenta corriente, no pertenecían a quien había girado el título valor sino a un hermano suyo.

Entendió el Tribunal de Cali, en posición que compartimos, que por estos hechos era penalmente responsable el acusado de los delitos de falsedad en documentos y estafa. La primera conducta ilícita por haber elaborado en su integridad un documento falso y su uso subsiguiente, y la segunda infracción porque el documento fue empleado como sistema engañoso para inducir en error y obtener por este medio un provecho ilícito con perjuicio para el patirmonio económico del ofendido.

La decisión mayoritaria de la Sala de Casación, admite que en la elaboración de un título valor se puede incurrir en el delito de falsedad en documentos privados porque "...el cheque puede ser falsificado por creación y ser pagado por el girado en cuyo caso se ha elaborado un documento con valor probatorio y debe ser penado por falsedad quien lo creó y usó...".

Se acepta igualmente, en la sentencia, que puede concurrir en muchos casos el delito de falsedad en documentos privados con la estafa, en lo cual se acoge al criterio tradicional de la Corte, expresado en diversas providencias, entre otras, en la sentencia del 23 de abril de 1985, suscrita como ponente por el Magistrado Alfonso Reyes Echandía.

No obstante la firmeza de las anteriores premisas, llega la decisión mayoritaria de la Sala, a desconocer en el caso que ahora se examina, la existencia de la falsedad documental con el argumento de que el cheque girado por quien no era titular de la cuenta corriente, no obstante

que es falso e inexacto en su contenido, es auténtico o genuino por cuanto se conoce con certeza, quién fue su girador o autor y que aunque es formalmente un documento, no puede calificarse como un documento falso porque "...jamás podrá ser pagado por el girado ni exigible judicialmente a ninguno de ellos...".

Para nosotros, como lo ha expresado la Corte en la sentencia anteriormente citada, "...la falsificación del documento privado a que se refiere el artículo 221 del Código Penal comprende 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...".

Indudablemente, la creación total de un título valor que ingrese luego por su uso en el tráfico jurídico, es un hecho que debe ser reprimido por la ley penal. En el caso que se examina, el acusado en actitud dolosa, emitió un título valor como si el talonario o chequera le perteneciera, fingió la existencia de un emisor autorizado con la plena capacidad de engaño propia de la falsedad.

Y precisamente el dolo en la falsedad documental consiste en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con la intención de perjudicar derechos ajenos.

Es cierto, que si nos atenemos a las normas civiles, el documento auténtico como enseña el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, es aquél sobre el cual existe la certeza en relación con la persona que lo ha firmado o elaborado.

Pero en el campo penal y para el efecto de salvaguardar los intereses de la sociedad, sólo podrá considerarse como documento auténtico el emitido legalmente, autenticidad que debe predicarse del verdadero girador, del cuentahabiente, de la única persona autorizada por la ley y los reglamentos para otorgar el título valor y respaldarlo con su firma.

En estas condiciones, y para los efectos penales, sólo debe entenderse como documento auténtico o genuino, el que goza de certeza sobre la legalidad de su origen y su autor, pues si quien lo suscribe y respalda no está autorizado para hacerlo, sólo tiene el documento una apariencia de autenticidad, de la que se vale precisamente el falsario para engañar y afectar la seguridad de la prueba documental.

Por eso expresa Vicenzo Manzini, que "...se hace uso de un documento falso, cuando se presenta como genuino, siendo materialmente falso, o como verídico, si es ideológicamente falso, en una relación cualquiera, para un fin jurídicamente relevante cualquiera, conforme a la naturaleza y destinación del documento mismo, siendo suficiente que se haga salir de la esfera íntima individual del agente, iniciando una relación cualquiera con otras personas o con la autoridad de modo que pueda producir efectos jurídicos...".

En el caso que se examina, se elaboró un título valor en su integridad, en chequera o formulario ajeno, sin autorización alguna para

otorgarlo por persona ajena al cuentahabiente y con esa apariencia de autenticidad, usó el delincuente funcionalmente el documento en el tráfico jurídico, entregándolo al engañado beneficiario como garantía de pago, lesionando con este comportamiento la fe pública, la seguridad de la prueba documental y la confianza que el público debe tener en los títulos valores.

Es indudable, que existe un delito de falsedad en documento privado.

Fecha: ut supra.

Edgar Saavedra Rojas, Jorge Carreño Luengas.

IMPEDIMENTO

Dentro del amplio concepto del "interés en el proceso", debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 72, de octubre 27 de 1987.

Vistos:

Decidirá la Corte sobre los impedimentos expuestos por los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, doctores *Mario Enrique Sánchez Novoa* y *José Heriberto Velásquez Ramos,* y no aceptados por sus compañeros de Sala.

Resultados y considerandos:

1º Estando este proceso para decisión del Tribunal Superior de Aduanas, sobre apelación interpuesta contra el auto que denegó la cesación extraordinaria de procedimiento, los Magistrados Sánchez Novoa y Velásquez Ramos manifestaron su impedimento en escritos calendados, en su orden, el 22 y 23 de septiembre último.

Fundamentan sus impedimentos los funcionarios aludidos, en la circunstancia de haber integrado la Comisión Revisora Final del Proyecto de Estatuto Penal Aduanero, conformada por el Ejecutivo Nacional por medio del Decreto Nº 3150 de 1986, de conformidad con las facultades que la Ley 52 de 1984 le confirió al Presidente de la República.

2º El aspecto sustancial de los impedimentos radica, en criterio de los Magistrados Sánchez y Velásquez, en que, tratándose de la apelación de un auto por el cual la Juez Segunda Superior de Aduana de Medellín, decidió negarse a dar aplicación al artículo 83 del Estatuto Penal Aduanero, vigente desde el primero de julio próximo pasado, con el argumento de que esa norma riñe frontalmente con el ordenamiento constitucional del Estado, no se hallan estos funcionarios gozando de condiciones subjetivas ideales para pronunciarse sobre la exequibilidad o inexequibilidad de una disposición que, de alguna manera, tuvo su origen en la comisión por ellos integrada.

3º Los restantes compañeros de Sala no aceptaron las razones de los Magistrados Sánchez Novoa y Velásquez Ramos, en consideración a que, por una parte, el primero no había citado norma alguna que

confiriera sustento jurídico a su impedimento; y, por la otra, si bien es cierto que el doctor Velásquez se había referido a la causal prevista en el numeral 1º del artículo 103 del actual Código de Procedimiento Penal, no aparecía muy claro —a juicio del Tribunal—, "el interés personal, ni menos aún, qué beneficio económico pueda representarle la decisión que se tome al definir la Sala la constitucionalidad o no del artículo 38 del Decreto Ley 051 de 1987 que adoptó el Estatuto Penal Aduanero".

4º *La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo porque las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.*

Procede entonces la causal invocada por uno de los impedidos, toda vez que estando demostrado en los autos que los Magistrados sí fungieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

Así pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del "interés en el proceso" a que se refiere el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual, que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente.

Es claro si, que siendo el interés sólo referente al motivo de la apelación (excepción de inconstitucionalidad), una vez desatada la alzada recobrarán nuevamente los Magistrados impedidos la facultad de seguir interviniendo en el proceso.

Con fundamento en las breves consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Primero: *Declarar fundados* los impedimentos expresados por los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, doctores Mario Enrique Sánchez Novoa y José Heriberto Velásquez Ramos.

Segundo: *Disponer* el envío del proceso al Tribunal indicado, a efecto de que se dé cumplimiento a lo previsto en los artículos 110 y siguientes del actual estatuto procesal penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL

La Corte reitera su posición sobre los alcances del artículo 72 del Código Penal, en cuanto no es suficiente que el sujeto haya cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, sino que es necesario detenerse en el examen de su personalidad y en la conducta observada en el establecimiento carcelario

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 075.

Vistos:

Con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal y la Ley 32 de 1971, el procesado *Oscar Gómez García* solicita el beneficio de libertad provisional, para lo cual a su escrito acompaña el acta del Consejo de Disciplina, cartilla biográfica y certificado de trabajo.

El señor Procurador en extenso concepto ha solicitado de la Corte pronunciamiento favorable para la excarcelación del procesado, pues, considera que "...tratándose de libertad condicional, cumplidas las dos terceras partes de la pena, sean cuales fueren las circunstancias modales del hecho punible, los antecedentes, el comportamiento en la cárcel, en fin, la personalidad del preso...", "...es necesario y urgente acoger el criterio conforme al cual...", "...se reconozca el beneficio y se conceda al hombre delincuente la oportunidad de buscar sus propios roces sociales, familiares o laborales, su recuperación, su readaptación y el Estado pueda tener mayor esperanza de la función resocializadora de la pena y del sistema penal, cuyo sustento y desarrollo no puede ser indiferente al clamor de la dignidad humana"; es decir, que en todos los casos en que el procesado objetivamente cumpla con el factor cuantitativo previsto en el artículo 72 del Código Penal, debe ser liberado provisionalmente, sin que los del orden subjetivo señalados en la misma disposición, puedan constituir obstáculo alguno para su otorgamiento, en razón de las siguientes consideraciones que, según la Delegada, de modo alguno constituye el desconocimiento del mandato legal, sino la interpretación justa y actualizante del régimen penitenciario existente en nuestro país.

Con citas de tratadistas nacionales y extranjeros, la Delegada realizó un profundo e interesante estudio del régimen penitenciario en Colombia y de la realidad vivida por la población carcelaria, desde su mis-

mo ingreso al penal, su adaptación al medio, las actividades desarrolladas y el necesario reintegro a la sociedad con miras a evitar graves perjuicios para el delincuente, máxime que, como en el presente caso, se trata de un labriego ingenuo que pretendió la busca de ganancias por vía fácil y no de un delincuente que no se detiene ante nada para lograr sus reprochables propósitos.

Se expresa así el Ministerio Público:

"...La confluencia de esta heterogénea población da origen a una subcultura, controlada en la superficie por el orden oficial, pero regida en su interior por un orden propio, dictado por los mismos reclusos, dotado de leyes y sanciones basadas en la supervivencia, en donde la "ley del silencio" y la lealtad, ocupan primerísimo lugar".

"Es claro, entonces, que el recién llegado debe adoptar estas reglas y despojarse de la escala de valores que trae, si pretende sobrevivir... Así, por ejemplo, adopta una nueva forma del lenguaje, desarrolla hábitos nuevos en el comer, vestir y dormir, acepta un papel de lider o secundario en los grupos de reclusos, establece nuevas amistades, etc.".

"La consecuencia de esa adaptación es obvia: el recluso no sólo ve rotos los lazos que lo unían a la sociedad, sino que se ve en la obligación de contraer unos nuevos que, en esta sinigual sociedad del crimen, le servirán para adquirir, reforzar o perfeccionar las técnicas del delito, indispensables para iniciar un nuevo proceso de supervivencia cuando, carente de los medios necesarios para llevar una vida ajustada a las reglas sociales, sea dejado en libertad...".

"La prisión funciona con la idea de que cuando ha cogido el cuerpo de una persona, tiene en su poder todo su ser, ya que... ponen el cuerpo en una celda y ese hecho parece darles alivio y seguridad. La idea de la victoria alcanzada por la cárcel, por lo tanto, es la de que cuanto una persona encarcelada comienza a actuar, pensar y creer lo que ellos quieren que haga, piense y crea entonces han ganado la batalla y la persona ha quedado 'rehabilitada'... Y mientras las asociaciones del hampa florecen dentro de los muros de la prisión, es de suponer que los representantes del orden establecido deben encontrarse empeñados en impulsar el tratamiento penitenciario... para lograr en lo posible, que el delincuente, una vez liberado, no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo".

"Pero la complejidad de dicho 'tratamiento' es abrumadora, ya que en él deben conjugarse elementos disímiles que van desde la observación y clasificación del recluso, pasando por el trabajo y estudio realizados bajo la supervisión del personal penitenciario (administrativo, técnico y de vigilancia), subordinado al gobierno interno de la prisión, para finalmente, terminar en la asistencia pospenitenciaria".

Por ello, considera la Delegada que el sistema penitenciario en Colombia, niega en sí mismo la readaptación del procesado, especialmente del condenado, por lo que, debe propenderse por el regreso temprano del recluso a la vida social, donde, a no dudarlo, encuentra una mayor oportunidad de adptación, pues los reglamentos sobre los cuales se ins-

talan los institutos de marginación, están estructurados de modo que la rehabilitación no sea posible.

De ahí que, al referirse al ordenamiento penitenciario en Colombia (Decreto 1817 de 1964), advierte hasta la violación del artículo 26 de la Carta. Sobre la observación y clasificación del recluso, "el inciso 3º del artículo 321, fija un período de aislamiento de hasta 60 días para las penas que excedan de dos años y de hasta 10 días para las inferiores a éste término; el artículo 25 fija los cinco grupos conformados con criterios eminentemente jurídicos comoquiera que la separación se hace con base en el ilícito cometido, aunque a veces se acude a un criterio sicológico como es el caso de los homosexuales (Art. 27), o a uno sociológico para los reclusos de ascendencia campesina (Art. 28), olvidándose que si lo que se busca en verdad es resocializarlo, mal pueden crearse grupos homogéneos que contradicen la esencia misma de la sociedad a la que deben regresar, en donde la heterogeneidad es la regla".

"En cuanto al trabajo y estudio '...es explicable que nuestro Código Penitenciario indique que el trabajo es la mejor y más alta escuela de regeneración moral y social de los penados (Art. 75), por lo que en todas las penitenciarías, colonias y las cárceles, cuando fuere el caso, las penas se cumplen con la obligación del trabajo durante el día (Art. 269), o haciendo la aclaración que exceptuando el período de aprendizaje, el trabajo de los condenados debe ser remunerado', (Art. 279), y éstos gozarán de los beneficios establecidos por las leyes relativos al descanso dominical, seguro contra accidente de trabajo, invalidez y enfermedad profesional".

"Sin embargo, y pese a que el discurso resocializador propende por la integración del trabajo penitenciario al mercado libre de la economía, la oposición obrero patronal lo ha circunscrito a labores que en su mayor parte no le servirán para su sustento, como es el caso del mantenimiento y adecuación de los penales (Art. 177), la artesanía, y actividades semi-industriales que le solucionan problemas al Estado, como la reparación de máquinas de escribir. De otra parte, se le ha abierto campo a los particulares para que se lucren de estas actividades (Art. 182), pues la inexistencia de prestaciones sociales, la ausencia de sindicatos y la mano de obra barata, ofrecen pingües utilidades".

"Respecto al estudio, el Código Penitenciario se refiere a él en la parte general (Arts. 187 a 194), en forma abstracta, por lo que su aplicación en la práctica toma diversos rumbos que van desde la simple instrucción de oficios y el acceso a conocimientos limitados por el pensum escolar, hasta conferencias interdisciplinarias de todo tipo y la infaltable catequesis (Arts. 66 y 67), que abre camino para la calificación "moral" de los reclusos hecha por el capellán del establecimiento (Art. 68). Este caos, sometido al capricho de cada director, es claro que en manera alguna puede contribuir a la futura reinserción social, aunque en algo mitiga las consecuencias del ocio y al igual que el trabajo, se constituye en la vía expedita para disminuir la pena efectiva (Ley 32 de 1971), constituyéndose hoy por hoy en la única finalidad que busca el recluso".

"...En cuanto al llamado 'gobierno interno' de la prisión o autogobierno, propugnando para reemplazar el férreo control disciplinario

tradicional, se ha dicho para justificarlo que ...en vez de la conducción mecánica de la prisión, que abruma al prisionero y mantiene el orden por la fuerza, (se necesita) el manejo político, que significa, entre otras cosas, admitir las características de la cárcel como una suerte de pequeña ciudad autárquica, incorporar al prisionero en el esfuerzo de su propia recuperación, concederle con inteligencia, paso a paso, facultades de autogobierno. Sin embargo, aquí tampoco es afortunado el Decreto 1817 de 1964. En efecto, el 'régimen de los condenados' al tratar sobre las infracciones penitenciarias, sanciona toda clase de conductas inscritas no sólo en el campo penal sino también de tipo personal y cotidiano como el del uso de un vocabulario obsceno (Arts. 291 a 295), desconociendo el principio de legalidad e institucionalizando la analogía (Art. 196), para reprimir conductas que no se encuentran especificadas en el Código Penitenciario, violando de paso el artículo 26 de la Carta Fundamental. Pero lo más grave, es que el principio de judicialidad en la ejecución de las penas es violado sistemáticamente al imponerle al penado sanciones no contempladas en la sentencia judicial como el aislamiento celular hasta por tres meses por 'actos obscenos' (Art. 289 lit. h), o reclamos pacíficos (Art. 295, ord. 4º). El llamado 'autogobierno' por consiguiente, no es más que una utopía en las cárceles colombianas, sometidas a un drástico control disciplinario, aplicado casi en su totalidad por el personal de vigilancia que como en todas las prisiones, "se le ha creado a través del tiempo una 'mentalidad de carcelero', adscrita a la necesidad de mantener imperativamente el orden y asegurar de cualquier manera la retención de la población interna", pues el cuerpo, según esta penalidad, queda prendido de un sistema de coacción y de privación, de obligaciones y de prohibiciones. El sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo, no son ya los elementos constitutivos de la pena. El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos".

"Es claro, entonces, concluye la Delegada, que tanto en su reglamentación jurídica como en su desarrollo práctico, el 'tratamiento penitenciario' niega en sí mismo la readaptación, por lo que ha de propenderse al regreso temprano del recluso a la sociedad, en donde, seguramente, gozará de una mayor probabilidad de adaptación, pues 'los reglamentos sobre los cuales se instalan los institutos de marginación están estructurados de modo que la rehabilitación no sea posible' ".

Finalmente, considera el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que el subrogado de la "libertad condicional" (Art. 72 del Código Penal), tal como viene siendo aplicado por nuestros jueces, incluso por la Corte, no puede ser mirado a través del examen de la personalidad del procesado, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, pues estos no pueden ser criterios que orienten la determinación de la readaptación del recluso, como que obedecen a categorías positivo-deterministas, propias de una concepción superada aún normativamente.

"Unicamente podrá admitirse el examen de esos supuestos en cuanto su resultado sea favorable al detenido, en cuyo caso no existe ninguna razón atendible, por fuerza de la propia ley, para negar el subrogado".

"La problemática surge entonces cuando el análisis o balance de estos supuestos suministran una información negativa del recluso. Y

es precisamente frente a esta hipótesis cuando, según lo indica la costumbre, los jueces niegan la libertad condicional acogiendo un criterio simplemente positivista y determinista...".

"Si como se dejó expresado en el acápite correspondiente, el sistema penitenciario vigente no logra una auténtica y siquiera mínima rehabilitación del delincuente, ni garantiza su reintegro social bajo condiciones aceptables, constituye un verdadero contrasentido aspirar a que el recluso que no se readaptó en el curso del cumplimiento de la mayor parte de la sanción privativa (dos terceras partes), lo haga en ese espacio mínimo del tiempo que aún le queda para cumplir la pena en su totalidad. Cobra aún mayor fuerza este criterio si se tiene en cuenta, como lo expresan los más recientes y autorizados estudios pedagógicos, que la fase inicial del tratamiento penitenciario es la más drástica y la que mayores efectos produce en el interno respecto de su propia reacción social, de arrepentimiento y de querer ansiosamente el reencuentro social".

"Lo cierto es, pues, que la cárcel no rehabilita, no educa, no forma, no readapta y la intimidación, la violencia del régimen interno, los efectos síquicos y sicológicos de la fase inicial del tratamiento culmina generalmente desvaneciéndose o neutralizándose en la medida en que el recluso es abruptamente absorbido por la subcultura carcelaria".

Consideraciones de la Corte:

Entiende la Sala que la posición del Ministerio Público, de modo alguno comporta el desconocimiento del mandato legal y, con base en el estudio contenido en su concepto que antecede, trata de demostrar la incapacidad del régimen carcelario en Colombia para obtener la debida rehabilitación y resocialización del recluso, máxime que la orientación dada a la política criminal consignada en el Código Penitenciario, por su antigüedad, no encuadra positivamente ante la realidad social que vive el país y donde los ajustes legislativos ocurren tardíamente o de manera superficial, con perjuicio de la recta administración de justicia y de los fines del instituto de las penas consagrado en nuestra legislación.

Es por ello que la Corte, en numerosos pronunciamientos, ha aceptado que los medios ofrecidos por el Estado para la rehabilitación y resocialización de la población carcelaria, no son los más adecuados y efectivos. Pero, al mismo tiempo, considera que la prosperidad del beneficio de libertad condicional o de libertad provisional con fundamento en los presupuestos de aquella, no es meramente objetiva como lo deduce la Delegada, sino que debe el juez valorar todos y cada uno de los elementos de juicio a su disposición, para la evaluación más justa en cada caso concreto.

Por ello, en providencia de 17 de marzo de 1981, frente al nuevo Código Penal, se puntualizó:

"Este último requisito, dadas su complejidad e importancia, merece algunas consideraciones: El exige del funcionario judicial un diagnóstico y un pronóstico; aquél apunta al examen objetivo de tres cuestiones, a saber: la personalidad del condenado, su comportamiento en los

establecimientos en donde ha descontado la pena y sus antecedentes personales, familiares y sociales; este fundamento en la demostración de los supuestos precedentes, es un juicio de valor que el funcionario judicial emite sobre la readaptación social del condenado, y por ende, sobre su buena conducta futura".

"La comprobación del comportamiento asumido por el condenado durante todo el período de privación de su libertad hasta la fecha en que solicita su libertad condicional y la de sus antecedentes, será ofrecida, aquella por las direcciones de los lugares donde ha estado recluido y esta, por el mismo proceso o por el propio condenado. En cuanto a su personalidad, lo ideal sería poder realizar sobre ella una exploración científica, con el auxilio de técnicas sicológicas —entrevistas, tests proyectivos—, y la intervención de personal especializado; desafortunadamente, en nuestro medio no existe la infraestructura humana e instrumental que haga posible tan necesaria investigación; entonces, el juez ha de acudir a los *antecedentes que le brinda el proceso,* a las informaciones que hayan conocido al procesado y al directo contacto con éste; de esas precarias fuentes ha de valerse para tomar la decisión más justa. Recuérdese que ella está asentada sobre un diagnóstico de lo que ha ocurrido y sobre un pronóstico de lo que probablemente ocurrirá; si aquél es ciertamente complejo, éste reviste caracteres de mayor incerteza, dadas las condiciones en que han de emitirse; lo que sólo demuestra que los mandatos legales, divorciados de la realidad social sobre la cual han de asentarse, no pueden cumplir cabalmente la función para la cual fueron creados".

"La decisión judicial sobre el reconocimiento de libertad condicional y, por esta vía de la llamada excarcelación provisional, no depende, entonces, de genéricos enunciados sobre la mayor o menor gravedad del delito cometido, ni de un ambiguo etiquetamiento que como sujeto peligroso se le endilga al condenado, ni del objetivo número de delitos que haya cometido, ni de la pluralidad de reseñas policiales que le aparezcan, *sino del concreto examen que en cada caso ha de hacerse* del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgarla y, particularmente, del que dice relación al examen de su personalidad, de sus antecedentes personales, familiares y sociales y de su comportamiento durante el período de privación de su libertad, con base en los cuales el funcionario judicial competente, ha de suponer con fundamentos racionales que se ha producido la readaptación social del procesado".

Con fecha 1º de septiembre del mismo año de 1981, la Sala puntualizó:

"Afirmar que para la concesión de la libertad condicional y, por ende la libertad provisional con fundamento en ella, solamente hay que considerar el aspecto cronológico, esto es, que el solicitante haya descontado las dos terceras partes de la pena, es desconocer el sentido y alcance obvios de las disposiciones que se citan para apoyar el pedimento: artículo 453, numeral 6º del Código de Procedimiento Penal, y 72 del Código Penal. Y remitir únicamente al artículo 697 del Código de Procedimiento Penal los requisitos a que alude el 453, numeral 6º, inciso 2º, es hacer una referencia recortada, pues fundamentalmente hay

que llenar las exigencias que establece la norma básica que es el artículo 72 del Código Penal".

"Si para obtener los beneficios de que se trata, bastara el simple transcurso del tiempo, así lo habría establecido perentoriamente la ley, con lo cual se habría consagrado llanamente una rebaja de pena y no un sustitutivo de ésta, o lo que es lo mismo, un subrogado penal. Es, si se quiere, un cambio de parte de la pena por un período de buen comportamiento presente y futuro".

"Tanto en el anterior Código Penal (artículo 85), como en el actual (artículo 72), se requiere, además del factor cronológico, el análisis de otros aspectos que permiten al juez suponer fundadamente la readaptación social del peticionario, tales como su personalidad, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden. Esto es, factores de los cuales se puede intuír que la conmutación de pena por buena conducta descansa en presupuestos de previsible cumplimiento".

"De ahí que no es caprichoso ni arbitrario el análisis de la personalidad y antecedentes de quien solicita una libertad condicional o una libertad provisonal con fundamento en ella".

"Y como la actividad humana, en especial la delictiva, es expresión de la personalidad, para eso hubo necesidad de aludir en el caso de S. S. a la forma como cometió los delitos por los que ahora responde".

Y en providencia de 5 de agosto de 1981, se consignó:

"Tanto la Ley 17 de 1975 (artículo 7º, numeral 6º), como el Código Penal (artículo 72), exigen, para la concesión de la libertad en la forma en que ha sido pedida, además de los límites de pena impuesta y descontada, el razonable convencimiento del juez en cuanto a la readaptación social del solicitante. Esa fundada suposición debe derivarla de factores como la personalidad de éste, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden".

"Es verdad que el procesado no registra antecedentes y que su conducta en la cárcel ha sido buena. Pero su personalidad, el género de vida que llevaba, y las circunstancias que vincularon su conducta a la realización del hecho punible atribuido a ella y a tres personas más, permiten estimar que no se dan aún los supuestos necesarios para su reintegro al medio social sin serio peligro de volver a encontrarlo en las mismas condiciones que lo condujeron al delito que se le imputa".

Serían incontables las decisiones en que esta Sala ha precisado los alcances del artículo 72 del Código Penal, pero, considera necesario reiterar una vez más, que no bastan, pues, para llegar a decisión favorable a tal medida que el sujeto haya cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, como lo destaca la Delegada "sean cuales fueren las circunstancias modales del hecho imputado, los antecedentes, el comportamiento en la cárcel, en fin, la penalidad del preso", sino que es necesario, se repite, adentrarse en el examen de su personalidad, es decir, de su modo de ser y de actuar en sociedad, en la indagación de su comportamiento durante el período de ejecución de la pena y en el análisis de sus antecedentes individuales, familiares, laborales y sociales en ge-

neral, para realizar con dichos elementos de juicio un pronóstico valorativo de readaptación del recluso.

En cuanto a la conducta que deba observar el procesado en el establecimiento carcelario, es otro factor determinante en la viabilidad del subrogado de la libertad condicional, pues, es precisamente la vigilancia permanente por parte de las autoridades carcelarias, la que puede dar pauta de la rehabilitación del procesado. En otras palabras, corresponde a los funcionarios del centro carcelario (director, sicólogos, siquiatras, médicos generales o especializados, docentes, jefes de talleres, instructores, bibliotecarios, capellanes, asistentes sociales y guardianes, entre otros), vigilar la evolución del recluso, su adaptación al medio carcelario y procurar su activa participación en los programas de rehabilitación y, finalmente, la aplicación del régimen disciplinario correspondiente.

Por ello, cuando el Consejo de Disciplina califica el comportamiento del recluso y lo ubica en uno de los grados previstos por la ley, (ejemplar, buena, regular, mala y pésima), está realizando precisamente la evolución del procesado frente a los distintos medios de que dispone en el centro de reclusión para obtener su futuro reintegro a la sociedad.

De ahí que, el comportamiento dentro del establecimiento carcelario, sea uno de los requisitos primordiales para que el juez pueda realizar un pronóstico justo de la procedibilidad del subrogado penal previsto en el artículo 72 del Código Penal.

Lo anterior, porque quien es sometido a prisión e inicialmente se revela a la disciplina carcelaria o, es indiferente a las distintas actividades establecidas para propender por su rehabilitación, pero que, posteriormente toma parte activa de ellas y demuestra su intención inequívoca de transformar su inicial posición, revela una personalidad propicia para que el juez pueda suponer fundadamente que no requiere de tratamiento penitenciario por más tiempo, pues resulta innecesario mantenerlo en prisión hasta el cumplimiento total de la pena, cuando no solamente ha cumplido con las reglas penitenciarias, sino que se ha preparado sicológica, intelectual y laboralmente para reincorporarse a la vida social.

Y no es absoluta la afirmación que hace el Ministerio Público respecto del trabajo organizado en los distintos establecimientos carcelarios, pues si bien es cierto no se hallan debidamente remunerados, son muchos los procesados que llegan a los establecimientos de reclusión por infracciones contra el patrimonio económico, precisamente por no encontrar en la vida civil posibilidad de empleo por el desconocimiento de cualquier actividad lícita, unas veces porque su medio social se lo impide (altos costos en la educación, etc.), otras, porque su desarrollo sicológico ha sido negativo para emprender el aprendizaje de un arte u oficio que le pueda representar su sustento diario y el de su familia. Por ello, en los centros carcelarios se ha puesto en marcha la preparación de la población carcelaria en actividades como la artesanía, la mecánica, la carpintería, etc., no solamente con el fin de que el procesado pueda redimir parte de su pena (Ley 32 de 1971), sino para prepararlo en un arte u oficio lícito y, además, para evitar el ocio que tiempo atrás era el común denominador en esta clase de reclusos.

Así mismo, quien tiene alguna cultura o es técnico en alguna actividad (mecánicos, electricistas, profesionales, etc.,), son ubicados en el centro carcelario, bien como instructores del ramo correspondiente o de materias generales básicas que inciden en la eliminación del analfabetismo en el recluso.

Si bien es cierto que todas las actividades y programas que se desarrollan en los centros de reclusión deben ser previamente aprobados por la Dirección General de Prisiones, ya en la práctica resultan unas veces inoperantes por la falta de elementos, ya por la impreparación de los directivos o del personal encargado de su orientación, o simplemente por los inadecuados espacios para su real realización, en otros, cumplen su función resocializadora y muchas veces representa para el procesado el ingreso, aunque mínimo, de algunos dineros que le permiten atender por lo menos a sus necesidades primarias.

Y finalmente, respecto al Código Penitenciario (Decreto 1817 de 1964), resulta inexacto afirmar que sea violatorio de la Constitución, (artículo 26), en cuanto que desconoce el principio de legalidad e institucionaliza la analogía cuando en su artículo 296 dice que "las infracciones cometidas por los condenados, no previstas en los artículos anteriores (289 y ss.), serán sancionadas en forma análoga a la allí establecida, según su índole y gravedad. Ello, porque el Código Penitenciario en sus artículos 296 y ss., tiene previstas un sinnúmero de faltas que pueden ser cometidas por los reclusos, pero que, pueden existir otras que desde luego no deben quedar sin la sanción respectiva, en otras palabras, el legislador no puede prever en esta clase de materias, todas y cada una de las posibles conductas atentatorias contra el régimen disciplinario, razón por la cual dejó abierta la posibilidad de sancionar otras que de acuerdo con la índole y gravedad, merecen su reproche.

Estas sanciones, olvidó la Delegada que son impuestas por las autoridades penitenciarias, por conductas realizadas por el recluso durante su permanencia en el establecimiento, distintas, desde luego, de aquellas que constituyen delitos o contravenciones, pues estas deben ser sancionadas por el juez competente y con las formalidades propias de cada juicio, como por ejemplo, la fuga o tentativa de fuga, tráfico de estupefacientes, porte de armas, lesiones personales, etc.

La imposición de sanciones de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 1817 de 1964, no puede constituir el principio de la judicialidad en la ejecución de las penas, ya que ninguna sentencia judicial puede imponer sanción alguna por las infracciones de orden disciplinario contempladas en el citado estatuto, pues solamente le es permitido al juez aplicar las sanciones previstas para la correspondiente infracción penal o contravención, por conductas de esta naturaleza cometidas por los reclusos durante su permanencia en el centro de reclusión.

En conclusión, el tratamiento penitenciario es necesario en los casos previstos por la ley, especialmente respecto de aquellos delitos que por su gravedad o por las repercuciones sociales, se hace perentoria la privación de la libertad del procesado, sin derecho a excarcelación provisional, salvo los casos expresamente previstos en la ley para la prosperidad del beneficio de libertad o, en aquellos de menos gravedad pero

que al momento de dictarse sentencia condenatoria, el juez considere el necesario tratamiento penitenciario, precisamente por la personalidad del agente y por sus antecedentes penales que indiquen la persistencia del reo en la comisión de hechos delictivos y que, por ello, no resulta acreedor a otro subrogado penal como lo es el previsto en el artículo 68 del Código Penal (Condena de ejecución condicional).

En el caso presente, si bien es cierto que el procesado ya cumplió el primero de los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal, esto es, haber permanecido en prisión más de las dos terceras partes de la pena impuesta por la Sala en el fallo de mayoría, de fecha 29 de septiembre último (37 meses de prisión como responsable del concurso de delitos de extorsión en grado de tentativa), ya que fue privado de su libertad el 7 de enero de 1986 (22 meses y 3 días), y por trabajo acredita 4.168 horas para una rebaja de 5 meses y 23 días, acumula un total de *veintisiete (27) meses y veintiséis (26) días,* superiores a los veinticuatro (24) meses y veinte (20) días que representan el primero de los requisitos del artículo 72 del Código Penal y que su conducta ha sido calificada como ejemplar, su personalidad impide a la Sala el reconocimiento del subrogado penal demandado ya que Oscar Gómez García durante los meses de noviembre y diciembre de 1985, valiéndose de un menor de edad, hizo llegar a varios habitantes de los municipios de Carmen de Viboral y La Unión, notas amenazantes de muerte y secuestro, en el supuesto de no acceder a la entrega de dinero. Para ello, usaba el nombre del movimiento 19 de abril (M-19), y con el fin de eludir cualquier sospecha, dirigió otras a su propia progenitora y sus hermanos, sin importarle las consecuencias sicológicas que representaban tales amenazas, demostrando con ello su insensibilidad social que ameritan el cumplimiento total de la sanción impuesta por la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *Niega* al procesado Oscar Gómez García el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL. JUSTICIA PENAL MILITAR

No es viable la negativa del beneficio de libertad provisional porque la condena se haya producido, en aplicación del Código de Justicia Penal Militar, por un delito contra los bienes del Estado

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 075.

Vistos:

El procesado *Ismael Oswaldo Avellaneda González,* solicita el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal y Ley 32 de 1971, para lo cual hizo llegar copia de la cartilla biográfica, acta del Consejo de Disciplina, certificados de trabajo y resolución favorable del centro de reclusión para la obtención de su excarcelación.

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, ha emitido concepto desfavorable para la excarcelación del procesado, pues si bien es cierto que acredita el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, lo preceptuado por el artículo 68, literal d) del Código de Justicia Penal Militar, lo excluye del beneficio invocado, ya que el Código Penal no derogó en forma expresa el de Justicia Penal Militar, ni ninguna de sus disposiciones.

"De otra parte, es indiscutible que tanto el Código Penal ordinario como el Código de Justicia Penal Militar, son ordenamientos orientados a la consagración de conductas punibles, pero las normas de éste son de carácter especial en atención a que se aplican a las personas expresamente mencionadas en el artículo 170 de la Constitución y en casos taxativamente señalados en la Carta. De suerte que si se estima que las dos codificaciones rigen actualmente, el conflicto de normas se resolverá con aplicación del indicado criterio de la especialidad".

Consideraciones de la Corte:

El señor Procurador Delegado, en el fondo encuentra que la Sala ha plasmado en sus distintas decisiones dos posiciones antagónicas en cuanto al tema de la derogatoria expresa de normas del Código de Justicia Penal Militar, con ocasión de la expedición y vigencia del Código Penal ordinario. Destaca y se apoya en la sentencia de 25 de abril de 1986 (Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo), que desechó la demanda de casación presentada por el señor Fiscal Tercero

del Tribunal Superior Militar, con apoyo en la decisión de la Corte, de fecha 7 de febrero de 1984. (Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero), que infirmó el fallo de segundo grado por prosperidad de la demanda presentada por aceptar la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 41 del Código Penal ordinario, en proceso adelantado por los ritos del procedimiento Penal Militar, donde se condenó al procesado a la pena de presidio.

En el fallo de 7 de febrero de 1974, dijo la Corte:

"...Los aspectos sustanciales de tipo general de que tratan los códigos penales ordinarios, informan sobre la ideología que inspiró el respectivo código vigente. Es allí donde se recogen las concepciones en boga o los últimos avances de la ciencia del derecho penal en asuntos tan delicados como los principios que los nutren, la noción de la ley penal en el tiempo y en el espacio, la definición y conformación del delito, sus grados, la participación y el concurso delictual, su justificación, la inimputabilidad, la responsabilidad penal y civil, la punibilidad y sus diferentes formas, etc... Temas estos que por su naturaleza no pueden permanecer sin irrigar todos los campos de la legislación preexistente y la que pueda sobrevenir con el decurso del tiempo".

"En este sentido, el artículo 375 del actual Código Penal, dispone:

Aplicación extensiva de este Código: Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código, se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa".

"El Libro Primero, contentivo de las disposiciones generales que reflejan la filosofía jurídica del Código, tiene que aplicarse a las materias penales de que tratan otras leyes... Siempre que estas no dispongan otra cosa...". La expresión... "otras leyes", debe entenderse referida a ordenamientos que no tienen carácter penal porque regulan fundamentalmente materias de otra índole. Esto significa que en tratándose, por ejemplo, de leyes económicas o civiles o tributarias que estatuyen delitos, en la represión de éstos deberán aplicarse los criterios consignados en ese libro, salvo que en algún aspecto tales leyes dispongan otra cosa, como podría ser, también a título de ejemplo, lo relativo a un mayor tiempo para la prescripción de la acción penal. La pregunta que podría formularse es la que si esa disposición puede seguir rigiendo contra lo establecido en el Código ordinario. Dicha situación sería contradictoria, pues enfrentaría las normas de uno y otro estatuto con respecto a ese punto de manera tan ostensible que mientras el Código consagra la prescripción del delito en determinado tiempo, la ley preexistente señalaba un tiempo equivalente al doble de este. Tales reflexiones precisan que cuando la norma exceptúa la aplicación extensiva del Código, circunscribe la excepción a aquellos casos en que no se presenta oposición conceptual en las disposiciones".

"El legislador para garantizar el mayor cubrimiento de los conceptos fundamentales del Código, en su artículo 376, prescribe:

"Vigencia de leyes especiales. Las leyes penales especiales actualmente en vigencia, seguirán rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código...".

"La norma, también de carácter extensivo, cobija las llamadas leyes penales especiales entre las cuales deben considerarse el *Código de Justicia Penal Militar,* el Estatuto Penal Aduanero, el Estatuto Nacional de Estupefacientes, etc., es decir, todo aquel conjunto de disposiciones de naturaleza penal que, en orgánica y sistematizada agrupación temática, se encontraban vigentes y que siguen rigiendo en cuanto no contraríen o se opongan a ordenamientos del Código Penal".

"...A estas anotaciones basadas en los artículos 375 y 376 se suma el artículo 378, cuyo texto, para sellar cualquier escape y reafirmar la voluntad del legislador en la supremacía de los principios generales, establecidos a todo lo largo y ancho de la *Parte General* del nuevo Código sobre cualquier otra legislación preexistente referida a materias penales, ordena:

"Derogatoria. Derógase el Código Penal y todas las disposiciones que sean contrarias al presente Decreto-ley...".

"De acuerdo con todos estos fundamentos derivados de la ley y de una sana hermenéutica jurídica, hay que aceptar... que en el Código de Justicia Penal Militar, desapareció, a partir del 28 de enero de 1981, fecha en la cual entró a regir el nuevo Código Penal, la pena principal de presidio que establecía en el artículo 40".

"...Al ser excluída de la enumeración taxativa de penas principales, la pena de presidio quedó abolida, no sólo en el Código Penal sino *en toda la legislación colombiana".*

En conclusión, la Corte en dicha oportunidad sostuvo que las normas del Libro Primero (parte general) del Código Penal deben ser aplicadas en toda la legislación colombiana, incluso, la de Justicia Penal Militar, por expreso mandato legal.

Por otra parte, la Sala en sentencia de 25 de abril del año próximo pasado, con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Aldana Rozo, sobre el mismo tema, expuso:

"Punto importante de apoyo para sus reflexiones (las del recurrente), es la sentencia de la Corte del 7 de febrero de 1984, cuyos planteamientos fueron reiterados en casación del 18 de septiembre del mismo año. Se observa, sin embargo, que el alcance de las citadas providencias es bien limitado ya que en ellas simplemente se llega a la conclusión de que las penas de presidio y pérdida de la patria potestad, previstas en el estatuto Penal Militar desaparecieron de esa concreta codificación, habida cuenta de que el artículo 375 del Código Penal dispuso que los principios contenidos en el Libro Primero del nuevo ordenamiento Penal eran aplicables también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que en ellas no se disponga otra cosa".

"Los artículos 375, 376, 377 y 378 de la vigente codificación penal, representan previsiones legislativas para garantizar el adecuado tránsito de legislación en materia de tanta trascendencia como la vigencia de un nuevo código penal, que no representó la simple expedición de un nuevo estatuto, *sino que comportó una nueva concepción sobre el derecho penal,* con enfoques diversos sobre la noción del hecho punible y la entronización de valores jurídico-penales no contemplados expresamente en precedentes ordenamientos".

"El artículo 375 citado, que de modo prevalente constituye el fundamento legal de las sentencias aducidas en precedencia, es norma que hace extensivos los principios contenidos en el Libro Primero del Código Penal 'a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa'. Destacándose que a pesar del significativo alcance de esta disposición, en cuanto que ordena que las normas de la Parte General de la nueva codificación tengan un alcance que comprenda toda la legislación penal, en la medida en que no haya previsión al contrario, *tal mandato tiene un claro límite porque no se refiere a la parte especial* y sólo permite la aplicación extensiva de las disposiciones contenidas en el Libro Primero".

Cosa distinta es, que las normas contenidas en la parte especial del Código de Justicia Penal Militar, no fueron ni podían ser derogadas por el Código Penal ordinario, pues, como se dejó consignado en la sentencia de 25 de abril de 1986 citada, es conveniente anotar que la Ley 5ª de 1979 "sólo facultó al ejecutivo para modificar la legislación penal y en manera alguna para derogar parte del articulado del Código de Justicia Penal Militar, de suerte que no puede llegarse indirectamente a esta conclusión por el simple hecho de que el nuevo ordenamiento penal haya dispuesto que los principios generales de la nueva codificación, sean aplicables a otras leyes penales. De aceptarse el planteamiento del actor, la Sala terminaría convirtiéndose en legislador y creando una especie de tercera legislación penal castrense".

"Es verdad que muchas de las disposiciones del Decreto 250 de 1958 (convertido en legislación permanente por la Ley 141 de 1961), que el censor denomina delitos militares impropios con descripción típica binaria, fueron tomados en forma textual del Código Penal de 1936, aún cuando también es cierto que en algunos casos se hicieron modificaciones en relación con el sujeto activo de la infracción, o atinentes a la pena, como en el delito de peculado citado en la demanda. No obstante, es cierto que el legislador especial no se limitó a hacer una referencia a la codificación de la cual se hacía la adaptación, sino que creó un estatuto diferente y, por lo tanto, con vigencia jurídica independiente. Por esa razón, y por cuanto el Estatuto Penal Militar no era un simple apéndice del Código Penal de 1936, al entrar a regir el nuevo Código Penal aquel continúa teniendo plena operancia, aún en relación con disposiciones que tenían consagración en los dos estatutos. Muy posiblemente se presenten casos tratados en diversa forma, pero dada la independencia de los dos códigos, ello resulta inevitable. Sólo el legislador tiene facultad para dictar las leyes que impidan el indicado tratamiento disímil".

Es entendido, entonces, que si el Código Penal ordinario y el de Justicia Penal Militar, son ordenamientos orientados a la consagración de conductas punibles y muchas normas coinciden en su contenido literal, salvo lo relacionado con el sujeto activo de la infracción (parte especial), las contenidas en el último estatuto son a no dudarlo aplicables a las personas mencionadas expresamente en el artículo 170 de la Constitución Nacional y en casos taxativamente señalados en la Carta, precisamente por constituir un conjunto de disposiciones especiales.

Pero, respecto de las normas contenidas en el Libro Primero, tal como lo destacó la Sala en su fallo de 7 de febrero de 1984 y lo ratificó

en la sentencia de 25 de abril de 1986, citada por la Delegada, el mandato del artículo 375 del Código Penal, es norma que hace extensivos los principios contenidos en la Parte General a toda la legislación colombiana, con las restricciones previstas en las disposiciones especiales.

En el caso concreto, tanto en el Código de Justicia Penal Militar (artículo 71), como en el Código Penal (artículo 72), consagran el subrogado de la libertad condicional *para los procesados condenados a penas de arresto y prisión no menores de dos (2) años, en el primero y para los condenados a pena de arresto mayor de tres (3) años o más de dos (2) para la de prisión, en el segundo, "siempre que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden...", permitan suponer fundadamente la rehabilitación social, es decir, que ambos se inspiran en los mismos presupuestos subjetivos que debe analizar el juez para determinar la procedibilidad del beneficio.*

Sin embargo, advierte el señor Procurador Delegado, que en tratándose de delitos contra bienes del Estado, el artículo 68, literal d) del Código de Justicia Penal Militar, excluye del beneficio de los subrogados penales de la condena de ejecución condicional y libertad condicional, razón por la cual el procesado debe descontar la totalidad de la pena impuesta.

A este respecto cabe anotar, que la norma prevista en el Código de Justicia Penal Militar resulta restrictiva frente a lo normado por el artículo 72 del Código Penal, que como ya se dejó dicho, las disposiciones del libro primero de este estatuto, se aplican extensivamente en toda la legislación colombiana, máxime que por mandato constitucional y legal (artículos 6º de los Códigos Penal y Penal Militar), la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restriccita o desfavorable. Las limitaciones previstas en el Estatuto Penal ordinario, son las mismas que consagra el artículo 71 del de Justicia Penal Militar, esto es, la personalidad del procesado, su conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes de todo orden, sobre las cuales, puede el juez negar el beneficio a quien cumpla el requisito objetivo del cumplimiento de un mínimo de la pena impuesta, mas no sería viable la negativa por el hecho de haber sido condenado por un delito contra los bienes del Estado, circunstancia que no se halla prevista en la legislación ordinaria, por ejemplo para el delito de peculado, que es precisamente un punible de iguales características al consagrado en el Estatuto Penal Militar.

En el caso concreto, Ismael Oswaldo Avellaneda G., fue condenado a la pena privativa de la libertad de treinta y siete (37) meses de prisión como autor responsable de los delitos de hurto y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, según fallo del Tribunal Superior Militar, cuyas dos terceras partes equivalen a veinticuatro (24) meses y veinte (20) días.

El procesado se halla detenido desde el 20 de febrero de 1986, es decir, ha descontado efectivamente veinte (20) meses y veinte (20) días. Por trabajo acredita 1.984 horas que le dan derecho a una rebaja de dos (2) meses y veintidós (22) días y por estudio 816 horas para una

rebaja adicional de un (1) mes y quince (15) días, para un total acumulado de veinticuatro (24) meses y veintisiete (27) días, superiores a las dos terceras partes de la pena impuesta.

Respecto de los factores subjetivos se tiene que el procesado no registra antecedentes penales ni de policía; que su conducta ha sido calificada como "ejemplar" y que mediante Resolución Nº 209 de fecha 29 de octubre del presente año, el Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Cartagena, apoya la petición de libertad del recluso, lo cual hace procedente el beneficio invocado, máxime que en la sentencia de primer grado se consignó que "...el inculpado aceptó el hecho punible de haber sustraido las armas y municiones y dadas en venta a un particular, dicha confesión la hizo ante el juez competente en forma espontánea y sin ninguna coacción o apremio externo reuniendo los requisitos jurídicos de la confesión, y por otra parte se comprobó el cuerpo del delito y no hubo una prueba en contrario que desvirtuara lo dicho en su injurada...", es decir, que la confesión fue sustento de la sentencia. Aparentemente sería acreedor a la reducción de pena de una tercera parte, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, por aplicación del principio de favorabilidad, pero, según el informe visible a folio 3 del cuaderno original del Mayor Jorge Méndez Ortiz, "el día 160900R febrero de 1986, fui informado por el señor 2º CMT que al Mar. Oswaldo Avellaneda, de esa Unidad, le había sido hallado en su maletín, cuando salía franco, 100 cartuchos calibre 45 y 150 calibre 22 que sacaba en forma sospechosa", o sea que fue hallado en flagrancia, precisamente en la circunstancia excluyente prevista por la norma para el reconocimiento de dicha redención punitiva.

Lo anterior, si bien impide la aplicación de la norma citada, debe tal comportamiento (confesión), tenerse en cuenta para los efectos de la evaluación de su personalidad, pues, además, su versión dio lugar a la recuperación de los elementos del delito, tal como lo destaca el juez de primera instancia en su fallo y facilitó la investigación, lo cual, sumado a lo dicho en párrafo anterior, indica que Avellaneda González, no requiere de tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la pena, razón por la cual, se le decretará su excarcelación provisional, previa caución prendaria por la suma de cuartenta y tres mil pesos ($ 43.000), que deberán ser depositados a favor del Comando de la Fuerza Naval del Atlántico en Cartagena, como Juez de Primera Instancia y la suscripción de la diligencia de buena conducta y presentaciones personales cada treinta (30) días, ante el citado comando o ante la autoridad del sitio de residencia del procesado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares,

Resuelve:

1º *Otorgar* al procesado Ismael Oswaldo Avellaneda González, el beneficio de libertad provisional, previa causación de cuarenta y tres mil pesos ($ 43.000), que depositará a favor del Comando de la Fuerza Naval del Atlántico con sede en Cartagena, y la suscripción de la dili-

gencia de presentaciones personales cada treinta (30) días y de buena conducta.

2º Satisfechos los anteriores requisitos, se librará la correspondiente orden de excarcelación con la advertencia de que sólo producirá sus efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

3º Para el cumplimiento de esta providencia, se comisiona al Comandante de la Fuerza Naval del Atlántico, a quien se le librará la correspondiente comunicación telegráfica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario

1º NULIDAD. DERECHO DE DEFENSA

Si la responsabilidad penal es individual, la defensa de cada procesado debe estar encomendada a una sola persona, sin que esto quiera decir que no pueda hacerlo también un solo apoderado, cuando son varios los procesados

2º DERECHO DE DEFENSA

No siempre el recurrente, cuando alega la falta del derecho de defensa por parte del abogado, tiene razón, pues, es dificultoso pretender que éste proceda de acuerdo como aquél piensa y actúa

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 075.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación, debidamente interpuesto por los procesados *Pedro Ramón López López, Martha Beatriz Valoyes de López, Luis Aníbal López Valoyes* y *Silvina López Valoyes,* como por el apoderado designado para tal efecto, contra la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Cali —Sala de Decisión Penal—, de fecha 3 de septiembre de 1986, al encontrarlos autores y responsables del delito de Secuestro Extorsivo.

Fallo proferido al conocer por apelación el de primera instancia originario del Juzgado Veinticinco de Instrucción Criminal Especial de esa misma ciudad y según el cual se les impuso la pena principal de noventa y seis (96) meses de prisión a Pedro Ramón López López, Martha Beatriz Valoyes de López, Luis Aníbal, Alfonso, Pedro Ramón López Valoyes y Beatriz Arboleda Cortés y cuarenta y ocho (48) meses de prisión a Silvina López Valoyes por el mismo delito.

Hechos:

El Tribunal los refiere así:

"El señor William Sánchez Gallego, el día 8 de abril del año de 1985, puso en conocimiento de las autoridades que su menor hija Catalina Sánchez Pedreros, de tres y medio años de edad, quien estaba al cuidado de la doméstica Beatriz Arboleda, el día 1º del mismo mes y año, fue sustraída por ésta última sin ninguna autorización, del apartamen-

to Nº 601 ubicado en la calle 13 norte Nº 6-41 del barrio Granada de esta ciudad, que poco antes de las siete de la noche llamaron a la portería del edificio comunicando que la empleada del servicio se había accidentado, pero al buscarla por todos los centros de salud no fue hallada y menos la niña. Al día siguiente, un hombre desconocido manifestó por teléfono que la niña y la doméstica se encontraban bien, y pidió cuatro millones de pesos por el rescate de la menor, que deberían ser entregados al día siguiente.

Pormenorizadamente luego amplía la denuncia agregando cómo en diferentes empresas fueron dejadas cartas donde se le daban algunas pautas para la entrega del dinero por el rescate y así sucesivamente recibió varias llamadas telefónicas hasta que le indicaron la cuenta Nº 0118112-5 perteneciente al Banco Comercial Antioqueño de Medellín, donde debía girar el dinero exigido, manifestándole los empleados de la Sucursal de Cali, que dicha cuenta estaba a nombre de la "Corporación para la Niñez Desamparada" (Corniñez). Que una vez girado el dinero se comunicaron con él los captores de su hija, averiguándole por el número de registro de giro y como no definiera inmediatamente el sitio donde quería recibir a la niña, se cortó la comunicación, pero al día siguiente por teléfono le indicaron que había sido dejada en un parque y luego entregada a la Emisora "Ondas de la Montaña" en Medellín y al comunicarse con dicha Emisora le confirmaron la información, recuperando la niña con intervención de su amigo Felipe Estrada Villanazo. Asegura que los secuestradores de la menor se identificaron siempre como miembros de la Organización "Ballesteros", sin hacerlo de manera individual.

Actuación procesal:

Al citado Juzgado 25 de Instrucción Criminal correspondió el esclarecimiento e investigación de los hechos denunciados, conforme al ordenamiento previsto en la Ley 2ª de 1984. En desarrollo de la actuación y tras la práctica de algunas pruebas, se ordenó la detención de los señores Pedro Ramón López López, Luis Aníbal y Silvina López Valoyes y, en fecha posterior, la de Martha Beatriz Valoyes de López. Así mismo, una vez declarados reos ausentes, se decretó la privación de libertad de Pedro Ramón y Alfonso López Valoyes y Beatriz Arboleda Cortés.

