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

(Segundo Semestre)

TOMO CLXXXV – Número 2424
Bogotá, D. E., Colombia – Año 1986

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXXXV

1986

SEGUNDO SEMESTRE

SALA DE CASACION PENAL

BOGOTA, D. E., COLOMBIA – IMPRENTA NACIONAL – 1988

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

1986

SALA PLENA

Doctores FERNANDO URIBE RESTREPO, **Presidente.**
LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO †, **Vicepresidente hasta** Octubre 5 de 1986.
NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ, **Vicepresidente.**
Inés Galvis de Benavides, Secretaria General.

SALA CIVIL

Doctores JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ, **Presidente.**
Inés Galvis de Benavides, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Héctor Gómez Uribe.
Héctor Marín Naranjo.
Alberto Ospina Botero.
Guillermo Salamanca Molano - Eduardo García Sarmiento.
Hernando Tapias Rocha - Rafael Romero Sierra.

SALA PENAL

Doctores EDGAR SAAVEDRA ROJAS -
JORGE CARREÑO LUENGAS, **Presidente.**
José Heriberto Velásquez Ramos -
Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores **Luis Enrique Aldana Rozo † - Rodolfo Mantilla Jácome.**
Hernando Baquero Borda † - Jaime Giraldo Angel.
Jorge Carreño Luengas.
Guillermo Dávila Muñoz.
Guillermo Duque Ruiz.
Gustavo Gómez Velásquez.
Lisandro Martínez Zúñiga.
Edgar Saavedra Rojas.

SALA LABORAL

Doctores NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ, **Presidente.**
Bertha Salazar Velasco, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores **Rafael Baquero Herrera.**
Nemesio Camacho Rodríguez.
Manuel Enrique Daza Alvarez.
Juan Hernández Sáenz.
Fernando Uribe Restrepo.
Germán Valdés Sánchez - Humberto de la Calle Lombana -
Jacobo Pérez Escobar.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores FABIO MORON DIAZ, **Presidente.**
Ricardo Correal Morillo - Betty Cuervo Zárate, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores **Jairo Duque Pérez.**
Hernando Gómez Otálora.
Fabio Morón Díaz.
Jaime Pinzón López.

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:

RELATORA SALA PENAL	Doctora: Hilda L. Cortés Gómez
RELATORA SALA CIVIL	Doctora: Carmen R. Avella de Cortés
RELATORA SALA LABORAL	Doctora: Esperanza I. Márquez Ortiz
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	Doctor: Miguel A. Roa Castelblanco

TOMO CLXXXV – BOGOTA, COLOMBIA – JULIO A DICIEMBRE DE 1986 – NUMERO 2424

APELACION

El auto por el cual se concede o se niega el recurso de APELACION, debe ser interlocutorio, porque la decisión incide sobre un derecho y exige su conocimiento por los sujetos personales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 64.

Bogotá, D. E., 2 de julio de 1986.

Vistos

Procede la Corte a pronunciarse sobre la incompetencia que le asiste para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de 3 de abril del presente año, del Tribùnal Superior de Bogotá, por la cual se negó el cese de procedimiento, invocado en favor de José Eduardo Cordero Villamizar, a quien se sindica del delito de hurto calificado. Tal cese de procedimiento lo había pedido por estimar tener derecho al indulto en las condiciones de la Ley 49 de 1985, artículo 3º.

Antecedentes

1. Con fundamento en el artículo 4º de la Ley 49 de 1985, el apoderado del procesado Cordero Villamizar, interpuso recurso de apelación contra la citada decisión, el cual fue concedido por auto de sustanciación proferido por el Magistrado sustanciador.

2. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sin referirse a la legalidad de la concesión del recurso, solicita confirmación de la providencia impugnada.

CONSIDERACIONES

1. *La ley procesal penal, no determina en forma taxativa, cuáles son las resoluciones judiciales que deben proferirse mediante auto interlocutorio y cuáles por auto de sustanciación de cumplimiento inmediato, como sucede con los de esta misma clase pero de obligatoria notificación que se encuentran relacionados en el inciso 1º del artículo 179; pero es indudable que al regular estos actos procesales, se hace clara diferencia entre unos y otros de acuerdo con la naturaleza, fines y efectos que se buscan con la decisión.*

2. *Impera resolución interlocutoria, cuando se trata de resolver "incidente o cuestión del proceso" de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal, en el que se enuncia ilustrativamente algunas de estas determinaciones, todas ellas de incuestionable importancia en el juzgamiento y deja al Juez en libertad para que pronuncie igual clase de autos en todas las situaciones "que contengan resoluciones análogas", para lo cual debe tener en cuenta, por exclusión de materia, que sólo procede auto de sustanciación cuando se trate de "disponer otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación", es decir, para impulsar el proceso, y si éstos no corresponden a los de obligatoria notificación, contra ellos no procede recurso alguno al tenor del inciso 2º del citado artículo 179.*

3. *En estas condiciones, dos aspectos fundamentales surgen para considerar si el auto por medio del cual se resuelve sobre la concesión del recurso de apelación, debe ser interlocutorio o de trámite a saber:*

a) La importancia de esta clase de determinaciones, pues la impugnación a las resoluciones judiciales no pueden entenderse como una cuestión de simple trámite o de impulso procesal, sino que corresponde al reconocimiento de un derecho previamente regulado por el ordenamiento jurídico y de suyo tan importante, que últimamente fue reconocido como garantía inherente al juzgamiento en la Convención Americana de los Derechos Humanos de Costa Rica incorporada a nuestra legislación mediante la Ley 16 de 1972.

b) Los efectos que emanan del pronunciamiento que se tome son distintos, dado que si se hace por auto de trámite, con iguales razones, el que niega el recurso debe ser de la misma naturaleza, pues no sería entendible que los sujetos procesales sólo se enteren de la decisión adversa y no de la favorable, negando, con este procedimiento, el derecho a recurrir de hecho contra el auto que ha negado el de apelación, toda vez, que si los autos de trámite no son susceptibles de ser recurridos, no es posible solicitar su reposición y en subsidio las copias para acudir ante el superior o en caso contrario, para desistir posteriormente del recurso, ya que si no se conoce la decisión no puede compartirse o desaprobarla.

4. *Por tanto, considera la Sala, que el auto por el cual se concede o niega el recurso de apelación, debe ser interlocutorio, por cuanto la decisión que se tome incide sobre un derecho y exige ser conocida por los sujetos procesales, para que a su turno, les sea posible ejercitar los derechos que de aquel pronunciamiento surjan y que no pueden ser suprimidos por arbitrio del Juez, so pena de vulnerar la igualdad y seguridad jurídica del juzgamiento.*

5. Se debe concluir entonces, que el recurso en cuestión fue irregularmente concedido por el Tribunal Superior de Bogotá, motivo por el cual la Corte no ha adquirido competencia para resolverlo.

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

RESUELVE:

1. ABSTENERSE de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del sindicado José Eduardo Cordero Villamizar, contra la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, negó el cese de procedimiento.

2. DISPONER el envío del presente proceso, al citado Tribunal, para que subsane la irregularidad anotada en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R.
Secretario.

COMPETENCIA

Justicia Penal Militar.

La destinación de que trata el Decreto 612 de 1977 y que permite asignar a un Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar, es un acto administrativo, que al no ejecutarse, hace radicar la competencia en el superior respectivo para la época en que ocurrieron los hechos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 64.

Bogotá, D. E., 2 de julio de 1986.

VISTOS

Procede la Corte a dirimir el conflicto de competencias suscitado por el Comandante de la Base Naval de Coveñas al Inspector General de la Armada, quienes como Jueces de primera instancia, se declararon incompetentes para conocer el proceso que se sigue contra el Cabo Primero de Infantería de Marina, Hildebrando Mendoza Roa, por los delitos de ataque a subalterno y lesiones personales.

ANTECEDENTES

1. Se investiga en este proceso la conducta de Hildebrando Mendoza Roa, de quien se afirma que en la Guarnición de Coveñas, en el mes de diciembre de 1981 y cuando un grupo de Infantes de Marina se disponía a almorzar, no atendió la formal petición que le hizo su subalterno Edwin Alberto Mejía Patiño, para que lo autorizara buscar una cuchara, sino que, sin otro motivo, procedió a propinarle fuertes golpes, los cuales originaron en Mejía Patiño lesiones con una incapacidad médico-legal de 90 días.

2. Iniciado el sumario, el Inspector General de la Armada, envió el expediente, por competencia, al Comandante de la Base Naval de Coveñas, con fundamento en los artículos 306 y 336 del Código de Justicia Penal Militar, razón por la cual este último se abstuvo de avocar el conocimiento y resolvió remitir el proceso al mencionado Inspector General, proponiéndole colisión negativa de competencias, debido a que la competencia se alcanza "única y exclusivamente" cuando "tanto el Juez como el sindicado hayan sido trasladados o destinados a la unidad mediante un acto administrativo" y al encontrarse Mendoza Roa, nombrado como Cabo Primero de Infantería de Marina destinado a prestar sus servicios en el Grupo de Fuerzas Especiales de Cartagena, conforme lo dispuso el Comandante de la Armada Nacional en la Resolución número 0238 de 10 de junio de 1981, es al Inspector General de la Armada a quien le corresponde conocer de la investigación, así el procesado haya estado prestando sus servicios en la Base Naval de Coveñas, pues prima el factor funcional ante el territorial.

3. El Inspector General de la Armada no aceptó la colisión propuesta y dispuso el envío del expediente a esta Corporación para que dirima el conflicto, por considerar que si de acuerdo con las respectivas resoluciones y el informe oficial, Mendoza Roa "nunca hizo presentación" en la Unidad de Cartagena, no era posible entender que haya existido subordinación jerárquica, y en esas condiciones se debía aplicar el artículo 306 del Código de Justicia Penal Militar, determinando la competencia por la calidad del agente, la naturaleza de la infracción y el lugar donde se haya cometido, y habiéndose consumado los delitos en Coveñas, sin existir discrepancias sobre los otros dos requisitos, es al Comandante de esa Base Naval a quien le corresponde conocer del referido proceso.

Considéraciones

1. Estima la Sala, que el conflicto de competencias suscitado entre los citados funcionarios, encuentra fundamento en la falta de claridad sobre la regulación que hace el Código de Justicia Penal Militar, respecto a los factores determinantes de la competencia y en segundo lugar, sobre la real incidencia de la resolución por medio de la cual Hildebrando Mendoza Roa, fue destinado como Cabo Primero de Infantería de Marina al Grupo de Fuerzas Especiales de Cartagena, en cuanto se refiere a determinar la dependencia jerárquica, pues es indudable que de conformidad con el artículo 306 del Código de Justicia Penal Militar, la fijación de la competencia depende de la calidad del agente, la naturaleza de la infracción y del lugar donde éste se haya cometido, pero no es acertado concluir que éstas sean las únicas limitaciones que señala la ley castrense para ese fin, ni mucho menos, que puedan aplicarse desconociendo la naturaleza misma de la Justicia Militar y desde luego, el ordenamiento positivo que debe interpretarse en forma sistemática y bajo el principio de no contradicción legislativa, pues la estructura de la institución militar se fundamenta en la jerarquía, que a su turno, determina el factor funcional.

En efecto, el citado artículo 306 debe aplicarse teniendo como premisa básica el artículo 2º del Código de Justicia Penal Militar, de acuerdo con el cual "el ejercicio de la jurisdicción militar es inherente a la jerarquía militar", lo cual no implica desconocimiento alguno de aquella disposición,

sino que para efecto de fijar la competencia ante la justicia militar, existe un factor principal que es el funcional, consecuencia de la jerarquía, y otros secundarios referidos a la calidad del agente, la naturaleza de la infracción y el lugar donde éste se cometió, integrándose así su completa regulación.

Cada vez que a la Sala le ha correspondido decidir sobre casos como el presente, ha plasmado su pensamiento sobre enfoques de igual o similar contenido al que se acaba de exponer; así por ejemplo, lo hizo en decisiones de 10 de febrero de 1981 y 18 de marzo de 1982, cuando se expresó que para determinar la competencia en la justicia penal militar debía consultarse "... el factor fundamental que orienta las normas de competencia en el campo penal militar, que es el de la dependencia jerárquica, pues aunque el Código enuncia como fuentes de competencia la calidad del agente, la naturaleza de la infracción y el territorio, es sin embargo, el de la dependencia jerárquica el que prevalece...".

2. Establecido que *es el factor funcional el que prima para determinar la competencia en la justicia castrense,* corresponde precisar, en este caso, cuál de los dos funcionarios colisionados la tenía para la época en que sucedieron los hechos, entendiendo que la solución adecuada depende del alcance que le dé la Sala a la resolución por medio de la cual Hildebrando Mendoza Roa, fue destinado al Grupo de Fuerzas Especiales de Cartagena, adonde nunca se presentó, ignorándose el motivo por el cual no se cumplió ese acto administrativo, y por el contrario, encontrándose demostrado que para el mes de diciembre de 1981, cuando sucedieron los hechos que se investigan, estaba en servicio activo en la Base Naval de Coveñas, donde permaneció desde el mes de noviembre de 1980, cuando ingresó, hasta febrero de 1982 cuando fue trasladado al Batallón de Selva de Infantería de Marina Leguízamo.

El Decreto 612 de 15 de marzo de 1977 "por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", en el Capítulo II del Título 3º, se ocupa de lo atinente a la destinación, el traslado, la comisión y la licencia de militares, Oficiales y Suboficiales, de Carrera, definiendo claramente cada una de dichas situaciones, disponiendo en el artículo 93, en cuanto a los dos fenómenos iniciales se refiere, pues los restantes carecen de utilidad para resolver la colisión de examen, que por destinación se entiende, "el auto de la autoridad militar competente por el cual se asigna a una unidad o dependencia militar a un Oficial o Suboficial cuando ingresa al escalafón o cuando cambia situación jerárquica por ascenso", y por traslado, "el acto de autoridad militar competente por el cual se asigna al Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar a fin de que preste servicios en ella, u ocupe un cargo o empleo dentro de la organización".

La comparación de estas dos situaciones, permite establecer, que la diferencia fundamental radica en que el traslado se dispone la movilización del Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar, previa anterior vinculación a la institución, mientras que en la destinación se refiere al ingreso, al Escalafón, pero como también puede presentarse esta situación en los ascensos, es dable afirmarse que en dichos casos el promovido, no necesariamente debe entenderse como una asignación formal, pues

la norma precitada al referirse al traslado agrega en relación con la destinación, que éste tiende a que el trasladado, "preste servicios... u ocupe un cargo o empleo dentro de la organización". Pero una conclusión de esa naturaleza que serviría para afirmar que le asiste razón al Comandante Naval de Coveñas, carece de asidero si se tiene en cuenta que el referido Decreto 612, en su artículo 218 dispuso la derogatoria del Decreto-ley 2337 de 1971 "y las demás disposiciones que le sean contrarias", lo cual permite colegir, que el artículo 1º del Decreto 528 de 1940 se encuentra vigente, pues en nada contradice el estatuto reorganizativo de la carrera militar, y el contrario, lo complementa al disponer, que: "El personal del ramo de guerra que sea trasladado o destinado podrá disponer de un término de cinco (5) días, más la distancia, para hacer la presentación en su nueva guarnición. Dicho término empezará a contarse a partir del momento en que la disposición ejecutiva o ministerial sea comunicada al interesado, lo cual se hará constar en el "cese militar", o sea que de todas maneras, cuando el ascendido se lo asigna a una unidad o dependencia militar distinta, se debe cumplir con la correspondiente presentación.

Obvio es entender, entonces, que cuando con la destinación se está asignando a un Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar, este acto administrativo no puede quedarse en el campo de la formalidad, sino que debe materializarse en su cumplimiento dentro del término señalado por el Decreto 528, quedando sometido a la nueva dependencia jerárquica, la cual no es entendible potencialmente resultante de una designación que no logró ejecutarse, como pretende el Comandante de la Base Naval de Coveñas, pues como en otra oportunidad lo consideró la Corte, se debe distinguir cuando "... hubo un traslado aparente, y no real, pues, si no se comunicó a la nueva unidad, ni se notificó al interesado, anulado por resolución posterior y el Suboficial no abandonó en ningún momento la compañía ... a cuya jurisdicción siguió perteneciendo materialmente, la competencia para juzgarlo radica, sin equívocos..." en el superior que le correspondía para cuando sucedieran los hechos, sin tener en cuenta el acto no ejecutado. (Sentencia de 4 de marzo de 1974).

Le asiste, en consecuencia, razón al Inspector General de la Armada, para abstenerse de conocer de este proceso, pues como él lo afirma, Hildebrando Mendoza Roa "nunca estuvo bajo la jurisdicción del Comandante del Grupo de Fuerzas Especiales de Cartagena, puesto que jamás hizo presentación ni formal, ni material, por traslado a esa Guarnición y por lo tanto nunca se sustrajo del mando del Comandante de la Base Naval de Coveñas, Guarnición donde permaneció ejerciendo funciones de Comandante de Escuadra", siendo este funcionario a quien le corresponde de conformidad con lo dispuesto por los artículos 306 y 336 del Código de Justicia Penal Militar, continuar conociendo de la investigación.

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

RESUELVE:

DIRIMIR la colisión negativa de competencias a que se ha hecho mérito y ORDENAR continuar el conocimiento de este proceso al Comandante de la

Base Naval de Coveñas, a donde se enviará el diligenciamiento, previa noticia de lo aquí resuelto al Inspector General de la Armada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R.
Secretario.

FALSEDAD

Es típica la conducta que se concreta en la destrucción de un documento original, aun cuando existan copias del mismo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 062 de 24 de junio de 1986.

Bogotá, D. E., 8 de julio de 1986.

Vistos

Por consulta revisa la Corte la providencia de diciembre diecinueve del año inmediatamente anterior, en virtud de la cual el Tribunal Superior Militar absolvió al Mayor (r) abogado Pedro Elías Jiménez Rojas, por el delito de falsedad objeto de la acusación en su contra, respecto de hechos cometidos cuando se desempeñaba como Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada en la Guarnición de Cali.

Dentro de la tramitación propia de la instancia, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, solicitó la confirmación de la sentencia materia de estudio.

Hechos

Los que generaron el proceso tienen que ver, según los cargos formulados en el auto de proceder, con el delito de falsedad en documento público cometido por el acusado cuando ejercía las funciones de Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada con sede en Cali y consistente en haber ordenado "suprimir" del sumario 10360 que por el delito de extorsión se adelantaba contra los agentes de la policía nacional y un particular, una providencia, con el fin de sustituirla por otra de contenido completamente diverso y para beneficiar a los sindicados.

RESULTANDOS

De la prueba testimonial incorporada al proceso y proveniente principalmente de las versiones que bajo la gravedad del juramento rindieron el Teniente Coronel José Norman Echeverry Cardona (Jefe de la Sección Segunda en la Tercera Brigada), Gloria Rojas Díaz (Secretaria de la Auditoría Principal de Guerra), Roosevelt Valencia Valencia (quien reemplazó a la anterior en su cargo por el lapso de sus vacaciones), Alberto Acosta Ruiz (Secretario del Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar que recibió la orden para sustraer el mencionado documento) y Gilberto Cardona Restrepo (Juez 45 Penal Militar); así como de la *prueba documental* debidamente aportada (conceptos, autos, sentencias, etc.), y de la *inspección judicial* practicada en la oficina a cargo del procesado y en la Fiscalía del Tribunal Militar, se desprende:

1º El 26 de noviembre de 1979, por hechos ocurridos en Santander (Cauca), se inició investigación penal contra los agentes de la Policía Nacional Erit Marco Leurido y Jhon Jairo Palacios, e igualmente contra el particular Alvaro Hernández Colorado. (Fl. 122).

2º El 29 de noviembre y el 11 de diciembre del mismo año, dentro del referido sumario que se radicó en la Auditoría Principal de Guerra de la Tercera Brigada bajo el número 10360, se profirió auto de detención contra las citadas personas por el delito de extorsión, tal como lo dispusieron los Juzgados 1º Promiscuo Municipal de Santander (Cauca) y 76 de Instrucción Penal Militar. (Fls. 122, 185, 187).

3º El 22 de julio de 1980, luego de surtirse el traslado de ley, la Auditoría Auxiliar 3ª de Guerra emitió concepto de conformidad al artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar, en el cual, estimó que con relación a los Agentes de la Policía Nacional involucrados existía mérito para convocarles a Consejo de Guerra Verbal, pero que su juzgamiento correspondía al Comando del Departamento de Policía del Valle, mientras que lo concerniente al particular comprometido, debía continuar bajo la responsabilidad de la Tercera Brigada con sede en Cali. (Fls. 123 y 198).

4º En septiembre 5 siguiente, el apoderado de uno de los detenidos solicitó la aplicación del artículo 417 del Código de Justicia Penal Militar y consecuencialmente la libertad inmediata de todos los implicados bajo la consideración de que eran inocentes en relación con los hechos denunciados. (Fl. 123).

5º Como respuesta a lo solicitado por el apoderado de John Jairo Palacios, se produjeron dos decisiones en fechas distintas y de contenido diferente, así:

En noviembre 20 de 1980, con pronunciamiento adverso del Ministerio Público, se resolvió no acceder a la cesación de procedimiento invocada. (Fl. 129).

En diciembre 15 del mismo año, luego de la sustracción del original de la providencia anterior por orden del enjuiciado, y, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 417 del Código de Justicia Penal Militar que se transcribió, se dictó sentencia en la cual se declaró que la acción penal

no podía continuar por inexistencia del hecho imputado y se ordenó la culminación del procedimiento hasta dicha etapa procesal adelantado, así como la libertad de los favorecidos con la medida. (Fls. 11 y 15).

6º El 7 de enero de 1981, se remitió "sin detenido" y por la vía de consulta, la actuación del Tribunal que, en consonancia con su Fiscal, declaró el abril 13 de 1983, la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia del juez de primer grado, ya que el juzgamiento de los agentes del orden correspondía al Departamento de Policía del Valle, y, el del particular, a la justicia ordinaria. (Fls. 57 Cuad. principal y 398 Cuad. de la Corte).

7º El Tribunal Superior Militar en diciembre 3 de 1982, por los hechos atrás consignados, sobreseyó definitivamente al procesado, y, consultó su determinación con la Corte que, en mayo 3 del año siguiente la revocó para llamar a juicio al ex-funcionario Jiménez Rojas por la conducta descrita en el ordinal 9º del artículo 231 de la Ley 95 de 1936 y artículo 223 del Código Penal Vigente, al concluir que el acusado cometió "falsedad por supresión de documento público" como autor intelectual o agente determinante del delito. (Fl. 36 Cuad. de la Corte).

8º Ante la Corte presentaron alegatos el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y el señor defensor del procesado. El representante del Ministerio Público pide la confirmación de la sentencia que se revisa, por cuanto en su opinión el Mayor Pedro Elías Jiménez Rojas no ordenó la supresión de una providencia, sino la elaboración de otra diferente, habida cuenta de que la primera era tan solo un proyecto aún no notificado. Destaca también la ausencia de culpabilidad del procesado, con base en los argumentos expuestos por el Fiscal del Tribunal.

Por su parte el señor defensor demanda la confirmación de la absolución de su poderdante para lo cual critica el testimonio de Alberto Acosta Ruiz a quien le atribuye el carácter de testigo único de cargo. Preconiza la tesis de la inexistencia del delito de falsedad por supresión de documento público, con el argumento de que la decisión que había negado la cesación de procedimiento nunca salió de la esfera de la justicia penal militar e insiste en la tesis de la ausencia de dolo del procesado, quien en manera alguna buscó un beneficio particular y resultó víctima de un error, ya que ordenó que se redactara un proyecto de providencia ordenando la cesación de procedimiento con base en lo dispuesto por el artículo 567 del Código de J. P. P., pero la persona encargada de su elaboración hizo una respuesta a la preexistente solicitud de un apoderado.

Consideraciones de la Sala

Tal como quedó consignado desde el auto de proceder, la prueba de imputación que obra en el proceso contra el ex Auditor Jiménez Rojas permite llegar a la conclusión de que efectivamente el procesado ordenó suprimir una decisión judicial ya proferida y parcialmente notificada para ser reemplazada por otra diametralmente opuesta. Esta aseveración tiene respaldo probatorio en el testimonio del Secretario Acosta Ruiz quien fue la persona que por orden del procesado suprimió la providencia que había

negado la cesación de procedimiento con el fin de reemplazarla por otra en la cual se aceptara la petición que en este sentido hizo el apoderado de los sindicados. Este declarante dio la citada versión que fue corroborada en alguna medida por los testimonios de Gloria Rojas Díaz, Gilberto Cardona Restrepo, Roosevelt Valencia y Ana Lucía de Pino y especialmente por la circunstancia de que cuando regresó la secretaria titular que advirtió la irregularidad, se encontró con que la providencia aparecía en el cuaderno de copias mientras que el original y las notificaciones fueron halladas en los archivos de ese despacho judicial. De otra parte, no hay razón alguna para sospechar de la veracidad del testimonio de Acosta Ruiz, si se tiene en cuenta que la realidad procesal lo corrobora y por cuanto no tenía motivo alguno para proceder falazmente contra el auditor procesado.

En reiteradas oportunidades y por diversos sujetos procesales se ha pretendido negar la tipicidad de la conducta atribuida al enjuiciado con la argumentación de que la providencia primeramente dictada apenas era un proyecto y por cuanto, además, no hubo supresión en estricto sentido, ya que la providencia no salió de la esfera de la jurisdicción penal militar, pues siempre estuvo en manos del Secretario Acosta Ruiz, como tampoco se suprimieron las copias ni las notificaciones, pues fueron encontradas en los legajadores de esa oficina judicial.

El caso que ahora ocupa a la Sala se refiere en forma evidente, a la supresión de una providencia efectivamente proferida y parcialmente notificada, de modo que no pueden serle aplicadas las reflexiones que en otra oportunidad se hicieron sobre cambio o modificación de simples proyectos. En efecto, la solicitud hecha por el apoderado de los sindicados para que se dispusiera la cesación de procedimiento fue respondida por auto de 20 de noviembre de 1980, decisión que dista mucho de ser un proyecto, porque lleva la firma del señor Brigadier General Manuel J. Guerrero Paz, Comandante de la Tercera Brigada y del Teniente Pablo Rodríguez Laverde, Ayudante del Comando, en el carácter de Juez de Primera Instancia y Secretario, respectivamente; además esa decisión se halla notificada al Mayor Braulio Montenegro Freire, Fiscal, y al procesado John Jairo Palacios, diligencias debidamente firmadas por el secretario Rodríguez Laverde. Estos elementos de juicio permiten afirmar de manera inequívoca que fue una providencia judicial el objeto material de la conducta atribuida al procesado, por cuanto cumplió una finalidad procesal al responder la petición de uno de los sujetos procesales y trascendió la esfera interpersonal de quien le dio entidad jurídica con su firma, a más de que se hizo pública desde el momento en que comenzó a ser notificada.

De otra parte y con base en interesantes planteamientos del señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar, se ha afirmado que la conducta atribuida al procesado no corresponde a la descripción legal que sirve de base al auto de proceder, pues en estricto sentido el documento oficial (la providencia del 20 de noviembre de 1980), no fue destruido, suprimido u ocultado, por cuanto si bien es verdad demostrada que el Auditor procesado ordenó que fuera sacada del expediente, tal orden no se cumplió en su integridad pues el duplicado de la providencia y su notificación continuaron adheridas al cuaderno de copias; en el legajador de autos se mantuvo otro

ejemplar de la decisión junto con las constancias de notificación y el original lo conservó el secretario Alberto Acosta Ruiz. En otras palabras, que la conducta pretendida por el determinador no tuvo cumplido efecto, porque no se realizó el comportamiento legal descrito, de modo que no se afectó el bien jurídico de la fe pública ni la aptitud probatoria del documento.

La apreciación precedente no es de recibo por cuanto de todas maneras *el original de la providencia fue sacado del lugar que le correspondía, lo cual permite afirmar que fue suprimido u ocultado en cuanto en tal condición no podía surtir los efectos procesales para los cuales estaba destinado, así en el cuaderno de copias y en el archivo apareciera el duplicado, pues de todas maneras la aptitud probatoria de los documentos se cercena no sólo cuando se presenta la destrucción de un documento, sino también cuando para suprimirlo u ocultarlo se le cambia del lugar que le es propio, aun cuando se conserve copia de él. Suprimir equivale a hacer desaparecer* que fue justamente la conducta realizada en el caso que se examina, pues a *partir de su realización no obró en el expediente el auto que había negado la cesación de procedimiento.*

La circunstancia de que existan copias de los documentos sobre cuyo original se haya realizado cualesquiera de las conductas de destruir, suprimir u ocultar, en manera alguna incide sobre la tipicidad del comportamiento, pues las copias, archivos y protocolos cumplen una diversa finalidad. En efecto, el original del documento está llamado a surtir efectos probatorios concretos respecto de una especial situación o relación jurídica, mientras que las copias cumplen una función supletiva y de ordinario están llamadas a garantizar la permanencia de la verdad que se ha dejado consignada en un escrito. De aceptarse el planteamiento sugerido, se podría destruir una escritura pública que obre en un proceso, con el argumento de la inanidad del comportamiento, pues ella aparece en el protocolo notarial, lo cual ciertamente desconoce los principios y finalidades propios de la prueba documental.

Las apreciaciones precedentes permiten concluir que la conducta atribuida al procesado se adecua a la descripción del artículo 231 del Código Penal de 1936, vigente para la época de los hechos, reemplazado por el artículo 223 de la vigente codificación penal, norma esta última llamada a regular el caso que se examina en atención al principio de favorabilidad, tal como se destacó desde el auto de proceder.

Además la conducta resultó antijurídica pues con ella se lesionó, sin derecho alguno, el interés jurídicamente tutelado. En efecto, *desde el momento en que se profiere una decisión judicial, hecho que se cumple con la firma del titular de la función que se ejerce y se incorpora al proceso, su posterior supresión, destrucción u ocultamiento, representa alteración de la verdad procesal que desconoce los fundamentos mismos de la actividad judicial que debe ser cumplida dentro de estrictos cánones de veracidad y autenticidad.*

Se ha insinuado, así mismo, la ausencia de culpabilidad del procesado, con el argumento de que el único testigo de cargo afirma que el procesado, le ordenó suprimir la ya anotada providencia, en el convencimiento de que

como no había sido notificado, nadie se había enterado de su contenido. Sobre el particular dijo el secretario Acosta Ruiz:

"Entré a la oficina del Mayor Jiménez, le hablé sobre el particular y ante la no aparición de la notificación del auto se supuso que no era conocido por nadie y el Auditor me dijo en estos términos: 'Señor Acosta la mujer y uno de los hijos de estos policías según me enteré están en la miseria, están aguantando hambre y en realidad el delito que han cometido ya prácticamente lo han pagado porque llevan año (sic) en la cárcel, como no ha conocido nadie ese auto porque no aparece la notificación en el expediente elabore una cesación de procedimiento ya que el auto que está sin la notificación no se ajusta a la realidad procesal y dejar estos tipos libres y acabar con el problemita'. En cuanto al auto o proveído que estaba sin notificar interrogué al Mayor sobre el particular y lógicamente me dijo que se debe elaborar un proveído aceptando la cesación de procedimiento solicitado por el abogado y como el auto está sin notificar no lo ha visto nadie y resuelve la misma solicitud, como no puede haber dos autos resolviendo la misma solicitud me dijo: 'Saque ese auto de ahí y elabore un nuevo proyecto resolviendo la solicitud impetrada (sic) por el abogado' ". (Fl. 29).

La causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal procede cuando el agente realiza el comportamiento típicamente antijurídico, con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal. En el caso de que el error provenga de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto en forma culposa.

Esta disposición establece el error sobre el tipo para cuya existencia se requiere no solamente la equivocada apreciación del agente, sino que es indispensable que concurra la nota de la insuperabilidad. En el caso que se examina se pretende fundamentar el error en la aseveración de que el agente ordenó suprimir la providencia por la errada convicción que tenía de que aún no había sido notificada, hecho que no correspondía a la realidad, pues, como se vio, de ella habían sido enterados el Fiscal y uno de los procesados; no obstante, el error radica en que el procesado ignoraba esta circunstancia, que al no ser invencible, pues bastaba una superficial mirada al expediente para superar la equivocación, carece de significación jurídico-penal, pues en este caso la imputación no procede por no admitir el delito de falsedad la modalidad culposa.

El anterior planteamiento parte de un supuesto falso. En efecto, es posible que el procesado hubiera ordenado la supresión de una providencia que estimaba aún no conocida; sin embargo, lo que no se ha tenido en cuenta es que el Auditor no estaba facultado en manera alguna para suprimir una providencia que no era suya, porque su pronunciamiento estaba por fuera de su órbita funcional. En otras palabras se trataba de una providencia suscrita por el señor Comandante de la Tercera Brigada y su secretario, el ayudante del Comando, de modo que, en gracia de discusión, la única persona que podía ordenar el cambio de un proyecto era el titular de la potestad judicial y no otra persona diferente. Sobre este aspecto no puede admitirse ninguna equivocación.

En estas condiciones la pretendida causa de inculpabilidad no es de recibo, de modo que es obvio el proceder doloso del procesado, quien dispuso la supresión de providencia judicial debidamente proferida, sin que para ello le asistiera derecho alguno.