Al tiempo de efectuar las respectivas injuradas, es cierto que los sindicados fueron asistidos por abogados de oficio, e incluso en el caso de Martha Beatriz Valoyes fue asistida por el ciudadano Arturo Parra González "por no haber en el momento un abogado titulado".

Y si bien no hubo apoderado de confianza, el nombrado de oficio hizo peticiones sobre la libertad de los sindicados, y quienes también formularon particularmente solicitudes sobre el mismo aspecto que el juzgado resolvió prontamente.

De igual manera, en cumplimiento de la facultad dispostitiva que permite la ley, de manera oficiosa el juez instructor ordenó algunas pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Como quiera que los hermanos Alfonso y Pedro Ramón López Valoyes y Beatriz Arboleda no se hicieron presentes al proceso, fueron declarados reos en ausencia y por lo mismo para efectos subsiguientes se les nombró apoderado de oficio. En todo caso, calificado el sumario y citados para audiencia pública, diligencia en la cual intervino el profesional del derecho encargado para tal fin, el juzgado profirió el fallo condenatorio ya comentado, el que confirmado por el Tribunal en todas sus partes, es ahora motivo del recurso de casación conforme se dijo en antes.

La demanda:

Invocando la causal cuarta, Nulidad, el actor sostiene que la sentencia calendada el 3 de septiembre de 1986, dictada por el Tribunal Superior de Cali, es violatoria de "las garantías consagradas en la Constitución Nacional, artículo 26, *por falta absoluta de defensa*".

Resumiendo el cargo único de nulidad constitucional alegada, esta resulta, en primer lugar, de la existencia de "intereses entre los procesados que no pueden ser defendidos por el mismo profesional del derecho", circunstacia que conduce a una negación absoluta del derecho de defensa. En cuya demostración trae a colación algunos pasajes de las declaraciones de los procesados, con el propósito de hacer notar la referida oposición habida entre los condenados.

"Es evidente los intereses opuestos de los procesados —afirma— por lo que se viola el derecho de defensa, máxime cuando sólo existe un defensor para siete (7) procesados. Además, no existió ninguna defensa para Pedro Ramón López Valoyes, Luis Alfonso López Valoyes y Beatriz Arboleda Cortés. Al no existir defensa, se ha afectado fundamentalmente la estructura del proceso, socavando las bases del juzgamiento, desconociendo garantías esenciales de las partes". Para afianzar su argumento cita jurisprudencia y doctrina al respecto.

Empero, no solamente lo anterior —sostiene—, vulnera la ley superior, sino que además la ausencia de la defensa, por la inercia o inefectividad de los apoderados ya en la etapa del sumario, ora en el juicio, es manifiesta. Especialmente glosa la actuación del defensor durante la audiencia pública por su corta intervención en favor de los enjuiciados detenidos, y menos hacerlo en servicio de los reos ausentes sobre quienes "no planteó ninguna defensa".

Pide, en consecuencia, casar la sentencia impugnada y en su lugar decretar la nulidad, desde el auto que resolvió la situación jurídica de los esposos López Valoyes y sus hijos Luis Aníbal y Silvina, porque "no estuvieron debidamente representados", o bien desde el auto que declaró reos ausentes a Pedro Ramón y Luis Alfonso López Valoyes y Beatriz Arboleda Cortés, "por no haber tenido defensa", o desde el auto de cierre de investigación, "para una nueva calificación del sumario, debidamente representados".

Concepto del Procurador Delegado:

Opina el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el recurso sobre la sentencia en cuestión debe ser rechazado, toda vez que los car-

gos formulados no son válidos. En cuanto al caso de la oposición de intereses defendidos por un solo abogado, manifiesta que son producto del equivocado análisis del libelista, porque "...leyendo en su integridad cada una de las declaraciones injuradas de los cuatro procesados detenidos, verificado un parangón analítico de las mismas y luego del estudio del proceso en su contexto, es forzoso admitir que la reclamada contraposición de intereses entre los distintos miembros de la familia López-Valoyes no se presenta y ello sólo aparece en el análisis del recurrente como producto único de su personal manera de presentar las partes del proceso sobre las que descansa su argumentación, es decir, recurriendo simplemente a fracciones no sólo de la declaración completa de determinada persona sino a frases ambiguas y también parciales de cada uno de los mencionados procesados".

En lo atinente a la falta de defensa de los enjuiciados ausentes, como en el supuesto anterior, el Procurador sostiene que el cargo resulta sin validez alguna, si del informativo procesal se establece que los aludidos procesados siempre estuvieron asistidos debidamente y, más aún, si durante el debate público el defensor abogó para todos la absolución por el delito a ellos imputado.

"Se cuestiona —se lee en dicho concepto—, la actuación de los distintos apoderados de oficio y aún de los designados por los propios encartados, para decir genéricamente que estos no presentaron alegaciones de fondo ni buscaron la práctica de pruebas. Sin embargo, nada se dice sobre la forma como el censor estima pudo haberse ideado y preparado un efectivo Plan de Defensa que, de ser puesto en ejercicio, hubiere implicado una mejor solución a la situación jurídica de los acusados. Desde este punto de vista carece, entonces, de una mira concreta o punto de referencia que permita verificar un parangón entre la labor litigiosa que se censura y la que efectivamente pudo haberse desplegado en beneficio de los López Valoyes y compañía.

Y en cuanto se relaciona con la pregonada falta de defensa de Pedro Ramón y Luis Alfonso Valoyes y Beatriz Arboleda, los reos ausentes, durante el acto público de juzgamiento, por parte del defensor actuante y único, debe decirse que la queja elevada por el recurrente más que una observación subjetiva, termina siendo una afirmación carente de verdad y asidero procesal". Argumento que ratifica precisamente con la exposición hecha por el abogado defensor durante la audiencia, para concluir en que tal labor, desde el punto de vista estrictamente jurídico, "fue siempre adecuada y suficiente", sin que pueda hablarse de la inexistencia del derecho de defensa.

Reflexiones que por encontrarlas atinadas y corresponder a la realidad del proceso, desde ya prohija la Sala.

Consideraciones de la Sala:

A. Intereses opuestos de los procesados:

1º Es apenas lógico que si la responsabilidad penal es individual y cada procesado responde por su proceder, su defensa deba estar encomendada a una sola persona, sin que esto quiera decir que no pueda hacerlo también un solo apoderado cuando son varios los procesados.

En cuya hipótesis, no es pertinente si entre estos existen intereses contrapuestos, porque en este caso es imposible una adecuada defensa, pues, ¿cómo compaginar situaciones adversas e incompatibles? Por ello cuando falta el derecho de defensa se sanciona con nulidad de carácter constitucional y, además, la ley penal tipifica como conducta delictuosa la infidelidad profesional del abogado.

2º Suele ocurrir que en aquellos juicios donde son varios los incriminados y por consiguiente se expresan diferentes explicaciones, surjan elementales discrepancias como consecuencia de las distintas posiciones asumidas por los inculpados. Discrepancias que se hacen más notorias cuando las exposiciones suministradas no corresponden a la realidad histórica de los hechos con la supuesta "verdad" adicionada por los sindicados.

Discordancias que, en todo caso, no adquieren el carácter de inconciliables, que es en esencia la prohibición legal que impide al apoderado a defender a distintas personas en un mismo proceso, cuando entre ellas median intereses opuestos. De donde la oposición tiene que ser concluyente, ostensible, de manera que haga irrealizable la defensa de los acusados, porque los beneficios buscados o deseados a través de esa gestión resulta nugatoria por parte del apoderado.

3º Las transcripciones limitadas hechas por el recurrente de ciertos pasajes de las exposiciones de los indagados, supuestamente configuran oposición de intereses entre los miembros de la familia López Valoyes, sin embargo, más que una real contraposición evidencian una natural y escueta discrepancia. Como es el caso —referido por el propio actor—, de Luis Aníbal López Valoyes y su hermana Silvina, que mientras aquel, contrariando la verdad de los hechos, afirma que la menor fue encontrada en el parque Belén, llorando y perdida, y junto con su hermana fueron a dejarla a la emisora "Ondas de la Montaña", Silvina asegura, y es la versión cierta, que la niña Catalina pernoctó en casa de una amiga y solamente al otro día, en compañía de Luis Aníbal, la llevaron a la susodicha emisora.

Pretender que estas declaraciones demuestran "oposición de intereses", conforme lo pregona y censura el demandante, no deja de ser sino afirmación exagerada y ciertamente cargo sin ningún fundamento. Como el anterior ejemplo son todas las "oposiciones ilustrativas" traídas por el impugnador de la sentencia.

Se repite que lo existente es, lo cual es lógico, algunas elementales discrepancias entre los señores procesados, que jamás intereses contrarios a los mismos.

B. La falta de defensa:

1º Esta nulidad de orden constitucional se reduce a la falta de actividad por parte del abogado a quien estuvo encomendada tal labor procesal, resultando en esta forma violado el artículo 26.

Considera el censor que realmente no hubo el despliegue necesario tendiente a conseguir la absolución de los enjuiciados, de manera especial en lo referente a la audiencia pública dada la brevedad del de-

fensor en su exposición final, confirmando así una marcada "inercia" que la jurisprudencia ha instituido en suficiente motivo para invalidar la sentencia condenatoria.

En la relación hecha de la actividad procesal se tuvo oportunidad de demostrar cómo siempre el abogado nombrado oficiosamente, en repetidas ocasiones pidió la libertad de los procesados detenidos, derecho que incluso directamente ejercieron estos, e interpuso recursos. Sin faltar la práctica de pruebas ordenadas por el propio juzgado, tendientes al esclarecimiento de los hechos.

De manera que no es exacta la afirmación de carencia absoluta de defensa. Y la circunstancia de que se haya nombrado a una sola persona de defensor de los procesados y éste no haya solicitado práctica de pruebas, en nada incide en el comentado de derecho de defensa, si como se verá se ejerció de manera satisfactoria.

2º Parece ser norma usual y ya generalizada, que cuando el casacionista no es el mismo profesional que atendió al acusado en proceso, siempre encuentra motivos para increpar nulidades, aduciendo deficiencia técnica del antecesor por falta de eficaz y adecuada defensa de sus patrocinados. Ineficiencia que se hace consistir en apreciaciones más de índole particular, que en razonamientos jurídicos, a fin de establecer la violación expresa de la regla constitucional que se argumenta. Diríase más bien que todo conduce a una crítica por lo que se dejó de hacer, como si en esto radicara exclusivamente el referido derecho de defensa.

La jurisprudencia ha sido profusa y terminante en cuanto a que se conculca el derecho de defensa cuando se desconoce la oportunidad de demostrar que se es inocente o responsable en determinado grado, vale decir cuando por inercia o incapacidad del apoderado o defensor, falla la defensa. De manera que todo aquello que no conduzca a desconocer la adecuada y oportuna defensa del encausado, carece del suficiente valor legal para invalidar la causa.

En consecuencia, no lo es negar aquellas pruebas que no conducen a demostrar la inocencia o a aminorar la responsabilidad, como tampoco que el defensor no se extienda en su disertación durante la audiencia pública, con menos razón si agrega alegato escrito y de su conjunto se concluye de manera precisa el deseo de conseguir para sus patrocinados la absolución.

Siendo entonces el derecho de defensa el ejercicio de un acto supeditado a la diligencia e inteligencia del abogado, es difícil exigir para el feliz cumplimiento de su misión una precisa regla de laboriocidad profesional. Por la misma naturaleza humana, sería imposible que apoderados o defensores se vincularan a un modelo estereotipado para llevar adelante su función defensora. Razón más entonces para advertir que no siempre el recurrente, cuando alega la falta de derecho de defensa por parte del abogado, tenga razón, pues, es dificultoso pretender que éste proceda de acuerdo como aquél piensa y actúa.

3º Cierto que en desarrollo del debate el defensor no se extendió en su alegato oral, sin que ello sea obstáculo para deducir, no obstante la brevedad, el reclamo vehemente de inocencia de la familia López

Valoyes si, argumentó, que el plenario no probaba "la intención de delinquir". Apreciaciones que en memorial de varios folios amplió para que se tuvieran en cuenta al tiempo de dictar la sentencia respectiva. Escrito en el que luego de hacer algunas reflexiones sobre el enjuiciamiento, la posibilidad de errores acerca de los hechos, la estructura del delito de secuestro extorsivo imputado y otros aspectos, terminó solicitando que se profiera sentencia absolutoria "PARA MIS DEFENDIDOS, EN VIRTUD DE LOS CARGOS QUE LES FUERON FORMULADOS EN SU CONTRA AL CALIFICARSE EL MERITO DEL SUMARIO". (Mayúsculas del alegato).

Consecuencia de lo expuesto es entonces que el defensor, a pesar de ser de oficio, cumplió su labor según y de acuerdo con su criterio, y si bien en la audiencia no hizo gala de erudita y prolongada exposición, en el memorial de conclusión, tal como se esbozó anteriormente, resumió la razón de por qué creía que sus defendidos debían ser absueltos. No hubo por lo tanto, falta absoluta de defensa como lo insinúa el censor. Sin desconocer que de su parte existe, más bien, una personal contrariedad entre lo hecho por el defensor y lo que piensa él hubiera hecho, mas no por eso la sentencia resulta violatoria de la norma superior aludida.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

4º Consideración aparte merece el planteamiento hecho por el recurrente respecto a los procesados reos ausentes, quienes de manera distinta a los actualmente detenidos, por elemental razón, no confiaron poder al apoderado para que impugnara la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Cali. Pese a la cual el apoderado propuso la demanda de casación en nombre de todos los condenados, o sea aún de los declarados en contumacia. Como quiera que ellos no confirieron poder al casacionista, entonces éste carecía de facultad legal para ejercer el derecho de representación y naturalmente de interés jurídico para recurrir extraordinariamente. Efecto inmediato debió ser el rechazo del cargo en este punto.

Sin embargo, y todavía para abundar en más razones, en vista de que el actor propuso nulidad por cuanto adujo también la existencia de intereses opuestos entre los sentenciados, hubo necesidad de tratar este aspecto el que quedó dilucidado por ausencia total de la esgrimida contraposición de intereses y establecida la adecuada defensa que tuvieron los emplazados, no obstante no haber tenido su defensor ningún contacto para cumplir su misión. Circunstancia que no fue inconveniente para en su nombre solicitar, al igual que los detenidos, la absolución total.

Como en el caso anterior, tampoco es procedente el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida, de la fecha y origen indicados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PENA. CONFESION

La reducción de pena por confesión del hecho, según el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal actual, teniendo en cuenta los criterios del artículo 61 del Código Penal, se aplicará al dictarse el fallo condenatorio y, sin que se viole el principio de la cosa juzgada, por aplicación de la favorabilidad, sobre la cuantía determinada en los fallos de instancia

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta Nº 075.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por el procesado *Jesús Rojas,* contra la providencia de 28 de septiembre último, por medio de la cual se le negó el beneficio de libertad provisional.

Al recurso se le dio el trámite previsto por los artículos 349 y 108 del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones de la Corte:

El procesado Jesús Rojas, solicitó el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal, ya que de serle reconocida la rebaja de pena por confesión, prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), el tiempo en detención efectiva y el que le corresponde por trabajo, serían suficientes para obtener su excarcelación provisional.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, emitió concepto favorable para el reconocimiento de la reducción de pena por confesión, mas no así respecto de su excarcelación por no haber cumplido el requisito cuantitativo previsto en el artículo 72 del Código Penal.

La Sala, en providencia de fecha 28 de septiembre del presente año, consignó que "Jesús Rojas, fue condenado en sentencia de segundo grado a la pena privativa de la libertad de *treinta (30) años de prisión,* como coautor responsable de los delitos de secuestro y homicidio en Nelson José Machado Lugo; secuestro de Marco Rafael Torres Oviedo y Ricardo López Sánchez y extorsión en Luis Rodolfo Machado Bohórquez. En providencia de esta Sala de fecha 27 de abril último, se declaró prescrita la acción respecto del delito de extorsión y se ordenó cesar procedimiento en favor del acusado, razón por la cual la sanción de

treinta (30) años a que fue condenado, se vería reducida en seis (6) meses, para quedar fijada, en forma provisional para los efectos de excarcelación, en *veintinueve (29) años y seis (6) meses*".

"En cuanto a la reducción de pena a que se refiere el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal vigente, se tiene que el procesado Jesús Rojas, en diligencia de indagatoria verificada el 5 de junio de 1977, confesó libremente, con asistencia de apoderado y ante el Juez 23 de Instrucción Penal Militar, no solamente su participación en los hechos a que se contraen estas diligencias, sino en otros anteriores, dando una descripción detallada de la forma como ocurrieron e indicando precisamente quienes participaron en ellos y en forma individual el grado de intervención de los mismos. Por ello, su versión de esa fecha que constituye su primera vinculación al informativo, así como la realizada el 18 del mismo mes y año, constituyen una verdadera confesión, simple y llana que, como lo consignaron los juzgadores de instancia, fueron definitivas para declarar su responsabilidad penal y de la mayoría de sus compañeros de causa, es decir, sobre dichas diligencias se fundamentó el fallo condenatorio dictado en su contra. En su caso concreto, como lo destaca el señor Procurador Delegado en lo Penal, se reunen todos los requisitos previstos en la ley para declarar la procedibilidad de la reducción de pena que consagra el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal y que la Corte en pronunciamientos anteriores precisó".

"Quiere decir lo anterior, que para los efectos de excarcelación, la pena que se debe tener en cuenta para los cálculos respectivos, es la de veintinueve (29) años y seis (6) meses de prisión, reducida en una tercera parte (artículo 301 del Decreto 050 de 1987), para quedar en definitiva la de *diecinueve (19) años y ocho (8) meses de prisión, cuyas dos terceras partes (artículo 72 del Código Penal), serían trece (13) años, un (1) mes y diez (10) días, tiempo que aún no ha satisfecho ya que solamente acredita diez (10) años, cinco (5) meses y once (11) días.* Ello hace improcedente el análisis de los factores de orden subjetivo que contempla el artículo 72 del Código Penal para el otorgamiento de la libertad provisional, máxime que se desconoce su conducta en los últimos meses ya que el consejo de disciplina que aparece en autos (constancia), data del 21 de febrero de 1986".

Para sustentar el recurso interpuesto, el procesado expresa:

"De acuerdo con los cómputos de tiempo que hace dicha Corporación no tendría derecho, (se refiere a la libertad provisional), por cuanto al tiempo total de condena se le reduce la tercera parte de rebaja de pena por confesión consagrada en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal".

"Es de anotar que la reducción de pena por confesión debe tenerse como parte de la condena cumplida y no como un factor que modifique la condena pues tal circunstancia atentaría contra el principio de la cosa juzgada que nuestro Código de Procedimiento Penal prevé en el artículo 17 como principio rector. Además, debemos tener en cuenta que dicha providencia no es de carácter jurisdiccional sino administrativa,

por tanto, ella no contrariaría los principios rectores del Procedimiento Penal, según lo establece en su artículo 629 del nuevo estatuto procedimental penal y con el fin de fundamentar aún más mis argumentaciones, tenemos que en el inciso tercero dicha disposición establece que "la reducción de las penas por trabajo y estudio lo mismo que *cualquier otra rebaja de pena* que establezca la ley, *se tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena impuesta* o que pudiere imponerse. Lo cual, claramente nos indica que las rebajas a las que se haga acredor el condenado, se deben tener en cuenta como parte de la pena cumplida y no como un factor de modificación de la condena inicial".

"Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, cumplo a cabalidad con los requisitos enunciados por el artículo 72 del Código Penal, pues efectivamente fui condenado a cumplir un tiempo de pena privativa de la libertad de 354 meses, de los cuales en tiempo físico y por las rebajas a que tengo derecho por trabajo y estudio, de acuerdo con la Ley 32 de 1971, he descontado 125 meses, lo cual aunado a la tercera parte por confesión, de acuerdo con el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal que corresponde a 118 meses, llevaría en total de tiempo de condena cumplida 243 meses y para tener derecho a la libertad condicional y en consecuencia la provisional que solicito, debo llevar 236 meses de tiempo descontado. Con lo cual, queda demostrado que cumplo a cabalidad con el requisito de orden cuantitativo que requiere el artículo 72 del Código Penal".

Respecto de la conducta que he observado estos últimos meses, ella ha sido calificada como ejemplar por el consejo de disciplina de este establecimiento, en razón, además, a que me he dedicado al trabajo honrado a fin de con ello perfeccionar aún más mi proceso de rehabilitación total".

En conclusión, solamente discute el peticionario sobre la forma como se hicieron los cómputos por parte de la Corte para determinar, de manera provisional, la pena que en definitiva debe purgar, con base en los delitos por los cuales se le halló responsable y que aún mantienen su vigencia, así como la reducción de pena por confesión.

En primer término, *debe hacerse claridad si la modificación de la sanción, por confesión, se trata de una "rebaja" de la misma que deba contabilizarse como parte del cumplimiento de la pena, o si por el contrario, de una reducción del máximo que deba fijarse en cada caso concreto por el delito y modalidades que se imputan a cada procesado.*

El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, establece que "A quien fuera de los casos de flagrancia, durante su primera versión confesare el hecho, en caso de condena se le REDUCIRA la pena en una tercera parte, *si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia". (Subraya la Sala).*

Es decir, que solamente en los casos en que deba dictarse fallo condenatorio, el juez, al tasar la pena, teniendo en cuenta los criterios del artículo 61 del Código Penal, una vez determinada ésta, si se reunen

los requisitos del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, la fijará definitivamente, previa reducción en una tercera parte. Esto, por cuanto la tasación máxima de la pena privativa de la libertad, incide sustancialmente en la aplicación de los subrogados penales previstos en los artículos 68 y 72 del Código Penal.

En efecto. Si a un procesado se le halla responsable de la comisión de un hecho punible, sancionado con pena de prisión, si hecha la reducción de la tercera parte de la pena que le correspondería por su conducta, y su máximo no sobrepasa de tres (3) años, sería acreedor, además, al subrogado de la condena de ejecución condicional si su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permiten al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario. En cambio, si lo fuera como el procesado lo pretende, en el mismo caso, no sería viable el reconocimiento del citado subrogado cuando la pena privativa de la libertad sobrepase de los tres (3) años de prisión, debiendo ser recluido en un establecimiento carcelario hasta el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena (artículo 72 del Código Penal), para disfrutar del beneficio de excarcelación, el cual, desde un principio pudo obtener.

En cambio, la rebaja de pena por trabajo o estudio, o cualquier otra que el legilslador encuentre procedente, (en curso proyecto de ley por la visita del Sumo Pontífice), por mandato del artículo 629 citado por el procesado, deben ser tenidas en cuenta como parte de la pena cumplida para obtener la libertad provisional o definitiva por pena cumplida.

Finalmente, no es que se esté violando el principio de la cosa juzgada cuando se reconoce previamente la reducción de la tercera parte de la pena, por confesión, de la ya determinada en los fallos de instancia, sino dando aplicación al principio de favorabilidad de la ley que consagra nuestra Carta, el Código Penal (Art. 6º) y de Procedimiento Penal (Art. 5º) cuando ordena que la ley permisiva o favorable, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, privilegio que se hace extensivo a los condenados (Art. 44 de la Ley 153 de 1887), pues tal precepto (Art. 301 del Decreto 050 de 1987) consagró el tantas veces citado beneficio, para estimular la confesión a fin de hacer más expedita la justicia, creando inclusive un procedimiento abreviado para el trámite de los procesos en que ella se presente.

En cuanto a los factores subjetivos a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, no es preciso entrar a considerarlos en esta oportunidad, ya que el procesado no acredita haber cumplido el requisito cuantitativo de la pena ya que en detención efectiva lleva *diez (10) años, cinco (5) meses y cinco (5) días* y por trabajo solamente acredita 1.160 horas entre los meses de julio de 1985 y enero de 1986, desconociendo la Sala las labores realizadas por el peticionario, así como su conducta dentro del establecimiento carcelario, ya que la sola afirmación de estar trabajando y observando conducta "ejemplar", no pueden ser objeto de evaluación por la Corte. En total, Jesús Rojas habría descontado *diez (10) años, seis (6) meses y veintitrés (23) días, inferiores a las dos terceras* partes de la pena privativa de la libertad que le corresponden en su caso concreto, razón por la cual la providencia impugnada debe mantenerse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *no repone* su providencia de 28 de septiembre último.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA. NULIDAD

Toda crítica probatoria, así se haga converger en una nulidad, corresponde a la violación indirecta de la ley, salvo que se plantee en procesos con intervención del jurado de conciencia en los que resulta improcedente en razón de la autonomía y libertad de que gozan los jueces populares en la apreciación de los elementos de convicción

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 75.

Vistos:

Resolverá la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Pablo Arias Cuervo,* contra la sentencia de veintisiete de enero del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior de Tunja confirmó la dictada por el Jugado Tercero Superior de ese Distrito, condenándolo a la pena principal de diez años de prisión, como responsable del delito de homicidio en la persona de *Carlos Eduardo Avila.*

Hechos y actuación procesal:

A eso de las nueve de la noche del diez de febrero de 1985, Carlos Eduardo Avila entró a la cantina de Tránsito Pita vda. de Avila, ubicada en el área urbana de la población de Subachoque (Boyacá), donde se encontraba Pablo Arias Cuervo departiendo con otras personas. Saludó a los presentes, menos a Pablo que le dijo "qui hubo dormilón", frase a la que respondió Carlos Eduardo "A usted qué le importa".

De inmediato aquél se avalanzó sobre éste empujándolo y lanzándole un puñetazo, y a pesar de la intervención de los contertulios con el objeto de separarlos, Pablo disparó su arma contra Carlos Eduardo, quien trató de desarmarlo cayendo ambos al piso desde donde Pablo accionó por dos veces el arma ocasionándole a Carlos Eduardo una herida mortal que produjo su deceso en forma instantánea, huyendo del lugar para presentarse a las autoridades días después.

Por estos hechos, el Juzgado Tercero Superior de Tunja llamó a responder en juicio al procesado, con intervención del jurado de conciencia, por el delito de homicidio voluntario, pronunciamiento recurrido en apelación por él y su defensor y confirmado por el Tribunal Superior (folios 317 y ss. del expediente).

Vencido el término probatorio de la causa, y sin que las partes hubieran solicitado la práctica de pruebas y notificados los jurados sorteados se señaló el 8 de septiembre de 1986 para la celebración de la audiencia pública.

Tres días antes de la fecha indicada, el Fiscal del Juzgado, con fundamento en el artículo 513 del Código de Procedimiento Penal, pidió la práctica de "una ampliación del concepto médico legal" durante el debate público a fin de que el médico legista respondiera las inquietudes que le formularía; solicitud acogida por el juzgado en auto de 8 de septiembre en la que a pedido del defensor aplazó la realización de la audiencia para el 29 de los mismos mes y año, providencia notificada personalmente al procesado y su defensor (folios 380 a 385 *ibídem*).

En desarrollo del debate público y en presencia de las partes intervinientes, el Fiscal del juzgado formuló varias preguntas al médico legista que había practicado la autopsia para mejor ilustración de los jurados respecto a la dirección de los disparos y muestras de tatuaje del cadáver, una de las cuales fue objetada por el vocero del acusado.

Al término de la audiencia, el jurado contestó el cuestionario con un "Sí es responsable", veredicto acogido por el juez del conocimiento para condenar a Arias Cuervo a la pena principal de diez años de prisión, fallo consultado con el Tribunal Superior de Tunja y por éste confirmado mediante el que es objeto del recurso de casación.

La demanda:

En el marco de la causal cuarta de casación contemplada en el artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad constitucional por inobservancia de las formas del debido proceso.

Afirma el censor que el Juzgado Superior, atendiendo extemporánea e imprecisa solicitud del Fiscal, ordenó y practicó dentro de la audiencia pública no una ampliación del dictamen rendido por el médico legista que determinó la causa de la muerte, sino una nueva pericia a pesar que el peticionario no indicó clara y precisamente lo que se proponía acreditar con dicha prueba y la misma no había sido pedida ni decretada en el término probatorio del juicio, con lo que se pretermitieron en su producción las formalidades exigidas por los artículos 501, 502 y 513 del Código de Procedimiento Penal.

Manifiesta que "El juzgado al decretar una prueba que jamás se había solicitado con anterioridad a la apertura del juicio a prueba, ni en el momento en que el mismo se abrió a tal etapa, al decretar una prueba que se impetró en abierta violación de lo dispuesto por el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, y luego no agotar el trámite señalado en los artículos 276 y 277 del Código de Procedimiento Penal, dio origen a la nulidad que vengo sustentando desde la primera instancia y ahora, mediante el cargo, dentro de la presente demanda".

Consecuente con dicho planteamiento, reclama la nulidad del proceso a partir del auto que ordenó la práctica del nuevo dictamen pericial.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones del demandante, argumentando que el cargo formulado a la sentencia carece de respaldo legal y doctrinario, toda vez que no se trataba de "prueba nueva" sino a lo sumo de una ampliación o aclaración del dictamen de autopsia rendido por el mismo médico legista, la que se tradujo en una información o ilustración a los intervinientes en el debate público sin ninguna incidencia probatoria en la situación jurídica del procesado, quien había confesado la autoría del hecho punible.

Agrega, que tampoco se desconoció el principio de contradicción de la prueba puesto que el vocero como el defensor tuvieron la oportunidad de contradecirla u objetarla y no lo hicieron, "de tal manera que en ninguna forma se violaron las garantías procesales. A lo sumo se incurrió en una informalidad absolutamente inocua o intrascendente, que bajo ningún pretexto puede tomarse de base para lesionar los intereses de la sociedad, los cuales también están en juego frente a dichas garantías. Tanto es así que, en la audiencia pública la defensa no se atrevió a pedir la absolución sino el reconocimiento de la privilegiada figura del exceso en la defensa".

Consideraciones de la Corte:

Si el reproche a la sentencia se fundamenta, como en el caso de autos, en la irregular producción de una prueba por incumplimiento de formalidades legales condicionantes de su validez, trataríase de un yerro de apreciación probatoria, totalmente extraño al ámbito de la causal cuarta de casación, que por su especial naturaleza, se apoya en la existencia de errores in procedendo *generadores de nulidad legal o constitucional.*

Por eso, toda crítica probatoria, así se haga converger en una nulidad, corresponde con mayor propiedad y eficacia a la violación indirecta de conciencia en los que resulta improcedente en razón de la autonomía de la ley, salvo que se plantee en procesos con intervención del jurado y libertad de que gozan los jueces populares en la apreciación de los elementos de convicción aducidos.

Aduce el impugnador que las explicaciones rendidas en audiencia pública por el médico legista que dictaminó la causa determinante del deceso de la víctima no pueden tenerse como complemento o aclaración de la diligencia de necropsia, sino como nueva prueba pericial que ha debido someterse en su petición, decreto y práctica a las previsiones de los artículos 501, 502, 513, 276 y 277 del Código de Procedimiento Penal y como quiera que dichas formalidades no se cumplieron, se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por desconocimiento de una de las formas del debido proceso.

Sin embargo, no precisa el sentido y alcance de la violación, limitándose a señalar que la nueva pericia fue ordenada fuera de término sin el lleno de los requisitos de la solicitud y sin que fuera puesta en conocimiento de las partes por el término legal.

La exposición de los médicos legistas sobre los resultados de una autopsia es prueba pericial sui géneris que no requiere forzosamente ser puesta en conocimiento de las partes para que éstas soliciten que el perito la explique, amplíe o aclare, pues por tratarse de una diligencia que llegó el médico legista en la diligencia de autopsia respecto a la momento "antes del fallo" objeto de ampliación o aclaración o impugnada "antes de que se dicte el veredicto del jurado", demostrándose, por ejemplo, que el individuo no murió a consecuencia de las heridas que presenta el cadáver, sino por un fenómeno patológico no provocado por el infractor.

Las pruebas, de acuerdo al anterior ordenamiento procesal, debían solicitarse y si era el caso ordenarse y practicarse, en la etapa del sumario, en el término probatorio del juicio y por último, con dos días de anticipación a la audiencia a fin de que se practicaran en el curso de ella.

Es evidente, que en el caso sometido a consideración de la Sala, la solicitud y decreto de la ampliación del dictamen, las conclusiones a público las inquietudes que oportunamente le formularía, no se ajustó estrictamente a los términos de la ley; pero también lo es que dicha irregularidad no afectó la normatividad que regula el debido proceso, porque la prueba se recepcionó con la asistencia de todos los sujetos procesales, quienes disfrutaron de plena garantía para controvertirla u objetarla. Sólo el defensor, después de conocido el veredicto y la sentencia de primera instancia, alegó nulidad del proceso con resultados negativos.

Significa lo anterior, que pese a las irregularidades advertidas en la petición del Fiscal para que el médico legista respondiera en el debate que no tiene el carácter de reservada o secreta, puede ser en cualquier causa determinante de la muerte, fueron conocidas y debatidas en las instancias, garantizándose de tal modo los presupuestos de publicidad y contradicción de la prueba.

Esta Corporación ha sostenido, que no toda inobservancia del rito procesal acarrea nulidad de superior jerarquía por desconocimiento de las formas del debido proceso y es así como en sentencia de casación de 3 de diciembre de 1981, expresó sobre el particular:

"En repetidas ocasiones la Corte ha dicho que las formas propias del juicio son el conjunto de exigencias y garantías procesales que garantizan un determinado procedimiento y que permiten, por consiguiente, distinguirlo de otros. De manera que cualquier informalidad o inobservancia del rito procesal no puede reputarse como apta para predicar omisión de formas propias del juicio. Para que tal violación tenga esa entidad debe ser manifiesta e incidir sobre lo que constituye la diferencia específica de su modo de ser con el otro procedimiento".

Pero es que además, la informalidad que adolece la explicación del dictamen de autopsia por haber sido decretada sin que el peticionario previamente indicara clara y precisamente lo que se proponía acreditar, en nada incidió sobre la culpabilidad del procesado, demostrada por su

propia confesión y los testimonios de las personas que departían en la cantina al momento de la tragedia, por lo que tampoco se vislumbra menoscabo o limitación del derecho de defensa, máxime que Arias Cuervo gozó a plenitud de todas las prerrogativas procesales inherentes a ella.

Establecido entonces, que la irregularidad procesal puesta de presente en la demanda no desfiguró el esquema del proceso ni conculcó o afectó el derecho de defensa del procesado, no puede hablarse de nulidad de rango constitucional por desconocimiento de sagradas garantías procesales contempladas en el artículo 26 de la Carta Política.

No prospera el cargo de nulidad formulado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No Casar la sentencia recurrida a nombre del procesado Pablo Arias Cuervo, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA. Generalidades

La ausencia de las firmas en el acta de la diligencia de audiencia pública descarta la suficiencia de la impugnación, si de otra parte no cabe duda que el juzgamiento se agotó con la presencia del procesado, defensor, fiscal y el propio jurado

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 076.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de noviembre de 1986, del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado 29 Superior con fecha 16 de agosto del mismo, por medio de la cual y con arreglo al artículo 519 del Código de Procedimiento Penal anterior, impuso a cada uno de los encausados *Jacinto Cárdenas Peña* y *Luis Carlos Cárdenas Jiménez,* ocho años de prisión por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, y a *Víctor Manuel Callejas Segura,* nueve años de prisión por el mismo delito y por hurto calificado.

Hechos:

Da cuenta el proceso, que a eso de las cinco de la tarde del día 9 de diciembre de 1984, a la altura del kilómetro ocho del camino de herradura que conduce al sitio denominado "La Villa", vereda Tasajera del municipio de Gachetá (Cundinamarca), el ciudadano Ignacio Peña González fue abordado por Víctor Manuel Callejas Segura, quien luego de haberlo despojado de dinero efectivo y algunas otras pertenencias, le hizo un disparo de revólver, el que hizo blanco en el pómulo derecho de la víctima. Como Callejas Segura hubiera sido aprehendido por agentes de la Policía Nacional poco después de la comisión de los hechos, explicó su proceder manifestando que Jacinto Cárdenas Peña y Luis Carlos Cárdenas Jiménez, padre e hijo respectivamente, lo habían contratado para darle muerte a Peña González a cambio de quince mil pesos.

Actuación procesal:

1º El proceso fue iniciado por el Juzgado Penal Municipal de Gachetá y proseguido por el ya mencionado Juzgado 29 Superior de Bogotá, que profirió, con fecha 22 de julio de 1985, auto de llamamiento a

juicio contra Jacinto Cárdenas Peña y Luis Carlos Cárdenas Jiménez por el delito de homicidio agravado en grado de tentativa, y contra Víctor Manuel Callejas Segura por el mismo delito y hurto calificado.

En la misma providencia calificatoria fueron favorecidos con sobreseimiento definitivo y por razón del punible de hurto, los Cárdenas y María Hersilia Jiménez de Cárdenas, también vinculada al proceso por los hechos investigados. Respecto del delito de homicidio, la Jiménez de Cárdenas fue sobreseída temporalmente.

2º Confirmado el auto de proceder por el Tribunal, al resolver apelación del defensor de dos de los procesados, se adelantó el juicio y se celebró la audiencia, cuya acta aparece firmada únicamente por el juez, si bien los veredictos aparecen suscritos por el funcionario, su secretario y dos jurados. Con base en las respuestas afirmativas del Tribunal de conciencia, emitidas por mayoría en cuanto al delito de homicidio, se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal mediante la que es objeto del recurso de casación.

La demanda de casación:

Al amparo de la causal cuarta de casación, que consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal derogado, el defensor de los procesados Jacinto Cárdenas Peña y Luis Carlos Cárdenas Jiménez, impugna la sentencia de segundo grado al considerar que el Tribunal la dictó en juicio viciado de nulidad de rango constitucional, por violación de las formas propias del juicio, en relación con los artículos 159 y 515 del citado Código de Procedimiento Penal, por falta de firmas en el acta de audiencia pública, lo cual las hace inexistentes y determina la invalidez del proceso.

En respaldo de su posición pone de presente que si bien a folios 130 y siguientes del cuaderno segundo, aparece un escrito que se dice "acta de diligencia de audiencia pública" y presenta ocho antefirmas, sólo está firmada por el juez y "nadie sabe cuándo 'se extendió' el 'acta' pues no lo fue dentro de la audiencia"; ni se dispuso de oportunidad alguna para la formulación de 'reparos o rectificaciones'; nunca se nos llamó a firmar esa memoria escrita 'a los que deben suscribirla'. En estas condiciones, lo dispuesto por el artículo 159, que ordena 'de toda diligencia que se practique se extenderá el acta correspondiente', se incumplió rotundamente. Explica el censor que si la omisión de la fecha o lugar hace que el acta no haya adquirido vida jurídica, "con mayor razón esa sanción legal de inexistencia del acto acreditado tiene que seguir, como en este caso, a la carencia del acta, que es lo que aquí ocurre" por lo que solicita se declare la nulidad de la actuación a partir del sorteo de jurados "para que este se repita y se realice la audiencia pública, en la forma debida".

Concepto del Ministerio Público:

Representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de sintetizar los hechos, la actuación procesal y la demanda de casación solicita rechazar las peticiones formuladas, con planteamientos a los cuales se hará referencia al contestar esta Corporación los motivos de impugnación.

Consideraciones de la Sala:

1º La impugnación se dirige a obtener la declaratoria de nulidad de la actuación a partir del sorteo de jurados, dada la inexistencia del acta de audiencia por falta de las firmas de quienes en ella intervinieron y, claro está, sin que, conforme a las normas pertinentes, las partes tuvieran ocasión de objetarla. Pues de acuerdo a lo expuesto y como lo anota el demandante, el documento citado y acusado como inválido, aparece solamente con la firma del juez.

Desde ya debe mencionarse que al suscribir el referido documento el funcionario que presidió la audiencia pública, afirma con pleno valor probatorio que la diligencia se cumplió en la forma que consigna el acta, con la intervención y presencia de las personas que en la misma se citan y con el cumplimiento de los requisitos que se hacen constar. Desde luego que las normas adjetivas referidas por el actor (artículos 515 y 159 del Código de Procedimiento Penal anterior), señalan la forma como debe elaborarse el acta de audiencia y quiénes deben firmarla, que son lógicamente los que intervienen en la actuación procesal. Disposiciones que naturalmente deben ser observadas si su razón o fundamento estriba precisamente a que el documento contenga una fiel relación del desarrollo de la actuación judicial y de importancia para efectos del proceso.

2º Expuesto lo anterior, debe examinarse si la omisión de las firmas de los restantes intervinientes, con excepción del juez, invalida el acta y por consiguiente deja sin efecto la audiencia, con incidencia sobre el trámite posterior.

Conforme a lo esbozado en autos, el acta mencionada no puede considerarse inválida por cuanto autorizada por el juez, no obstante la falta de las firmas de las otras personas y del secretario, cumple su efecto y está destinada a dar fe de su autenticidad. Con más razón si no hay duda acerca de la presencia física de todos los intervinientes.

Debe establecerse, entonces, si realmente existe la lesión a las formas propias del juicio y al debido proceso, al cual se concreta la censura del impugnante. Vistas las consideraciones expuestas, sin esfuerzo se llega a conclusión contraria, puesto que si la diligencia se cumplió efectivamente, con las personas que se mencionan, se desarrolló con las intervenciones que aparecen relatadas y culminó con el veredicto emitido, no se advierte en qué forma se lesionaron las garantías procesales, tampoco lo demuestra el demandante, si el acto se realizó con arreglo a la ley y plenamente cumplió su finalidad esencial, es decir, la realización del debate público, exposición de las partes y como consecuencia de esto la veredicción de los jueces de hecho.

De donde, no está por demás recalcarlo, el sólo hecho de faltar las firmas de los intervinientes, encontrándose autorizado el documento por quien presidió el acto y podría, en consecuencia, certificar su realización, no tiene efecto de convertir en inexistente una actuación debidamente cumplida, pues, no se observa la omisión de formalidad sustancial. (Art. 214 del Código de Procedimiento Penal derogado).

Sin dejar de reparar, como se dijo, en que obran los veredictos con las firmas del juez y su secretario y de los señores del jurado que rati-

fican el cumplimiento de la audiencia, documentos que no pueden ser tachados de inválidos.

En este punto es conveniente la observación hecha por el Procurador Delegado, al rebatir la impugnación:

"Resulta incuestionable —dice—, que una de las disposiciones sobre la actuación procesal fue parcialmente desconocida por el juzgador *a quo* porque se omitió hacer firmar, por todos los intervinientes y después de su aprobación, el acta contentiva del resumen de la diligencia de audiencia pública. Con todo y ello, el escrito mecanográfico reune las características propias de un documento público no sólo porque aparece signada por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones con las formalidades mínimas que convalidan su existencia (Art. 762 del Código de Procedimiento Penal), sino porque hace parte integrante de un expediente judicial sobre cuya autenticidad no se ha planteado ningún tipo de tacha de falsedad por las partes concurrentes al acto".

Más adelante agrega:

"Los requisitos que hacen inexistente el acta —predicables de cualquier actuación procesal—, están previstos en el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal. La omisión de cualquiera de ellos, y únicamente de ellos, es la que está conminada con sanción de inexistencia. El acta de audiencia pública con jurado, redactada en este proceso, indica la fecha, el lugar de celebración de la diligencia y la mención de las partes que concurrieron allí como intervinientes. La sanción procesal a que se alude no puede ser prolongada y aplicada a eventos no previstos en la ley de procedimiento, como quiera que el artículo 214 del estatuto es categórico en señalar los motivos de inexistencia de un acto procesal cualquiera".

3º De otra parte, la jurisprudencia en casos semejantes ha sido reirativa en sostener que si la falta de firma del secretario en la sentencia, que de suyo es el acto jurisdiccional por excelencia, toda vez que allí se declara el derecho, no la afecta de validez, sería imposible que tal irregularidad pueda tornar nula una diligencia de menor entidad. Y si la carencia de la firma del secretario no es motivo de nulidad, es claro, atendiendo una lógica rigurosa, que no tiene trascendencia la omisión de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia como sería el caso de apoderado, defensor, jurado, perito, etc., "pues no hay razón justificativa para estimar dichas firmas como presupuesto o condición de esencia del documento". (Sentencia de noviembre 13 de 1971).

Y así como la anterior determinación, son muchas las providencias de esta Sala, que convergen hacia una misma conclusión: que la ausencia de las firmas en el acta de la diligencia de audiencia pública descarta la suficiencia de la impugnación, si de otra parte no cabe duda que el juzgamiento se agotó con la presencia del procesado, defensor, fiscal y el propio jurado.

A propósito de los jurados, en el caso de estudio, debe insistirse que éstos al dar el correspondiente veredicto firmaron cada uno de los cuestionarios a ellos sometidos, hecho que sin lugar a dudas robustece aún

más la vigencia de la mencionada acta. Sin olvidar que la sentencia fue notificada personalmente al Ministerio Público y a los procesados, quienes ninguna observación le hicieron. Tampoco lo hicieron los defensores, no obstante habérseles notificado el fallo por edicto, ni manifestaron alguna inconformidad.

Para finalizar, es conveniente advertir que el actor afirma que encuentra motivos para discrepar de lo expresado en el acta. Sin embargo, aparte de que hace tal observación en forma marginal, ya que lo sustancial de su alegación se concreta al punto ya examinado, no indica tales motivos de desacuerdo, sin que así aquella pueda tener mayor efecto.

No prospera el cargo formulado.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El incidente de cambio de radicación es una excepción legal al factor territorial determinante de la competencia en materia penal, por ello el legislador ha querido en el nuevo Código de Procedimiento Penal que se decida jurisdiccionalmente, salvo las circunstancias especiales del artículo 81

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta Nº 76, noviembre 18 de 1987.

Conoce la Corte de la solicitud que el doctor *Orlando Gutiérrez Céspedes* formula para el cambio de radicación del proceso seguido contra *Guillermo Castro Mejía* y otros, por el delito de "daño en materia prima y producto agropecuario e industrial". (Art. 234 del Código Penal), que cursa en el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Valledupar.

La solicitud y su tramitación:

El profesional mencionado, aduciendo su condición de parte civil en el proceso referido, presentó ante el juez que conoce del proceso, la solicitud de cambio de radicación, presentando como causal la circunstancia de haber sido cometido el hecho por la mayoría de los ganaderos de la región, los que constituyen la clase dirigente con el mayor número de personas bajo su influencia, impidiendo que los jueces por amistad o familiaridad, puedan fallar en justicia ya que la ocupación de padres, hermanos, hijos y amigos es la ganadería.

Al sugerir la ciudad de Bogotá como el sitio ideal para el juzgamiento, plasma su voluntad de que dicho cambio de radicación se efectúe a otro Distrito Judicial, asignándose de esta manera la competencia en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (Art. 68, numeral 10 del Código de Procedimiento Penal). No obstante ello, la petición se envió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el cual, en auto de octubre 2 de 1987, se niega a acceder al cambio de radicación dentro del Distrito Judicial por no estar el proceso en etapa de juzgamiento ni ser la parte civil sujeto procesal y dispone, seguidamente, remitir la actuación a la Sala de Casación Penal de la Corte.

Contra la primera determinación la Fiscalía solicitó se decretase nulidad por falta de competencia a lo cual se responde que es "improcedente porque ya la Sala agotó lo que le incumbía".

El peticionario aporta como prueba de su afirmación unas fotografías al parecer tomadas por él o con su iniciativa y en lo demás, se remite al proceso.

Se considera:

El incidente de cambio de radicación es una excepción legal al factor territorial determinante de la competencia en materia penal, por ello el legislador ha querido en el nuevo Código de Procedimiento Penal que se decida jurisdiccionalmente salvo las circunstancias especialísimas referidas en el artículo 81 evento en el cual compete a autoridad administrativa pero con responsabilidad no sólo penal sino política. En ambos casos difiere ampliamente del sistema anterior en donde el primero estaba a cargo del Gobierno con concepto previo de la autoridad jurisdiccional, y el segundo, se le dejaba al Director de Prisiones.

La competencia para la decisión jurisdiccional la tienen la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando se pretenda el cambio de un Distrito Judicial a otro, y la Sala de Decisión del Tribunal Superior correspondiente, cuando se trata de un circuito a otro dentro del mismo Distrito, o el Juez Penal del Circuito en el caso de municipios de su jurisdicción.

La petición es la que determina la competencia, por eso se le dejó a los sujetos procesales y al juez del conocimiento, ordenando a éste enviarla a la autoridad que corresponda. (Art. 79). El único caso de traslado de competencias es el previsto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal en donde se le deja al Tribunal, en los casos de su competencia, enviar el asunto a la Corte si en su sentir conviene hacer el cambio a otro Distrito.

En el caso presente, a pesar de haberse solicitado el envío de la petición al Tribunal de Valledupar, a éste se le presentó escrito puntualizando la voluntad de que sea otro el Distrito Judicial que conozca del asunto "porque la influencia de la clase ganadera se extiende a todo el Distrito Judicial del Cesar", pese a lo cual la Corporación negó el cambio de radicación dentro del Distrito con lo cual incurrió en nulidad por falta de competencia cuya declaratoria se impone al no ser procedente su revocación. (Art. 309 del Código de Procedimiento Penal).

Ahora bien, por principio de economía procesal debe seguidamente ocuparse la Corte del incidente propuesto.

El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal implícitamente ordena decidir de plano, al disponer la obligación que se tiene de allegar con la solicitud de la prueba requerida y señalar inmediatamente el término para proyectar y decidir. Debe el peticionario, como ya lo ha sostenido la Corte (auto de octubre 21 de 1987, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez V.), allegar la prueba en que se funda la afirmación que se señala como causal: "Basta leer el mencionado artículo para comprender que la carga de la prueba, en este particular incidente, quiso dejarla el legislador al solicitante. Así se desprende, sin esfuerzo, de su tenor literal, el que no es dado despreciar so pretexto de consultar su espíritu, el que ya es patente".

En el caso que ocupa la atención de esta Corporación, ni siquiera se mencionaron los hechos que dieron origen al proceso, menos se demostró la calidad de representante de la parte civil del peticionario, ni se trajo prueba alguna legalmente aducida que demuestre las causales invocadas, pues no pueden tenerse como tales unas fotografías cuya relación con el caso apenas es supuesta, y la remisión que se hace al proceso no es de recibo pues la ley no permite que se acompañe éste a la solicitud del cambio de radicación y sí de las pruebas en que se funda.

En tales condiciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1. Decretar la nulidad de la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, de fecha octubre 2 de 1987, en cuanto decidió un incidente que no era de su competencia.

2. Negar el cambio de radicación pedido, por no haberse probado las causales invocadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.



FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Para que exista el delito de falsedad ideológica en documento público, es suficiente que el empleado oficial en ejercicio de sus funciones, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, independientemente del fin particular que el falsificador buscaba

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 78.

Vistos:

Rituados los trámites legales, procede la Sala a resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto y debidamente sustentado por el doctor *Moisés Eduardo López Idrobo,* contra la providencia del 4 de julio del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán lo llamó a responder en juicio por varios delitos contra la fe pública (Art. 219 del Código Penal), cometidos cuando tenía la calidad de Juez Promiscuo Municipal de Guapi.

Antecedentes:

En virtud de la licencia otorgada al titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Guapi, el doctor Moisés Eduardo López Idrobo, quien se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de esa localidad, pasó a ejercer temporalmente dicho cargo, debiéndose reintegrar a su despacho el día 20 de diciembre de 1982, fecha en que terminaba la licencia. Pero no lo hizo, sino que se dirigió a su residencia en Popayán y sólo vino a cumplir su obligación a finales del mes de enero subsiguiente.

Conocidos los anteriores hechos, se inició la correspondiente investigación para establecer si el doctor López Idrobo había cometido los delitos de peculado, al cobrar su salario por unos días que no había trabajado, de falsedad en documentos, al elaborar la nómina pertinente a estos días y afirmar que durante ellos había laborado en su despacho, y de abuso de autoridad, por abandono de su cargo durante aquel lapso.

Al calificar el mérito del aludido sumario, el Tribunal Superior de Popayán resolvió llamarlo a responder en juicio por el delito de peculado y sobreseerlo definitivamente por las otras dos infracciones, pero ordenó que se expidieran las copias pertinentes para investigar los posibles atentados contra la fe pública que pudo haber cometido el mismo

ex-funcionario, quien durante el tiempo de ausencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Guapi, aparecía autorizando con su firma numerosas actuaciones oficiales. A estos últimos hechos se contrae el proceso que ocupa ahora la atención de la Sala.

Dentro de la investigación adelantada se escuchó en declaración indagatoria al doctor López Idrobo, quien admitió que en verdad no estuvo al frente de su despacho durante los últimos días de diciembre de 1982 ni en los primeros del mes de enero subsiguiente, ya que tuvo que retirarse a Popayán por razones de salud. Mas al pedírsele en esta misma diligencia que explicara, cómo entonces, aparecía suscribiendo una gran cantidad de actuaciones judiciales, tal como se había comprobado con la inspección practicada a su antiguo despacho (folios 3 y ss.), se limitó a contestar que ante el largo tiempo transcurrido y la no presencia física de las actuaciones, no le era posible dar una respuesta satisfactoria (folios 130 a 137).

Por esta razón, se trajeron al proceso los originales de los documentos que según la inspección judicial habían sido autorizados con su firma por el acusado, dentro del lapso comprendido entre el 20 de diciembre de 1982 y el 31 de enero subsiguiente.

Con base en esta documentación, que obra entre los folios 166 y 230, el procesado amplió su indagatoria y reconoció como suyas todas las firmas que se le exhibieron, aclarando que como había partido de Guapi el 22 de diciembre de 1982 y había regresado inmediatamente después del 25 de enero subsiguiente, todos los documentos firmados por él y expedidos hasta la primera de estas fechas eran auténticos, lo mismo que los que aparecían suscritos con posterioridad al 25, fecha de su regreso: "Debo dejar sí en claro que las firmas que aparecen hasta la fecha del veintidós de diciembre y del veinticinco de enero hacia adelante sí son puestas por mi persona y las que existen en ese lapso de tiempo tengo la duda de ellas en el sentido de que las haya hecho en forma consciente de hacer figurar tales fechas, habida cuenta de que para esa época no me encontraba en el juzgado (folio 235).

En un todo acorde con la anterior versión, en cuanto se admite en ella que para la época aludida el acusado no asistió a su despacho y también en el sentido de que todas las firmas supuestamente suyas que aparecen respaldando los documentos visibles a folios 166 y siguientes, fueron hechas por él, de su puño y letra, obran en el proceso las declaraciones de Eduardo Zurita Aguiño (folio 120), y José María Campaz Lemos (folio 123 vto.), secretario y citador del Juzgado Promiscuo Municial de Guapi para la época a que se contrae la investigación, y quienes tampoco, aduciendo el transcurso del tiempo, aciertan a explicar cómo puede obrar la firma del acusado en documentos extendidos durante su ausencia.

Se considera:

Ante la evidencia de los hechos, no puede la Sala llegar a conclusión distinta de la que se plasmó en la providencia impugnada: como entre el 23 de diciembre de 1982 y el 26 de enero subsiguiente el sindicado estuvo ausente del municipio de Guapi, las firmas suyas que aparecen en documentos expedidos entre esas dos fechas, implican una falsedad,

porque la fecha en que fueron firmados no puede corresponder a la fecha de su expedición. Los documentos así falsificados, son los siguientes:

a) Diligencia de "caución compromisoria" del procesado Faustino Montaño, de fecha 23 de diciembre de 1982 (folio 168 vto.).

b) Auto de 10 de enero de 1983, mediante el cual se llamó a responder en juicio al procesado Heriberto Orobio Escobar, por el delito de lesiones personales (folios 211 a 212 vto.).

c) Auto de sustanciación de 21 de enero de 1983, mediante el cual se ordena tener como apoderado de oficio de Heriberto Orobio Escobar al señor Alonso Ochoa Lemos (folio 213).

d) Diligencia de posesión del señor Alonso Ochoa Lemos como defensor de oficio de Heriberto Orobio Escobar, de fecha 21 de enero de 1983, (folios 213 y 213 vto.).

e) Auto de 10 de enero de 1983, mediante el cual se llamó a responder en juicio al procesado Marcos Fidel Valencia Bonilla, por el delito de lesiones personales (folios 215 a 219).

f) Auto de 20 de enero de 1983, por medio del cual se designó al señor Alfredo Zúñiga como defensor de oficio de Marcos Fidel Valencia (folio 219 vto.).

g) Diligencia de posesión del señor Alfredo Zúñiga como defensor de oficio de Marcos Valencia, de fecha 20 de enero de 1983, (f. 219 vto.).

h) Auto de 10 de enero de 1983, por medio del cual se llamó a responder en juicio al procesado Florentino Cuero Camacho, por el delito de estafa (folios 221 a 223).

i) Auto de 20 de enero de 1983, designando al señor Sindulfo Cifuentes como defensor de oficio de Florentino Cuero Camacho (folio 223 vto.).

j) Diligencia de posesión del señor Sindulfo Cifuentes como defensor de oficio del procesado Florentino Cuero Camacho, de 24 de enero de 1983 (folio 223 vto.).

k) Diligencia de audiencia pública de 18 de enero de 1983, dentro del proceso penal seguido contra José Encarnación Bonilla y Edgar Montaño Segura (folios 226 y 227).

l) Auto de 7 de enero de 1983, mediante el cual se libró mandamiento de pago dentro del proceso ejecutivo de Severino Cuero Aguiño contra Carmen Luz Ruiz de Paredes (folio 229 y vto.).

m) Auto de 17 de enero de 1983, por medio del cual se dispuso prestar una caución (folio 230 vto.).

Satisfechos, pues, los requisitos exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y demostrada la calidad del juez acusado con las copias del acta de su nombramiento y de su respectiva posesión

(folios 88 y 128), carácter éste que ostentaba para la época de comisión de los delitos, tal como lo certifica el Alcalde municipal de Guapi (folio 127), la providencia impugnada se confirmará en todas sus partes, como lo solicita el Procurador Primero Delegado en lo Penal en su concepto.

Evidentemente, se trata de un concurso homogéneo de falsedades documentales, como que el acusado reiteradamente incurrió en la conducta prevista por el artículo 219 del Código Penal (falsedad ideológica en documento público).

En su escrito para sustentar la alzada, el acusado acude a dos argumentaciones: una, que "actuó con el convencimiento de que en ningún momento se estaba desviando la justicia", para lo cual acude a reciente providencia de esta Corporación (24 de marzo de 1987), mediante la cual se reconoce que unos altos funcionarios judiciales se equivocaron pero no cometieron el delito de prevaricato; la otra, que no hay prueba de que hubiera actuado con "el manifiesto interés personal de causar perjuicio a persona alguna".

En el campo jurídico como en todos los demás, hay asuntos muy simples que están al alcance de personas con escasa formación profesional; hay otros un poco más complejos, para resolver los cuales se requiere de un conocimiento especializado y de alguna experiencia, y así sucesivamente hasta llegar a temas que todavía no han podido ser explicados ni resueltos satisfactoriamente por los estudiosos que casi con exclusividad se dedican a analizarlos. Obvio es que en relación con los primeros es casi imposible admitir un error y que respecto de los últimos lo difícil es calificar como errada o sabia la solución escogida o planteada. Por lo demás, cuando se trata de decisiones motivadas, la misma motivación en la mayoría de los casos permite descubrir si en verdad el raciocinio es equivocado o si éste no es más que un simple pretexto para desconocer un hecho irrefutable o hacerle decir a la ley lo que claramente no dice. Mas cuando el hecho en sí no es expresamente motivado con anterioridad a su producción, la explicación posterior del mismo debe ser tomada con cautela, máxime cuando se produce dentro de un proceso penal originado por su ocurrencia, cuando el acusado, y está en su derecho, trata desesperadamente de eludir o al menos mitigar su compromiso penal.

No es aceptable que un abogado, con título profesional y con experiencia como juez y como litigante, crea de buena fe que puede legalizar con su firma actos tan trascendentales como un auto de proceder (folios 215 a 219; 211 a 212 vto.; 221 a 223), que se ha notificado y ha tenido efectos días antes de haberlo suscrito; o que pueda convalidar, días después de celebrada, una diligencia tan solemne como una audiencia pública (folios 226 a 227); o que esté convencido de que es legal suscribir un mandamiento de pago después de que se notificó y cumplió algunos de sus efectos sin su firma (folios 229 a 229 vto.).

Tampoco es posible sostener que no se ha vulnerado, y gravemente, la fe pública, cuando después de habérsele dado valor de fuerza legal a algo que no la tiene por no estar suscrito por el único que puede autorizarlo, se firma con posterioridad a la fecha que ostenta y a partir de la cual cumplió los efectos que no podía cumplir, haciéndoles creer a

todos, que la decisión fue tomada por el juez en una determinada fecha y lugar, cuando nada de esto fue cierto.

Es posible que el acusado con sus reiterados comportamientos no se hubiera propuesto el determinado fin de "causar perjuicio a persona alguna", pero ello en manera alguna es exigido por el tipo legal en que incurrió. Para que exista el delito de falsedad ideológica en documento público, es suficiente que el empleado oficial en ejercicio de sus funciones, al extender un documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, con conciencia y voluntad, y siempre que el documento así falsificado ocasione o pueda ocasionar algún daño, independientemente del fin particular que el falsificador buscaba.

Se confirmará, pues, la providencia recurrida y se insistirá ante la Dirección General de Prisiones para que señale un lugar adecuado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 426 del nuevo Código de Procedimiento Penal, en el cual pueda estar privado de su libertad el acusado, quien no tiene derecho a la libertad provisional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado,

Resuelve:

Confirmar el auto de proceder impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

FUERO MILITAR

El ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagró el fuero militar y, por tanto, el legislador no podría eliminar la exigencia de que el delito se cometiera en relación con el mismo servicio

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 76, de noviembre 18 de 1987.

Vistos:

Procede la Corte de plano a resolver la colisión de competencias suscitada entre el Comando del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina Nº 3, con sede en Cartagena, y el Juzgado Primero Superior de esa misma ciudad.

I. Hechos:

Gilberto de Jesús Calvo Monsalve, infante de la Armada, está siendo procesado por los delitos de homicidio y hurto, junto con otros particulares por hechos ocurridos en la ciudad de Cartagena y en circunstancias ajenas al cumplimiento de la actividad militar.

II. Actuación procesal:

La investigación criminal ha sido adelantada por la justicia ordinaria, habiéndole correspondido al Juzgado Primero Superior de Cartagena la calificación del sumario, despacho que dispuso el llamamiento a juicio del infante de Marina Calvo Monsalve, por los señalados delitos.

Ante ese despacho propuso la colisión positiva de competencia el Comando del Batallón de Fusileros, conflicto que debe resolver la Corte.

III. Consideraciones de la Corte:

Surge con claridad en el conflicto de competencia que nos ocupa, que la colisión radica en la discrepancia conceptual que sobre la institución del fuero militar han plasmado en autos los dos jueces que simultáneamente se consideran competentes para conocer de los delitos que se atribuyen al infante de Marina.

Sobre este aspecto conviene precisarlo desde el umbral de esta decisión, la Sala coincide sustancialmente con la tesis expuesta por la Juez Superior por las razones de orden jurídico que pasan a ser puntualizadas:

1º El fuero militar está consagrado en la Carta Política en su artículo 170 en los siguientes términos:

"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

De la diáfana redacción del canon político que se ha transcrito, surge como una evidencia incontrastable que el constituyente no otorgó el fuero a los militares por el sólo hecho de serlo en el momento de su comportamiento ilícito, sino que reclamó para la efectividad de esta garantía que el delito se cometiere "en relación con el mismo servicio".

2º De la exégesis precedente deviene para esta Sala que al ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar ha de dársele la interpretación que las reglas elementales de hermenéutica imponen. Esto es, que si el artículo del Código Castrense comentado no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagró el fuero militar, no podía el legislador ordinario extender los efectos de un instituto construido en canon superior, eliminando al efecto la exigencia consistente en que el destinatario de la garantía foral, debía haber cometido el delito en relación con el servicio.

En pretérita ocasión reconoció esta Corporación que el fuero, como institución de carácter excepcional, "conduce a que se interprete en forma restrictiva, de manera que sólo tiene derecho al fuero el funcionario expresamente señalado por la ley, y sólo en la medida en que el hecho delictivo que se le atribuye haya sido cometido dentro de las exigencias previstas también en forma expresa por el ordenamiento". (*Casación de agosto 24 de 1983*).

3º Finalmente, para reafirmar la tesis de que los delitos atribuidos al infante de Marina, Calvo Monsalve cometidos por causas perfectamente ajenas al servicio, escapan a la órbita de la jurisdicción castrense, no obstante ser cierto que para la época de comisión de los hechos se encontraba la Nación bajo los efectos del estado de sitio, conviene recordar lo sostenido en esta Corporación por el honorable Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, que esta Sala comparte integralmente:

"Cuando, pues, el artículo 170 de la codificación constitucional se remite al Código de Justicia Penal Militar, para que desarrolle legalmente el fuero allí consagrado, condiciona tal delegación a que sus preceptos le consignen respecto de "delitos cometidos por militares en servicio activo en relación con el mismo servicio". Por manera que cuando los artículos 307 Nº 1; 307 Nº 2º y 331 del Código de Justicia Penal Militar, refieren su competencia a los militares en servicio activo" o a "los suboficiales y personal de tropa" ha de entenderse, conforme al precepto constitucional que estas normas apenas desarrollan, que el delito realizado por esos militares en servicio activo ha de haber sido cometido en ejercicio de su función castrense".

"Por lo demás, ni el numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, que extiende tal jurisdicción a los tiempos de "guerra, turbación del orden público o conmoción interior", ni decreto alguno expedido durante el actual período de estado de sitio derogan —ni podrían hacerlo—, el mandato constitucional del artículo 170 en cuanto a la exigencia de que el delito debe ser ejecutado por militares en servicio activo y por razón del ejercicio de tal actividad castrense, para que su autor o cómplice sea juzgado dentro del marco excepcional de la jurisdicción penal militar".

Suficientes los anteriores razonamientos, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelva:

Dirimir el conflicto de competencia suscitado en este expediente, en el sentido de fijar la competencia para conocer de los delitos atribuidos al procesado, en el Juzgado Primero Superior de la ciudad de Cartagena.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillemo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION DIRECTA

Dentro de la técnica rigurosa del recurso, es principio indiscutible que quien invoca la causal primera de casación, en su cuerpo primero, aludiendo a la violación directa de la ley sustancial, acepta como una verdad inmodificable los hechos y las pruebas que los conforman

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado Acta Nº 78.

Vistos:

El Tribunal Superior de Manizales confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, mediante la cual condenó a *Alirio Botero Vélez*, a la pena de catorce (14) meses de prisión como responsable del delito de Falsedad Documental. El defensor del procesado interpuso contra tal decisión el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido y declarado admisible. Presentada la demanda, se consideró ajustada a los requisitos legales. Corridos los traslados de rigor a la Sala, procede a resolver.

Hechos:

El procesado Alirio Botero Vélez, fue enjuiciado y condenado por el delito de Falsedad Documental al demostrársele que para cobrar una Cédula de Capitalización de su concubina Luz Olinda Duque, falsificó ésta mediante imitación de su firma y así obtuvo de la Sociedad de Capitalización de Ahorros Bolívar, un cheque girado lógicamente a favor de Luz Olinda Duque, por valor de treinta y cinco mil sesenta y cuatro pesos con catorce centavos ($ 35.064.14), el cual cobró previa falsificación de la firma de su beneficiaria.

Actuación procesal:

1º La investigación fue adelantada por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Anserma y el mérito del sumario calificado por el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Manizales, despacho que sobreseyó definitivamente al acusado Alirio Botero Vélez, de todos los cargos formulados por el delito de falsedad documental. De tal decisión apeló el Fiscal del Juzgado y al conocer el Tribunal del asunto, revocó el sobreseimiento definitivo y convocó a juicio al procesado por el delito de falsedad documental.

2º Tramitado el juicio criminal y celebrada la audiencia pública, el Juzgado Primero Superior condenó a Botero Vélez a la pena de catorce (14) meses de prisión. El Tribunal Superior al conocer esta última decisión por vía de consulta, la confirmó con el salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala Penal, quien consideró que el procesado había incurrido en concurso de delitos de falsedad documental y estafa.

La demanda de casación:

El casacionista impugna la sentencia del Tribunal dentro del marco de la causal primera de casación, conforme el artículo 580 del recientemente derogado Código de Procedimiento Penal, en su primera parte, por violación directa de la ley sustancial, consistente en interpretación errónea, considerando como vulnerados los artículos 2º, 3º, 4º, 5º y 35 del Código Penal. Para sustentar su ataque el censor sostiene que el Tribunal equivocó la apreciación de los hechos al negar la existencia de la Sociedad de hecho generada entre los concubinarios en razón de su convivencia durante quince (15) años.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, conceptúa que el único cargo hecho en la demanda de casación no debe prosperar por razones estrictamente técnicas, por cuanto considera que el censor invocó equivocadamente el cuerpo primero de la causal primera, cuando ha debido señalar como camino correcto de su impugnación el cuerpo segundo de esa misma causal, "comoquiera que los falladores dieron como presupuesto la no existencia de una sociedad de hecho, lo que en el fondo el recurrente ataca es la valoración dada a la prueba recaudada, olvidando así que tal impugnación sólo puede efectuarse a través de la violación indirecta".

Consideraciones de la Sala:

Efectivamente, tiene razón el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, cuando señala los errores de técnica en que incurre el casacionista que harán a la postre que por tal motivo se deseche el recurso.

Esto porque el censor ataca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, dentro del ámbito de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal recientemente derogado, en su primera parte por interpretación errónea de la ley sustancial y al concretar el cargo centra su impugnación en la valoración, en su sentir, equivocada de la prueba relativa a la existencia de la sociedad de hecho entre los concubinarios protagonistas del delito contra la fe pública, hecha por el Tribunal; lo cual indica el errado camino escogido por el casacionista que ha debido invocar el cuerpo segundo, violación indirecta de la ley sustancial por defectuosa valoración probatoria.

Es propio del recurso de casación, dado su carácter extraordinario y sus altos fines, su rigurosa técnica a la que tienen que someterse el recurrente y la Corte, pues de lo contrario se desnaturalizaría, convirtiéndose en una tercera instancia judicial; y precisamente dentro de

esa técnica rigurosa del recurso, es principio indiscutible que quien invoca la causal primera de casación en su cuerpo primero, aludiendo a la violación directa de la ley sustancial, acepta como una verdad inmodificable, los hechos y las pruebas que lo conforman tal y como los asumió el juzgador, limitándose sólo a demostrar según el caso la indebida selección de la norma sustancial, o la errada interpretación del precepto al que se le hizo decir más o menos o algo distinto de lo que realmente significa; tal principio es el que transgredió el recurrente.

Pero no sólo las razones de orden técnico expuestas impiden la prosperidad del recurso, sino que también sustancialmente el ataque está destinado a fracasar, si se tiene en cuenta que nadie discute que el procesado en forma consciente y voluntaria falsificó, fingiendo, la firma de su concubina en la Cédula de Capitalización y en el cheque, para de esta forma lograr el provecho indebido; sin que realmente interesara la existencia de la sociedad de hecho entre ellos para la estructuración del punible.

Por las razones expuestas, no prospera el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA. SENTENCIA. Ejecutoria

Las decisiones para garantizar la efectividad del juzgamiento y el cumplimiento de la pena, no son exclusivamente de carácter administrativo, sino que requieren la intervención del juez que esté revestido de competencia al momento de resolverlas

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 076, del 18 de noviembre de 1987.

Vistos:

Resolverá la Corte Suprema de Justicia la colisión positiva de competencia, planteada entre el Comando de la Tercera Brigada del Ejército Nacional con sede en Cali, y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad.

Hechos:

En el mes de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), fueron aprehendidos los ciudadanos *Enrique Jaramillo Díaz y Mercedes Ochoa López,* en un inmueble del barrio El Limonar de la ciudad de Cali, y en su poder se encontraron varias armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, así como variado material de intendencia; en consecuencia, se inició el correspondiente proceso penal por el Juzgado Diecisiete de Instrucción Penal Militar, el día dieciocho de septiembre del año anteriormente citado.

Actuación procesal:

Agotado el trámite procesal pertinente, el Comando de la Tercera Brigada del Ejército Nacional, con sede en la ciudad de Cali, condenó a los particulares Jaramillo Díaz y Ochoa López, a la pena principal de tres años de prisión, como responsables del delito establecido en el artículo 202 del Código Penal (fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas), con providencia de fecha treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Apelado que fuera este fallo, el Tribunal Superior Militar confirmó la sentencia mediante providencia de veintidós de septiembre del mismo año de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Una vez el proceso nuevamente en el Comando de la Tercera Brigada, el procesado Enrique Jaramillo Díaz solicitó se le reconociera la rebaja de pena en los términos previstos en la Ley 32 de 1971, y se le concediera libertad condicional, en obedecimiento a lo prescrito en el artículo 72 del Código Penal.

El Comando de la Tercera Brigada, en auto de fecha siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), reconoció la rebaja de pena a que tenía derecho el sentenciado de acuerdo con los documentos anexos a su solicitud, pero negó la concesión de la libertad condicional impetrada.

Acto seguido, ante solicitud que en tal sentido hicieran los sentenciados, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Cali, en proveído calendado el doce (12) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), se declaró competente para continuar conociendo del proceso. Al efecto, consideró que siendo que la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el artículo 4º del Decreto 3664 de 1986, que atribuía competencia a los comandantes de Brigada para conocer de los delitos consagrados en el mismo Decreto, entre ellos el de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y que el Decreto 565 de 1987 atribuyó el juzgamiento de tales infracciones a los jueces penales del circuito, la actuación debería ser remitida a los funcionarios de la justicia ordinaria para que allí se agoten "las actividades jurisdiccionales inherentes a la ejecución de la sentencia condenatoria". Al mismo tiempo, propuso a la jurisdicción castrense colisión de competencia positiva.

En auto del quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el Comando de la Tercera Brigada, con sede en Cali, se negó a aceptar los planteamientos hechos por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, y se declaró competente para continuar con el proceso, aduciendo al efecto que es al juez que ha dictado la sentencia de primera instancia, a quien corresponde la ejecución de la misma.

Consideraciones de la Sala:

No puede existir duda alguna, por tener efectos erga omnes, *acerca de la declaratoria de inconstitucionalidad que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de doce (12) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), hizo del artículo 4º del Decreto 3664 de 1986, el cual atribuía competencia a los Comandantes de Brigada para el juzgamiento de civiles acusados del delito denominado "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas", consagrado en el artículo 202 del Código Penal, y luego modificado por el artículo 2º del Decreto mencionado. Ante este hecho ,el Gobierno Nacional expidió el Decreto 565 de 1987, en el cual, en su artículo 1º, establecía la competencia para el juzgamiento de tales delitos en los jueces especializados, siempre que ellos se cometieran con posterioridad al día primero (1º) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987), fecha en la cual entraron a regir las disposiciones del Decreto en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º del mismo.*

Por su parte, el artículo 8º de la legislación extraordinaria mencionada, estableció que los procesos ya iniciados por los delitos de que trata el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, deben ser repartidos entre los Jueces Penales del Circuito, a quienes se atribuyó, en consecuencia, competencia para continuar conociendo de ellos.

Ahora bien, la actuación presente en la cual se ha trabado la colición de competencias, se adelantó por el delito de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas", consagrado en el artículo 202 del Código Penal, y luego modificado por el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, y había sido ya iniciado con antelación a la expedición del Decreto 565 de 1987, razón por la cual corresponde a los Jueces Penales del Circuito continuar conociendo de la actuación, según lo dispuesto en el artículo 8º de este último Decreto mencionado.

No resulta válido el argumento del señor Comandante de la Tercera Brigada del Ejército Nacional en el sentido de que corresponde exclusivamente al juez que dictó la sentencia de primera instancia la ejecución de la misma, porque si bien la actuación previa al fallo ya se encuentra agotada, con la sentencia surge una nueva situación que está específicamente regulada y que no por ser posterior a la sentencia puede separarse del proceso penal.

En efecto, las decisiones que se deben tomar para garantizar la efectividad del juzgamiento y el cumplimiento de la pena, no son exclusivamente de carácter administrativo, sino que requieren la intervención de un funcionario de la rama jurisdiccional, y éste necesariamente debe estar revestido de competencia al momento de resolverlas, so pena de nulidad de su actuación, como igualmente estaría viciado el trámite precedente a la sentencia en las mismas circunstancias. No es una presunta violación del derecho a la defensa lo que se pretende amparar con la colisión planteada, como parece haberlo entendido el funcionario castrense, es la observancia de los principios constitucionales del debido proceso y del juez natural, que imponen a la justicia penal militar la entrega del expediente a la justicia ordinaria, comoquiera que las prescripciones legislativas vigentes apuntan a tal medida.

En las condiciones anteriores, la Sala dirimirá el conflicto adscribiendo la competencia para continuar conociendo de la actuación al Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Cali.

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,

Resuelve:

Dirimir el conflicto de competencias trabado entre el Comando de la Tercera Brigada del Ejército Nacional con sede en Cali, y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, asignando la competencia para continuar conociendo del asunto materia del debate a este último juzgado.

En consecuencia, *Remítase* la actuación al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, y comuníquese esta decisión al Comando de la Tercera Brigada del Ejército Nacional sita en Cali, con copia de esta providencia, para los efectos legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DOLO EVENTUAL. CUESTIONARIO

Una vez determinado que la conducta típica de homicidio debe reprocharse a título de dolo eventual, en el que es parte integrante la intencionalidad, exige la inclusión de este elemento en los cuestionarios formulados al jurado de conciencia

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

Magistrados ponentes: *Doctores Lisandro Martínez Zúñiga y Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 076, del 18 de noviembre de 1987.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado por los defensores de *Carlos* y *Jorge Helí Miranda Castillo,* contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a sus representados a trece (13) años y seis (6) meses de prisión, como coautores de los delitos de homicidio, secuestro y acceso carnal violento tentado y consumado; tal providencia condenó igualmente a *Amparo Mora Murcia,* como autora de encubrimiento, a la pena de seis (6) meses de prisión y se le concedió la condena de ejecución condicional.

Hechos:

En el quinto piso de un edificio de apartamentos ubicado en el sector norte de esta ciudad, se reunieron el siete (7) de mayo de 1982, varias personas a libar licor; entre ellas se encontraban los procesados recurrentes Carlos y Jorge Helí Miranda Castillo y su hermano Henry José (cuya demanda no se presentó dentro del término legal).

Igualmente estaban en ese lugar la condenada por encubrimiento Amparo Mora, Luis Eduardo Moreno Ascucha, Danilo Pinzón Hernández y la después occisa Luz Stella Castro Alvarado.

La señorita Castro Alvarado, cayó desde una ventana sobre una terraza de estacionamiento de vehículos, muriendo casi instantáneamente. Los asistentes varones abandonaron precipitadamente el edificio; instantes después, Amparo Murcia se asomó por otra ventana del mismo apartamento, profiriendo gritos de auxilio; cuando salió, medio desnuda, manifestó haber sido atropellada y estar sorprendida por lo acaecido a su amiga Luz Stella.

Sinópsis procesal:

Inicialmente se indagó a los procesados que sustentaron el recurso de casación; además a Henry José Miranda, hermano de ellos, a Luis Eduardo Moreno Ascucha y Danilo Pinzón Hernández; contra todos ellos se profirió auto detentivo por homicidio; el Superior, en cuanto a Amparo Mora, estimó que se trataba sólo de un encubrimiento, pero para Henry José Miranda Castillo, Luis Eduardo Moreno y Danilo Pinzón, se les adicionó la detención con los ilícitos de Secuestro y Violación.

Con posterioridad, calificóse en primera instancia el proceso, mediante auto de proceder contra los Miranda Castillo, Moreno Ascucha y Danilo Pinzón, por los delitos referidos, lo mismo que contra Amparo Mora. Danilo Pinzón fue favorecido con un sobreseimiento temporal.

Celebrada la audiencia pública, el jurado de conciencia respondió afirmativamente los cuestionarios formulados conforme al auto de proceder y la sentencia se dictó con el resultado ya reseñado en la segunda instancia. Como ya se expresó, los defensores de Carlos y Jorge Miranda Castillo, interpusieron el recurso extraordinario de casación.

Las demandas:

Cómo se determinó, son dos:

Primera Demanda. El defensor de Carlos Miranda, presenta un escrito de 70 folios que divide en diez capítulos y contiene siete cargos, de los cuales los seis primeros los ampara en la causal cuarta de casación y el séptimo en la segunda. El capítulo primero, se refiere a los hechos; el segundo a la actuación procesal, el tercero, enuncia los cargos y los demás, se concretan a la demostración de cada uno de ellos.

El primer cargo, se concreta en la afirmación de que se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad, por haberse tramitado el encubrimiento conjuntamente con el homicidio y la violación, como si fuesen conexos, cuando en realidad no hay ningún vínculo que los enlace. Por tanto, habría incompetencia de jurisdicción y violación de las formas propias del juicio, habiéndose cercenado el derecho de defensa por haber concurrido Amparo Mora como sindicada y víctima.

El recurrente hace un recuento de las diversas jurisprudencias de esta Corporación, tratando de establecer distinciones entre varios casos. Cita algunos doctrinantes para insistir en que el encubrimiento es un delito, que nada tiene que ver con las formas de participación.

Cargo segundo. Se fundamenta en las interrupciones de la audiencia por lapso superior al autorizado legalmente.

Cargo Tercero. Se indica como yerro en el auto de proceder, la carencia de plena comprobación del cuerpo del delito, de secuestro simple, ya que este es un ilícito comisivo por acción y ella sólo se predica de uno de los procesados Carlos Miranda, mas no en cuanto a Henry y Jorge Miranda, Luis Eduardo Moreno y Danilo Pinzón, contra quienes se hace la imputación sólo por conducta omisiva.

Se agrega que al no haberse probado el cuerpo del delito de secuestro, en cuanto a la acción de algunos de los procesados, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, lo mismo que los artículos 1 y 3 del Código Penal, por agredirse los principios de legalidad y tipicidad.

Cargo Cuarto. Refiérese a ausencia de conducta en el delito de violencia carnal (sic), en la persona de Amparo Mora Murcia. Al respecto, se supone como base de partida, que solamente son dos los elementos del delito que también llama el recurrente, violencia sexual (sic), o sea el acceso y la violencia. Para el efecto, cita comentaristas nacionales y extranjeros. Ello para sostener que para que haya acceso, es menester que exista la introducción, la cual en este caso no se presentó, lo mismo que la violencia. Se afirma que el mismo juez que vocó a juicio, fue el primero en afirmar que no hubo acceso. La sola circunstancia de que Amparo Mora Murcia hubiese sido condenada por encubrimiento, hace deducir necesariamente que ella no acepta haber sido accedida carnalmente.

Dentro del acápite destinado a sustentar este cargo, el recurrente hace consideraciones sobre la prueba técnica, para sostener que es distorsionada y tergiversada por el juzgador. Se afirma que el juez le hace decir a tal prueba, lo que no dice. Se sostiene que tanto las pruebas técnicas, como las testimoniales, predican clamorosamente que el cuerpo del delito de violencia carnal (sic) en Amparo no tuvo existencia. Por ello, se habría violado el debido proceso.

Cargo Quinto. Se enuncia igualmente como un yerro en el auto de proceder, concretándose esta vez a la ausencia y conducta de violación carnal en grado de tentativa en la persona de la occisa Luz Stella Castro Alvarado. Guardadas las proporciones, este cargo es una reiteración del anterior y de conceptos expuestos en otros. Se repite pues, que se menospreciaron las pruebas que indicaban la inexistencia del delito y se violó el debido proceso, señalándose una nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Cargo Sexto. Afirma que se violó el debido proceso, al haberse proferido auto de proceder por el delito de homicidio sin existir conducta, ni estar probada la relación de causalidad material necesaria para que se tipifique este ilícito. Se sostiene que en el auto enjuiciatorio se tomó el secuestro y la tentativa del acceso carnal violento como causas del homicidio, lo cual no es posible, pues de una parte, se reconoció en el mismo pliego de cargos que Luz Stella Castro Alvarado, voluntariamente se lanzó por la ventana del precitado apartamento y de otra, no es legal ni jurídico "prestar" al homicidio las conductas propias de secuestro y violencia carnal (sic), para establecer la relación causal.

Se explaya en demostrar que el nexo de causalidad debe predicarse de la conducta y del resultado, en este caso, la muerte, mas no con los otros delitos tipificados. Concluye afirmando, que al no estar probado el cuerpo del delito de homicidio, el auto de proceder carece de un requisito sustancial.

Cargo Séptimo. Se aparta ya de la nulidad (causal cuarta) y se dirige hacia la causal segunda, artículo 580, que establece como motivo de casación, no estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder.

Enuncia esta causal, haciendo radicar la falta de consonancia, en la circunstancia de que mientras en el pliego de cargos se imputan todas las especies de culpabilidad en (dolo, culpa consciente e inconsciente y preterintención), en el cuestionario, sólo se referencia a la intención de matar, lo mismo que en el fallo.

Para el recurrente, el auto de proceder es oscuro y confuso en relación con el homicidio, en cuanto al elemento subjetivo, o sea la culpabilidad, ya que no identifica los elementos constitutivos del dolo eventual, confundiéndolo con las diversas especies de dolo y culpa, imposibilitando la defensa al no saber de qué clase de homicidio en definitiva se acusaba a su defendido.

Excepto los cargos segundo y séptimo, la nulidad la concreta a partir del auto de proceder, el segundo a partir de la audiencia y el séptimo de la sentencia, solicitando de la Corte, profiera el fallo respectivo.

Segunda Demanda. El defensor de Jorge Helí Miranda Castillo, con amparo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, solicita de la Sala, se case la sentencia impugnada y se decrete nulidad de todo lo actuado a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación, si prosperare el primer cargo, o únicamente desde la diligencia de audiencia pública, si se aceptare el segundo.

Primer Cargo. Al igual que el anterior demandante, lo concreta en la violación de las formas propias del juicio, por haberse vulnerado el derecho de defensa al tramitarse en un solo proceso el homicidio, la violación y el secuestro, junto con el encubrimiento como si fueran conexos, cuando éste último es autónomo, razón por la cual debía haberse investigado independientemente.

Se adentra el casacionista en explicaciones respecto a la forma como se desarrolló la audiencia pública para colegir, que la presencia de la procesada y víctima Amparo Mora en el debate, no permitió una plena defensa de su poderdante, desconociéndose, por tanto, el artículo 26 de la Constitución Nacional. Agrega, que además, a ésta procesada no se la interrogó sobre el delito de encubrimiento, motivo por el cual también habría nulidad.

Segundo Cargo. Lo fundamenta en la limitación del derecho de defensa por cuanto de conformidad con el acta correspondiente al 27 de junio de 1985, a Jorge Helí Miranda Castillo, no se le concedió la palabra por parte del juez para que pudiera intervenir en la audiencia, quebrantándose la última oportunidad que tenía para demostrar su inocencia, más aún si se tiene en cuenta la prolongación de esa diligencia y la presencia de Amparo Mora en el debate, todo lo cual dificultó la defensa. Colige, que esta omisión origina nulidad constitucional .

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita de la Sala se case la sentencia impugnada y en su lugar se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder inclusive, debiendo prosperar el primer cargo propuesto por los casacionistas con amparo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Con argumentos que comúnmente ha expuesto la doctrina para diferenciar al partícipe del encubridor, el Representante del Ministerio Público, estudia el fenómeno procesal de la conexidad para concretar que "subjetivamente" el encubrimiento atribuido a Amparo Mora, es ocasional y si bien es "claro que el hecho que dio comienzo a la condena finalística del encubrimiento, no pudo surgir de la nada", lo cierto es que esta procesada está es ocultando "su delito", con lo cual "...no busca otra cosa que su propio beneficio, rompiéndose con ello cualquier vínculo que hubiera podido crearse en su origen y atarlo al hecho criminoso principal, cuya única función fue propiciar la aparición del encubrimiento, hacerlo posible, sin engendrarlo"; por tanto, se trata de un delito independiente.

Afirma que el delito de encubrimiento imputado a Amparo Mora, no es conexo con los de homicidio y violencia carnal (sic), razón por la cual debió investigarse por separado. Luego de fundamentar su criterio en la autonomía e independencia del encubrimiento analizado la inaplicabilidad en este caso de la decisión de esta Corporación del 14 de junio de 1984, en la que se trató el tema de la conexidad entre el delito principal y el encubierto para colegir la ausencia de nulidad cuando se investigan los dos hechos punibles en un sólo proceso, implica que se vulneró el artículo 26 de la Constitución Nacional al desconocerse la garantía del debido proceso, pero no concreta en qué se afectó realmente el derecho de defensa en este evento.

De otra parte, expresa el Procurador Delegado, que el delito de encubrimiento no fue investigado, ya que a la presunta responsable no se la interrogó al respecto, llegándose al extremo insólito de vencer en juicio a quien temprano se le vulneró su derecho de defensa.

Consideraciones de la Corte:

1. Presupuesto metódico. Estima la Sala necesario precisar, que si bien de conformidad con jurisprudencia aceptada por esta Corporación, el estudio de los cargos debe iniciarse por el de nulidad, el cual al prosperar imposibilita, por inoficioso, continuar el análisis de los restantes, en este caso se procederá a examinar todos los cargos propuestos por los demandantes.

Los ocho cargos que en conjunto proponen los casacionistas, todos con amparo en la causal cuarta, al igual que el sustentado en la causal segunda, tienden a afectar la actuación desde un momento procesal diverso; por tanto, se torna imprescindible proceder al estudio dentro de este esquema, más aún, si se tiene en cuenta que la invalidez a decretar no repercute en la totalidad de los delitos por los cuales se enjuició y condenó.

En cuanto al primer cargo, se analizará conjuntamente para las dos demandas, ya que en ambas coincide.

2. *Primera Demanda*:

a) *Primer cargo. La conexidad y la unidad procesal.* Los apoderados de Carlos y Jorge Helí Miranda Castillo, han invocado la causal cuarta de casación para que se decrete la nulidad de lo actuado, aquél desde

el auto de proceder y éste a partir del cierre de investigación, alegando indebido proceso por haberse juzgado conjuntamente el delito de encubrimiento con los delitos encubiertos, cuando no existe vínculo de conexidad entre estas conductas.

Son las múltiples y densas teorías diferenciadoras establecidas por la doctrina para distinguir entre el autor, el cómplice y el encubridor, las que han servido de sustento a los demandantes, al igual que al Procurador Delegado, para concluir que el encubrimiento es un delito autónomo.

Razón les asiste para afirmar la independencia del encubrimiento, mas yerran en confundir los fenómenos eminentemente sustantivos con los procesales, pues, la autonomía de este delito no está implicando, necesariamente, la separación de su juzgamiento respecto al delito encubierto.

En nuestra legislación es incuestionable la autónoma estructura del encubrimiento, tanto en sus elementos descriptivos como en el fundamental de la culpabilidad, pues precisamente, la ausencia del dolo en sus aspectos cognocitivo y volitivo en relación con el delito principal; es supérfluo insistir en demostrar esa independencia, más aún, cuando en este proceso la conducta encubridora de Amparo Mora no es objeto de discrepancia alguna.

El silencio de esta procesada, claro está, sirvió de medio fundamental para que se dificultara la investigación y el establecimiento de la verdad; entonces, en estas condiciones, el reproche por encubrimiento aparece diáfano, sin que ninguna incidencia tenga en la ejecución de los delitos encubiertos; pero esto no está significando que no sea posible afirmar esa doble cadena final "que coinciden en determinado momento y siguen juntas hacia un fin único".

Como lo afirmó esta Corporación al referirse a la conexidad sustancial que existe entre el delito encubierto y el encubrimiento, se trata de dos delitos, que si bien son distintos en su origen y separables en su ejecución, coinciden en determinado momento, pudiéndose hablar de que, entre ellos, en tal etapa, existe coordinación. (Casación de junio 4 de 1982. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Romero Soto).

Este hilo psicológico que unió la acción de los procesados con la de Amparo Mora, unificó el episodio desde el punto de vista subjetivo; lo cual lleva a la conclusión de que, lejos de poder considerarse insólito el hecho de que se juzguen en un mismo proceso el encubrimiento y el delito encubierto, resulta natural, lógico y jurídico; de ahí que la censura, que sobre la base del rompimiento de la unidad procesal formulan los demandantes, resulta inaceptable.

b) *Segundo cargo*: *La interrupción de la audiencia.* Realmente dos son los cargos que como constitutivos de nulidad constitucional propone el apoderado de Carlos Miranda Castillo, al considerar que se violó el derecho de defensa por desconocimiento del artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, al haberse celebrado la audiencia en seis meses y veinte días y al interrumpir el juez su intervención en varias oportunidades cuando tenía el uso de la palabra en el debate público.

Como lo afirma el casacionista, de conformidad con la citada disposición procedimental, la audiencia no podrá interrumpirse por lapsos mayores de dos días; pero esto no implica que su incumplimiento sea axiomáticamente generador de nulidad, pues como lo ha sostenido esta Corporación al analizar este tema, impera determinar los motivos por los cuales se suspendió el debate por términos superiores y si efectivamente se vulneró el derecho de defensa, debido a que no es posible "desestimar de buenas a primeras las razones que originaron la irregularidad". (Casación de 21 de agosto de 1984, Magistrado ponente doctor Gómez Velásquez).

El casacionista se limita a presentar en forma escueta este cargo; afirma que la audiencia se dilató más de seis meses, pero no precisa la continuidad que caracterizó el debate durante ese lapso ni las circunstancias por las cuales fue necesario agotar ese prolongado término: Se inició el 7 de noviembre de 1984 y se terminó el 27 de mayo de 1985, después de 19 prolongadas y agotadoras sesiones que se caracterizaron por circunstancias totalmente ajenas a la voluntad del juez, tales como el reparto que le correspondió el 9 de noviembre, el paro de empleados estatales de 14 de noviembre, la ausencia del procesado Danilo Pinzón, la obligada suspensión del debate por el físico cansancio de uno de los jurados el 23 de enero de 1985, el aplazamiento que solicitó el propio demandante el 4 de febrero por tener que ausentarse de la ciudad, la ausencia de los miembros del jurado el 22 de abril, además del cumplimiento obvio del funcionario respecto a las demás actividades del juzgado.

En 22 oportunidades se señaló fecha y hora para la iniciación y continuación de la audiencia, así: 4 en noviembre de 1984; 2 en diciembre; 2 en enero de 1985; 2 en febrero; 4 en marzo; 2 en abril y 6 en mayo; en las 19 oportunidades en que se celebró el debate estuvieron presentes el ahora demandante, el Fiscal, los demás defensores, los procesados y el representante de la parte civil, todos en plena actividad por sacar adelante los intereses que representaban.

No se debió, en consecuencia, al descuido, arbitrariedad o desidia del juez, el aplazamiento de la audiencia, no se trata de un acto que se llevó a efecto en dos oportunidades: el 7 de noviembre de 1984 y el 27 de mayo de 1985, como lo pretende ver el casacionista, sino que se inició y terminó en dichas fechas, pero desarrollándose continuamente durante todo ese tiempo.

Al contrario de la afirmación del demandante, de las actas se colige el afán del juez porque la audiencia se celebrara con prontitud, por esto es que cuando los sujetos procesados no concurrieron a la hora indicada, se vio precisado a prolongarla y agotar todas las horas posibles del día en las respectivas intervenciones.

Al iniciarse cada una de las sesiones se dio lectura al acta correspondiente, enterándose de su contenido todos los asistentes, y las partes intervinientes en forma constante se refirieron a los análisis que se venían haciendo o a aquellos en que habían ahondado sus antecesores; por tanto, imposible es afirmar que se vulneró el derecho de defensa, cuando si por algo se caracterizó el debate, fue por el amplio uso del mismo.

Ahora, si el presidente de la audiencia, se vio en la necesidad de interrumpir la intervención del defensor de Carlos Miranda Castillo, no fue por coartar la defensa, sino para que se constataran algunos actos procesales necesarios en vía de ilustrar al jurado, lo cual era su obligación como director del debate; además, no puede afirmarse, que por tratarse de un acto público, éste deba desarrollarse arbitrariamente, de ahí que dado lo acalorado del mismo, el juez tenía que proceder a imponer el orden necesario para su buen desenvolvimiento; por ende, estos cargos no prosperan.

c) *Cargos Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto: Técnica de la nulidad.* Estos cuatro cargos los concreta el demandante, en su orden, en la falta de prueba respecto al cuerpo del delito, del secuestro simple, al acceso carnal violento en Amparo Mora, de la tentativa de acceso carnal violento y el homicidio de Luz Stella Castro Alvarado. Luego de extensos análisis jurídicos y probatorios, concluye la inexistencia de estos hechos punibles, razón por la cual afirma que se violó el debido proeso a partir del auto de proceder.

Como lo ha considerado la Corporación en forma constante, la causal de nulidad, al igual que las demás, tiene su propia naturaleza y alcance, pues no se trata de una forma para suplir las exigencias de las demás causales.

Claro resulta concluir de la simple enunciación de los cargos, que estos no están llamados a prosperar. Así el demandante argumente violación a las formas propias del juicio, lo cierto es que estas 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, las cuales al ser conculcadas 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 y presupuestos cuya violación por el discurrir falso del juzgador, conforman errores in iudicando. (Casación del 3 de febrero de 1981).

c) *Cargo Séptimo: Auto de proceder anfibológico.* Como cargo séptimo plantea una nulidad por anfibología en el auto de proceder por no haberse precisado el grado de culpabilidad en la citada providencia en la que se hace referencia a diversas clases de dolo y de culpa, lo que no era posible, por ser aspectos subjetivos excluyentes y, para sustentarlo, se apoya en jurisprudencia de la Corte tratando de demostrar la irregularidad y su incidencia en el derecho de defensa, pero en forma concomitante invoca la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por considerar que debido a lo anfibológico del pliego de cargos no era posible incluir en el cuestionario por homicidio "la intención", razón por la cual la sentencia no guarda armonía con el enjuiciamiento.

No comparte la Sala mayoritaria las argumentaciones del censor, porque si bien es cierto que en el auto de proceder han podido existir

algunos errores de carácter doctrinario en cuanto a la denominación de algunas formas de culpabilidad, no menos cierto es que el cargo de homicidio fue claramente planteado en cuanto a la intencionalidad del agente.

Considera la Sala que las equivocaciones doctrinarias en cuanto a las diversas especies de culpabilidad no convierten en anfibológico el auto de proceder, porque este vicio de nulidad se presenta cuando los cargos son formulados de tal manera que no es posible que se identifique con claridad cuál es la verdadera imputación que se hace; ello es lo que no sucede en este caso, porque pese a los yerros teóricos, la precisión respecto del grado de culpabilidad de los procesados en relación con el delito de homicidio es perfectamente diáfana, como a renglón seguido se demostrará haciendo una relación de las diversas referencias que tanto en el auto de enjuiciamiento (de primera y de segunda instancia) como en la sentencia, se hacen sobre el fenómeno de la culpabilidad.

En el auto de proceder de primera instancia se puede leer la delimitación exacta de la culpabilidad en los siguientes pasajes: "...Luz Stella pudo salir voluntariamente por la ventana y dirigirse por la saliente o cornisa para esconderse o desplazarse de allí y lograr bajar o subir pero, la incomodidad de su cuerpo en la abertura de la ventana, la dificultad de poder sujetarse en los bordes de las paredes y al parecer el desprendimiento del cemento o soporte de la cornisa le hizo perder el equilibrio y de allí cayó al pavimento", (folio 1088); y en el folio siguiente: "Puntualizando lo anterior, importa ahora buscar el motivo que llevó a Luz Stella a desplazarse por la ventana con el resultado ya conocido. Si salió, alguna fuerza superior y en procura de conservar su integridad física y moral, la forzó. El juzgado está convencido de que las circunstancias antecedentes, desarrolladas en el interior del apartamento en la noche del 7 de mayo para amanecer el 8, fueron causa inmediata de la actuación de la víctima...", y termina apuntalando probatoriamente esta reflexión con el testimonio de Danilo Pinzón Hernández a quien transcribe en el siguiente texto: "Manifestó de que ella se tiró porque se encontraba angustiada de que no estaba abierta la puerta para ella irse".

Un poco más adelante, dando una mayor precisión al razonamiento analizado, se lee: "A esto debe sumarse que se inició contra esta mujer el perverso deseo de poseerla sexualmente pues el mismo Moreno Ascucha asegura que trató de quitársele el buso que ella llevaba..., luego estas dos circunstancias dirigidas directamente contra la persona de la occisa tenían que incidir necesariamente en la angustia que advierte Danilo Pinzón Hernández y constituia un motivo más que suficiente para buscar alejarse del sitio". (Folio 1090).

En ese mismo folio: "...presa del pánico, buscó entonces la forma de huir corriendo hacia la otra alcoba, la alcoba norte ya que no podía salir por la puerta que estaba cerrada y con llave, y buscando la ventana se parapetó para evadirse con el resultado conocido de autos".

Explicada la cuestión fáctica de la conducta de agresores y agredida, los motivos que impulsaron el accionar de unos y otra, entra el pliego de cargos a discurrir doctrinariamente, y citando a Carrara, men-

ciona el dolo indeterminado, entendiéndolo así: "...Cuando se emplean medios que por su naturaleza dejan prever que habrían podido ocasionar la muerte, aunque esta no se quisiera como resultado necesario de los propios actos", para terminar insistiendo en que "...forzada por las circunstancias que se estudiaron, se salió de la habitación y cayó al vacío...".

En el análisis de la imputabilidad y la culpabilidad, se vuelve a precisar que "Stella salió huyendo ante el peligro en que se encontraba y luego cae estrepitosamente en los parqueaderos del segundo piso", (folio 1099), concluyendo a renglón seguido que "la culpabilidad los encierra en el fenómeno del dolo eventual o indeterminado como lo llaman diversos autores".

En este pasaje se puede advertir claramente que se identifica el dolo eventual con el indeterminado, y un poco más adelante (folio 1110), refiriéndose al aspecto sicológico de la conducta de los procesados, llega a identificar el dolo indeterminado con el eventual "o aún indirecto".

El hecho de que en primera instancia se llegara a equívocas doctrinas, no le da anfibología a los cargos, porque así hubiera denominado errádamente la forma de culpabilidad desde el punto de vista teórico, las acusaciones fueron inequívocas, en cuanto a la precisión de la conducta y de su aspecto subjetivo, pudiéndose únicamente criticar la indebida nominación del fenómeno culpabilista, sin que este pudiera llegar a afectar la determinación de los cargos.

Y en la providencia se sigue insistiendo en cómo la conducta reprochable de los procesados obligó a la víctima a buscar salida con los resultados fatales conocidos, que eran previsibles cuando sostiene: "...ya porque el apartamento se encontraba cerrado y no tenía escapatoria o porque vio como inminente que también se le acercaran para accederla carnalmente, tenía que huir para esconderse o lograr subir o bajar por la ventana del apartamento, del cual se conoce la consecuencia". (Folio 1101).

Un poco más adelante y pese a las imprecisiones terminológicas, el cargo en cuanto a la culpabilidad es perfectamente claro al sostenerse: "Ahora bien. En cuanto toca a la prueba del dolo en el homicidio, pues debe tenerse en cuenta que nuestro artículo 323 no establece que para consumarse la muerte de una persona exista un dolo específico, sino, la necesidad de un dolo genérico, eventual o indeterminado. Diversos tratadistas nacionales que estudian la naturaleza de esta figura jurídica, están acordes con esta postulación y entonces, es de aceptar que en el homicidio de que se hizo víctima a Luz Stella Castro, debe predicarse este dolo indeterminado" y a escasos renglones, en el mismo folio, se afirma: "En el caso en estudio, cuando está probado el resultado de la muerte de Luz Stella y éste en íntima conexión con los actos ya analizados, resulta como consecuencia necesaria la intención de causar ese perjuicio por parte de los sujetos activos, no quedando otra alternativa sino pensar que quien ha obrado de tal manera, lo hizo sabiendo que la muerte es la consecuencia de su propia acción y que por tanto querían matar a Luz Stella Castro Alvarado. Esto, de otra parte, no es más sino la síntesis lógica de la fuerza que impone en la mente del juzgador la existencia del dolo eventual". (Folio 1102).

En la providencia de segunda instancia, igualmente se señala la culpabilidad a nivel de dolo eventual al sostenerse: "...atropellan a una joven de manera tan agresiva y la acosan hasta que ella, para hacer prevalecer su determinación de no dejarse poseer carnalmente, prefiere trepar a la ventana abierta, luego de haber luchado con ellos y, ante la imposibilidad de mantenerse en la cornisa, caerse y perder la vida antes que ser mancillada". (Folio 1346); y más adelante: "...Y así y todo, continuaron su asedio hasta que la precipitaron a lanzarse. Entonces, son responsables del homicidio, porque fueron causa directa de él. No puede excusárselos porque no la hubieran empujado, por ejemplo, y la hubieran soltado al aire; basta con que ellos, como lo vieron con absoluta claridad, persistieran como persistieron, en su protervo empeño de poseerla ante su oposición rotunda, para que respondan por el homicidio ocurrido cuando ella optó por lanzarse al vacío en vez de dejarse poseer sexualmente", (folio 1351). Este aspecto se sigue reiterando en los folios 1352 y 1353 al afirmarse: "Si bien es cierto que ellos no la botaron al aire, con su comportamiento sembraron el pánico en su ánimo y la obligaron a hacerlo" y: "...a Amparo la violaron y, al intentar lo mismo con Luz Stella, la obligaron a lanzarse por la ventana".

Se concluye precisando la culpabilidad a nivel de dolo eventual, cuando se afirma: "Debió sentir ira y terror. De ninguna manera ella, por motivos distintos a la urgencia negativa del momento, se lanzó al aire. Fue presionada inmisericordemente por los hombres. Ellos son responsables del homicidio, porque viendo la inminencia del desenlace, prosiguieron su acometimiento hasta que se llegó al fatal resultado", (folio 1354), y aún con mayor precisión un poco más adelante: "...los incriminados sí anticiparon que ella acabaría desplomándose del 5º al 2º piso, sea porque decidiera, acosada, lanzarse o porque fallara el piso —la cornisa—, y fueron incapaces sus manos de sostener su pesado cuerpo y hacerlo subir nuevamente hasta que los pies tomaron apoyo en la cornisa, único modo de evitar que, por cansancio de los brazos, de todos modos cayera. Tomaron el riesgo e insistieron en acosarla razonando, si es que ello puede llamarse razonar, así: pues si no se entrega, que se mate, que llegue hasta las últimas consecuencias". (Folio 1355).

"Ya sobre la ventana, continuaron los desorbitados hombres persiguiendo a Luz Stella, ella salió de la ventana, parándose sobre la cornisa, siguieron tras ella, sin ver el tremendo peligro en que se encontraba.

En vez de ser siquiera a última hora sensatos, con mediano sentido común, y haberse retirado, haberle rogado que entrara nuevamente al apartamento, garantizándole respeto para su libertad sexual, la hostigaron. Ellos, con sentido humano, han debido gritarle que no se lanzara —si pensaban que ella hubiera podido lanzarse—, o que viera el peligro de que se desplomara —si pensaban apenas en ello—, agregando que desocuparían el apartamento si ella accedía a volver; prefirieron ir tras ella, como lo habían hecho con Amparo, para sujetarla, derribarla, desvestirla, y poseerla. Y eso no lo pudo soportar Luz Stella; la obligaron a correr peligro y, en el trance, cayó al vacío y murió". (Folio 1354).

Tan perfectamente claros fueron los cargos en cuanto al aspecto subjetivo de la conducta homicida, que los defensores en la audiencia

pública trataron de demostrar al jurado la imposibilidad de la existencia de dolo eventual y de manera general todos los que participaron en la audiencia, hicieron alusión a él.