Tampoco es válido afirmar, como lo ha pretendido la defensa, que como por otra vía procesal habría podido llegarse a la idéntica solución de la adoptada, el hecho no tenga trascendencia penal, porque el derecho busca dar respuestas justas a los conflictos de intereses mediante la aplicación de los procedimientos ordenados en la ley. La violación de los derechos sustanciales o el desconocimiento de los procedimientos constituirá conducta punible en la medida en que para ello se realice comportamiento penalmente descrito.

Demostrado que la conducta atribuida al procesado es típica, antijurídica y culpable, forzosa resulta la infirmación de la sentencia que se revisa e imponer las penas correspondientes habida cuenta de la calidad de imputable del procesado. Se sabe que el Mayor Abogado Pedro Elías Jiménez Rojas es persona que no tiene antecedentes de carácter penal y que, por el contrario, en autos obran diversas constancias sobre su excelente comportamiento anterior, hecho que conduce a aplicarle el mínimo de la pena prevista en el artículo 223 del Código Penal, esto es, que se le condenará a la pena de dos años de prisión y de acuerdo con lo ordenado por el artículo 52 ibídem, se le impondrá, además, la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal. Así mismo se le condenará, en abstracto, al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

El sentenciado tiene derecho a la condena de ejecución condicional habida cuenta de que reúne las exigencias demandadas en el artículo 68 del Código Penal. Para tal fin deberá suscribir diligencia de compromiso en la cual se comprometerá a cumplir las obligaciones previstas en los numerales del artículo 69 del Código Penal; entre ellas la de presentarse mensualmente ante el Tribunal Superior Militar. El período de prueba se establece en tres años que el condenado garantizará con caución de cinco mil pesos ($ 5.000.00), la cual se entiende consignada, pues dicha suma fue depositada para gozar del beneficio de libertad provisional desde la calificación del mérito del sumario.

En atención a las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º REVOCAR la sentencia que se revisa.

2º CONDENAR al procesado Mayor (r) abogado Pedro Elías Jiménez Rojas, de condiciones conocidas en el expediente a la pena de dos (2) años de prisión como autor responsable del delito de falsedad en documento público, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas en esta providencia.

3º CONDENAR al procesado Pedro Elías Jiménez Rojas a la pena de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal y al pago, en abstracto, de todos los perjuicios causados con la infracción.

4º Se concede al condenado Jiménez Rojas el subrogado de la condena de ejecución condicional, dentro de los términos y requisitos puntualizados en la parte motiva de esta sentencia.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

PROCESO

Reconstrucción.

La reconstrucción del expediente penal no depende de la facultad de las partes que intervienen, sino que, en la gran mayoría de asuntos, está confiada a la autoridad jurisdiccional que conocía del mismo y en el caso concreto de los que fueron destruidos en el Palacio de Justicia, deben reconstruirse las actuaciones en las que con anterioridad no se produjo decisión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 066.

Bogotá, D. E., 8 de julio de 1986.

VISTOS

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que fuere pertinente con relación a la manifestación de desistimiento realizada por el apoderado de la parte civil dentro de este proceso.

ACTUACIÓN PROCESAL

El señor Armando Díaz Ariza, a través de apoderado legalmente constituido, formuló denuncia penal en contra del doctor Jorge Dangond Daza, por entonces gobernador del Departamento del Cesar, por actos que consideró constitutivos de un delito contra la libertad individual.

Iniciada la investigación, y superada la etapa sumarial, esta Corporación profirió el día trece (13) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), auto de llamamiento a juicio en contra del sindicado, por el delito de detención arbitraria.

Con ocasión de los violentos acontecimientos sucedidos en la sede de esta Corporación durante los días seis (6) y siete (7) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), y por ello el propio apoderado de la parte civil solicitó a la Sala su reconstrucción, con memorial presentado el día catorce (14) de marzo del año en curso, petición a la que se accedió con auto de fecha catorce (14) de abril de este mismo año.

El día tres (3) de julio del presente, el doctor Franklyn Liévano Fernández, apoderado de la parte civil en este asunto, presentó memorial en el cual expresa textualmente:

"Respetuosamente me permito manifestar a la honorable Corte, que mediante el pago que he recibido de las expensas de este proceso, se asumen por resarcidos íntegramente los perjuicios perseguidos con esta acción y abandonado todo interés para que la misma prosiga, por lo que *renuncio* expresamente a la 'reconstrucción' que de este proceso había solicitado y *desisto* con la misma, de la demanda que la originó".

Consideraciones de la Corte

Dos son las cuestiones que debe resolver la Sala con relación al memorial presentado por el apoderado de la parte civil. La primera atinente a la *renuncia* que hizo sobre la solicitud de reconstrucción del proceso, y la segunda, con relación al *desistimiento* de la acción, consecuencia de la primera.

Por lo que hace referencia a la renuncia sobre la reconstrucción del proceso, debe contestarse que la decisión sobre la reconstrucción o no del expediente, no es facultad que se le haya concedido a las partes intervinientes, sino que, como la gran mayoría de asuntos penales, está confiada oficiosamente a la autoridad jurisdiccional que conocía del asunto al momento de su pérdida; por ello, es una acción pública, obligatoria e irrenunciable, y que no depende de la actividad o no del particular interesado en las resultas del proceso.

Es verdad que el incidente de reconstrucción puede comenzarse a petición de parte, cuando la autoridad competente no se ha percatado del desaparecimiento de la actuación, sin que ello quiera decir que, como es acción impulsada por la parte, es también voluntad de ella el poner fin al incidente. Conocida la noticia de la pérdida del proceso, oficiosamente la autoridad jurisdiccional debe asumir la carga de obtener la completa reposición de la actuación hasta donde ello fuere posible, y mientras que no haya prescrito la acción o surja una causal de extinción de ella, diversa de la voluntad de las partes cuando se trata de acciones adelantadas por delitos cuya acción penal no admite desistimiento.

El artículo 22 del Decreto 3829 de 1985, cuando hace referencia a la "No reconstrucción de procesos", es claro al establecer que las normas a que se refiere la misma disposición no son aplicables "a los procesos que hubiesen sido decididos por la Sala de Casación Penal con anterioridad al 6 de noviembre de 1985", de donde se infiere lógicamente que aquellas actuaciones en las cuales no se ha producido decisión, deben ser reconstruidas.

Por lo anterior, se desechará la renuncia que a la reconstrucción del proceso ha manifestado el apoderado de la parte civil, quien continúa, por ello, obligado a comparecer a esta Corporación y a prestar la colaboración que de él se solicite, dentro de los términos señalados en la ley.

Por lo que atañe al desistimiento de la acción realizado por el mismo apoderado de la parte civil, éste debe entenderse como desistimiento de la acción civil como consecuencia del pago de perjuicios ocasionados con la infracción, ya que así lo revelan las manifestaciones contenidas en el memorial presentado ante la Corte.

La acción penal que surge del delito de detención arbitraria, es una acción pública, que se debe adelantar oficiosamente por parte de los funcionarios del Estado, y como tal, no puede la voluntad de las partes determinar cuándo cesa ella, o dentro de qué condiciones se debe adelantar. En consecuencia, continuará la acción penal con prescindencia de lo que al respecto pueda haber manifestado una de las partes, incapaz de poner fin al proceso por su voluntad.

La acción civil, en cambio, sí es facultad que se entrega al perjudicado, y éste por sí mismo o a través de su apoderado puede desistir de ella cuando así lo considere conveniente, aun sin haber recibido el pago de los perjuicios ocasionados con la infracción. Retirarse del proceso es potestad de la parte civil, quien debe asumir entonces las consecuencias jurídicas que de su actitud se desprendan. En consecuencia, se aceptará el desistimiento de la acción civil formulado por el apoderado.

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

RESUELVE:

NO ACEPTAR la renuncia que a la reconstrucción del proceso ha presentado el apoderado de la parte civil en esta actuación. En consecuencia, PROSÍGASE el trámite pertinente.

ACEPTAR el desistimiento de la acción civil presentado por el mismo apoderado, no así el de la acción penal manifestado por él.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

APELACION

Sustentación.

Como norma de carácter general el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, al hablar de recurso de apelación en materia penal y del requisito de la sustentación, necesariamente incluye el que se interponga ante los jueces penales ordinarios y ante la Justicia Penal Aduanera y la Justicia Penal Militar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 67.

Bogotá, D. E., 9 de julio de 1986.

VISTOS

Ha sido interpuesto el recurso de casación por el señor Fiscal del Tribunal Superior Militar, contra la sentencia de esa Corporación, mediante la cual se confirmó sin modificaciones la del Inspector General de la Policía Nacional que condenó al Agente de Policía Nelson Alfonso Hernández, a la pena principal de doce meses de arresto y a la accesoria de la separación de la Policía por el mismo tiempo y como autor culpable penalmente del delito de *abandono del puesto,* conforme a hechos ocurridos en el mes de mayo de 1983 en la ciudad de Santa Marta.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

"Los hechos que dieron origen al sumario, los resume así el Tribunal Superior Militar en la sentencia recurrida:

"El agente Nelson Alfonso Hernández Parada prestaba el cuarto turno de vigilancia en el sitio denominado 'Taganguilla', puerto de Santa

Marta y según lo investigado, el 16 de mayo de 1983, a eso de las 21:30 horas el S.S. Luis Gutiérrez Rojas al pasar revista, observó que aquél no se encontraba en el lugar sino dentro del barco 'Taipen', dedicado a la ingestión de bebidas embriagantes, que le ordenó regresar a su sitio y que así se procedió. Que al pasar nuevamente revista, el Suboficial citado se dio cuenta que el agente había regresado al barco y ya estaba en el sanitario y que finalmente a eso de las 00:35 horas del día siguiente, sorprendió dedicado al sueño al mismo agente Hernández Parada, a quien despojó del arma de dotación, sin que de ello se percatara'' (Fl. 26).

Por estos hechos fue juzgado en primera instancia el agente Nelson Alfonso Hernández y condenado mediante el procedimiento especial señalado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar.

Contra esta sentencia interpuso el procesado el recurso de apelación en el momento de la notificación, recurso que fue admitido y resuelto por el Tribunal Militar mediante la sentencia que es objeto de impugnación.

Dentro del trámite de la segunda instancia, el Fiscal Tercero del Tribunal, solicitó la nulidad de todo lo actuado por esa Corporación por incompetencia del juez y violación de las formas propias del juicio.

Argumentó el señor Fiscal que el recurso de apelación era improcedente por no haber sido sustentado tal como lo dispone el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984 y que por otra parte la sentencia no era consultable.

El Tribunal desechó las argumentaciones de su Fiscal afirmando que en el procedimiento de la justicia castrense no tenía aplicación lo dispuesto en la Ley 2ª de 1984 y que además la sentencia sí era consultable.

Demanda de casación

Al amparo de la causal cuarta, el señor Fiscal del Tribunal, acusa la sentencia de haber sido dictada en un proceso viciado de nulidad, debido a que el Tribunal carecía de competencia para conocer en segunda instancia. Considera violadas como normas sustanciales el artículo 26 de la Carta y el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar.

Fundamenta el casacionista la causal invocada afirmando que el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia fue mal concedido, por cuanto no había sido sustentado y que en consecuencia el Tribunal al conocer del proceso y revisar la sentencia usurpó jurisdicción.

La objeción fundamental a la sentencia la sustenta así el casacionista:

''...De otra parte, se estima también por parte del suscrito que la sentencia de primera instancia, proferida el 7 de febrero de 1984 por la Inspección General de la Policía Nacional, no aparece recurrida legalmente en forma alguna, ni siquiera por apelación, si se tienen en cuenta los requisitos que, en esa fecha, se exigían para la validez de ese medio de gravamen, en el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, que a la letra dice:

''...Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido

la decisión correspondiente, antes de que venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que sólo admite el recurso de reposición, lo declarará desierto. No obstante, la parte interesada podrá recurrir de hecho".

"Y es de esa manera como debe interponerse ahora el recurso de apelación en los procesos penales militares, porque aunque ningún vacío existía en el Código de Justicia Penal Militar a este respecto, puesto que el artículo 435 de ese Estatuto, siguiendo los lineamientos del inciso 2º del artículo 196 y del artículo 197, ambos del Código de Procedimiento Penal, señalaba la forma y la oportunidad para interponer el recurso de apelación contra los autos interlocutorios y contra las sentencias, sin embargo, bien claro fue el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984 atrás transcrito, en el sentido de que ese precepto y las modificaciones que en él se consignaron comprenden no solamente los procesos penales comunes, sino todos los de esa especie, es decir, también los adelantados conforme con el Estatuto Penal Castrense, o con el Penal Aduanero, o el Nacional de Estupefacientes.

"Ello se desprende de los términos empleados por el legislador ordinario al expedir aquel precepto, cuando dijo de manera genérica o indiferenciada lo siguiente: 'Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral, etc...'.

"Si ello es así, si ese fue el propósito del legislador ordinario, que se desprende de la redacción de aquel artículo, en cuanto quiso abrazar con sus disposiciones toda clase de procesos penales, al intérprete no le es permitido hacer diferenciación o distinción alguna, para hacer aplicable esa disposición únicamente a los procesos penales adelantados en la Jurisdicción Ordinaria y no a los que se tramiten ante la Jurisdicción Penal Militar.

"Tal clase de interpretación se encuentra expresamente prohibida por principios de hermenéutica legal, conforme lo puntualizó desde hace largo tiempo la honorable Corte Suprema de Justicia en casación de 29 de febrero de 1912, que debe aparecer publicada en la página 19 del Tomo XXI de la *Gaceta Judicial* y que dice:

"La hermenéutica legal no permite al juez establecer limitaciones a un principio que la ley formula de un modo general, comprensivo de todos los objetos de un mismo orden. Cualquiera limitación de parte del juez es arbitraria".

"Entonces, si la ley, en este caso el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, dispuso que el recurso de apelación interpuesto en los procesos penales, debe sustentarse por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que se venza el término para resolver la petición pertinente, ese mandamiento rige no solamente los juicios adelantados en la Jurisdicción Penal Ordinaria o que tengan origen en delitos comunes, sino que igualmente se impone su vigencia en lo tocante también con los procesos penales militares, ya sean originados en delitos propia o esencialmente militares o en los impropiamente militares.

"La anterior conclusión es todavía más obligatoria si se tiene en cuenta que el artículo 76 de dicha ley, al ordenar que principiaba a regir a partir de la fecha de su promulgación agregó que derogaba '...las disposiciones que le sean contrarias...'.

"Ahora bien, la contrariedad que existe entre el precepto contenido en el artículo 435 del Código de Justicia Penal Militar, sobre la forma de interponer el recurso de apelación contra los autos interlocutorios y contra las sentencias, es franca e indiscutible en relación con lo preceptuado en el artículo 57 de esa ley y de tal manera no puede afirmarse que el precepto primeramente citado aún continúe vigente, porque se violaría así lo ordenado en el artículo 76 de ese mismo ordenamiento legal.

"Debe destacarse también, que aunque este proceso se originó en unos hechos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 2ª de 1984 (17 de enero de ese año), y fue también iniciado con antelación a esa fecha, pese a ello el artículo 57 de dicha ley debía imputarse a la situación planteada, puesto que cuando se profirió la sentencia de primera instancia, apelada en forma errónea, ya se encontraba rigiendo esa disposición, como quiera que ese acto procesal anómalo fue realizado el 26 de marzo del año que acaba de pasar (folios 127 y 131) y en tal virtud cabe aplicar lo preceptuado en el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal que dice:

"...En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las normas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, *pero la que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir*" (subrayo).

Concluye el libelista solicitando la infirmación de la sentencia para que la Corte decrete la nulidad de todo lo actuado en segunda instancia, dejando en firme el fallo del juez de primera instancia.

El Procurador Delegado para la Policía Nacional no hizo uso en casación de la facultad que le confiere el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

Ha sido alegada como causal de impugnación, el haberse proferido sentencia sobre un proceso viciado de nulidad. Este vicio generador de nulidad que altera la estructura misma del proceso lo hace consistir el casacionista en el hecho de haberse tramitado la segunda instancia por el Tribunal, con fundamento en un recurso de apelación que no fue sustentado como lo dispone la Ley 2ª de 1984, y que por lo tanto era inadmisible.

Debe en consecuencia, examinar la Corte, si el recurso de apelación era procedente en el caso *sub judice*, o si se interpuso en debida forma, o si por el contrario, tal recurso era inadmisible y si el Tribunal al aceptarlo quebrantó las normas que regulan el debido proceso.

Es verdad sabida, que en los juicios que se adelantan ante la Justicia Penal Militar, es fundamentalmente el recurso de apelación el que asegura la existencia del principio de las dos instancias, como garantía de acierto en el juzgamiento.

El artículo 431 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar, admiten el recurso de apelación como medio de gravamen que tiene por objeto lograr que los autos interlocutorios y las sentencias sean revisadas por un juez de superior categoría, para que las revoque, modifique o aclare, ajustando su contenido a lo dispuesto por la ley.

La sentencia proferida en primera instancia en este proceso era susceptible de apelación y contra ella se interpuso oportunamente tal recurso por el sentenciado en el momento de la notificación personal.

El Procedimiento Penal Castrense, no contempla dentro de su articulado, como lo expresa el Tribunal, la obligación del recurrente de sustentar la alzada.

Sin embargo, este vacío vino a ser llenado por lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, norma de carácter general y de amplia cobertura, que tiene su aplicación no sólo en el campo del procedimiento penal, sino además en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción civil y comercial al disponer que "...quien interponga el recurso de apelación en materia civil, penal o laboral, deberá sustentarlo". El legislador no hizo excepción alguna en relación con la vigencia del citado precepto y se debe entender que al hablar la ley de recurso de apelación en materia penal, necesariamente dejó incluido no sólo el que se interponga ante los jueces penales ordinarios, sino también el que se tramite ante la Justicia Penal Aduanera y la Justicia Penal Militar.

Se debe recordar además, que el artículo 57 de la citada ley al quedar incorporado al Código de Procedimiento Penal Colombiano, es aplicable al procedimiento castrense, conforme lo dispone el artículo 299 de dicho estatuto, porque viene a llenar un vacío sobre la materia y no se opone de manera alguna a su contenido.

Pero si en gracia de discusión, lo dispuesto por la Ley 2ª de 1984, pugnase con alguna de las normas del Código Penal Militar, debe recordarse que el artículo 76 de la citada ley, derogó de manera expresa, todas las disposiciones que le fueran contrarias.

Recuérdese finalmente que lo establecido en el artículo 57 de la Ley 2ª es un precepto de carácter procedimental de inmediato cumplimiento, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal, según el cual, la ley que fija la jurisdicción o la competencia o determina lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde que entre a regir.

De acuerdo con lo anterior, obró mal el juez de la primera instancia, al conceder el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, porque dicho medio de gravamen no fue sustentado en forma alguna como lo demanda la ley. Y se equivocó de igual modo el Tribunal Militar al dar curso a la apelación y revisar en segunda instancia la sentencia cuando no tenía competencia para ello.

EL GRADO DE CONSULTA

Sostiene el Tribunal Militar, que en el supuesto de que la sentencia no fuere revisable por vía de apelación, dicha Corporación podía tramitar la segunda instancia en grado jurisdiccional de consulta, ya que todas las sentencias que se profieran por la justicia castrense son consultables.

Debe advertir la Corte, que el grado jurisdiccional de consulta está establecido en el Código Penal Militar, pero su señalamiento es taxativo.

Así lo enseña el artículo 431 del Código Penal Militar, al disponer que "...algunas providencias tienen un grado de jurisdicción llamado consulta...".

En relación con los autos, el mismo Código, taxativamente señala cuáles admiten consulta y son ellos: el que ordena la cesación de procedimiento, artículo 417; el sobreseimiento definitivo, artículo 543; el que declara la contraevidencia del veredicto de los consejos de guerra verbales, artículo 565; el que considera que no hay mérito legal para hacer la convocatoria a consejo de guerra, artículo 567; y, la providencia por la cual se resuelve sobre la libertad condicional.

En relación con las sentencias, el artículo 585 del Código de Justicia Penal Militar, establece expresamente que las sentencias de los consejos de guerra verbales serán consultables ante el Tribunal Superior Militar.

Guarda silencio el legislador, en relación con la consulta de las sentencias proferidas por los consejos de guerra ordinarios y las emitidas en los juicios que se sigan por el procedimiento especial señalado en el artículo 590 del Código Penal Militar.

Se ha entendido sin embargo, que estos fallos deben ser consultados con fundamento en lo dispuesto en el artículo 299 del Código Castrense, en armonía con el artículo 1º de la Ley 17 de 1975, que viene a colmar favorablemente el vacío que se observa en estos procedimientos especiales. Así se satisface el principio de las dos instancias.

Ya la Corte en providencia del 24 de septiembre del año de 1985, con ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, señaló la necesidad de dar aplicación a la Ley 17 de 1975, en relación con la consulta a que deben ser sometidas las sentencias de los jueces militares.

Dijo en esa ocasión la Corte:

"...En el procedimiento penal militar o castrense pueden advertirse, en cuanto a la consulta, dos grandes órdenes:

a) El de la mención expresa, precisamente porque no existe ni se insinúa el régimen de la consulta obligada y total de todas las decisiones para ello están los artículos 417, 567, 578, 543, 565, 585, 587 y 610; y

b) El relacionado con las sentencias, no comprendidas en los anteriores enunciados. Sabe de tres procedimientos que deben concluir con sentencia: El del consejo ordinario de guerra (Art. 546), el del consejo verbal de guerra (Art. 576) y "el" del procedimiento superior (Art. 590).

La consulta para excluirla se considera para el segundo de éstos, o sea, el consejo verbal de guerra o "consejo de guerra verbal", como lo denomina el Código. Entonces, ¿qué hacer con las sentencias de los otros dos procedimientos? No existe una expresa determinación al respecto. Debe por tanto, darse aplicación a los artículos 299 y 600 del Código de Justicia Penal Militar, referencia que en este caso debe ser la Ley 17 de 1975, artículo 1º, que modificó el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal. En otros términos, que las sentencias proferidas en juicios de procedimiento especial o mediante consejo verbal de guerra, sólo se consultan si corresponden a delitos que tengan indicada una pena privativa de la libertad que exceda de cinco años.

"Contra esta clara tendencia del procedimiento, no es válida la alegación del principio de la doble instancia, puesto que éste se cumple, satisfactoriamente, permitiendo a cualquiera de las personas intervinientes en el proceso, llevar a conocimiento del superior la decisión considerada como adversa, por acción del recurso de alzada. Es éste el que asegura este resguardo democrático de juzgamiento y no la consulta. Como aquél siempre está disponible, aun para fallos por delitos con pena privativa de la libertad inferior a cinco años, la doble instancia es previsión que se conserva intacta y plenamente válida.

"En cuanto al Decreto 1057 de 1984, la eliminación de la consulta allí mencionada demuestra, legislativamente, el acierto de los argumentos anotados. La perjudicial y desenfocada apreciación de la circular 2437 de 1983, este correctivo que, lamentablemente, confirma su imperio al estado de sitio, pero que perdurará con la orientación que ahora marca la Corte" ("Excertas penales", Pág. 138).

Se concluye de lo anterior, que las sentencias proferidas en los juicios especiales de que habla el artículo 590 del Código Penal Militar son consultables, pero siempre que reúnan los presupuestos que para este grado jurisdiccional de consulta, contempla el artículo 1º de la Ley 17, o sea que, se trate de procesos que sigan por delitos que tengan contemplada una pena privativa de la libertad que exceda de cinco años.

Como el delito por el cual fue juzgado y condenado el agente de Policía Nelson Alfonso Hernández es el de *abandono del puesto,* que no está sancionado con pena privativa de la libertad superior a cinco años, la sentencia no es consultable.

Como el recurso de casación interpuesto contra la sentencia no fue sustentado y debía desecharse y como la sentencia no era consultable, el Tribunal Militar que decidió revisarla, usurpó jurisdicción con clara y manifiesta violación de las formas propias del debido proceso, la causal de casación debe prosperar.

Se decretará en consecuencia, la *nulidad* de todo lo actuado a partir del auto que concedió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

En mérito a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y como consecuencia,

decreta la nulidad de lo actuado en este proceso a partir inclusive del auto que concedió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

INAPLICABILIDAD

La ley frente a la Constitución.

De acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Nacional y lo decidido por la Sala Plena en dos sesiones anteriores, estima inaplicable los restantes artículos del Decreto 1853 de 1985, aún no acusados de inconstitucionalidad y el Decreto 56 de 1986.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta número 67.

Bogotá, D. E., 9 de julio de 1986.

VISTOS

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el ex Juez Unico Civil del Circuito de Quibdó, doctor Gorgonio Palacios Cuesta, contra el auto del 25 de septiembre de 1984, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad lo comprometió en juicio por el delito de prevaricato.

HECHOS

Con el propósito de demandar ejecutivamente a la Universidad Tecnológica del Chocó, la firma comercial "Almacén Quibdó-Electro", solicitó al Juzgado Unico Civil del Circuito de Quibdó, del cual era titular el doctor Gorgonio Palacios Cuesta, el embargo preventivo de bienes y cuentas bancarias hasta la suma de $ 800.000.00. Cuando ya se presentó la demanda —julio de 1982—, el funcionario dictó mandamiento de pago por la suma de $ 639.200 "más sus intereses, desde cuando la deuda se hizo exigible hasta cuando se verifique el pago total de la obligación y por las

costas del juicio" (Fls. 12 y 13). Contra esta decisión la demandada interpuso el recurso de apelación, pero desistió y solicitó practicar la liquidación del crédito, conforme a las previsiones del artículo 498 del Código de Procedimiento Civil para que se pagara con los dineros retenidos preventivamente. En el trámite de un "incidente de regulación de costas", por auto del 26 de agosto de 1982, el juez, con fundamento en el artículo 507-2 del mencionado Estatuto Procedimental, condenó en costas a la universidad demandada, pese a tratarse de un establecimiento público del orden nacional, lo cual impulsó a su representante a recurrir en apelación ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Quibdó. La Corporación advirtió que el incidente en trámite no estaba previsto en la ley, revocó el proveído e hizo observaciones, según las cuales, el juez de primera instancia habría incurrido en serias irregularidades procedimentales a lo largo de la actuación, tales como haber incluido en el mandamiento de pago las costas —que obviamente no habían sido liquidadas—, estimar el valor de las agencias en derecho en forma arbitraria, ordenar la entrega de la suma total embargada cautelarmente a la demandante, siendo superior al crédito cobrado y antes de que se efectuara la liquidación y, haber librado el mandamiento de pago a favor del representante legal de la firma demandante y uno de ésta. La misma Sala dispuso la expedición de copias para que se investigara penalmente la conducta del doctor Palacios Cuesta (Fls. 1 y ss.).

Resultandos

El informativo enseña lo siguiente:

I. 1. Varias diligencias en orden al reconocimiento de la deuda por parte de la Universidad Tecnológica del Chocó precedieron a la solicitud de embargo cautelar, presentada junto con la demanda ejecutiva por la firma "Quibdó-Electro" el 16 de junio de 1982 ante el juzgado del cual era titular el doctor Gorgonio Palacios Cuesta (Fls. 114, 115, 116, 113).

2. La orden de embargo de los saldos bancarios hasta por la cuantía solicitada por la firma comercial, $ 800.000, se impartió en auto del 21 de julio siguiente, y para el efecto se prestó la caución correspondiente (Fls. 8, 9 y 10).

3. En esta misma fecha se libró el mandamiento de pago por $ 639.200, que era el monto de la obligación, más los intereses y "las costas del juicio", a favor de Rafael Ramírez de quien en la parte motiva del auto se dijo era el representante legal de la firma "Quibdó-Electro", persona que constituyó apoderado judicial para el proceso (Fl. 12).

4. El 22 de julio se notificó personalmente el auto ejecutivo al rector de la universidad demandada y el 24 su apoderado interpuso recurso de apelación contra el mismo, el cual le fue concedido el 28 de este mes (Fl. 91). Se desistió el 2 de agosto mediante escrito en el que solicitó tener como pago de la obligación "y sus intereses" la suma embargada hasta la concurrencia necesaria, el reembolso del excedente, así como el desembargo de la cuenta corriente del Banco Popular (Fls. 102 y 93).

5. El 3 de agosto el juzgado aceptó el desistimiento, dio por terminado el proceso por pago de la obligación, ordenó la liquidación del crédito por la Secretaría y la consignación del sobrante a favor de la universidad en su cuenta del Banco Popular (Fls. 95 a 97).

6. Sin haberse practicado la liquidación del crédito, *el 6 de agosto de 1982* el juez y su secretario libraron el oficio número 341, autorizando pagar a la parte demandante el título de depósito por los $ 800.000 embargados preventivamente, a lo cual procedió la entidad crediticia en la misma fecha (Fls. 75 y 51).

7. Tres días después el apoderado de la Universidad presentó un memorial en el que hacía algunas "precisiones jurídicas", entre ellas, que la entidad no podía ser embargada ni condenada en costas por ser un establecimiento público del orden nacional, que la liquidación del crédito debía hacerse como lo dispone el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil (Fls. 76 y 77). El juzgado abrió incidente "de regulación de costas", conforme a los artículos 135 y ss. del Código de Procedimiento Civil (Fl. 79).

8. Al fallar el incidente, el 26 de agosto, el Juez Gorgonio Palacios consideró procedente la condenación en costas de la Universidad Tecnológica del Chocó —parte demandada—, de conformidad con el inciso 2º del artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, porque no se demostró la circunstancia prevista en la norma para la exoneración de costas, consistente en la intención de pago y la renuencia del ejecutante a recibirlo antes de la demanda. En cuanto a la condena en costas de un establecimiento público, argumentó el funcionario, con cita de connotado tratadista nacional, que las únicas entidades públicas exentas de acuerdo con el artículo 392 del citado Código, son la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios. El pago de costas por la demandada lo estimó procedente también, según el criterio de doctrinantes nacionales, que lo consideran posible, aunque el demandado efectúe el pago dentro del término señalado en el auto ejecutivo. Respecto del monto de los honorarios —30% del crédito—, ninguna motivación expuso el juez (Fls. 14 a 19).

9. La decisión fue apelada por el apoderado de la parte demandada y el Tribunal la revocó y ordenó la expedición de copias, origen del presente proceso —auto del 20 de octubre de 1982— (Fls. 1 y ss.).

10. La liquidación del crédito solo vino a practicarse por la Secretaría del Juzgado *el 15 de julio de 1983* y en la misma se fijaron como agencias en derecho a favor de la demandante $ 50.000 y el valor de una póliza judicial por $ 4.510 (Fl. 237).

11. El excedente del crédito fue devuelto a la Universidad mediante consignación en su cuenta bancaria del título respectivo por $ 58.350, el 27 de enero de 1984 (Fls. 235 y 236).

II. El doctor Gorgonio Palacios, a cuya buena conducta se refieren algunas de las declaraciones allegadas, en su indagatoria descartó la comisión, por parte suya, del delito de prevaricato. Explicó haber ajustado sus decisiones a las normas legales que rigen la materia, las que citó en apoyo

de sus aseveraciones. Manifestó que con el desistimiento de la apelación del mandamiento de pago el apoderado de la demandada lo consintió y en él se incluían las costas; que aceptado el desistimiento en los términos en que se formuló, dispuso la entrega del dinero embargado a la demandante porque la liquidación era un "mero formulismo" que podía cumplirse después de la entrega, sin perjuicio de la devolución del excedente que pudiera resultar, como ha sucedido en otras oportunidades, o de la expedición de nuevo mandamiento de pago cuando la suma embargada fuere insuficiente para cubrir la liquidación. Agregó que en el mandamiento de pago incluyó las costas porque la deudora no cumplió la obligación antes de que se hiciera necesaria tal medida procesal, y que no se tramitó incidente de exoneración de las mismas porque la afectada se allanó a las pretensiones de la demanda. Al término de estas explicaciones el funcionario, considerando que no habría cometido delito, solicitó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en su favor, para lo cual el informativo fue remitido el 22 de junio de 1983 por el instructor comisionado al Tribunal competente.

En la ampliación de indagatoria —11 de enero de 1984— el funcionario acusado afirmó haber observado, en cuanto a las costas, el precepto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y agregó que como la demandada se allanó al mandamiento de pago y no demostró la circunstancia que la exoneraba, según el artículo 507 inciso 2º del Código mencionado, la condenó a su pago. Anotó que los honorarios del abogado de la demandante se tasaron en el 30% por ser éste el porcentaje acostumbrado en el Departamento del Chocó para casos como el de autos, incluso en los procesos laborales, y que la estimación se fijó conforme a las pautas fijadas por la Sala Civil del Tribunal y no fue objetada. En cuanto a la expedición del auto ejecutivo a favor del representante legal de "Quibdó-Electro" y no de la firma, expresó que son la misma persona "para ciertos efectos" y así lo reconoció en su oportunidad el apoderado de la demandada, quien en su memorial de desistimiento de la apelación del mandamiento de pago se refirió indistintamente a ambos (Fls. 137 y ss. y 158 y ss.).

III. En contraposición al criterio del Fiscal colaborador —para quien no hubo dolo en la conducta imputada al funcionario— y a la petición de éste en su alegato de conclusión, el *a quo* profirió la resolución materia de estudio por vía de apelación, en la que lo llama a juicio por el delito de prevaricato, que encuentra configurado por sus actuaciones en el ejecutivo contra la Universidad Tecnológica del Chocó, que motivaron el descontento del apoderado de la parte demandada y la orden de expedición de copias para la investigación por la Sala Civil.