El fiscal del juzgado entendió perfectamente que la imputación contra los procesados se había formulado por homicidio intencional, ubicando el aspecto doloso en el eventual y es así como en la audiencia refiriéndose a este problema, dijo: "En cuanto al dolo eventual, ninguno de los acusados dijeron vamos a matar a esta niña, nos ubicamos con el accionar de los sindicados, llevaban una intención prístima, querían poseer a las dos damas esa noche, donde previamente se les había cerrado la puerta, la violencia no es física sino también moral...".

Igualmente, uno de los apoderados de la parte civil hizo referencia al dolo eventual, luego de haber descartado la posibilidad del suicidio y del homicidio preterintencional, (folio 261).

El otro representante de la parte civil, también dedicó parte de su intervención para explicar los aspectos concernientes al dolo eventual, (folio 266).

Uno de los defensores (de Carlos Miranda), y ahora recurrente, sostiene que los juzgadores confundieron la relación física de causalidad con el dolo eventual, para luego hacer una serie de extensas reflexiones sobre el dolo, con el ánimo de que se descartara el de naturaleza eventual, y es así como en uno de los apartes sostiene: "...Si se habla de dolo indeterminado, es que excluye el dolo eventual, dolo éste último por el cual fueron llamados a responder". (Folio 311).

Otro de los defensores (de Henry Miranda Castillo), hizo también referencias al dolo eventual, para que se descartara la posibilidad de un comportamiento intencional.

El defensor de otro de los procesados y ahora recurrente (de Jorge Miranda), solicitó la absolución porque consideró que no está probada ninguna forma de dolo y que posiblemente al único que podría vincularse con un dolo eventual era a Moreno Ascucha, repitiendo de esta manera argumentación que en el mismo sentido había planteado otro de los defensores, (folio 349).

Los extractos que se hicieron con anterioridad, en relación con las intervenciones de los defensores en la diligencia de audiencia pública, demuestran que la imputación en cuanto al grado de culpabilidad con que actuaron los procesados, fue perfectamente clara, tanto, que gran parte de sus intervenciones la dedicaron a demostrar la inexistencia de esta especie del dolo. En tales circunstancias, no es aceptable la conclusión a que se llega en el salvamento de voto, en el sentido de que la anfibología de los cargos dificultó la defensa, al desconocerse con certidumbre la naturaleza de las acusaciones formuladas.

La claridad de la imputación, lleva a que el juzgador de primera instancia sostenga en la sentencia que se analiza: "En cuanto al homicidio que nos ocupa, cometido en Luz Stella Castro, se ha dicho en el auto de proceder, que los sujetos activos a él concurrieron bajo la modalidad del dolo y más concretamente, del eventual". (Folio 446).

Finalmente, en la sentencia de segunda instancia se precisa la conducta dolosa de los procesados al destacarse: "...El aservo probatorio indica la existencia del homicidio simplemente voluntario", (folio 159), y más adelante: "Estas acciones dolosas de los sentenciados, llevaron a Luz Stella a lanzarse por la ventana y morir por fractura del cráneo... consecuencia de la caída; sin que aquellos hicieran algo para evitarla, luego existe una relación causal entre la tentativa de acceso carnal y el homicidio. La prueba la ofrece Moreno Ascucha cuando dice: 'No quiero decir que Carlos y Jorge Miranda mataron a Luz Stella, pero sí que con su actuación y mal comportamiento, la llevaron al pánico y luego al suicidio' ".

Se concluye que: *"La forma intencional del delito se expresa con el término 'doloso', definido por el Código Penal como: 'Cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible'.*

Es incuestionable que dar muerte a otro es punible, de conocimiento de cualquier persona normal como lo son los procesados, corresponde examinar si quisieron su realización o si previéndola como posible, la aceptaron.

El segundo supuesto, 'el del dolo eventual', fue considerado en el auto de proceder para llamar a responder en juicio por homicidio simple.

El sujeto activo quiere la realización de una conducta; prevé que al realizarla puede producir otro hecho delictuoso que se ha representado; no obstante la previsión, acepta el resultado con tal de realiar la conducta querida, y el hecho previsto como posible se produce... En conclusión, los procesados al pretender mediante violencia, acceder sexualmente a Luz Stella, la llevaron al pánico, y para evitar ser violada, la determinaron a lanzarse por la ventana, cuya caída le ocasionó la muerte por fractura del cráneo". (Folio 170).

Considera la Sala que luego de tan largas transcripciones de los autos de formulación de los cargos y de las sentencias de instancia, se llega a la clara conclusión de que la imputación no fue formulada anfibológicamente, y que este vicio no se concreta porque el juzgador equivoque los términos de denominación del grado de culpabilidad en el que se enmarca la conducta de los procesados, porque si es cierto que el identificar, como se hace en la primera instancia, el dolo eventual, el indeterminado y el indirecto, es una equivocada doctrina, no se estructura el vicio en los cargos, puesto que el fenómeno en sí del dolo eventual es precisado fácticamente en la conducta de los acusados y se lo describe concordantemente con el fenómeno legal del dolo eventual, de tal manera que puede llegar a concluirse que la indebida identificación de este fenómeno en cuanto a la terminología del mismo, no convierte en anfibológica la imputación.

Tan cierta es la afirmación de la Sala mayoritaria, que son los mismos apoderados quienes en la diligencia de audiencia pública defendieron los intereses de sus representados, tratando de convencer a los miembros del jurado de conciencia de la inexistencia del dolo eventual. En este sentido los cargos contra la sentencia, basados en que la confusión existente en el auto de proceder en cuanto al grado de culpabilidad dificultó la defensa de los procesados, no es cierta, porque el cargo

fue formulado con claridad y fue perfectamente entendido por los defensores, quienes pudieron realizar una defensa técnica. El hecho de que sus alegaciones no hubieran sido aceptadas por los miembros del jurado, muy bien integrado en cuanto contó con la presencia de dos profesionales del derecho y un odontólogo, es otro problema, que nada tiene que ver con el recurso extraordinario de casación.

Es inexacta la afirmación que se hace por el Magistrado disidente en su salvamento de voto, cuando afirma que: "Equivocado resulta atribuir la comisión de un delito por dolo, culpa y caso fortuito, como sucede en este caso, ya que además de corresponder a un desafuero jurídico, es imposible su conciliación apareciendo de contera una clara limitación del derecho de defensa, como sucede en este caso"; porque en realidad, se mal interpretan las reflexiones que se hacen en el pliego de cargos de primera instancia, puesto que no es un contrasentido que se afirme que la víctima se lanzó voluntariamente, y al mismo tiempo que fue obligada a lanzarse, porque cuando se hace la primera afirmación, es decir del lanzamiento voluntario, lo que se quiere enfatizar es que la caída no se produjo como consecuencia de que alguien la hubiera lanzado o empujado, ni menos aún que la hubieran colocado en la cornisa, sino que llegó a ese sitio como resultado de una conducta voluntaria, mas no libre; por ello se hace la segunda afirmación, en el sentido de que la víctima fue obligada a realizar esa peligrosa actividad para evitar ser sometida a relaciones sexuales que no quería, como ya lo había sido su compañera. Y no hay contradicción, porque quien huye de sus injustos perseguidores lo hace voluntariamente, en cuanto es consciente del peligro que lo acecha, y voluntariamente escapa o huye de él, pero no puede afirmarse que la huída es un acto de libertad, sino que por el contrario, la víctima realiza la conducta por sus propios medios —para huir del peligro— en cuanto es o se trata de un acto consciente, pero lo hace en virtud de las circunstancias que la forzan.

Tampoco es cierto que en el auto de proceder se haya reconocido un caso fortuito como se sostiene en el salvamento de voto, porque la afirmación que lleva a esta conclusión, no es para el reconocimiento del caso fortuito como lo interpreta el Magistrado disidente, sino para remarcar que la caída de la mujer no se produjo por lanzamiento que de su cuerpo se hubiera hecho por otra persona.

Así debe entenderse la afirmación: "...La dificultad de poder sujetarse a los bordes de las paredes y al parecer el desprendimiento del cemento o soporte de la cornisa, le hizo perder el equilibrio y de allí cayó al pavimento boca-arriba".

Tan cierta es la afirmación de la Sala, que en realidad lo que hace el juzgador de primera instancia es una descripción fáctica de la conducta realizada por víctima y victimarios, destacando en todo momento que la caída no fue producida por la acción material y directa de ninguno de los contertulios de esa fatídica noche, sino que la caída y muerte se produce como consecuencia indirecta de la conducta de los ocasionales compañeros de la víctima, que luego de tratar de accederla sexualmente, la colocaron en situación de pánico que la obligó a buscar esa desesperada salida provocándose la muerte.

La prueba del aserto de la Sala, es que luego de analizarse fácticamente la conducta, se sostiene por el juzgado de primera instancia: "Puntualizado lo anterior —es decir que nadie la lanzó materialmente al vacío—, importa ahora buscar el motivo que llevó a Luz Stella a desplazarse por la ventana con el resultado ya conocido. Si salió, alguna fuerza superior y en procura de conservar su integridad física y moral, la forzó. El juzgado está convencido de que las circunstancias antecedentes, desarrolladas en el interior del apartamento en la noche del siete de mayo para amanecer del ocho, fueron causa inmediata de la actuación de la víctima".

Este aspecto es igualmente precisado en la formulación de cargos de segunda instancia, cuando se sostiene: "...los incriminados sí anticiparon que ella acabaría desplomándose del quinto al segundo piso, sea porque decidiera, acosada, lanzarse o porque fallara el piso, la cornisa,".

Es decir, que ni a nivel de primera instancia, ni a nivel de segunda, se trató jamás de hacer mención al fenómeno del caso fortuito y el único que se refiere a él, es el Magistrado disidente que obviamente llega a través de una inexacta interpretación de las providencias analizadas, como se acaba de demostrar. Tampoco en el auto de cargos se hace alusión al fenómeno de la culpa inconciente o culpa sin representación como lo afirma el Magistrado que salva el voto, porque de lo sostenido en el auto analizado que: "Era de prever que de estos actos se derivara un resultado más grave que no lo desearan ni quisieran, cual sería el del homicidio..."; no puede pensarse que se aluda a la culpa sin representación, comoquiera que precisamente en la parte transcrita por el Magistrado disidente, se está citando la previsión, que es justamente la negación de la culpa sin representación o culpa inconciente, y elemento vital de la culpa con representación o culpa conciente, y del dolo eventual, de tal manera que cuando se hace esta afirmación, se está refiriendo es al dolo eventual, en el sentido de que no fueron causa material y directa del desplome de la víctima, pero que de la conducta que la forzaron a realizar con su asedio delictivo, era previsible que la muerte podía ser uno de los resultados más probables y en este sentido son múltiples las referencias que se hacen tanto en el auto de proceder de primera, como de segunda instancia, sin que exista la más mínima posibilidad de que pueda interpretarse la intención de los juzgadores de instancia en favor del reconocimiento de la culpa sin representación, como sostiene el Magistrado disidente.

Tampoco es cierto, como se afirma en el salvamento de voto, que se hizo un reconocimiento de la culpa con representación, porque a pesar de la inmensa similitud que existe entre este fenómeno jurídico y el dolo eventual, es bien sabido que mientras en aquella se rechaza el resultado antijurídico como posible, en éste no sólo se prevé el resultado sino que se asume, es decir, que hay una aceptación del resultado como propio, como consecuencia de la acción, de allí entonces que mientras la característica de la culpa en sus diversas modalidades es la ausencia de intención, la nota diferenciadora del dolo eventual es que además de representación hay voluntariedad, de donde, consecuente con su estructura y en relación con el delito de homicidio, su ubicación deba serlo en el artículo 323 que define el delito de homicidio simplemente voluntario y es por eso que en muchas partes del pliego de cargos, se alude

al propósito o intención de matar, debiéndose señalar que no se hace con mucha precisión terminológica como ya se aceptó, pero sí con claridad conceptual en cuanto al grado de intencionalidad o de culpabilidad que se les imputa.

A folio 1101 se observa con precisión lo que afirma la Sala mayoritaria,al sostenerse: "En el caso en estudio, cuando está probado el resultado de la muerte de Luz Stella y este en íntima conexión con los actos ya analizados, resulta como consecuencia necesaria la intención de causar ese perjuicio por parte de los sujetos activos, no quedando otra alternativa sino pensar que quien ha obrado de tal manera, lo hizo sabiendo que la muerte es consecuencia de su propia acción y que por tanto querían matar a Luz Stella Castro Alvarado. Esto de otra parte no es más sino la síntesis lógica de la fuerza que impone en la mente del juzgador la existencia del dolo eventual".

Considera la Sala mayoritaria que no son tampoco afortunadas las afirmaciones del salvamento de voto, cuando analizando el auto de proceder de segunda instancia sostiene que "procedió a incrementar la confusión al no distinguir el dolo eventual del directo", porque afirmándose la existencia del dolo eventual, se dice por el honorable Magistrado disidente "se insiste sobre el dolo de propósito en los siguientes términos: " 'La Sala, en compleja materia como esta, quiere aclarar en cuanto acaba de decirse, que los incriminados sí anticiparon que ella (Luz Stella), acabaría desplomándose del quinto al segundo piso —la cornisa— y fueron incapaces sus manos de sostener su pesado cuerpo y hacerlo subir nuevamente hasta que los pies tomaron apoyo en la cornisa único modo de evitar que, por cansancio de los brazos de todos modos cayera' ".

Si quien salva el voto considera que la expresión "los incriminados sí anticiparon que ella (Luz Stella) acabaría desplomándose", es una afirmación de la existencia del dolo directo, debe reconocerse por parte de la Sala mayoritaria, que esa frase, precisamente da la idea exacta de lo que es el dolo eventual y no del dolo directo como se sostiene, porque cabalmente la expresión gramatical de que los incriminados anticiparon el resultado delictivo, es justamente en el elemento vital de la estructura del dolo eventual, porque ella hace relación a la previsión y aceptación del resultado, características naturales de la figura, porque el verbo transitivo anticipar, indica precisamente la previsión del resultado y la aceptación del mismo, y no puede bajo ninguna circunstancia, de la afirmación que se hace por parte del Tribunal, concluir en la confusión entre dolo directo y eventual.

La final afirmación, a que se llega en el salvamento, de que fue imposible el pleno ejercicio del derecho de defensa dada la confusión sobre el grado de culpabilidad imputado a los procesados, que imposibilitó el conocimiento del cargo concreto formulado por el Estado "cuando hasta el propio caso fortuito es imposible alegarlo pues como se vio, también sirvió de base para fundamentar el dolo eventual" no es exacta, porque como ya se demostró con anterioridad, los defensores entendieron cuáles eran los cargos, comprendieron cuál era el grado de culpabilidad que se deducía a sus patrocinados y se defendieron técnicamente de ellos, cuando trataron de demostrarle al jurado que la imputación por dolo eventual no era posible.

Tampoco sería aceptable la pretensión del recurrente, cuando dentro del mismo cargo ubica su censura en la causal segunda de casación, al considerar que por la anfibología del auto de procesamiento no era posible incluir en el cuestionario por homicidio "la intención", razón por la cual la sentencia no guarda armonía con el enjuiciamiento.

Yerra el censor en sus pretensiones, porque precisamente la formulación de los cargos es por la realización de una conducta dolosa que, como una especie de la culpabilidad, así sea en su modalidad eventual, significa necesariamente representación y voluntariedad del resultado, de tal manera que el cuestionario fue bien elaborado y existe una exacta correspondencia entre el auto de proceder y la sentencia, sin que sean válidas las argumentaciones que se formulan para que pudiera pensarse en quebrar la sentencia que se ataca.

Conveniente resulta hacer algunas precisiones, entonces, en torno a la naturaleza jurídica del dolo y sus diferentes tipos doctrinarios, así como de la culpa y las variadas especies de ella. El Código Penal colombiano en su artículo 36 si bien no define el dolo para efectos penales, sí brinda suficientes elementos de juicio para determinar cuándo la conducta debe imputarse a título del llamado dolo directo, y cuándo la referencia ha de hacerse, por ejemplo, al dolo eventual, o aún al indirecto. Dice la norma citada: "Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible".

La primera oración inserta en el tipo, se refiere, evidentemente, al conocido dolo directo, caso en el cual el sujeto agente del hecho delictivo conoce a plenitud la descripción típica y la antijuridicidad de su comportamiento, pese a lo cual su voluntad está dirigida inequívocamente a desarrollar la conducta ilícita así conocida; sería el caso de quien quiere matar a su enemigo, conoce la existencia del tipo penal de homicidio, sabe que tal acción lesiona el bien jurídico protegido de la vida, y pese a ello actúa en orden a obtener el fin propuesto.

La segunda de las situaciones contempladas en el artículo 36 alude, entre otros, al dolo eventual, porque en tal prescripción legal se establece que el sujeto agente prevé una conducta como ilícita, y a pesar de ello la acepta y sigue adelante en la búsqueda del fin que inicialmente ha motivado su acción. El dolo eventual, debe recordarse, como lo enseña el profesor Jiménez de Asúa, existe "cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consciente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere ante todo". En esta forma de culpabilidad, entonces, subsiste la intencionalidad del agente de producir un determinado efecto; el actor no solamente se representa la probabilidad de un resultado no querido inicialmente, sino que, a pesar de ello, realiza la conducta que guía su acción, hace suya la eventualidad, la admite y se compromete con ella.

En verdad no se presenta en este caso, como varios tratadistas estiman, una indiferencia en relación con el hecho imaginado, porque la voluntad del agente está dirigida a la vulneración de un interés jurídicamente tutelado en caso de que se presenten las condiciones ya previstas; la lesión del bien protegido, empero, dependerá de la con-

tingencia, es decir, del evento; si éste se presenta, la conducta será delictiva y así la ha asumido el sujeto agente; si no ocurre, el resultado final será irrelevante para el derecho penal, o simplemente desplazará la adecuada típica a la figura que recoja por sí y en sí misma, los comportamientos inicialmente desplegados para el sujeto agente.

Y es precisamente en esta intencionalidad, en donde radica la diferencia entre el dolo eventual y la llamada culpa con representación, que considera el censor como la base de la responsabilidad que se ha debido deducir a uno de los procesados. En la modalidad de culpa mencionada, no existe intencionalidad frente al resultado finalmente producido. Es verdad que coincide con el dolo eventual en cuanto el sujeto agente se representa, esto es, imagina la producción de un resultado criminal; pero se rechaza la posibilidad de que el resultado ilícito se produzca.

Para la Sala es una realidad que una vez determinado, como se hizo, que la conducta típica de homicidio debe reprocharse a título de dolo eventual, parte integrante de éste es la intencionalidad, y por ello, ha debido incluirse este elemento, como se incluyó, en los cuestionarios que fueron formulados al jurado de conciencia.

Parece ser que la evidente similitud existente entre la culpa consciente o con representación, y el dolo eventual, hubieran creado en el censor la idea que en esta excepcional forma de culpabilidad no puede hablarse de intención y a ello debe aludirse si se quiere tener una clara determinación de los cargos a nivel del elemento subjetivo del delito, porque a diferencia de lo que sucede con la culpa consciente en la cual el sujeto activo del delito se representa el resultado, pero se considera improbable que este pueda sucederse en la realidad; —es la situación clásica del conductor que confiado irresponsablemente en su habilidad, a pesar que se le advierte de la excesiva velocidad a que viaja, descarta la posibilidad de un accidente fatal, porque confía que con su pericia el resultado nefasto pueda evitarse—; con el dolo eventual no sucede igual, cuando en la misma hipótesis planteada, el conductor del vehículo no sólo prevé el efecto por la advertencia que se le hace en relación con el resultado delictivo posible, sino que lo capta como probable, al considerar que si se presenta, no importa que él suceda.

Tanto en el auto de proceder de primera instancia, como en el de segunda, se precisan las imputaciones a nivel de culpabilidad y se clarifica que es a título de dolo eventual, y tan unívocos fueron los cargos que la defensa argumentó contra el dolo eventual, y no es aceptable la censura que ahora se formula, porque la única forma de elaboración de los cuestionarios para el jurado, era con la alusión de la intencionalidad y por tanto el cargo de falta de concordancia entre el pliego de cargos y la sentencia no es de recibo.

Es explicable la intención del censor, porque el dolo eventual describe un fenómeno sicológico complejo en el que sin que aparezca una clara conducta evidenciadora de una intencionalidad directa en relación con el resultado, sí se presenta una aceptación tácita del mismo; de allí que algunos autores hayan hablado de dolo indirecto para hacer referencia a este tipo de dolo, en cuanto a que lo normal en la conducta humana es que se actúa finalísticamente, —entendiendo la expresión

desde el punto sicológico—, en cuanto se señala un objeto querido y se realizan los actos que llevan al sujeto a conseguir el resultado deseado, situación perfectamente diversa a la que sucede con el dolo eventual, cuando en realidad se realiza una conducta que en principio no está dirigida al resultado finalmente conseguido, pero previsto ese resultado como posible, se lo acepta y lo asume.

Fue exactamente lo que sucedió en el caso que es motivo de análisis, porque la conducta inicial no fue la de conseguir la muerte de Luz Stella, sino que el propósito era de carácter sexual, pero en la consecución del mismo, presionaron a la víctima de tal manera, que ante la imposibilidad de salir normalmente, —la puerta se encontraba con llave por acción de los procesados—, para salvaguardiar su libertad sexual buscó como sitio de escape un lugar excepcional, que necesariamente entrañaba peligro y que fue advertido por quien huía de tan ilícitas finalidades, y por los que la colocaron en situación tan dramática. La previsión del peligro, perfectamente posible para cualquier persona normal y el insistir en sus pretensiones libidinosas, caracterizan el dolo eventual, en cuanto a la aceptación del resultado finalmente producido, que evidentemente se concreta al perseguir a la víctima, percibiéndola en tan peligrosa situación.

El llamamiento a juicio entonces se produjo acertadamente por homicidio simplemente voluntario y era imprescindible, que en el cuestionario formulado a los miembros del jurado de conciencia se hablara o se mencionara la intención de matar, como era lógico que en correspondencia con los cargos se dictara sentencia de condena en armonía con la punibilidad dispuesta en el artículo 323.

En las condiciones anteriores, tampoco es aceptable la censura que plantea el recurrente.

3. *Segunda Demanda.* Estudiado como quedó el primer cargo propuesto con el apoyo en la causal cuarta de casación, por el apoderado de Jorge Helí Miranda Castillo, al tratar la primera demanda, procede concluir, que el segundo cargo referido a la violación del derecho de defensa por cuanto no existe constancia en el acta de la audiencia pública de habérsele concedido la palabra a este procesado, por segunda vez, tampoco está llamado a prosperar.

De conformidad con la precitada acta, se le concedió la palabra por primera vez a Jorge Helí, se renunció a su uso y si bien no existe constancia de habérsele concedido en segunda oportunidad, lo cierto es que fue interrogado debidamente por el juez en el debate público, asistido técnicamente por su defensor, quien con diversidad de argumentos trató de defenderlo y si sus tesis no fueron convincentes al jurado, esto no está significando falta de defensa.

En nada afectó este hecho, de haber sucedido, para que la defensa fuera plena.

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,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, con Salvamento de Voto; *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Casación Nº 612.

Esta providencia ha sido proyectada por dos Magistrados: Lo tocante con los hechos, con la sinópsis procesal, con el resumen de las demandas y de la opinión de la Procuraduría, ha correspondido al suscrito Magistrado disidente y ha tenido la aceptación de toda la Sala. Igual ha acaecido en cuanto a las Consideraciones de la Corte, en lo referente a los seis primeros cargos de la primera demanda y al primero y segundo cargos de la segunda demanda.

Pero el punto donde no hay unanimidad y al cual se concreta este Salvamento de Voto, es el referente con el cargo séptimo y la aceptación de una nulidad supralegal. El suscrito como Ponente inicial planteaba la hipótesis de casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad del auto de proceder inclusive, en cuanto se refiere al delito de homicidio en la persona de Luz Stella Castro Alvarado

Como la mayoría de la Corporación no aceptó la ponencia en este punto, ella fue elaborada por el honorable Magistrado Edgar Saavedra Rojas, y obviamente a este tema se contrae el Salvamento de Voto.

Para sustentar la posición del suscrito Magistrado, estimo conveniente reiterar la argumentación presentada a la Sala en el proyecto inicial y hacer algunas consideraciones adicionales.

Proyecto inicial:

"c) *Cargo Séptimo: Auto de proceder anfibológico.* Confusamente el casacionista impetra la declaración de nulidad por no haberse precisado el grado de culpabilidad en el auto enjuiciatorio respecto al delito de homicidio, al referir diversas clases de dolo y de culpa, lo cual no era posible por tratarse de aspectos subjetivos excluyentes y para ello se apoya en jurisprudencia de la Corte, para demostrar la irregularidad y su incidencia en el derecho de defensa; pero en forma concomitante invoca la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que debido a lo anfibológico del auto de proceder, no era posible incluir en el cuestionario por homicidio "la intención", razón por la cual la sentencia no guarda armonía con el enjuiciamiento.

Esta falta de claridad en la formulación de la censura, si bien implicaría rechazar el cargo por no ser función de la Corporación suplir las deficiencias del casacionista, es incuestionable, que le asiste razón respecto a la anfibología que caracteriza al auto de proceder al no concretar el grado de culpabilidad por el cual se imputó el delito de homicidio no sólo a Carlos Miranda Castillo, sino a los demás enjuiciados por este hecho; por tal razón, procederá la Sala a su estudio, pues además, es dable su declaración oficiosa.

En efecto, con fundamento en preceptos constitucionales la jurisprudencia ha creado y desarrollado las llamadas nulidades supralegales, para lo cual es necesario que se hayan violado en forma ostensible, evidente y grave los derechos de los sujetos procesales, vulnerando el debido proceso garantizado en el artículo 26 de la Carta Política.

Entre ellas ha considerado y declarado en varias oportunidades, la que se ha venido a denominar nulidad por encausamiento anfibológico, consistente, según su reiterada doctrina, en una manifiesta ambigüedad en la formulación de los cargos en el auto de proceder que por modo directo cercena al procesado la oportunidad de contradecir la imputación, esto es, de ejercer sobre bases ciertas e inconfundibles, el derecho de defensa. (Casaciones de 19 de febrero de 1943, 24 de enero de 1960, 22 de abril de 1980, entre otras).

No ha cesado la jurisprudencia en reiterar la importancia del auto de proceder, insistiendo en que además de los requisitos sustanciales que se exigen para su proferimiento en el artículo 481 del Código de Procediminto Penal, el artículo 483 del mismo estatuto determina sus requisitos formales, razón por la cual "no se trata de un proveído de composición libre, abierta y caprichosa, sino rigurosamente normado, con exigencia perentoria de acatameiento, so pena de generar nulidad si se desatienden sus características esenciales". (Casación de 9 de septiembre de 1976, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Es esencial, según lo ha reiterado esta Corporación, que en la motivación han de precisarse en forma clara y detallada los cargos en contra del procesado. (Casación de 9 de septiembre de 1986, Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

Ha insistido también la Sala en afirmar, que por tratarse del pliego de cargos que le formula el Estado al acusado, éste debe ser concreto para que aquél pueda saber de qué se va a defender; de ahí el porqué en la parte motiva se deban consignar los elementos constitutivos del delito, los de responsabilidad y las modalidades específicas que le dan al hecho punible una característica especial, "sin que aparezca algo que pueda reputarse como vago o impreciso que diere dificultades en el derecho de defensa".

En conclusión, el auto de proceder debe contener el conjunto de cargos que la investigación arroja contra el procesado, para que éste pueda defenderse y también para que el juez sepa por cuál delito debe condenar o absolver, según el caso, pues en esta forma se garantiza el derecho de defensa y se limitan, a su vez, los poderes del sentenciador al dictar el fallo.

De la duplicidad de requisitos que exige el citado artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y específicamente los numerales 3 y 4 del artículo 483 *ibídem,* impera precisar que la ley procesal no sólo exige que en el pliego de cargos se seleccione correctamente la norma respecto a la cual se afirme el juicio de adecuación típica de la conducta, sino que además, debe precisarse el presupuesto fundamental de la responsabilidad, que no es otro que la culpabilidad, determinando su especie de acuerdo con la prueba que obre en el expediente.

Dadas las diversas formas de esta característica de la acción o elementos del delito, claro resulta colegir, la individualización que respecto a su especie debe hacerse, toda vez que por su diversa naturaleza normativa dogmática y ónticamente se excluyen.

Equivocado resulta atribuir la comisión de un delito por dolo, culpa y caso fortuito, como sucede en este caso, ya que además de corresponder a un desafuero jurídico, es imposible su conciliación, apareciendo de contera una clara limitación del derecho de defensa, como sucede en este caso.

Tal como están redactados los cargos, de la simple lectura del auto vocatorio a juicio, no se puede llegar a una conclusión clara que permita su determinación incriminatoria precisa. La motivación de los cargos no tiene una coherencia lógica suficiente para permitir su cabal comprensión y la consecuente defensa.

Resulta difícil comprender cómo en una providencia, se hacen coexistir figuras tan distintas como el dolo directo, el dolo eventual, el dolo indirecto y la culpa, mezclándolas con la aceptación de que la joven se lanzó voluntariamente del quinto piso.

Y es que en una misma providencia se acepta la existencia de un plan preconcebido para causar la muerte a la joven Castro y se hace referencia a la culpa que se califica en veces consciente y en otras de inconsciente.

Así, en otra parte se sostiene que era previsible para los procesados la muerte de Luz Stella y en otra se enfatiza que ellos la acosaron para que se lanzara por la ventana. Estos dos postulados no se compaginan entre sí; mas como si ello fuera poco, el Tribunal no se limitó a estos confusos planteamientos normativos, sino que resolvió incursionar en campos extrajurídicos para advertir que hacía un juicio "ético" de los hechos en mira de hacer claridad respecto a ellos.

La confusión que encierra el auto de enjuiciamiento del Juzgado Superior respecto a la culpabilidad, es evidente y las transcripciones del Tribunal en la sentencia y las del casacionista, que no son coincidentes, constituyen una de las muestras de la ambigüedad de ese acto procesal, pues es tal la inconsistencia y la falta de precisión, que bien se podría justificar literalmente cualquiera de las formas y especies de culpabilidad.

Inexplicablemente, el auto de proceder de primera instancia, asimiló la acción a omisión y ningún reparo encontró en abrir causa criminal imputando coautoría a los enjuiciados por los delitos de secuestro, acceso carnal consumado y tentado, refiriéndose en algunos apartes a un comportamiento activo para unos y omisivo para otros, haciendo una mezcla tal que de todo el contexto no se sabe a la postre qué clase de conducta es la objeto de reproche para cada uno de los encausados.

Afortunadamente el Tribunal aclaró la confusión de planteamientos en lo tocante con el secuestro y la violación, al establecer que se trata de delitos de acción y delimitó las actividades de los procesados, por este aspecto el cargo se tornó intelegible; pero continuó siendo anfibológico para el homicidio; es más, podría decirse que en lugar de

aclarar, lo confundió al aceptar los razonamientos del Juzgado Superior y admite que Luz Stella se lanzó voluntariamente del quinto piso y al mismo tiempo, que la obligaron a lanzarse, lo cual no coincide con las soluciones planteadas en el auto.

En efecto: en el auto de proceder de primera instancia se partió de la premisa de que Luz Stella "...pudo salir voluntariamente por la ventana y dirigirse por la saliente o cornisa para esconderse o desplazarse de allí y lograr bajar o subir pero, la incomodidad de su cuerpo en la abertura de la ventana, la dificultad de poder sujetarse en los bordes de las paredes y al parecer el desprendimiento del cemento o soporte de la cornisa le hizo perder el equilibrio y de allí cayó al pavimento boca-arriba", (folio 1088); significa esta afirmación, sin lugar a dudas, que se reconoció un caso fortuito, lo cual impide imputar culpabilidad alguna a los procesados; pero inexplicablemente, acto seguido, se les atribuye el homicidio por la denominada doctrinariamente culpa sin representación al considerar que como consecuencia del secuestro y la violencia carnal (sic) "era de prever que de estos actos se derivara un resultado más grave aunque no lo desearan ni quisieran, cual sería el del homicidio...", (folio 1100).

Esta contradicción entre una causal de inculpabilidad y la atribuibilidad de la culpa, encuentran mayor confusión cuando al analizar las conductas de los procesados y habiendo afirmado la falta de previsión, se vuelve a imputar el hecho pero a título de dolo eventual, el que ya estaba excluido con el reconocimiento del caso fortuito y luego, con la culpa sin representación. Para poder justificar esta ininteligible amalgama, se reitera que "no se probó" que los sindicados hubieran sido quienes arrojaron a Luz Stella por la ventana, sino que ésta "se salió de la habitación y cayó al vacío muriendo casi instantáneamente" (folio 1091), pero que a su turno, este resultado se debió "al despliegue de la acción u omisión de todos los varones implicados en el asunto que sin querer tal resultado, por fuerza de tales actos Luz Stella encontró la muerte". (Folio 1091).

En estas condiciones, se procedió a respaldar la tesis del dolo eventual con el criterio doctrinal trayendo a colación diversas transcripciones de ilustres penalistas, las cuales si bien corresponden al análisis de esta clase de dolo, no por ello puede afirmarse que efectivamente se haya concretado la imputación en esta forma de culpabilidad, pues ya el supuesto fáctico no permitía hacer tal afirmación al haberse excluido previamente por el reconocimiento del caso fortuito y la culpa sin representación o inconsciente como también se denomina. Esta forma de raciocinar es la que convirtió en anfibológico el pliego de cargos por la confusión que se crea al afirmar la inexistencia de culpabilidad, luego la imputación culposa y acto seguido el dolo eventual, ya que por su propia naturaleza estos tres grados de culpabilidad se excluyen entre sí.

Pero la confusión fue más densa cuando luego de admitir el dolo eventual, que siguiendo a Carrara lo trata con la terminología del maestro de Luca, como indeterminado, lo confunde con el indirecto (folio 1100), el cual como es sabido, tiene una connotación diversa. Así tratando indistintamente el dolo eventual con el indirecto, procede hacer

una demostración que no corresponde a ninguna de estas dos, sino a la culpa con representación, pues afirma que está probado el "dolo indeterminado o eventual o aún directo", por cuanto "era de prever que de estos actos (secuestro y acceso carnal violento), se derivara un resultado más grave" y precisamente, hasta ahí llega la culpa consciente ya que el dolo eventual exige además de la previsión de resultado más grave, el continuar con la acción con el fin de obtener lo buscado inicialmente sin que le interese al agente el otro resultado logrado.

Además de confundir el dolo eventual con el indirecto, llega a afirmarse el dolo directo o de propósito, cuando se concreta que está probado el dolo eventual por cuanto los procesados tuvieron "la intención de causar ese perjuicio", es decir, la muerte de Luz Stella Castro Alvarado a quien "querían matar", (folio 1102).

El Tribunal además de confirmar esta ininteligible mezcla de conceptos sobre el grado de culpabilidad en que se fundaba la imputación del homicidio, además de aclarar que se haría un juicio "social, legal y ético" (folio 1355), procedió a incrementar la confusión al no distinguir el dolo eventual del directo; se afirma que está probado el eventual debido a que los procesados "obligaron a lanzarse por la ventana" a Luz Stella (folio 1353); y más adelante se insiste sobre el dolo de propósito en los siguientes términos: "La Sala, en compleja materia como esta, quiere aclarar en cuanto acaba de decirse, que los incriminados sí anticiparon que ella (Luz Stella), acabaría desplomándose del quinto al segundo piso, sea porque decidiera, acosada, lanzarse o porque fallara el piso —la corniza— y fueran incapaces sus manos de sostener su pesado cuerpo y hacerlo subir nuevamente hasta que los pies tomaran apoyo en la corniza, único modo de evitar que, por cansancio de los brazos de todos modos cayera". (Folio 1355).

Claro está que con estas argumentaciones se demostró el dolo directo o determinado, pues se hace aparecer la perfecta correspondencia entre la voluntad del agente y su resultado, pero no el dolo eventual por el que se afirma se hizo el llamamiento a juicio.

Al integrarse en una unidad jurídica el auto de proceder dictado por el Juzgado Superior y la decisión del Tribunal por medio de la cual afirmó la de primera instancia, es imperativo concluir, que el pliego de cargos fue ambiguo en la concreción de la culpabilidad respecto al homicidio al hacer concurrir la culpa sin representación y la consciente o con representación, el dolo en sus modalidades de directo, indirecto y eventual, todas las cuales, como es obvio, se excluyen entre sí.

Imposible resulta para la defensa, el pleno ejercicio de este derecho cuando es tal el grado de confusión sobre el fundamento de la responsabilidad penal, como es la culpabilidad, que ninguna argumentación razonada y seria podría servir de sustento para sacar avante sus intereses, ya que se desconoce cuál es el cargo concreto que hace el Estado, a los procesados, más aún, cuando hasta el propio caso fortuito es imposible alegarlo pues como se vio, también sirvió de base para fundamentar el dolo eventual.

Al haberse hecho nugatorio el derecho de defensa, por lo anfibológico del enjuiciamiento, impera la nueva calificación del mérito del

sumario en cuanto se refiere al delito de homicidio, para lo cual se decretará nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive, por desconocimiento del artículo 26 de la Constitución Nacional y con el fin de que el Juez Superior que viene conociendo el proceso, proceda de conformidad, en el cuaderno de copias; en consecuencia, y debido a que el juzgamiento relacionado con el delito de secuestro y los de acceso carnal violento consumado y tentado, se llevó a efecto legalmente, se ordenará la nulidad de la sentencia respecto a estos hechos punibles para que el Tribunal proceda a imponer las penas correspondientes por estos delitos.

Consideraciones adicionales:

La argumentación expuesta en la providencia mayoritaria, no refuta en mi sentir lo sustentado en el proyecto inicial cuyas bases fundamentales reitero.

Un auto de proceder, un pliego de cargos, para que cumplan su calidad de tales, deben tener condiciones elementales en cuanto a las incriminaciones que contiene: Deben ser ellas claras, precisas, detalladas y concretas. Deben entenderse por su propia enunciación, sin que sea menester acudir a contradictorias explicaciones para su cabal comprensión. Ellas deben explicarse por sí mismas, sin que se requiera labor interpretativa, cual se llega a afirmar en la providencia mayoritaria.

No se ve la razón por la cual, la providencia judicial que interpreta la ley para aplicarla, deba ser sujeta a otro nuevo proceso interpretativo por la misma Rama Jurisdiccional.

Los complejos estudios, las disquisiciones jurídicas de primera y segunda instancias y ahora en casación, tendientes a aclarar el contenido de los cargos, muestran que su diafanidad incriminatoria es ampliamente discutible. Esto es, lo que en otros términos significa que los cargos son anfibológicos.

El punto neurálgico, el básico, la aclaración de las circunstancias, del fallecimiento de Luz Stella Castro, están presentadas en forma tan variada, que aún subsiste un vacío jurídico.

No hay acuerdo ni siquiera en cuanto al fundamental punto, si ella resbaló accidentalmente, si se lanzó voluntariamente al vacío para autoeliminarse, o si fue empujada. Cualquier disquisición que se haga sin aclararse esa premisa fáctica, tiene base confusa, es anfibológica, impide concretar las modalidades de culpabilidad.

La no clarificación de tal circunstancia es imposible tratar de minimizarla. La respuesta afirmativa en cuanto a responsabilidad del jurado, no convalida la oscuridad del punto de partida, ni tiene efectos retroactivos tendientes a sanear lo anterior, a tornar claro aquello que continúa presentándose confusamente. Es la sentencia la que debe adecuarse a los presupuestos del auto vocatorio, ya que entre otras cosas, lo posterior debe tener como parámetro de comparación, lo preexistente.

Pero si el auto vocatorio carece de por sí de los precitados requisitos de fondo y forma, seguirá siendo anfibológico; una sentencia por el

hecho de ser condenatoria, no tiene tan mágicas virtudes. La aceptación por el jurado de la postura incriminatoria, no es suficiente para darle lucidez a lo confuso.

Por ello, sigo respetuosamente insistiendo en los puntos de vista que he sustentado en el largo debate intelectual que originó esta providencia.

Fecha ut supra.

Lisandro Martínez Z.

ABUSO DE AUTORIDAD

Ante una posible falta a la ética profesional surgida de la intervención de un abogado en el proceso penal, es deber del juez impedir que se consumen esa clase de acciones u omisiones que deterioran la profesión y que destacan una censurable incorporación al proceso penal

2º JUEZ COMISIONADO

Una es la apreciación del juez cuando procede dentro del papel inicial de instructor, sin que haya mediado la intervención del funcionario del conocimiento; otra cuando ya su actuación está subordinada a una comisión de perfeccionamiento del sumario (Con ésta, Aclaración de Voto)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintiséis de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 076, noviembre 18 de 1987.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en auto recurrido en apelación, ha residenciado en juicio criminal al doctor *Carlos Alberto Barrera Duanka,* Juez Doce de Instrucción Criminal (ambulante), para que responda de los delitos de "prevaricato y abuso de autoridad".

Julio 30 de 1987.

Hechos y concreción de cargos:

A Luis Alejandro Vargas Moreno, sindicado con otras personas más, se le venía adelantando proceso por conducta contemplada en el Decreto 1188 de 1974. La instrucción inicial la había asumido el citado juez, quien profirió el respectivo auto de detención preventiva, contra el cual, por dos ocasiones y ante el Juez Promiscuo del Circuito de San Martín, se había intentado infructuosamente su revocatoria. Comisionado el juez Barrera Duanka para el perfeccionamiento de este expediente (autos de 14 y 18 de diciembre de 1985), ocurrió que un hermano del acusado en referencia, el doctor Argemiro Vargas Moreno, presentó poder para sustituir a quien venía actuando como apoderado, el doctor Edisdalberto Murillo Castaño, fechado el 2 de enero de 1986. Este mismo

día, el juez advierte que no se ha presentado el paz y salvo expedido por el abogado objeto de la sustitución y el sustituyente insiste manifestando que los honorarios le han sido cancelados y que se niega a otorgar tal documento. El juez, entonces, en ese mismo día le da posesión. Al día siguiente se presenta un memorial en que se demanda la revocatoria del auto de detención preventiva y el juez niega ser competente para ello invocando los términos del auto comisorio, que no le da facultades tan amplias (resolución enero 4); el 8 de enero, el peticionario reitera su opinión sobre la atribución que tiene el juez para resolver sobre la libertad del incriminado y anuncia que le ha recusado en escrito presentado ante el Director Seccional de Instrucción Criminal. La respuesta (enero 9), ratifica la tesis expresada anteriormente y al día siguiente remite el proceso al juez del conocimiento para que resuelva lo pertinente. Este, en brevísima providencia, rechaza la pretensión (enero 18).

En cuanto a lo del paz y salvo, el Tribunal anota: "...No podía el juez acusado hacer tal exigencia ni demorar por ese motivo la posesión del abogado. No la podía hacer porque la ley no le autoriza para exigir el paz y salvo y esto no es lo que ordena o estatuye el artículo 56 del Decreto 196 de 1971. La demora en la posesión del abogado obviamente puede perjudicar y deteriorar el derecho de defensa que asiste al sindicado. No puede restringírsele ni negársele a éste la libertad de nombrar su defensor o de cambiarlo según su personal criterio, y no puede aceptarse como válida la intervención del juez para impedir la "rapiña" de poderes como ha argumentado el acusado. El juez debe permanecer alejado de las determinaciones de las partes en la elección de apoderados y pago de honorarios. Esos son asuntos ajenos a su competencia, son negocios privados entre terceros que no deben preocupar ni motivar la intervención judicial. Si con motivo de la aceptación de un poder se suscita algún hecho que constituya falta a la ética profesional del abogado y de ello tiene conocimiento el juez, lo máximo que puede hacer es poner el hecho en conocimiento del Tribunal Superior que es la Corporación competente para conocer de esos asuntos, pero no intervenir en la relación profesional de los abogados mediante autos de sustanciación encaminados a prevenir la falta contra la ética profesional. Aunque la finalidad parezca legítima el medio empleado es ilegal y no es justificable.

"El juez se excedió en el ejercicio de sus funciones y cometió acto arbitrario al exigir paz y salvo al abogado como requisito previo para posesionarlo. Ha incurrido en Abuso de Autoridad por acto arbitrario".

Y en relación con la negativa del juez a tramitar la solicitud de revocatoria del auto de detención alegando no tener facultades del comitente, debe anotarse (comenta la misma Corporación), en primer lugar, que sí las tenía, porque no otra cosa es lo que expresa el auto del 18 de diciembre de 1985, donde el juzgado comitente dice que el funcionario comisionado actuará con amplias facultades para la práctica de las diligencias enumeradas en la providencia del 14 de diciembre de 1985 y agrega que tales facultades van también para practicar las diligencias que se desprendan de las anteriores y las peticiones que los apoderados soliciten y sean procedentes.

"Es supremamente explícito el auto comisorio, y su lectura no deja la menor duda de la amplitud de las facultades que tenía el Juez Comisionado. Y aunque no le hubieran otorgado facultades tan amplias, estaba en el deber de tramitar la solicitud, porque el Código de Procedimiento Penal disponía en el artículo 454 que la excarcelación se concederá de oficio o a solicitud de parte en cualquier momento procesal, excepto en el caso previsto en el numeral 5º del artículo anterior.

"El juez acusado rehusó la ejecución de un acto propio de sus funciones. No obstante que el trámite de la solicitud de revocación de la providencia detentiva le fue solicitado reiteradamente por el sindicado y el apoderado del mismo, el juez insistió en no darle trámite manifestando que no tenía facultades para hacerlo.

"Sin embargo, el auto comisorio es perfectamente claro, no permite la duda respecto de las amplias facultades del comisionado, no sólo para practicar diligencias sino para practicar las que se desprendan de las ordenadas y las peticiones que los apoderados soliciten. La sola lectura del auto era suficiente para enterar al comisionado de las facultades que tenía. No se comprende cómo pudo el señor juez acusado manifestar que no estaba facultado para resolver la petición, sin haber leído el auto comisorio para enterarse de la extensión de las facultades. La lectura del auto comisorio como primera condición para efectuar el trabajo que le correspondía cumplir con el expediente era absolutamente necesario. No puede, por consiguiente, alegarse error o culpa en la omisión del juez. No podía estar actuando en el proceso sin leer el auto comisorio donde se le facultó ampliamente. De aquí resulta inaceptable, por no corresponder a la realidad, la afirmación que ha hecho el juez tanto en la indagatoria como en los autos donde negó el trámite de la solicitud en el sentido de no estar autorizado por el juzgado comitente.

"Pero, ya se ha dicho con anterioridad, el Código de Procedimiento Penal establecía la obligación del juez al respecto, cuando habla del estudio de la excarcelación en cualquier estado del proceso, de oficio o a solicitud de parte. Y esa frase: *en cualquier estado del proceso,* quiere decir, y así lo entiende todo el que la lee, que es en cualquier momento, donde quiera que esté el proceso, tenga o no tenga facultades expresas del juez comitente, basta que esté conociendo de él con competencia; suscitado el tema de la excarcelación, y la revocación del auto de detención es uno de los modos de suscitarlo, debe ser resuelto por el juez que en ese momento tenga a su cargo o bajo su responsabilidad el trámite de la actuación. Sobre esto no existe ninguna duda en la práctica judicial y, siendo el juez acusado un veterano funcionario de la instrucción, no puede a estas horas alegar en su favor el desconocimiento de la ley de procedimiento".

La opinión fiscal:

El Procurador Tercero Delegado para lo Penal, solicita la emisión de un sobreseimiento definitivo por estimar la conducta del juez enjuiciado como desprovista de antijuridicidad y culpabilidad. Del supuesto "abuso de autoridad" advierte: "Tal exigencia resulta desmedida en cuanto se apoya en el Decreto 196 de 1971, que estatuye como falta a la

ética profesional por parte del abogado litigante el aceptar la gestión sin que medie renuncia o autorización del anterior apoderado, pero que en modo alguno supedita la efectividad de la revocatoria a la presentación del documento.

"Sin embargo, tal postura por parte del funcionario denunciado no torna ipso-facto delictiva su conducta, si de autos emerge que la acción se halla desprovista de antijuridicidad material y de culpabilidad.

"En efecto, varios son los antecedentes que orientaron la determinación del juez al ordenar la exhibición del paz y salvo antes de reconocer la personería:

"El proceso que instruía en su despacho era en extremo delicado, sugerencias deshonestas para desviar la prueba obtenida en Medicina Legal respecto del alcaloide habían sido recibidas de parte de allegados al sindicado Vargas Moreno, por el secretario del juzgado y por el anterior apoderado, hechos que son motivo de investigación por separado.

"El mismo día de la revocatoria del poder se suscitó en presencia del juez, un incidente de palabra y obra entre el abogado que asistía a Vargas Moreno y su hermano litigante. En el proceso no resulta desconocido que en las varias sustituciones de poder ante el juzgado del conocimiento se pusiera de presente en el memorial de revocatoria, la aportación del certificado de paz y salvo, y que el *a quo* aceptara el relevo teniendo expresamente en cuenta la existencia del documento; al respecto basta observar los folios 202, 206 y 260 del cuaderno anexo número uno.

"Todos estos factores alegados como justificantes de su proceder, son expresados por el funcionario a lo largo de sus intervenciones procesales, siendo en realidad confluyentes en el ánimo del instructor, que si bien es cierto con su determinación ilegal obstaculizó de momento el relevo de personería, dejó entrever en el auto cuestionado que su decisión no era terminante.

"Los hechos sucedidos inmediatamente después nos conceden la razón: enterado el doctor Barrera Duanka acerca de la renuencia del anterior apoderado para expedir el paz y salvo y de la existencia de los problemas y altercados entre los apoderados, que se anticipó a suponer, rectificó su posición, admitió la procedencia de los razonamientos y concedió personería al abogado, ordenando la posesión correspondiente... Es que la actitud del funcionario implicado no lesionó efectivamente a la administración pública; si bien en principio su postura aparece desprovista de soporte legal y por lo tanto excedida e injusta, inmediatamente después rectifica su proceder y admite el cambio de representación".

Del prevaricato, comenta: "...Ahora bien, considera el Ministerio Público que en principio podría pensarse que el juez comisionado ha debido dar trámite no sólo a la solicitud de revocatoria del auto de detención que el 3 de enero presentara en su despacho el abogado Vargas Moreno, sino a la que en igual sentido realizara Edisdalberto Murillo en favor de su asistido el 8 de enero de 1986.

"Sin embargo, el juez ha manifestado que sí se pronunció al respecto en la oportunidad correspondiente, absteniéndose de impartir el trámite de ley a las solicitudes mencionadas por cuanto consideró primordialmente que no se encontraba facultado por el comitente para resolver en tal sentido y que de conformidad a alguna jurisprudencia que citó al efecto, el exceso en la comisión podría afectar de nulidad la actuación.

"En sus intervenciones procesales agrega a lo anterior que no estimó procedentes las peticiones de libertad, ya que en dos ocasiones recientes y sin que existiese fundamento jurídico nuevo o la situación de los procesados hubiera sufrido modificación, el juez del conocimiento se había pronunciado negativamente en autos de 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1985, razón que le impedía sin fundamento y contra la decisión del juzgador al desatar las solicitudes que propendían por entorpecer y dilatar la actuación.

"Examinadas detenidamente las piezas procesales, encuentra el Ministerio Público que en verdad algún fundamento racional pudo tener el doctor Barrera Duanka para no pronunciarse respecto de las solicitudes de libertad. De la lectura de los autos efectivamente puede deducirse que fue comisionado con amplias facultades para la práctica de pruebas específicamente señaladas, para las que se desprendieron de estas y para resolver las peticiones de los apoderados de las partes que, dijo el comitente, desde luego fueran procedentes.

"Ya ha reiterado el juez que no estimó procedentes las solicitudes de revocatoria del auto de detención por cuanto creyó que excedería los límites de la comisión y que el *a quo* recientemente y por dos ocasiones, se había pronunciado al respecto, sin que existiese prueba que modificara tal situación.

"En dos oportunidades insistió el doctor Carlos Barrera en no tener facultades para pronunciarse en cuanto al pedimento de libertad. El 10 de enero, víspera de que el juzgado del conocimiento empezara a laborar, remitió el expediente para la decisión que se encontraba pendiente, registrando ya la actuación copia del memorial de recusación presentado ante la dirección seccional de instrucción criminal por el abogado Vargas Moreno.

"La situación anteriormente descrita encuentra algún eco en la actuación procesal. Ciertamente el 14 de diciembre el juez instructor fue comisionado para la práctica de determinadas pruebas, adicionándose posteriormente el auto para facultarlo para resolver las peticiones de los apoderados de las partes que fueran procedentes. La redacción del auto en verdad pudo determinar en el juez la convicción de que podía rechazar aquello que resultara impertinente, inoportuno o ya decidido (Arts. 38 del Código de Procedimiento Civil y 8º del Código de Procedimiento Penal de la época) y sin fundamento válido para modificarlo, retrasando por lo tanto varios días el expediente en su despacho, hasta tanto el del conocimiento no inició sus labores. El juzgado promiscuo del Circuito, resolvió los pedimentos en forma negativa en cuanto la situación de los sindicados no había variado, siendo además ampliamente comentada en decisión anterior (página 315, cuaderno anexo número dos). Planteada así la situación, debe colegirse que antecedente

y coetáneamente surgieron una serie de circunstancias apropiadas para consolidar en la mente del funcionario la creencia de que debía actuar con excesivo rigorismo, no sólo por la clase de delito que investigaba, las trampas o artimañas que habían intentado realizar para desviar la prueba de la imputación por narcotráfico, sino por los incidentes ocasionados a raíz del cambio del apoderado de Vargas Moreno.

"Por ello pudo considerar que no estaba facultado para resolver pedimentos de libertad y que de hacerlo podría desbordar los límites de la comisión generándose un vicio de nulidad. Las solicitudes en mención fueron estimadas improcedentes y dilatorias, y ya se vio cómo la facultad legal en el auto comisorio estaba sujeta a la procedencia de las peticiones...".

Alegación del señor apoderado:

Del primero de los citados cargos, asevera su atipicidad porque "al haber proferido el acusado auto de sustanciación en virtud del cual se abstuvo de darle posesión al denunciante, Argemiro Vargas Moreno, hasta tanto no presentara el respectivo paz y salvo expedido por el abogado que pretendía reemplazar, tal circunstancia no constituye "acto arbitrario o injusto", puesto que de una parte, contaba con respaldo legal para hacerlo y de otra, no actuó contrario a la ley.

"En efecto, el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, que consagra los deberes, poderes y responsabilidades de los jueces, establece en el numeral 3º, que de 'prevenir, remediar y sancionar por los medios que de este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal'. Norma que atribuye al funcionario la potestad suficiente para utilizar los medios a su alcance, con fines a impedir que se entorpezca la recta administración de justicia y que en cierto modo encuentra desarrollo en algunas normas del Decreto 196 de 1971, que aunque consagra los deberes profesionales del abogado, guarda una relación directa con aquella. Dicho en otros términos, en procura de la *lealtad,* probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, puede el juez perfectamente abstenerse de dar posesión como parte a un abogado sustituto, hasta tanto no aporte o presente el paz y salvo del sustituido. Precisamente, de conformidad con el artículo 56 del Decreto 196 de 1971, constituyen faltas a la *lealtad* profesional, entre otras, 'realizar directamente o por interpuesta persona, y en cualquier forma, gestiones encaminadas a desplazar o a sustituir a un colega en asunto profesional de que éste se haya encargado, y ofrecer o prestar sus servicios a menor precio para impedir que se confiera el encargo a otro abogado' o 'aceptar la gestión profesional a sabiendas de que le fue encomendada a otro abogado, salvo que medie la renuncia o autorización del colega reemplazado, o que se justifique la sustitución'.

"Si bien es cierto que tales normas —Decreto 196 de 1971—, apuntan a los deberes profesionales del abogado, no por ello debe afirmarse que el juez sea completamente ajeno a las relaciones entre los profesionales, ya que al actuar en un proceso determinado, debe el juez controlar y vigilar el comportamiento de los profesionales de derecho, evitando

de esta manera actos de mala fe y desleales. Por consiguiente, al haberse evidenciado en el proceso ciertas irregularidades en relación con los abogados defensores de los sindicados, era lógico que exigiera de parte del denunciante Argemiro Vargas Moreno, la presentación del respectivo paz y salvo expedido por el profesional sustituido, doctor Edisdalberto Murillo C., pues este último venía asistiendo al procesado y además entre ellos se habían suscitado desavenencias y discusiones, al punto de llegar a agredirse físicamente en presencia del juez y en su propio despacho.

"Además, no debe olvidarse, que aún a pesar de presentarse esas irregularidades de conducta entre los abogados, mediante auto de la misma fecha —enero 2 de 1985—, el citado doctor Barrera Duanka ordenó darle posesión; lo que demuestra su buena fe y la ausencia de propósito de perjudicar alguna de las partes en el proceso.

"Igualmente, es indudable que para que tal conducta —abuso de autoridad—, sea típica, es menester que se cause perjuicio a las personas o a las cosas. Puede decirse entonces, que se causó perjuicio alguno al abogado Argemiro Vargas Moreno o a su defendido Luis Alejandro Vargas Moreno? Desde luego que no, puesto que el auto ordenando dársele posesión también fue proferido el mismo día, esto es, el 2 de enero de 1985 y consecuentemente no puede llegar a afirmarse siquiera que se le haya limitado el derecho de defensa...".

Desarrolla también la tesis del error sobre la existencia misma del tipo incriminador y señala "que el procesado actuó en el convencimiento errado e invencible de no cometer acto arbitrario o injusto (abuso de autoridad), al abstenerse de darle posesión al abogado Argemiro Vargas Moreno en el referido sumario; así como también al no darle trámite o curso a la petición de revocatoria de un acto de detención, elevada por el mentado profesional y demás apoderados de los otros acusados ("prevaricato").

Termina este punto, con esta apreciación: "...Basta con observar detenidamente la diligencia de indagatoria, para concluir que efectivamente el sindicado tenía la convicción de que en materia penal al igual de lo que ocurre con la jurisdicción civil, no podía ni debía dársele posesión a un profesional del derecho como parte en un proceso, hasta tanto no presentase el respectivo paz y salvo expedido por el abogado antecesor sustituido. Diligencia en la que reitera una y otra vez la interpretación que le dio al artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el Decreto 196 de 1971; interpretación que se corrobora con las sucesivas actuaciones a lo largo de la investigación; tal era su convicción, que expresamente lo consagró mediante auto de sustanciación, y, no puede llegarse a afirmar que tuviese intención de ocasionarle perjuicio al denunciante en este caso, puesto que de ser así, no habría ordenado el auto posterior, proferido en la misma fecha —enero 2 de 1985—, darle posesión al peticionario. En el auto de proceder se sostiene que se accedió a la petición del profesional del derecho por una llamada telefónica que le hiciera la doctora Rosa Elvira Rangel Rangel, Abogada Asesora de la Procuraduría General de la Nación. Esta apreciación carece de fundamento, porque su testimonio es claro en expresar que en momento alguno llamó telefónicamente al señor juez 12 de Instrucción Criminal para tales efectos".

De la otra situación jurídica dice: "...b) De suerte que habiendo sido comisionado por segunda vez el señor juez 12 de Instrucción Criminal (ambulante), de Villavicencio, doctor Carlos Alberto Barrera Duanka, para la práctica de algunas pruebas, concluyó que conforme a las citadas normas del Código de Procedimiento Penal, no era de su competencia pronunciarse respecto de esa petición .

"c) Era tal la convicción que sobre el particular tenía el funcionario, que no sólo denegó tal petición al denunciante en el presente caso, sino también a los apoderados de los demás sindicados, quienes en similares términos solicitaron la revocatoria del auto detentivo de sus defendidos; y, como en anterior oportunidad decidió rehusar a la petición, ordenó consecuencialmente remitir las sumarias al funcionario de conocimiento para que se pronunciara sobre el particular. Desde luego que real y objetivamente, todo parece indicar que la actitud de los apoderados iba encaminada a dilatar el proceso, puesto que en dos oportunidades y directamente por el funcionario de conocimiento, había sido denegada la revocatoria.

"Equivocada nos parece la asimilación que el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio hace respecto de la providencia que decide sobre la excarcelación de un detenido y la que decide acerca de la revocatoria del auto detentivo...".

Consideraciones de la Sala:

La Sala ha querido abundar en las anteriores transcripciones porque estas diferentes apreciaciones destacan los diferentes enfoques que la cuestión debatida puede representar. Con no pocas de ellas, que califican la conducta del procesado como ajena a la conformación de una entidad delictuosa, podría estar de acuerdo la Sala y representar una explicación cabal, convincente y admisible de lo que sería la interpretación jurídica de los hechos y del comportamiento sometido a análisis.

Tangencialmente aparecerán esos puntos de coincidencia no obstante que para la Sala el problema es más simple de lo que pretende el Tribunal y sus glosadores. Será, pues, muy breve la Sala en el ofrecimiento de razones y en el juicio crítico que le merece la providencia impugnada.

Al respecto, se anota:

1. No deja de ser lamentable que el Tribunal, a pesar del concepto de su colaborador Fiscal y del Magistrado que salvara el voto, tratara de ver delitos en donde el obrar doloso está totalmente ausente y, además, no hay quebranto alguno de norma legal de ninguna especie; lo advertible, a primera vista, es estimar el comportamiento del juez acusado como plenamente ajustado a los requerimientos legales.

La censura que diera origen a este proceso, debió tener como adecuada y única respuesta la exoneración de toda conducta criminosa o irregular o disciplinaria, como lo dedujo acertadamente el doctor Ricardo Martínez Solano, abogado visitador de la Procuraduría Regional de Villavicencio, en su informe de febrero 13 de 1986.

2. *Si el juez Barrera Duanka hubiera persistido en negar la posesión del abogado Vargas Moreno, así éste no hubiera ofrecido explicación alguna sobre su petición de asumir la representación de su hermano, podía hablarse de una conducta delictuosa. Pero, una posible falta a la ética profesional surgida de su intervención en el proceso penal, no es como lo dice el Tribunal, que debe dejar inmutable al funcionario que la advierte y que todo comentario o control de la misma debe mirarse como indebido y sancionable entrometimiento. No; no es labor del juez dejar que se consumen esta clase de acciones u omisiones que deterioran no sólo la profesión sino que destacan una censurable incorporación al desarrollo procesal. Lo menos que debe hacer un juez, y en este caso el juez Barrera Duanka obró correctamente y mucho mejor que quien decide silenciar todo requerimiento, es señalar la posibilidad de un ejercicio profesional forense inadecuado, incompatible con la ética del mismo. Esto es saludable no sólo para volver las cosas a su debido ámbito, sino como eficiente colaboración al togado, para que recapacite sobre su forma de obrar, si es que ha dejado de valorar acertadamente su conducta, por ligereza, o para que de una vez explique la bondad de su proceder e impida la expedición de copias para ser investigado disciplinariamente.*

Una cosa es advertir *la inminencia de una actuación irregular y otra* obligar *a asumir un determinado comportamiento. El juez observó la posible falta a la ética. El abogado persistió en su conducta y ofreció razones aceptables para ella. El juez no se obcecó en su decisión porque no buscada impedir una representación jurídica sino purificar la misma, alejar críticas o verse en situación de tener que promover acción disciplinaria contra el abogado.*

Los casos similares abundan, pero baste considerar sólo el que se refiere a la presentación de un poder que, por actuaciones anteriores, se muestra incompatible con el ejercido precedentemente. El juez de vida cómoda o amigo de buscar el modo de perder a un profesional del derecho, puede guardar silencio y esperar que se cumpla el desafuero para persistir en su reserva mental, con grave deterioro de lo que la ley quiere que sea el mandato penal, o excitar el ejercicio de una acción penal o disciplinaria. Pero el funcionario con conciencia de sus deberes y obligaciones, debe advertir esta posible ocurrencia y diferir, momentáneamente, la posesión. Si el hecho apenas implica una falta disciplinaria, no tendrá más remedio que acceder a la pretensión del abogado, pero si se agrava su incidencia y llega al aspecto penal o a la distorsión del proceso, debe mantener su renuencia a permitir esta degradación profesional o este agravio al trámite.

3. Y el otro tema, es igualmente sencillo. *Como bien se ha dicho, una cosa es la obligación que tiene el funcionario de acompasar los resultados probatorios al mantenimiento o recuperación de la libertad del procesado; y otro bien distinto, es que deba hacerlo a instancias de las partes cuando éstas no procuran una medida de justicia, sino el entorpecimiento de la averiguación. En el primer caso, el juez advierte la perentoriedad de enmendar sus decisiones anteriores, como medida plausible de administrar justicia, y en el segundo lo que observa es que si sucumbe a estas pretensiones, está tolerando que se enerve el cabal cumplimiento de sus funciones. Y la cuestión tiene otros matices que*

hacen imposible asumir una regla general tan simplista y dañina como la que auspicia el criterio del Tribunal, que, para no citar sino dos hipótesis, serían: a) Cuando se procede dentro del papel inicial de instructor, sin que haya mediado la intervención del juez de conocimiento (de sentencia); o cuando ya su actuación está subordinada a una comisión de perfeccionamiento sumarial, que restringe el ámbito de sus atribuciones; y b) Cuando el juez de conocimiento no ha tomado una decisión en particular; o cuando lo ha hecho y luego de esta manifestación de voluntad ordena concluir la instrucción. Indudablemente que en uno y otro eventos, se tiene que asumir apreciación diferente, pues al paso que en aquellos es lícita la variación de las resoluciones tomadas por parte del instructor, en las otras le está vedado. O sea que, cuando la comisión está antecedida de pronunciamiento del juez de pleno conocimiento sobre un determinado aspecto del proceso (v. gr., negativa o concesión de la libertad del proceso; aceptación o rechazo de embargos; inadmisión o reconocimiento de parte civil, etc.), el comisionado puede variar la índole de las resoluciones proferidas si está expresa, específica e indubitablemente autorizado para hacerlo; *en caso contrario, debe abstenerse de toda injerencia al respecto. Si careciendo de esta facultad se le presenta una solicitud de revocatoria de resolución, relacionada con la libertad del procesado o su encarcelamiento, debe remitir aquella, junto con el duplicado, al comitente a efecto de que éste resuelva lo pertinente, si la petición obedece a un cambio sensible y objetivo de la situación probatoria imperante y se muestra ajena a maniobras dilatorias u obstaculizantes.*

En proceso tan delicado como el que afrontaba el juez Barrera Duanka, ciertamente no era lo más aconsejable entrar a considerar la petición de revocación del auto de preventiva detención, sobre la base de un comisionamiento amplio. Lo que los dos autos de comisión pudieron dejar entrever, es que el juez comisionado estaba habilitado para oír a las partes en solicitudes probatorias, aun por fuera de las concretas determinaciones indicadas por el comitente. Pero no es interpretación obvia ni de fácil procedencia, tratar de ver que también comprendía la posibilidad, oficiosamente o por petición de cualquiera de las partes intervinientes en el proceso, de mudar el sentido y alcance del auto de detención preventiva, que, por dos ocasiones había rechazado su reforma el Juez Promiscuo del Circuito de San Martín.

¿Qué habría sido del juez Barrera Duanka, si presentándose situación diferente, esto es, la libertad inicial del incriminado, ratificada en dos ocasiones ante peticiones de una parte civil o del Ministerio Público y con un auto de comisionamiento como el comentado, hubiera oficiosamente o por solicitud de parte, cambiado esa situación y producido la detención de Vargas Moreno? Seguramente habría sido denunciado y sometido a juzgamiento por prevaricato.

El juez tuvo razones atendibles para negar un pronunciamiento sobre la revocatoria del auto de detención preventiva, buscando preservar la voluntad manifiesta de su comitente de mantenerlo (exteriorizada luego en el auto de enero 18 de 1986) y procurando que no se obstaculizase, en proceso tan comprometedor, su labor instructoria. La Sala no ha cesado de apoyar a los jueces que velan en este sentido por la inco-

lumidad de sus atribuciones y por la reducción de los excesos de las partes, que pretenden impedir que se investigue.

Estuvo pues ajustada a derecho la conducta del juez Barrera Duanka, máxime cuando todo revelaba (y el citado auto de enero 18 de 1986, por su concisión destaca la artificiosidad y ningún fundamento de la petición que se dice perjudicialmente rechazada), que el ánimo era recortar el radio de acción del instructor en cuanto a su labor de perfeccionar el sumario, conforme a las indicaciones del comitente.

De otro lado, prestamente dio cuenta al Juez Promiscuo de Circuito para que éste hiciera el pronunciamiento que en ley correspondía y que oportunamente se tomó.

Lo anotado es suficiente para indicar que no hay asomo alguno de comportamiento delictuoso del procesado y que su obrar estuvo de acuerdo con lo que debía hacer, según los mandatos de ley.

Se dará aplicación al artículo 491-1 del Código de Procedimiento Penal anterior.

En consecuencia, oído el concepto Fiscal y aceptado su pedimento, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Revocar el enjuiciamiento proferido contra el Juez 12 de Instrucción Criminal, doctor Carlos Alberto Barrera Duanka, ya indicado en su fecha y origen y en su lugar se le *sobresee definitivamente.*

Se ordena cesar todo procedimiento y la cancelación de la medida de aseguramiento impuesta, decretándose la devolución de la caución prendaria otorgada por aquél.

Archívese este proceso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, con Aclaración de Voto; *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Radicación Nº 2272.

El suscrito se encuentra enteramente de acuerdo en cuanto a la parte resolutiva de esta providencia, ya que estima acertado el que se hubiese revocado el llamamiento a juicio por los delitos de Prevaricato y Abuso de Autoridad contra el juez Carlos Alberto Barrera Duanka.

Ninguna observación tiene que hacer a la parte motiva de la providencia en lo tocante con las razones que fundamentan el sobreseimiento definitivo por abuso de autoridad por haberle exigido paz y salvo a un abogado como requisito para posesionarlo. Pero con el debido respeto, el suscrito estima su deber, hacer algunas puntualizaciones en lo tocante con la parte motiva de los fundamentos del prevaricato por omisión, que había consistido en no darle trámite a la solicitud de revocatoria del auto de detención cuando el expediente se encontraba bajo su cuidado en cumplimiento de una comisión.

Los puntos de vista del suscrito, los resumo así:

1. En lo tocante con el prevaricato por omisión, estimo que aun cuando se configuren los elementos subjetivos del tipo, no hay culpabilidad a título de dolo, ya que el juez procedió en las circunstancias de un error de tipo del artículo 40, numeral 4º del Código Penal.

Las razones por él expuestas para no tramitar la solicitud de revocatoria del auto de detención, fueron producto de una interpretación errónea de la ley.

2. Algunos de los planteamientos expuestos en la providencia objeto de esta aclaración de voto, merecen ser glosados. Esta Corporación en providencia de 23 de julio de 1986 (proceso Nº 782), estudió ampliamente el tema referente con las comisiones, sin plantearlo, pero específicamente se aparta de los criterios jurisprudenciales allí expuestos.

La providencia de 23 de julio, se refería al caso concreto de las comisiones cuando el procesado era un funcionario amparado con fuero; pero en ella se estudió exhaustivamente la institución de las comisiones diferenciándolas en materia civil y penal. Se clarificó que en tratándose de personas sometidas al fuero, el comisionado "carece de atribuciones para decidir sobre la apertura de investigación como también para determinar cuáles de ellas deben ser sometidas a indagatoria y para resolver su situación jurídica; diligencias todas que corresponde resolver al comitente por ser objeto todas de una misma noción". Pero cuando se trata de personas no sometidas a fuero o en este supuesto, cuando ya el juez competente ha abierto la investigación; esto es, "una vez puesto en marcha el proceso no hay argumento valedero para restringir las amplias características de la comisión en materia penal, tan distintas como ya se estudió en la civil para disminuir el flujo y la dinámica de una actuación ya iniciada". Una vez iniciada la investigación, el pro-

ceso adquiere una dinámica natural y el comisionado puede practicar las pruebas y tomar las decisiones que convengan para el desarrollo de la investigación, *salvo que el competente de manera expresa se reserve alguna.* (Subraya el Magistrado aclarante).

3. Pero resulta que algunos de los enfoques que la providencia materia de esta aclaración consigna, concuerdan con lo reseñado. Así se afirma en forma subrayada que "el comisionado puede variar la índole de las resoluciones proferidas si está expresa, específica e indiscutiblemente autorizado para hacerlo, en caso contrario abstenerse de toda injerencia al respecto. Si careciendo de esta facultad se le presenta una solicitud de revocatoria relacionada con la libertad del procesado o su encarcelamiento, debe remitir aquella junto con el duplicado al comitente, a efecto de que éste resuelva lo pertinente si la petición obedece a un cambio sensible y objetivo que se muestra ajena a maniobras dilatorias obstaculisantes".

4. La sola comparación de las dos providencias, muestra un sorpresivo viraje en la institución de las comisiones que el suscrito se ve obligado a no pasar por alto.

La característica penal de las comisiones y del proceso mismo, no permite que se supongan cortapisas a la dinámica procesal. Sólo en casos excepcionales puede el comitente hacer reservaciones expresas bajo su responsabilidad. Aceptar lo manifestado en el auto materia de la observación, equivale a recortar la jurisdicción y demeritar la institución de la comisión.

Como ya se expresó en la providencia de junio 26 de 1986, dentro de la amplia gama de facultades que la ley le da al instructor, el ideal es otorgarle todas las facultades que le permitan establecer la verdad.

5. Los planteamientos hechos en la providencia materia de esta aclaración, estima el suscrito que no encajan dentro del ordenamiento constitucional, de derecho internacional y de derecho procesal, que informa nuestra normatividad democrática. En lugar de facilitar la garantía de un derecho individual inmanente como es la libertad, trata de restringirla.

La libertad es un derecho y no un beneficio; un argumento formalista como el de la carencia de facultad expresa en la comisión no es suficiente para vulnerarla.

Dentro de un derecho democrático, constituye un axioma el sostener que cualquier funcionario incidental o accidentalmente que conozca del proceso debe resolver sobre la libertad del procesado cuando se le solicite.

Cualquier esguince que se le trate de dar a este principio inmanente, atenta contra el exigente latino *"indubio pro libertate"*.

Es más, el comisionado que sin argumento apodíctico alguno se abrogue en la etapa sumarial la facultad de resolver sobre la libertad, merece que su conducta, ella sí, sea analizada detenidamente.

Respetuosamente considero que son inconducentes, peligrosos e innecesarios los argumentos que se han esgrimido para apreciar la conducta de un juez que ha procedido equivocadamente pero con buena fe.

Mucho me preocupan las consecuencias de la parte motiva de esta providencia, ya que su aplicación será vivero de restricciones a las garantías individuales.

6. También es preocupante la reiterada alusión que se hace a las maniobras dilatorias u obstaculizantes para no resolver sobre una libertad. Eso equivale a que valoraciones subjetivas, apriorísticas y extraprocesales recorten el sagrado derecho a la libertad.

El punto de vista refutado equivale simplemente a crear una nueva causal de inaplicación de la ley.

La providencia objeto de esta aclaración, está dándole carta de ciudadanía a lo prohibido por la Ley 153 de 1887, en el artículo 27 de conformidad con el cual "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

Dejo en esta forma expuesta mi profunda inquietud que me lleva a aclarar el voto en la forma expuesta.

Atentamente,

Lisandro Martínez Zúñiga.

Fecha ut supra.

IMPEDIMENTO. COMPETENCIA

El motivo de impedimento previsto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), no se puede alegar en dos fases diversas del proceso: investigación y juzgamiento

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta Nº 076, del 18 de noviembre de 1987.

Vistos:

Resolverá la Corte Suprema de Justicia, la recusación formulada por el abogado defensor del procesado *Alberto Santofimio Botero,* contra la Sala del Tribunal Superior de Bogotá, que conoce de este asunto.

Actuación procesal:

El Juzgado Once Superior de Bogotá, sobreseyó en forma definitiva a los procesados *Simón Bossa López, Ignacio Laguado Moncada, Alberto Rafael Santofimio Botero* y *Luis Emilio Monsalve Arango,* por el presunto delito de Falsedad, providencia cuya consulta se ordenó oportunamente.

Llegado el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, el apoderado del sindicado Santofimio Botero solicitó a la Corporación declararse inhibida para conocer del grado jurisdiccional, por considerar que al entrar en vigencia el nuevo estatuto procesal penal (Decreto 050 de 1987), desaparecía para el caso específico la consulta, y por ello, siendo esta norma más favorable, debía aplicarse de preferencia a la regulación anterior (Decreto 409 de 1971).

A continuación, el mismo apoderado recusó a los integrantes de la Sala Penal de Decisión. Fundamentó el incidente en lo expuesto en el inciso segundo del artículo 535 del Decreto 050 de 1987, el cual prohíbe a los miembros de una misma Sala decidir en segunda instancia, sobre un mismo asunto, las apelaciones o consultas que se surtan en el período del sumario y en el de la causa. Adicionalmente, invocó el numeral 4º del artículo 103 del mismo Decreto, que consagra como causal de impedimento el haber emitido opinión sobre un asunto.

La Sala recusada, en auto del veintidós de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), rechazó la recusación y dispuso el envío del expediente a la Corte.

Consideraciones de la Corte:

En el presente proceso, antes de la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987, ya se encontraba ejecutoriado el auto de cierre de investigación, e incluso, se había proferido ya la calificación del mérito del sumario, con un sobreseimiento definitivo a favor de los acusados. Siendo ello así, debe establecerse que el procedimiento aplicable al caso en estudio lo es el señalado en el Código de Procedimiento Penal anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 677 del nuevo ordenamiento, salvo que se trate de instituciones respecto de las cuales sea procedente su decisión con criterios de favorabilidad.

Ahora bien, carece de sentido la fundamentación que el recusante hace con relación a la causal especial de impedimento consagrada en el inciso segundo del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), porque allí muy claramente se establece que "las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación... se decidirán por la Sala respectiva, la cual quedará impedida para conocer de ese mismo proceso de cualquier providencia en la etapa del juzgamiento". Esto es, que dicho motivo de impedimento no se puede alegar, en dos fases diversas del proceso.

La etapa de investigación, por su parte, no termina más que con la ejecutoria del auto de proceder, o aquél que realiza el control de legalidad, según fuere el caso. En este proceso, sin embargo, ni tan siquiera se ha dictado auto de proceder o resolución de acusación, razón por la cual no puede pensarse que se haya iniciado una fase de juzgamiento; todavía el proceso se encuentra en etapa de investigación, y por ello no puede pretenderse que la Sala del Tribunal que conoció de la segunda instancia en oportunidad anterior esté impedida para conocer de esta nueva determinación, como muy acertadamente lo decidió el Tribunal en su providencia de veintidós (22) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987). Si ello es así, no procede tampoco examinar si la institución consagrada en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal es más favorable a la regulación anterior.

Por otra parte, debe reiterarse que ha sido pacífica doctrina de esta Corporación, que el conocimiento que un funcionario tiene de un asunto sometido a su juicio, o más aún, la opinión que ha emitido acerca de él en razón a sus funciones oficiales, no es motivo válido de recusación o impedimento. Esto es, que las decisiones judiciales no pueden considerarse integradas al concepto de emisión de juicio anterior sobre el asunto que contempla el numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento recientemente en vigencia, y que era así mismo consagrado en el artículo 78 de la legislación anterior.

Sobre este particular, bastaría con insistir en la decisión de esta Corporación de fecha 25 de octubre de 1983, con ponencia del doctor Dante Luis Fiorillo Porras:

> "Como reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte, los actos ejecutados por los jueces y magistrados en cumplimiento de sus deberes oficiales, no pueden constituir, al propio tiempo, motivo de impedimento para intervenir en posteriores actuaciones dentro del mismo asunto, salvo en los eventos contemplados en el numeral

7 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal y, respecto de los correspondientes fiscales, en los contemplados en el numeral 4 *ibídem,* cuando han formulado solicitudes o rendido conceptos u opiniones sobre situaciones que deben decidirse posteriormente y luego, como jueces o magistrados, encuentran pendientes de solución los asuntos materia de sus decisiones".

Carecen entonces, de fundamento los motivos de recusación planteados por el apoderado del acusado Santofimio Botero, y por ello la Corte declarará infundada la misma, y ordenará continuar el trámite del asunto ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Es suficiente lo anterior para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Declarar infundada la recusación presentada por el apoderado del inculpado Alberto Santofimio Botero.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONFESION. PENA

El legislador, al establecer la rebaja de pena por confesión, señala claramente cuándo es ésta posible y bajo qué condiciones. Así excluye las hipótesis delictivas que se hayan realizado en situación de flagrancia

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado Acta Nº 079.

Vistos:

Los procesados *Hernando Antonio Cardona y Luis Angel Trujillo Montenegro,* solicitan el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal, previo reconocimiento de la reducción de pena a que se refiere el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal vigente, por confesión, ya que en su caso se hallan presentes todos los requisitos legales para obtener su excarcelación.

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares ha emitido concepto desfavorable para la excarcelación demandada por cuanto los procesados no son acreedores a la rebaja por confesión que reclaman y porque los certificados últimamente aportados difieren sustancialmente de los primeramente aportados con motivo de similar petición de libertad.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 301 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, establece una importante novedad en el derecho penal colombiano al permitir la rebaja de la pena en una tercera parte en los casos de confesión.

Esta posibilidad de rebaja tiene antigua aplicación en el derecho Penal sustantivo entratándose por ejemplo de los delitos contra el patrimonio económico cuando se restituye el objeto material o su valor y se indemnizaren los perjuicios (374), o en el delito de peculado cuando se hiciere cesar el mal uso, se reparare el daño o reintegrarse lo apropiado, perdido, extraviado o su valor (139) o en los delitos contra la libertad y el pudor sexuales si cualquiera de los autores o partícipes de estos delitos contrajere matrimonio válido (307); pero no había ocurrido lo mismo en el plano procesal salvo en el vigente estatuto a través de la norma que se comenta.

La esencia de la disposición a la que nos referimos, consiste en que el Estado le propone al autor del hecho que facilite la investigación criminal y como contraprestación él le rebaja la pena en una tercera parte.

El interés estatal es entonces poder aligerar las dificultades investigativas que suelen presentarse en el proceso penal cuando la jurisdicción partiendo en ocasiones de cero, debe proceder a individualizar e identificar el autor del hecho y las circunstancias de su realización; por ello invita al autor para que confiese con el aliciente de tan significativa rebaja de la pena. Pero es obvio también que al otorgarla, está reconociendo la postura positiva del procesado al facilitar la investigación, lo cual aconseja un tratamiento punitivo más benigno.

Lógicamente que el legislador al establecer la rebaja señala claramente cuando es ésta posible y bajo qué condiciones, así en cuanto a lo primero excluye las hipótesis delictivas que se hayan realizado en situación de flagrancia; y en relación con lo segundo, exige como condiciones que el procesado confiese el hecho durante su primera versión y que la confesión sea el fundamento de la sentencia.

Es claro que el Estado excluye las hipótesis de flagrancia por cuanto ellas implican un allanamiento en el camino investigativo lo cual hace que no exista interés por parte de la jurisdicción en otorgar la rebaja punitiva.

La noción legal de flagrancia la contempla el Código de Procedimiento Penal en el artículo 393, norma que señala: "Se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundamentalmente (sic) que momentos antes de cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad o cuando por voces de auxilio se pide su captura".

Esta noción legal involucra en un solo concepto los doctrinalmente conocidos de flagrancia y cuasiflagrancia. Lo cual es un avance en la técnica legislativa, dadas las similares consecuencias que se otorgan en la ley procesal a una u otra situación indiscriminadamente.

Debe reconocerse que no ha sido tarea fácil establecer los alcances de tal concepto en la práctica judicial colombiana, por ello nos ocuparemos de precisar algunos de estos aspectos.

Desde el punto de vista puramente literal y gramatical, flagrante es lo que se está ejecutando actualmente, en el mismo sentido se pronuncia Escriche, cuando señala que "flagrante es participio del verbo flagrar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración".

Doctrinariamente se ha pretendido por algunos conceptualizar la flagrancia junto con la captura del partícipe en el hecho, esto es que mientras no exista captura no puede hablarse de flagrancia. Tal opinión parece equivocada en cuanto confunde la causa con el efecto, ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia es posible la captura de

facto del partícipe por cualquier persona sin que sea preciso orden de autoridad competente con el lleno de los requisitos legales, de donde se desprende que no es lógico atar la captura que es una consecuencia de la flagrancia a la flagrancia misma.

En ese sentido la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una y otra situación; así por ejemplo, en tratándose del artículo 301 que comentamos, habla simplemente de flagrancia, al tiempo que al señalar los asuntos cuyo trámite es el procedimiento abreviado, expresamente se refiere a los casos en que el imputado sea capturado en flagrancia (474).

Otros pretenden que sólo existe flagrancia cuando la conducta del delincuente se ubica dentro de un comportamiento sinuoso, escondido, que al ser visto o descubierto genera para él un estado de sorpresa; apoyan su tésis quienes esto sostienen, en la misma expresión legal que habla de que la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, o es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas del mismo.

De este criterio se disiente por cuanto subjetiviza la noción de flagrancia haciéndola depender más del ánimo y de la particular forma de actuar del actor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del fenómeno. Así, si nos atuviésemos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería este un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada impide el surgimiento de la idea de ser sorprendido. Pero además, la prueba incontrastable de que este es como sostenemos nosotros un ejemplo clásico de flagrancia, radica en la hipótesis de que cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia del hecho sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado.

La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en un hecho punible.

Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término, la identificación o por lo menos individualización *del autor del hecho.*

En cuanto al requisito de la actualidad, no importa que se trate de una o varias personas quienes presencien la realización del hecho o que sean las propias víctimas o perjudicados con el delito, lo trascendente es que estén allí en el momento de su ejecución; y en cuanto al requisito de la identificación o por lo menos individualización del par-

tícipe, debe recordarse que la noción de flagrancia es un predicado de la persona partícipe en un hecho punible, siendo por ello indispensable que de tal situación se desprenda con certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Así, si en la misma hipótesis del homicidio en el establecimiento público, si el autor del hecho ha cubierto su cuerpo y su cara en forma tal que es imposible siquiera individualizarlo, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia.

Es claro entonces que la captura del sujeto que actuó en flagrancia es una consecuencia de ello, pero puede ocurrir o no sin que de la aprehensión dependa la calificación como tal.

Del texto legal comentado (301) se desprende que las condiciones para que opere la rebaja, excluidas las hipótesis de flagrancia, las concreta el legislador en la confesión del procesado producida dentro de los siguientes requisitos:

a) Que la confesión se produzca durante su primera versión y,

b) Que la confesión fuere el fundamento de la sentencia.

Estos requisitos deben entenderse dentro del espíritu del artículo 301 en el sentido de que a la jurisdicción le interesa que se le facilite la investigación, que se le obvien los inconvenientes propios de ellas por lo que sólo acepta como trascendente para conceder la rebaja, la confesión hecha durante la primera versión, que para todos los efectos debe entenderse como la primera versión judicial (296), siendo la razón de tal exigencia el allanamiento del camino investigativo que se logra mediante la deposición franca y explícita del procesado aceptando la realización del hecho; que no tendría razón de aceptarse en los casos en que producido todo un debate probatorio y sometido el proceso a intensa controversia, el procesado en una nueva versión confesare el hecho. Por ello aunque la norma no lo dice, hace parte de su entendimiento lógico el que el procesado mantenga su confesión judicial durante el proceso, pues si se retracta genera confusión, atenta contra la lealtad exigida e invalida por ello los efectos buscados de la confesión.

En cuanto al requisito de que la confesión debe ser fundamento de la sentencia, se observa en primer término que el legislador no hace distinción entre la confesión simple y la calificada en la norma que se estudia, lo cual en principio no permite excluir ninguna de ellas, siendo obvio que las hipótesis de confesión simple son las de más opción en el reconocimiento de la rebaja punitiva.

A pesar de que esta norma podría entenderse íntimamente ligada a aquella que regula el proceso abreviado (474) y que sólo admite ese trámite expedito en casos de confesión simple, es indudable que en el ámbito del artículo 301 caben algunos casos de confesión calificada que generen el reconocimiento del atenuante, en cuanto contienen la aceptación de la realización del hecho o de su participación pero, por ejemplo en condiciones de ira (60) o en exceso (30), circunstancias que expresadas así por el procesado pueden ser el fundamento de la sentencia en cuanto son aceptadas plenamente.

Parece ser que las confesiones calificadas que impliquen exclusión de responsabilidad por justificación o inculpabilidad no pueden ser atendidas en cuanto no son fundamentos de la sentencia condenatoria.

De todas formas, sea la confesión simple o calificada, corresponde al juez en cada caso concreto realizar un análisis de la prueba recaudada y estudiar la proyección y trascendencia de la confesión frente a las demás pruebas para definir así si esta es fundamento o no de la sentencia. Así por ejemplo, si en un proceso que se adelanta con reo ausente, habiéndose demostrado probatoriamente la autoría y responsabilidad, la aparición del procesado en la audiencia confesando el hecho no tiene la trascendencia exigida por el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, porque en tal caso la sentencia sería condenatoria con la confesión o sin ella.

En cuanto a la aplicación de esta norma debe decirse que es estrictamente individual en cuanto sus efectos no se comunican a los copartícipes del hecho y que además, se circunscribe únicamente a las personas que actúan en condición de imputables en la realización del hecho punible, pudiéndoseles sancionar con pena; excluyéndose, dada la naturaleza de la norma y sus consecuencias y la naturaleza de las medidas de seguridad su aplicación en caso de sujetos inimputables.

Debe precisarse además, que sucediéndose los requisitos exigidos por el artículo 301, la atenuación puede recaer sobre cualquiera de las formas punitivas principales (41) y sobre las accesorias cuya naturaleza lo admita.

Interesante cuestión plantea la aplicación del artículo 301 en aquellas hipótesis en que se trate de acumulación de causas o fenómenos concursales, en los que la confesión sólo se ha hecho con relación a uno de los delitos involucrados en una sola cuerda procesal; en tales casos, es indudable que la rebaja sólo debe tener significación al interior del delito confesado, sin que ello pueda alterar la regla general del concurso de hechos punibles (26).

Precisados los alcances del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal vigente, debe la Sala, con fundamento en ellos, decidir sobre las peticiones de excarcelación provisional que demandan, por segunda vez, los procesados.

Hernando Antonio Cardona

Respecto de este procesado, la Sala en providencia de 15 de septiembre último, puntualizó:

"En su indagatoria rendida ante el Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar, quiso justificar la presencia de varios elementos de uso privativo de las Fuerzas Militares que fueron encontrados en su residencia durante la diligencia de allanamiento practicada el día 18 de diciembre de 1985, e hizo cargos a terceras personas como las responsables del delito investigado.

En la sentencia de primer grado (folios 1.949 y ss. cuad. Nº 6), proferida por el Comando de la Octava Brigada del Ejército Nacional de fecha 30 de julio de 1986, para declarar la responsabilidad de Cardona como autor del delito previsto en el artículo 202 del Código Penal, se tuvo encuenta no la versión del procesado sino las siguientes pruebas:

a) Diligencia de allanamiento y registro a su residencia.

b) Declaraciones de la señora Luz Marina Londoño de Cardona (su esposa), y Teniente Coronel Germán Palacios Patarroyo.

c) Indagatorias de los suboficiales Luis Fernando Morales Murcia, Edgar Echeverry Viña, Luis Angel Trujillo Montenegro, Luis Arturo Rojas López y de los particulares Jorge Jiménez, Rubiela Sulbarán de Dávila y del sargento segundo Félix Antonio Holguín Franco.

d) Oficio de fecha 21 de diciembre de 1985, suscrito por Francisco Laspalazos Ortiz, y

e) El cheque Nº A03381105 del Banco Mercantil del barrio Restrepo de Bogotá, por valor de $ 350.000, girado por Rubiela S. de Dávila a favor del procesado Cardona.

Quiere decir lo anterior, que la primera versión del peticionario no contiene una confesión de tal magnitud que hubiese facilitado la investigación o que en ella hubiese reconocido la autoría del delito investigado. Por el contrario, se declaró ajeno a la imputación, no obstante haberse enterado por uno de sus compañeros de causa, de la diligencia de allanamiento y de los resultados obtenidos por el funcionario investigador".

Es decir, que la versión de Hernando Antonio Cardona, de modo alguno puede constituir *confesión* y mucho menos de ella puede predicarse que fue sustento de la sentencia, pues, como se dejó consignado anteriormente, fueron múltiples las pruebas que el juzgador de instancia encontró válidas para deducir su autoría y responsabilidad penal como cerebro de la organización formada por los miembros de las Fuerzas Militares comprometidos en el ilícito de comercio de armas y municiones de uso privativo de ellas, circunstancia que el Tribunal Superior Militar ratificó en su fallo de fecha 10 de marzo del presente año.

Por lo anterior y porque Cardona fue hallado en flagrancia, se encuentra excluido del beneficio consagrado en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

Siendo así que la sanción impuesta en las instancias (*cuarenta y ocho (48) meses de prisión*), resulta inmodificable por este concreto aspecto, el beneficio de excarcelación provisional, resulta improcedente como lo apunta el Ministerio Público. El procesado se halla detenido desde el 18 de diciembre de 1985, es decir, ha descontado efectivamente en prisión, *veintitrés (23) meses y trece (13) días*. Por trabajo, solamente pueden ser aceptados los certificados aportados con ocasión de su primera petición de libertad ya que los ahora aducidos al proceso difieren sustancialmente con aquellos, situación que deberá ser clarificada por la autoridad que los expidió. Aquellos, se repite, serán tenidos en cuenta solamente para realizar los cómputos provisionales para la decisión que se adopte, sin perjuicio de ser desechados o aceptados definitivamente, luego de la verificación de su autenticidad. Por ello, Cardona tendría derecho de una rebaja de *cinco (5) meses y diez (10) días*, para un total acumulado de *veintiocho (28) meses y veintitrés (23) días*, muy inferiores a las dos terceras partes de la sanción principal impuesta que equivalen a *treinta y dos (32) meses de prisión*.

Luis Angel Trujillo Montenegro

Si bien es cierto que en su primera versión admitió el suministro de material de uso privativo de las Fuerzas Militares al sargento Cardona, con el fin de "facilitar un cuadre", según términos militares, al mismo tiempo negó conocer el destino final del material de guerra así como su participación en cualquier hecho delictivo.

Por ello, en la sentencia de primer grado su autoría y responsabilidad no se dedujo de su indagatoria, sino de otras pruebas como lo fueron las exposiciones de los suboficiales Luis Fernando Morales Murcia, Luis Arturo Rojas López y del propio Hernando Antonio Cardona, sobre las cuales se edificó el fallo condenatorio por el delito de peculado militar.

En suma, la pena de *cuarenta y ocho (48) meses de prisión* que le fuera impuesta en las instancias, resulta inmodificable ya que Trujillo Montenegro no es acreedor a la reducción de pena a que se refiere el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual, los cómputos que se realicen deberán sujetarse a esta sanción.

El peticionario se halla detenido desde el 18 de diciembre de 1985, es decir, ha descontado efectivamente en prisión *veintitrés (23) meses y trece (13) días*. Por trabajo, solamente pueden aceptarse provisionalmente los certificados inicialmente aportados al proceso en razón a las circunstancias anotadas anteriormente ya que la misma irregularidad se anota en los ahora presentados. Si aquellos le darían derecho a una rebaja de *cuatro (4) meses y nueve (9) días*, acumularía en total *veintisiete (27) meses y veintidós (22) días*, inferiores a las dos terceras partes de la pena impuesta que equivalen a *treinta y dos meses de prisión*, razón por la cual será igualmente negado el beneficio de libertad provisional a este procesado.

En cuanto a las irregularidades anotadas por el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares respecto de los certificados de trabajo aportados por los acusados, se sacará fotocopia auténtica de ellos y se le remitirán a este funcionario para que se proceda a determinar las causas que originaron dicha disparidad en su contenido y si es el caso, promueva las acciones legales correspondientes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y de acuerdo con él, *Niega* a los procesados Hernando Antonio Cardona y Luis Angel Trujillo Montenegro, el beneficio de libertad provisional.

Por la secretaría de la Sala expídanse las copias a que se refiere la parte motiva de esta providencia y remítansele al señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CUESTIONARIO. NULIDAD

No constituye causal de nulidad la omisión en las preguntas a los vocales del término jurídico "empleado oficial", ni del monto del numerario solicitado en la Concusión, delito que es actualmente de "alternativa triple" y que se indica con cualquiera de sus verbos rectores

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 79.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Alberto Riaño Cárdenas,* Sargento Segundo de la Fuerza Aérea Colombiana, contra la sentencia de 27 de enero del presente año, mediante el cual el Tribunal Superior Militar lo condenó a la pena principal de treinta meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de concusión.

Antecedentes:

Los hechos materia de juzgamiento, se encuentran correctamente resumidos en el fallo de primer grado, así:

"El día 5 de julio de 1985 en las dependencias de la Industria Militar, Sección Control Comercio, Armas, Municiones y Explosivos, los señores Luis Alberto Dueñas Triviño y Ezequiel Acosta Varón, se presentaron independientemente a una de las ventanillas con el fin de tramitar el formulario correspondiente en solicitud de comprar armas. Dichos papeles se los entregaron a la persona que atendía, junto con la Libreta Militar, la que les manifestó que esperaran un momento. Tan pronto como se desocupó la ventanilla, la citada persona, que a la postre resultó ser el Sargento Segundo de la Fuerza Aérea Carlos Alberto Riaño Cárdenas, les volvió a llamar diciéndoles que como venía vencida la Libreta Militar, le dieran cada uno la suma de tres mil pesos y se los entregaran en un sobre, para ayudarles en la gestión; siendo así que después de haberle entregado dicho dinero y recibido éste, fue encontrado dentro de la mesa donde se depositan otros documentos, por el señor teniente Luis Angel Pico, persona última que rindió a este despacho el informe respectivo".

Desde el 16 de julio de 1984, el Comando de la Fuerza Aérea Colombiana había dispuesto el traslado de Riaño Cárdenas de la Base Aérea de Madrid al Comando General de las Fuerzas Militares en comisión en la Industria Militar, motivo por el cual el conocimiento del proceso fue avocado por la Ayudantía General de dicho Comando General, la cual convocó el Consejo de Guerra Verbal que juzgó al suboficial, quien resultó condenado mayoritariamente por los vocales como autor de dos delitos de concusión cometidos en concurso. Estos veredictos fueron acogidos y el procesado fue condenado a la pena de 42 meses de prisión. Apelada la sentencia por el defensor, el Tribunal Militar la reformó en el sentido de rebajar la pena a 30 meses, y es este el fallo que ahora se recurre por la vía extraordinaria.

La demanda:

El primer cargo se plantea en los siguientes términos:

"En forma comedida invoco contra la sentencia impugnada la causal primera, numeral primero (sic), prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de la ley sustancial, pues el honorable Tribunal Superior ante la ausencia de absoluta prueba, ha debido declarar contraevidente el veredicto condenatorio y disponer que el juzgado de primera instancia convocara al respectivo Consejo de Guerra Verbal, con arreglo a las normas castrenses en vigencia".

A renglón seguido, emprende la acusación en extenso análisis del acervo probatorio, para concluir que no existe en el proceso "la prueba plena o completa que exige el artículo 215 para condenar".

Al amparo de la causal cuarta, propone dos nulidades:

a) La primera, con apoyo en el artículo 444-1 del Código de Justicia Penal Militar, o sea la incompetencia del juez, pues considera que la comisión del acusado en el Comando General, fue transitoria, ya que pese a haber excedido los 90 días, no fue expresamente prorrogada, como lo exige el Decreto 89 de 1984, de donde se sigue que la competencia era de la Fuerza Aérea, a la cual pertenecía Riaño Cárdenas, y no de la Ayudantía General del mencionado Comando.

b) La segunda, la fundamenta en la mala elaboración de los cuestionarios, acorde con lo dispuesto en el numeral 6º del citado artículo 441 (no obstante habla de nulidad "supralegal", folio 43). Hace consistir el defecto en que en los cuestionarios no se menciona la calidad de empleado oficial del procesado ni la cuantía del dinero objeto de las concusiones, ni tampoco la modalidad de esos delitos, esto es, si fueron cometidos mediante constreñimiento o mediante inducción.

"Con base en lo argumentado, solicito respetuosamente a esa honorable Corporación que la sentencia de casación declare nulo lo actuado a partir del folio 69 del proceso, se reponga la tramitación y, si es del caso, se convoque a un nuevo Consejo Verbal de Guerra, con la participación de otros vocales y por el juez de primera instancia competente", finaliza el censor.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, estima que "debe desecharse el recurso presentado", ya que respecto de la primera causal invocada la jurisprudencia ha repetido que la violación indirecta por errónea valoración de la prueba, no es de recibo en sede de casación.

Y acerca de la causal cuarta, primer motivo, expresa:

"a) De acuerdo a los artículos 104 a 106 del Decreto 89 de 1984, por orden administrativa del Comando General y de los Comandos de Fuerza, los suboficiales pueden ser asignados —en comisiones sin término, esto es, con duración que exceda de los 90 días—, a una unidad o repartición militar o civil, 'para el desempeño de sus funciones dentro de ella', y el sargento segundo Riaño Cárdenas, por orden administrativa del Comando de la Fuerza Aérea, del 16 de julio de 1984, fue asignado al Comando General de las Fuerzas Militares, en comisión en la Industria Militar y en tal calidad se encontraba el 5 de julio de 1985, fecha de la ocurrencia de los sucesos que motivaron este juicio.

"b) En las circunstancias aludidas, conforme los artículos 351 y 367 del Código de Justicia Penal Militar, el competente para conocer de este proceso —en primera instancia—, era el Ayudante General del Comando de las Fuerzas Militares y, por ello, la nulidad, por incompetencia con base en el numeral 1º del artículo 441 del Código mencionado, no tiene fundamento alguno".

En relación con el reparo que el casacionista hace a los cuestionarios, anota que el actor no expuso este cargo por separado, "ni precisó los fundamentos del mismo, y por ello no propuso la pertinente infirmación de la sentencia". Estima que los cuestionarios se ciñen a lo dispuesto en el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar.

Consideraciones de la Corte:

En guarda del conocido principio de prioridad, los cargos serán examinados en el orden lógico y no en el observado por el actor; es decir, que se empezará por los motivos de anulación.

Causal Cuarta:

Primer Cargo: El actor asevera que como su representado era miembro activo de la Fuerza Aérea Colombiana cuando ocurrió el hecho que se le imputa, y, además, la comisión que cumplía en el Comando General de las Fuerzas Militares había superado los 90 días y no había sido prorrogada, "es un hecho incontrovertible que la competencia corresponde a la Fuerza Aérea Colombiana y no a otra entidad".

En realidad, como dijo el sentenciador, la orden administrativa Nº 1-014 del Comando de la Fuerza Aérea no fijó término a la comisión del suboficial Riaño Cárdenas, motivo por el cual impera entender que la misma tuvo el carácter de "permanente", que adquiere la comisión cuando excede de los 90 días, según el artículo 105 del Decreto 89 de 1984, (por el cual se reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares). Ahora bien, el literal c) del artículo 106 ibídem, en

su numeral 3º, limita expresamente a 90 días (o sea comisión "transitoria"), las comisiones dentro del país para los oficiales superiores, al paso que en el numeral siguiente, (4º), se prevén las comisiones dentro del país para oficiales subalternos y suboficiales, sin consagrar término de ninguna especie, siendo entonces obligante entender que se trata aquí de comisiones "permanentes".

No queda ninguna duda, pues, que para el momento de los hechos el acusado era orgánico del Comando General de las Fuerzas Militares, al cual está adscrita la Industria Militar, donde específicamente prestaba sus servicios.

Dice al respecto el artículo 351 del Código de Justicia Penal Militar:

"El Ayudante General del Comando General de las Fuerzas Armadas, conoce en primera instancia de los procesos penales contra los suboficiales del Cuartel General del Comando General de las Fuerzas Armadas".

Por su parte, el artículo 367 de ese mismo estatuto, dice que para determinar quién debe juzgar a los militares al servicio de las Fuerzas Armadas, "no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria"; mas ya ha quedado visto que no revestía tal modalidad la comisión que se otorgó al procesado.

El cotejo entre la situación fáctica anotada y dichos preceptos legales, pone de manifiesto que la Ayudantía General del Comando de las Fuerzas Militares sí era la autoridad competente para juzgar en primera instancia al suboficial Riaño Cárdenas. Por ende, este ataque no prospera.

Segundo Cargo: Consiste en que al no observarse las reglas previstas en el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar para la elaboración de los cuestionarios, se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral 6º del artículo 441 *ibídem*.

Pues bien: Véase qué dice al respecto el citado artículo 559:

"El cuestionario se formula así:

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

En seguida mírese cuál fue la redacción de los dos cuestionarios sometidos en este caso a consideración de los vocales:

"El acusado presente, sargento segundo de la Fuerza Aérea Colombiana en servicio activo, Carlos Alberto Riaño Cárdenas, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable, si o no, de abusar de las funciones relacionadas con la verificación de la documentación requerida para la compra de armas, en la Sección Civiles de la Jefatura de Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos, adscrita al Comando General de las Fuerzas Militares, al solicitar dinero indebido para sí mismo, al particular Ezequiel Acosta Barón (Luis Alberto Due-

ñas Triviño, en el cuestionario Nº 2), para evitar la devolución del formulario de solicitud de compra de un revólver, presentado ante dicha sección, en razón a que su libreta militar no estaba vigente, requisito legalmente exigido para adquirir dicha arma, hecho que sucedió en Bogotá en la mañana del 5 de julio de 1985?" (Folios 315 y 318, paréntesis fuera de texto).

Se advierte fácilmente entonces, que lo que cabe predicar de esos cuestionarios no es su alejamiento de la ley, como lo dice el actor, sino por el contrario, su apego estricto a la misma. En efecto:

1. La expresión "empleado oficial", que echa de menos el casacionista, reviste un contenido nétamente jurídico y en consecuencia su empleo resulta improcedente. En su lugar —y esto es lo correcto—, se identificó al acusado con su cargo y se concretó la función de la cual había abusado: todo se hizo de manera pormenorizada y clara, con el fin de que no quedara a los vocales duda alguna sobre a quién juzgaban y por qué.

2. En relación con el monto del numerario solicitado, es apenas obvio que él no forma parte de la estructura del delito de concusión, ni como elemento ni como circunstancia. Su consideración puede servir para la graduación de la pena según los criterios previstos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, mas esta tarea es del resorte exclusivo del juez de derecho. De suerte que la cuantía en que se vio afectado el patrimonio de las víctimas (recuérdese que la concusión es uno de los delitos que la doctrina denomina pluriofensivos) es un dato procesal cuya inclusión en las preguntas a los vocales deviene instrascendente.

3. El tercer reparo del demandante, se refiere a que no se especificó en los cuestionarios si había existido constreñimiento o inducción, escribiéndose únicamente que "al solicitar dinero indebido".

Olvida el actor que el Código Penal de 1980 en su artículo 140 introdujo al tipo de la concusión un tercer verbo rector, precisamente el "solicitar", no consagrado en su homólogo del estatuto de 1936 (Artículo 156). De esta manera, la conducta concusionaria es ahora "de alternativa triple", por así decirlo, pues no sólo se tipifica por constreñimiento o por inducción (o sea por violencia o por engaño), sino también cuando el empleado oficial, abusando de su cargo o de sus funciones, solicita *a otro "dinero o cualquier otra utilidad indebidos", como dice el citado artículo 140.*

El cargo también debe rechazarse, ya que justamente al suboficial se le imputó el haber solicitado dinero a dos ciudadanos que acudieron a la Industria Militar.