Encuentra reprochable el Tribunal de origen que el acusado hubiera admitido la demanda ejecutiva contra la Universidad, que como establecimiento público del orden nacional no podría ser ejecutada —según lo dispone el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 43 del Decreto 3130 de 1986—; tampoco condenada en costas —artículo 392 de la misma obra—, siendo las citadas normas de fácil entendimiento. Censura también al ex Juez Palacios Cuesta por haber dado trámite a un incidente no previsto en la ley, como fue el de "regulación de costas", pues el apoderado de la demandada no lo propuso sino que

se limitó a consignar "unas precisiones jurídicas, como a dictar cátedra en el proceso civil..." (sic). Además le reprocha incluir en el mandamiento de pago las costas que, según el artículo 507 ibídem, se relacionan en la liquidación del crédito como consecuencia de la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución; y, ordenar la entrega de la suma embargada, antes de conocerse la liquidación correspondiente.

IV. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal comparte la resolución enjuiciatoria, aunque por otras razones. Advierte que, si bien la Universidad demandada como establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación goza, conforme al artículo 43 del Decreto 3130 de 1986, de los mismos privilegios de la Nación, éstos se refieren al cumplimiento de sus funciones "estrictamente administrativas"; que para el desarrollo de sus actividades comerciales, dichas entidades se someten a las normas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria aunque para efecto de embargo de sus bienes debe observarse lo dispuesto en el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil. Añade que a la demandada solo le obligaba el pago del crédito y sus intereses, conforme al momento procesal en que se efectuó —artículo 498 ibídem— y por lo mismo encuentra ilícita la conducta del funcionario al haber continuado la acción ejecutiva con fundamento en el artículo 507 ibídem "hasta la ejecución y condena en costas". Concluye el agente fiscal, que el Juez incurrió en prevaricato por acción porque contrarió "obstinadamente" los "trámites reglados en el estatuto procedimental civil".

V. En debida forma se acreditó la investidura del acusado como Juez Unico Civil del Circuito de Quibdó para la época de los hechos materia de investigación.

CONSIDERANDOS

1. El proceso demostró que antes del auto de embargo dictado el 16 de junio de 1982, la parte demandante gestionó ante el Juzgado el reconocimiento de la deuda por la Universidad Tecnológica del Chocó. Cumplida esta actuación se pidió el embargo de los depósitos judiciales y se formuló la demanda ejecutiva. La Universidad constituyó apoderado que no objetó el embargo ni tampoco la inclusión de las costas —en forma genérica— en el mandamiento ejecutivo. Apeló esta providencia pero en seguida desistió y pidió la liquidación del crédito para que se pagara con el saldo bancario por $ 800.000 que se embargó y la devolución del excedente (Fl. 93). Así quedaron en firme los pronunciamientos del Juzgado en el auto del 21 de julio de 1982.

2. El Tribunal Superior de Quibdó en su proveído del 25 de septiembre de 1984 que comprometió en juicio al Juez Palacios Cuesta por el delito de prevaricato, le formuló estos cargos:

— Libró mandamiento ejecutivo contra una entidad de derecho público, contrariando lo dispuesto en el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil (Fl. 200).

— Condenó en costas a la Universidad Tecnológica del Chocó, desconociendo lo previsto en el artículo 392 del estatuto mencionado, con el

argumento de que esta disposición solo se refiere a la Nación, los departamentos y municipios y no a las entidades descentralizadas (Fl. 201); además, señaló agencias en derecho en un 30% del valor del crédito (Fl. 203).

— Tramitó un incidente de regulación de costas no solicitado por las partes ni contemplado en la ley procesal —artículos 135, 136, 137 y 138 del Código mencionado— (Fl. 202).

— Por último, ordenó entregar a la parte demandante los $ 800.000 embargados en la cuenta corriente del Banco Popular de Quibdó, sin que se hubiera liquidado el crédito (Fl. 203).

La Sala encuentra lo siguiente en relación con los cargos formulados al acusado en el proveído objeto del recurso de apelación:

En cuanto al primer cargo, como lo apunta el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en su concepto, la Universidad sí podía ser ejecutada por haber incumplido una obligación puramente civil como era pagar diversos elementos adquiridos en el establecimiento comercial de propiedad de la parte demandante. Las facturas correspondientes fueron reconocidas debidamente por los empleados de la Universidad.

Respecto del segundo cargo, se advierte que, en verdad, el Juez Palacios en el mandamiento ejecutivo incluyó "las costas" que, como es sabido, es cuestión a tratar en la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución (Art. 507 C. P. C.). En este tema encuentra la Sala que el funcionario acusado en su auto del 26 de agosto de 1982 apoyó la condena en costas en la opinión de distinguidos juristas colombianos que consideran legal tal pronunciamiento respecto de los establecimientos públicos descentralizados y las sociedades de economía mixta, en interpretación de los artículos 392 numeral 1º, y 684 numeral 2º del Código de Procedimiento Civil (Fls. 15 a 19).

En estas condiciones forzoso es atender las explicaciones del funcionario porque ese pronunciamiento tuvo respaldo en la interpretación de tratadistas del procedimiento civil. De otra parte, se recuerda que la liquidación tan solo incluyó las agencias en derecho por la suma de $ 50.000, pues los gastos de la póliza judicial están ampliamente justificados por ser necesaria para garantizar los perjuicios que podrían causarse a la parte demandada (Fls. 9 y 237). Como se trata de un proceso en reconstrucción, se ignora si la liquidación fue aprobada o no. Al respecto, el acusado en escrito que obra a folios 166 y siguientes observa que no hubo objeciones y que se confirmó por auto del 27 de julio de 1983. Esto indicaría que fue consentida por la parte demandada que recibió el sobrante de $ 58.350 (Fls. 235 y 236).

El tercer cargo que el Tribunal superior de Quibdó formuló al acusado Palacios Cuesta fue la tramitación del incidente de regulación de costas —no previsto en la ley— con motivo del memorial que el apoderado de la parte demandada presentó el 9 de agosto de 1982, en el que hizo algunas "precisiones jurídicas" (Fls. 76 y 77).

Si bien tal incidente es extraño al procedimiento civil, es lo cierto que él permitió a la parte demandada recurrir en apelación y a la Sala Civil

de la citada Corporación conocer el citado juicio ejecutivo. Se obtuvo la revocatoria del proveído del 26 de agosto de 1982 dictado por el Juez Palacios.

El Juez Gorgonio Palacios entendió, de manera equivocada, que el apoderado de la Universidad promovía incidente de regulación de costas en su memorial del 9 de agosto. El trámite, es cierto, no está previsto en la legislación pero el funcionario permitió a las partes alegar, adoptó su decisión sobre el tema propuesto y concedió la apelación ante el Superior, quien revocó el pronunciamiento de primera instancia.

El tener en cuenta estos aspectos lleva a la conclusión que no se cometió el delito que se le atribuye en el auto recurrido en apelación ante la Corte Suprema de Justicia.

El último cargo que se propone en el auto de enjuiciamiento contra el Juez Palacios Cuesta es haber ordenado la entrega de los $ 800.000 a la parte demandante sin previa liquidación y, obviamente, sin que la demandada tuviera oportunidad de oponerse. Dicha actuación solo vino a cumplirse meses después y la devolución del excedente a la Universidad del Chocó ocurrió en enero de 1984.

Para mayor claridad se recuerda que el apoderado de la parte demandada desistió del recurso de apelación contra el mandamiento ejecutivo y solicitó liquidar el crédito, pagar la obligación con los dineros embargados y devolver a la Universidad el excedente (Fls. 76 y 77). El Juzgado accedió a estas peticiones en su providencia del 3 de agosto de 1982 (Fls. 95 y 96) pero lejos de pasar el proceso a la Secretaría para la liquidación, el día 6 libró el oficio al Banco Popular de Quibdó en el que ordenó entregar todo el dinero embargado al apoderado del demandante, lo que se cumplió el mismo día (Fls. 51 y 75).

El artículo 521 del Código de Procedimiento Civil prescribe que ejetoriada la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución, se practica la liquidación del crédito y las costas. En el caso de dinero embargado, dispone el artículo 522 que en firme la liquidación se ordena su entrega al acreedor "hasta la concurrencia del valor liquidado".

Lo expuesto significa que el juez acusado omitió actos propios de sus funciones *(non facere quod debetur)*, la actuación relativa a la liquidación del crédito por parte de la Secretaría, traslado a las partes, aprobación por su Despacho (Art. 393 C. P. C.) y orden de entregar el dinero embargado al acreedor (Arts. 521 y 522 ibídem). A "solicitud verbal" del apoderado del demandante (según lo afirmó en el memorial en el cual sustentó la apelación —Fl. 214—), se apresuró a librar comunicación al Banco Popular de Quibdó en el cual autorizó entregar la totalidad de la suma retenida.

La Sala estima que el oficio librado a la entidad bancaria fue la consecuencia, el efecto, del comportamiento omisivo y el reproche se formula a lo que dejó de hacer el funcionario y no a lo que hizo.

Esa conducta se acomoda a la descripción del artículo 150 del Código Penal, prevaricato por omisión, y de él debe responder el funcionario por

existir elementos de convicción que satisfacen las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

3. El auto recurrido en apelación habrá de modificarse en los aspectos que se han tratado en esta parte motiva, esto es, la inexistencia del prevaricato respecto de los tres primeros cargos formulados al Juez Palacios Cuesta por el Tribunal Superior de Quibdó y a la nueva calificación de la única acusación que subsiste.

4. *La Sala debe* previamente *determinar* si en este caso *es procedente o no dictar auto de detención de conformidad con lo preceptuado por el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 42 de la Ley 2ª de 1984, u otra medida de aseguramiento según el artículo 8º del Decreto 1853 de 1985.*

La Corte en Sala Plena en sentencia del 22 de mayo último declaró "INEXEQUIBLE *el artículo 15 del Decreto-ley 1853 de 1985*". Para adoptar esta decisión, consideró:

"La disposición acusada forma parte de un decreto extraordinario dictado por el Gobierno Nacional con base en las atribuciones que le confirió el Congreso por la Ley 52 de 1984, en desarrollo de lo dispuesto por el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, por lo tanto compete a la Corte conocerlo y decidir sobre las acciones de inexequibilidad que intenten contra él los ciudadanos, según lo ordena el inciso 2º del artículo 214 de la Codificación Constitucional.

"... al analizar el artículo demandado por aspectos o motivos distintos de los invocados por el demandante como debe hacerlo la Corte por ser integral el control de constitucionalidad a ella confiado, se encuentra que dicha disposición hace parte del Decreto extraordinario número 1853 de 1985 pero no pertenece propiamente a un código procedimental penal que el Gobierno haya adoptado en cumplimiento de las atribuciones de que fue investido por la Ley 52 de 1984, ya que el Decreto en referencia carece de esa connotación como es fácil inferirlo por la variedad de temas y materias reguladas por él. No resulta infundado sostener por la heterogeneidad temática apuntada, que por medio del decreto de marras del que forma parte la norma materia de este proceso, el Gobierno lejos de haberse adecuado a las específicas materias de la ley de autorizaciones, hizo uso sin fundamento constitucional, de la facultad de *derogar* normas preexistentes con el pretexto de que ellas se acomodan a las materias detalladas en la ley de facultades.

"A pesar de que el Presidente puede derogar las leyes preexistentes que se opongan a las materias de las facultades extraordinarias; en el presente caso dicha derogatoria no puede ser previa a la adopción del Código de Procedimiento Penal que en Gobierno adopte en ejercicio de las especiales atribuciones que le confirieron, sino coetánea o subsiguiente a la expedición de éste, como ineludible consecuencia del adecuado ejercicio de las facultades extraordinarias.

"Desde este punto de vista la disposición acusada y el decreto a que pertenece, desarticulan el complejo catálogo normativo del actual Código

de Procedimiento Penal haciendo difícil su interpretación aun para juristas expertos, frustrándose de esa manera, las finalidades que impulsaron al legislador a conceder las atribuciones de que da cuenta la ley multicitada".

Y en el fallo del 25 de junio de 1986 la Corte Suprema de Justicia declaró también inexequible los artículos 4º, incisos 2º y 3º, y 14, numerales 1, 2 y 3, del Decreto 1853 de 1985, por las razones acabadas de transcribir.

Es preciso destacar que la Corporación en las dos sentencias mencionadas encuentra que el gobierno no se ajustó a las facultades que le otorgó la Ley 52 de 1984 de "elaborar" un código, es decir, un estatuto completo sobre el procedimiento penal siguiendo las orientaciones señaladas en dicha ley. El ejecutivo dictó un decreto en el cual se regulan captura, detención, libertad provisional y otras materias, derogando expresamente algunas normas vigentes. Y al advertirse deficiencias y vacíos en algunas disposiciones del Decreto 1853 de julio de 1985, en enero de 1986 se expidió el Decreto 56 que, a su vez, modificó algunas normas de aquél.

Así, es preciso concluir con la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— que todo el Decreto 1853 es contrario a la Constitución Nacional y también el Decreto 56 del 9 de enero de este año, que se apoyó en la misma ley de facultades.

El artículo 215 de la Carta Fundamental de la República prescribe, que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

La Sala observa que el artículo 215 se inicia con la expresión "en todo caso de incompatibilidad...", es decir, no existe restricción para que el juzgador se abstenga de aplicar una norma legal por estimar, fundadamente, que infringe un precepto del orden constitucional. En este caso, el sometimiento del Presidente de la República a la voluntad del legislador expresada en las facultades extraordinarias del numeral 12 del artículo 76 de la Carta, en acuerdo con el numeral 8º del artículo 118 de la misma.

Hasta la fecha de esta providencia no se ha expedido el nuevo Código de Procedimiento Penal, según las autorizaciones de la Ley 52 de 1984 que vencen en enero de 1987. En cambio se han dictado dos decretos con apoyo en dicha ley el primero —1853 de 1985— que, entre otras disposiciones, deroga expresamente normas del estatuto procesal penal (artículo 23) y el segundo —56 de 1986— que reforma algunas disposiciones de aquél. Es claro que ninguno de los dos corresponde a una codificación, a una legislación sistemática, pues solo se ocupa de unas pocas y dispersas materias. Es patente el desconocimiento de la voluntad del legislador pues, como lo señala la Sala Plena de la Corte, lejos de expedir un Código de Procedimiento Penal se están derogando algunas de las disposiciones del estatuto vigente.

El artículo 76, numeral 12, de la Constitución Nacional autoriza al Congreso para "revestir pro témpore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias...". *(Se subraya). Este último concepto atañe tanto a "la materia" señalada por el legislador como a "la forma" de ejecutar tales autorizaciones. En la Ley 52 de 1984 se determinó*

en el artículo 1º, numeral 1º, que sería mediante la elaboración y la puesta en vigencia de "un nuevo Código de Procedimiento Penal...". Entonces, esta es la manera como se deben ejercer las facultades extraordinarias —un ordenamiento ceñido a un sistema— y no por medio de normas que se refieren a las anteriores suprimiéndolas expresamente o con la fórmula "... deroga las disposiciones que le sean contrarias...", sembrando en el intérprete confusión y dando lugar a decisiones contradictorias altamente lesivas de la certeza que debe caracterizar las providencias judiciales.

Se concluye que la Sala, con apoyo en lo prescrito en el artículo 215 de la Constitución Nacional, lo expuesto por la Corporación en las dos sentencias mencionadas y lo aquí comentado, estima inaplicables los restantes artículos del Decreto 1853 de 1985 que no han sido acusados ante la Corte Suprema de inconstitucionalidad y todo el 56 de 1986, por desconocer la ley de facultades —52 de 1984— y por esta vía los artículos 76, numeral 12, y 118 numeral 8º de la Constitución Nacional.

En realidad, cuando se profirió el auto calificatorio de primera instancia en este caso estaban vigentes el Código de Procedimiento Penal y la Ley 2ª de 1984. Así pues, la detención preventiva y la libertad provisional concedida al ex Juez Gorgonio Palacios en dicho proveído deben mantenerse, pero se aclara que la excarcelación se apoya en lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 44 de la citada ley —como se dijo en la parte motiva por el Tribunal de instancia— y no porque el acusado sea merecedor al beneficio de la condena de ejecución condicional, como se lee en la parte resolutiva del auto que se revisa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo en parte con él,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto del Tribunal Superior de Quibdó dictado en este asunto y por el cual se comprometió en juicio al doctor Gorgonio Palacios Cuesta, ex Juez Civil del Circuito de esta ciudad, por el último cargo que se la (sic) formuló en dicho proveído y con la modificación en cuanto a la calificación del ilícito señalada en la parte motiva de esta providencia; y, SOBRESEERLO DEFINITIVAMENTE por las demás imputaciones. También se CONFIRMA lo decidido por el juzgador de primer grado en cuanto a la medida preventiva adoptada y la libertad provisional concedida al procesado.

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

Edgar Saavedra Rojas (Con salvamento parcial de voto), *Luis Enrique Aldana Rozo* (Con salvamento parcial de voto), *Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga* (Con salvamento parcial de voto).

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

A pesar de que compartimos la decisión que se ha tomado dentro del presente proceso, con todo respeto manifestamos nuestro disentimiento en relación con la aseveración de que tanto el Decreto 1853 de 1985 como el Decreto 56 de 1986 son violatorios de la Constitución Nacional. Ciertamente que la Corte en Sala Plena declaró inexequibles los artículos 15, 4º, incisos 2º y 3º y 14 del citado Decreto 1853 de 1985, de modo que dichas disposiciones no forman parte del ordenamiento; no obstante, como en la providencia se hace alusión a normas sobre las cuales aún no ha habido pronunciamiento sobre su constitucionalidad, reiteramos las razones que nos llevaron a salvar voto en las sentencias del 22 de mayo y 25 de junio del corriente año.

"1º La única razón que se invoca para declarar la inconstitucionalidad del artículo 15 del Decreto 1853 de 1985, radica en la afirmación de que este decreto representa una regulación parcial de determinadas materias del procedimiento penal colombiano, con desconocimiento de la Ley 52 de 1984, que revistió al ejecutivo de precisas y temporales facultades extraordinarias para expedir un nuevo código de procedimiento penal".

"Punto de partida para la solución del tema planteado ha debido ser la determinación de la naturaleza jurídica de las facultades extraordinarias pues esta Corporación en diversas decisiones (mayo 8 de 1969 y abril 27 de 1970), ha dejado establecido que dichas facultades no constituyen una mera delegación legal ordinaria, sino una excepcional atribución emanada de la Carta, para cuyo ejercicio se requiere la previa autorización del Congreso".

"En la sentencia del 27 de abril de 1970 dijo la Corte: 'No se trata de una delegación de la Rama Legislativa a la Ejecutiva, sino de una atribución de competencia excepcional al Ejecutivo por Ministerio de la Constitución y condicionada para su ejercicio por la ley de facultades'. Si este ha sido el criterio de la Corte es obvio que la facultad de la cual se inviste al Presidente puede ser ejercida en la misma forma como podría ejercerla el Congreso, con las únicas limitaciones de que debe ser cumplida con sujeción a la precisión relacionada con las materias sobre las cuales puede legislarse y dentro del marco temporal previamente determinado por el Congreso".

"En este orden de ideas no hay razón alguna de índole constitucional que impida que un código se conforme por la suma de diversas leyes y decretos, ya que si bien es verdad que 'código es un conjunto sistemático, lógico y completo de las disposiciones que regulan determinada actividad', la unidad temática no implica que necesariamente el código deba estar conformado por una sola ley, pues diversas leyes o decretos pueden expedirse para integrar dicha unidad, que es justamente lo que de ordinario ocurre".

"De manera que si el Congreso puede expedir sucesivas regulaciones para integrar un código, no hay razón alguna para afirmar que el Ejecutivo no pueda hacerlo del mismo modo, si se tiene en cuenta que no está ejerciendo una facultad delegada, sino en cumplimiento de atribución que le

es propia por ministerio de la Constitución, una vez que se ha dado la previa autorización del Congreso".

"2º No se viola la ley de facultades por el hecho de que ellas sean ejercidas en actos sucesivos, siempre y cuando se cumpla con las únicas exigencias que demanda la Constitución. En efecto, como las facultades deben ser precisas, su ejercicio por parte del Ejecutivo debe estar limitado a dictar decretos con fuerza de ley sobre los temas consignados en la ley, pues la precisión en manera alguna se refiere a la forma como se hace uso de la atribución, sino a la necesidad de que las materias sobre las cuales se expide la regulación sea desarrollo de aquellas a las cuales genéricamente se refiere el acto del Congreso".

"Tampoco, como es apenas obvio, se menoscaba la exigencia de la temporalidad por expedir sucesivos decretos-ley en desarrollo de una ley de facultades, pues cuando la Constitución señala que el Presidente de la República puede ser revestido *pro tempore* de precisas facultades, sólo está indicando que ellas deben ejercerse a partir de la vigencia de la ley y hasta el vencimiento del plazo concedido, pero en manera alguna se prohíbe que su ejercicio se haga en forma escalonada, siempre y cuando los decretos se expidan dentro de las previsiones temporales de la ley. Si fuera exigencia constitucional la necesidad de expedir formalmente un solo decreto, resultarían también contrarios a la Constitución los decretos que se expidan con posterioridad, pero dentro del término legal, que modifican, aclaran o corrigen la legislación expedida con apoyo en la ley de facultades, afirmación que ciertamente no parece acertada".

"3º La tesis adoptada por la mayoría parte de una premisa lógicamente inconsistente, pues asevera que como la norma demandada no es un código, o no lo es el decreto del cual forma parte, se desconoció la facultad concedida que revistió al Presidente de la aptitud para expedir un código. De conformidad con esta forma de análisis, la inconstitucionalidad no es predicable del artículo demandado, sino de las disposiciones expedidas que junto con las promulgadas integran el código, esto es, que en el fondo la inexequibilidad radicaría en la ausencia de las normas que hasta ahora han sido expedidas".

"Ocurre, sin embargo, que el Ejecutivo dispone todavía de más de medio año para el ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 52 de 1984, de modo que aún puede expedir en su integridad el Código de Procedimiento Penal. Además, la promulgación de un código no supone la abolición o sustitución de todas las materias tratadas por el anterior, las cuales bien pueden ser adoptadas, total o parcialmente, por la nueva reglamentación. En ese orden de ideas el Ejecutivo bien podría mantener buena parte de la regulación anterior, sin que por este motivo pueda afirmarse que violó la autorización que le imponía la facultad-deber de expedir un código en su totalidad".

"4º Se insinúa, así mismo, en la sentencia de la cual respetuosamente discrepamos, que el Ejecutivo no expidió un nuevo código, sino que se limitó a derogar parcialmente el que se halla vigente. Este argumento es

sugestivo en apariencia porque toda nueva legislación supone que con su expedición se deroga la totalidad o parte de la precedente. Es que toda expresa facultad para expedir un nuevo ordenamiento, lleva implícita la atribución de derogar la legislación preexistente''.

''5º Finalmente obsérvase que en el fondo lo que se critica es la técnica legislativa empleada, pero la forma como el Ejecutivo hace uso de las facultades conferidas no es razón para aseverar que las disposiciones promulgadas desconozcan ni el querer del Congreso ni los mandatos de la Constitución. El viejo aforismo según el cual 'el que puede lo más, puede lo menos', que representa la aplicación de un principio lógico con alcances jurídicos, pone en evidencia que ninguna razón de inexequibilidad aqueja a la disposición demandada''.

''En esta forma dejamos consignados de manera sucinta las razones que nos permiten separarnos de la opinión mayoritaria''.

Luis Enrique Aldana Rozo, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

INIMPUTABILIDAD

Nulidad.

El Juez está obligado a hacer un análisis suficiente del proceso para concluir, de conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, si se requiere el examen siquiátrico del procesado sobre su normalidad mental al realizar el hecho punible, si concluye que no se presenta esta situación no hay razón para ordenarlo y su negativa no genera nulidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 67.

Bogotá, D. E., 9 de julio de 1986.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Artemo Ramírez López contra la sentencia de 12 de noviembre de 1985 del Tribunal Superior de Armenia, que confirmó en su integridad el fallo de 10 de septiembre de ese año, dictado por el Juzgado Primero Superior de dicho Distrito, por el cual fue condenado a la pena de diez (10) años de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y a la indemnización en abstracto de los perjuicios ocasionados con la infracción, consistente en homicidio en la persona de Samuel de Jesús Ospina Aristizábal, en hechos ocurridos en el Municipio de Quimbaya (Quindío) en 1984.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en representación del Ministerio Público solicita en su concepto rechazar las peticiones del actor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 18 de junio de 1984, en una cantina ubicada en la zona de tolerancia del Municipio de Quimbaya, Horacio Buitrago fue herido por Samuel de Jesús Ospina Aristizábal, con quien sostenía una discusión. Enterado de este hecho Artemo Ramírez López, amigo de Buitrago, se presentó en dicho lugar y atacó con puñal a Ospina Aristizábal, ocasionándole heridas que le produjeron la muerte.

Practicadas las primeras diligencias por la policía y abierta la investigación por el Juzgado Primero Penal Municipal de Quimbaya, se oyó en indagatoria al sindicado Artemo Ramírez López, capturado por la policía poco después de los hechos y manifestó en esta ocasión no recordarlos por haber tomado bebidas alcohólicas, no haber padecido enfermedad mental, pero sí haber sufrido golpes en la cabeza. Asumida la investigación por el funcionario de instrucción criminal, se recibieron varias pruebas, entre éstas, el dictamen del médico del hospital local, doctor Oscar Ramírez, ante quien fue conducido por la policía el procesado poco después de los hechos, con la conclusión de que aquél no había padecido "pérdida de la conciencia", en lo cual se ratificó posteriormente en su declaración.

Con base en lo anterior, se decretó la detención del sindicado y continuó la instrucción con la práctica de las pruebas necesarias. Oído nuevamente en indagatoria Ramírez López expresó que "...como en la primera diligencia no dije la verdad ya que no creía que había pasado un accidente de esa clase y por miedo de esa gente de la zona, pero los hechos ocurrieron fue en otra forma...", expresando que Horacio Buitrago estando en su compañía fue lesionado por Ospina Aristizábal, salió del lugar y cuando regresó lo atacó el occiso. Prosiguió la investigación con la práctica de las pruebas correspondientes, entre éstas cargos con diversos testigos, en los cuales sostuvo aquél su versión.

Cerrada la investigación se calificó con enjuiciamiento para el procesado por homicidio simplemente voluntario. Practicadas las pruebas solicitadas por la defensa se efectuó la audiencia, habiendo respondido el jurado afirmativamente el cuestionario formulado.

En este momento procesal, pidió el señor defensor la nulidad a partir del cierre de la investigación por cuanto se incurrió en nulidad por no haberse practicado al procesado el examen del cual trata el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, para determinar su normalidad psiquiátrica. El juzgado, de acuerdo con su Fiscal, negó esta petición, en decisión confirmada por el Tribunal al resolver la apelación.

Seguidamente se dictó por el juzgado la sentencia de primera instancia, confirmada por el superior, en el fallo que es objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA Y LA CAUSAL DE CASACIÓN INVOCADA

En su demanda el actor hace el resumen de los hechos y detenida referencia a la actuación procesal, con mención de la posición inicial del

sindicado quien en primera oportunidad dijo no recordar, para después presentar su versión que configura legítima defensa.

Invoca contra la sentencia *la causal cuarta de casación* de conformidad con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y con base en la misma propone *un cargo único,* que se procede a examinar.

Se apoya la acusación en violación del artículo 26 de la Carta por quebranto de las garantías constitucionales del debido proceso y lo resume el actor en los siguientes términos:

"...Violación que radica en el hecho de no haberse ordenado reconocimiento psiquiátrico a Artemo Ramírez López, tal como lo ordena el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta de que existían elementos de juicio que permitían suponer fundadamente que cuando aquél realizó el hecho punible se hallaba en situación de trastorno psicosomático.

Como consecuencia de lo anterior y para el caso de haberse demostrado la inimputabilidad, se le privó al sindicado del derecho a que la audiencia pública se le hubiera practicado sin intervención de jurado, esto es, que hubiera sido juzgado por sus jueces naturales y a que se le hubieran impuesto medidas de seguridad, de conformidad con el numeral 5º de la segunda parte del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, trámite especial que se da para las personas que actúen en las circunstancias previstas en el artículo 31 del Código Penal".

Sustenta el cargo, afirmando que desde un principio existían pruebas que demostraban el trastorno psiquiátrico del procesado. Transcribe los artículos 335 y 411 del estatuto procesal y 31 del penal (artículo 29 del código derogado). Desde el momento de su captura se observó su estado de anormalidad por su embriaguez y las circunstancias del hecho delictivo, respecto a lo cual cita el testimonio del agente Juan de Jesús García Torres, quien por esto lo presentó para su examen médico, rindiéndose el dictamen ya mencionado. Lo demuestra también el tener el arma bajo la almohada de su lecho y el manifestar que desconocía el motivo de su detención.

Transcribe aparte de la indagatoria, para destacar que el acusado, si bien hizo el recuento de su recorrido el día de los hechos, no los recuerda y manifiesta haber sufrido golpes en la cabeza. Reitera que por lo mismo existía desde un principio base para aplicar el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, como lo entendió el agente nombrado al someterlo a examen y el instructor al inquirir sobre sus antecedentes. Sin embargo, los falladores se contentaron con el examen inicial aunque se imponía el examen psiquiátrico para comprobar bien, un comportamiento simulado o las circunstancias del artículo 31 del estatuto penal.

Aunque en su ampliación de indagatoria, el procesado admite no haber dicho la verdad inicialmente y que así se aclaraba la situación, las cosas no cambian pues las manifestaciones del mismo son vagas y no afirma ser el autor del hecho. Sin embargo, de esta diligencia se desprenden indicios que acreditan la existencia de presuntos trastornos psíquicos, que requerían el dictamen, en relación con lo cual transcribe aparte de tal diligencia en cuanto a la forma de la captura, lo cual unido a otras cir-

cunstancias, como la separación de su familia, su estado de abandono, su edad, el consumo de bebidas alcohólicas, las heridas que había sufrido con anterioridad demostraban que se requería dicho examen, sin que bastara el practicado poco después de los hechos.

Se violaron por tanto las formas propias del juicio y existe en consecuencia nulidad supralegal, cuya declaración impetra.

SE CONSIDERA

El artículo 411 del Código Procesal Penal en el cual se fundamenta el cargo, impone al juez o al instructor, desde el momento de la captura, la obligación de someter al procesado al examen psiquiátrico para establecer su normalidad mental, cuando conforme al conocimiento que tengan a través del proceso o de las pruebas allegadas consideren que existe base para inferir que pudo hallarse en el momento del hecho en estado de trastorno mental o que permitan reconocerlo como inimputable.

Si existiendo indicios de anormalidad o perturbación en el procesado, se omite el dictamen médico, se pretermite una forma del juicio, que por ser sustancial, genera la correspondiente invalidez con fundamento en la norma constitucional, dado que según su resultado puede determinar un distinto trámite procesal y la aplicación de medidas especiales, como son las de seguridad.

Lo anterior supone que el fallador debe hacer análisis suficiente del proceso y que si se concluye que no se presenta la situación cuestionada, no hay razón para ordenar la prueba referida. Ni de su negativa puede derivarse consecuencia alguna, toda vez que no existe lesión alguna de las garantías procesales que la ley reconoce al acusado.

Así se procedió en este caso, pues formulada la petición correspondiente por el defensor del procesado, se dedujo con bases suficientes la inexistencia de indicios que permitieran inferir su anormalidad o estado de trastorno mental en el momento de los hechos, en decisión que fue ratificada por el superior, de acuerdo con los conceptos fiscales y con razones suficientes para sustentar dicha decisión.

Propuesto el mismo motivo de impugnación, debe volverse sobre tal cargo, para analizar los argumentos respectivos y concluir lo pertinente.

Como ya se ha expresado en el proceso, en el inicial examen practicado al sindicado, por oportuna iniciativa del agente de policía que intervino en las diligencias, se certificó "...que el paciente presenta alcoholemia de difícil determinación en su grado de dosificación, en este momento sin pérdida de la conciencia. Tiene hálitos de alcohol y pérdida parcial del equilibrio..." (Fl. 37, Cuad. 1º). Ratificó el doctor Ramírez su dictamen en cuanto a que el examinado "...no tenía pérdida de conciencia, aunque estaba en estado de embriaguez pero una alcoholemia leve y se expresa bien...". (Fl. 99).

Por otra parte, si bien inicialmente el procesado aunque recordaba sus actos en el día de los hechos y antes de éstos, manifestó no hacerlo con respecto a los acontecimientos en que fue muerto Ospina Aristizábal.

Pero pocos días después amplió su versión para alegar una situación favorable a sus intereses aunque, como anota el actor, sin aceptar directamente el hecho, lo cual no conduce a admitir un estado de perturbación psíquica transitoria en el momento de realizar la acción. Y lo mismo puede observarse en cuanto a los varios careos o confrontaciones en los cuales intervino con diferentes testigos, para sostener en forma congruente y suficiente su versión exculpativa.