Causal Primera:

Contiene un único cargo, la violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto "la sentencia recurrida se apartó de los elementos de juicio recaudados en el proceso y que demuestran fácticamente la inocencia de mi poderdante, pues al criterio del honorable Tribunal y con el respeto

que se merece esa Corporación, dio como probados los hechos cuando en el diligenciamiento no aparece la prueba plena o completa, o el concurso de varias pruebas incompletas, para sostener el fallo condenatorio".

Sobre una acusación de esa naturaleza, dijo la Sala en casación del 31 de marzo último:

"La Corte, en su más elaborada y reiterada doctrina, ha venido predicando la improcedencia de acudir a la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas en procesos fallados con intervención del Jurado de Conciencia o de Consejos de Guerra, puesto que en ellos el veredicto es el fundamento inmediato de la sentencia y aquél se profiere sin que el Jurado esté obligado a explicarlo ni señalar cuáles elementos de juicio tuvo en cuenta para adoptar su decisión. El Jurado, ha dicho esta Corte, 'hace una valoración conjunta del contenido del proceso, de los motivos de la acusación y de los planteamientos de la defensa y forma su criterio en conciencia. Por eso resulta desatinado afirmar que en un caso dado el Jurado apoyó su respuesta al cuestionario en tal o cual prueba o que no tuvo en cuenta esta o aquella o que incurrió en error de una u otra naturaleza al apreciar determinado elemento de convicción'. (Corte Suprema, sentencia de 15 de febrero de 1973).

"Y se acentúa más esta falla de técnica cuando el censor alude a errores por falso juicio de convicción sobre la estimación de las pruebas, o lo que es lo mismo, a error de derecho en la valoración de los elementos probatorios como los indicios y testimonios, no sometidos a tarifa legal de pruebas, lo cual es inadmisible en casación, porque el juez disfruta de un amplio arbitrio para analizar razonablemente esos medios probatorios, sin que a su juicio de valor pueda oponérsele el personal criterio del demandante para demeritarlo o desconocerlo.

"Conforme a esas orientaciones, de indudable vigencia, es contrario a la técnica del recurso extraordinario, alegar errores de hecho o de derecho, propios de la violación indirecta, en juicios en que interviene el Jurado o el Consejo de Guerra, o tratar de desvirtuar, con meras apreciaciones personales, el juicio de convicción que sobre pruebas no sometidas a tarifa legal, se han formado los numerosos funcionaios judiciales, agentes del Ministerio Público y el propio Consejo de Guerra que disfruta de una mayor autonomía en la valoración de la prueba".

Aparte de lo dicho en la jurisprudencia transcrita, que por antiguo y reiterado debe ser conocido por todo quien se aventure por los predios de la casación, debe recordarse que, de prosperar el cargo por esta vía de la causal primera, la Corte tendría forzosamente que sustituir la sentencia impugnada por la correspondiente de carácter absolutorio, cayendo entonces ella misma en una causal de nulidad, porque estaría dictando el fallo en desacuerdo con las veredicciones y, simultáneamente, usurpando a las instancias la declaratoria de contraevidencia, a ellas reservadas por disposición legal.

Este reproche también debe desestimarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuer-

zas Militares, 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.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

EBRIEDAD. COLISION DE COMPETENCIAS

Para la Corte la circunstancia de que el agente de la policía se embriague durante el cumplimiento de sus funciones oficiales, no le quita al acto delictivo que así realice su conexión con el servicio. La embriaguez dirá entonces, referencia a un problema de imputabilidad o inimputabilidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 79.

Vistos:

Por auto de mayo 2 del año en curso, el Juzgado 83 de Instrucción Penal Militar, sin mayor actuación, remitió las pocas diligencias que conformaban el presente expediente al Juez Promiscuo Municipal de Restrepo, Valle, por competencia, al conceptuar que se trataba "de un hecho ocurrido fuera de actos del servicio y en funciones no inherentes a éste". A su turno, este último funcionario lo devolvió por cuanto "los agentes sí se encontraban de servicio cuando sucedieron los hechos", (auto de mayo 7 de 1987). Así las cosas, por auto de junio 24, el Juzgado 83 dispuso la apertura de investigación y una vez se practicaron varias pruebas, emitió el pronunciamiento de julio 3 de 1987, donde nuevamente dispone la remisión del proceso al ya mencionado Juzgado Promiscuo, por competencia, "ya que la acción de consumir licor aparta ipso facto del auténtico acto del servicio a quien lo estaba prestando, así sea en esas labores camufladas y que deben pasar desapercibidas al común de las gentes, pues su prestación requiere facultades subjetivas de apreciación y evaluación; por eso se denomina en el lenguaje castrense: 'inteligencia' ".

El Juzgado Promiscuo Municipal, al suscitar la colisión de competencia negativa al Juzgado 83 de marras, aseveró: "...revisado cuidadosamente el proceso, se encuentra que el sindicado y los agentes que lo acompañaban, debían simular que ingerían licor, para mezclarse entre la gente y reconocer a una banda de abigeos que opera en esta región, y si revisamos la declaración del capitán Hugo Eliodoro Aguilar Naranjo, vista al folio 23 del cuaderno principal, tenemos que este dice que los secretos tenían que hacer el papel de estar tomando trago; que ya se habían excedido, es responsabilidad especialmente del suboficial que llevaba el mando, y más adelante el mismo oficial dice: 'Deben simular tomando trago, mas no dedicarse a ello como lo hicieron, de llegar al estado de beodez'.

"...La ingestión de bedidas alcohólicas no es abandono del cargo, ni separa al agente de la institución, sino que es una falta disciplinaria que es sancionada con arresto severo o con otras sanciones más fuertes, dependiendo del caso, y la prueba es que el sindicado por tres oportunidades fue sancionado con arresto severo por encontrarse en estado de embriaguez, y continuó con su cargo, por lo tanto la tesis del señor juez 83 de Instrucción Penal Militar no puede ser aceptada, ya que aceptar esto sería como aceptar que la calidad de agente de la policía es un estado transitorio, supeditado a que lleve puesto el uniforme, o al estado anímico en que se encuentre, o que el sacerdote cuando se quita el hábito deja de serlo.

"...Para poder cumplir con el cometido (los agentes) debían al menos pedir algo de licor; otra cosa es que se hayan excedido, ya que sí se encontraban autorizados para ingerir licor...". "...Tomar licor, pero con mesura, y así practicar y cumplir su misión de inteligencia".

Y, el juzgado 83, al ordenar remitir el proceso (auto de julio 30 de 1987) al Juzgado de Primera Instancia, Comando de Policía del Valle, funcionario competente para aceptar o no el conflicto, conceptuó que "no es suficiente la investidura de agente de la Policía Nacional, ni el que cumpla una misión específica para que se configure el fuero especial previsto por el artículo 18 del Decreto 2137 de 1983; es indispensable que el delito haya ocurrido dentro de las circunstancias previstas en dicha norma. Entre el hecho criminoso y las funciones policivas debe existir una relación de causalidad". Cita, también, una jurisprudencia de la Corte del año de 1972, en el sentido de que el delito cometido por personal uniformado en estado de embriaguez "carece de nexo vinculante con el servicio que le fue asignado" y hace que el ilícito no ocurra "con ocasión o por causa del servicio, sino por razón de su incumplimiento".

El Juzgado de Primera Instancia, al aceptar la colisión de competencia negativa, comparte lo conceptuado por el Juzgado 83 de Instrucción Penal Militar y añade que los agentes sólo debían "simular o hacer el papel de estar tomando trago". Si llegaron al estado de beodez, como llegaron, "no eran utilizables para prestar un servicio a nombre del Estado", "...por la falta de discernimiento para actuar". No fue, entonces, el delito cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo. (Decreto 2137 de 1983, artículos 18 y 37).

Breves consideraciones de la Sala:

1. Evidentemente, es la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, según lo dispuesto por el artículo 68-6 del Decreto 050 de 1987, la encargada de dirimir "los conflictos de competencia que se susciten entre funcionarios de la jurisdicción penal ordinaria y los de una especial".

2. A partir del fallo de la Sala Plena (proceso Nº 1325, normas acusadas artículos primero Ley 141/61; 284, Decreto 250/58; y 18 Decreto 2137/83, Magistrados ponentes doctores Manuel Gaona Cruz y Alfonso Reyes Echandía, septiembre 26/85), el criterio sobre alcance del fuero de juzgamiento de la policía ha encontrado un rumbo cierto: sólo se

reconoce, aún durante el Estado de Sitio, para conductas cometidas "con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo". No hay, pues, lugar a discusiones sobre el particular. Y, en rigor, es del caso anotarlo, el Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo, Valle, no ha sostenido opinión contraria, como así lo entendieron tanto el Juzgado 83 de Instrucción Penal Militar, como el Juzgado de Primera Instancia, Comando de Policía del Valle, y por ello hicieron apuntamientos al respecto para contraponerlos al que creían era el criterio del Juzgado Promiscuo. Si, entonces, en verdad sobre tal aspecto están de acuerdo los funcionarios, sobra cualquier otro comentario.

3. Así las cosas, la discusión se centra en que, para el funcionario de la justicia ordinaria, la embriaguez del agente de la policía en la ejecución de sus funciones, momento también de la comisión del evento delictivo, no le quita a éste su conexidad con el servicio, lo que hace que conserve su fuero de juzgamiento; en tanto que, para el funcionario de la Justicia Penal Militar, sucede exactamente todo lo contrario.

4. Considera la Corte pertinente precisar en primer lugar lo siguiente: Los funcionarios aceptan como un hecho demostrado que el agente sindicado se encontraba en avanzado estado de embriaguez cuando el evento ilícito, lo que está reñido con la realidad procesal. En efecto, se echa de menos la prueba técnica que determine el correspondiente grado de embriaguez. Y si se analizan detenida y debidamente los testimonios de quienes departían con el agente sindicado y el vulnerado en el momento aciago (para éste hubo pérdida funcional del órgano de la visión, de carácter permanente, por lesión cerebral occipital derecha), se hallará que ellos se limitan a afirmar que todos se encontraban "con un poco de embriaguez, pero conscientes"; que quienes realizaron la captura, inmediatamente después de acaecidos los hechos aquí investigados, precisaron que no le vieron al heridor síntomas de embriaguez; y lo que es más importante, el mismo incriminado y su víctima aseguraron encontrarse, cada quien y el otro, prácticamente en su sano juicio. Así el asunto, no es en manera alguna atinado dar por suficientemente demostrado el estado calificado de embriaguez del victimario.

5. El evento sub-exámine reviste una peculiaridad extraordinaria como es la de que, para el cumplimiento de la misión encomendada, es decir, para el acto propio del servicio, los uniformados estaban de cierta manera autorizados a ingerir cierta cantidad de licor, "sin excederse", como dice el capitán que se las ordenó.

Si en la ejecución de la misma, exageraron el tono, yéndose un poco más allá de copas —cosa que no está cabalmente demostrada, pero que se acepta en gracia de discusión—, ello no le quita al delito que en tales circunstancias se realizó su conexión con el servicio, como que no puede negarse que él tuvo ocurrencia con ocasión del mismo, y ello es apenas evidente. Lo que también se puede aseverar, para realzar la validez del apuntamiento, es que el hecho no habría sucedido con las peculiaridades propias que lo caracterizan, de no estar los agentes precisamente en el cumplimiento de la 'operación de inteligencia'.

6. Para la Corte la circunstancia de que el agente de la policía se embriague durante el cumplimiento de sus funciones oficiales, no le quita al acto delictivo que así realice, su conexión con el servicio. La

embriaguez dirá, entonces, referencia a un problema de imputabilidad o inimputabilidad del acto delictivo, pero no apuntará a la delimitación del factor competencia, porque la mayor o menor capacidad de entender y de querer la acción ilícita aluden a aquellos fenómenos jurídicos y a la culpabilidad, por consecuencia, pero no a quien es llamado a conocer del hecho punible. Claro que también tendrá sus efectos aquella embriaguez en el campo disciplinario, pero, se reitera, sin incumbencia alguna en el fuero militar que cobija a los agentes de la policía, cuando delinquen con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo.

Todo lo anterior para arribar a la conclusión inequívoca de que la competencia para conocer del presente proceso radica en la justicia penal militar.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1. Asignar al Juzgado de Primera Instancia, Comando de Policía del Valle, la competencia para conocer de este asunto.

2. Para su información, envíese copia de esta providencia al Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo, Valle.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

IMPEDIMENTO

Tanto en el anterior como en el vigente Código de Procedimiento Penal perdura la jurisprudencia reiterada de la Corte, en cuanto que la opinión que imposibilita la posterior actuación del funcionario sea la que emite por fuera del proceso, pero no la que expone en cumplimiento de su deber y en ejercicio de la función que le es propia

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta Nº 079.

Vistos:

El 9 de julio del año en curso, se declaró cerrada la presente investigación, adelantada contra la doctora *Luz Marina Gutiérrez de Silva,* por presuntas actuaciones delictivas suyas cuando se desempeñaba como Juez 46 de Instrucción Criminal. Obtenido el concepto del Ministerio Público (julio 27 de 1987), con solicitud de cesación de procedimiento, en la misma fecha, la apoderada de la parte civil hizo presentación de un memorial, donde consigna lo siguiente:

"...Con todo respeto solicito a la honorable Sala que, de conformidad con lo señalado en el numeral 4 del artículo 103 del nuevo Código de Procedimiento Penal, se declare impedida para entrar a efectuar la calificación y seguir el conocimiento del sumario de la referencia, ya que la Sala en providencia dictada cuando negó la práctica de las pruebas solicitadas, *manifestó* su opinión previamente, a la forma como iba a pronunciarse en el futuro, o sea que prejuzgó, lo cual constituye la causal de impedimento enunciada.

"Como prueba de mis aseveraciones, se halla en autos, la misma providencia dictada por ustedes, donde se produjo la determinación a que estoy haciendo alusión...".

Breves consideraciones de la Sala y Fundamentos de la Determinación del Tribunal

1. Así respondieron los integrantes de la Sala del Tribunal el memorial de la apoderada de la parte civil, cuando resolvieron no declararse impedidos para proseguir en el conocimiento del presente proceso:

"Aunque inconfundibles impedimento y recusación, correspondiendo esta última a las partes, no presentándose de recibo instar al funcionario para que se declare impedido, ya que la vía es la de la recusación, creemos, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, que el cumplimiento de los deberes del cargo a través de los pronunciamientos jurisdiccionales no involucra, para quienes lo han hecho, la motivación que inspira la hipótesis contenida en el numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal vigente, porque la estructuración de este evento requiere que el concepto o la opinión se haya emitido en forma aislada de la propia actividad funcional y no aquel que implica el cumplimiento de una atribución oficial. Por lo demás, la manifestación de encontrarse completa una averiguación penal, en manera alguna comporta aseveración sobre el sentido de la calificación".

2. La determinación del Tribunal consulta lo que desde tiempo atrás ha venido sosteniendo la Corte sobre el particular. Reiterativamente se ha aseverado que no es propio de las partes invitar al juez o magistrado a que se declare impedido, sino recusarlo cuando hubiere lugar a ello.

"...La Corte ha dicho que la ley procesal concede a los funcionarios el derecho de declararse impedidos, así como a las partes el de recusarlos. Pero que no es propio de ellas que formulen invitaciones, como la que aquí se presenta, para que el magistrado se declare impedido, ya que su deber —el de las partes— es el de presentar los motivos que tienen para afirmar que existe alguna de las causales que la ley procedimental enumera como tendientes a lograr el retiro del funcionario del conocimiento del asunto". (Auto, abril 2 de 1979. Magistrado ponente doctor Jesús Bernal Pinzón).

3. La causal de recusación contenida en el artículo 103-4 del actual Código de Procedimiento Penal, bien puede decirse que es idéntica a la consagrada en el artículo 78-4 del Código derogado, pues el único cambio que se aprecia es que en éste se hablaba de "partes", mientras que en el vigente se prefirió emplear en su reemplazo el más apropiado de "sujetos procesales". Así las cosas, la jurisprudencia que ha sentado esta Corporación alrededor de cuál la opinión que ciertamente genera impedimento o recusación, mantiene, de cierta manera, su operancia.

Y evidentemente que la Corte ha abundado sobre el tema, siendo pacífica y reiterada su doctrina en el sentido de que tal opinión no es la que corresponde dar al juez o al fiscal en ejercicio de sus funciones, salvo el evento de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata". (Art. 78-7, Decreto 409 de 1971 y Art. 103-7, Decreto 0050/87), y esto en salvaguardia de la garantía procesal de la doble instancia, para que el funcionario que la profirió no sea el mismo que la revise y pueda quien lo hace, obrar "con absoluta independencia, libre de preconceptos y de vinculaciones con el tema, así sean las que surgen del afecto que se tiene a la propia obra". (Auto, abril 21/80. Magistrado ponente doctor Darío Velásquez Gaviria).

Hoy por hoy existe otra limitante, consagrada en el artículo 535, inciso 2º, que es del siguiente tenor: "...Las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación por delitos cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los tribunales, se decidirán por la Sala respectiva,

la cual quedará impedida para conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia en la etapa del juzgamiento...".

Pero obsérvese cómo el asunto se limita a los Tribunales, *en asuntos de los cuales conocen en* segunda instancia *por la vía de la apelación (o de la consulta, según el inciso final del artículo que se comenta) y cuando el proceso se encuentra en la* fase instructiva *y para impedirles su conocimiento en la* etapa de juzgamiento. *Es entendido, entonces que en todos los otros eventos la opinión manifestada por el funcionario en estricto cumplimiento de sus funciones, mal puede ser elevada a la categoría de prohibitiva para proseguir en el conocimiento del respectivo proceso. Así pues, mientras se esté en la misma etapa procesal (sumario o juicio), el criterio que se plasme en su decurso no inhabilita en manera alguna. Podrá, entonces, el juez de instrucción (hoy funcionario del conocimiento), por vía ejemplificativa, dictar auto inhibitorio y negor su revocatoria, emitir la respectiva medida de aseguramiento, aceptar o rechazar la parte civil, denegar la práctica de pruebas, pronunciarse sobre excarcelaciones y sobre cesación o no de procedimiento, negar la vinculación de otros sindicados, decidir incidentes (peritazgos, avalúos, objeciones, etc.), sin que el criterio que en tales oportunidades y en otras más siente, lo incapacite para continuar conociendo del proceso. Puede, inclusive, proferir resolución de acusación, cesación de procedimiento u ordenar la reapertura de investigación; si estas decisiones las llegare a revocar el Tribunal, por apelación o consulta, no quiere ello decir que el Instructor está impedido para continuar la actuación que le corresponde realizar.*

Igual podrá el juez de plena competencia (superior o circuito), dictar el auto de control de legalidad, negar práctica de pruebas, aceptar o no la parte civil, manifestarse sobre procedencia o no de excarcelación, pronunciarse sobre el cese de procedimiento por causales objetivas de improseguibilidad (Art. 503), sin que desde luego esté impedido para proferir sentencia, como que su obligación es precisamente hacerlo.

En tratándose del Tribunal, no podría haber lugar a recusación o impedimento por la causal de que se trata en aquellos eventos en que conoce pero no por la vía de la apelación o la consulta, tales como colisión de competencias, impedimentos y recusaciones, cambios de radicación y en los mismos casos ya vistos de los jueces de instrucción (auto cabeza de proceso o inhibitorio, negativa de revocatoria de éste, medida de aseguramiento, calificación del sumario, etc., etc.), en aquellos procesos en los que hace la primera instancia. Sobre este último aspecto recuérdese que, "en los procesos por delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Superiores y de los Juzgados Municipales, el mérito del sumario será calificado por la Corporación o Juez Municipal correspondiente". (Art. 467), entendiéndose que ellos no profieren auto de control de legalidad, el que sólo opera para aquellos casos en donde la calificación ha sido realizada por el funcionario de instrucción, o sea los de competencia de los juzgados superiores o del circuito (Art. 486). Es claro entonces que aquellos funcionarios expresarán su criterio, sentarán su opinión de fondo al momento de la calificación, bien profiriendo resolución de acusación, cesación de procedimiento u ordenando la reapertura de la investigación, sin que obviamente tales pronunciamientos comporten inhabilidad para proseguir en el co-

nocimiento del proceso, pudiendo inclusive —y no otra es su obligación legal—, según el caso, dictar la correspondiente sentencia. Es aquí donde más diáfanamente se ve que la jurisprudencia de la Corte alrededor de qué debe entenderse por opinión generante de impedimento o recusación, perdura en su cabal vigencia. Y es que en verdad no podría entenderse que el legislador, al mismo tiempo que les atribuye a tales funcionarios la facultad de asumir las susodichas determinaciones, eleve tal circunstancia a la categoría de causal de impedimento, pues ello sería tanto como asegurar que la ley prohija o establece el absurdo. De ahí que la opinión que imposibilita la posterior actuación del funcionario sea la que emite por fuera del proceso, pero no la que expone —se recalca—, en cumplimiento de su deber y en ejercicio de la función que le es propia.

Así las cosas, si en el caso sub-exámine se trata de proceso del cual conoce el Tribunal en primera instancia, haciendo la Corte la segunda, resulta innegable que escapa por completo a la situación planteada por el artículo 535, incisos 2º y último. Y si de otra parte, "la manifestación de encontrarse completa una averiguación penal en manera alguna comporta aseveración sobre el sentido de la calificación", como atinadamente lo afirma el a quo, *siendo incuestionable, además, que con ello el funcionario está limitado al cumplimiento de su deber, deviene incontrovertible el aserto de que no hay ningún fundamento legal para separar a los magistrados del conocimiento del presente proceso. Es indudable que ni en el anterior ni en el vigente Código de Procedimiento Penal se da la alegada causal de impedimento.*

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Declarar que les asistió razón a los Magistrados Enrique Alford Córdoba, Beatriz Castaño de López y Edilma Celly de Suárez, cuando decidieron no separarse del conocimiento del presente proceso, por no darse la causal contemplada en el artículo 103-4 del Código de Procedimiento Penal, alegada por la representante de la parte civil.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. FUERO MILITAR

Los delitos cometidos por civiles o por militares fuera del servicio, son de competencia de la jurisdicción ordinaria

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 079., diciembre 1º de 1987.

Vistos:

Por corresponder decidir, ya que se trata de colisión suscitada entre funcionarios de la jurisdicción penal ordinaria y una especial (Art. 68, numeral 6º del Código de Procedimiento Penal), debe la Corte definir de plano la de carácter positivo surgida entre el Comando de la Fuerza Naval del Pacífico y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Buenaventura (Valle del Cauca), en torno al conocimiento del proceso por el delito de lesiones personales, contra *Israel Martínez* y otros, entre estos, *Jair Vásquez Hipia,* civil al servicio de las Fuerzas Militares.

Hechos y antecedentes:

En horas de la madrugada del 21 de diciembre de 1986, en proximidades de la caseta de Acción Comunal del barrio Alfonso López Michelsen, de aquella ciudad, en la cual son vecinos los protagonistas de los hechos, se ocasionó una riña resultando heridos Israel Martínez, los hermanos Walter Velásquez y Jair Vásquez, causándose recíprocamente lesiones de consideración.

Por estos hechos se formularon denuncias por los perjudicados, que dieron lugar a investigaciones posteriormente reunidas. Habiendo correspondido el proceso al Juzgado Segundo Penal Municipal de Buenaventura, quien inició primero la investigación, dispuso medida de aseguramiento contra algunos de los procesados, entre ellos Jair Vásquez Hipia, civil al servicio de las Fuerzas Militares, lo cual determinó que enterado de los hechos, el Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, como juez de primera instancia, en relación con el último, promoviera la colisión de competencia positiva, no aceptada por el Juzgado Municipal, razón del envío de las diligencias a esta Corporación para adoptar la decisión pertinente.

Aparece establecido en autos, que Jair Vásquez Hipia es empleado civil de la Armada Nacional y en la fecha de los hechos —diciembre 21 de 1986 entre la una y las seis de la mañana—, en encontraba en fran-

quicia, sin cumplir misión alguna en razón de sus funciones según comunicación oficial que obra en autos, (folio 87).

Se considera:

1º El Comandante de la Fuerza Naval del Pacífico, como juez de primera instancia en relación con el proceso por lesiones personales, respecto a Jair Vásquez Hipia, enterado de la vinculación de éste, solicitó al Juzgado Municipal citado la remisión de las diligencias por competencia, en atención a lo dispuesto en el artículo 108, numeral 2º, en cuanto dispone que la Justicia Penal Militar conoce "...de los delitos establecidos en 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, conflicto armado o turbación del orden público y conmoción interior". Y anota que el país se encuentra en estado de sitio, según el Decreto Nº 1038 de mayo 1º de 1984. En caso de negativa, propone colisión de competencias. (Folio 69).

2º Por su parte, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Buenaventura, que ha venido tramitando las diligencias, rechaza dicha solicitud y acepta la colisión, en auto de 1º de septiembre pasado (folio 106). Expresa para sustentar su decisión, que el delito de lesiones personales imputado a Jair Vásquez, no fue cometido en servicio, ni en ejercicio de sus funciones como empleado civil de la institución militar, como aparece de la comunicación ya mencionada, agregada a los autos, lo cual determina la competencia de la jurisdicción ordinaria.

3º Debe entenderse adecuadamente propuesta la colisión, ya que la autoridad militar que se considera competente, enterada de la existencia del proceso, la propone a quien viene conociendo del mismo.

Como lo anota el Juzgado Municipal, se trata de delito común, sin conexión alguna con el servicio, dadas las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y además, que en el momento en que ocurrieron, el sindicado, si bien dependiente de las Fuerzas Militares, se encontraba en uso de franquicia.

Sin embargo, quien propone la colisión no la refiere a la anterior situación, sino a que los hechos se cometieron en estado de turbación del orden público, visto el precepto indicado, que atribuye el conocimiento a la jurisdicción Penal Militar aunque se trate de delitos comunes, en dicho caso anormalidad o en los otros supuestos indicados.

Al respecto debe anotarse que la Corte en recientes pronunciamientos, se ha referido al carácter restrictivo que tiene el artículo 170 de la Constitución Nacional, al contemplar el fuero para los militares en servicio activo y sólo por delitos imputados en relación con el mismo. En sentencia de Sala Plena de marzo 5 de 1987, se precisó la interpretación mencionada, al decidir la inexequibilidad del Decreto legislativo Nº 3671 de 1986, por el cual se adscribía a la Justicia Penal Militar el conocimiento de infracciones relacionadas con tráfico de estupefacientes (Ley 30/86). Y con base en tal criterio, ha determinado en varios casos que el conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, por resultar extraños a la institución del fuero, dirigida a procurar el juzgamiento de

los militares por tribunales de esta naturaleza, pero únicamente en relación con actos cumplidos en conexión o por causa del servicio.

En reciente providencia de esta Sala, en caso que guarda estrecha similitud con el que es objeto de examen, expresó:

"Competencia castrense. Venía afirmando la Sala, que respecto a los delitos cometidos por militares, aún fuera del servicio propio de *sus funciones, siempre y cuando se encontrare el país en estado de sitio, la competencia para conocer de estos procesos radicaba en la justicia castrense; pero al haberse declarado inconstitucional el Decreto 3671 del 19 de diciembre de 1986, por el cual se asignó la competencia a la justicia penal militar para conocer de los delitos a que se refieren los artículos 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986, por considerarlo violatorio de los artículos 61, 26, 55, 58 y 170 de la Carta Política, impera darle el correspondiente alcance a esta última decisión, lo cual conduce a armonizar en materia penal los criterios relacionados con la fijación de competencia a la justicia castrense".*

En efecto, en la referida sentencia de Sala Plena del 5 de marzo de 1987, entre otros análisis, afirmó:

"Debe agregarse que el artículo 170 de la Constitución Nacional, según el cual los delitos cometidos por los militares en servicio y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código de Justicia Penal Militar", es de aplicación restrictiva, por lo que consagra el llamado "fuero castrense", dentro del estado de sitio, a la población civil sin violar el artículo 26 de la Constitución Nacional".

"Los Tribunales Militares son competentes para juzgar delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el servicio", además, agregó:

"Como ya se dijo atrás que el artículo 170 de esta (de la Constitución Nacional) contempla los tribunales exclusivamente para conocer de las faltas cometidas por militares en servicio y dentro del mismo, en razón de un fuero especialísimo que se explica por la naturaleza de la institución armada".

"En estas condiciones, los delitos cometidos por civiles o por militares fuera del servicio, son competencia de la jurisdicción ordinaria", (autos colisión de competencias, octubre 8 de 1987, Magistrado ponente doctor Martínez Zúñiga; noviembre 18 de 1987, Magistrado ponente doctor Páez Velandia; septiembre 25 de 1987, Magistrado ponente doctor Mantilla Jácome; septiembre 22 de 1987, Magistrado ponente doctor Duque Ruiz).

Conforme a lo anterior y por tratarse de delito común, cometido por empleado al servicio de las Fuerzas Militares y que no queda comprendido por el fuero, debe radicarse la competencia en la justicia ordinaria.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Dirimir la colisión positiva de competencia, entre el Comando de la Fuerza Naval del Pacífico, como juez de primera instancia y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Buenaventura, en el sentido de que corresponde el conocimiento a éste último, por lo cual se le remitirá el proceso.

Envíese copia de esta providencia al Comando de la Fuerza Naval del Pacífico con sede en Buenaventura.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

INEXISTENCIA

Para el Código Procesal anterior necesariamente el auto o sentencia sin fecha, no deberían considerarse inexistentes, no así el acta carente de ese requisito. Esta causal de inexistencia del acta no la reitera el nuevo ordenamiento

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 78, noviembre 24 de 1987.

Vistos:

Decide la Sala, por vía de consulta, sobre la legalidad de la providencia de 10 de septiembre de 1986, proferida por el Tribunal Superior de Riohacha, por medio de la cual la doctora *Janeth Luque Márquez*, Juez Promiscuo Municipal de Fonseca (Guajira), fue sobreseída definitivamente por los delitos de falsedad documental y prevaricato.

Antecedentes:

1. El abogado Gilbert Daza Cuello, formuló denuncia contra la precitada funcionaria, por proferir auto de detención contra Eliécer Carrillo Fernández, su poderdante, como sindicado del delito de hurto y haber fundamentado esta decisión en un acta de inspección judicial irregular.

2. De las pruebas aportadas al proceso, tanto de orden documental como testimonial, se establece: Que en proceso seguido contra Daza Cuello, la funcionaria acusada dictó un auto mediante el cual ordenó la práctica de una inspección judicial sobre pieles de ganado mayor que habían sido decomisadas; tal providencia tenía dos fechas: 16 y 24 de abril de 1985, de otra parte no señaló día y hora para llevar a efecto la diligencia, (folio 5, cuaderno principal).

3. La juez acusada al darse cuenta del error el mismo día en que profirió dicho auto, dictó otro con fecha 16 de abril de 1985, en el cual se ordenó la misma inspección judicial en términos similares que el anterior, señalando las tres de la tarde para la realización de la diligencia; sin embargo, tampoco se determinó el día en que debía celebrarse, (folio 50, cuaderno fotocopias).

4. Al dictarse el nuevo auto, el inicial fue suprimido del expediente, quedando la copia en el cuaderno duplicado que se encontraba en el Tribunal para surtir el recurso de apelación interpuesto contra el auto de detención.

5. Que en la cuestionada medida preventiva al igual que la providencia que negó su reposición, se fundamentaron en el conjunto de pruebas allegadas a la investigación y no exclusivamente en la diligencia de inspección judicial, ya que además, no era la única prueba que obraba en el proceso.

6. El Tribunal Superior de Riohacha al sobreseer definitivamente en la providencia consultada, estimó que por tener el auto adulteradas dos fechas, no podía producir efectos jurídicos y consecuencialmente su corrección "no puede constituir infracción penal".

Para fundamentar este punto de vista, se transcribe una providencia de esta Corte de fecha 5 de agosto de 1980. Según ella "no comete delito de falsedad el juez que dispone corregir la fecha de la providencia cuando se percata que ha sido equivocadamente estampada una que no corresponde a la realidad", ya que no se inmutó la verdad procesal, ni se ocasionó lesión real ni potencial a la fe pública depositada en la veracidad y autenticidad de las decisiones judiciales.

Concepto de la Procuraduría:

En concepto que precede, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita de la Sala se confirme la providencia consultada por considerarla ajustada a la ley.

Afirma que si bien el delito de falsedad descrito en el artículo 218 del Código Penal, es típico, no es antijurídico por cuanto la acción realizada por la juez procesada es inocua al no poner en peligro concreto el bien jurídico de la fe pública, ni haber causado perjuicio. Luego estudia la culpabilidad, para concluir, que la conducta investigada no es dolosa sino resultado de la torpeza de la funcionaria.

Respecto al prevaricato, expresa el Procurador, que es atípica al no ser abiertamente contraria a la ley, pues la inspección judicial cuestionada no fue el único fundamento del auto de detención y por el contrario, este fue consecuencia de una razonada valoración de la prueba allegada al expediente.

Consideraciones de la Corte:

1. *El delito de falsedad. Planteamiento del problema.* Como surge de lo reseñado tanto el Tribunal de instancia como la Procuraduría, están acordes en sostener que la juez indagada debe ser sobreseída definitivamente. Sin embargo, ambos discrepan en cuanto a las razones que fundamentan sus conclusiones.

Desde el punto de vista sustentado por el Tribunal en el caso a estudio, se presentaría lo que se ha dado en llamar un fenómeno de atipicidad por no configurarse elementos normativos del tipo. La conducta no sería antijurídica, por carencia de efectos de lesión al interés jurídico.

En cambio, dentro del planteamiento del Agente del Ministerio Público, se configura el aspecto objetivo de la falsedad, pero se recalca en

cuanto a la culpabilidad no se presenta el dolo. También se esbozan dudas sobre la antijuridicidad material.

2. La atipicidad. *Punto inicial de aclaración es el de determinar si el escrito reemplazado distinguido con dos fechas de 16 y 24 de abril, que ordena una inspección judicial sobre un objeto material, es un verdadero documento.*

Respecto a la exigencia de la fecha en el documento, la doctrina ha asumido una posición alejada de posturas extremas. La siguiente frase de un conocido autor italiano reconoce la tendencia dominante: "Si la ley no requiere explícita o implícitamente la fecha de un documento y cuando la determinación del tiempo en que se formó no es jurídicamente indiferente, tal fijación se puede hacer por cualquier medio de prueba no prohibido por la ley y puede resultar del texto del documento o de las relaciones entre diversos documentos".

Esto es, que por regla general, la fecha no es elemento indispensable del documento, salvo que la exija.

Si se revisan detenidamente tanto el Código de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto 409) vigente para la época de los hechos, como el actual, debe deducirse que su adecuada interpretación está acorde con los postulados enunciados.

En efecto, en nuestro ordenamiento procesal, existen documentos que aun cuando la ley requiere su fecha, su omisión no acarrea necesariamente la inexistencia del documento, ya que la fecha puede establecerse como lo determina el autor italiano.

Así, por ejemplo, tanto el artículo 155 del Código de Procedimiento Penal de 1971, como el 152 del actual, al determinar los requisitos formales de la actuación, se refieren a la fecha. Pero no establecen como sanción, por no determinar la inexistencia.

En cambio, en tratándose de un Acta, el Código de Procedimiento Penal de 1971 (Art. 162), consideraba inexistente aquella en que falte la indicación de la fecha. Esto es, que para el Código de Procedimiento Penal de 1971 vigente para la fecha de autos, no era factor de inexistencia la carencia de fecha en un auto o sentencia; pero sí en un Acta o sea la relación escrita de una diligencia que se está desarrollando ante el juez y secretario.

En otros términos, para el Código Procesal anterior necesariamente el auto o sentencia sin fecha, no deberían considerarse inexistentes, no así el acta carente de ese requisito. (*Art. 162*).

Esta causal de inexistencia del acta no la reitera el nuevo ordenamiento.

Surge de lo anterior que no es exacto, que el anotado problema de fechas, le quitase de por sí validez al auto inicial.

3. *La falsedad ideológica en documento público, delito de daño o de peligro?* Se ha discutido con alguna intensidad, si en el delito de false-

dad ideológica en documento público, es menester que efectivamente se cause una lesión al bien jurídico de la fe pública, sino que basta la aptitud de generarlo. La primera tesis incluía este delito entre los demás y la segunda en los de peligro.

Después de algunas variantes la Corte se ha inclinado por la última tesis "la falsedad documental como lo ha dicho esta Corporación, no es delito de daño, sino de peligro. No se necesita que haya efectivamente lesionado un bien jurídico, sino que basta que cree una amenaza directa contra el mismo". (Providencia de marzo 31 de 1981. Ponente doctor Romero Soto). Además, proveídos de 29 de abril de 1980, ponente doctor Velásquez Gaviria, 25 de noviembre de 1982, ponente doctor Aldana Rozo, mayo 6 de 1986, ponente doctor Martínez Z.).

4. *Los efectos del documento nulo.* La cuestión ha sido debatida doctrinal y jurisprudencialmente. Pero, entre nosotros, esta Corporación sostiene que aún el documento viciado de nulidad puede ser objeto material de falsedad "pues en tanto no sea invalidado puede producir además del daño que entraña a la fe o confianza pública depositada en esta clase de documentos y a su valor probatorio, perjuicio a los intereses públicos por él amparados". (Providencia de abril 29/80 citada).

"El sostener que no se comete delito de falsedad, porque el documento carece de valor, es un argumento que por probar demasiado, nada prueba". (Providencia de mayo 8/86 citada).

La indicativa circunstancia que el Código Penal vigente use reiteradamente la expresión "que pueda servir de prueba para calificar los documentos, (Arts. 118 a 224), significa que a nuestro Código le basta la aptitud probatoria del documento, sin que exija la real capacidad probatoria. (Providencia citada de mayo 6/86).

Esto es, que de las dos tesis que han contenido en el campo doctrinario, sólo las calidades del documento, "aptitud y destinación probatoria" la normatividad vigente se afilió a la primera.

5. *El caso concreto.* Aplicando lo expuesto al caso concreto es menester concluir que el auto reemplazado, sí tuvo las características formales del documento público. Tenía un autor identificable, con las calidades de funcionario público, fue respaldado por el secretario, tiene un contenido texto o tenor, que permitió el impulso procesal, actuó en la diligencia de inspección ocular y sólo se anuló después de haber cumplido tal efecto. Tuvo tanta aptitud como destinación probatoria, y su anulación no destruye estos elementos.

Los signatarios procedieron en ejercicio de sus funciones.

No es apropiado pues, acudir a la figura de la falsedad inocua, o de la conducta atípica para desdibujar la existencia del elemento normativo del tipo.

6. *La culpabilidad.* La manera abierta, sin tapujos, como se sustituyó el escrito inicial, con el conocimiento de la subsistencia de copias en el cuaderno enviado al Superior, la forma clara y sincera como la juez y su secretaria relatan los hechos, hacen que la Sala comparta la afirmación de la Procuraduría de que la funcionaria obró con torpeza,

mas no con dolo. Configúrase pues, una conducta típica, antijurídica, mas no culpable. La conducta es ubicable en la causa de inculpabilidad del artículo 40, numeral 4º, como surge de lo expuesto.

Esta será la razón para configurar el sobreseimiento en lo tocante con el delito de falsedad.

7. *El prevaricato.* La providencia consultada sobresee por falsedad y prevaricato. La verdad es que ninguna referencia se hace en ella a la motivación en torno a este último ilícito.

Pero también lo es, que en anterior proveído del mismo Tribunal (enero 21 de 1986) al resolver la situación jurídica de la indagada, se había estudiado esta incriminación para concluir con razones de hecho y de derecho, su no configuración.

8. La providencia tildada de prevaricadora fue una decisión debidamente motivada; en esta resolución se hizo un análisis "aunque en forma breve", como lo afirma el Procurador, de las pruebas existentes hasta el momento y se remitió a las estudiadas en la providencia impugnada, que no se basaba exclusivamente en la inspección judicial practicada sobre las pieles; en consecuencia, no fue esta diligencia la única prueba para detener, ni menos para revocar la detención preventiva.

9. La decisión objeto de censura por el denunciante, corresponde a las pruebas aportadas al proceso y fue resultado de una razonable valoración; de ahí que no sea posible tenerla como abiertamente contraria a la ley y por ende, se debe concluir, que es atípica.

10. Es legal, en consecuencia, sobreseer definitivamente a la funcionaria acusada, conforme lo hizo el Tribunal Superior de Rioacha, razón por la cual se confirmará la providencia consultada.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia objeto de consulta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

TRANSITO DE LEGISLACION. CESACION DE PROCEDIMIENTO

La Corte, sobre el tema específico del tránsito de legislación y el principio de favorabilidad, ha insistido en el sentido de reconocer la necesidad de darle efecto retroactivo al nuevo Código de Procedimiento Penal, para que, cuando a términos del anterior condujera a un segundo sobreseimiento temporal, se ordene la cesación de procedimiento

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., siete de diciembre de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta Nº 79, diciembre 1º de 1987.

Vistos:

Procede la Corte a pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta a que somete el Tribunal Superior de Cartagena la providencia del 20 de marzo último, mediante la cual dictó segundo sobreseimiento temporal en favor del doctor *Gabriel Pantaleón Narváez Ricardo*, a quien por algunas actuaciones suyas como Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría, con sede en Magangué, denunció criminalmente el Tesorero de esa población, señor Euclides Blanco Salcedo.

Resultados:

1º Los hechos a que se contrae este diligenciamiento sumarial, se pueden sintetizar como sigue:

El Tesorero Municipal de Magangué, quien al parecer había tenido algunas fricciones con el acusado, acudió ante la autoridad judicial de la citada población, a poner en conocimiento de los administradores de justicia que el día 5 de junio del año de 1984, se había acercado hasta su oficina el doctor Narváez Ricardo y le había exigido la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000) para permitirle "trabajar tranquilo". Afirmó el quejoso que el mismo funcionario denunciado le había propuesto como fórmula para obtener el dinero, la realización de una licitación dentro de la cual el empleado municipal constreñido podía acudir a múltiples fraudes que le permitirían la ganancia que habría de parar a los bolsillos del Procurador Seccional.

2º La investigación fue iniciada por el Tribunal Superior de Cartagena, según auto de 4 de octubre de 1984, y la instrucción del sumario

se cumplió por el Juez Séptimo de Instrucción Criminal, radicado en la localidad donde presuntamente se había consumado el ilícito.

3º El Tribunal del conocimiento, por interlocutorio fechado el 26 de febrero de 1986, dictó el primer sobreseimiento de carácter temporal en favor del sujeto vinculado al proceso, en consideración a que "no existiendo en el proceso ninguna otra prueba relacionada con la autoría o responsabilidad del hecho denunciado y no encontrándose consecuencialmente reunidos los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, no es posible calificar las presentes sumarias con un auto vocatorio a juicio. Tampoco se dan los requisitos exigidos por el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal para ordenar un sobreseimiento definitivo; porque si bien es cierto que no se halla demostrada la existencia del hecho denunciado, ni la responsabilidad del sindicado, no lo es menos que tampoco está plenamente comprobado que el mismo no ha existido, ni que el procesado no lo ha cometido".

3º En la etapa de la reapertura de la investigación, obliga destacarlo, el funcionario encargado del cumplimiento de la comsión no actuó con la diligencia que el caso ameritaba, por lo que, lamentablemente, la situación de incertidumbre que en la primera fase de la investigación ensombrecía los autos, continuó en la etapa siguiente surtiendo idénticos efectos frente a la particular situación jurídico-procesal del ex-funcionario vinculado al expediente.

4º Como obvia consecuencia de la precariedad probatoria de que se ha hecho mérito atrás, se produjo nuevamente el cierre de la investigación, cuya calificación jurídica arrojó como coherente resultado un segundo sobreseimiento temporal en favor del acriminado.

5º Descorrido el traslado de ley, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en forma que armoniza perfectamente con los anteriores conceptos del Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena, reconoce que la decisión del cognoscente de primer grado estuvo ajustada a derecho, si se observa cómo no fue posible tampoco en la etapa postrera de la investigación, ni recaudar una prueba seria que permitiera atribuir al ex-funcionario de la Procuraduría un comportamiento lesivo de la Administración Pública; ni menos, acreditar fehacientemente en los autos la indiscutible inocencia del doctor Narváez Ricardo.

Además del comentario que precede, el ilustre representante del Ministerio Público ante esta Corporación, advierte que por respeto al principio de la aplicación de la ley penal más favorable, "es preciso proferir auto de cesación de procedimiento en favor del inculpado funcionario del Ministerio Público, dando finalización definitiva a este proceso".

Se considera brevemente:

En primer término, cabe afirmar que la decisión del Tribunal a quo *de sobreseer por segunda vez en forma temporal al imputado, resultaba determinación imperiosa, toda vez que como lo han hecho notar todos en este debate, la prueba recaudada durante la investigación no permitía ni declarar la responsabilidad criminal del acusado, ni afirmar la absoluta inocencia del mismo.*

Siendo lo anterior un hecho evidente, y habiéndose proferido el auto que es objeto de esta consulta cuando todavía se hallaba en vigor el estatuto procesal recientemente derogado, estaba obligado el Tribunal a obrar como efectivamente obró.

Ahora bien, como quiera que la Sala comparte integralmente los planteamientos del señor Procurador Delegado, sólo basta para finalizar con este breve análisis del tema debatido, con destacar que esta Corporación sobre el tema específico del tránsito de legislación y el principio de favorabilidad, ha insistido en recientes providencias en el sentido de reconocer la necesidad de darle efecto retroactivo al nuevo Código de Procedimiento Penal, por resultar mucho más benéfico a los intereses del incriminado.

Dijo la Corte en providencia del 4 de agosto pasado lo que sigue:

"Además de esta conclusión de índole jurídico-probatoria, que a términos del anterior estatuto conduciría inexorablemente a un segundo sobreseimiento temporal, hacer ver el Procurador Delegado la necesidad de que, en aras de la preservación y vigencia del universal principio de la "favorabilidad de la ley penal", se decrete en este evento la cesación de todo procedimiento, por cuanto el nuevo código en su artículo 473, inciso final, dispone que luego de fenecida la etapa de reapertura de la investigación, el juzgador no tiene alternativa distinta a formular resolución acusatoria (si existe mérito para ello), o disponer la cesación de todo procedimiento en caso de que los elementos de juicio no colmen las exigencias para acusar".

"Efectivamente, el nuevo Código de Procedimiento Penal varía el sistema utilizado por el anterior estatuto procesal que ante las dificultades investigativas dispone un segundo sobreseimiento temporal, con consecuencias favorables al procesado en cuanto a las medidas de aseguramiento (revocación del auto de detención y cancelación de cauciones prestadas), y archivo temporal del expediente, salvo que dentro de los dos años siguientes aparezca prueba que amerite la prosecución de la investigación".

"Ahora bien, como en el caso concreto la Sala coincide con las inquietudes que el Agente del Ministerio Público ha plasmado en su referido concepto, en el sentido de que reconoce que no hay prueba suficiente para llamar a juicio, y que, por otra parte, estima que el evento sub júdice *se ve afectado por el fenómeno de tránsito de legislación adjetiva que impone la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, procederá consecuencialmente a ordenar la cesación de todo procedimiento y el consiguiente archivo del proceso cuyo mérito jurídico es calificado de esta manera". (Auto de Unica Instancia. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome).*

Sobre los precedentes análisis y argumentos lógico-jurídicos, la Sala habrá de revocar la decisión consultada (segundo sobreseimiento temporal), y en su lugar dispondrá la cesación de todo procedimiento y el consiguiente archivo del expediente.

A mérito de lo expuesto y de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Revocar la providencia consultada por el Tribunal Superior de Cartagena, y en su lugar dispone la *cesación de todo procedimiento* dentro de las diligencias sumarias adelantadas contra el doctor Gabriel Pantaleón Narváez Ricardo.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO. Oportunidad

En la etapa sumarial puede disponerse la cesación de procedimiento por cualquiera de las causales que se den —en la legislación anterior no operaba para las llamadas causales de responsabilidad— y, en la etapa del juicio, solamente es posible cesar el procedimiento por causales objetivas

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta Nº 79, diciembre 1º de 1987.

Procede la Corte a desatar el recurso de apelación interpuesto por el querellante señor Rafael Carbonel Carbonel, contra el auto inhibitorio que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira profirió en favor de *Gonzalo Granada Gómez,* Personero Delegado en lo Penal, *Cecilia López Gutiérrez,* Fiscal Primera de los Juzgados de Circuito de Risaralda, y *Ferney Moncada Cano,* Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, quienes fueron denunciados por el delito de prevaricato.

Reseña de los hechos:

Al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pereira correspondió el proceso seguido contra Fernando Pulido Moreno, por el delito de daño en bien ajeno, habiéndose proferido auto de llamamiento a juicio el 29 de agosto de 1986. El apoderado del enjuiciado solicitó al juzgado la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal vigente entonces, el juez corrió traslado al Personero, señor Gonzalo Granada Gómez, quien emitió concepto favorable por considerar que se trataba de un asunto civil; el juez se abstuvo de dar aplicación a dicha disposición por tener vigencia la prueba que sirvió de base para el enjuiciamiento; apelada la providencia, la Fiscal de los Juzgados de Circuito, doctora Cecilia López Gutiérrez, conceptuó favorablemente en extenso escrito a la revocatoria de la providencia, concepto que acogió integralmente el Juez Primero Penal del Circuito de la Perla del Otún, doctor Ferney Moncada Cano, con base en ausencia de culpabilidad en el actuar del procesado.

Como el señor Carbonel estimara que el comportamiento de los funcionarios mencionados era manifiestamente contrario a la ley, pues el procesado había confesado el hecho y el juez penal municipal lo había llamado a responder en juicio, los denunció por el posible delito de prevaricato (Art. 149 del Código Penal). El Tribunal Superior de Pe-

reira profirió auto inhibitorio por estimar que la conducta atribuída a los denunciados no es constitutiva de infracción penal ya que las opiniones y determinación fueron el resultado de un análisis fundado en jurisprudencia y doctrina.

El querellante apeló de tal determinación y sustentó oportuna y adecuadamente el recurso.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita a la Corte revocar la providencia recurrida para que en una nueva etapa de la investigación se aporte, cuando menos, copia íntegra del expediente seguido contra Fernando Pulido Moreno y se tengan los suficientes elementos de convicción para predicar si existió o no transgresión a la ley penal por parte de los acusados pues, para la Procuraduría Delegada, sin la presencia de dicha prueba no es posible "arribar" a la conclusión que plasmó el Tribunal en el auto recurrido.

Se considera:

El proceder de los funcionarios denunciados podría constituir un error frente al desenvolvimiento natural que debe tener un proceso penal tanto en el ordenamiento anterior, en desarrollo del cual ocurrieron los hechos, como en el actual aplicable al caso por ser normatividad de orden público. En efecto, sobre la base de que la expresión "en cualquier estado del proceso" que traía el artículo 163 del ordenamiento anterior, doctrina y jurisprudencia lograron decantar su verdadero alcance y que no es otro que el consignado legalmente en el actual estatuto, (Artículos 34 y 503), esto es, que en la etapa sumarial puede disponerse la cesación del procedimiento por cualquiera de las causales que se den —en la legislación anterior no operaba para las llamadas causales de responsabilidad— y, en la etapa del juicio, solamente es posible cesar el procedimiento por causales objetivas como prescripción de la acción, muerte del procesado o despenalización de la conducta. El debido proceso comprende el desarrollo de formalidades sustanciales, lógicas por lo demás, destinadas a garantizar un juzgamiento legal, por ello no es de recibo que pueda alterarse ese lógico desarrollo procesal así sea con una determinación posiblemente legal. Es el caso, por ejemplo, de que exista cierre de investigación o calificación sumarial: clausurada la investigación, el acto procesal siguiente debe ser necesariamente la calificación, luego es equivocado frustrar ese acto con una providencia que cese el procedimiento por causal de responsabilidad como la de que el hecho no es constitutivo de infracción o el procesado no lo cometió. Podrá, sin embargo, cesarse el procedimiento por cualquiera de las causales objetivas referidas.

Otro tanto ocurre cuando se ha calificado el sumario con llamamiento a juicio o resolución acusatoria ya que no hay razón valedera para frustrar el juzgamiento a menos que se trate de una causal objetiva, pues como lo ha sostenido la Corte, la presencia de una de esas causales "pone fin a la competencia del Magistrado o juez para administrar justicia en el respectivo asunto, no correspondiéndole más fa-

cultad que la de declarar la ocurrencia...". (Auto febrero 20/70, Gaceta Judicial *CXXXIII, página 187).*

Esa es la orientación que la ley de procedimiento ha señalado y no es dado al funcionario desconocerla sin que se quebrante el rito procesal debido. Hay etapas procesales que deben ser agotadas necesariamente, como en el caso presente, donde existía un llamamiento a juicio por el delito de daño en bien ajeno, vale decir, como bien lo afirma el denunciante que existía en el proceso la prueba del hecho y la de la responsabilidad. ¿Por qué no se recurrió tal providencia si se estimó errada? ¿Por qué razón el Personero Delegado no apeló del enjuiciamiento y sí afirma, luego de proferirlo, que se trata de un asunto puramente civil? Indudablemente que el proceder de los funcionarios denunciados dio lugar a desconocer una decisión judicial, a dejarala sin efecto alguno a pesar de no haber sido recurrida ni haber sobrevenido causal objetiva de improseguibilidad, desconociendo la seguridad que debe siempre distinguir a las decisiones judiciales legalmente ejecutoriadas.

No obstante lo consignado anteriormente, la conducta imputada a los funcionarios no es manifiestamente contraria a la ley, pues la aplicable en ese momento (Art. 163), permitía la cesación del procedimiento "en cualquier estado del proceso" y la distinción que se hizo lo fue por vía jurisprudencial no legal, como sí acontece en la legislación vigente. La jurisprudencia no es ley, sino fuente de autorizada interpretación, por lo que su no acatamiento o desconocimiento no puede considerarse ciertamente como acto típico de prevaricato.

De otra parte, la irregularidad que señala la Procuraduría no lo es, puesto que para analizar una actuación no siempre se requiere allegar todo el proceso, basta con la conducente por corresponder al objeto debatido, y es el propio concepto el que destaca que: "El honorable Tribunal Superior de Pereira oyó en ratificación de su denuncia al querellante, tuvo a la vista copia de los autos de detención y vocatorio a juicio, proferidos por el Juzgado Séptimo Penal Municipal, los conceptos fiscales del señor Personero Delegado Penal y del señor Fiscal del Juzgado Primero Penal del Circuito, copias de las providencias de primero y segundo grado, donde finalmente se dispuso la cesación de procedimiento y conoció el certificado de libertad y tradición del inmueble envuelto en litis, en donde aparecen registradas unas mejoras puestas por Rafael Carbonel y Carbonel en predio ajeno". En todas esas determinaciones se consigna la realidad procesal existente de la cual emerge, en últimas, el fundamento de las actuaciones tildadas de prevaricadoras.

En tales condiciones, al reconocer los conceptos y la providencia cuestionados que en el derecho civil (Art. 739), según lo tiene sentado la jurisprudencia especializada, las construcciones en terreno ajeno acceden al dueño del mismo, sólo que deberá indemnizar al propietario de las mismas, quedándole a éste la acción civil correspondiente, no es posible predicar injusticia en dichas actuaciones.

En reciente pronunciamiento ha dicho la Corte: "...Frente a la imputación de prevaricato, no hay obstáculo jurídico para reconocer la ausencia de delito cuando de la investigación preliminar emerge que la determinación reputada como ilegal no es injusta, por ser este un

delito con elemento subjetivo específico en donde la ausencia del mismo comporta necesariamente una circunstancia de atipicidad". (Auto de octubre 16 de 1987. Radicación 2.082).

Habrá que confirmar el proveído apelado, con la aclaración de que lo es no por causal de inculpabilidad, sino de atipicidad (Art. 352 del Código de Procedimiento Penal).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal y en desacuerdo con la Procuraduría,

Resuelve:

Confirmar la providencia recurrida.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.



CONSULTA

Ante las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal, es necesario hacer análisis a su operancia en el tránsito de legislaciones en relación con el principio constitucional y legal de la favorabilidad, que como tal debe ser estrictamente observado

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta Nº 080.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto de 4 de agosto pasado, al resolver petición del apoderado de la procesada y de acuerdo con el concepto de su Fiscal, declaró la cesación de procedimiento por inexistencia de infracción dentro del proceso adelantado contra la Visitadora de la Procuraduría, doctora *Carmen Robles de Solano.* Se originó este último en la denuncia formulada por el Juez Cuarto Superior de Aduanas de Bogotá, doctor Luis Enrique Liévano Liévano, por inexactitudes que consignó la acusada en acta de visita ordinaria practicada a su despacho, en ejercicio de sus funciones y que dieron lugar a formulación de cargos en su contra y fueron objeto de publicaciones.

Cumplido el trámite pertinente, se procede a decidir.

Hechos:

En su denuncia expresó el funcionario mencionado que al practicar visita ordinaria a su oficina, la doctora Carmen Robles de Solano, empleada de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, acto cumplido entre el 20 y el 24 de mayo de 1986, consignó que los procesos números 1.627, 1.762, 1.052 y 1.592 en curso en la oficina, se encontraban al despacho para decisión desde el 16 y el 30 de enero de ese año sin actuación, lo cual consignó en su informe y conclusiones, dando lugar a la formulación de cargos en su contra.

Afirma que tales anotaciones son inexactas porque los procesos números 1.762, 1.052 y 1.592 entraron a su despacho el 30 de abril de 1986, como aparece de las constancias correspondientes. Y en cuanto al sumario número 1.627, si bien pasó para decisión el 24 de enero del año indicado, se produjeron actuaciones en el mismo el 27 siguiente y el 25 de febrero, regresando el 24 de mayo. Cita al respecto a los dependientes del juzgado y anota que la acusada elaboró personalmente el acta y que él no revisó cuidadosamente lo escrito.

Actuación procesal:

Realizadas varias diligencias por el funcionario de instrucción al cual correspondió inicialmente la denuncia, entre estas ratificación del denunciante, agregación de copias relacionadas con la visita y su trámite y la declaración de la visitadora mencionada, pasó el asunto por competencia al Tribunal Superior de este Distrito.

Dicha Corporación, decretó otras actuaciones consistentes en inspección judicial sobre los procesos indicados para las comprobaciones necesarias, declaraciones de los empleados del juzgado, obtuvo copias del proceso disciplinario contra el juez denunciante, ampliación de este y otras, con base en las cuales consideró conveniente la apertura de investigación. Dentro de esta se oyó en indagatoria a la acusada, se interrogó nuevamente al doctor Liévano Liévano y presentada solicitud de cesación de procedimiento por inexistencia de infracción, ya que no hubo dolo por parte de la acusada y por otras consideraciones, se acogió esta petición por el Tribunal de acuerdo con el concepto fiscal, como ya se expresó.

Concepto de la Procuraduría Delegada en lo Penal:

En atención a lo previsto en el último inciso del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, solicita a esta Sala abstenerse de decidir, por cuanto notificado el auto mencionado al Ministerio Público en forma personal y también a la acusada, sin existir parte civil, resulta inadmisible la consulta conforme a la disposición indicada.

Se considera:

1º Si bien la Sala debe concretarse al tema relacionado con la procedencia de la consulta *conforme lo plantea la Procuraduría Delegada, resulta conveniente tratar algunas situaciones que pueden presentarse ante el silencio del Código respecto a dicha materia y, desde luego, a la falta de claridad del artículo 210.*

Recordando, en primer término, que en providencias de esta Corporación de 21 de agosto y 15 de septiembre de este año, con ponencia del Magistrado doctor Saavedra Rojas, se concluyó que pese a que el nuevo ordenamiento procesal nada dijo sobre la consulta, "fue enfático en asegurar el mantenimiento del principio de las instancias para los procesos penales, del cual es una manifestación el grado jurisdiccional de consulta".

"Es apenas obvio —se lee en la última decisión citada—, que si fue el querer del legislador consagrar la consulta y que si ésta es una especie de recurso o alzada automática que opera por la propia determinación de la ley, los funcionarios o corporaciones competentes para conocer de ella, serán los mismos que por disposición de la ley deben conocer de los recursos interpuestos contra las decisiones tomadas por los funcionarios o corporaciones de primera instancia. Se trata entonces de hacer una interpretación sistemática de la codificación procesal, al mismo tiempo que se le interpreta históricamente y teniendo en cuenta, fundamentalmente, la voluntad del legislador, sin que pueda llegar a afirmarse que por aceptar la forma de interpretación, se pueda estar

violando el principio constitucional del debido proceso, de donde deviene el principio de la legalidad del mismo; ni tampoco se está modificando la jurisprudencia de esta Corporación cuando afirma la necesidad de una interpretación restrictiva de las normas procesales que fijan la competencia y jurisdicción, porque con el entendimiento que se ha dado al texto procesal en este caso, se sigue respetando la necesaria preexistencia de la norma procesal y la previa definición de las ritualidades del proceso penal, como un derecho consagrado al ciudadano a quien el Estado le garantiza el conocer previamente las reglas del juego, que no podrían serle modificadas de manera sustancial o en aspectos que vulneren derechos sustanciales a él consagrados".

2º El caso en estudio hace referencia a acusación por falsedad, lo cual significa que la providencia es consultable dado que es de infracción sancionada con pena mayor de cinco (5) años (Art. 219, Código Penal). Sin embargo, la referida norma (Art. 210 del Código de Procedimiento Penal), contempla una excepción al expresar que "no habrá lugar a consulta, en los casos anteriores, cuando la providencia ha sido notificada personalmente al procesado o su defensor, o cuando haya parte civil reconocida".

Conforme a este precepto, la consulta se encuentra restringida a los casos en que el procesado o su defensor, no han tenido conocimiento de la decisión que es desfavorable a los intereses del primero, en forma de poder proponer los recursos pertinentes. Pues, si hubiera sido notificada personalmente a alguno de los dos y no los hubiera interpuesto, se entiende que ha consentido o admitido lo resuelto, sin que en tal forma pueda afirmarse vulnerado o afectado su derecho, siendo por tanto, innecesaria la revisión de la providencia por el superior en el grado de consulta. Reglamentación que se supone dirigida a disminuir los asuntos sometidos al examen de decisión del superior o ad quem, *por la razón de que garantizado en esta forma el derecho de aquel contra quien se dirige la acción penal, sin producirse su reclamo, no se hace necesario nuevo pronunciamiento de la justicia, ya que perseguiría esta misma finalidad.*

En cuanto a la parte civil, la ley no contempla su notificación personal, aunque esta puede efectuarse una vez dictada la providencia y antes de correr el término para notificarla por estado o edicto, según su naturaleza. Surtida en esta forma la notificación ya personalmente o en cualquiera de las otras maneras previstas, una vez corrido el término necesario debe estimarse debidamente enterada de la decisión, pues le corresponde estar atenta a las resultas del proceso en el cual ejercía la acción civil para procurar su indemnización.

Como consecuencia de lo anterior, existiendo parte civil y notificada ésta en cualquiera de las formas expresadas y que contempla la ley, no habrá lugar a la consulta de la decisión favorable al procesado, ya que de este modo quedan suficientemente atendidos sus derechos, y por lo tanto no se le causa agravio o daño al omitirse la consulta, toda vez que cabe deducir que ha prescindido de presentar reclamo o se conforma con lo resuelto.

3º En el proceso materia de examen, la decisión se notificó personalmente a la procesada y al Ministerio Público. La primera carece de

interés jurídico para reclamar por ser aquella conforme a sus intereses y a su petición. Y el Ministerio Público se pronunció favorablemente respecto a la misma.

Debe determinarse para efectos de la conclusión que corresponde adoptar, si dado el directo conocimiento de lo resuelto por el Ministerio Público y visto la inexistencia de parte civil, resulta improcedente la consulta, como se ha planteado.

La norma ya mencionada (Art. 210 del Código de Procedimiento Penal), no hace referencia al Ministerio Público, para determinar que no habrá lugar a la consulta cuando el agente respectivo ha sido notificado personalmente de la decisión. No puede desconocerse, pues así se traduce de todo el ordenamiento constitucional y legal, que el Fiscal, como representante de aquél, actúa en defensa de la ley para su recta aplicación. Sin embargo, no es suficiente su falta de reclamo al conocer personal o directamente la providencia respectiva, lo cual supone su acuerdo o aceptación —en numerosas ocasiones manifestado previamente—, para concluir que no tiene cabida la consulta.

Lo dicho, porque aparece del precepto, que no hace concreta referencia al Fiscal respectivo —se reitera—, como sería necesario, ya que implica una excepción al principio general, así se colige que sólo se elimina la revisión de la providencia respectiva por la vía especial indicada, cuando la parte directamente afectada, habiéndola conocido, se ha abstenido de impugnarla mediante los recursos previstos.

En consecuencia, cuando la parte civil no existe en el proceso, por no haberse constituido, procede la consulta. Corolario que se deduce del texto referido y atendidas las consideraciones expresadas, si bien aquel no resulta de total claridad, por lo cual se hace necesario precisar su alcance.

4º Al tratar lo referente a la consulta ante las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal, es necesario hacer análisis a su operancia en el tránsito de legislaciones en relación con el principio constitucional y legal de la favorabilidad, que como tal debe ser estrictamente observado.

Debe anotarse que por haberse mantenido la consulta en el nuevo procedimiento, como se destacó en anterior consideración de esta providencia y con base en otros pronunciamientos de esta Sala, contemplándose los mismos requisitos establecidos en el anterior Código en cuanto a las providencias consultables conforme a su naturaleza y a la pena imponible por la infracción respectiva, no surge la dificultad en cuanto a este punto.

Puede existir duda en atención a la modificación contemplada en el nuevo estatuto, respecto de la notificación personal al procesado, para hacerla depender de su cumplimiento y en razón del interés jurídico de la parte respectiva (Art. 210 del Código de Procedimiento Penal). Lo dicho, ante lo dispuesto en el artículo 677 del Código vigente, sobre la aplicación del anterior estatuto a los procesos con cierre de investigación al comenzar su vigencia y la incidencia del principio de favorabilidad.

Tal dificultad debe solucionarse en atención al espíritu o carácter de las nuevas normas y al referido principio.

Por tanto si la sentencia fuere absolutoria o auto de cesación de procedimiento, consultables conforme al Código anterior, no será procedente tal revisión por el superior cuando hubiere la parte civil reconocida, por cuanto ésta tiene la oportunidad de proponer impugnación, por ser esta la interpretación más favorable a los intereses del acusado y que implica aplicación inmediata de la nueva norma, con las finalidades que ya se han anotado de reducir los casos sujetos al examen del superior, sin desconocer los derechos de quien puede resultar afectado con la decisión.

Pero si no hubiere parte civil reconocida, es procedente la consulta conforme se expresó en parte anterior de esta providencia.

Y la sentencia condenatoria es consultable cuando lo contemple el anterior estatuto procesal, aunque deba surtirse o efectuarse bajo el nuevo Código. Y en todo caso, en guarda del mencionado principio, deberá revisarse la decisión en tal grado de jurisdicción, si procediere en el nuevo estatuto, no obstante no se contemplara en el anterior, supuesto de difícil aplicación por cuanto, como ya se dijo, se hace referencia a providencias de la misma naturaleza en una y otra legislación y la nueva establece restricción en la forma especificada al anterior principio general.

5º Se demostró la calidad de funcionario de la acusada con los documentos pertinentes, (folios 95 a 98), y su ejercicio del cargo al momento de los hechos, como también se desprende de sus manifestaciones en el proceso (folios 65, 170).

6º El cargo consiste en que la acusada como Visitadora de la Procuraduría, incurrió en falsedad al hacer en el acta de visita, con fuerza legal suficiente, anotaciones que no correspondían a la verdad y que dieron lugar a formular cargos al denunciante como funcionario judicial.

Examinada el acta referida, que obra en copia, como también el informe respectivo, aparece que en estos documentos se consigna que los cuatro procesos indicados, se encontraban al despacho del funcionario el 16 y 30 de enero de 1986, cuando en realidad y según lo verificado posteriormente en inspecciones judiciales sobre los asuntos respectivos y las copias traídas de los folios de las actuaciones aludidas, sólo habían entrado para resolver tres de estos el treinta de abril de ese año y el último con posterioridad a tal fecha (folios 37 y ss., 55, 77, 129 y siguientes, 194, copias proceso disciplinario).

Debe aclararse al respecto que en los expedientes referidos, aparece que recibidos en la oficina en enero pasarían al despacho oportunamente "de conformidad con la gran cantidad de negocios que se encuentran para calificar o tomar otras determinaciones...", según las correspondientes constancias secretariales. Siendo las fechas en que quedaron en la mesa del funcionario para decisión, las que se indicaron en las comprobaciones respectivas y anotadas por el denunciante.

Respecto a lo anterior, expresó el doctor Liévano Liévano, que en atención a la congestión de su despacho por la gran cantidad de asuntos que llegaban para decisión y los que se hallaban para tal efecto, se adoptó dicho sistema dirigido a evitar aquella situación y la formulación de cargos por la vigilancia judicial por tal circunstancia de fuerza mayor, el cual no fue materia de objeción. Es decir, que tres de estos procesos se encontraban pendientes de trámite y en uno de los mismos se cumplió actuación relacionada con expedir copias solicitadas (folio 200), habiendo pasado posteriormente para decisión.

Los empleados del juzgado aluden a tal determinación del funcionario, relacionada con el recargo de la oficina y aplicada en los procesos a los cuales se hace referencia en la acusación.

Examinado estrictamente el punto propuesto, con prescindencia de lo anterior, se observa que dichos procesos pasaron al despacho, no obstante haberse recibido con bastante anterioridad y en razón del recargo de la oficina, no en las fechas indicadas en el acta de visita, sino con posterioridad, aproximadamente tres meses después. Situación que debe examinarse en relación con la infracción que se imputa a la acusada.

7º Esta fue oída en declaración inicialmente y abierta la investigación en indagatoria (folios 65 y 170). Manifestó que había obrado de buena fe, que pudo incurir en error en algunas anotaciones respecto a las actuaciones en determinados procesos, empero en forma alguna con ánimo de causar daño y en cuyas labores, fue auxiliada por dependientes del despacho. Destaca que dejó el acta para revisión y firma del funcionario visitado y la recogió algunos días después ya firmada, sin observaciones y estima que las anotaciones deben tenerse como ciertas, puesto que no observó otras en dichos expedientes.

8º Confrontadas estas explicaciones de la funcionaria procesada, en relación con lo que aparece del proceso y las aseveraciones del denunciante, se concluye que no existe base para proseguir la investigación, por inexistencia de infracción.

El ex-juez doctor Liévano Liévano, afirma que la acusada obró en forma dolosa, al consignar las fechas desde las cuales los expedientes se encontraban al despacho, con la consecuencia de formulación de cargos por la vía disciplinaria surgida por razón del ejercicio de sus funciones en su oficina.

Sin embargo, examinadas tales afirmaciones con base en las pruebas existentes, deben desestimarse. En primer término, como lo anota la misma acusada, se relieva por el Tribunal y el Ministerio Público, el acta una vez escrita en su forma definitiva fue sometida a la consideración y examen del funcionario para su firma y las correcciones necesarias, habiéndola tenido para tal efecto durante un término prudencial, algunos días, lo cual suponía que no obstante el recargo de labores le había permitido revisarla y que en consecuencia, al suscribirla, admitía que no encontraba anotaciones que debieran modificarse. Circunstancia que permite deducir que la funcionaria partió de tal base para sus observaciones y actuaciones posteriores.

Desde otro punto de vista da fundamento a lo afirmado por la indagada el que no resulta probable que hiciera o consignara anotaciones

inexactas a sabiendas y en perjuicio del funcionario, teniendo conocimiento, como no podía ignorarlo, de que tales fechas podían ser fácilmente comprobables con las actuaciones respectivas, con consecuencias desfavorables para ella, la mínima de las cuales sería la de atribuirle descuido en su misión, o denunciarla como en efecto ocurrió.

Por otra parte, visto lo anteriormente expuesto, no cabe atribuir tal inexactitud a una posible enemistad afirmada por el denunciante —rechazada por la acusada—, sin que resulte con demostración suficiente, aparte de que habría surgido por causa nimia como sería la de uso de determinado utensilio o máquina del juzgado, lo cual no es probable por las mismas circunstancias expresadas.

Además, como informa la acusada, se valió para cumplir la misión encomendada de la colaboración de los empleados del juzgado, lo cual ratifica también su inicial afirmación de pretender sólo el cumplimiento de su función.

9º La solicitud de cesación de procedimiento se apoya en la inexistencia de dolo, pues la acusada procedió de buena fe y pudo incurrir en error al escribir las fechas referidas, que abonan su falta de motivo para tal acto, su buena conducta anterior que se encuentra demostrada en autos y que también consignó en el acta aspectos positivos en relación con el despacho visitado.

Si bien en razón de las anotaciones referidas se formularon cargos al juez, con lo cual aquellas produjeron efecto, no obstante su absolución, posterior por el recargo de trabajo y su rendimiento satisfactorio, la solicitud del señor apoderado, apoyada por la Fiscalía, fue aceptada por el Tribunal con razones válidas que comparte la Sala, coincidentes con las anotadas en aparte anterior de esta providencia y que llevan a decretar la cesación de procedimiento, plenamente compatible con el estatuto actualmente vigente (Art. 34 del Código de Procedimiento Penal), dirigido a poner fin a la investigación respectiva, en beneficio del procesado y de la economía procesal, cuando se demuestre la inexistencia de infracción como ocurre en este caso.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal,

Resuelve:

Confirmar la providencia consultada.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

FRAUDE PROCESAL

Consuma el delito de fraude procesal quien con la intención de alcanzar un resultado contrario a derecho, con perjuicio para el interés ajeno, por medios fraudulentos induce en error al funcionario o empleado oficial, con el fin de que se profiera una decisión favorable a sus intereses, llámese ésta, resolución, auto, sentencia o acto administrativo

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 80.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el abogado defensor de *María Arias de Moreno,* contra la sentencia del nueve de abril del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, al confirmar la de primer grado, condenó a su asistida a la pena principal de un año de prisión y las accesorias de rigor como responsable del delito de fraude procesal.

Antecedentes:

El concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, resume con acierto los hechos que originaron el proceso en la siguiente forma:

"...Con base en documentación extrajuicio (prueba testimonial), recepcionada al parecer a solicitud de los esposos *Moreno Arias,* en mayo de 1969 la señora *María Arias de Moreno* registró en la Alcaldía del municipio de Lebrija, a la menor *Martha del Socorro,* como hija suya y de su esposo *Carlos Julio Moreno Palacios,* cuando la niña había sido registrada con anterioridad (1967) por su madre natural *Fidelina Arias Ramírez,* quien desde los 20 días de nacida, la confió al cuidado de su hermana por quebrantos de salud.

"Tiempo después (10 de septiembre de 1982), María Arias de Moreno presentó por medio de apoderado al juicio de sucesión de su esposo, una serie de documentos con el objeto de ser reconocida como cónyuge sobreviviente, y Martha del Socorro como hija legítima del causante, calidad que se pretendió acreditar con el registro civil de nacimiento originado fraudulentamente. El reconocimiento de la vocación hereditaria de la menor, lógicamente desplazaba dentro del proceso a los hermanos legítimos del señor Moreno Palacios.

"El Tribunal Superior de Bucaramanga, en auto del 27 de agosto de 1986, desató el recurso de apelación interpuesto contra la providencia calificatoria de instancia, disponiendo llamar a juicio a la procesada Arias de Moreno por el delito de fraude procesal y decretar la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal en cuanto hace al delito de falsedad documental".

Demanda de casación:

En ejercicio del poder que le confiriera la sentenciada, el recurrente invoca diversos motivos de impugnación contra la sentencia al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

El primer cargo, por violación directa, interpretación errónea del artículo 182 del Código Penal y se hace consistir en que el Tribunal consideró como hecho fraudulento constitutivo del delito el empleo del registro civil de nacimiento, que para el recurrente no es falso porque fue aceptado por la Sala Civil del Tribunal de Bucaramanga para efectuar el reconocimiento de heredera, como hija, de Martha del Socorro Moreno y se incurrió en error, porque se pretende subsumir en dicha norma un hecho que no ha ocurrido en la realidad, pues la Arias de Moreno no indujo en error a los tres Magistrados de la Sala Civil al producir el reconocimiento de heredera de Martha del Socorro Moreno".

Se alega además, que la norma presuntamente violada exige que mediante el empleo de medio fraudulento se busque hacer incurrir a un funcionario en error en una sentencia y que en el caso que se examina, no se profirió sentencia sino un simple auto interlocutorio por el cual se hizo dicho reconocimiento.

El cargo segundo lo hace consistir el casacionista también en violación directa de los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Código Penal.

El artículo 1º que consagra el principio rector de legalidad, lo considera violado porque se condenó a su asistida por un hecho no previsto por la ley penal, como constitutivo de delito, porque en la conducta de la sentenciada no se encuentran reunidos los presupuestos que demanda la norma.

Con idéntico argumento pregona la violación de los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Finalmente, considera el recurrente que la sentencia del Tribunal quebranta de manera directa por falta de aplicación el artículo 80 del Código Penal. Hace consistir el motivo de esta censura, en el hecho de que el Tribunal al hablar de la culpabilidad de la sentenciada, se remite al año de 1969 cuando se elaboró el documento apócrifo y que por tanto el delito de fraude procesal aunque se refiere a hechos posteriores, se halla prescrito, pues el término de la extinción de la acción debe contarse desde la fecha de la elaboración del documento.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, al estudiar la demanda, considera que esta no se ajusta en buena parte a la técnica de este exigente recurso y que además, los cargos formulados carecen

de fundamento. Con tal argumentación, pide a la Corte que no se case el fallo objeto de impugnación.

Conceptúa el señor Procurador que el primer motivo de la causal primera por violación directa del artículo 182 del Código de Procedimiento Penal, se debe rechazar por falta de técnica en la formulación del cargo. Recuerda el Ministerio Público cómo para la prosperidad de un cargo de esta naturaleza, resulta necesario que el demandante acepte en su totalidad los hechos que sirvieron al juzgador para fundamentar su sentencia y que debe enderezar el reproche a demostrar la "sustitución del sentido de la ley". Por eso se equivocó el censor al desconocer como hecho cierto la presentación ante el Juez Civil de un documento apócrifo, para luego alegar interpretación errónea de la norma que, tipifica delito de fraude procesal. Lo anterior expresa la Procuraduría, "...evidencia el distanciamiento del recurrente para con los postulados que rigen la alegación de la causal primera de casación por vía directa y específicamente cuando se invoca la interpretación errónea de una norma sustancial...".

Idéntica es la posición de la Procuraduría en relación con el segundo motivo de impugnación y en estos términos pone en evidencia la falla sustancial de la demanda:

"Los sentenciadores consideraron y evaluaron la conducta de la procesada como constitutiva de un hecho previsto en la ley penal vigente como delito, específicamente contenido en el artículo 182 del Código Penal; por ello, mal puede argumentarse aceptándose como presupuesto de la alegación, los hechos en la forma como fueron expuestos en el fallo, que se violó la ley penal sustancial al aplicarse erróneamente el artículo 1º del Código Penal, aplicación errónea que se limita a enunciar el casacionista y que seguidamente centra en el cuestionamiento respecto de los elementos estructurantes del ilícito que predicó acreditados el Tribunal, aspecto susceptible de impugnación pero por vía diferente a la escogida en el caso presente".

Considera el Ministerio Público, que la objeción formulada sobre la atipicidad de la conducta en cuanto no se profirió por el juez engañado, sentencia como reza la norma, sino un simple auto interlocutorio, es inadmisible, porque este aspecto fue resuelto con anterioridad por la jurisprudencia y puesto "...en conocimiento del recurrente en las instancias donde se expuso reiteradamente...".

El tercer motivo de impugnación, lo rechaza la Procuraduría afirmando que no existe error alguno en cuanto al aspecto de la culpabilidad, para los efectos de la prescripción, porque nítidamente se dedujo culpabilidad a la acusada por los hechos ocurridos en 1982, constitutivos del delito de fraude procesal y no por la falsedad ideológica en documento público, hecho consumado en 1969 y por el cual se declaró la prescripción de la acción penal.

De ahí que concluya el Ministerio Público solicitando a la Corte que se desestime la demanda de casación.

Consideraciones de la Corte:

Diversos comportamientos punibles se observan en el caso objeto de juzgamiento. Por el año de 1969 la señora María Arias de Moreno

recogió a una niña de pocos días de nacida, hija de una hermana suya y con prueba testimonial carente de veracidad, logró la inscripción en el registro civil de dichà niña, haciéndola figuar como hija suya y de su esposo Carlos Julio Moreno. Indudablemente, con este comportamiento consumó el delito de falsedad en documento público, al hacer consignar en un documento genuino hechos o declaraciones falsas. Este comportamiento punible, no fue objeto de juzgamiento, porque para la fecha en que el hecho se puso en evidencia, ya había prescrito la acción penal.

Muchos años después, al morir su esposo, la señora Arias de Moreno intervino dentro del proceso de sucesión en su calidad de cónyuge sobreviviente y solicitó el reconocimiento de Martha del Socorro a quien hizo aparecer como hija del causante, haciendo valer como prueba el registro de nacimiento espúreo.

Los funcionarios de la rama civil, con apoyo en la presunción de autenticidad y veracidad que conllevan los documentos públicos, reconocieron a Martha del Socorro como hija con derecho hereditario, en perjuicio de los hermanos del causante que fueron desalojados del proceso de sucesión.

El Tribunal Superior en la sentencia impugnada, condenó por esta segunda conducta a la señora Arias de Moreno como responsable de un delito de fraude procesal, comportamiento de mera conducta que se configura al inducir en error por cualquier medio fraudulento a un empleado oficial, para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

La demanda de casación pretende demostrar, que la conducta imputada a la acusada no se subsume dentro del tipo penal de fraude procesal y que la acción penal, por la época en que se profirió la sentencia, se había extinguido por el transcurso del tiempo.

Analizados los motivos de impugnación contenidos y sustentados deficientemente en la demanda, es fácil concluir que el recurso de casación propuesto no puede prosperar, porque el recurrente en buena parte incurre en insubsanables errores de técnica en la presentación de los cargos que en manera alguna han sido demostrados.

El censor, para sostener la violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 182 del Código Penal sobre fraude procesal apenas ensaya una crítica al criterio valorativo de la prueba aceptada por el Tribunal para dar por establecido el hecho punible, desconociendo los hechos y sobre todo, negando el empleo de documento falso por parte de la procesada. En otras palabras, alega violación directa de la ley, por interpretación errónea y falta de aplicación del precepto legal sustancial, pero al mismo tiempo desconoce los hechos y critica la valoración de las pruebas en las cuales fundamenta el Tribunal la sentencia.

Es sabido que cuando el recurso de casación se formula invocando la causal primera de casación por violación directa, no ha de tenerse en cuenta para nada el aspecto fáctico o probatorio del proceso, porque el recurrente debe aceptar los hechos como correctamente plasmados en el proceso y el material probatorio bien estimado o valorado; en esta

forma la impugnación debe recaer única y exclusivamente sobre la norma sustancial o proposición jurídica completa ya sea porque se considere que dejó de aplicarse, se aplicó indebidamente o se interpretó erróneamente.

Proceder en forma diferente, es desconocer los requisitos de técnica de la demanda que no son otra cosa que exigencias de carácter jurisprudencial o doctrinario que han de tenerse en cuenta al alegar cada causal, para no incurrir en incongruencias que lleven a la Corte a desechar el recurso.

En manifiesto error de técnica incurre el casacionista al invocar violación directa de la ley por errada interpretación del artículo 182 del Código Penal y sustentar la valoración que de la prueba hizo el Tribunal para calificar de falso o apócrifo el documento público empleado por la acusada para obtener el reconocimiento como heredera dentro del proceso civil de su presunta hija.

Es ostensible entonces que queriendo el censor hacer un planteamiento por violación directa de la ley, concluye haciendo críticas y ponderaciones de carácter probatorio, desplazando la impugnación hacia la violación indirecta por falso juicio de valoración de la prueba, cayendo de este modo en error sustancial que no puede corregir la Corte y que hace que se desestime este motivo de impugnación.

No prospera el cargo.

II. Acertadamente desde el punto de vista de la técnica, pero sin fundamento jurídico valedero, el censor impugna la aplicación del artículo 182 del Código Penal (fraude procesal), cuando afirma que el hecho punible no se configura, porque la actividad fraudulenta de la procesada llevó a proferir un auto interlocutorio y no una sentencia como lo exige la aludida.

Es verdad que el fraude procesal consiste en inducir por cualquier medio fraudulento en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

Pero el hecho de que el juez inducido en error emita un auto interlocutorio en lugar de una sentencia, por exigirlo así la ritualidad del proceso, en nada desdibuja la existencia del comportamiento punible, porque:

a) El fraude procesal es un delito de mera conducta, que se considera perfecto o agotado cuando se realiza el comportamiento descrito en el verbo rector que es en este caso inducir *y no obtener. De manera que si se deforma la realidad procesal y se induce en error al juez, el delito ha nacido en forma plena a la vida jurídica siendo indiferente que se obtenga la sentencia, resolución o dictamen, siempre que el agente actúe con este propósito que no es otra cosa que un ingrediente subjetivo del tipo, cuya realización no es necesaria para que la infracción se considere agotada.*

b) Porque el término "sentencia", para los efectos penales a que se refiere la norma, debe entenderse en el sentido de un acto cualquiera que emite el funcionario con poder decisorio. De modo que, proferir sentencia de acuerdo al alcance y contenido de la norma que se examina,

es producir un auto, sentencia o resolución administrativa, encaminada a decidir por el empleado oficial un asunto sometido funcionalmente a su decisión. El concepto de sentencia debe entenderse entonces en amplio sentido como cualquier decisión judicial que pueda legalmente resolver conflictos o solicitudes como lo puede ser en materia penal el auto de cesación de procedimiento o el sobreseimiento definitivo del Código anterior, que pone fin al proceso con fuerza de cosa juzgada.

Por otra parte, y esto es esencial, pór resolución *debe entenderse, no sólo las decisiones de carácter administrativo, sino también las judiciales, término con el cual nuestro Código ya denomina la "resolución de acusación". Comprende entonces la resolución judicial, los autos y sentencias, siendo simplemente reiterativa la inclusión de la palabra "sentencia" en la enunciación contenida en el artículo 182 del Código Penal.*

Por eso, consuma el delito de fraude procesal quien con la intención de alcanzar un resultado contrario a derecho, con perjuicio para el interés ajeno, por medios fraudulentos induce en error al funcionario o empleado oficial con el fin de que se profiera una decisión favorable a sus intereses, llámese ésta, resolución, auto, sentencia o acto administrativo. Basta, en consecuencia, que se proceda con el propósito de lograr un indebido provecho dentro del proceso judicial o administrativo, con una providencia con poder decisorio, cuya naturaleza depende del momento procesal y de las ritualidades que señale la ley.

No prospera en consecuencia el cargo.

Se afirma finalmente, por el recurrente, que en la sentencia del Tribunal se incurrió en violación directa de la ley, por falta de aplicación del artículo 80 del Código Penal, que señala el término de prescripción de la acción penal.

En sentir del demandante, el Tribunal tuvo en cuenta para deducir culpabilidad a la acusada, su doloso comportamiento realizado en el año de 1969, cuando con prueba testimonial mendaz obtuvo la inscripción en los libros del estado civil, de un registro falso de nacimiento, para dar el carácter de hija a quien no lo era por naturaleza. Que en consecuencia, el término de la prescripción debe contarse desde ese momento para declarar la extinción de la acción penal en el hecho que ahora se juzga.

El anterior planteamiento no puede ser más equivocado. El delito de fraude procesal, que ahora se juzga, aunque guarda una remota conexidad consecuencial con el delito de falsedad documental, es un hecho punible independiente, autónomo, cuyo proceso criminoso se inició y agotó en el año de 1982, cuando dolosamente y a sabiendas de su inexactitud, se hizo valer el documento como prueba para inducir en error a un funcionario judicial. De ahí que el juzgador, con gran acierto, decretara la prescripción de la acción penal por el delito de falsedad y considerara como hecho digno de reproche penal el uso del documento espúreo, como medio fraudulento para engañar a la justicia y obtener un beneficio económico indebido.

El término "prescripción de la acción penal" sólo puede determinarse para el delito de fraude procesal desde el momento en el cual el documento apócrifo se hizo valer en juicio para inducir en error al funcionario, conducta que tuvo ocurrencia en el año de 1982, sin que transcurriera hasta el momento de la calificación del mérito legal del sumario, el lapso requerido por el artículo 80 del Código Penal.

No prospera el cargo.

Lo anterior es suficiente, para que la Corte en pleno acuerdo con la Procuraduría Delegada, no case la sentencia recurrida.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre de la procesada María Arias de Moreno, de fecha, origen y naturaleza conocidas a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PARTE CIVIL. CASACION

Para la parte civil resulta indiferente la falta de vinculación al proceso penal de determinada persona en calidad de sindicada, puesto que la obligación de reparar los daños y perjuicios causados con la infracción, se predica en forma solidaria y no individual

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta Nº 80.

Vistos:

Agotada la correspondiente tramitación, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de veinticinco de febrero postrero, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado Primero Superior de este Distrito, absolviendo al procesado *Nepomuceno Díaz Castañeda,* de los cargos que por el delito de falsedad en documentos privados le fueron imputados.

Hechos y actuación procesal:

En el mes de marzo de 1980, Nepomuceno Díaz Castañeda dio en mutuo o préstamo a la señora María Numa Castañeda de Vargas la suma de un millón de pesos garantizada con una letra de cambio pagadera el 1º de abril de 1981, librada por ella y el señor Jesús Antonio Díaz Garzón en calidad de codeudores.

Meses después, el último de los nombrados fue sorprendido con la noticia de que en el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, se le adelantaba proceso ejecutivo con base en el mencionado título valor y al cerciorarse de lo ocurrido constató que la letra de cambio había sido enmendada o alterada en su verdadera fecha de vencimiento, cambiándose el año de 1981 por 1980 y agregándosele un interés del 4 por ciento que no había sido estipulado, motivo por el cual formuló denuncia penal contra responsables por los posibles delitos de falsedad y estafa.

Por estos hechos, el Juzgado Primero Superior de Bogotá llamó a responder en juicio a Nepomuceno Díaz Castañeda, única persona vinculada al proceso en calidad de sindicado, por el delito de falsedad en documento privado, pronunciamiento consentido por las partes inter vinientes, (folios 242 y ss. del expediente).

Practicadas dentro del término probatorio del juicio las pruebas solicitadas por la defensa y realizada audiencia pública, el juzgado del conocimiento absolvió al encausado de los cargos formulados en su contra, por cuanto de los elementos de convicción aducidos al proceso, no aparecía demostrada su autoría en el hecho punible, fallo consultado con el Tribunal Superior de Bogotá y por éste confirmado, mediante el que es objeto del recurso de casación.

La demanda:

El apoderado de la parte civil, acogiéndose a la causal cuarta de casación contemplada en el artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, solicita la nulidad del proceso a partir, inclusive, del auto de cierre de investigación, por haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad de rango constitucional, consistente en la omisión de vincular, mediante indagatoria, a la señora María Numa Castañeda de Vargas, como posible autora o partícipe del hecho investigado, privándosele de tal modo del derecho de explicar su conducta y ejercitar a cabalidad su defensa, cargo que el demandante fundamenta en los siguientes términos:

"Comedidamente insisto en que existiendo mérito más que suficiente para vincular al expediente y mediante indagatoria a doña María Numa Castañeda de Vargas, ello no se hizo dentro de la etapa sumarial, se le privó a dicha señora de ejercer su legítimo y constitucionalmente consagrado Derecho de Defensa, además, tal omisión desde luego ha generado consecuencias procesales que pudieran ser diversas de las que han sido oficializadas en la sentencia atacada, y se incurrió así en una evidente *nulidad de orden supralegal,* fundada en las previsiones del artículo 26 de la Constitución Nacional".

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, aludiendo a reiterada jurisprudencia de la Corte, especialmente la contenida en providencia de 17 de marzo de 1987, afirma que la parte civil carece de interés para recurrir en casación cuando no controvierte el tema relacionado con el resarcimiento de los perjuicios por lo que solicita desestimar el recurso interpuesto, argumentando que de la simple lectura del libelo impugnatorio, por ninguna parte se toca dicho aspecto y que al pretenderse desplazar la responsabilidad penal hacia un tercero, implícitamente se está aceptando la legalidad del fallo absolutorio.

Agrega que la vinculación de una persona mediante indagatoria, es atribución discrecional del funcionario instructor cuando se dan los requisitos legales para oirla en descargos; que el hecho de no llamársele a rendir indagatoria apenas constituye una irregularidad subsanable con la expedición de copias de lo conducente, resultando contrario a la más elemental lógica jurídica alegar nulidad por desconocimiento del derecho de defensa "de quien no ha sido vinculado y acusado dentro de un proceso".

Consideraciones de la Sala:

En jurisprudencia que una vez más se ratifica, la Corte ha sostenido de modo invariable, que la parte civil como titular del recurso de casación (Arts. 570 y 219 del anterior y el nuevo Código de Procedimiento Penal, respectivamente), está legitimada para recurrir de una sentencia absolutoria en favor del procesado, porque una decisión de tal naturaleza lesiona el derecho que le asiste de reclamar del autor o partícipe del delito, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, única razón de ser de su existencia legal en el proceso penal, (Arts. 24 del anterior Código de Procedimiento Penal y 27 de la nueva codificación), siendo ajena a sus facultades la persecución de otros objetivos, como los relacionados con la especie del delito, la naturaleza y calidad de la pena, la personalidad del procesado, etc". (Sentencia de 13 de febrero de 1975, citada en fallo de 24 de junio de 1980, entre otros).

Es decir, que frente a un fallo absolutorio, la parte civil como titular de la acción indemnizatoria, tiene derecho a impugnarlo a través de este medio extraordinario por habérsele desconocido su pretensión patrimonial, no pudiendo eso sí, perseguir finalidades distintas de aquellas que se relacionan con la reparación del daño causado con la infracción.

En el caso examinado, no obstante que el recurso aparece interpuesto contra sentencia absolutoria por la parte civil reconocida en el proceso, ésta fundamenta su impugnación en la existencia de una nulidad calificada de constitucional o supralegal por quebranto del artículo 26 de la Carta Política, consistente en no haberse vinculado al expediente, mediante indagatoria, a la señora María Numa Castañeda de Vargas que, como se sabe, recibió en préstamo la suma de un millón de pesos garantizándola con una letra de cambio avalada por el denunciante Jesús Antonio Díaz Garzón, omisión que en opinión del censor, la privó del derecho a explicar su conducta y a ejercitar su defensa.

Planteada así la censura, no se ve de qué manera la nulidad alegada pueda tener relación o correspondencia con el desconocimiento de la pretensión indemnizatoria, máxime que la parte civil no expresó en qué forma la omisión advertida pudo haber incidido en la mengua o menoscabo de sus intereses patrimoniales y consintió que esa irregular situación prevaleciera durante las etapas de investigación y juzgamiento.

Para la parte civil resulta indiferente la falta de vinculación al proceso penal de determinada persona en calidad de sindicada, puesto que la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con la infracción se predica, en forma solidaria y no individual, de quien o quienes han sido declarados penalmente responsables como autores o partícipes del hecho punible, razón por la que dicha omisión en nada afecta su interés indemnizatorio ni menos constituye nulidad legal o constitucional. Trataríase como anota el Procurador Delegado, de una simple informalidad susceptible de ser corregida mediante mecanismo procedimental diferente a la declaración invalidante de la actuación.

Pretender desconocimiento o violación del derecho de defensa respecto de quien no fue vinculado al proceso mediante declaración inda-

gatoria, porque el funcionario instructor o juez del conocimiento consideraron que no se daban los antecedentes y circunstancias para oírlo en declaración sin juramento, como autor o partícipe del hecho investigado, constituye tremendo desacierto lógico y jurídico que llama a su rechazo.

La argumentación del impugnador, orientada exclusivamente a una finalidad distinta a la relacionada con la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito, hace inepta la demanda impidiendo que el cargo fructifique.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Desechar el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia absolutoria de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION. EMPLEADO OFICIAL

El incremento del término prescriptivo de una tercera parte que dispone el artículo 82 del Código Penal en relación con el artículo 80, no viola el nom bis in idem

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta Nº 80.

Vistos:

Decide la Sala sobre la apelación interpuesta por el defensor de la doctora *Alcira Uribe de Calle,* contra la providencia de 18 de julio de 1987, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, se abstuvo de decretar la nulidad de lo actuado a partir de la intervención de la Corte en este proceso, por considerar que la acción penal no se encuentra prescrita.

Consideraciones:

1. Afirma el recurrente que la providencia de tres de marzo del presente año, proferida por esta Corporación y por la cual se confirmó con modificaciones el auto de proceder dictado por el Tribunal de Bogotá contra la doctora Uribe de Calle, es nula por cuanto para esa fecha la acción penal se encontraba prescrita.

Expone que el doble delito de prevaricato imputado a la exfuncionaria, se concreta en las dos providencias cuestionadas por ilegales y que al haberse proferido el 16 de diciembre de 1981 y 19 de enero de 1982, cuando se pronunció la Corte ya habían transcurrido más de cinco años, lapso éste que impedía la decisión, de conformidad con el artículo 80 del Código Penal; agrega, que no es posible dar aplicación al artículo 82 *ibídem,* porque se viola el *nom bis in idem.*

2. *Razón le asiste al Tribunal* a quo *al no haber accedido a la petición del impugnante, pues, como lo afirma el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en concepto que precede y lo ha reiterado esta Corporación últimamente en providencias de febrero 17 y julio 30 de 1987, dictadas en el proceso de única instancia número 948, el artículo 82 del Estatuto punitivo no describe delito alguno sino que consagra un término que el legislador consideró apropiado para la prescripción de los delitos cometidos por los empleados oficiales dentro del país y en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos.*

3. El incremento del término prescriptivo de una tercera parte que dispone el citado artículo 82 en relación con el lapso del artículo 80 del Código Penal, no viola el nom bis in idem, *pues, se insiste, se trata de un término más amplio respecto a los delitos de sujeto activo común, que encuentra fundamento en razones de interés del Estado por agotar el máximo de tiempo posible para investigar esta clase de conductas por obvias consideraciones político-criminales, mas no se trata de un incremento a la pena; simplemente se ha tomado por el legislador aquella como referencia y bien hubiera podido señalar el mismo término del artículo 82 en forma independiente.*

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

Resuelve:

Confirmar la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION

Muy claro es el texto legal al exigir que con base en las pruebas no conocidas al tiempo de los debates, se pueda establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que al menos alcancen a constituir tales pruebas, "indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad"

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta Nº 80.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado de *Jaime Rodríguez Rodríguez*, a quien el Tribunal Superior de Aduanas, mediante sentencia de 24 de junio de 1986, condenó a la pena de dieciocho (18) meses de prisión y cien mil pesos ($ 100.000) de multa, por los delitos de contrabando de segundo grado y falsedad por uso de documento público falso.

Hechos y actuación procesal:

El 22 de marzo de 1983, una patrulla del Grupo Automotores de la Policía Nacional, retuvo en la zona urbana del municipio de Ibagué una camioneta marca Ford, modelo 1978, con placas GP-7014, que era conducida por Jaime Rodríguez Rodríguez, por el hecho de presentar los sistemas de identificación correspondientes a los vahículos automotores ensamblados en la república de Venezuela.

Iniciada la investigación correspondiente, fue vinculado a la misma mediante indagatoria, entre otros, Jaime Rodríguez Rodríguez, a quien el Fiscal Superior de Aduanas de Ibagué formuló acusación por los delitos de contrabando y falsedad documental, la cual fue acogida por el Juzgado Unico Superior de Aduana de dicha localidad. Al concluir las ritualidades propias del juicio, el acusado fue absuelto mediante sentencia que revocó el Tribunal Superior de Aduanas, al conocer del proceso por el grado jurisdiccional de la consulta.

La demanda de Revisión:

Al amparo de la causal quinta de revisión (Art. 584-5 del Código de Procedimiento Penal), el recurrente afirma que existen pruebas nuevas,

no conocidas durante el desarrollo del proceso, que demuestran fehacientemente que el condenado Rodríguez Rodríguez adquirió de buena fe el vehículo a él decomisado, de manos de José Rodríguez, a quien conoció por intermedio de Julio Lasprilla.

Para comprobar lo anterior, aportó copia de las declaraciones de renta correspondientes a los años 1981 y 1982, en las cuales aparece incluido dentro del patrimonio del condenado la camioneta decomisada, al igual que las declaraciones extrajuicio rendidas por Julio Norberto Lasprilla, José Ignacio Botero Rincón y Héctor Reina, quienes sostienen haber conocido al vendedor de la camioneta y haber sido testigos de la negociación.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, considera que el recurso interpuesto debe prosperar, porque con las declaraciones aportadas y que no fueron conocidas en el desarrollo del proceso, se abre paso la posibilidad de que en realidad las explicaciones del condenado corresponden a la realidad.

Consideraciones de la Corte:

Dígase en primer término que, dados los alcances del recurso de revisión, cuya prosperidad afecta la intangibilidad de la cosa juzgada, en la cual descansa la seguridad de las decisiones judiciales, no es suficiente con proponer o plantear las causales, sino que es indispensable probar de manera fehaciente la procedencia de las mismas.

Si se analiza el hecho que el recurrente ha pretendido probar, hay que llegar a la conclusión de que estrictamente no se trata de un hecho nuevo, sino de nuevos medios de prueba, mediante los cuales se intenta corroborar la versión que el condenado plasmó en su indagatoria.

En la aludida diligencia Rodríguez Rodríguez admitió haber comprado la camioneta incautada a mediados del mes de mayo de 1980, a un ocasional cliente suyo que le fue presentado en su oficina de abogado por Julio Lasprilla, quien es su amigo desde la infancia. Por esta razón, sostuvo, era completamente ajeno a los delitos de contrabando y falsedad documental que se le imputan. No obstante haber dado la dirección de Lasprilla, la verdad es que el testimonio del citado nunca se aportó al proceso.

A la demanda adjuntó el recurrente tres declaraciones extrajuicio, rendidas por el citado Lasprilla, por Héctor María Reina Cárdenas y por José Ignacio Botero Rincón, de las cuales sólo la última no pudo ser ratificada durante el período probatorio del recurso.

Ciertamente que Julio Norberto Lasprilla Lancheros confirma la versión del condenado y sostiene que en verdad éste conoció a José Rodríguez por su conducto; declara además, que se enteró de la negociación de la camioneta incautada, pero a pesar de ello su testimonio no merece la más mínima credibilidad a la Corte, por las razones que a continuación se exponen:

En su declaración extrajuicio, Lasprilla Lancheros fue enfático en sostener que presenció la negociación de la camioneta; aseguró que el precio pagado por la misma ascendió a un total de $ 380.000, "los cuales fueron cancelados una parte como honorarios y el saldo fue a plata $ 150.000 en efectivo y lo restante fue en el momento de matricular la camioneta la cual fue matriculada en Villavicencio", (folio 30). Sin embargo, en la ampliación de su testimonio, da una versión completamente distinta, pues expresa que el pago se hizo "parte en dinero y el saldo pues que quedaba de la negociación, le giró las letras lo que no sé es cuántas letras ni por qué valor fue cada una", (folio 125); además, en esta última oportunidad incurre en gravísima contradicción, al aseverar categóricamente que *"yo no fui testigo del contrato de compraventa"*, y que sólo tuvo conocimiento del negocio porque el condenado se lo comentó. Esta última afirmación del declarante es muy extraña, pues en el supuesto documento de compraventa suscrito entre el condenado y José Rodríguez, que el primero presentó al momento de rendir indagatoria y que se agregó al expediente, aparece Lasprilla como testigo de la negociación; ahí está su firma y el número de su cédula de ciudadanía (folio 30). No deja tampoco de llamar la atención de la Sala el hecho de que el deponente en su primera declaración hable de un "Sheper Rodríguez", nombre idéntico al que mencionan Botero (folio 29) y Reina (folio 31). Sólo en la ampliación se refiere a José Rodríguez. Claro que Reina Cárdenas sostiene que "Sheper" y José son una misma persona, pero mal puede este testigo hacer semejante afirmación, como que dice apenas haber escuchado un ligero comentario sobre Sheper Rodríguez, a quien no conoce.

Pero la desconfianza que despierta el anterior testimonio, aumenta cuando se analiza el dicho de Héctor María Reina Cárdenas, a quien también el recurrente presenta como testigo de las explicaciones del condenado. En su exposición extrajuicio, sostuvo que la camioneta en verdad había sido comprada a "don Sheper Rodríguez" por un valor aproximado de $ 400.000, agregando que la conoció, al igual que un apartamento y una finca del condenado, porque "él me invitaba al apartamento y a la finca". Al terminar añade que Rodríguez Rodríguez siempre tuvo a su disposición la camioneta y que "viajaba en ella con la familia", (folio 31). Sin embargo, durante la ampliación de su testimonio quedó en claro que no presenció la supuesta negociación; que no conoció al citado Sheper Rodríguez; que sólo tuvo contacto en tres oportunidades con el condenado; que únicamente visitó una vez el apartamento de Rodríguez Rodríguez y otra sola vez su finca, aunque no acierta a describir cómo eran estos dos lugares; que la camioneta solamente la vio en una oportunidad; que no sabe si Rodríguez Rodríguez es casado o soltero ni si tiene hijos, porqué tampoco conoce a nadie de su familia; que se enteró del negocio con Sheper Rodríguez en el año de 1982 o 1983, cuando en compañía del condenado y Botero Rincón viajaron a la finca del primero en la aludida camioneta y entre ellos hicieron el comentario sobre la negociación: "Que el señor Jaime Rodríguez le había comprado la camioneta al señor José Rodríguez, no más, un comentario entre ellos", (folio 131).

En estas condiciones es fácil descubrir la mendacidad de Reina Cárdenas y la absoluta falta de seriedad de sus respuesta. *No es creíble que dos o tres años después de su adquisición, pues el condenado dice*

que compró la camioneta en mayo de 1980, todavía esté haciendo comentarios sobre el nombre del vendedor de la misma, y más extravagante resulta la memoria del testigo que logró retenerlo. Por lo demás, el deponente no presenció la negociación, ni conoció a Sheper, ni supo el valor de la camioneta, y sin embargo, ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, aseveró todo lo contrario.

Con esta clase de pruebas no es posible conseguir la prosperidad del recurso extraordinario de revisión. Muy claro es el texto legal al exigir que con base en las pruebas no conocidas al tiempo de los debates, se pueda establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que al menos alcancen a constituir tales pruebas, "indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad". Ni la declaración de Lasprilla, ni mucho menos la de Reina, como tampoco la de Botero, que no pudo ser ratificada ni ampliada, permiten establecer la inocencia del condenado. No alcanzan siquiera a constituir indicio grave de su irresponsabilidad. En los tres deponentes es ostensible su deseo de favorecer al condenado. Las graves contradicciones en que incurren no permiten darles crédito. Para afectar la intangibilidad de la cosa juzgada, la ley exige una prueba conocida en el desarrollo del proceso, pero una prueba seria, persuasiva, que permita establecer razonablemente la clara posibilidad de un error judicial, y la que aportó el recurrente no tiene esta exigida calidad, razón por la cual el recurso habrá de rechazarse.

En sentir de la Sala, y esto para responderle al recurrente y al Procurador Delegado, del hecho de que la camioneta incautada figure en las declaraciones de renta y patrimonio del condenado, no se deduce, ni remotamente, su inocencia; esta circunstancia sólo permitiría inferir su posible posesión o dominio sobre la misma, y este es un aspecto intrascendente en relación con lo que se discute.

Como de lo dicho en relación con las declaraciones de Julio Norberto Lasprilla Lancheros y Héctor María Reina Cárdenas, surge la posibilidad de que puedan haber incurrido en un delito de falso testimonio, se ordenará expedir copia de las piezas procesales pertinentes, para que, si es del caso, se investigue penalmente su conducta.

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

Resuelve:

1. *Negar* la revisión impetrada.