Tampoco sus manifestaciones en la indagatoria, referentes a golpes anteriores en la cabeza y otras circunstancias señaladas por el demandante permiten inferir la situación alegada. Por el contrario tanto de éstas como de sus intervenciones y del proceso en general conducen a conclusión diferente.

Por manera que la negativa de los falladores a practicar la prueba indicada no se debió a decisión arbitraria o a negligencia, sino que tuvo suficiente apoyo en las pruebas existentes, sin que en consecuencia se demostrara la conveniencia o necesidad de su realización.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal en ponderado concepto en el cual cita antecedentes jurisprudenciales (sentencias de casación de noviembre y octubre de 1984), llega con base en los elementos de juicio referidos, a la misma conclusión y expresa:

"...el propio encausado reconoció en diligencia de audiencia pública su capacidad de comprensión, debiendo señalarse que por los motivos aducidos en sed de casación, se solicitó la nulidad de lo actuado antes del pronunciamiento del fallo, pedimento desechado por el juzgador de instancia con abundantes razones y confirmado posteriormente por el Tribunal Superior.

Por tales motivos, en criterio de esta Procuraduría Delegada la prueba cuya ausencia se denuncia como causal de nulidad del proceso, no era necesaria porque estaba demostrado que el comportamiento del procesado era el de una persona que tenía cabal comprensión de sus actos...".

De conformidad con lo expresado, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

DESECHAR el recurso de casación contra la sentencia ameritada en esta providencia.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

El embargo de un inmueble que soporte gravamen hipotecario, porque no constituye garantía cierta ni suficiente, permite al Juez, en su deber oficioso de limitar las medidas cautelares, que éstas se amplíen a otros bienes, sin que así pueda considerársele incurso en el delito de abuso de autoridad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 071.

Bogotá, D. E., 16 de julio de 1986.

VISTOS

En virtud del recurso de apelación oportunamente interpuesto y debidamente sustentado por el representante de la parte civil, conoce la Sala de la sentencia fechada el 2 de septiembre del año próximo pasado, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá absolvió al doctor Luis Felipe Bottía Martínez, ex Juez Civil (22) del Circuito de Bogotá, del delito de abuso de autoridad que motivó su llamamiento a juicio.

Cumplidas las ritualidades propias de esta instancia, dentro de la cual se escuchó el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicita que el fallo impugnado se revoque para que en su lugar se condene al enjuiciado, procede la Sala a resolver.

HECHOS

El doctor Francisco Javier Villegas, como endosatario para el cobro, instauró un proceso ejecutivo en contra del doctor Arnulfo Camacho Medina, mediante el cual pretendía el pago de un crédito por valor de

$ 200.000.00, más los intereses pertinentes y los gastos y costas del juicio (Fls. 1 a 4 del cuaderno número 1 del proceso ejecutivo); solicitó, como medidas previas, el embargo y secuestro de un inmueble y de un vehículo automotor, de propiedad del demandado. Este, enterado de la acción judicial iniciada en su contra, consignó el valor del capital exigido, y pidió al Juzgado se abstuviera de aceptar las peticiones del ejecutante, "teniendo en cuenta la cancelación total del valor del título aducido como base del recaudo". No obstante que este memorial fue presentado el 9 de junio de 1982, el Secretario lo pasó a "la mesa del juez" el 17 siguiente.

Mientras tanto, ya se había señalado el monto de la caución previa al embargo (junio 12) y se había también librado orden de pago, que fue notificada al ejecutado y contra la cual interpuso los recursos legales; el Juzgado no repuso su decisión y el Tribunal, a su vez, la confirmó. El primer memorial del demandado había sido resuelto por auto de 21 de junio, mediante el cual se señalaron $ 40.000.00 como agencias de derecho y se ordenó que por la Secretaría se hiciera la liquidación del crédito y sus costas. La fijación del monto de las agencias en derecho también fue impugnada por el ejecutado, pero sus recursos no prosperaron.

En providencia del 27 de agosto subsiguiente, el Juzgado decretó el embargo de bienes pedido por el ejecutante (Fl. 4 del cuaderno 2 A del proceso ejecutivo). El 2 de noviembre del mismo año, ordenó el secuestro del inmueble y como para este momento ya había sido aportado al proceso el certificado de libertad, según el cual sobre éste pesaba una hipoteca por valor de un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000.00) a favor de la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda, Concasa, dispuso también citar "al primer acreedor hipotecario que figura en el certificado de libertad del inmueble para que dentro del término de cinco días haga valer su crédito sea o no exigible" (Fl. 12 Vto. *ibidem*). En esta misma fecha pero en distinta providencia, también se decidió el "embargo y retención" del vehículo automotor, oficiando para ello a las autoridades de policía correspondientes.

Posteriormente, el ejecutado solicitó el desembargo de su automóvil, por cuanto consideraba que con el embargo del inmueble, que ya estaba debidamente registrado, era suficiente para garantizar lo que se adeudaba; pidió también, de manera subsidiaria, "estimar el monto de la caución que debo allegar con destino al levantamiento de la totalidad de las medidas cautelares decretadas, caso en el cual habrá de ordenarse la entrega del depósito judicial número 252052 que por la cantidad de $ 200.000.00 aduje al proceso en junio ocho del cursante (Fl. 14 *ibidem*). Por auto de 16 de diciembre, el juzgado negó el desembargo por estimar que de acuerdo con el artículo 517 del Código de Procedimiento Civil para tomar tal determinación era indispensable que se hubiera practicado el avalúo; como suma a consignar para desembargar los bienes señaló $ 400.000.00; y, por último, en relación con la entrega de los $ 200.000.00, se dijo en la providencia que como tal consignación se había efectuado "para cancelar la obligación porque se le ejecuta... para los fines de garantía a que alude su solicitud, es improcedente y por tanto se

niega...". (Fl. 14 Vto. *ibidem*). Contra estas determinaciones el demandado interpuso el recurso de apelación, el cual le fue denegado mediante providencia motivada del 26 de enero de 1983. Para esta última fecha ya el doctor Camacho Medina había denunciado penalmente al titular del Juzgado, doctor Luis Felipe Bottía Martínez; procedió, entonces, a recusarlo (artículo 142, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil) y el proceso pasó al Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, donde se siguió tramitando hasta su culminación definitiva. La liquidación ascendió a un total de $ 309.327.00.

ACTUACIÓN PROCESAL Y ALEGACIONES DE LAS PARTES

Iniciada y perfeccionada la investigación penal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá llamó a responder en juicio criminal al doctor Bottía Martínez por el delito de abuso de autoridad. Recurrida que fue esta determinación, la Corte tuvo oportunidad de estudiar toda la actuación del enjuiciado dentro del proceso ejecutivo a que se ha venido haciendo referencia, y, luego de hacerlo, decidió confirmar el proveído impugnado, concretando el cargo en los siguientes términos:

"...Las dos providencias del 2 de noviembre de 1982, una en el sentido de ratificar el embargo y secuestro del vehículo que para entonces tenía placas definitivas, y, la segunda, ordenando el secuestro del inmueble, para lo cual comisionó al inspector de policía de la zona y citó a los acreedores hipotecarios para los fines que ya se han señalado, definitivamente son arbitrarias e injustas y por ende comprometen gravemente la responsabilidad del funcionario.

"En efecto, cuando dictó los dos autos contaba con el certificado de libertad del bien raíz, del cual se desprende que a principios de 1981 fue comprado por el ejecutado por $ 2.200.000.00, constituyendo hipoteca a favor de la 'Corporación de Ahorro y Vivienda, Concasa', por $ 1.500.000.00, de lo cual se infiere que para esa fecha, en el peor de los casos de fluctuación del precio de la vivienda, conservaba por lo menos ese precio y por tanto quedaba un remanente de $ 700.000.00 para garantizar intereses y costas, pues el capital nominal debido había sido consignado antes del mandamiento de pago. Sumados esos $ 700.000.00 al valor del título, acreditaba el demandado un monto de novecientos mil pesos ($ 900.000.00) para responder por su deuda en el proceso ejecutivo singular, en el cual, conforme con el artículo 513-5 del Código de Procedimiento Civil, ya se anotó, jamás podrá sobrepasar el doble del crédito, incluyendo los otros conceptos, 'salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por la hipoteca o prenda que garantizan aquel crédito, o cuando la división mengüe su valor o venalidad'.

"El comportamiento del juez evidencia un acto arbitrario e injusto que recoge el tipo penal descriptivo del abuso de autoridad por excederse en el ejercicio de las funciones que le ha fijado la ley, con probado detrimento de los derechos del ejecutado quien siempre estuvo atento a las providencias y puso de presente en forma permanente al juez la extralimitación de funciones en que incurría. No son de recibo las manifestaciones del acusado en el sentido contrario porque, además, es procedente

afirmar que si una conducta es delictiva lo es por mandato de la ley y no porque alguien como funcionario o ciudadano simplemente quiera o pueda despojarla de ese carácter". (Fls. 58 y 59 del Cuaderno No. 2 de la Corte).

Tanto el recurrente como el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se fundamentan, básicamente, en las mismas consideraciones de la Corte que acaban de transcribirse, para solicitar la revocatoria del fallo impugnado y pedir, consecuentemente, la condenación del doctor Bottía Martínez.

El acusado, por su parte, desde un principio de la investigación ha sostenido que todas sus actuaciones estuvieron siempre respaldadas por los textos legales e inspiradas en una sana interpretación de los mismos. Aduce que si el inmueble embargado soportaba un gravamen hipotecario, era su obligación (artículo 539 del Código de Procedimiento Civil) citar al acreedor que tenía esa garantía real, quien podía hacer valer su crédito, fuese o no exigible, decisión ésta que él no podía conocer anticipadamente. Agrega que en el caso de que el acreedor hipotecario decidiera exigir su crédito, al tenor de lo dispuesto por el artículo 558-1 del citado Código, el embargo del inmueble sería forzosamente cancelado por el Registrador quedando así sin ninguna garantía el ejecutante. Por esta razón ordenó también el embargo del automóvil, sin que ante la posibilidad de que compareciera a juicio el acreedor hipotecario dicha determinación pudiera considerarse excesiva y violadora de la limitación prevista en el artículo 513 ibídem. Argumenta además el acusado que la oportunidad procesal para la limitación oficiosa a que obliga la norma que acaba de citarse, es "en el momento de practicar el secuestro", diligencia ésta que no se cumplió y que no es posible confundir con el mero acto policivo de aprehensión del automóvil. Concluye reiterando que su actuación judicial siempre estuvo ceñida a la más estricta legalidad, por lo cual debe ser absuelto. A esta petición se suma su defensor, quien agrega que por parte alguna aparece demostrado el dolo en la conducta de su patrocinado.

Consideraciones de la Corte

El artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, autoriza al actor para que desde el momento de presentar la demanda ejecutiva, pida el embargo y secuestro de bienes del demandado, pero impone al juez la obligación de "limitarlos a lo necesario", señalando expresamente su límite máximo: "el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado"; al ex Juez Bottía Martínez se le acusó de haber violado esta perentoria restricción, porque, se ha argumentado, el valor conocido del inmueble, que era de $ 2.200.000.00, garantizaba suficientemente el crédito exigido (doscientos mil pesos, más intereses, gastos y costas del juicio), no obstante la hipoteca que lo afectaba, que por ascender a sólo un millón quinientos mil pesos ($ 1.500.000.00), dejaba un remanente de $ 700.000.00, máxime cuando el ejecutado había consignado la suma de $ 200.000.00. Si a sabiendas de esta circunstancia decretó el embargo y secuestro de un automóvil marca Mercedes Benz, modelo 1981, que aún no tenía placas definitivas (sólo tránsito libre) y que por estas caracte-

rísticas hacía notorio su alto valor, obvio resultaba, entonces, que de manera consciente y voluntaria decretó embargos y secuestros que excedían el doble del crédito cobrado.

Pero lo anterior, si se analizan las normas que regulan los juicios ejecutivos, especialmente en lo que atañe al embargo de bienes gravados con garantía real, no resulta tan claro ni tan contundente.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 539 del Código de Procedimiento Civil, "si del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos aparece que sobre los bienes embargados existen gravámenes, el juez ordenará citar a los respectivos acreedores para que hagan valer sus créditos sean o no exigibles...". *(Subraya la Sala).* Esto fue lo que hizo el doctor Bottía Martínez, en una de sus dos censuradas providencias del dos (2) de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982): Ordenar la citación del acreedor hipotecario, que lo era la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda, Concasa, para que dentro del término de cinco (5) días hiciera valer su crédito, fuera o no exigible. *Es incuestionable que para este momento procesal, el acusado no sabía (ni podía saberlo), si Concasa haría valer o no su crédito, y éste era un aspecto de fundamental trascendencia para la garantía de la obligación que ante él se cobraba.*

Si Concasa decidía hacer valer su crédito, y estaba en todo su derecho, solicitaría también el embargo del mismo inmueble, y en tal caso, la medida tomada en el ejecutivo de Villegas contra Camacho quedaría sin valor, y, por ende, su crédito sin garantía. Así lo dispone claramente el artículo 558 del ya citado Código de Procedimiento: "Concurrencia de embargos. En caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien, se procederá así: 1. El decretado con base en título hipotecario podrá perfeccionarse aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido para el pago de un crédito sin garantía real sobre el mismo bien, que terminará con la consumación de aquél. Por consiguiente, recibida la comunicación del nuevo embargo, si se trata de bienes sujetos a registro, el registrador deberá inscribirlo y cancelar el anterior dando cuenta de ello al juez que lo decretó, quien levantará el secuestro que hubiere realizado...". *(Subraya la Sala).*

De tal suerte que si en apariencia el embargo y secuestro del inmueble decretado dentro del proceso ejecutivo era más que suficiente para garantizar el crédito que en él se exigía, en realidad esta medida era muy precaria, porque su efectividad dependía de la sola voluntad del acreedor hipotecario. Al respecto, piénsese nada más en la hipótesis de que el juez acusado únicamente hubiera ordenado el embargo del inmueble, o admitido el desembargo del automóvil que inoportunamente pidió el deudor, y que después, Concasa, hubiese iniciado la ejecución con su título hipotecario. ¿Qué garantía quedaba al acreedor quirografario?

Si por lo expuesto, el embargo del inmueble, por soportar un gravamen hipotecario no era garantía cierta, ni suficiente, pues además se ignoraba el valor actual de la deuda contraída con la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda, *de la obligación que ejecutivamente se cobraba, no es posible afirmar exceso en la actuación del acusado cuando*

decidió el "embargo y retención" del automóvil, cuyo valor real, hay que decirlo, procesalmente desconocía y no estaba en condiciones de justipreciar, ni mucho menos era factible hacerlo con base en su marca y modelo, toda vez que al momento de hacerse efectivo su secuestro era posible que estuviere afectado de grave deterioro por causa, por ejemplo, de un accidente. Con razón, pues, que el mismo legislador, al imponer al juez el deber oficioso de limitar las medidas cautelares, le hubiere advertido que ésto sólo debía hacerlo al momento de practicar el secuestro. Así lo dice expresamente el inciso sexto del artículo 513 tantas veces citado: "En el momento de practicar el secuestro, *el Juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes es notorio, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial o de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia...". (Subraya la Sala). Y con razón, también, que el embargo de los bienes muebles "no sujetos a registro, se consumará mediante su secuestro" (artículo 681-3), que consiste, según el artículo 2273 del Código Civil, en el "depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor", y que por ende no es dable confundir con la aprehensión o retención que las autoridades de Policía hagan de ésta.*

No estando consumado el embargo del automóvil mediante su secuestro, no era posible al Juez considerar su alto valor como "notorio" para efectos de la limitación oficiosa ordenada en el multinombrado artículo 513, esto es, para estimar que con este único bien quedaba debidamente garantizada la obligación que ejecutivamente se cobraba en su Despacho.

En síntesis, si el inmueble trabado en el proceso ejecutivo, por razón de la hipoteca que lo afectaba no era garantía cierta del crédito quirografario que se cobraba, y si el valor real del automóvil no era posible establecerlo por no haber sido secuestrado aún, no puede ahora afirmarse, inequívocamente, tal como lo exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que el doctor Luis Felipe Bottía Martínez, *en su calidad de Juez Veintidós Civil del Circuito de Bogotá y excediéndose en el ejercicio de sus funciones, cometió acto arbitrario o injusto al decretar en providencias de la misma fecha (2 de noviembre de 1982) el embargo de estos dos bienes de propiedad del demandado. Para el momento de tomar estas determinaciones no podía haber certeza de que el valor de los bienes con ellas afectados excediera el doble del crédito que se cobraba.*

Así las cosas, la sentencia impugnada habrá de confirmarse, sin que la Sala considere necesario referirse a otros aspectos que no fueron estimados delictivos en el auto de proceder y a los cuales hace alusión el recurrente, y que en verdad causan cierta perplejidad, tales como la tasación de las agencias en derecho que no deja de parecer excesiva; la decisión de incluir intereses en la liquidación del crédito, que no obstante haber sido confirmada por el Tribunal produce algún desconcierto, y la negativa a devolver los $ 200.000 consignados, sin aducir razón alguna (providencia de 16 de diciembre de 1982). Pero estas actuaciones del acusado, se repite, no fueron consideradas ilícitas al calificarse su conducta y por ende no fueron tampoco objeto de llamamiento a juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con profundo respeto por las tesis que la mayoría presenta en la sentencia absolutoria del doctor Luis Felipe Bottía Martínez, Juez 22 Civil del Circuito de Bogotá, nos permitimos disentir de ellas pues estimamos que ha debido ser condenado como autor del delito de abuso de autoridad, por el cual se le comprometió en juicio en proveído confirmado por la Sala.

Nuestro comedido disentimiento lo apoyamos en estas breves consideraciones:

1ª La demanda ejecutiva se fundamentó en letra de cambio aceptada por Arnulfo Camacho, con vencimiento el 30 de junio de 1981 y para la fecha en que el juicio se promovió tenía un valor de 200.000 pesos. Los espacios correspondientes a los intereses durante el plazo acordado y los de mora, aparecían con una línea o guión. Mientras el demandado arguyó que no se habían pactado, los juzgadores de instancia estimaron lo contrario por no existir prueba evidente de que el acreedor hubiese renunciado a ellos.

Por tanto, la demanda ejecutiva comprendía capital, intereses del 2% mensual desde que se hizo exigible la obligación —junio 30 de 1981— y las costas del juicio.

El ejecutante pidió simultáneamente el embargo del inmueble y del vehículo de propiedad del demandado, descritos en el memorial de 5 de junio de 1982.

El auto del 27 de agosto de ese año así lo dispuso y las medidas cautelares tuvieron cumplimiento, así: La del inmueble aparece en el certificado de la Superintendencia de Notariado y Registro y la adoptada respecto del

vehículo, se atendió por la Sipec cuyos agentes lo retuvieron en noviembre de 1982.

2ª Antes de librarse el mandamiento ejecutivo —junio 12 de 1982— el demandado puso a disposición del juzgado el título de depósito por 200.000 pesos y pidió no señalar caución para las medidas preventivas, "...teniendo en cuenta la cancelación total del valor del título aducido como base del recaudo..." —junio 9 de 1982—.

El juzgado en proveído del 21 de junio dispuso que antes de resolver esa petición, se liquidara el crédito y señaló como agencias en derecho la suma de 40.000 pesos.

3ª En autos del 2 de noviembre de 1982 el Juzgado ratificó la orden de embargo del automotor de placas FD-1401, decretó el secuestro del inmueble "embargado" y citó al primer acreedor hipotecario que aparecía en el certificado (cuaderno de medidas preventivas).

El demandado obtuvo el levantamiento de las medidas consignando la suma de 400.000 pesos que se le señaló, artículo 519 del Código de Procedimiento Civil —incluidos los 200.000 pesos que ya había depositado—.

En los últimos folios del cuaderno principal del juicio aparecen la sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución —mayo 14 de 1983— y la liquidación del crédito. Esta se concretó a la suma de 309.327 pesos.

4ª Estos antecedentes nos permiten afirmar que el Juez Bottía Martínez incurrió en el delito de abuso de autoridad contemplado en el artículo 152 del Código Penal, según estos comentarios:

Primero. Es sabido que con la reforma de 1970 el Juez Civil dejó de ser un "árbitro" que se limitaba a disponer lo que las partes le pedían, sin iniciativa en el proceso.

La nueva legislación —la vigente— impuso otro criterio que aparece consignado en las primeras disposiciones del estatuto procesal civil, en materia de pruebas y en otras normas. Así, por ejemplo, en materia de embargo y secuestro previos, el Juez debe evitar los abusos del ejecutante, limitando las medidas precautelativas a "lo necesario"; "...el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculados..." (artículo 513).

Segundo. Al parecer se confunden dos situaciones: Una corresponde al derecho del ejecutante a que se excluyan del embargo determinados bienes —artículo 517— y otra, la facultad del juez de limitar los embargos y secuestros a lo necesario, cuando estas medidas *se decreten* (artículo 513, inciso 5º). Esta facultad o autorización mantiene su vigencia al momento de practicar el secuestro (artículo 513, inciso 6º).

El auto de proceder se refiere a las providencias que adoptó el Juez Bottía el 27 de agosto y el 2 de noviembre de 1982, oportunidades de que dispuso para "limitar el embargo". En la última fecha contaba con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, en el que aparecían el valor del inmueble (la venta de Baquero a Camacho) y el monto de la hipoteca a favor de Concasa.

No hay constancia en el juicio de haber comparecido el acreedor hipotecario, no obstante la citación que se le hizo en el último proveído. En noviembre de ese año la policía retuvo el automotor, como ya se había observado.

Tercero. ¿Cuáles factores debía tener en cuenta el Juez Bottía para las medidas preventivas solicitadas por la parte demandante?

Bien se puede contestar que los mismos que consideró el Juez 23 Civil del Circuito al resolver las objeciones formuladas a la liquidación del crédito. Así: 200.000 pesos de capital; intereses del 2% mensual desde junio de 1981; costas del juicio y agencias en derecho. Conforme al proceso el ejecutado había depositado la suma de 200.000 pesos el 9 de junio de 1982 para "cancelar" la obligación. Esta suma se abonó primero a los intereses hasta esa fecha —artículo 1653 del Código Civil— y el resto al capital. Quedó un remanente insoluto de 45.199.97 pesos que causaba intereses legales hasta que se pagaran. A estas cantidades se sumaban 40.000 pesos de agencias en derecho y las costas. La citada liquidación, efectuada en julio de 1984, arrojó la suma de 309.327 pesos. En concreto: Para esta última fecha el demandado sólo debía 109.327 pesos!

Justamente uno de los tratadistas citados en la sentencia absolutoria de primera instancia, sostiene lo siguiente a propósito del artículo 517: "...al menos idealmente debe considerar su monto (del crédito y las costas) si no está liquidado, teniendo en cuenta que los bienes embargados no podrán exceder del doble del crédito cobrado". Es precisamente "el embargo teórico" a que se refiere el acusado en su indagatoria. El "prudente cálculo" citado en el artículo 513, numeral 5º del estatuto.

Cuarto. El funcionario acusado explica en su ampliación de indagatoria, cumplida en la etapa del juicio, la facultad del Juez al momento del secuestro mas no al momento de "decretar" el embargo, a que alude el inciso 5º del artículo 503. En el caso en estudio se consignó por el denunciante apreciable suma de dinero, que reducía las pretensiones del ejecutante a parte del capital, intereses de éste contados a partir de junio de 1982 y las costas, como quedó demostrado en la liquidación definitiva del crédito.

Estos eran los factores que ha debido tener en cuenta el Juez Bottía para reducir el embargo, pues conforme a su teoría del "embargo ideal", los cálculos debían efectuarse teniendo en cuenta el abono de 200.000 pesos hecho por el ejecutado. Dos años después, el demandado sólo debía 109.327 pesos.

El acusado en su ampliación de indagatoria hace afirmaciones sin fundamento que es preciso rechazar de plano, como la de que el dinero consignado carecía de consecuencias jurídicas, pues podía ser retirado en cualquier momento por quien hizo el depósito. El memorial de Camacho con el que presentó el título anuncia que es precisamente para cancelar la obligación. Ya se sabe que se tuvo en cuenta para la liquidación del crédito. Y en cuanto a la posible intervención del acreedor hipotecario para desplazar al quirografario (artículo 539), es lo cierto que a pesar de la citación, no se hizo presente en el juicio, ni cuando estuvo a cargo del Juez Bottía ni después.

Otra afirmación gratuita del acusado es la de que el automóvil Mercedes Benz retenido por la policía en noviembre de 1982, bien podía carecer de valor por deterioro o porque hubiese sufrido un accidente. Nada de ello ocurrió y se trata por tanto de una apreciación personal desprovista de fundamento.

Quinto. Se lamenta que la providencia mayoritaria de la Sala no hubiese examinado con más amplitud los aspectos que se han tocado en estos cuatro numerales y en particular, la situación contemplada en el inciso 5º del artículo 513 del estatuto procesal civil. El momento en el cual el Juez debe examinar y cotejar las pretensiones del ejecutante con el valor de los bienes cuyo embargo se solicita, para limitar la medida a lo indispensable. Lo que expuso el acusado y que recogen las sentencias de instancia para desechar "el exceso" del embargo son conjeturas, suposiciones, como la intervención del acreedor hipotecario en perjuicio del quirografario —que nunca ocurrió— o que el vehículo estuviese deteriorado, lo cual tampoco sucedió. En cambio no se examinaron en los fallos el oportuno depósito de 200.000 pesos, que cubrió casi en su totalidad el capital y los intereses debidos, quedando apenas un remanente plenamente garantizado con el bien inmueble embargado. Así quedó demostrado en la liquidación definitiva del crédito efectuada dos años después de la presentación de la demanda. Por lo demás, es preciso destacar que el ejecutado no eludió el juicio, intervino aun antes de librar el mandamiento ejecutivo y de ordenar las medidas preventivas y defendió sus derechos sin éxito, pues el funcionario acusado resolvió negativamente todas sus peticiones.

La providencia de la cual nos apartamos admite que el Juez Bottía cometió irregularidades que infortunadamente no fueron recogidas en el auto de proceder.

En conclusión y con el mayor respeto por los honorables Magistrados que constituyeron mayoría en la decisión de la que nos apartamos, estimamos que el doctor Bottía Martínez ha debido ser condenado como autor del delito de abuso de autoridad por sus actuaciones en el juicio ejecutivo al que se refiere este proceso.

Gustavo Gómez Velásquez, Hernando Baquero Borda.

PROCESO CIVIL

Por medio del procedimiento civil se pueden vulnerar derechos de las partes o de terceros y en tales circunstancias el Juez puede revocar su determinación, sin necesidad de que exista recurso propuesto contra la providencia injusta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 071.

Bogotá, D. E., 16 de julio de 1986.

VISTOS

Resolverá la Corte Suprema de Justicia lo concerniente al recurso de apelación, interpuesto por el denunciante Jaime Alberto Segura Pimentel, contra el auto de fecha trece de marzo de mil novecientos ochenta y seis, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué se abstuvo de iniciar investigación penal en contra de la doctora Floralba Galvis Conde, acusada de un delito de *prevaricato.*

ACTUACIÓN PROCESAL

Taubele Kirschembaum de Segura y Jaime Alberto Segura Pimentel fueron demandados en proceso de lanzamiento ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué; allí se presentaron los esposos Segura, contestaron cabalmente la demanda y propusieron excepciones, las cuales inicialmente fueron acogidas por la funcionaria quien ordenó su trámite procesal. Empero, sin mediar petición de parte, la misma juez revocó el auto por medio del cual había dado por contestada la demanda y ordenado tramitar las excepciones propuestas, decisión esta última que según el denunciante es manifiestamente contraria a la ley, no solamente porque

imposibilita a los demandados su defensa con base en un inexistente argumento, sino porque también la providencia aludida no admite la revocatoria.

Acreditada la calidad de Juez Primero Civil Municipal de Ibagué de la denunciada Floralba Galvis Conde, el Tribunal Superior de esta misma ciudad solicitó aportar en fotocopias el proceso de lanzamiento adelantado en contra de los esposos Segura, y de tales documentos se pudo concluir lo siguiente:

El señor Luis Ernesto Camacho, arrendador de un inmueble a los señores Taubele Kirschembaum de Segura y Jaime Alberto Segura Pimentel, adelantó, por intermedio de apoderado, diligencias pre-procesales tendientes a constituir prueba sumaria del contrato de arrendamiento, y para ello solicitó el testimonio de Carlos Antonio Zambrano, José Efraín del Río Olivera y Francisco José Neira Ramos. El primero de ellos, afirmó en su declaración:

"Sí, me consta porque una vez estando casualmente en ese sector de los Remansos mirando un trabajo en la casa de Alfonso Carrero, Luis Ernesto Camacho se acercó para ver si tenía un decámetro y si se lo podía prestar para medir un lote *que iba a dar en alquiler a Jaime Segura y Taubele Kirschembaum de Segura... en esa ocasión les oí que era para incluirlos en el contrato de arrendamiento que iban a celebrar,... yo recuerdo que se habló de no construir mejoras y de unos cánones que pueden ser los que se me leyeron, me parece que eran esos*". La pregunta textual para esta última respuesta, era: "Sí les consta que el canon mensual de arrendamiento originalmente fijado fue de $ 4.800.00, el cual se reajustó a la cantidad de $ 15.000.00 pagaderos por mensualidades los primeros cinco (5) días de cada mes, y se le prohibió a los arrendatarios adelantar mejora alguna sin permiso previo del arrendador". (Las subrayas son de la Sala).

Por su parte, el señor Del Río Olivera manifestó:

"Sí, *hacia comienzos de 1980 un empleado de la oficina* del doctor Cárol Rojas bajó a mi oficina, 4º piso del centro comercial Combeima y me manifestó *que el señor que lo acompañaba era el doctor Luis Ernesto Camacho* y que en razón de que el doctor Alvarez Didyme-Dome no se encontraba, el señor *venía a que le elaborara un contrato de arrendamiento a manera de prórroga de uno que con anterioridad había celebrado con un señor que si mal no estoy se llama Jaime Segura y su señora de nombre Taubele Kirschembaum de Segura..., lo elaboré y se fijó como canon mensual nuevo la suma de $ 15.000.00, duración del contrato indefinida, entre otras cláusulas se determinó que los arrendatarios renunciaban a cualquier clase de requerimiento judicial o privado en relación al contrato de arrendamiento objeto del mismo..., se estipuló también que las mejoras que plantaran pasarían a manos del arrendador sin indemnización alguna.* Una vez elaboré el contrato en presencia del doctor Luis Alberto Camacho se lo entregué y él se lo llevó, *manifestando para la correspondiente firma, autenticación y timbre*" (subraya la Corte).

Francisco José Neira Lamus, en el interrogatorio que respondió como prueba anticipada, sostuvo:

"A principio de 1980, me encontraba en la oficina del doctor Efraín del Río y en ese momento apareció el señor Luis Ernesto Camacho, Jaime Alberto Segura y Taubele Kirschembaum de Segura... y le solicitaron al doctor Efraín del Río que les elaborara un contrato de arrendamiento sobre un inmueble ubicado en la urbanización Los Remansos... En este contrato de arrendamiento me consta que los señores Jaime Alberto Segura y Taubele Kirschembaum de Segura, se comprometieron a pagarle a Luis Ernesto Camacho, por el inmueble que se acababa de alinderar en calidad de arrendamiento la suma de $ 4.800 mensuales, suma ésta que también me consta en la actualidad están pagando los arrendatarios, la cual fue reajustada a $ 15.000 mensuales y me consta que los arrendatarios en la elaboración de dicho contrato, el cual elaboró el doctor Efraín del Río, renunciaron a los requerimientos de ley, para ser constituidos en mora y que el contrato lo firmaron en la oficina del doctor Efraín del Río" (resalta la Sala).

Con base en esta prueba anticipada, el mismo Luis Ernesto Camacho, a través de su apoderado, presentó la correspondiente demanda de lanzamiento de cuyo texto se extractan los siguientes puntos:

"1. Con fecha 3 de enero de 1974 los demandados celebraron con mi representado un contrato de arrendamiento por el precio prealinderado sobre el cual se levantaban dos (2) kioskos y un parqueadero para vehículos automotores.

"2. Como canon mensual inicial se pactó la suma de $ 4.800.00, la cual se reajustó a partir del 3 de enero de 1980 a la cantidad de $ 15.000.00, pagaderos por mensualidades dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

"3. Los demandados renunciaron a todo requerimiento, no siendo por ende necesarios para constituirlos en mora.

"5. Es así como para la fecha los demandados adeudan por cánones dejados de pagar, la suma de $ 532.000.00, correspondiente a 38 meses a razón de $ 15.000.00 c/u., que van de enero de 1982 a julio de 1985, menos los $ 98.000.00, que como precedentemente se dijo, abonaron los arrendatarios".

Esta demanda, fue debidamente admitida, y como consecuencia de ello se ordenaron algunas medidas preventivas de embargo y secuestro de bienes de los demandados.

El demandado Jaime Segura Pimentel, enterado de la acción interpuesta en su contra, contestó la demanda y a ella agregó el recibo de consignación número 6347287, por valor de $ 95.200.00, suma que estimó deber como cánones de arrendamiento atrasados, y tres recibos de pago de fechas 12 de septiembre de 1983, 7 de octubre de 1984 y 2 de noviembre de 1984, todos ellos reconocidos judicialmente por la señora Elvia Trujillo de Camacho en su firma y contenido. El primero de tales recibos, dice textualmente:

"Por $ 50.000 m/cte. Recibí de la señora Taubele de Segura, la suma de cincuenta mil pesos m/cte., valor de buena cuenta del arrendamiento de los kioskos y parqueadero de La Tablita, de diciembre de 1982 a noviembre 30 de 1983, con un valor mensual de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4.800) mensuales. Recibí. Elvia T. de Camacho. Septiembre 12, 1983. Cheque número 2550284 del Banco del Comercio".

En el escrito de contestación de la demanda, por su parte, se objetó el hecho alegado por el actor referente al monto del canon mensual de quince mil pesos, y se afirmó que sólo ascendía a cuatro mil ochocientos pesos mensuales, razón por la cual los demandados deberían ser oídos con la consignación realizada toda vez que, los recibos aportados acreditaban fehacientemente la fecha desde la cual se incurrió en mora que lo fue el 30 de diciembre de 1982. Igualmente solicitaron los demandados el reconocimiento de algunas mejoras y el derecho de retención sobre el inmueble hasta la cancelación de las mismas.

Con auto de fecha veinticuatro de octubre de 1985, el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué tuvo por contestada en tiempo la demanda y acogió el trámite de las excepciones previas propuestas por los esposos Segura-Kirschembaum. Corrido el traslado al actor, éste solicitó la desestimación de la excepción previa de inepta demanda por falta de requisitos, y al final de su alegato dijo:

"No obstante lo anterior debo precisar que claramente está establecido en el expediente la mora de los arrendatarios, razón por la cual *no pueden* ser oídos en el proceso, ya que los valores consignados distan mucho de las sumas realmente debidas. Ruego por tanto prioritariamente al despacho pronunciarse al respecto".

Dispuesto el proceso para recibir la decisión del incidente de excepciones previas, la funcionaria acusada dictó el auto calendado el quince de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco, en el cual consignó los siguientes argumentos:

"El numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil dispone: 'Si la demanda se funda en falta de pago, el demandado no puede ser oído en el proceso si no se consigna a órdenes del juzgado los cánones que adeude, o no presenta los recibos de pago o de consignación al demandante conforme a la ley'.

"En efecto, el demandante afirma que los arrendatarios adeudan la suma de $ 532.000.00 m/cte., valor correspondiente a treinta y ocho meses, de enero de 1982 a julio del corriente año; teniendo en cuenta la suma de $ 98.000.00, que los arrendatarios habían abonado con anterioridad.

"De acuerdo con los términos de la norma transcrita antes, para que el demandado sea oído, siendo la causa de lanzamiento la mora, debía consignar lo que el demandante afirma que le adeuda, o presentar los comprobantes de pago, o la prueba del pago por consignación. Se trata de cumplir este requisito para dar curso a los medios defensivos propuestos por el demandado, debiendo por lo tanto, demostrar que ha cancelado las mensualidades a que hace mención la demanda, pues de no ser así el demandado no puede ser oído.

"El juzgado en el caso que nos ocupa, muy a la ligera atendió las peticiones formuladas en la contestación de la demanda y dio curso a las excepciones previas formuladas por los demandados, cuando evidentemente la consignación efectuada por el señor Jaime Segura en el Banco Popular y los recibos aportados no corresponden ni alcanzan a la suma que afirma el demandante le adeudan, lo que quiere decir, que los demandados al no cumplir con la carga de demostrar el pago, no podían ser oídos.

"De acuerdo con lo anterior, el juzgado debe reponer el auto calendado el veinticuatro de octubre pasado y consiguientemente, no dar curso a las excepciones previas formuladas por los demandantes; pues no obstante, la contestación de la demanda y el escrito de excepciones (sic) previas se hubiese allegado oportunamente, faltaba el requisito de demostrar el pago completo de los cánones de arrendamiento a que se refiere la demanda: es una carga que corresponde a los demandados, toda vez que en el curso del proceso, tienen la oportunidad de probar si se adeudan o no los cánones que afirma el demandante".

Contra la anterior providencia interpusieron los demandados el recurso de reposición y al desatarlo la juez acusada, con base en los argumentos que la llevaron a revocar el auto que dio por contestada la demanda, sostuvo:

"...Este Despacho no podía darle trámite a la contestación de la demanda, toda vez que a los demandados les correspondía consignar el valor de los arrendamientos expresados en la demanda y no en forma parcial como ocurrió en este caso, pues bien se sabe que cuando se alega no deberlos, en el evento de prosperar ese medio exceptivo, ese depósito se les devuelve.

"El demandante afirmó en su demanda que los arrendatarios adeudaban 38 cánones de arrendamiento, a razón de $ 15.000.00 mensuales; la cuestión de si el arrendamiento era el inicialmente PACTADO (sic), o el valor incrementado, es justamente lo que debe demostrarse en el curso del proceso, pero para ello no es suficiente lo que afirmen los arrendatarios en su contestación, sino que deben consignar, por expresa disposición legal, para ser oídos, para que el proceso pueda abrirse a prueba y tener así la oportunidad de demostrar que se han cancelado las mensualidades a que alude la demanda.

"...Como es sabido, los autos ilegales no obligan al juez, así se encuentren ejecutoriados. De esta manera, el auto que deba dar curso a la contestación de la demanda por ir en contravía con el numeral 4º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, no puede mantenerse, así éste no hubiese sido recurrido, la ley le da la facultad al juez para modificarlo, aun de oficio: sobre este aspecto son bien conocidas las providencias que tocan este tema".

Producida esta última decisión, el apoderado de los demandados solicitó restitución de términos por enfermedad y la expedición de copias de la actuación, solicitudes que despachó el juzgado, con auto de veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y seis, en el sentido de no oír a los demandados "por encontrarse vigente la sanción prevista en el numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil".

Aportada la actuación precedente a las diligencias preliminares ordenadas por el Tribunal Superior de Ibagué, esta Corporación decidió, en proveído de trece de marzo de mil novecientos ochenta y seis, inhibirse para iniciar investigación penal contra la juez acusada, argumentando lo siguiente:

"Pero como el demandado Jáime Segura sólo consignó la suma de $ 95.000.00 (Fl. 31), por concepto de cánones de arrendamiento que según él adeudaba y no los $ 532.000.00 reclamados por el demandante (Fl. 21 bis), los autos de 24 de octubre teniendo en cuenta por contestada en tiempo la demanda, ordenando resolver en cuaderno separado las excepciones previas y reconocer al señor apoderado de las partes demandadas eran ilegales conforme a lo claramente estatuido por el numeral 5º del artículo 434 transcrito y entonces, aun de oficio podía la funcionaria reponerlos, pues es reiterada jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia que 'los autos ilegales no pueden atar al juez para que siga cometiendo errores...' (Sentencia del 23 de marzo de 1981, Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén)".

Sustentación del recurso

Contra el auto inhibitorio del Tribunal Superior de Ibagué el denunciante interpuso el recurso de apelación, y en tal escrito alegó como razones de inconformidad, entre otras, las siguientes:

"De ahí que considero (y ahí está gran parte de mi inconformidad con su providencia), que para saber si un funcionario actuó bien o mal en la aplicación de una norma, no basta con decir que nada se le puede reprochar por cuanto se apoyó en lo que dijo X o Y tratadista o la jurisprudencia de tal o cual Tribunal en forma impersonal y abstracta, sino que el juez penal ante el cual se denuncia el hecho que se considera violatorio de la ley, deberá sustentar su decisión en un estudio del problema civil sometido a la justicia, para que con claridad y certeza, explique el porqué (sic) de su decisión.

"De otro lado, honorables Magistrados, en la denuncia se narraron una serie de hechos, todos y cada uno de los cuales y en el momento de producirse, quebrantaron de una y otra forma disposiciones legales incurriendo en cada uno de esos momentos en posibles delitos (sic) (los que denuncié), situaciones que no fueron estudiadas por separado en su providencia, en la cual se limitan al hecho de que no se nos permitiera ser oídos dentro del proceso, como si a ello se circunscribiera la denuncia".

Opinión del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicitó, en su concepto, la revocatoria del auto impugnado para que en su lugar, se disponga la iniciación de investigación penal en contra de la acusada, por violación de principios fundamentales del procedimiento civil al propiciar el desequilibrio procesal y lesionar derechos humanos de los demandados, alegando para tales violaciones interpretaciones acomodaticias de las nor-

mas legales y la posición doctrinaria y jurisprudencial. En uno de sus apartes expresó:

"Este Despacho encuentra afortunado o acertado el pensamiento del impugnante y se pronuncia contra la inhumana administración en algunos casos de la justicia civil mecanizada, que llega a desconocer elementales derechos humanos y rompe los fundamentales principios rectores del derecho de defensa y la igualdad de las partes, consagrados en el trascendental artículo cuarto de nuestro Código de Procedimiento Civil. Y no ve justo que en el momento procesal de trámite de excepciones, con tachas de falsedad, se le cierran las puertas al demandado, en forma oficiosa y sin que la contraparte hubiese impetrado la aplicación de la norma citada por la acusada. Todo lo contrario, había consentido la consignación inicial y respetado el derecho de defensa del demandado, que no le mereció consideración alguna a la señorita juez o a la justicia que ella administra".

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero anotar que, evidentemente, la decisión apelada no se ajustó a los requisitos legales exigidos para ella; la precaria argumentación del Tribunal no solamente dejó sin fundamentación cierta su decisión, sino que, además, omitió toda consideración sobre la mayoría de las conductas denunciadas como cometidas por la funcionaria acusada. El auto inhibitorio se limitó a examinar la motivación de la providencia mediante la cual la juez revocó su propio auto que dio por contestada la demanda y ordenó dar trámite a las excepciones, pero dejó de lado el examen de las conductas punibles o sea las siguientes:

Primera: Haber admitido la demanda de lanzamiento sin la prueba que la ley de procedimiento civil reclama sobre la existencia del contrato de arrendamiento. Preciso es recordar que la prueba del contrato quiso darse mediante declaraciones extraprocesales de tres testigos, quienes depusieron sobre la relación contractual y el contenido de la misma, al parecer porque la parte actora carecía de documento que recogiera esta convención.

Si bien es cierto que el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 1º, establece la posibilidad de iniciar el proceso de lanzamiento de arrendatario acompañando a la demanda "prueba siquiera sumaria del contrato de arrendamiento", no lo es menos que los testimonios aportados por el demandante, en el caso en estudio, presentan serias contradicciones entre sí y no se trata de declaraciones concordantes; en efecto, en tanto que el testigo *Del Río Olivera* afirmó que a su oficina se presentó el arrendador para solicitar la elaboración de "una ampliación" de un contrato de arrendamiento, el declarante *Neira Lamus* sostuvo que a la misma oficina, y por la misma época, se presentaron tanto arrendador como arrendatarios para la elaboración de un contrato de arrendamiento; por su parte, *Carlos Antonio Zambrano* dijo que el arrendador solicitó en préstamo un decámetro para tomar unas medidas al inmueble, con el propósito de suscribir un contrato de arrendamiento, pero no da cuenta de si tal convención se celebró efectivamente o no.

Del texto transcrito de tales versiones, puede colegirse que hay entre los declarantes serias contradicciones, profundos vacíos que hacen criticables sus versiones y ponen en peligro la capacidad probatoria de los medios utilizados por el actor para demostrar la relación contractual; pero esta circunstancia no afecta la calidad de sumaria que la prueba aportada tiene. Sobre tal característica de las pruebas, la Sala Civil de esta Corporación, se pronunció en decisión de 23 de noviembre de 1983, con ponencia del Magistrado Murcia Ballén en el siguiente sentido:

"El carácter de sumaria de una prueba dice relación no tanto a su poder demostrativo, sino a la circunstancia de no haber sido contradicha. Se opone, a la controvertida, es decir, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretenda hacer valer. De lo cual tiene que seguirse que los testimonios de nudo hecho son siempre extra-proceso y que, por lo mismo, para que queden controvertidos y puedan apreciarse necesitan, generalmente, ser ratificados por el declarante que los rindió, quien, en otra audiencia, bajo juramento declarará nuevamente, sometiéndole por segunda vez las preguntas y adicionando éstas como el juez y las partes lo deseen, sin leerla, ni dejarla leer, su declaración anterior".

Quiere decir lo anterior que la juez acusada no podía, antes de admitir la demanda, evaluar la capacidad probatoria de las pruebas anticipadas que se le presentaron sino que, como lo hizo con buen criterio, le resultaba ineludible admitir la demanda y en su oportunidad ordenar la ratificación de los testimonios —como así lo hizo—, para luego apreciarlos como pruebas dentro del proceso, tomando en cuenta las objeciones que la parte demandada formulara y las reglas que rigen la valoración de la prueba en el proceso civil.

Los testimonios aportados por el actor, en consecuencia, reunían las exigencias señaladas en el numeral 1º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil (prueba sumaria), y nada impedía el admitir la demanda presentada junto con ellos. Los defectos de que adolecían tales declaraciones, no hacían relación al fondo del asunto, esto es, no afectaban la prueba de la existencia de un contrato de arrendamiento, máxime si tenemos en cuenta que al momento de la contestación de la demanda esta relación contractual no fue discutida por la parte demandada; algunos términos del contrato (valor de la renta, posibilidad de construcción de mejoras), sí fueron discutidos y no obraban claramente delimitados en la prueba anticipada, cuestiones éstas que deben ser debatidas dentro del proceso de lanzamiento, y por ende, no constituyen base válida para rechazar la demanda presentada. En consecuencia, ninguna norma se violó con el proceder de la inculpada a este respecto, ni su acción se muestra contraria a la ley, mucho menos en forma manifiesta. Por este hecho la conducta es atípica, y procede el auto inhibitorio.

Segunda: Haber revocado oficiosamente el auto de fecha veinticuatro (24) de octubre de 1985, por medio del cual se había tenido por contestada en tiempo la demanda, y se daba trámite a las excepciones propuestas.

Es verdad que en el texto del Código de Procedimiento Civil no se hace alusión en parte alguna a la figura de la revocatoria de las decisiones

judiciales, como sí ocurre en otros ordenamientos procesales; tampoco es ella medida de frecuente uso en el trámite de asuntos civiles. Lo anterior no quiere decir que la revocatoria esté proscrita del proceso civil, porque si bien es cierto que en él se dirimen cuestiones eminentemente contractuales y privadas, dependientes de la voluntad de las partes, no menos cierto resulta que por medio del procedimiento civil se pueden vulnerar derechos de los intervinientes y aun de terceros, sin que esta vulneración sea reclamada al juez, y en tales circunstancias, cuando el funcionario se enfrente a una decisión propia con la cual se haya causado agravio a una de las partes o a un tercero, bien puede revocar su determinación sin necesidad de que exista recurso propuesto contra la providencia injusta, si ella aparece como manifiestamente contraria a la ley, como así lo afirmó el Tribunal en su auto de primera instancia, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Civil de esta Corporación, de fecha 4 de febrero de 1981, que textualmente dice, *siendo ponente el doctor José María Esguerra Samper:*

"Para el caso cabe muy bien aplicar, por tratarse de situaciones conceptualmente idénticas, lo que la Corte en providencia del 19 de agosto de 1977 (aún no publicado) dijo: 'Ahora bien, como quedó demostrado que fue ilegal el auto admisorio del recurso, la Corte no puede quedar obligada por su ejecutoria, pues los asuntos pronunciados con quebrantos de normas legales no tienen fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a 'asumir una competencia de que carece', cometiendo así un nuevo error. En tales circunstancias, advertida la equivocación consistente en declarar admisible sin serlo un recurso de casación (de súplica en el presente caso, se advierte ahora), la Corte puede, sin que tenga que decidir de fondo, pronunciarse en la primera oportunidad procesal, de oficio o a solicitud de parte, sobre la improcedencia del recurso'.

De consiguiente, la Corte encuentra ahora que no tiene nada qué proveer en este proceso, sin que pueda estar vinculada por un auto inicuo como lo fue el que declaró admisible la consulta, ni menos aún por la actuación de igual calidad que se siguió posteriormente".

La única excepción al respecto, es la consagrada en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, cuando dice: "La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció". Contrario sensu, *una determinación judicial que no constituye sentencia sí puede ser revocable y reformable por el mismo funcionario, y para ello no requiere de petición de parte ni trámite de recurso propuesto alguno.*

Existen además otras razones para aceptar la posibilidad de revocatoria de las decisiones judiciales en el proceso civil. Ellas tocan con los principios orientadores del procedimiento acogido en el Decreto 1400 de 1970, según el cual ya no se fundamenta totalmente la actuación procesal en el principio dispositivo que entrega a las partes el impulso del proceso, sino que fue aceptado —con algunas limitaciones—, el inquisitivo que faculta al juez para practicar pruebas de oficio, impulsar el proceso sin necesidad de petición de parte, tomar decisiones sin que así le sea solicitado, y sobre todo, le confiere al funcionario poderes para la dirección, ordenación e instrucción del proceso, consagrados éstos en los artículos 37 a 40 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 2º de la misma codificación, en su inciso 2º, dispone claramente que los jueces civiles "deben adelantar el proceso por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, *si es ocasionada por negligencia suya"; la demora no puede entenderse aquí como la simple no ejecución o la ejecución tardía de una actividad procesal, sino que también ha de incluirse en este concepto la mala tramitación que tiene como consecuencia la reversión de la actuación a un estado anterior que implica, obviamente, la prolongación innecesaria e indebida del término en el cual debe resolverse la litis.*

Siendo ello así, es claro que el juez civil está investido de facultades para dictar providencias tendientes a lograr una pronta y cumplida justicia, sin que se requiera la petición de una de las partes intervinientes. En tanto se advierta la causal de la demora, o el vicio que indefectiblemente ocasionará una prolongación irregular del término de la actuación, deberá el juez proveer lo necesario para removerla, salvo que se trate de aquellas situaciones excepcionales en las cuales no se puede agotar la etapa procesal más que cuando se acredite el cumplimiento de una carga impuesta a una de las partes. En el evento estudiado, no se trata de la actuación del juez con desentendimiento de las normas procesales, o desconociendo los requisitos previos de su decisión, sino de un remedio que optó por aplicar la funcionaria acusada para evitar, como se lo ordena la ley, una demora en el proceso.

Como ya se dijo, el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil contiene igualmente disposiciones claras que permiten al juez desplegar una actividad con independencia de la actuación de las partes. Su numeral 1º impone como obligación al funcionario la de "dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran". Esta prescripción, dota a los funcionarios judiciales de mecanismos generales y amplios para desempeñar cualquier actividad dentro del proceso, sin tener que sujetarse, como en el pasado, a la omnímoda voluntad de las partes. Hoy el juez no es un convidado de piedra en la solución del conflicto trabado entre los particulares, sino que es parte activa en la tramitación del proceso y debe, por lo tanto, proveer directamente a los fines del mismo.

Dirigir la actuación, velar por la pronta solución del proceso, buscar la mayor economía procesal, requieren de actividades externamente apreciables, y posibilita la acción espontánea del juzgador quien, por tanto, no puede permitir que el proceso avance irregularmente luego de advertida la perturbación que lo conducirá inexorablemente a una sentencia inhibitoria o a una declaración de nulidad, en contra del principio de la economía procesal.

Sin embargo, la misma funcionaria no se percató de que la decisión que *motu propio* repuso no era de aquellas que son manifiestamente contrarias a la ley y, de consiguiente, que no puede ser variada al capricho de la duda interpretativa del juez. Se equivocó la inculpada en su inicial **interpretación** de la norma aplicada en auto de fecha veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), y tal sentido no era

contrario manifiestamente a las disposiciones de la ley, razón por la cual ha debido mantener la validez de su decisión porque, en su oportunidad, la parte a quien afectó tal interpretación no interpuso recurso alguno ni solicitó en tiempo cuando menos aclaración de la decisión de la acusada, con lo cual consintió el sentido que a la norma aplicada (numeral 5º del artículo 434 del C. de P. C.) dio el juzgador.

Conviene reafirmar en este punto, que cuando las providencias de los funcionarios judiciales responden a una inadecuada interpretación, pero no violan manifiestamente la ley, no se pueden remover oficiosamente por el juzgador so pena de vulnerar la seguridad de la administración de justicia, y la confianza de las partes en las resoluciones judiciales. Los remedios ante estos errores de interpretación, vienen dados por la resolución en sentido contrario de los recursos legalmente interpuestos, o por la declaratoria de nulidades —cuando éstas se presenten—, mas no por la propia voluntad del funcionario quien en tales circunstancias podría cambiar su criterio sobre el mismo asunto cada vez que regresara el expediente a su despacho y, por lo tanto, repondría tantas veces su decisión que impediría incluso el adelantamiento de cualquier proceso.

No quiere decir lo anterior que la funcionaria acusada haya realizado la conducta descrita en el artículo 149 del Código Penal bajo el título de *Prevaricato por acción*. En efecto, la citada norma describe el delito como consistente en el proferimiento de una resolución *manifiestamente contraria a la ley* (resalta la Sala), es decir, una decisión que no responda a los lineamientos generales de las disposiciones legales, ni a interpretaciones lógicas de ellos; que su oposición al sentido mismo de la norma no tenga validez frente a la posible exégesis de la misma. En el caso en estudio, la funcionaria Galvis Conde vio adecuada a las prescripciones legales, la actividad desplegada por la parte demandada, y por ello aceptó la contestación de la demanda que se le ofreciera en su oportunidad legal; en tal providencia (de 24 de octubre de 1985), no hizo consideraciones profundas sobre la adecuación de la demanda a las exigencias legales y, obviamente, tampoco se preocupó por establecer si efectivamente los demandados se encontraban habilitados para ser oídos dentro del proceso de lanzamiento que contra ellos se propuso.

Quizás influenciada por las afirmaciones del demandante en el sentido de que debería ocuparse prioritariamente de estudiar si los arrendatarios habían consignado la totalidad de los dineros de las rentas que se exigían en la demanda, resolvió profundizar en este aspecto a la luz de alguna interpretación doctrinaria de la norma; para ello acudió, indudablemente, a la consulta de textos sobre la materia y encontró que su inicial decisión evidentemente no se ajustaba a las prescripciones del numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. Ubicada así la acusada en la contradicción de su primera decisión con el espíritu de la ley, buscó la manera de enmendar el error cometido y, obviamente, la vía de la revocatoria oficiosa le pareció la indicada.

Que la decisión de fecha quince (15) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) —que se reputa como fruto de la prevaricación—, respondió a un nuevo examen de los hechos y a una diferente

interpretación de la misma norma que le dio base para dar por contestada la demanda, lo revela la propia motivación de la providencia que no es más que el análisis de los términos mismos de la disposición, en armonía con el texto íntegro del artículo que la contiene; por lo demás, en posterior decisión de fecha siete (7) de diciembre del mismo año, se ocupó nuevamente del asunto y plasmó allí otras consideraciones que evidentemente respaldan su nueva interpretación de orden legal aplicada. No se trató de decisión caprichosa, lejana de las reglas de interpretación de la ley u ostensiblemente contraria a las disposiciones de ella; por el contrario, fue una determinación estudiada y que no revela ánimo de infringir la ley.

Recuérdese lo que ya en providencia calendada el 22 de mayo de 1984 dijo esta Corporación, con ponencia del ilustre Magistrado Alfonso Reyes Echandía:

"La conducta descrita como prevaricato en el artículo 149 del Código Penal consiste en proferir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, es decir, auto, sentencia, decreto, resolución propiamente dicha o cualquier otro acto oficial, mediante el cual el funcionario decida o emita opinión sobre asunto de su competencia, que evidencien ostensible ilegalidad; no basta, pues, una discrepancia conceptual entre el funcionario y alguna de las partes sobre aspecto fáctico o jurídico, o interpretación normativa diversa de la predominante, o determinación judicial o administrativa revocada luego en instancia superior por incorrecta, para concluir que se está frente a un prevaricato; hechos confusos, material probatorio que apunte en opuestas direcciones, normas oscuramente redactadas o susceptibles de diversas interpretaciones, por su complejidad, pueden dar lugar a decisiones variadas y a veces contrapuestas respecto de situaciones fácticas similares, sin que por ello pueda afirmarse siempre que se ha incurrido en prevaricato, y esto porque son hombres y por lo mismo sujetos falibles quienes asumen la responsabilidad de interpretar la ley y de resolver con fundamento en ella los conflictos que se les plantean; también por eso el sistema jurídico ha creado los mecanismos de la doble instancia y de los recursos ordinarios y extraordinarios para cerrar en lo posible la brecha a injustas decisiones; así pues, solamente aquellas determinaciones oficiales de una marcada y protuberante ilegalidad asumen la categoría delictiva de la prevaricación".

La decisión de la Juez Galvis Conde, de reponer por su propia voluntad y fuera de cualquier recurso planteado su auto inicial que dio por contestada la demanda, fue debidamente notificado a las partes, al punto de que aquella que se sintió perjudicada con la decisión, pudo recurrir por vía de reposición; más aún, lo hizo también por el camino de la apelación en forma subsidiaria. Al fracasar el primer recurso, la parte demandada ha podido recurrir por la vía de la queja al habérsele negado la alzada, o simplemente, consignar los dineros que se le exigían para ser oída, alegando entonces no deberlos —como lo señala la ley— y solicitando las pruebas atinentes a esta situación, empero, no lo hizo así y dio lugar a que la determinación tomada se convirtiera en decisión inmodificable.

Así las cosas, no habría más que reprocharle a la acusada que la vía escogida para enmendar el error cometido al haber admitido la contesta-

ción de la demanda; ello, no obstante, tampoco revela intención de tomar providencia manifiestamente contraria a la ley porque, como ya se dijo, las instituciones que hoy en día gobiernan el proceso civil dan al juez la facultad de actuar oficiosamente y corregir, sin necesidad de petición de parte, las decisiones que considere contrarias a la ley en forma manifiesta. En verdad que la admisión de la demanda no aparece como manifiestamente contraria a la ley, pero sí se revela como no ajustada a las disposiciones vigentes; la evaluación de lo ostensible de la infracción, empero, fue mal avaluada por la inculpada quien actuó en el convencimiento de que *los autos ilegales no obligan al juez, así se encuentren ejecutoriados,* como lo sostuvo en su auto de fecha siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), incurriendo, si se quiere, nuevamente en error de interpretación, pero no contrariando en forma ostensible los postulados de la ley.

Por manera que, en ausencia del ingrediente normativo "Manifiestamente contrario a la ley", la conducta típica del prevaricato por acción no fue ejecutada por la Juez Galvis Conde, y no procede entonces iniciar en su contra proceso penal por lo que se refiere a este aspecto.

Tercera: Haber dado trámite al proceso con base en una inepta demanda. A este respecto el denunciante pone de manifiesto una serie de situaciones que él considera irregulares durante el trámite de las pruebas que luego sirvieron como prueba sumaria del contrato de arrendamiento. Es verdad que los testimonios no fueron escuchados por el juez a quien inicialmente se elevó la solicitud, que en la misma no se mencionó la dirección de los declarantes, que éstos no fueron citados ni se les señaló fecha y hora para su comparecencia, requisitos éstos exigidos para la práctica de pruebas dentro del proceso y cuyo cumplimiento, a la luz de una interpretación exegética del artículo 301 del Código de Procedimiento Civil han debido observarse. Sin embargo, tales ritualidades no son realmente predicables de las pruebas extra proceso como quiera que éstas se surten por fuera de una relación procesal para ser sometidas, posteriormente, a la contradicción con la observancia de los procedimientos.

La prueba anticipada tiene el carácter de sumaria —ya se dijo— precisamente porque carece de la contradicción necesaria para ser valorada cabalmente; las exigencias a que se refiere el artículo 301 citado no pueden ser otras de las formalidades intrínsecas de cada prueba, vale decir del juramento en los testimonios, del examen de los generales de ley y las demás establecidas en el artículo 228 del ordenamiento procesal civil; cualquier actividad que despliegue el solicitante que permita eliminar las formalidades de citación, señalamiento de fecha y demás encaminadas a proteger el derecho de contradicción, tiene plena validez dentro de las pruebas extra proceso y no puede invalidar lo actuado ni puede tenerse como requisito formal del medio de prueba.

La falta de juramento en uno de los testimonios, por otra parte, pudo pasar inadvertida por la funcionaria quien, evidentemente, incurrió en una ligereza más dentro del trámite del proceso, pero ello no revela intención delictiva alguna, máxime si se tiene en cuenta que este vicio afectó solamente a una de las tres declaraciones que se presentaron como prueba su-

maria del contrato, quedando perfectos los otros dos testimonios que por sí mismos reúnen las calidades de prueba sumaria de la relación contractual.

De modo que mal puede alegarse que la demanda de lanzamiento adolecía de ineptitud formal, ya que las pruebas que a ella se acompañaron eran de la calidad requerida por el numeral 1º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, resulta atípica la conducta.

Cuarta: No haber resuelto sobre las dos solicitudes de copias que hiciera el demandado.

En esta eventualidad, preciso es tener en cuenta que en virtud del auto calendado el quince (15) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), el demandado no podía ser oído dentro del proceso hasta tanto no consignara el valor de los arrendamientos debidos; tal prohibición de ser oído, ha de entenderse no solamente en las cuestiones atinentes a la contestación de la demanda, sino para cualquier actividad procesal que pretendiera desplegar, incluyendo las solicitudes de copias del proceso, siempre y cuando éstas no estuvieran destinadas a la proposición de un recurso de hecho como no lo estaban. Abarca también cualquiera otra clase de peticiones, porque el demandado estaba fuera procesalmente, y solamente podría recobrar sus facultades mediante la consignación correspondiente. Alegar la existencia de una nulidad —como dice haberlo hecho el aquí denunciante—, es desplegar actividad procesal que tampoco puede decidirse si se encuentra vigente la sanción de no ser oído establecida en el numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

Sin más consideraciones, se observa que aquí tampoco se quebrantó la ley con la actuación de la funcionaria acusada, y por consiguiente, no puede iniciarse investigación penal en su contra.

De las anteriores consideraciones, la Corte considera ajustada a derecho la parte resolutiva de la providencia impugnada, y en consecuencia, le impartirá su confirmación.

No puede la Sala dejar de pronunciarse respecto de los argumentos traídos por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuando en su concepto solicita la revocatoria de la providencia recurrida; argumentos loables, de profundo sentimiento social, pero que no consultan la realidad de los hechos ni respetan el contenido del derecho. Esta Corporación ha sido, cual más, respetuosa de los derechos humanos, y en cuanto ello es posible reprueba las conductas que entrañan violación a ellos.

No es argumento, de recibo jurídico, el revocar una decisión jurisdiccional justa y adecuada, como medio para atemorizar a los funcionarios que observan la ley, ni puede tomarse a un acusado como chivo expiatorio por las culpas que lleva en su seno la administración de justicia, o las que acompañen eventualmente a los legisladores y a los miembros de la sociedad. Absurdo resulta iniciar acción penal en contra de un inculpado, por el solo hecho de pretender humanizar la administración de justicia, siendo que el desequilibrio, la vulneración del derecho, se puede encontrar casualmente en la propia ley y no en el funcionario que la aplica. Proceder tal

como lo solicita el colaborador fiscal, sería sí una flagrante violación a los derechos humanos, una decisión arbitraria e injusta, y ocasionar un grave daño a la administración de justicia, a la ley y al orden.

Con base en los anteriores planteamientos, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia materia de apelación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

SITUACION JURIDICA

Término.

Si el legislador fue expreso al tratar sobre la recepción de indagatoria ampliando el término cuando haya dos o más capturados, ha debido serlo también para el caso de la resolución de la situación jurídica, sin que ello signifique que existe un vacío normativo insalvable, porque para estos eventos opera la interpretación sistemática.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 071.

Bogotá, D. E., 16 de julio de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en auto de veinticinco (25) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), recurrido en apelación por el Ministerio Público, ha *sobreseído definitivamente* en favor del universitario Germán Alberto Becerra Rodríguez, a quien como Juez Promiscuo Municipal de Sotaquirá se le imputa la comisión del delito de "detención arbitraria".

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Así los consignó la Delegada:

"La denuncia la formuló la señora Doris Salamanca, presunta perjudicada, quien fue capturada en compañía de los señores Juan José Martínez y Alejandro Martínez y puesta a órdenes del Juzgado Promiscuo Municipal de Sotaquirá, sindicada del delito de hurto de ganado. Dijo la denunciante

que por orden del Juez acusado se le encarceló el 12 de septiembre de 1983, se le recibió indagatoria el 16 del mismo mes y solamente se le dictó auto de detención el 26 siguiente. Sostuvo que el Juez no cumplió los términos legales pues empleó diez días para resolver la situación jurídica cuando el término señalado en el Código de Procedimiento Penal es de cinco.

"En diligencias previas a la apertura de la investigación se acreditó la calidad de funcionario público del acusado con copia del Acuerdo número 33 del 11 de agosto de 1983 que lo designó Juez Promiscuo Municipal de Sotaquirá y del acta de posesión del 1º de septiembre siguiente.