2. Por la Secretaría de la Sala, expídanse las copias relacionadas en la parte motiva, para los fines allí indicados.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos al Juzgado de origen. Cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PROVIDENCIAS PUBLICADAS
SEGUNDO SEMESTRE 1987

Págs.

CASACION - NULIDAD. *Cuando en la demanda se afirma la falta de prueba y, por tanto, la inocencia del procesado, no tiene cabida dentro de la causal cuarta que conduce a la invalidación del trámite.* SENTENCIA CASACION. 1º DE JULIO DE 1987. Desecha el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a José Darío Cano Alzate, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 7

NULIDAD CONSTITUCIONAL. CONSEJO DE GUERRA. *El procedimiento del Consejo de Guerra Verbal, señalado en el artículo 3º del Decreto 1057 de 1984 —declarado inexequible por la Corte—, era aplicable a los hechos cumplidos con posterioridad a la vigencia de la norma y los anteriores se regirán por el del Consejo de Guerra Ordinario.* SENTENCIA. CASACION. 1º DE JULIO DE 1987. No casa el fallo por el Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Agente de la Policía Nacional Jesús María Ibagon Baquero, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz..... 11

PERITACION. *La imposición del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal de 1971, se hace obligatoria sólo cuando el funcionario directa o indirectamente encuentra razones valederas para someter al acusado a examen médico que indique su estado de salud mental.* SENTENCIA. CASACION. 1º DE JULIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Jader Ramiro Pérez Lopera, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel 18

CASACION. NULIDAD. *Jurisprudencialmente ha venido aceptándose, sin variación alguna, que las nulidades dentro del régimen de Casación obedecen a normas y procedimientos específicos y como tales deben alegarse y demostrarse siempre bajo el ámbito de la Causal Cuarta de Casación.* SENTENCIA. CASACION DE JULIO DE 1987. Desestima el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual condenó a Harold Enrique Millán Bonilla, por el delito de hurto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. 22

CONTRABANDO. *La esencia sui géneris del proceso de CONTRABANDO hace que en él se adelanten paralelamente dos acciones, una de la que es titular la rama ejecutiva y la segunda dirigida contra el sujeto infractor, está encaminada a determinar si cometió o no el delito de contrabando.* SENTENCIA. CASACION. 8 de JULIO DE 1987. Declara la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual el Tribu-

Págs.

nal Superior de Aduanas concedió el recurso extraordinario de Casación, en el proceso contra Benjamín Arriaga Arcos, absuelto por el delito de contrabando. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 28

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO. *Tratándose de una actividad jurídica compleja, es apenas lógico que al haberse iniciado su ejecución en vigencia de la ley anterior, debe culminar su trámite en acuerdo con la misma. El Consejo de Guerra es uno de los específicos casos contemplados en la Ley 153 de 1887.* SENTENCIA. CASACION. 14 de JULIO DE 1987. Casa la sentencia del Tribunal Superior Militar, por medio de la cual condenó a los civiles Danilo Henao González, Oscar Eduardo Arévalo Sánchez y otros, como infractores del Decreto 1188 de 1974, en su lugar decreta la nulidad de lo actuado y ordena que el proceso se envíe al Tribunal Superior de Valledupar para que se tramite la segunda instancia. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 32

1. INIMPUTABILIDAD. *La inimputabilidad es la no capacidad de comprender, de razonar, de determinarse, de saber que la conducta es ilícita o sabiéndola así, ser potente ante la fuerza interna que lo impele a realizarla.*
2. VEREDICTO INEXISTENTE. *Si el veredicto señala la responsabilidad del procesado, pero agrega la manifestación referente a la falta de capacidad para comprender la ilicitud o para determinarse conforme a esa misma comprensión, deja dudas, que conducen a la conclusión de que es incompleto y, por lo tanto, inexistente.* SENTENCIA. CASACION. 14 DE JULIO DE 1987. Casa el fallo del Tribunal Superior de Armenia, por medio del cual condenó a Carlos Arturo Cuéllar Prieto, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Aclaración de Voto: Doctores Guillermo Duque Ruiz y Gustavo Gómez. Salvamento de Voto: Doctor Jaime Giraldo Angel ... 44

PROCESADO. Identidad. *El fin primordial de la unidad de prueba que inspira la tramitación de un solo proceso cuando hay varios sindicados por el mismo delito o cuando se trate de delitos conexos, requiere la real existencia de los sujetos objeto de imputación.* SENTENCIA. CASACION. 14 DE JULIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Luis Alfonso Sánchez Ospina por infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 58

APELACION. Generalidades. *Un recurso de apelación concedido sin el requisito previo de la sustentación no puede ser tramitado por el juez de Segunda Instancia por carecer de competencia* SENTENCIA. CASACION. 22 DE JULIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Agente de la Policía Nacional Jorge Rodríguez Mahecha, por el delito de abandono del puesto. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel 63

REVISION. *Tanto en el antiguo como en el nuevo estatuto penal procedimental, la Sala de Casación Penal de la Corte sólo tiene competencia para*

Págs.

conocer del recurso de Revisión de sentencias proferidas por la Rama Jurisdicional y, concretamente, contra decisiones judiciales que impongan sanción por un comportamiento que la ley penal tipifique como delito. AUTO. REVISION. 22 DE JULIO DE 1987. Declara inadmisible el recurso de Revisión interpuesto por el doctor Félix Enrique Rodríguez, contra la sentencia del Tribunal Disciplinario que lo sancionó con suspensión en el ejercicio de la profesión. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas 67

SECUESTRO. *Diferencias entre las dos formas de Secuestro que contemplan los artículos 268 y 269 del Código Penal, como hechos punibles que lesionan el bien jurídico de la libertad individual.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 22 DE JULIO DE 1987. Aclara el punto primero de la decisión del Tribunal Superior de Neiva, en cuanto dispone la cesación de procedimiento en virtud del indulto por los delitos de Rebelión, Homicidio y Lesiones Personales, revocó el numeral segundo en cuanto lo negó por el delito contra el Patrimonio Económico y, en su lugar, declara que no puede proseguirse la acción penal y confirma el numeral segundo en cuanto negó la petición por el delito de Secuestro, en el proceso adelantado contra José Antonio Rojas, Gustavo Arias Londoño (a. Comandante Boris) y otros. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas 69

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. *Con relación a la "aplicación indebida" y a la "falta de aplicación", hay ocasiones en las cuales vale tanto afirmar lo uno como lo otro, pero no cuando la falta de aplicación de un precepto guarda un íntimo nexo con el que se tuvo en cuenta en el fallo.* SENTENCIA. CASACION. 22 DE JULIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Ilbar Alfonso Pineda Hernández, por el delito de Hurto. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 75

CONEXIDAD. COMPETENCIA. *En desarrollo del artículo 39 del anterior Código de Procedimiento Penal, la Corte ha sostenido que, si durante la etapa del sumario o de los actos propios de su calificación, por cesación de procedimiento o sobreseimiento definitivo, desaparece el delito que le otorga competencia al funcionario de mayor jerarquía, debe disponerse la remisión de lo actuado al juez natural que por disposición de la ley, deba conocer de las demás infracciones.* SENTENCIA. CASACION. 27 DE JULIO DE 1987. Casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Alvaro Hernández Colorado, por los delitos de Hurto y Secuestro, en su lugar declara la nulidad de lo actuado a partir del auto que abrió el juicio a prueba. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Salvamento de Voto: Doctores Lisandro Martínez Zúñiga y Gustavo Gómez Velásquez 78

NULIDAD. Oportunidad. *Para los procesos susceptibles de ser recurridos en Casación, con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, es esa la oportunidad para impetrar la declaratoria de nulidad y para los casos en que la ley no autoriza este recurso no es posible proponerla una vez dictada sentencia de*

Págs.

segunda instancia. AUTO. CASACION. 27 DE JULIO DE 1987. No decreta la nulidad solicitada en el proceso contra José Gabriel Orjuela, condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, por los delitos de Homicidio, Hurto y Lesiones Personales y absuelto por Terrorismo e instigación, en el cual se dispuso no casar la sentencia de segunda instancia. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 86

EXTRADICION. *El Tratado de Extradición con Estados Unidos, del 14 de septiembre de 1979, ha dejado de ser aplicable, recobrando vigencia la Ley 66 de 1888 y la Ley 8ª de 1943.* CONCEPTO. EXTRADICION. 28 DE JULIO DE 1987. Se abstiene de emitir concepto sobre la solicitud de extradición de Mauricio Palacino Martínez, hecha por el Gobierno de Estados Unidos de América. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 89

1. PERITACION. *El Juez Penal puede valerse de peritos que a su vez sean funcionarios o empleados de una entidad oficial, quienes ofrecen garantía de imparcialidad en el desempeño de su cargo.*
2. EMPLEADO OFICIAL. *La incuestionable índole eminentemente estatal del Banco de la República, permite aseverar que quienes prestan sus servicios en esa entidad son empltados oficiales.* SENTENCIA. CASASACION. 28 DE JULIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Andrés Téllez Abuabara, por los delitos de Falsedad y Peculado. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 91

PENA. Circunstancias de Agravación. *Mientras las circunstancias de agravación deben ser deducidas en el auto de formulación de cargos, las de carácter genérico deben serlo en la sentencia.* SENTENCIA. CASACION. 29 DE JULIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Fanny Romero González y absolvió a Carlos Alberto Merchán Duarte y Luis Alirio Jiménez Muñoz, por el delito de Secuestro Extosivo. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 105

NULIDAD LEGAL. INVESTIGACION. Calificación. *El nuevo Código de Procedimiento Penal, permite el cambio de denominación jurídica del delito dentro del mismo Título, previo un procedimiento. Pero en el tránsito de legislación, no es posible aplicar la norma que suprime la nulidad por ser más favorable al procesado, sin que en el proceso se le haya dado aplicación a las demás normas que hicieron posible ese cambio de denominación del tipo delictivo.* SENTENCIA. CASACION. 4 DE AGOSTO DE 1987. Casa el fallo del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio del cual condenó a Pedro Manuel Mercado Martínez, por el delito de Acceso Carnal Abusivo y como consecuencia de ello declara la nulidad a partir del auto que calificó el mérito del sumario inclusive. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Salvamento de Voto: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 110

PECULADO. *Buena parte de los Peculados Culposos imputables a los jueces, se deben al exceso de confianza que suelen brindar a los respec-*

Págs.

tivos secretarios. AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 4 DE AGOSTO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Popayán, por medio del cual sobreseyó en forma definitiva por el delito de Falsedad en Documento Público y llamó a responder en juicio por Peculado Culposo, al Juez Catorce de Instrucción Criminal del Cauca, doctor Roberto H. Vidal Aristizábal. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 124

REVISION. FALSEDAD DE LA PRUEBA. *Cuando se trata de la causal tercera del recurso extraordinario de Revisión, ninguna consideración distinta de la falsedad de la prueba que determinó la sentencia condenatoria, puede inclinar a la Corte a conceder la prosperidad de la demanda.* AUTO. REVISION. 4 DE AGOSTO DE 1987. Desecha por antitécnica la demanda de Revisión del proceso adelantado a César Julio Rodríguez Barrero, en el Tribunal Superior de Valledupar, en el cual fue condenado por el delito de Corrupción de Menores. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 132

DERECHO DE DEFENSA. *La negativa a investigar lo favorable al procesado puede constituir causal de nulidad constitucional. Pero cuando de la omisión no puede predicarse una real inferencia sobre la decisión final, sería una exageración aceptar que el derecho de defensa se estime violado.* SENTENCIA. CASACION. 6 DE AGOSTO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Montería, por medio del cual condenó a Eustorgio Santiago Guzmán Burgos, por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales Culposas. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 135

ACUMULACION. *El artículo 90 del Código de Procedimiento Penal de 1971, no permite interpretación diversa a la que tradicionalmente le han dado la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que la acumulación únicamente procede respecto de las causas.* AUTO. COLISION. 19 DE AGOSTO DE 1987. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Quinto Penal del Circuito de Pereira y Primero Superior de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga ... 139

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. VIOLACION DIRECTA. *El artículo 68 del Código Penal no excluye de este subrogado determinados hechos delictivos, ni cuando se trata de concurso; como se trata de un derecho, su desconocimiento puede ser aducido en sede de Casación como agravio a la legalidad.* SENTENCIA. CASACION. 19 DE AGOSTO DE 1987. Casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de la cual condenó a Rosemberg Ordóñez Solano, Aníbal Vásquez Rojas y Albany Navas de Mancilla, por el delito de Peculado y les otorga el beneficio de la condena de Ejecución Condicional. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Aclaración de Voto: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 142

TENTATIVA. *Es imperioso determinar con precisión cuando comienza la etapa de ejecución. Porque acto ejecutivo no es solamente el que supone la violación de la norma penal que protege el bien jurídico atacado,*

Págs.

sino también aquel que lo coloca en un inmediato peligro, por invadir su órbita de protección. SENTENCIA. CASACION. 19 DE AGOSTO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Jorge Giraldo Velásquez y Luis Carlos Arboleda Fernández, por tentativa de Hurto. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 152

1. CONSULTA. Código de Procedimiento Penal de 1987. *El espíritu del ordenamiento actual (Decreto 050 de 1987), es el de mantener no solamente el grado jurisdiccional de consulta, sino su trámite y competencias, asignando a los mismos funcionarios que conocen de la apelación el trámite propio de la consulta en los casos en que ella proceda.*
2. CONSULTA. Código de Procedimiento Penal 1987. *El inciso final del artículo 210 del Decreto 050 de 1987, debe entenderse como la imposibilidad de surtir el grado jurisdiccional ante el conformismo manifestado por las partes, en cuanto la que indique tácitamente su aprobación, sea la afectada con la decisión.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 21 DE AGOSTO DE 1987. Revoca la providencia materia de consulta y en su lugar sobresée definitivamente al doctor Julio César Obando, por los cargos de Falsedad. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. 156

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. *Cuando el análisis jurídico-probatorio, a términos del estatuto penal adjetivo anterior, conduciría a un segundo sobreseimiento temporal, ya en vigencia del actual y en aras del principio de favorabilidad de la ley penal, impone la necesidad de decretar la cesación de procedimiento.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 21 DE AGOSTO DE 1987. Ordena la cesación de procedimiento adelantado contra el ex-intendente del Putumayo, señor Baltazar García Orozco. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 165

CASACION. Técnica. *El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, apunta a la equivocación del juzgador en el género delictivo.* SENTENCIA. CASACION. 25 DE AGOSTO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a José Ignacio Vives Echeverría, Clemente Briñez Herrera y otros, por el delito de Falsedad Documental. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 170

1. PREVARICATO. *Es innegable que el secuestro preventivo está instituido dentro del proceso civil para salvaguardar los intereses privados. Sin embargo, tal medida está condicionada al cumplimiento de formalidades sustanciales y el juez en todas sus actuaciones debe ajustar su conducta a los postulados que regulan.*
2. AUTO INHIBITORIO. *Las causales de inculpabilidad o justificación, de acuerdo a la normatividad vigente, no pueden ser objeto de estudio en un auto inhibitorio.* AUTO SEGUNDA INSTANCIA 25 DE AGOSTO DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora Dalila Niño de Marín, Juez Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, en su lugar dispone la iniciación del proceso.

Págs.

Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Aclaración de Voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 177

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Técnica. *Al no otorgar la ley un predeterminado valor al testimonio, es imposible la alegación del error de derecho, como lo tienen reconocido la jurisprudencia y la doctrina.* SENTENCIA. CASACION. 25 DE AGOSTO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a Jairo Javier Buitrago Buriticá y otros, por los delitos de Secuestro Extorsivo y Hurto. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 186

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. CESACION DE PROCEDIMIENTO. *Aún en los procesos con cierre de investigación ejecutoriado, se hace imperativa la aplicación del principio de favorabilidad y, en consecuencia, ordenada la reapertura cuando no fuere procedente la resolución de acusación, se ordenará la cesación de procedimiento.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 26 DE AGOSTO DE 1987. Cesa el procedimiento adelantado contra el doctor Alonso Cabal Erazo, ex-cónsul colombiano en Alicante (España). Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Salvamento de Voto: Doctor Jaime Giraldo Angel 199

COMPETENCIA. IMPEDIMENTO. Código de Procedimiento Penal de 1987. *Es bien claro y no admite interpretación distinta el contenido del artículo 667 del Código de Procedimiento Penal actual (Decreto 050 de 1987) en cuanto determina el procedimiento para los asuntos penales que al momento de entrar en vigencia, se hallaban con auto de cierre de investigación ejecutoriado.* AUTO. IMPEDIMENTO. 27 DE AGOSTO DE 1987. Declara infundado el impedimento manifestado por los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, en Sala mayoritaria, doctores Luz Stella Mosquera de Meneses y Jorge Ortiz Rubio, con salvamento de voto del doctor Dídimo Páez Velandia, en el proceso adelantado contra Antonio Cebollero y otros. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 211

DICTAMEN PERICIAL. *Según el método grafométrico, los aspectos cuantitativos del manuscrito constituyen la clave en las investigaciones. En este medio de prueba es el procedimiento técnico, científico, el que convencerá al juez de su acierto o desatino.* AUTO. REVISION. 1º DE SEPTIEMBRE DE 1987. Desestima el recurso de Revisión contra el proceso adelantado contra José del Carmen Rodríguez, en el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de Estafa. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 216

LIBERTAD PROVISIONAL. *El Juez de Segunda Instancia o la Corte, durante el trámite del recurso extraordinario de Casación, solamente, para los efectos de la libertad provisional, pueden efectuar los cómputos necesarios para determinar si un procesado es o no acreedor al beneficio de excarcelación, por aplicación del principio de favorabilidad.* AUTO. CASACION. 1º DE SEPTIEMBRE DE 1987. Concede libertad provisional a José Eduardo Hernández Rodríguez, condenado por el

Págs.

Tribunal Superior Militar como autor del delito previsto en el artículo 202 del Código Penal, bajo la denominación de "Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas". Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 224

PREVARICATO. *Si los cargos se reducen a una disparidad de criterios entre denunciante y denunciado: Cómo determinar si el Procurador Regional era competente o no para ordenar el archivo de las diligencias disciplinarias adelantadas contra un Fiscal de Juzgado Superior, no constituye fundamento sólido del elemento manifiestamente ilegal.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 1º DE SEPTIEMBRE DE 1987. Cesa el procedimiento adelantado contra el doctor Gabriel Moncada Quintero, Procurador Segundo Regional de Bogotá, denunciado por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas ... 229

1. CONTROL PUNITIVO DEL ESTADO. *El artículo 25 de la Constitución Nacional reconoce tres modalidades en que se puede ejercer el control punitivo del Estado: la criminal, la correccional y la de policía.*
2. SANCION CORRECCIONAL. CONTROL PUNITIVO DEL ESTADO. *Infortunadamente el Gobierno Nacional, actuando como legislador extraordinario, quebró la filosofía de los actos correccionales, a partir del Decreto 522 de 1971, asignándole a la Policía el conocimiento de infracciones que no tienen que ver con su tarea de preservar el orden público.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 4 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Sobresée en forma definltiva al doctor Alberto Díaz del Castillo, Gobernador del Departamento de Nariño, denunciado por los delitos de Prevaricato y Privación Ilegal de la Libertad. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel 236

JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPETENCIA. *De acuerdo con el artículo 565 del Código de Justicia Penal Militar, ejecutoriado el auto que declara la contraevidencia de un veredicto, es preciso convocar a un nuevo Consejo para que emita la veredicción definitiva y ante la imposibilidad constitucional de que los civiles sean juzgados por los militares al llegar el proceso a la justicia ordinaria, es preciso buscar un momento procesal equivalente a aquél en que se hallaba.* SENTENCIA. CASACION. 8 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Jairo Enrique Rodríguez y Wilson Jesús Rodríguez González, por el delito de Secuestro y decreta la nulidad a partir, inclusive, de la sentencia de primera instancia. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 245

ABUSO DE CONFIANZA. *Curioso ciertamente sería el que se hablara de Abuso de Confianza, tipificado en contra de una persona que nunca ha confiado o entregado cosa mueble o sobre la que no tiene reserva de dominio.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 15 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora Martha Amparo Beltrán Márquez, Juez Segundo Penal Muni-

Págs.

cipal de Bosa, D. E. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 254

PENA. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO. *El artículo 372 del Código Penal que señala causales genéricas de agravación punitiva, remite el incremento "a los delitos descritos en los capítulos anteriores", es decir, que agrava la pena básica únicamente de las normas que describen tipos penales.* SENTENCIA. CASACION. 15 DE SEPTIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a José William Medina y Wilson Palomares Córdoba, por el delito de Hurto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas 257

CASACION. Técnica. *Contra una sentencia se pueden formular varios cargos, fundados en la misma causal o en distintas, pues así lo dispone expresamente el inciso 2º del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, pero no es admisible hacer aseveraciones que sean mutuamente excluyentes.* SENTENCIA. CASACION. 16 DE SEPTIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Humberto Blanco Ferreira, por el delito de Estafa. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel 263

CONSULTA. *Si fue el querer del legislador consagrar la consulta, los funcionarios o corporaciones competentes para conocer de ella, serán los mismos que por disposición de la ley deben conocer de los recursos interpuestos contra las decisiones tomadas por los funcionarios o corporaciones de primera instancia.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 19 DE SEPTIEMBRE DE 1987. No decreta la nulidad de la actuación en el proceso contra el doctor Luis Alberto Godoy Espinel, Juez Ochenta de Instrucción Criminal de esta misma ciudad, llamado a juicio por el delito de Falsedad en Documento. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 268

1. CASACION. Intervinientes. *La Parte Civil tiene interés jurídico y, consecuencialmente, legitimación, para interponer el recurso de Casación, cuando la sentencia de segunda instancia ha sido absolutoria.*
2. NULIDAD LEGAL. *La nulidad como motivo de casación no puede admitirse, cuando formulándose cargos por determinada infracción en el enjuiciamiento, se profiere decisión absolutoria.* SENTENCIA. CASACION. 22 DE SEPTIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio del cual absolvió a Roberto José León Martínez, por el delito de Estafa. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 273

CONCUSION. *Se puede cometer este delito, tanto en el caso de que el empleado actúe dentro de la órbita de su competencia funcional, como también cuando se vale de su calidad o investidura para la realización de su ilícita conducta.* SENTENCIA. CASACION. 22 DE SEPTIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Omar Martínez Cubillos, Escribiente Segundo del

Págs.

Juzgado 64 de Instrucción Criminal de la misma ciudad, por el delito de Concusión. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz ... 284

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Técnica. *La causal primera de Casación por violación directa de la ley sustancial, se refiere al tipo penal dentro del cual es dable subsumir el concreto comportamiento que se imputa al procesado, no cabe, pues, alegar violación directa de una norma.* SENTENCIA. CASACION. 22 DE SEPTIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Elías Prada Villamil, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 290

JUSTICIA PENAL MILITAR. *Las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, como de las demás leyes especiales constituyen, en efecto, una unidad sustancial con la normatividad común, pero respetando la naturaleza y fines de cada estatuto.* SENTENCIA. CASACION. 24 DE SEPTIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Soldado del Ejército Nacional Edgar Enrique Pacheco Redondo, por el delito de Hurto Militar. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 294

JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPETENCIA. *La Corte ha liberado, en forma definitiva a la Justicia Penal Militar de la tarea de juzgar personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas, independientemente de toda consideración.* AUTO. COLISION. 24 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Dirime colisión de competencias entre los Tribunales Superiores de Bogotá y Militar. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel 300

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA. *La suspensión de la detención preventiva y la de ejecución de la pena, están sujetas a la evaluación que el juez haga de la personalidad del procesado y de la naturaleza y modalidad del hecho punible.* AUTO. CASACION. 24 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Niega la suspensión de la detención preventiva a Jacinto Cárdenas Peña, condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 302

FUERO MILITAR. *El constituyente no otorgó el fuero a los militares por el solo hecho de serlo en el momento de su comportamiento ilícito, sino que reclamó para la efectividad de esta verdadera garantía que el delito se cometiere "en relación con el mismo servicio".* AUTO. COLISION. 25 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Dirime colisión de competencia entre el Comando de la Base Aérea de Madrid (Cundinamarca) y el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 304

ABUSO DE AUTORIDAD. *Actualmente los Gobernadores de Departamento no pueden designar como Alcaldes Municipales, a personas que ostenten la calidad de Concejales.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 29 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Niega la cesación de procedimiento adelantado contra el doctor Alvaro Beltrán Pinzón, Gobernador del Departamento

Págs.

de Santander, demandado por el delito de Abuso de Autoridad y se abstiene de dictar, contra el mismo, la medida de aseguramiento. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 308

DERECHO DE DEFENSA. NULIDAD LEGAL. *Cuando se pretende la nulidad por omisión de pruebas, se debe demostrar la inferencia de cada una de éstas en la decisión de la sentencia, pues la nulidad no es algo abstracto.* SENTENCIA. CASACION. 29 DE SEPTIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Fernando Beltrán Rocha, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 314

EXTORSION. TENTATIVA. *El delito de Extorsión no es delito de mera conducta, admite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa y para que se consuma se requiere un hacer, omitir o tolerar algo de connotación patrimonial.* SENTENCIA. CASACION. 29 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Oscar de Jesús Gómez García, por el delito de Extorsión. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga. Salvamento de Voto: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Carreño Luengas 326

MEDIDAS CAUTELARES. *La decisión de embargo y secuestro de bienes es medida de gran trascendencia dentro del proceso penal, lo que determina que no se pueda decretar más que por auto interlocutorio y sólo en relación con quien tenga la calidad de procesado.* SENTENCIA. SEGUNDA INSTANCIA. 29 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual absolvió al doctor Humberto Messa Aristizábal, Juez Noveno de Instrucción Criminal de la misma ciudad y, en su lugar, lo condena por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas ... 340

DESOBEDIENCIA. *El delito de Desobediencia es un comportamiento que lesiona la disciplina militar y por eso el artículo 143 del Código de la materia sanciona al personal de soldados y marineros que se hallaren en situación de reserva y que no se presenten a la autoridad correspondiente, el día y a la hora señalados en los decretos de movilización* AUTO. COLISION. 30 DE SEPTIEMBRE DE 1987. Dirime colisión de competencias entre el Comando del Ejército Nacional y el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas 350

DESOBEDIENCIA. *La orden o decreto de movilización o de llamamiento implica, por sí misma, la reincorporación al servicio y al desatender tal convocatoria, se incurre en esta infracción prevista en el estatuto militar.* AUTO. COLISION. 6 DE OCTUBRE DE 1987. Define colisión de competencias entre el Comando del Ejército y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 353

REVISION. *El principio de intangibliidad de la cosa juzgada no puede ser*

Págs.

objeto de menoscabo alguno con la deleznable teoría de que si en el sumario, el acriminado es favorecido con una libertad provisional, tal circunstancia debe interpretarse como indicio de su inocencia. AUTO. REVISION. 14 DE OCTUBRE DE 1987. Niega la revisión del proceso que, por violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes, adelantó contra Alvaro Ramón Zúñiga Pulgar y otros, el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 356

REVISION. INIMPUTABILIDAD. *La Corte ha venido afirmando que el hecho nuevo tendiente a demostrar no la inocencia o irresponsabilidad del acusado, sino la calidad de inimputable que pudo tener al momento de consumar el hecho, no puede ser alegado como causal de Revisión.* AUTO REVISION. 14 DE OCTUBRE DE 1987. Declara inadmisible el recurso de Revisión del proceso que, por el delito de Hurto, adelantó el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, contra Leonardo Efrén Salazar. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas ... 360

INIMPUTABILIDAD. *La persona imputada en las condiciones del inciso 2º del artículo 33 del Código Penal (1º Ley 43 de 1982), sí es responsable penalmente cuando se demuestre que ha cometido un comportamiento típico y antijurídico.* SENTENCIA. CASACION. 16 DE OCTUBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual declaró que el procesado inimputable Jesús Antonio Díaz Rodríguez es el autor del Homicidio en Moisés Ortiz Ruano. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 364

REVISION. *El recurso de revisión busca infirmar el valor de la cosa juzgada, no para corregir errores de procedimiento propios de los recursos ordinarios o del extraordianrio de Casación, sino aquellos originados en el desconocimiento de hechos o situaciones que de haberlos conocido el juzgador, lo hubiesen llevado a absolver al procesado.* AUTO. REVISION. 19 DE OCTUBRE DE 1987. No repone su propia providencia, por medio de la cual rechazó el recurso de Revisión, interpuesto en el proceso contra César Augusto Leguizamón Díaz, en el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, por el delito de Asociación para Delinquir. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz. Salvamento de Voto: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 370

EXCARCELACION. *No en todos los casos puede considerarse como imperativo de la excarcelación el fatal cumplimiento de los términos previstos en el artículo 39, numeral 4º del Decreto 050 de 1987, ya que no se trata de una causal simplemente objetiva.* AUTO. COLISION. 20 DE OCTUBRE DE 1987. Dirime la colisión de competencia entre el Juzgado Quince de Instrucción Criminal Especializado de Medellín y el Departamento de Policía Metropolitana de la misma ciudad. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 378

NULIDAD. DERECHO DE DEFENSA. *Es la absoluta falta de conocimiento de la imputación y la imposibilidad total de defensa la que genera*

Págs.

nulidad; toda vez que si en el auto de proceder se especificaron los cargos, se notificó esta decisión a los procesados y a sus defensores, es incuestionable que se enteraron concretamente de los delitos atribuidos a su autoría. SENTENCIA. CASACION. 20 DE OCTUBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Edgar Arturo Dávila Muñoz y otros, indistintamente, por los delitos de Hurto, Falsedad y Porte de Armas de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 386

PENA. Circunstancias de Agravación y Atenuación. *En la consideración de agravantes y atenuantes la Corte no tiene un esquema rígido y absluto de valoración. Las circunstancias y modalidades del caso llevan a soluciones diferentes.* SENTENCIA. CASACION. 20 DE OCTUBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Armenia, por medio del cual condenó a Cielo de Jesús Henao Ríos, por conducta atentatoria contra la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 400

CAMBIO DE RADICACION. *Hoy por hoy no hay cambio de radicación que, oficiosamente la Corte o el Tribunal, puedan disponer. La carga de la prueba en este incidente quiso dejarla el legislador al solicitante.* AUTO. CAMBIO DE RADICACION. 21 DE OCTUBRE DE 1987. Desestima la solicitud de cambio de radicación en el proceso que, contra Edgar Alberto Lozano Arturo, se adelanta por el delito de Lesiones Personales en el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pasto. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 406

CAMBIO DE RADICACION. *Resulta equivocado el cambio de radicación, para perseguir de la Corte un pronunciamiento acerca del municipio en donde realmente se deba tramitar un proceso, porque para tales fines está la figura de la colisión de competencias.* AUTO. CAMBIO DE RADICACION. 23 DE OCTUBRE DE 1987. Niega el cambio de radicación del proceso que, en contra de Magaly Suárez Barón, se adelanta en la ciudad de Pasto. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 411

CASACION. Requisitos. *Una es la entidad jurídica del auto interlocutorio que ordena la cesación de procedimiento y otra es la de la resolución llamada sentencia. El ordenamiento procesal ha previsto el recurso de Casación exclusivamente para las sentencias que, en segunda instancia, pronuncien los Tribunales.* AUTO. RECURSO DE HECHO. 23 DE OCTUBRE DE 1987. Declara bien denegado por el Tribunal Superior de Barranquilla, el interpuesto contra su providencia que negó el recurso de Casación del auto que confirmó la cesación de procedimiento a favor de Carlos Arturo Monsalve Acosta, por el delito de Estupro. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 414

CAUSAL PRIMERA. *Cuando el actor sostiene la inexistencia o atipicidad*

Págs.

del delito imputado al procesado, el reclamo debe formularlo dentro del marco de la causal primera de Casación por aplicación indebida y no por la vía de nulidad. SENTENCIA. CASACION. 27 DE OCTUBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Pedro Pablo León Torres, por el delito de Estafa. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 417

COMPETENCIA. IMPEDIMENTO. *No es de recibo la tesis del impedimento ante el cambio de competencia en virtud de lo señalado por el artículo 535, inciso 2º del nuevo Código de Procedimiento Penal, porque tal precepto sólo es aplicable a los procesos que se ritúen con el procedimiento especial que admite resolución de acusación por jueces de instrucción criminal.* AUTO. IMPEDIMENTO. 27 DE OCTUBRE DE 1987. Declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Julián Urbina Ospino, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia 422

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. *La interpretación errada que puede configurar violación directa de la ley sustancial, se refiere a la norma aplicada en la sentencia y que, por tanto, ubicada frente a los hechos materia del proceso, llega a determinarla.* SENTENCIA. CASACION. 27 DE OCTUBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó por Infracción a la Ley 30 de 1986, a James de Jesús Escobar Gil y Jhon Carlos Salazar Osorio. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia 425

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. *El desconocimiento de una atenuante en la conducta del procesado, no tiene cabida en la causal 4ª de Casación que consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior. Su impugnación deriva hacia la causal primera por violación indirecta de la ley, que es claramente improcedente en juicios con jurado.* SENTENCIA. CASACION. 27 DE OCTUBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Medardo Ocampo Giraldo, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 429

CASACION. Técnica. *Hay falta de técnica, tanto cuando se niega la causal 4ª de Casación prevista en el artículo 580 del Estatuto Procesal de 1971, sin que el recurrente señale concretamente en qué se hace consistir y sin demostrar su aserto, como cuando se esgrime una pretensa nulidad y el cuestionamiento radica en haberse aplicado indebidamente un precepto sustantivo.* SENTENCIA. CASACION. 4 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Octavio Díaz Hortúa, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 435

CAUSAL PRIMERA. Técnica. *La causal primera implica siempre y en todo caso una violación de la ley sustantiva a la cual puede llegar el fallador de segunda instancia por dos vías: la directa y la indirecta.* SENTENCIA. CASACION 4 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Argemiro

Págs.

Guzmán Ortiz, por los delitos de Falsedad en Documentos y Abuso de Confianza. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga ... 438

ESTUPEFACIENTES. Estatuto. *La Legislación Penal Colombiana, ha venido sancionando el tráfico de la marihuana que lleva a su consumo, tratando siempre con mayor lenidad el cultivo de la planta y con mayor drasticidad su comercio y distribución.* SENTENCIA. CASACION. 6 DE NOVIEMBRE DE 1987. Casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cali, para reducir la pena impuesta a Damacio Largo Velasco, por Infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas 442

CUESTIONARIO. *La jurisprudencia viene recomendando desde antiguo que se debe precisar en el cuestionario la clase de culpabilidad que nutre el hecho por el cual se juzga.* SENTENCIA. CASACION. 10 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio del cual condenó a Jesús María Rubio Hernández, por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales Culposos. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 447

ESTAFA. FRAUDE MEDIANTE CHEQUE. *La emisión de cheque contra cuenta ajena constituye un artificio eficaz para engañar e inducir en error, pero jamás falsedad en documento privado.* SENTENCIA. CASACION. 10 DE NOVIEMBRE DE 1987. Casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Vicente Alvaro Muñoz Paz, por los delitos de Falsedad en Documento Privado y Estafa, declara la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto que ordena el cierre de investigación. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Salvamento de Voto: Doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Carreño Luengas 452

IMPEDIMENTO. *Dentro del amplio concepto del "interés del proceso", debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual.* AUTO. IMPEDIMENTO. 10 DE NOVIEMBRE DE 1987. Declara fundados los impedimentos expresados por los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, doctores Mario Enrique Sánchez Novoa y José Heriberto Velásquez Ramos. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 462

LIBERTAD CONDICIONAL. *La Corte reitera su posición sobre los alcances del artículo 72 del Código Penal, en cuanto no es suficiente que el sujeto haya cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, sino que es necesario detenerse en el examen de su personalidad y en la conducta observada en el establecimiento carcelario.* AUTO. CASACION. 10 DE NOVIEMBRE DE 1987. Niega libertad provisional a Oscar Gómez García. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 464

LIBERTAD PROVISIONAL. JUSTICIA PENAL MILITAR. *No es viable la negativa del beneficio de libertad provisional porque la condena se*

Pág.

haya producido en aplicación del Código de Justicia Penal Militar, por un delito contra los bienes del Estado. AUTO. CASACION. 10 DE NOVIEMBRE DE 1987. Concede libertad provisional a Ismael Oswaldo Avellaneda González, condenado por el Tribunal Superior Militar por los delitos de Hurto y Tráfico de Armas de Uso Privativo de las Fuerzas Militares. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. 474

1º NULIDAD DERECHO DE DEFENSA. *Si la responsabilidad penal es individual, la defensa de cada procesado debe estar encomendada a una sola persona, sin que esto quiera decir que no pueda hacerlo también un solo apoderado, cuando son varios los procesados.*

2º DERECHO DE DEFENSA. *No siempre el recurrente, cuando alega la falta del derecho de defensa por parte del abogado, tiene razón, pues, es dificultoso pretender que éste proceda de acuerdo como aquél piensa y actúa.* SENTENCIA. CASACION. 10 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Pedro Ramón López y otros, por los delitos de Secuestro Extorsivo. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 481

PENA. CONFESION. *La reducción de pena por confesión del hecho, según el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal actual, teniendo en cuenta los criterios del artículo 61 del Código Penal, se aplicará al dictarse el fallo condenatorio y, sin que se viole el principio de la cosa juzgada, por aplicación de la favorabilidad, sobre la cuantía determinada en los fallos de instancia.* AUTO. CASACION. 10 DE NOVIEMBRE DE 1987. No repone su propio auto, por medio del cual negó el beneficio de libertad provisional a Jesús Rojas, condenado por los delitos de Homicidio, Secuestro y Extorsión. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia 489

VIOLACION INDIRECTA. NULIDAD. *Toda crítica probatoria, así se haga converger en una nulidad, corresponde a la violación indirecta de la ley, salvo que se plantee en procesos con intervención del jurado de conciencia en los que resulta improcedente en razón de la autonomía y libertad de que gozan los jueces populares en la apreciación de los elementos de convicción.* SENTENCIA. CASACION. 10 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual condenó a Pablo Arias Cuervo, por el delito de Homicidio. Magistrado onente: Doctor Jorge Carreño Luengas 494

AUDIENCIA PUBLICA. Generalidades. *La ausencia de las firmas en el acta de la diligencia de audiencia pública, descarta la suficiencia de la impugnación, si de otra parte no cabe duda que el juzgamiento se agotó con la presencia del procesado, defensor, fiscal y el propio jurado.* SENTENCIA. CASACION. 18 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jacinto Cárdenas Peña y Luis Carlos Cárdenas Jiménez, por el delito de Homicidio y a Víctor Manuel Callejas Segura por el mismo ilícito y por el de Hurto. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz ... 499

CAMBIO DE RADICACION. *El incidente de cambio de radicación es una ex-*

Págs.

cepción legal al factor territorial determinante de la competencia en materia penal, por ello el legislador ha querido en el nuevo Código de Procedimiento Penal que se decida jurisdiccionalmente salvo las circunstancias especiales del artículo 81. AUTO. CAMBIO DE RADICACION. 20 DE NOVIEMBRE DE 1987. Decreta la nulidad de la providencia del Tribunal Superior de Valledupar, en cuanto decidió un incidente que no era de su competencia y niega el cambio de radicación del proceso contra Guillermo Castro Mejía y otros, por el delito de Daño en materia prima y producto agropecuario e industrial. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia 504

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. *Para que exista el delito de falsedad ideológica en documento público, es suficiente que el empleado oficial en ejercicio de sus funciones, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, independientemente del fin particular que el falsificador buscaba.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 24 DE NOVIEMBRE DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Popayán, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal de tramitación ordinaria al doctor Moisés Eduardo López Idrobo, Ex-juez Promiscuo Municipal de Guapí, por algunos delitos contra la fe pública. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 507

FUERO MILITAR. *El ordinal segundo del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagró el fuero militar y, por tanto, el legislador no podría eliminar la exigencia de que el delito se cometiera en relación con el mismo servicio.* AUTO. COLISION. 24 DE NOVIEMBRE DE 1987. Dirime colisión de competencia entre el Comando del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina Número Tres con sede en Cartagena y el Juzgado Primero Superior de esa misma ciudad. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 512

VIOLACION DIRECTA. *Dentro de la técnica rigurosa del recurso, es principio indiscutible que quien invoca la causal primera de Casación, en su cuerpo primero, aludiendo a la violación directa de la ley sustancial, acepta como una verdad inmodificable los hechos y las pruebas que lo conforman.* SENTENCIA. CASACION. 24 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a Alirio Botero Vélez, por el delito de Falsedad Documental. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 515

COLISION DE COMPETENCIAS. SENTENCIA. Ejecutoria. *Las decisiones para garantizar la efectividad del juzgamiento y el cumplimiento de la pena, no son exclusivamente de carácter administrativo, sino que requieren la intervención del juez que esté revestido de competencia al momento de resolverlas.* AUTO. COLISION. 25 DE NOVIEMBRE DE 1987. Dirime colisión de competencias entre el Comando de la Tercera Brigada del Ejército Nacional con sede en Cali y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 518

Págs.

DOLO EVENTUAL. CUESTIONARIO. *Una vez determinado que la conducta típica de Homicidio debe reprocharse a título de dolo eventual, en el que es parte integrante la intencionalidad, exige la inclusión de este elemento en los cuestionarios formulados al jurado de conciencia.* SENTENCIA. CASACION. 25 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carlos y Jorge Heli Miranda Castillo y otros, por los delitos de Homicidio, Secuestro y Acceso Carnal Violento. Magistrados ponentes: Doctores Lisandro Martínez Zúñiga y Edgar Saavedra Rojas. Salvamento de Voto: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 522

1º ABUSO DE AUTORIDAD. *Ante una posible falta a la ética profesional surgida de la intervención de un abogado en el proceso penal, es deber del juez impedir que se consumen esa clase de acciones u omisiones que deterioran la profesión y que destacan una censurable incorporación al proceso penal.*

2º JUEZ COMISIONADO. *Una es la apreciación del juez cuando procede dentro del papel inicial de instructor, sin que haya mediado la intervención del funcionario del conocimiento, otra cuando ya su actuación está subordinada a una comisión de perfeccionamiento del sumario.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 26 DE NOVIEMBRE DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual residenció en juicio criminal al doctor Carlos Alberto Barrera Duanka, Juez Doce de Instrucción Criminal de ese Distrito Judicial, en su lugar lo sobresee en forma definitiva. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Aclaración de Voto: Doctor Lisandro aMrtínez Zúñiga 549

IMPEDIMENTO. COMPETENCIA. *El motivo de impedimento previsto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), no se puede alegar en dos fases diversas del proceso: investigación y juzgamiento.* AUTO. RECUSACION. 27 DE NOVIEMBRE DE 1987. Declara infundada la recusación formulada contra la Sala del Tribunal Superior de Bogotá, que conoce de un proceso adelantado contra Alberto Santofimio Botero. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas 563

CONFESION. PENA. *El legislador al establecer la rebaja de pena por confesión señala claramente cuándo es ésta posible y bajo qué condiciones. Así excluye las hipótesis delictivas que se hayan realizado en situación de flagrancia.* AUTO. CASACION. 1º DE DICIEMBRE DE 1987. Niega el beneficio de libertad provisional a Hernando Antonio Cardona y Luis Angel Trujillo Montenegro, condenados por el Tribunal Superior Militar, por el delito de Tráfico de Armas de Uso privativo de las Fuerzas Armadas. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 566

CUESTIONARIO. NULIDAD. *No constituye causal de nulidad la omisión en las preguntas a los vocales del término jurídico "empleado oficial", ni del monto del numerario solicitado en la Concusión, delito que es actualmente de "alternativa triple" y que se indica con cualquiera de sus verbos rectores.* SENTENCIA. CASACION. 1º DE DICIEMBRE DE

Págs.

1987. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Carlos Alberto Riaño Cárdenas, Sargento Segundo de la Fuerza Aérea Colombiana, por el delito de Concusión. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 573

EBRIEDAD. COLISION DE COMPETENCIAS. *Para la Corte la circunstancia de que el agente de la policía se embriague durante el cumplimiento de sus funciones oficiales, no le quita al acto delictivo que así realice su conexión con el servicio. La embriaguez dirá, entonces, referencia a un problema de imputabilidad o inimputabilidad.* AUTO. COLISION. 1º DE DICIEMBRE DE 1987. Dirime colisión de competencias entre el Comando de la Policía del Valle y el Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo (Valle). Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 580

IMPEDIMENTO. *Tanto en el anterior como en el vigente Código de Procedimiento Penal, perdura la jurisprudencia reiterada de la Corte, en cuanto que la opinión que imposibilita la posterior actuación del funcionario sea la que emite por fuera del proceso, pero no la que expone en cumplimiento de su deber y en ejercicio de la función que le es propia.* AUTO. IMPEDIMENTO. 1º DE DICIEMBRE DE 1987. Declara que les asistió razón a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Enrique Alford Córdoba, Beatriz Castaño de López y Edilma Celly de Suárez, para no separarse del proceso adelantado contra la doctora Luz Marina Gutiérrez de Silva, Juez Cuarenta y Seis de Instrucción Criminal de esta ciudad. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez 584

COLISION DE COMPETENCIAS. FUERO MILITAR. *Los delitos cometidos por civiles o por militares fuera del servicio, son de competencia de la jurisdicción ordinaria.* AUTO. COLISION. 4 DE DICIEMBRE DE 1987. Dirime colisión de competencias entre el Comando de la Fuerza Naval del Pacífico y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Buenaventura. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 588

INEXISTENCIA. *Para el Código Procesal anterior necesariamente el auto o sentencia sin fecha, no deberían considerarse inexistentes, no así el acta carente de ese requisito. Esta causal de inexistencia del acta no la reitera el nuevo ordenamiento.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 4 DE DICIEMBRE DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Riohacha, por medio de la cual fue sobreseída definitivamente la doctora Janeth Luque Márquez, Juez Promiscuo Municipal de Fonseca (Guajira), por los delitos de Falsedad en Documentos y Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúgiña. 592

TRANSITO DE LEGISLACION. CESACION DE PROCEDIMIENTO. *La Corte sobre el tema específico del tránsito de legislación y el principio de favorabilidad, ha insistido en el sentido de reconocer la necesidad de darle efecto retroactivo al nuevo Código de Procedimiento Penal, para que, cuando a términos del anterior condujera a un segundo so-*

Págs.

breseimiento temporal, se ordene la cesación de procedimiento. AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 7 DE DICIEMBRE DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Cartagena y, en su lugar, dispone la cesación de todo procedimiento, en favor del doctor Gabriel Pantaleón Narváez Ricardo, Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría con sede en Magangué, Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome 597

CESACION DE PROCEDIMIENTO. Oportunidad. *En la etapa sumarial puede disponerse la cesación de procedimiento por cualquiera de las causales que se den —en la legislación anterior no operaba para las llamadas causales de responsabilidad— y, en la etapa del juicio, solamente es posible cesar el procedimiento por causales objetivas.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 9 DE DICIEMBRE DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual se abstuvo de iniciar proceso penal contra Gonzalo Granada Gómez, Personero Delegado en lo Penal Cecilia López Gutiérrez, Fiscal Primero de los Juzgados de Circuito de Risaralda y Ferney Moncada Cano, Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, denunciados por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. 601

CONSULTA. *Ante las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal, es necesario hacer análisis a su operancia en el tránsito de legislaciones en relación con el principio constitucional y legal de la favorabilidad, que como tal debe ser estrictamente observado.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 10 DE DICIEMBRE DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual declaró la cesación de procedimiento adelantado contra la doctora Carmen Robles de Solano, Visitadora de la Procuraduría General de la Nación. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz 605

FRAUDE PROCESAL. *Consuma el delito de fraude procesal quien con la intención de alcanzar un resultado contrario a derecho, con perjuicio para el interés ajeno, por medios fraudulentos induce en error al funcionario o empleado oficial, con el fin de que se profiera una decisión favorable a sus intereses, llámese esta resolución, auto, sentencia o acto administrativo.* SENTENCIA. CASACION. 10 DE DICIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a María Arias de Moreno, por el delito de Fraude Procesal. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. 612

PARTE CIVIL. CASACION. *Para la parte civil resulta indiferente la falta de vinculación al proceso penal de determinada persona en calidad de sindicada, puesto que la obligación de reparar los daños y perjuicios causados con la infracción se predica en forma solidaria y no individual.* SENTENCIA. CASACION. 10 DE DICIEMBRE DE 1987. Desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual absolvió a Nepomuceno Díaz Castañeda, por el delito de Falsedad en Documentos. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas 619

Pág.

PRESCRIPCION DE LA ACCION. EMPLEADO OFICIAL. *El incremento del término prescriptivo de una tercera parte que dispone el artículo 82 del Código Penal en relación con el artículo 80, no viola el* nom bis in idem. AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 10 DE DICIEMBRE DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se abstuvo de decretar la nulidad de la actuación a partir de la providencia de esta Corporación, por medio de la cual confirmó, con algunas modificaciones, el auto de proceder contra la doctora Alcira Uribe de Calle, Ex-juez de Instrucción Criminal de la misma ciudad. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga 623

REVISION. *Muy claro es el texto legal al exigir que con base en las pruebas no conocidas al tiempo de los debates, se puede establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que al menos alcancen a constituir tales pruebas, "indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".* SENTENCIA. REVISION 10 DE DICIEMBRE DE 1987. Niega la revisión del proceso que, por los delitos de Contrabando, adelantó el Tribunal Superior de Aduanas, contra Jaime Rodríguez Rodríguez. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz 625

INDICE

SALA DE CASACION PENAL

A

Págs.

Abuso de autoridad ... 308

Abuso de autoridad ... 549

Abuso de confianza ... 254

Acumulación ... 139

Apelación ... 63

Aplicación de la ley en el tiempo ... 32

Audiencia pública. Generalidades ... 499

Auto inhibitorio ... 177

C

Cambio de radicación ... 406

Cambio de radicación ... 411

Cambio de radicación ... 504

Casación ... 7

Casación ... 22

Casación. Intervinientes ... 273

Casación. Requisitos ... 414

Casación. Técnica ... 170

Casación. Técnica ... 263

Casación. Técnica ... 435

Causal primera ... 417

Causal primera. Técnica ... 438

Cesación de procedimiento ... 199

Cesación de procedimiento ... 597

Págs.

Cesación de procedimiento. Oportunidad ... 601
Colisión de competencias ... 518
Colisión de competencias ... 580
Colisión de competencias ... 588
Competencia ... 78
Competencia ... 211
Competencia ... 245
Competencia ... 300
Competencia ... 422
Competencia ... 563
Concusión ... 284
Condena de ejecución condicional ... 142
Conexidad ... 78
Confesión ... 489
Confesión ... 566
Consejo de guerra ... 11
Consulta ... 268
Consulta ... 605
Consulta. Código de Procedimiento Penal de 1987 ... 156
Consulta. Código de Procedimiento Penal de 1987 ... 156
Contrabando ... 28
Control punitivo del Estado ... 236
Control punitivo del Estado ... 236
Cuestionario ... 447
Cuestionario ... 522
Cuestionario ... 573

D

Delitos contra el patrimonio económico ... 257
Derecho de defensa ... 135
Derecho de defensa ... 314
Derecho de defensa ... 386
Derecho de defensa ... 481

Págs.

Derecho de defensa ... 481
Desobediencia ... 350
Desobediencia ... 352
Dictamen pericial ... 216
Dolo eventual ... 522

E

Ebriedad ... 580
Empleado oficial ... 623
Empleado oficial ... 91
Estafa ... 452
Estupefacientes. Estatuto ... 442
Excarcelación ... 378
Extorsión ... 326
Extradición ... 89

F

Falsedad de la prueba ... 132
Falsedad en documentos ... 507
Fraude mediante cheque ... 452
Fraude procesal ... 612
Fuero militar ... 304
Fuero militar ... 512
Fuero militar ... 588

I

Impedimento ... 422
Impedimento ... 462
Impedimento ... 563
Impedimento ... 584
Impedimento. Código de Procedimiento Penal de 1987 ... 211
Inexistencia ... 592

Págs.

Inimputabilidad ... 44
Inimputabilidad ... 360
Inimputabilidad ... 364
Investigación. Calificación ... 110

J

Juez comisionado ... 549
Justicia Penal Militar ... 245
Justicia Penal Militar ... 294
Justicia Penal Militar ... 300
Justicia Penal Militar ... 474

L

Libertad condicional ... 464
Libertad provisional ... 224
Libertad provisional ... 474

M

Medidas cautelares ... 340

N

Nulidad ... 7
Nulidad ... 22
Nulidad ... 386
Nulidad ... 481
Nulidad ... 494
Nulidad ... 573
Nulidad constitucional ... 11
Nulidad legal ... 110
Nulidad legal ... 273
Nulidad legal ... 314
Nulidad. Oportunidad ... 86

Págs.

P

Parte civil ... 619
Peculado ... 124
Pena ... 257
Pena ... 489
Pena ... 566
Pena. Circunstancia de agravación ... 105
Pena. Circunstancias de agravación y atenuación ... 400
Peritación ... 18
Peritación ... 91
Prescripción de la acción ... 623
Prevaricato ... 177
Prevaricato ... 229
Principio de favorabilidad ... 165
Principio de favorabilidad ... 199
Procesado. Identidad ... 58

R

Revisión ... 67
Revisión ... 132
Revisión ... 356
Revisión ... 360
Revisión ... 370
Revisión ... 625

S

Sanción correccional ... 236
Secuestro ... 69
Sentencia. Ejecutoria ... 518
Suspensión de la detención preventiva ... 302

Págs.

T

Tentativa ... 152
Tentativa ... 326
Tránsito de legislación ... 597

V

Veredicto inexistente ... 44
Violación directa ... 142
Violación directa ... 515
Violación directa de la ley ... 75
Violación directa de la ley ... 425
Violación directa de la ley. Técnica ... 290
Violación indirecta de la ley ... 429
Violación indirecta ... 494
Violación indirecta de la ley. Técnica ... 186

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial Penicentral de Colombia en el mes de enero de 1989.

BOGOTA, D. E., - COLOMBIA