"En inspección judicial que practicó el Magistrado sustanciador se examinó el proceso seguido contra la denunciante y los demás sindicados del delito de hurto de ganado, verificándose que la captura se efectuó por parte de la policía de la población de Tuta el 11 de septiembre de 1983 y al día siguiente fueron puestos a disposición del Juez Promiscuo de Sotaquirá los tres sindicados a quienes libró la orden de encarcelamiento, se les oyó en indagatoria el 16 de septiembre y el 26 del mismo mes se les dictó auto de detención por hurto de ganado. Los sindicados Juan José Martínez y Alejandro Martínez se fugaron del establecimiento el 19 de septiembre y dentro del mismo expediente el Juzgado adelantó algunas diligencias tendientes a su recaptura. También se consignó en el acta que los días 18 y 25 de septiembre del mismo año no fueron hábiles (domingo).

"La investigación se inició mediante auto del 9 de diciembre de 1983 y en su curso se allegaron fotocopias de las partes pertinentes del proceso por el delito de hurto de ganado que se le siguió a la denunciante y fotocopia de algunos folios del libro de minutas (Fls. 51 a 68).

"En su indagatoria rendida el 16 de febrero de 1984 Germán Alberto Becerra Rodríguez expuso que recordaba haber dictado el auto de detención a su denunciante pero no si ello ocurrió o no dentro del término legal; afirmó haber cursado cinco años de derecho, haber realizado estudios de especialización en derecho de familia y tener una experiencia de cinco o seis meses en la rama jurisdiccional para la época de los acontecimientos. Explicó que por ser tres los sindicados el término para resolverles la situación jurídica se duplicaba como para recibirles indagatoria. Agregó que el volumen de trabajo para esa época en su despacho era considerable y que dos de los sindicados en ese proceso se evadieron una vez fueron oídos en indagatoria.

"Recordó que en ese caso específico aplicó los artículos 434 y 438 con relación del 437 del Código de Procedimiento Penal. Que el caso para él era nuevo pues con anterioridad únicamente había decidido la situación jurídica en procesos en los cuales figuraba un solo sindicado y en las prácticas verificadas en la universidad no recordaba que se hubiera analizado un caso semejante.

"Cerrada la investigación por auto del 14 de julio de 1984, el Tribunal Superior de Tunja entró a calificar el mérito del sumario y después de analizar detenidamente las circunstancias en las cuales se produjo el hecho y las personales del sindicado, especialmente sus conocimientos jurídicos,

concluyó que realmente el sindicado habría incurrido en error en la interpretación de las normas jurídicas como causal de inculpabilidad y lo sobreseyó en forma definitiva".

FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

"La indagatoria de Becerra Rodríguez, demuestra, que al lado de su inexperiencia (prácticamente era la primera vez que dictaba un auto de esa naturaleza), existe en él una confusión impresionante sobre las normas que contiene nuestro Código de Procedimiento Penal, respecto a cuestiones tan importantes, como la captura y la detención de un sindicado. Esa confusión, que él atribuye a deficiencias de índole académica, lo llevó a interpretar equivocadamente el contenido del artículo 434 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza la prolongación del término para oír en indagatoria a un capturado, cuando los indagados son más de dos, pensando que esa prolongación del término, estaba igualmente autorizada para la definición de la situación sumarial, conforme al artículo 437 *ibidem*.

"La inmadura formación jurídica de este Universitario y la confusión de que se ha hablado, quedó igualmente al descubierto, en otras actuaciones suyas dentro del mismo proceso, en donde decidió adelantar varias diligencias, entre ellas unos allanamientos, para recapturar a los evadidos e indagar su conducta por la fuga; todo ello dentro del mismo sumario por el hurto de ganado mayor.

"Entonces, no habiendo existido por parte del sindicado intención dolosa, la explicación de su conducta, hay que encontrarla en la inexperiencia y en la falta de una completa y adecuada versación jurídica. De ahí que la Sala estime que su proceder encaja dentro de la causal de inculpabilidad contemplada en el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal.

"...

"El universitario Becerra Rodríguez, como él lo dice con franqueza y sinceridad, obró con la convicción, desde luego errada e invencible, de que estaba dentro del término para definirle la situación jurídica a los tres implicados de hurto, y que por lo tanto, no estaba incurriendo en ninguna omisión punible tipificadora de un delito contra la administración de justicia, menos aún, el de detención arbitraria".

CONCEPTO DE LA DELEGADA

"En el curso de la investigación no se aportó ningún elemento de juicio que permitiera aseverar que la conducta del sindicado obedeciera a un interés especial y en su indagatoria fue enfático en manifestar que no tenía relación con los citados detenidos pues los conoció al momento de rendir indagatoria. Agregó que el auto de detención lo profirió dentro del término legal, pues disponía de diez días, el plazo se duplicaba como para el caso de recibir la declaración sin juramento a dos o más capturados.

"... De otra parte, el Ministerio Público observa que, en verdad, como lo anotó el ex Juez Becerra Rodríguez, el artículo 438 del Código de Proce-

dimiento Penal da a entender que el término para resolver la situación jurídica de los indagatoriados se duplica cuando se trata de más de dos capturados como para el caso de recibirles declaración sin juramento. En efecto:

"No hay duda en cuanto a la última situación, regulada por el artículo 434 del estatuto mencionado. En cambio, en cuanto a la definición de la situación jurídica el artículo 434 sólo se refiere al "aprehendido" —en singular—.

"El artículo 438 que trata de 'la formalización de la detención preventiva', instrucciones dirigidas a los directores de cárceles, pues se remite al artículo 432,, dice en la última parte del primer inciso: 'Este término se *duplicará* cuando hubiere más de dos capturados en el mismo proceso y la aprehensión se hubiere realizado en la misma fecha' —subrayamos—. El plazo de 8 días para que el director del establecimiento carcelario requiera la orden de libertad o de detención se 'duplica' en el caso de más indagatoriados privados de la libertad.

"Si al Director de la Cárcel se le 'duplica' el plazo para reclamar la orden de libertad o de detención, es claro que al funcionario judicial se le debe aplicar el mismo término para resolver la situación jurídica cuando se trate de más de dos indagatoriados. Si se interpreta de otra manera la disposición, los plazos no coincidirían y el criterio se apartaría —sin ninguna explicación válida— de la situación de captura (Art. 432, *ibidem*).

"La complejidad de estas normas y la inexperiencia demostrada por el sindicado en asuntos judiciales son suficientes para predicar que no existió en el agente conocimiento y voluntad de transgredir la ley en perjuicio de la denunciante y por lo tanto el delito imputado no se configuró debiéndose en consecuencia confirmar el sobreseimiento definitivo que en su favor impartió el Tribunal Superior de Tunja en el auto sometido a revisión".

Breves consideraciones de la Sala

1. *Es incuestionable que el Juez acusado recibió indagatoria a quienes fueran capturados (más de dos) el 12 de septiembre de 1983, el día 16 del mismo mes, resolviéndoles su situación jurídica el 26, es decir, diez días después (en rigor jurídico fueron ocho, pues dos días no eran hábiles por ser domingos).* Inclusive, así lo acepta en su indagatoria, donde también consigna: "... pude haberle dado una interpretación propia y sería la de que también se podría doblar el término para definir la situación jurídica, haciendo una comparación con el artículo 434 y aclaro: no haciendo una comparación, sino haciendo extensivo, o una comparación extensiva del artículo 434 y 438, con respecto al artículo 437". Antes había afirmado: "Como eran tres los sindicados y como lo dice la ley procesal penal que el término para recibirles indagatoria se podrá doblar cuando sean más de dos los sindicados, yo simplemente procedí a poner en práctica lo que establece la norma". En concreto, el funcionario incriminado tenía la convicción de que los términos se duplicaban para el evento de resolución de la

situación jurídica de más de dos capturados, igual que acontece para recepcionarles indagatoria.

Para la instancia tal criterio se explica por la inexperiencia del Juez y por su "confusión impresionante sobre las normas que contiene nuestro Código de Procedimiento Penal". Para la Sala es acertado. Veamos por qué:

El artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, decía: "Terminada la indagatoria o vencido el término señalado en el artículo 434, la situación del APREHENDIDO DEBERÁ DEFINIRSE A MÁS TARDAR DENTRO DE LOS CINCO DÍAS SIGUIENTES, *decretando la detención preventiva, si hubiere prueba que la justifique, u ordenando su libertad inmediata..." (Mayúsculas de la Sala).*

Es claro, entonces, que tal artículo se refiere, exclusivamente, a la situación de un aprehendido. ¿Y qué sucede cuando son varios? Expresamente el legislador no lo dice. Pero, cuando en el artículo 434 reglo los "términos de incomunicación y para recibir indagatoria", expresó: "La indagatoria deberá recibirse a la mayor brevedad posible dentro de los tres días siguientes a aquel en que el capturado haya sido puesto a disposición del Juez, plazo durante el cual se podrá mantener privado de comunicación al sindicado. ESTE TÉRMINO SE AUMENTARÁ HASTA EN OTRO TANTO SI HUBIERE MÁS DE DOS CAPTURADOS EN EL MISMO PROCESO, Y LA APREHENSIÓN SE HUBIERE REALIZADO EN LA MISMA FECHA". *(Mayúsculas de la Sala).*

Amplió, pues, el legislador al doble los términos, cuando se trata de dos o más capturados. Al proceder así es apenas natural entender que buscaba conceder a los Jueces un lógico margen para que pudieran atender, sin traumatismos, las situaciones planteadas. Son, entonces, elementales razones que consultan la realidad de la congestión de nuestros despachos judiciales y que buscan no imponer al Juez obligaciones de eventual imposible cumplimiento, las que llevaron al creador de la ley a ampliar los términos en casos como en el examinado.

En el artículo 438 ibídem, *que trata de la "Formalización de la detención preventiva", se ordena: "Recibida por el alcalde o director de la cárcel la orden para mantener privado de la libertad a alguien, conforme lo prevé el artículo 432 y transcurridos ocho días a partir de la fecha de la captura, si no hubiere recibido la orden de libertad o la de detención, la reclamará al funcionario encargado de resolver la situación jurídica del sindicado.* ESTE TÉRMINO SE DUPLICARÁ CUANDO HUBIERE MÁS DE DOS CAPTURADOS EN EL MISMO PROCESO Y LA APREHENSIÓN SE HUBIERE REALIZADO EN LA MISMA FECHA". *(Mayúsculas de la Sala). Si bien esta disposición está dirigida a los Directores de Cárcel, significándoles que si no proceden de la manera dicha estarán incursos en detención arbitraria, ella misma, en su aparte final, precisa: "Si dentro de las doce horas siguientes no llegare orden de detención, con indicación de la fecha del auto y del delito que la motivó, pondrá en libertad al encarcelado* BAJO LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO RENUENTE". *(Mayúsculas de la Sala).*

Lo expuesto conduce a afirmar que, para el Juez, también se duplican los términos, pues no sería razonable que el Director tuviera hasta 16 días para solicitar la referida orden, so pena de incurrir en el delito de detención arbitraria, en tanto que para el Juez la misma ilicitud se confi-

guraría al sobrepasar simplemente los ocho días, y también porque de otra manera quedaría sin piso la norma en referencia cuando determina responsabilidad para el funcionario renuente, pero sólo si ha desatendido el pedido del Director, el que, como quedó visto, debe realizarse una vez vencidos los términos duplicados. Y no podía ser de otra manera porque, en el fondo, el fundamento para que al Director se le aumenten en la proporción dicha es el de que así cuentan para el Juez. Es esa la única manera lógica, armónica de ver estas materias. Reitérese: la razón de ser para que los términos se multipliquen por dos no es otra que el reconocimiento de la eventual imposibilidad para el Juez de atender debidamente a la recepción de las indagatorias de los capturados y a la resolución de sus situaciones jurídicas, en los términos fijados para cuando es uno solo el capturado. Sería desatinado pensar que el legislador, en eventos, tales consideró que, por encima del Juez, el recargo de trabajo lo iba a padecer el Director de la Cárcel.

Es cierto sí que como fue expreso el legislador cuando trató sobre la recepción de indagatoria, ha podido o debido serlo para el caso de la resolución de la situación jurídica de dos o más capturados. Pero ello no significa, en manera alguna, que haya un vacío normativo insalvable porque, precisamente, para eventos así, existe la llamada interpretación sistemática. Desde luego que esta hermenéutica ha de relacionarse con otra que ya tiene sentada esta Corporación:

"Las reflexiones del Tribunal muestran cierto apego a los textos legales. Pero la bondad de su interpretación es más aparente que real. Disposiciones como las que se citan en su proveído tienen la manifiesta finalidad de procurar un equilibrio de derechos y prerrogativas: de un lado, los que cuentan para un incriminado, que debe ser oído en indagatoria prestamente y con la misma celeridad y oportunidad decidirse su situación jurídica; y, del otro, los que corresponden al funcionario servidor de la justicia, quien por atender a diligencias urgentísimas en el mismo proceso o en otros expedientes, no logra evacuar simultáneamente todo el trabajo judicial. Cuando se afirma que la Juez obró dentro de los términos legales, se parte de una realidad inicial, pero no se enuncia una verdad completa, ya que es necesario establecer un fundamental distingo, cual es el de precisar si pudo cumplir la indagatoria o la definición de la situación jurídica antes de vencerse el término máximo indicado por la ley, o qué motivos obraron para producir resultado diferente. Constituye pobre valoración, que pretende y consigue explicar notorios desafueros, señalar que tales términos deben dejarse agotar en todos los casos, de manera fatal e ineluctable, así el funcionario haya gozado de facilidades para intervenir más rápidamente. La facultad discrecional no equivale a tributo arbitrario, de caprichosa voluntad del funcionario. Poderes de esta prejudicial índole las desconoce el derecho colombiano. Muy distinto es que estos términos se deban y puedan aplicarse conforme a las circunstancias para evitar que se exijan actuaciones más allá de lo normalmente posible. Pero, se reitera, el carácter prudencial se aviene y connaturaliza con la templanza, sensatez, buen juicio, moderación, discernimiento. Estas son las diferencias jurídicas que enmarcan y calibran la bondad, rectitud y licitud de una conducta de esta especie. Nada más extraño a esta situación que el abuso, el desafuero, así

se pretexte y aparente acatar la ley o ejercer una prerrogativa. Si así no fuera, la norma traicionaría su razón de ser, su espíritu noble y vital y patrocinaría injustificados retardos, demoras, desidias, negligencias, ocios, ausencias laborales y hasta malsanas intenciones, con daño visible para la libertad de una persona.

"De modo, pues, que cuando se dispone de tiempo y medios para practicar una indagatoria o definir una situación jurídica, y no se actúa, se puede incurrir, por lo menos, en un abuso de autoridad y obviamente en sanción disciplinaria. Ahora, si esto sucede porque se ha querido causar un agravio innecesario, expresar una malquerencia, humillar, deshonrar o perjudicar, la cuestión asume características más graves, reprochables y punibles". (M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Auto, Octubre 5 de 1982).

Acertó el Juez, a pesar de la "confusión impresionante" que, en materias procedimentales, se le atribuye, y desatinó la instancia, la Delegada, si bien en apartes de su concepto acepta como acertado que los términos también se dupliquen para el Juez, inexplicablemente cambia de opinión y es así como finalmente da a entender que éste sí transgredió la ley, pero que debe sobreseérsele definitivamente porque dada su inexperiencia y la complejidad de las normas no existió en él conocimiento y voluntad de quebrantarla. Para la Sala, al contrario, es obvio que la conducta juzgada es atípica, como que está en un todo ceñida a la ley, siendo por ello, y no por causales de inculpabilidad, que debe sobreseérsele definitivamente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRMA el sobreseimiento definitivo apelado, como quiera que la conducta del Juez está ajustada a la ley.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Luis Carlos Giraldo Marín (Conjuez), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.*

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

JUEZ

Es deber del Juez verificar y confrontar los informes rendidos por los secretarios con las piezas procesales y establecer si está o no de acuerdo, para apoyar su decisión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda.*

Aprobado: Acta número 74.

Bogotá, D. E., 22 de julio de 1986.

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 25 de febrero de este año mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá, llamó a juicio a la doctora Elsa Jiménez Robayo, Juez 10 Civil del Circuito de Bogotá, por el delito de prevaricato.

ANTECEDENTES

La Fundación Escuelas Populares dio en arrendamiento al Fondo de Trabajadores de Acción Cultural Popular (después Cooperativa de Trabajadores de Acción Cultural Popular), un local ubicado en la carrera 21 número 24-20 sur de esta ciudad, según contrato celebrado el 12 de julio de 1976, por el término de 5 años, prorrogable a voluntad de las partes, y con un canon de $ 7.000 mensuales, reajustable en un 12% cada año sobre el valor inmediatamente anterior.

En agosto de 1978 la arrendataria cedió el local a Pedro Nelson Arias, quien instaló en el mismo un supermercado. Como a partir de agosto de 1981 la arrendadora se negó a recibir el pago de las mesadas acordadas, el cesionario del inmueble depositó el valor de los cánones en el Banco Popular a órdenes de la Fundación Escuelas Populares. Así la situación, en mayo de 1983 la arrendadora propuso demanda de lanzamiento ante el Juzgado

10 Civil del Circuito de Bogotá, cuya titular era la doctora Elsa Lucía Jiménez Robayo. La parte demandante adujo, entre otros motivos, la falta de pago a partir de octubre de 1981. La Juez se negó a escuchar a la parte demandada por no haberse comprobado la cancelación del arrendamiento correspondiente a febrero de 1982. Se profirió sentencia de lanzamiento y la funcionaria se abstuvo de conceder el recurso de apelación propuesto y comisionó a una Inspección de Policía de Bogotá, para la diligencia, la que se cumplió en octubre de 1984.

La parte demandada consideró ilegal el comportamiento de la funcionaria y formuló denuncia en su contra.

RESULTANDOS

La copia fotostática del proceso de lanzamiento allegada a la investigación, enseña:

1. La demanda fue presentada el 19 de mayo de 1983 y se adjuntaron, entre otros documentos, dos declaraciones extrajuicio según las cuales la arrendadora no había autorizado la cesión del local a Pedro Nelson Arias. Además, se dijo, como ya se recordó, que desde octubre de 1981 la demandada no pagaba los arrendamientos, suma que ascendía a $ 271.940, "...sin perjuicio de una cantidad mayor o menor resultante de rectificar las operaciones aritméticas...".

Con la contestación de la demanda el apoderado de la parte arrendataria allegó 28 comprobantes de consignación del valor de los cánones en el Banco Popular (Fls. 46 a 86 del anexo). El 13 de enero de 1984 el Secretario del Juzgado rindió informe según el cual para esa fecha faltaba "por acreditar la renta de febrero de 1982" (Fl. 86 del anexo). En la misma fecha la Juez profirió auto disponiendo no oír a la parte demandada, según el numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. La providencia se notificó en estado del 17 de este mes (Fl. 86 v. *ibidem*).

2. El 7 de febrero, previa solicitud del apoderado de la actora, el Juzgado dictó sentencia decretando el lanzamiento de la entidad demandada, "...pues entre otras causales en que se fundamenta la demanda es por mora en el pago de los arrendamientos desde el año de 1981..." (Fl. 88 del anexo).

3. Con fecha 2 de febrero el apoderado de la demandada entregó al Juzgado el título de depósito número 1304136 "correspondiente al pago del arriendo del mes de febrero de 1982", con la advertencia de que esa suma de dinero no se debía pasar a la actora, porque se trataba de una repetición del pago hecho oportunamente y el cual se hacía con el único objeto de poder "ser oídos" (Fl. 90 *ibid.*). El 9 de febrero el mismo personero de la parte demandada allegó el citado título con el número 1304363, correspondiente a febrero de 1984 (Fls. 91 y 105 *ibid.*). Los dos escritos con los títulos fueron pasados al despacho el 7 de marzo, esto es, un mes después de proferida la sentencia de primera instancia (Fls. 90 y 91 *ibid.*).

4. El 7 de marzo pasó a despacho el escrito de sustentación del recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la demandada, y en él se llama la atención de la Juez que para tener derecho a ser oído, se efectuó

la consignación que se echaba de menos, la de febrero de 1982, y que se presentó "antes de promulgarse la sentencia". Sin embargo, se sostiene en el memorial, no se le oyó, "seguramente porque la Secretaría no pasó la (sic) despacho el memorial". Se anuncia, aunque no quedó expresa constancia secretarial al respecto, la exhibición de un "certificado" que demuestra la oportuna consignación del arrendamiento de febrero de 1982. Al folio 94 aparece una carta del Banco Popular, Sucursal Bogotá, fechada el 16 de febrero de 1984, en la que se hace constar que el 5 de febrero de 1982 se hizo un depósito por $ 14.162.80, que corresponde al comprobante 1056578, a favor de Fundación Escuelas Populares.

5. La Juez, en auto de la misma fecha requirió informe de Secretaría sobre "el cumplimiento o no a lo previsto en el numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil". El secretario, Víctor M. Velásquez, con fecha 22 de mayo de 1984, es decir dos meses y medio después, atendió la orden judicial, e hizo una reseña de los pagos y dijo en la primera parte "falta por acreditar la renta del mes de febrero de 1982" y al final de su comunicación manifiesta "... la renta del mes de febrero de 1982, que no aparece en los recibos acompañados a la contestación fue hecha únicamente hasta el 2 de febrero del año en curso según puede verse al folio 137...". El mismo empleado agregó que los comprobantes de consignación presentados por la demandada se hicieron por cantidades inferiores, según lo manifiesta el apoderado del demandante en su libelo (Fl. 99 *ibidem*).

Se destaca, en primer término, que el secretario no se refirió en su informe a los términos del contrato de arrendamiento y a su adición que obran a folios 8, 9 y 11 del anexo y, en segundo lugar, no realizó operaciones aritméticas con el fin de establecer si la parte demandada había hecho las consignaciones de acuerdo con el convenio celebrado, teniendo en cuenta los comprobantes allegados con la contestación de la demanda.

La Sala atendiendo los términos del contrato y su adición ha llegado a estos resultados:

El contrato de arrendamiento se celebró el 12 de julio de 1976 para cumplirse a partir del 1º de agosto, por un término de 5 años prorrogable a voluntad de las partes, y con un reajuste del 12% sobre el valor del año inmediatamente anterior.

El contrato se adicionó en febrero de 1979, aumentándose el canon en la proporción allí señalada (Fl. 11).

Con estos fundamentos, el contrato tuvo este desarrollo:

Del 1º de agosto de 1976 al 30 de julio de 1977	$	7.000.00
Del 1º de agosto de 1977 al 30 de julio de 1978		7.840.00
Del 1º de agosto de 1978 al 30 de julio de 1979		8.780.00
(Según la adición del contrato, a partir de marzo de 1979 se pagaría $ 10.080.80).		
Del 1º de agosto de 1979 al 30 de julio de 1980		11.290.49
Del 1º de agosto de 1980 al 30 de julio de 1981		12.645.34
Del 1º de agosto de 1981 al 30 de julio de 1982		14.162.78

(A partir de agosto de 1981 se hicieron consignaciones en el Banco Popular a favor de la arrendataria, según folio 75).

Del 1º de agosto de 1982 al 30 de julio de 1983	15.862.31
Y del 1º de agosto de 1983 al 30 de julio de 1984 ..	17.765.78

Si se comparan estas cifras, que corresponden a los aumentos del 12% que debían hacerse a partir del 1º de agosto de cada año, con las sumas de dinero consignadas por la parte demandada. Forzoso es concluir que se cumplió el contrato e inclusive en algunos años hubo un aumento en centavos. Así, a título de ejemplo se citan los folios 47, 52, 68, 76 y 125.

De otra parte, es preciso dejar en claro que en la demanda se afirma que no se volvió a pagar el arrendamiento a partir de octubre de 1981 (Fl. 16), lo cual no es cierto. Y, es lo más importante, la demandante señaló cifras aproximadas que no corresponden a los factores del contrato pero aclaró en el texto del libelo, "sin perjuicio de una cantidad mayor o menor resultante de rectificar las operaciones aritméticas". Así se señaló arbitrariamente la suma de $ 271.940 como cuantía de la acción.

6. Al día siguiente del informe secretarial, comentado en el numeral inmediatamente anterior, la Juez, sin verificación alguna se atuvo a esa comunicación y negó la intervención de la parte demandada en el proceso.

De esta decisión recurrió la demandada en reposición y en subsidio solicitó la expedición de copias para proponer el recurso de queja alegando que los informes del secretario eran "contrarios a la realidad", porque el pago correspondiente a febrero de 1982 se hizo oportunamente, según constancia que se acompañó con escrito del 21 de febrero dirigido al Juzgado, y que la consignación de febrero de 1984 se había efectuado "con el solo objeto de ser oído". También rechazó las cuentas que hizo el secretario y a su vez se hizo un cálculo que corresponde con el que hizo la Sala, apenas con diferencias de centavos —unos más y otros menos—; y se arguye que el mismo demandante aclaró que las cantidades que él presentaba podrían variar según las operaciones aritméticas. Se concluyó que al momento de la demanda, la arrendataria estaba al día en el pago de los cánones y se hizo hincapié en estar negando derechos que asistían a la parte demandada.

7. La Juez acusada en auto del 8 de julio reiteró su negativa en escuchar a la demandada y declaró olímpicamente "el despacho nada tiene que resolver respecto del escrito que antecede... en razón a lo expuesto en el numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil" (Fl. 102 Vto.).

El lanzamiento se produjo el 10 de octubre de 1984 (Fl. 108 *ibid*).

Considerandos

1. Es preciso distinguir, ante todo, la situación antes del pronunciamiento de la sentencia de lanzamiento y después de él. El fallo se produjo el 7 de febrero de 1984 y a la funcionaria le pasaron el comprobante de

pago el 7 de marzo, a pesar de que el secretario recibió ese documento el 2 de febrero y con el propósito de que se tuviera en cuenta para ese momento procesal. Esto significa que la Juez no tuvo conocimiento oportuno de ese hecho.

El 21 de febrero de 1984 se interpuso el recurso de apelación contra la sentencia y la parte demandada explicó lo relativo a la consignación que se echaba de menos en el fallo, y llamó la atención de la funcionaria por no haberse tenido en cuenta el comprobante que se acompañó.

La Juez hizo caso omiso de la advertencia y de los documentos puestos en su conocimiento en oportunidad y en vez de hacer la verificación personalmente, como era su deber, para tramitar el recurso, acudió a su secretario para que le rindiera un informe sobre los pagos.

El empleado demoró dos meses y medio para cumplir esa tarea y la Juez, una vez más, no intentó comprobación alguna sino que negó a la parte demandada su intervención en el proceso —auto del 23 de mayo de 1984, folio 99—.

Frente a esta situación la parte demandada propone el recurso de reposición contra este último proveído y copias para sustentar el de queja, por negársele la apelación, llamando la atención de la Juez sobre los errores graves en que había incurrido el secretario demostrándolos. Por segunda vez y sin ninguna verificación, la Juez acusada en providencia del 8 de junio niega a la demandada participación en el juicio de lanzamiento (Fl. 102 V.).

2. A la Juez acusada se le preguntó en la diligencia de indagatoria tanto por la actuación antes de pronunciarse la sentencia como por la que se cumplió después de ella. Así, en concreto se le interrogó en relación con el informe secretarial del folio 145. Contestó que era suficientemente claro, se atuvo a él, y como la demandada no había consignado todos los cánones de arrendamiento, no se le oyó según lo prescrito en el artículo 434, numeral 5º, del Código de Procedimiento Civil.

Al preguntársele por las operaciones aritméticas y sus posibles rectificaciones, dijo que se había tenido en cuenta lo acordado por las partes en el contrato de arrendamiento en cuanto a reajustes. Este criterio, dijo, lo aplicó el Secretario en su informe del folio 145 y señaló que no se había cancelado el valor correspondiente a febrero de 1982. Afirmó también que había ordenado entregar las sumas depositadas por la demandada, al representante de la demandante, incluido el canon de febrero de 1982, no obstante la advertencia de no deberse (Fl. 137), porque esta parte no había demostrado el doble pago.

Respaldó a su secretario en el sentido que pasó oportunamente los escritos de los abogados, no solamente en el proceso en estudio sino "en todos", y que en él no se podía interrumpir la ejecutoria de la sentencia para pasar al despacho el memorial con el proceso.

3. El apoderado de la acusada sustentó el recurso de apelación contra el auto de proceder, con las explicaciones que suministró la funcionaria en su indagatoria. Se refirió a los informes del secretario, aseguró que el pago

del arrendamiento por el mes de febrero de 1982 sólo se efectuó en el mismo mes de 1984 y que de él tuvo conocimiento la Juez después de pronunciado el fallo. Sin embargo comparte la opinión del Fiscal del Tribunal de no saberse con certeza cuándo ocurrió la cancelación. Agregó que el pago pudo efectuarse oportunamente pero no se aportó el comprobante con la contestación de la demanda. Solicitó un sobreseimiento definitivo en favor de la funcionaria acusada.

4. El representante del Ministerio Público ante la Sala prohíja la petición de la defensa. Afirma que el comportamiento de la Juez Jiménez Robayo se ajustó a la legislación civil y en particular a lo dispuesto en el artículo 434, numeral 5º, del Código de Procedimiento Civil, a más de que no está probado que hubiese obrado por antipatía con alguna de las partes. Que hubo negligencia de la parte demandada para demostrar el pago del mes de febrero de 1982, pues sólo lo hizo dos años después. Además, que quien realmente fue lanzado del local no fue la parte demandada sino el señor Pedro Nelson Arias, a quien se había cedido el local.

5. *Importa destacar como presupuesto de lo que adelante se dirá, que la administración de justicia se ejerce por los Magistrados y Jueces, y que la dirección del proceso a ellos corresponde. Hasta resulta superfluo recordar los artículos 2º y 37 del Código de Procedimiento Civil que prescriben "...deben adelantar los juicios por sí mismos..." y señala como primer deber "dirigir el proceso, velar por su rápida solución...". Una de las novedades del estatuto vigente desde 1971 es, precisamente, la de otorgar al Juez poderes de disposición, aun en materia probatoria (Arts. 179 y 180), para significar que su actitud en el proceso no es la de un "árbitro" que se limita a ejecutar lo que las partes le piden, sin iniciativa propia. No. El Juez civil es activo y debe tener como mira el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes (Art. 4º).*

6. *El Decreto 1265 de 1970 señala las funciones del Secretario, y entre otras, se recuerdan éstas que interesan al proceso en estudio: "Pasar oportunamente al despacho del Juez o Magistrado los asuntos en que deba dictarse providencia, sin que sea necesario petición de parte..." (ordinal 3º Art. 14) y "dar los informes que la ley ordena o que el Juez o Magistrado solicite..." (ordinal 4º, Art. 14).*

En cuanto a la última atribución, es claro que los informes no obligan al Juez, esto es, que éste no intente verificación alguna y deba aceptarlos inexorablemente. No. El director del proceso es el Juez y no el Secretario; éste apenas es un colaborador como los demás empleados del despacho. No es él quien decide los juicios.

En cuanto corresponde al Secretario de la Juez acusada, señor Víctor Manuel Velásquez B., es preciso comentar primero, que no pasó oportunamente al despacho el memorial del 2 de febrero de 1984 con el título de depósito que se adjuntó (Fl. 90) sino hasta el 7 de marzo (Fl. 90), después de haberse dictado sentencia de lanzamiento. Y, lo segundo, que la titular le solicitó informar "...si la parte demandada en este proceso de lanzamiento está dando cumplimiento o no a lo previsto en el numeral 5º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil..."; el empleado demoró

más de dos meses en rendirlo y sólo atendió los términos de la demanda ignorando el contrato, su adición, las explicaciones de la parte demandada y dio cuenta que no se había cancelado el arrendamiento de febrero de 1982 (Fl. 99).

La Sala estima que el comportamiento del empleado no fue correcto y ordenará a la Secretaría expedir copia de lo pertinente para que se averigüe su conducta tanto en el campo disciplinario como en el penal.

7. *El informe que rinden los secretarios a petición del Juez no releva a éste de verificarlo, confrontarlo con las piezas procesales para establecer si está o no de acuerdo con ellas y apoyar en él una decisión. Entender de otra manera esa labor de los secretarios significaría que sus informes son infalibles, que "obligan" al Juez, quien no tiene otra alternativa que aceptarlo y proceder de conformidad. Y en cuanto atañe a las partes, la imposibilidad de controvertirlo tornándose también para ellas inevitable.*

No. Tal no es el espíritu de la actividad judicial. Muy por el contrario. La marcha de un Juzgado y la dirección de los procesos corresponden al Juez. Que tareas secundarias se distribuyan entre los empleados del despacho, es otra cosa. La función constitucional de administrar justicia es de la incumbencia de los Jueces y Magistrados y no de sus dependientes.

El caso en estudio ilustra sobremanera estas consideraciones de la Sala. La Juez acusada faltó a sus deberes pues no verificó los informes de su Secretario a pesar de los reiterados y fundados reclamos de la parte demandada. Se limitó, en la primera oportunidad, a pedirle nuevo informe a su subalterno y en la segunda, a declarar olímpicamente: "El Despacho nada tiene que resolver respecto del asunto que antecede..." (Fl. 102 V. anexo).

Es preciso complementar lo expuesto. A la Juez se le propusieron primero apelación contra la sentencia de lanzamiento (Fls. 95 y ss. anexo) y luego reposición y queja contra el auto del 23 de mayo de 1984 (Fls. 100 y ss. anexo). Como la concesión de los recursos es atribución del Juez y no del Secretario, la funcionaria acusada estaba en la obligación de estudiar esos memoriales para determinar su oportunidad, procedencia, sustentación, etc., y decidir si se concedía o se negaba. En los escritos de la parte demandada se rechazaban los informes del Secretario por no pasarlos oportunamente al despacho y por no atenerse sino a los términos de la demanda. Insistía en que debía ser oído por estar al día en los pagos y proponía cuestiones de hecho y de derecho para apoyar sus pretensiones. La Juez se limitó a pedir otros informes al mismo Secretario o simplemente afirmar que "...nada tiene que resolver respecto del asunto que antecede...".

Y el punto central de la controversia era muy fácil de verificar y resolver en derecho. Los informes del Secretario Velásquez aseguraban —de acuerdo con el demandante— que el arrendamiento de febrero de 1982 no se había cancelado y la demandada, de su parte, afirmaba que se había pagado oportunamente pero se volvía a consignar "...sólo con el objeto de ser oídos..." (Fl. 90).

8. La Sala estima de acuerdo con lo expuesto en el auto del Tribunal Superior de Bogotá, objeto de apelación, que existe prueba suficiente

para comprometer en juicio a la doctora Elsa Lucía Jiménez Robayo por el delito de prevaricato. En los términos del artículo 149 del Código Penal vigente, profirió resoluciones judiciales manifiestamente contrarias a la ley. En efecto:

Se reprocha a la funcionaria no haber oído a la parte demandada en el caso aquí examinado, a pesar de haber consignado el canon de arrendamiento correspondiente a febrero de 1982 para ese fin, y ordenar entregar a la parte demandante el depósito judicial de ese mes por $ 14.425.60, a pesar de haber advertido a la funcionaria que ya había cancelado en oportunidad, aportando un comprobante del Banco Popular.

Es preciso distinguir: La Juez Jiménez Robayo cometió el delito de prevaricato por acción en los autos del 23 de mayo de 1984 (Fl. 95 del anexo) y 8 de junio del mismo año (Fl. 102 v.), con antecedentes distintos y, claro, en diversas oportunidades.

En el primero no se oyó a la parte demandada y no se dio trámite a la apelación propuesta. La Juez se empecinó en no estudiar el memorial y no verificar el informe contrario a la realidad procesal rendido por el Secretario Velásquez (Fl. 99). Tampoco le solicitó explicación al funcionario por el retardo en pasar al despacho el memorial y el comprobante de consignación recibidos por el Secretario el 2 de febrero (Fl. 90).

En el segundo, se incurrió en la misma omisión y además se dejó de examinar el memorial del 2 de junio de 1984 (Fls. 100 y ss.) en que se controvertía el informe del Secretario y se proponía reposición respecto del auto de 23 de mayo y en subsidio copias para recurrir en queja, en ese proveído —el del 8 de junio— la funcionaria declaró que "nada tiene que resolver respecto del escrito que antecede...".

Se trata de dos actos delictivos contrarios a la ley. Y, en providencia del 19 de junio de 1984, ordenó entregar a la demandante "...los dineros a que se refiere su escrito..." (Fl. 103 v. anexo), sin tener en cuenta la condición expuesta por la demandada al consignar en febrero de 1984, el canon correspondiente al mismo mes de 1982 (Fl. 90). Es preciso aclarar estas dos consignaciones, porque la funcionaria en la indagatoria pretende hacer confusión. Con el título número 1304136 de febrero 2 de 1984, se depositaron $ 14.425.60 que corresponden a febrero de 1982 (Fl. 105 anexo), para el fin enunciado en el memorial del folio 90 anexo. Con el título 130436 de febrero 3 de 1984, se consignaron $ 17.765.82 que corresponde al canon en ese mes de 1984 (Fl. 105 anexo), para los fines indicados en los escritos de folios 90 y 91 del anexo. Y, a esto se agrega que el documento del folio 94, expedido por el Banco Popular, enseña que oportunamente se pagó el arriendo de febrero de 1982, según el contrato (ver folio 4 de esta providencia).

En consecuencia se trata de otro acto delictuoso contrario a la ley, porque la Juez Jiménez Robayo desconoció lo prescrito en el numeral 6º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

En definitiva, como lo afirmó el Tribunal Superior de Bogotá en el proveído que se revisa, las exigencias del artículo 481 del estatuto procesal penal se han cumplido a cabalidad. La doctora Jiménez Robayo debe res-

ponder por el delito de prevaricato por acción —artículo 149 del Código Penal— en concurso homogéneo —artículo 26—.

9. En los términos del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 42 de la Ley 2ª de 1984, hay mérito para dictar auto de detención contra la doctora Elsa Lucía Jiménez Robayo, Juez 10 Civil del Circuito de Bogotá. La acusada tiene derecho a la libertad provisional —Art. 44 de la citada ley que enmendó el 453 del estatuto también mencionado— porque el ilícito por el cual se le compromete en juicio no aparece en la lista del artículo 38 de la ley, que, a su vez, cambió el 426 del Código de Procedimiento Penal. Así pues, la caución prendaria que la doctora Jiménez Robayo prestó es válida para que continúe gozando de ese beneficio, así como también lo es la diligencia de compromiso del folio 106 del cuaderno principal para los fines en ella contemplados.

Se deberán revocar las decisiones adoptadas por el juzgador de primer grado en cuanto a las medidas de aseguramiento, por no ser aplicables en virtud de la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1853 de 1985 que esta Sala declaró en auto de segunda instancia de Gorgonio Palacios —julio de 1986— y los fallos de la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— que han declarado inexequibles los artículos 4º, incisos 2 y 3; 14, numerales 1, 2 y 3; 15 y 22 del Decreto 1853 de 1985 y todo el Decreto 056 de 1986, que sustituyó algunas de las disposiciones de aquel estatuto.

Se dijo en aquel proveído:

"La Sala debe previamente determinar si en este caso es procedente o no dictar auto de detención de conformidad con lo preceptuado por el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 42 de la Ley 2ª de 1984, u otra medida de aseguramiento según el artículo 8º del Decreto 1853 de 1985.

"La Corte en Sala Plena en sentencia del 22 de mayo último declaró 'INEXEQUIBLE el artículo 15 del Decreto-ley 1853 de 1985'. Para adoptar esta decisión, consideró:

" 'La disposición acusada forma parte de un decreto extraordinario dictado por el Gobierno Nacional con base en las atribuciones que le confirió el Congreso por la Ley 52 de 1984, en desarrollo de lo dispuesto por el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, por lo tanto compete a la Corte conocerlo y decidir sobre las acciones de inexequibilidad que intenten contra él los ciudadanos, según lo ordena el inciso 2º del artículo 214 de la codificación constitucional.

" '...al analizar el artículo demandado por aspectos o motivos distintos de los invocados por el demandante como debe hacerlo la Corte por ser integral el control de constitucionalidad a ella confiado, se encuentra que dicha disposición hace parte del Decreto extraordinario número 1853 de 1985 pero no pertenece propiamente a un código procedimental penal que el Gobierno haya adoptado en cumplimiento de las atribuciones de que fue investido por la Ley 52 de 1984, ya que el decreto en referencia carece de esa connotación como es fácil inferirlo por la variedad de temas y materias reguladas por él. No resulta infundado sostener por la hetero-

geneidad temática apuntada, que por medio del decreto de marras del que forma parte la norma materia de este proceso, el gobierno lejos de haberse adecuado a las específicas materias de la ley de autorizaciones, hizo uso sin fundamento constitucional, de la facultad de *derogar* normas preexistentes con el pretexto de que ellas se acomodan a las materias detalladas en la ley de facultades.

" 'A pesar de que el Presidente puede derogar las leyes preexistentes que se opongan a las materias de las facultades extraordinarias; en el presente caso dicha derogatoria no puede ser previa la adopción del Código de Procedimiento Penal que el Gobierno adopte en ejercicio de las especiales atribuciones que se le confirieron, sino coetánea o subsiguiente a la expedición de éste, como ineludible consecuencia del adecuado ejercicio de las facultades extraordinarias.

" 'Desde este punto de vista la disposición acusada y el decreto a que pertenece, desarticulan el complejo catálogo normativo del actual Código de Procedimiento Penal haciendo difícil su interpretación aun para juristas expertos, frustrándose de esa manera, las finalidades que impulsaron al legislador a conceder las atribuciones de que da cuenta la ley multicitada'.

"Y en el fallo del 25 de junio de 1986 la Corte Suprema de Justicia declaró también inexequible los artículos 4º incisos 2º y 3º, y 14, numerales 1, 2 y 3 del Decreto 1853 de 1985, por las razones acabadas de transcribir.

"Es preciso destacar que la Corporación en las dos sentencias mencionadas encuentra que el Gobierno no se ajustó a las facultades que le otorgó la Ley 52 de 1984 de 'elaborar' un código, es decir, un estatuto completo sobre el procedimiento penal siguiendo las orientaciones señaladas en dicha ley. El ejecutivo dictó un decreto en el cual se regulan captura, detención, libertad provisional y otras materias, derogando expresamente algunas normas vigentes. Y al advertirse deficiencias y vacíos en algunas disposiciones del Decreto 1853 de julio de 1985, en enero de 1986 se expidió el Decreto 56 que, a su vez, modificó algunas normas de aquél.

"Así, es preciso concluir con la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— que todo el Decreto 1853 es contrario a la Constitución Nacional y también el Decreto 56 del 9 de enero de este año, que se apoyó en la misma ley de facultades.

"El artículo 215 de la Carta Fundamental de la República prescribe, que 'en todo caso la incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales'.

"La Sala observa que el artículo 215 se inicia con la expresión 'en todo caso de incompatibilidad...', es decir, no existe restricción para que el juzgador se abstenga de aplicar una norma legal por estimar, fundadamente, que infringe un precepto del orden constitucional. En este caso, el sometimiento del Presidente de la República a la voluntad del legislador expresada en las facultades extraordinarias del numeral 12 del artículo 76 de la Carta, en acuerdo con el numeral 8º del artículo 118 de la misma.

"Hasta la fecha de esta providencia no se ha expedido el nuevo Código de Procedimiento Penal, según las autorizaciones de la Ley 52 de 1984 que

vencen en enero de 1987. En cambio se han dictado dos decretos con apoyo en dicha ley, el primero —1853 de 1985— que, entre otras disposiciones, deroga expresamente normas del estatuto procesal penal (artículo 23) y el segundo —56 de 1986— que reforma algunas disposiciones de aquél. Es claro que ninguno de los dos corresponde a una codificación, a una legislación sistemática, pues sólo se ocupa de unas pocas y dispersas materias. Es patente el desconocimiento de la voluntad del legislador pues, como lo señala la Sala Plena de la Corte, lèjos de expedir un Código de Procedimiento Penal se están derogando algunas de las disposiciones del estatuto vigente.

"El artículo 76, numeral 12, de la Constitución Nacional autoriza al Congreso para 'revestir *pro tempore,* al Presidente de la República de *precisas facultades extraordinarias...*' (Se subraya). Este último concepto atañe tanto a 'la materia' señalada por el legislador como a 'la forma' de ejecutar tales autorizaciones. En la Ley 52 de 1984 se determinó en el artículo 1º, numeral 1º, que sería mediante la elaboración y la puesta en vigencia de un 'nuevo Código de Procedimiento Penal...'. Entonces, esta es la manera como se deben ejercer las facultades extraordinarias —un ordenamiento ceñido a un sistema y no por medio de normas que se refieren a las anteriores suprimiéndolas expresamente o con la fórmula '...deroga las disposiciones que le sean contrarias...', sembrando en el intérprete confusión y dando lugar a decisiones contradictorias altamente lesivas de la certeza que debe caracterizar las providencias judiciales.

"Se concluye que la Sala, con apoyo en lo prescrito en el artículo 215 de la Constitución Nacional, lo expuesto por la Corporación en las dos sentencias mencionadas y lo aquí comentado, estima inaplicables los restantes artículos del Decreto 1853 de 1985 que no han sido acusados ante la Corte Suprema de inconstitucionalidad y todo el 56 de 1986, por desconocer la ley de facultades —52 de 1984— y por esta vía los artículos 76, numeral 12, y 118 numeral 8º de la Constitución Nacional".

10. Como ya se expuso —numeral 6º de esta providencia— la Secretaría expedirá dos copias del cuaderno anexo para que se inicie investigación penal y disciplinaria contra Víctor Manuel Velásquez B., Secretario del Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá para la época de los hechos aquí averiguados.

11. Una copia más del anexo deberá compulsarse para investigar disciplinariamente a la doctora Elsa Lucía Jiménez Robayo —Juez 10 Civil del Circuito de Bogotá— por los hechos que en este proceso se han investigado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

RESUELVE

1. CONFIRMAR el proveído apelado en el cual el Tribunal Superior de Bogotá compromete en juicio ordinario a la doctora Elsa Lucía Jiménez

Robayo, por el delito de prevaricato, con las precisiones que se hicieron en la parte motiva.

2. Revocar la medida de aseguramiento que se adoptó por el juzgador de primer grado —caución— y en su lugar dictar auto de detención contra la doctora Elsa Lucía Jiménez Robayo, Juez 10 Civil del Circuito de Bogotá, por el delito de prevaricato, concediéndole la libertad provisional.

Se convalidan tanto la caución prestada como la diligencia de compromiso que se sentó y por tanto continuará gozando de ese beneficio.

3. Por la Secretaría compúlsense copias auténticas con destino al Juzgado Superior de Bogotá —reparto— y a la Procuraduría Segunda Regional de Bogotá tanto del juicio de lanzamiento de la Fundación Escuelas Populares, como de esta providencia, una vez ejecutoriada, para que se investigue al Secretario del Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá, Víctor Manuel Velásquez B., por sus actuaciones en el citado juicio, así como a la titular de este Despacho doctora Elsa Lucía Jiménez Robayo, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

Salvamento de voto

Tal como en otra oportunidad lo hemos hecho, consignamos a continuación las razones que nos llevan a suscribir la anterior providencia con salvamento parcial de voto, en atención a que si bien es cierto estimamos inaplicables los artículos del Decreto 1853 de 1985, declarados inexequibles por la Corte, no prohijamos la misma respuesta en relación con las demás disposiciones de dicho estatuto.

En efecto, como a nuestro juicio esas disposiciones no violaron la Constitución Nacional, no es procedente el mecanismo jurídico previsto en el artículo 215 de la Carta.

Reiteramos, en consecuencia, las siguientes razones aducidas en precedente oportunidad:

"1º La única razón que se invoca para declarar la inconstitucionalidad del artículo 15 del Decreto 1853 de 1985, radica en la afirmación de que este decreto representa una regulación parcial en determinadas materias del procedimiento penal colombiano, con desconocimiento de la Ley 52 de

1984, que revistió al ejecutivo de precisas y temporales facultades extraordinarias para expedir un nuevo código de procedimiento penal''.

''Punto de partida para la solución del tema planteado ha debido ser la determinación de la naturaleza jurídica de las facultades extraordinarias pues esta Corporación en diversas decisiones (mayo 8 de 1969 y abril 27 de 1970), ha dejado establecido que dichas facultades no constituyen una mera delegación legal ordinaria, sino una excepcional atribución emanada de la Carta, para cuyo ejercicio se requiere la previa autorización del Congreso''.

''En la sentencia del 27 de abril dijo la Corte: 'No se trata de una delegación de la Rama Legislativa a la Ejecutiva, sino de una atribución de competencia excepcional al Ejecutivo por Ministerio de la Constitución y condicionada para su ejercicio por la ley de facultades'. Si este ha sido el criterio de la Corte es obvio que la facultad de la cual se inviste al Presidente puede ser ejercida en la misma forma como podría ejercerla el Congreso, con las únicas limitaciones de que debe ser cumplida con sujeción a la precisión relacionada con las materias sobre las cuales puede legislarse y dentro del marco temporal previamente determinado por el Congreso''.

''En este orden de ideas no hay razón alguna de índole constitucional que impida que un código se conforme por la suma de diversas leyes y decretos, ya que si bien es verdad que 'código es un conjunto sistemático, lógico y completo de las disposiciones que regulan determinada actividad', la unidad temática no implica que necesariamente el código deba estar conformado por una sola ley, pues diversas leyes o decretos pueden expedirse para integrar dicha unidad, que es justamente lo que de ordinario ocurre''.

''De manera que si el Congreso puede expedir sucesivas regulaciones para integrar un código, no hay razón alguna para afirmar que el Ejecutivo no puede hacerlo del mismo modo, si se tiene en cuenta que no está ejerciendo una facultad delegada, sino en cumplimiento de atribución que le es propia por ministerio de la Constitución, una vez que se ha dado la previa autorización del Congreso''.

''2º No se viola la ley de facultades por el hecho de que ellas sean ejercidas en actos sucesivos, siempre y cuando se cumpla con las únicas exigencias que demanda la Constitución. En efecto, como las facultades deben ser precisas, su ejercicio por parte del Ejecutivo debe estar limitado a dictar decretos con fuerza de ley sobre los temas consignados en la ley, pues la precisión en manera alguna se refiere a la forma como se hace uso de la atribución, sino a la necesidad de que las materias sobre las cuales se expide la regulación sea desarrollo de aquellas a las cuales genéricamente se refiere el acto del Congreso''.

''Tampoco, como es apenas obvio, se menoscaba la exigencia de la temporalidad por expedir sucesivos decretos y leyes en desarrollo de una ley de facultades, pues cuando la Constitución señala que el Presidente de la República puede ser revestido *pro tempore* de precisas facultades,

sólo está indicando que ellas deben ejercerse a partir de la vigencia de la ley y hasta el vencimiento del plazo concedido, pero en manera alguna se prohíbe que su ejercicio se haga en forma escalonada, siempre y cuando los decretos se expidan dentro de las previsiones temporales de la ley. Si fuera exigencia constitucional la necesidad de expedir formalmente un solo decreto, resultarían también contrarios a la Constitución los decretos que se expidan con posterioridad, pero dentro del término legal, que modifican, aclaran o corrigen la legislación expedida con apoyo en la ley de facultades, afirmación que ciertamente no parece acertada".

"3º La tesis adoptada por la mayoría parte de una premisa lógicamente inconsistente, pues asevera que como la norma demandada no es un código, o no lo es el decreto del cual forma parte, se desconoció la facultad concedida que revistió al Presidente de la aptitud para expedir un código. De conformidad con esta forma de análisis, la inconstitucionalidad no es predicable del artículo demandado, sino de las disposiciones expedidas que junto con las promulgadas integran el código, esto es, que en el fondo la inexequibilidad radicaría en la ausencia de las normas que hasta ahora han sido expedidas".

"Ocurre, sin embargo, que el Ejecutivo dispone todavía de más de medio año para el ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 52 de 1984, de modo que aún puede expedir en su integridad el Código de Procedimiento Penal. Además, la promulgación de un código no supone la abolición o sustitución de todas las materias tratadas por el anterior, las cuales bien pueden ser adoptadas, total o parcialmente, por la nueva reglamentación. En ese orden de ideas el Ejecutivo bien podría mantener buena parte de la regulación anterior, sin que por ese motivo pueda afirmarse que violó la autorización que le imponía la facultad-deber de expedir un código en su totalidad".

"4º Se insinúa, así mismo, en la sentencia de la cual respetuosamente discrepamos, que el Ejecutivo no expidió un nuevo código, sino que se limitó a derogar parcialmente el que se halla vigente. Este argumento es sugestivo en apariencia porque toda nueva legislación supone que con su expedición se deroga la totalidad o parte de la precedente. Es que toda expresa facultad para expedir un nuevo ordenamiento, lleva implícita la atribución de derogar la legislación preexistente".

"5º Finalmente obsérvase que en el fondo lo que se critica es la técnica legislativa empleada, pero la forma como el Ejecutivo hace uso de las facultades conferidas no es razón para aseverar que las disposiciones promulgadas desconozcan ni el querer del Congreso ni los mandatos de la Constitución. El viejo aforismo según el cual "el que puede lo más, puede lo menos", que representa la aplicación de un principio lógico con alcances jurídicos, pone en evidencia que ninguna razón de inexequibilidad aqueja a la disposición demandada".

"En esta forma dejamos consignados de manera sucinta las razones que nos permiten separarnos de la opinión mayoritaria".

Luis Enrique Aldana Rozo, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

CASACION

Técnica.

Fundamentación de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 074.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al revisar por vía de consulta el fallo absolutorio proferido por el Juzgado 13 Penal del Circuito de esa ciudad, lo revocó mediante el suyo de 15 de noviembre de 1985 y en su lugar condenó a los procesados Javier Alvarez Alvarez y Bernardo Vélez Acevedo a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión y multa de un mil pesos a favor del Tesoro Nacional, cada uno; a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios causados como responsables del delito de estafa, concediéndoles el subrogado de la condena de ejecución condicional, decisión contra la cual el defensor del primero de los nombrados interpuso recurso de casación concedido por el Tribunal y declarado admisible por la Corte en auto de dieciocho de febrero postrero.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los que dieron origen al proceso aparecen reseñados por el *ad quem,* de la siguiente manera:

"Concluyendo el año de mil novecientos ochenta, los señores Javier Alvarez Alvarez y Mauro Betancur Cadavid, celebraron una transacción

comercial, cuyos términos constan en el contrato suscrito al efecto (Cfr. Fls. 4 y 5 y según la cual aquél daba en venta dos establecimientos de cantina denominados 'Bar Cafetero No. 1' y 'Bar Cafetero No. 2', situados en la carrera 47 y distinguidos con los números 50-63, 50-59 y 50-35, 50-29 de la nomenclatura urbana de esta ciudad respectivamente, por un valor total de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00), de los cuales entregó el comprador un millón de pesos en el acto de la suscripción del documento y unos ocho días después otros tres. El excedente quedaría sometido a plazo determinado y supeditado su pago a previo cumplimiento de algunas condiciones estipuladas en el contrato mismo''.

''Betancur Cadavid, después de tomar posesión material de lo adquirido, estimó que había sido víctima de maquinaciones fraudulentas por parte de Javier, como que éste le había ocultado la real situación de uno de los bienes negociados, concretamente la del 'Bar Cafetero No. 2', al no enterarlo de la existencia de un juicio abreviado de lanzamiento, promovido por el secuestre de los bienes de la sociedad conyugal conformada por Bernardo Vélez y Camila Moreno en proceso de liquidación y a la cual correspondía el inmueble donde funcionaba el establecimiento referido''.

El 27 de enero de 1981, el comprador Betancur Cadavid formuló la correspondiente denuncia con fundamento en la cual y en las diligencias preliminares recogidas, el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Medellín abrió investigación (Fl. 75 del expediente).

En desarrollo de la misma, el Juzgado 13 Penal del Circuito oyó en declaración bajo juramento al denunciado Javier Alvarez Alvarez y posteriormente, mediante auto de 24 de agosto de 1981 (Fls. 154 y ss.) ordenó cesar procedimiento en su contra porque el hecho imputado no era constitutivo de delito, pronunciamiento apelado por el representante de la parte civil y revocado por el Tribunal Superior de Medellín el 20 de octubre del mismo año, ordenando proseguir la investigación y su vinculación, mediante indagatoria de Javier Alvarez Alvarez y Bernardo Vélez Acevedo (Fls. 170 y s. *ibidem*).

Recepcionadas las indagatorias, el Juzgado por auto de 14 de abril de 1982 (Fls. 233 y ss.) definió la situación jurídica de los sindicados absteniéndose de decretar medida cautelar en su contra, providencia apelada por la parte civil y revocada por el Tribunal Superior en el sentido de ordenar la privación de su libertad sin beneficio excarcelario (Fls. 253 y ss.).

Perfeccionada en lo posible la investigación, el Juzgado Penal del Circuito calificó el mérito del sumario con sobreseimiento definitivo en favor de los procesados, decisión revocada por el Tribunal con la suya de 18 de noviembre de 1983 llamando a responder en juicio a Javier Alvarez y Bernardo Vélez por el delito de estafa (Fls. 362 y 412 y ss.).

Rituado el juicio y celebrada la audiencia pública, el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia de 29 de septiembre de 1984 por la que absolvió a los enjuiciados, decisión sometida a consulta y revocada por el Tribunal Superior mediante la que es objeto del recurso de casación.

Según lo acordado en el contrato de compraventa, suscrito en la ciudad de Medellín el 1º de noviembre de 1980 por Javier Alvarez Alvarez y Mauro Betancur Cadavid (Fls. 4 y 5 del expediente), cuya autenticidad no se discute, conviene transcribir, para efectos de la decisión del asunto, las siguientes cláusulas del convenio:

"Tercero. El vendedor se compromete para con el comprador a conseguir los contratos de arrendamiento de los inmuebles donde funcionan los establecimientos materia de esta venta a favor del comprador con los mismos cánones de arrendamiento y con los mismos períodos de tiempo contratados, aceptando el comprador los aumentos que están estipulados en los contratos que existen y están vigentes y cuya única variación será la del cambio de nombres".

"Cuarto: Si para el día 30 de abril de 1981, el vendedor no ha conseguido legalizar el traspaso de los contratos de los inmuebles a favor del comprador, el pago de la letra de tres millones de pesos ($ 3.000.000) moneda legal, será aplazada hasta la legalización de los contratos a nombre del comprador".

DEMANDA DE CASACIÓN

En el marco de la causal primera, apartado segundo del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria en forma indirecta, de la ley sustancial por error de hecho manifiesto y se formula como único cargo de esta estirpe, el de "haber pasado por alto" el Tribunal Superior una prueba decisiva obrante en el proceso como lo es el contrato de compraventa celebrado entre Javier Alvarez Alvarez y Mauro Betancur Cadavid en lo concerniente con las cláusulas tercera y cuarta conforme a las cuales acordaron las partes contratantes condicionar el pago de la suma de tres millones de pesos al cumplimiento, por parte del vendedor, de la obligación de traspasar al comprador los contratos de arrendamiento de los locales donde funcionaban los establecimientos comerciales objeto del contrato.

"Y ese hecho —arguye el demandante— fue ignorado por el sentenciador de segunda instancia incurriendo en violación indirecta de los artículos 262 y 215 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 408 del Código Penal de 1936 y ese error es manifiesto, evidente, ostensible, que de no haber existido, la sentencia hubiera devenido absolutoria por inexistencia del elemento estructural de la estafa cual es el de la configuración de artificios o engaños para obtener provecho ilícito".

Luego agrega:

"Porque se estableció precisamente todo lo contrario: La seguridad de que el vendedor cumpliría todo lo pactado, o sería sancionado con el no pago de tres millones de pesos ($3.000.000.00) lo cual desfiguró el engaño y como consecuencia, el delito de estafa: La tutela jurídica penal no puede acudir a proteger conductas irrelevantes. Ahí estuvo don Javier Alvarez siempre dispuesto a cumplir su pactado compromiso, su

obligación contractual, para efectos de no mantener insoluto el pago de esa apreciable cantidad de dinero a su favor. Si el honorable Tribunal Superior de Medellín no hubiera dejado de apreciar esa condición de contrato (la de posponer el pago hasta cumplir algunas condiciones) no hubiera tenido respaldo procesal la setencia de condena. De ahí que el yerro es evidente, manifiesto, y condujo a infringir el artículo 408 del Código Penal derogado, toda vez que Betancur se aseguró de no ser engañado, que no fuera subvertido su conocimiento, de no creer verdadero lo falso y actuó con toda seguridad jurídica, la misma que estuvo respaldada en la cláusula cuarta repetidamente mencionada".

Consecuente con dicho planteamiento, concluye solicitando casar la sentencia para que se dicte la que deba reemplazarla.

Respuesta del Ministerio Público

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se opone a la prosperidad del cargo formulado a la sentencia, por estimar que no se da el error de hecho, en la hipótesis planteada por el impugnador, toda vez que, "el sentenciador examinó el alcance probatorio del contrato, y por tanto de la cláusula cuarta, por lo que no puede afirmarse que haya ignorado la prueba o los hechos que ella documentaba".

Pone de presente que el fallo acusado, dedujo el elemento engaño, estructurante del delito de estafa, "de otros hechos, otras pruebas y otras consideraciones" ampliamente examinados por el juzgador de segunda instancia en la providencia enjuiciatoria y la sentencia de condena, conclusión a la que llega luego de transcribir apartes de los mencionados pronunciamientos agregando que la cita de los artículos 262 y 215 del Código de Procedimiento Penal, como normas presuntamente infringidas, hace suponer que el actor quiso discutir no la existencia del hecho consignado por los contratantes en la cláusula cuarta del convenio, sino la equivocada apreciación que le dio el sentenciador, argumentación que implicaría la existencia de un error de derecho, falla de técnica en la formulación de la tacha que no puede ser oficiosamente corregida por la Sala en sede de casación.

Consideraciones de la Corte

Se impugna la sentencia por violación indirecta de la ley, error de hecho consistente en haber desconocido el juzgador la existencia en el proceso de una prueba de capital importancia, que de haber sido apreciada hubiera llevado a una decisión diametralmente opuesta a la adoptada en la sentencia.

Se refiere el casacionista a la cláusula tercera (ya transcrita) del contrato de compraventa suscrito entre denunciante y ofendido por el hecho punible y los sentenciados Alvarez Henao y Vélez Acevedo.

Se trata entonces, según el recurrente, de un falso juicio sobre la existencia de una prueba que se desconoció, no obstante haber sido aportada legalmente a los autos.

Advierte la Sala, que el recurrente, no obstante que invoca la causal primera por error de hecho, sobre la existencia de la prueba, se contradice abiertamente con evidente falta de técnica como lo observa el señor Procurador, al aceptar en el curso de sus alegaciones que la prueba sí existe, que fue tenida en cuenta, pero que el Tribunal se equivocó en su apreciación y valoración, lo cual constituye un manifiesto error de derecho, contradicción que sería suficiente para desestimar el recurso.

Pero además, los argumentos del recurrente presentados para sustentar la demanda, carecen de todo fundamento.

De los razonamientos fácticos en que se apoyan la sentencia como el auto de proceder dictados por el Tribunal Superior en la presente causa, y que conforman una unidad jurídica inescindible, se advierte prima facie, que el aspecto probatorio más debatido en las instancias fue precisamente el relacionado con el documento privado contentivo del contrato de compraventa de los establecimientos comerciales, especialmente la cláusula cuarta mediante la cual vendedor y comprador convinieron en condicionar el pago de la suma de tres millones de pesos estipulado al previo cumplimiento, por parte del primero de la obligación de legalizar el traspaso a favor del segundo, de los contratos de arrendamiento de los inmuebles ocupados por los bares negociados, documento cuya autenticidad no fue cuestionada. La defensa a través de sus múltiples intervenciones se ocupó del análisis de dicho medio probatorio, dándole a la mencionada cláusula contractual un alcance exculpatorio al paso que el juzgador admitiendo su real existencia en el proceso, examinó su contenido y en el sentido que le quisieron imprimir los contratantes confrontando la prueba con otros elementos de convicción aducidos para llegar a conclusiones diferentes.

Conclúyese sin mayor esfuerzo, que la prueba documental sí fue considerada en la sentencia, en cuanto al hecho de haberse condicionado el pago de la suma indicada al cumplimiento de una obligación por parte del vendedor, aunque no en la forma pretendida por el impugnador de constituir tal convención una garantía en favor del comprador, con lo que resulta infundado el cargo por error de hecho manifiesto derivado de un falso juicio de existencia de la misma, en la hipótesis de haber sido ignorada, omitida o "pasada por alto" por el fallador.

La condición pactada tampoco fue falseada o distorsionada en el sentido que le dieron los contratantes, de constituir una garantía a favor del comprador ante el posible incumplimiento del vendedor de responder por el saneamiento de la cosa vendida, sólo que el fallador al referirse a ella la considera como una "redención aparente" porque Betancur Cadavid al momento de obligarse desconocía aspectos fundamentales relacionados con el bien objeto del contrato, hábilmente ocultados por los sindicados Javier Alvarez y Bernardo Vélez, tales como la existencia de procesos de lanzamiento y partición de bienes dentro del juicio de separación de cuerpos de Camila Moreno contra Bernardo Vélez que afectaban el inmueble en que funcionaba el Bar Cafetero No. 2 limitando la cesión del contrato de arrendamiento en razón a que en el segundo de ellos dicho bien se encontraba secuestrado y en el primero, la acción restitutoria había sido promovida por el secuestre, doctor Gilberto Lon-

doño Mira, fundado entre otras razones, en el indebido traspaso del contrato de arrendamiento de Miguel Angel Correa a Javier Alvarez, pues aquél estaba notificado que debía entenderse para todos los efectos legales con el secuestre Londoño y no obstante, vendió el good will y la licencia del bar a este último, quien a su vez se constituyó en arrendatario de Bernardo Vélez mediante negociación calificada de simulada por la jurisdicción civil.

Además, el procesado Javier Alvarez el 5 de agosto de 1980 (meses antes de suscribir el contrato con Betancur) se opuso a la diligencia de lanzamiento del local ocupado por el Bar Cafetero No. 2, antiguo Bar Furatena, consiguiendo ser designado secuestre provisional del mismo y sin haber podido cumplir con la obligación adquirida de "legalizar el traspaso" de los contratos de arrendamiento a favor de Betancur Cadavid, sin embargo, negoció la letra de tres millones de pesos con su cuñado Julián Calle Mesa, quien trató de hacerla efectiva por la vía ejecutiva (Fls. 34, 41, 213 y 499 y ss. del expediente).

"Cómo decir entonces —se pregunta el Tribunal Superior— que el amparo estaba en la cláusula contractual, si Javier Alvarez y Bernardo Vélez no podían como partes, obligarse a cumplir lo convenido. Los distintos funcionarios civiles que han conocido de las acciones impulsadas por esta vía, han advertido con claridad los artificios que rodearon la firma del documento (y el acto de disposición por parte de Mauro Betancur) y así lo han consignado en su decisiones (Cfr. Fls. 15 a 73, 142 a 149, 213 a 218...") (Fl. 502 *ibidem*).

Razón asiste al Procurador Delegado cuando afirma que el proceso de inducción en error de la víctima mediante el empleo de maquinaciones fraudulentas por parte del procesado recurrente y su socio Bernardo Vélez lo dio por establecido el sentenciador a través de otras pruebas u otros hechos; es decir, de un concurso de graves y coherentes indicios que aparecen ampliamente examinados y valorados en su conjunto en la providencia enjuiciatoria y el fallo impugnado y respecto a los cuales el demandante guardó absoluto silencio.

Es deber inexcusable del recurrente en casación que se acoge a la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de los medios probatorios, destruir todos los elementos fácticos que sirven de soporte a la sentencia, puesto que de subsistir algunos de ellos, suficientes para ser estimados como plena prueba o completa, la impugnación resulta fallida, no pudiendo la Corte en sede de casación complementaria oficiosamente ni proferir un fallo de sustitución.

En el presente caso, no cabe duda, que el censor sustrayéndose a este imperativo de orden técnico, omitió siquiera referirse a los indicios tenidos en cuenta por el Tribunal Superior para dar por demostrada la objetividad del delito y la culpabilidad del procesado recurrente, limitando su ataque a la crítica del documento privado contentivo del contrato de arrendamiento sin lograr probar el error de hecho invocado ni menos aún, la incidencia que dicho yerro probatorio pudo haber tenido en las conclusiones del fallo de condena. En este aspecto es tan precaria la censura que omitió expresar el concepto de violación de la ley sustancial como consecuencia del error advertido, vale decir, si el quebranto del

precepto que describe la conducta y le fija una sanción se produjo por aplicación indebida o por falta de aplicación.

Las anteriores fallas de técnica en el planteamiento y fundamentación de la impugnación, impiden que ésta prospere.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada de fecha y origen consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

COMISIONADO

Competencia.

En los procesos de competencia de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Superior, el Magistrado sustanciador será el instructor y el funcionario que sea comisionado tiene amplitud suficiente para practicar las pruebas y tomar las decisiones que convengan para el desarrollo de la investigación, con las limitaciones que el competente de manera expresa se reserve.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 74.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

VISTOS

Procede la Corte a pronunciarse por vía de apelación interpuesta por el apoderado de la parte civil, sobre la legalidad de la providencia de 18 de diciembre de 1985, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, sobreseyó definitivamente a la doctora Gladys Evelia Mendieta Monroy, Juez Treinta y Tres Civil Municipal de esta ciudad, de los delitos de prevaricato y encubrimiento, por los cuales denunció la señora Aura Elisa Herrera de Hernández.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en concepto que antecede, solicita de la Sala, se decrete la nulidad del auto por medio del cual el juez comisionado reconoció la parte civil y de toda la actuación relacionada con dicha decisión, y en consecuencia, por cuanto los delitos de que trata este proceso no son consultables, se abstenga de pronunciarse sobre la providencia impugnada.

HECHOS

1. Afirma la denunciante, Aura Elisa Herrera de Hernández, que con base en la demanda que presentara el doctor Milton Marino Mejía y Mejía, se inició en el Juzgado Treinta y Tres Civil Municipal de Bogotá, el proceso de lanzamiento contra *herederos indeterminados* de su difunto esposo, Hugo Hernández Escobar, del apartamento situado en la calle 17 Nº 4-50, distinguido con el número 302, al cual se le dio el trámite dispuesto en los artículos 81 y 318 del Código de Procedimiento Civil, en razón de la afirmación hecha por la parte actora de que ignoraba dónde localizar a los demandados.

2. Explica la señora Herrera de Hernández, que por información que tuvo de terceras personas, compareció a la Secretaría del Juzgado y se notificó de la demanda, la que fue contestada por su apoderado, quien propuso como excepción la no integración del *litis consorcio*, razón por la cual, precisamente, se resolvió no escucharla.

3. En esas condiciones, agrega la quejosa, procedió a acreditar, con los respectivos documentos, la existencia y paraderos de sus hijos, pero aun así, la juez denunciada continuó con el trámite dispuesto para el evento en que se desconozca a los demandados, sin tener en cuenta sus peticiones, resolviendo posteriormente, no oírlos por no haber consignado los cánones de arrendamiento, sin tener en cuenta que el procedimiento dispuesto no era el que legalmente correspondía.

4. Se explica en la denuncia, de otra parte, que la juez no podía tomar esa última determinación, por cuanto para ese momento se encontraba recusada como consecuencia de la denuncia que había presentado en su contra, la cual ha originado este proceso.

5. Finalmente asegura la ofendida, que además del delito de prevaricato, la juez cometió el de encubrimiento, al no haber ordenado compulsar copias para que se investigara la conducta del demandante cuando suministró de mala fe, la dirección errada del inmueble y de los demandados, para no permitir que se siguiese el trámite establecido en el numeral 3º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. De las fotocopias del proceso de lanzamiento se establece:

a) Que teniendo en cuenta la demanda en la cual no se determinó a los demandados, el 22 de mayo de 1984, se dispuso la notificación mediante el trámite señalado para esos casos en los artículos 81 y 318 del Código de Procedimiento Civil;

b) Que el 14 de junio de 1984, el demandante presentó certificado de libertad del inmueble con el objeto de aclarar la dirección que involuntariamente había señalado, pues la verdadera era calle 7ª Nº 4-50;

c) Por auto de 27 de junio de 1984, el juzgado se abstuvo de darle curso a dicha petición, por considerar que con ella se estaba reformando el poder y la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil;

d) El 28 de junio de 1984, el abogado demandante allegó al proceso, constancias sobre las publicaciones de los correspondientes edictos;

e) El 4 de julio de 1984, se presentó al referido juzgado, la señora Aura Elisa Herrera de Hernández, notificándose de la demanda de la cual se le corrió traslado y manifestó ser la cónyuge de Hugo Hernández Escobar;

f) El 13 de julio de 1984, la señora Aura Elisa Herrera de Hernández, otorgó poder al doctor Harold Zúñiga Charria, en su condición de heredera y cónyuge del causante;

g) El 16 de julio de 1984, el doctor Zúñiga Charria, contestó la demanda y descorrió traslado de la misma acompañando el registro civil de tres hijos del causante y suministrando los nombres de los hijos naturales del mismo.

En la contestación de la demanda, solicitar dicho abogado, entre varias peticiones, se integre el *litis consorcio* necesario pasivo de todos los demandados para que se notifique y se disponga la notificación individual de los mismos;

h) El 27 de julio de 1984, se reconoce al doctor Harold Zúñiga Charria como apoderado de la señora Herrera de Hernández y se dispuso, que a la contestación de la demanda se le dará curso una vez se halle trabada la litis y se designó curador de los emplazados;

i) El 2 de agosto de 1984, el doctor Zúñiga Charria, interpuso reposición del auto anterior para que se revocara. Durante el traslado legal la parte actora solicitó se abstuviera de oír al cónyuge supérstite por cuanto no se había consignado el valor de los cánones de arrendamiento;

j) Por auto de 4 de septiembre de 1984, el juzgado negó la reposición interpuesta, al igual que el recurso de apelación, pues consideró con la debida motivación, que de acuerdo con el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, "sólo procede la tramitación de las excepciones previas una vez sea trabada la litis en forma legal...";

k) El doctor Zúñiga Charria, interpuso recurso de reposición contra ese auto y subsidiariamente la compulsación de copias para recurrir en queja;

l) Por auto de 24 de septiembre de 1984, se dispuso que por secretaría se dejara constancia sobre los dineros que se hubieran depositado en el proceso y el 27 del mismo mes y año, informó el Secretario que no se cancelaron los cánones de arrendamiento;

ll) Por auto de 2 de octubre de 1984, y con fundamento en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, el juzgado se abstuvo de oír a la parte demandada por no haber cancelado los cánones adeudados;

m) Con fecha 28 de septiembre de 1984, el doctor Harold Zúñiga Charria, presentó memorial recusando a la juez, con fundamento en el numeral 7º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, por haberle formulado denuncia en su contra.

El citado memorial aparece con la siguiente anotación al respaldo: "28 de septiembre de 1984. Recibido en la fecha, con lo anunciado. Pasa

al despacho de la señorita juez, el día 10 de octubre del presente (proceso al Despacho el día de su presentación). El Secretario Jaime Enrique Roa Rojas'';

n) El 4 de octubre de 1984, el doctor Zúñiga Charria solicitó nulidad absoluta, por cuanto el juzgado no podía tomar decisión alguna, pues en virtud de la recusación debía haber suspendido el trámite del proceso de acuerdo con el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil;

o) El 20 de octubre de 1984, la titular del Juzgado Treinta y Tres Civil Municipal, se declaró impedida para continuar conociendo del proceso y resolvió su envío al juzgado siguiente, a donde pasó el 29 de octubre del mismo año.

2. El doctor Harold Zúñiga Charria, apoderado de la parte demandada, en declaración que rindiera en este proceso, respalda en su totalidad lo manifestado por la señora Aura Elisa Herrera de Hernández en su denuncia.

3. El doctor Milton Marino Mejía y Mejía, apoderado de la parte actora, además de explicar que actuó de buena fe cuando suministró una dirección errada, tanto en el poder como en la demanda, se refirió al procedimiento empleado por la titular del Juzgado Treinta y Tres Civil Municipal de esta ciudad en el referido proceso de lanzamiento, concluyendo que fue legal.

4. El sustanciador del juzgado, Jesús María Acosta Cortés, refirió haber elaborado los autos que se profirieron en el citado proceso, previa decisión de la juez y por considerar que el trámite dado fue el indicado.

5. El señor Jaime Enrique Roa Rojas, Secretario del juzgado, explicó que la tramitación del juicio de lanzamiento se realizó con el procedimiento acostumbrado y que en cuanto se refiere a la recusación, efectivamente no entró de inmediato al Despacho el memorial presentado el 28 de septiembre de 1984 por el doctor Zúñiga Charria, pues el proceso se encontraba allí para resolver otras peticiones y que como salió con una providencia, como en efecto lo hizo, al entrar el expediente al Despacho para que la juez se pronunciara sobre la recusación.

6. Escuchada en indagatoria la doctora Gladys Evelia Mendieta Monroy, expuso que durante la tramitación del proceso de lanzamiento seguido contra *herederos indeterminados* del causante Hugo Hernández Escobar, se dio pleno cumplimiento a la ley y que por tal motivo consideraba no haber cometido delito alguno.

7. Al calificar el mérito probatorio del sumario, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia de 18 de diciembre de 1985, resolvió sobreseer definitivamente a la doctora Gladys Evelia Mendieta Monroy en calidad de Juez Treinta y Tres Civil Municipal de esta ciudad, por los cargos que fue vinculado a este proceso, por considerar que el procedimiento seguido en el mencionado proceso de lanzamiento fue el correcto, debido a que si la demanda iba dirigida contra ''herederos indeterminados'' no podía exigirse que se diera el trámite dispuesto por el numeral 3º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, ''pues del contenido de esta norma se infiere a que ello habrá lugar cuando la demanda va

dirigida contra persona determinada''; por tal motivo correspondía aplicar el artículo 81 en armonía con el 318 *ibidem,* pues son estas normas las que regulan la tramitación a seguir en condiciones como la propuesta en la demanda.

Igualmente, se dispuso por el Tribunal de Instancia, compulsar copias del proceso para que se investigue la conducta de la señora Clara Luz Cabrera y su apoderado, al afirmar que no sabían los nombres de los herederos del causante Hugo Hernández Escobar y suministrar una dirección errada.

8. Contra esta determinación, el apoderado de la parte civil, interpuso recurso de apelación por considerar que los delitos de prevaricato y encubrimiento se encuentran plenamente probados en el proceso.

Cuestiona el impugnante, la decisión del Tribunal de Bogotá, porque en ella ''se omitió gravemente el análisis... de la aplicación del numeral 3 del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil'', e insiste en que para la valoración de la prueba que dice existir contra la doctora Gladys Evelia Mendieta Monroy, se deben tener en cuenta, principalmente, estos cargos:

a) Que a la demanda de lanzamiento se le dio un trámite equivocado, pues debía haberse aplicado el numeral 3 del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, y

b) Que no se cumplió con el mandato del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, al haber decidido en el proceso no escuchar a los demandados por no haber consignado los cánones de arrendamiento del inmueble en referencia, cuando previamente había sido recusada.

9. La denunciante se había constituido en parte civil y el juez comisionado para adelantar la investigación, aceptó la demanda el 25 de junio de 1985. Como ya se insinuó la Procuraduría Tercera Delegada, fundándose en discutidas providencias de esta Corporación, solicita la nulidad de lo actuado a partir de tal proveído. Este punto será motivo de previo y extenso estudio, pues de aceptarse el pedimento del Ministerio Público, habría que abstenerse de revisar la calificación y al negarse sería menester emprender tal tarea.

Consideraciones

1. *Aproximación al problema.* Como ha quedado reseñado, *en el asunto sometido a la decisión de la Corte, se plantea el problema fundamental relativo a la legalidad del auto por el cual el juez comisionado reconoció la parte civil, a pesar de que la competencia para conocer del proceso radica en el Tribunal Superior* de Bogotá. *Esto es, que debe determinarse si el comisionado tiene facultad legal o no, para tomar dicha determinación.*

2. *La doctrina invocada. A partir del año de 1971, esta Corporación ha sostenido con variantes, en algunas providencias, que las resoluciones judiciales de fondo dictadas por el juez singular comisionado, se encuen-*

tran viciadas de nulidad "por incompetencia de jurisdicción"; por tal motivo la actuación cuando se reconozca por el comisionado de la parte civil, debe retrotraerse hasta el auto de cierre de investigación.

3. *La parte civil durante la vigencia del Decreto 528 de 1964.* Tal posición se esbozó durante la vigencia del estatuto procesal penal anterior; la Corte consideró entonces, que la facultad de resolver sobre el reconocimiento de la parte civil era "una manifestación primaria de la potestad estatal de administrar justicia y no puede por lo tanto, ser delegadas, razón por la cual el juez comisionado carecía de competencia legal para tomar dicha decisión, pues no era posible la transmisión, por quien ha sido señalado por ésta para juzgar en el fondo".

Afirmó además, que al disponer la ley el reconocimiento de la parte civil "en cualquier estado del proceso" no se faculta al juez comisionado para que lo haga, porque ante igual disposición, también debe aceptarse que podría decretar el cese de procedimiento y tal criterio siempre ha carecido de respaldo doctrinario.

Por estas razones concluyó la Corte, que es al Tribunal Superior "al que le corresponde, en forma exclusiva, decidir sobre si se admite o no la parte civil, sin que pueda desprenderse de ésta potestad para que la ejerza, por comisión otro funcionario" (Auto de 29 de mayo de 1971, Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto, *Gaceta Judicial* CXXXVIII, Págs. 562 a 564).

4. *Evolución de la doctrina.* Expedido el actual Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), la Sala reiteró su criterio, debido a la regulación sobre el trámite de la parte civil, no fue modificado, pues en los artículos 126, 130, 131 y 132, se recogieron los homólogos 113, 117, 118 y 119 del Estatuto derogado.

Mas en esta oportunidad, no se limitó a sustentar la decisión en principios generales, sino que como fundamento legal se recurrió a la normatividad civil. En efecto, dijo esta Corporación:

"En los asuntos de competencia de los Tribunales de Distrito, entre los cuales está, como queda dicho, el juzgamiento en primera instancia de los jueces por las llamadas causas de responsabilidad el Magistrado sustanciador puede 'comisionar a cualquier juez para practicar diligencias dentro o fuera de su distrito' (Art. 49, inciso 2º del C. de P. P.). Pero este poder de delegación es limitado a actuaciones concretas y determinadas de instrucción, tales como la recepción de declaraciones (de testigos o del procesado), la realización de careos, la práctica de una inspección judicial, etc., que hayan sido previamente decretadas por el comitente y que no entrañen una decisión de contenido jurisdiccional, v. gr. la apertura del proceso o la negativa de la misma, resolución sobre detención o libertad del sindicado, la admisión o rechazo de la demanda de constitución de parte civil, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y de modo privativo por el juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar el derecho". Y concluyó:

..."Toda actuación del comisionado, por fuera de los límites del encargo, queda viciada de nulidad por 'incompetencia del juez', *de con-*

formidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso penal". (Auto de 7 de noviembre de 1972. Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez. *Gaceta Judicial* CXXXVIII, Págs. 562 a 564). (Subraya la Sala).

5. *Interpretación restrictiva.* Posteriormente la Sala tomó como premisa las dos decisiones anteriores y consideró que también debía interpretarse restrictivamente el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, cuando autoriza al Magistrado sustanciador para que "abra la investigación cuando a ello hubiere lugar y disponga si la adelanta directamente o por medio de comisionado", por cuanto "el encargo para dicho fin no puede conferir expresa o tácitamente, bajo ninguna circunstancia, facultad al comisionado para adoptar decisiones dirigidas a darle impulso o trámite al proceso, ni mucho menos para resolver cuestiones de interés para la justicia o para las partes, pues las primeras conciernen al Magistrado sustanciador, que es, se repite, el funcionario instructor y los segundos a la Sala de decisión, a términos del artículo 174 del Código de Procedimiento Penal".

Y respecto al alcance del artículo 126 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza presentar la demanda de constitución de parte civil "en cualquier estado del proceso, antes de que éste se haya entrado a despacho del Juez o Magistrado para sentencia", consideró la Sala en la misma providencia, que "ello no quiere decir que la petición deba ser resuelta necesariamente por el funcionario que a cualquier título tenga el negocio al tiempo de la presentación del libelo, v. gr., el comisionado para diligencias, por cuanto se trata de una decisión jurisdiccional *trascendente,* que únicamente puede ser adoptada por quien tenga competencia legal, por quien 'conoce del proceso' como dice el artículo 130 del estatuto procesal, circunstancia que no ocurre en el funcionario delegado para realizar meras diligencias". (Auto de 2 de mayo de 1973, Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, *Gaceta Judicial* CXLVI, Págs. 380 a 383).

6. *Juez singular o plural.* Sin embargo, *al referirse, en general a las facultades del juez comisionado, consideró la Corte, que éstas* "sólo encuentran las limitaciones que el comitente quiere fijar *o que la ley impone" o "cuando se trate de organismo colegiado", pues en este último evento, si al Magistrado sustanciador "le está vedado como instructor dictar tales providencias (autos interlocutorios), no puede autorizar a otros para que las pronuncie ni menos quedar incluidas como facultad propia a la comisión para instruir".*

Por tanto, "*en todos los demás casos, la instrucción implica atribuciones totales para resolver, por ejemplo, situaciones jurídicas, decretar excarcelaciones, reconocer la constitución de parte civil,* contestar peticiones sobre embargos y secuestros, etc., *a no ser que el comitente las exceptúe,* expresamente, del rol instructor". (Auto de 3 de junio de 1980, Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez). (Subraya la Sala).

7. *Variante jurisprudencial. Como se colige de este pronunciamiento, así no se hubiera afirmado expresamente, lo cierto es, que la Sala se apartó de los argumentos en que venía sosteniendo su posición al afirmar que*

el juez comisionado sí podía tomar decisiones, y por ende, proferir resoluciones judiciales, excepto en los casos que en la misma providencia se señalan.

Con este fundamento, como es obvio, varió el insostenible criterio de someter a una especie de graduación jerárquica a la potestad estatal de administrar justicia y a su turno, el de carencia de competencia legal por parte del juez comisionado, que se hizo derivar de aquél.

8. *El fuero. Finalmente volvió la Sala a ocuparse de la problemática objeto de análisis y reiteró su tradicional criterio conclusivo, pero en esta oportunidad acogió indistintamente los argumentos que se habían expuesto en las decisiones de 29 de mayo de 1971 y 3 de junio de 1980, para concluir:*

"En suma, de acuerdo con esta reiterada jurisprudencia de la Sala, es preciso concluir que las decisiones de fondo de las corporaciones, sentencias y autos interlocutorios, incumben a la respectiva Sala (Art. 174 del C. de P. P.) y razón de más cuando se trata de funcionarios con fuero".

Así mismo en esta decisión, consideró la Corte que en esas condiciones "no son de recibo los cuestionamientos que por economía procesal y por estar plenamente establecida la persona afectada con la conducta imputada al funcionario acusado, resulte inútil, la declaratoria de nulidad", pues, "existe un criterio superior de competencia que es preciso respetar para que el proceso se desarrolle sin vicios ni fallas" (auto de 28 de agosto de 1985, Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda).

9. *Hacia un replanteamiento del problema. En síntesis,* de las transcripciones hechas *se trasunta la complejidad del problema y la carencia de uniformidad decisoria, ya que aparecen dosis de contradicción entre las diversas tesis.*

Estima la Sala que es esta la oportunidad adecuada, para reflexionar sobre este delicado tema y definir en general cuáles son los verdaderos alcances de las comisiones impartidas en los procesos de competencia de Jueces Colegiados con sujetos justiciables amparados con fuero y especialmente la capacidad o incapacidad para dictar autos interlocutorios.

Corolario de lo resuelto será lo tocante con la aceptación por el comisionado de la demanda de parte civil.

10. *Bases interpretativas.* Como consideración previa, debe pensarse que no conviene la interpretación en el sentido de que no conduzca a ninguna consecuencia de relievancia jurídica; no se ve la razón para que mediante una comisión, la función del juez comisionado se limite a practicar pruebas y cuando aparezca la necesidad de dictar un auto deba desprenderse instantáneamente del proceso para acogerse a la plenitud funcional del comitente, desconociendo la propia dinámica y fines del proceso penal. Deberán por tanto, estudiarse detenidamente los diversos argumentos que confluyan a dilucidar el proceso.

La interpretación como una operación mental tiene como objeto buscar y explicar el sentido actual de la norma, pero no en forma arbitraria, sino

de acuerdo con ciertas reglas y mediante la aplicación de principios lingüísticos y teleológicos.

El resultado así obtenido puede guardar correspondencia entre el espíritu y la letra de la ley "sin dar a la fórmula ni significado más restringido ni más amplio", que sería lo ideal, pero si por encima del término literal de la ley aparece su verdadero espíritu, permitido es ampliar el natural y obvio alcance de la misma o al contrario, por entender que no es posible atribuir a su letra todo el significado que en ella podía contenerse "porque su pensamiento y voluntad no lo consienten", puede aplicarse la interpretación restrictiva.

Esto no significa, desde luego, que la ley siempre deba interpretarse extensiva o limitativamente, porque eso equivale a presumir que los términos utilizados por el legislador, son siempre inadecuados y puede llegarse a insospechados alcances.

11. *Potestad primaria y secundaria.* Con fundamento en estas premisas, es menester establecer si es aceptable, distinguir como lo ha sostenido en alguna oportunidad esta Corporación, entre una "potestad primaria" para administrar justicia y otra "secundaria".

Aquélla nacería del mandato mismo de la ley y estaría radicada en el juez llamado competente; en cambio la secundaria sería una delegación de la voluntad del juez competente y no de la ley.

Para aclarar esta cuestión, debe considerarse lo siguiente:

a) La doctrina nacional y extranjera es unánime en considerar que constitucionalmente no es posible reconocer un Estado sin poder; tal característica corresponde a su propia naturaleza; el poder en sí no se puede dividir, porque esto equivaldría a desconocer la propia unidad del Estado, además de su carácter absoluto que sólo puede ser limitado, en el derecho interno, por la regulación que señale la normatividad jurídica. Lo que se divide es facultad en manifestar tal poder;

b) De la potestad que emerge el poder emana la soberanía que, como cualidad inseparable del Estado y como nota esencial de su autoridad, debe conservar la misma unidad, debiendo manifestarse desde un punto de vista funcional, en diversas formas, para que sea posible cumplir con los fines inherentes al Estado; entre ellos está la función jurisdiccional, que por consiguiente, se remite a la potestad estatal para definir en casos concretos la manera como debe aplicarse determinada norma jurídica, declarando la existencia de derechos o reconociendo hechos; tal función se ejerce, principalmente, por mandato del artículo 58 de la Constitución Nacional, por "la Corte Suprema y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley".

La potestad administrar justicia constituye la jurisdicción y en consecuencia, como atributo de la soberanía también es única, con fundamento constitucional;

c) En representación del Estado la potestad de administrar justicia, se encuentra bajo la titularidad de todos los jueces de la República, colegiados y singulares, y errado sería considerar un juez sin jurisdicción,

pues en estas condiciones no estaría en capacidad de ejercer actividad judicial alguna, toda vez, que no sería juez;

d) El juez que cumple una comisión, que por determinada razón la ha ordenado otro juez, por no ser el funcionario de conocimiento en el proceso o no estar facultado por la ley para proferir sentencia, no por ese hecho pierde capacidad de la jurisdicción, ya que precisamente por tenerla ha sido comisionado y puede cumplirla realizando los actos procesales pertinentes y proferir las resoluciones jurisdiccionales que la ley le autorice.

12. *Juez competente o comisionado.* Aspecto distinto, es que esa genérica facultad de administrar justicia deba concretarse en determinado asunto por efecto de la competencia, que por razones de división de trabajo y otro orden, la ley la determine que las facultades de calificar el mérito del sumario, de dirigir el juicio y proferir sentencia esté reservada en forma exclusiva a los llamados jueces competentes.

El mandato del artículo 58 de la Constitución, es muy amplio, al establecer quiénes administran justicia; acaece que tradicionalmente dentro de nuestra organización procesal penal se distinguen dos principales etapas: el sumario en el cual se acepta como regla general, el instituto de la comisión aún dentro de la sede del competente y el juicio, donde tal figura es excepcional, ya que sólo se acepta fuera de ella (Art. 49 del C. de P. P., inciso 4º).

Si la jurisdicción del juez comisionado, encuentra su fuente en la Constitución Nacional, al igual que sucede con el desconocimiento, la competencia tiene fundamento en la ley, porque por mandato de la Carta, ésta es la que la determina y no el funcionario comitente, quien lo que hace es actualizarla en un caso concreto; por tanto, afirmar que el funcionario que cumple una comisión carece de "competencia legal" encierra una contradicción insalvable, pues si la ley no se la ha conferido, no puede ser comisionado.

Lo que sucede es que la denominada "competencia delegada" debe entenderse en su exacto contenido y alcance, toda vez, que la consagración doctrinaria del término corresponde al convencionalismo terminológico de la ciencia jurídica, pero no a la significación que podría resultar sustrayendo el término de los principios que gobiernan la potestad de administrar justicia y la regulación normativa de la misma.

Nuestra ley procesal penal, divide con claridad las dos situaciones esbozadas. Los artículos 32 a 40 determinan quiénes son competentes para calificar y fallar determinados procesos, en razón de la naturaleza del hecho, de la competencia funcional y la calidad de los procesados.

En cambio el Capítulo IV del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal, en especial, el artículo 49, modificado por la Ley 32 de 1977, otorga gran amplitud a las comisiones que imparte la Corte Suprema de Justicia.

Merece transcribirse esa disposición que debe ser punto de partida para cualquier estudio sereno: "La Corte en asuntos de su competencia

podrá comisionar para la instrucción a cualquier autoridad jurisdiccional de la República". Debe observarse que mientras el inciso citado se refiere a comisión para instrucción, los demás tratan de comisión para practicar diligencias.

Adelante se determinará, si existe diferencia o no entre ambas expresiones, pero de todas maneras, de esta observación surge en forma meridiana la conclusión de que es la ley misma, quien delimita la institución comisoria.

En estos términos se robustece la tesis de que la facultad de comisionar para instruir en la voluntad del legislador y no de la delegación del juez competente.

Secuela de este texto legal, es también la amplitud de la comisión, ya que la norma no establece restricción alguna.

13. *La comisión en materia civil y penal.* Se ha pretendido sustentar la falta de competencia del juez comisionado en la normatividad civil: ello tampoco es acertado, por cuanto la naturaleza y concepto de los derechos que ésta regula es diversa de aquellos de los que se ocupa la legislación penal, razón por la cual la aplicación indiscriminada de una u otra disposición quebrantaría la inicial independencia que el legislador ha querido establecer.

El principio de la unidad jurídica, que encuentra su fuente en el de la no contradicción legislativa, permite la integración de normas, pero siempre y cuando el respectivo ordenamiento específico no regle el fenómeno jurídico objeto de solución o cuando dos o más estatutos lo hagan contradiciéndose en el reconocimiento de un derecho, caso en el cual prima en materia penal la disposición favorable.

Es cierto que el derecho está informado por los principios de unidad y armonía; pero también es que todos los conceptos provenientes del derecho privado, así sea sustantivo o procesal, deban aceptarse sin beneficio de inventario en el derecho penal.

En consecuencia, siendo que las nulidades legales deben ser expresas y taxativamente señaladas por la ley, no es posible dar aplicación al artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, para consagrar una nueva causal que se encuentra establecida para el procedimiento civil. La doctrina privatista es abundante respecto de estudiar normativamente la nulidad de los actos proferidos por el juez comisionado, debido a que el Código de Procedimiento Civil, además de consagrar unas causales genéricas de nulidad en el artículo 152, en el artículo 34 *ibidem* dispone en forma específica, que "toda actuación del comisionado que exceda los límites de sus facultades es nula", lo que no sucede en el estatuto de procedimiento penal, en el cual no existe esta causal y los motivos que pueden originar nulidad están debidamente establecidos.

Es sabido que tradicionalmente las funciones del juez penal, han estado revestidas de mayor amplitud, que las del civil. Las de aquél se inspiraban en el principio de la oficiosidad y las de éste en el dispositivo.

Es cierto que las tendencias procesales contemporáneas, han tratado de ampliar las funciones del juez civil, pero la verdad es que la oficiosidad sigue siendo prevalente en el proceso penal que en el civil.

Los imperativos de orden público que originan la obligación generalmente oficiosa de perseguir el delito, de determinar la persona del autor o autores, clarificar sus circunstancias y establecer los perjuicios ocasionados con la infracción exigen que el derecho procesal penal, sea menos formalista, más expedito que su homólogo civil. Por eso dentro del debate de intereses simplemente privados a que se concreta el proceso civil, se explica que la institución de las comisiones se circunscriba a las facultades que otorga el juez de conocimiento.

Pero dentro de la amplia gama de funciones que la ley le da al instructor, no se justifica tal restricción, ya que el ideal es, por el contrario, el de otorgarle todas las facultades que le permitan esclarecer la verdad. Para entender el diferente enfoque de los dos ordenamientos respecto a las comisiones, debe tenerse muy de presente, que mientras nuestra normatividad civil ubica en el juez de conocimiento, el máximo de facultades para allegar pruebas para practicarlas, mientras exige terminantemente (Art. 181) que el juez deba recepcionarla personalmente dentro de su sede; en cambio la ley penal, autoriza a la Corte, a los Tribunales y a los Jueces Superiores, para comisionar aun dentro de su propio territorio durante la instrucción, reservándose sólo las del período probatorio de la causa en el caso de los Jueces Superiores o Circuito.

En otros términos, la sola comparación de la norma procesal civil, que prohíbe las comisiones dentro de la propia sede que consagra el principio de inmediación, contrasta con el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal, que en materia de instrucción autoriza comisionar para practicar pruebas dentro de la misma.

Se insiste en este planteamiento, ya que no ha sido objeto de la debida consideración en otras oportunidades.

Estando reglada pues, la institución de la comisión en materia penal en forma totalmente distinta de la materia civil, la aplicación del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, no es pertinente, ya que ambas normas sí se oponen en forma clara.

14. *Funcionario y "juez"*. Una de las finalidades importantes de la interpretación sistemática de la ley, es la de que además de lograr la unidad jurídica, permite establecer el objetivo que persigue cada uno de los fenómenos regulados.

El creer que al reconocer facultad al juez comisionado para que profiera decisiones en la instrucción del proceso equivaldría a permitir que cuando lo considere apropiado, también decrete el cese de procedimiento por la aparente similitud literal en la redacción de los artículos 130 y 163 del Código de Procedimiento Penal, sería limitar la interpretación del contexto a la palabra insularmente considerada.

Pero si se analiza con detenimiento las dos normas, debe concluirse, que es axiomático aceptar que de su simple redacción, se colige que la providencia del artículo 163 está reservada al juez de conocimiento.

Por tanto, ni siquiera como hipótesis comparativa cabe la suposición de la comisión para tan trascendental providencia. En cambio la redacción del artículo 130, no permite tal limitación al juez competente.

Por lo demás, la naturaleza de estas dos decisiones, no soportan la comparación que se pretende hacer, porque mientras con aquélla se reconoce personería para intervenir en el proceso, en el cese de procedimiento se declara la terminación del mismo; entonces, los efectos son bien diversos. Esta manera de interpretar la normatividad vigente, parte de la base axiomática ya esbozada, de que debe descartarse la limitación simplemente exegética al texto del artículo aisladamente considerado y buscar coordinarlo con la totalidad del ordenamiento jurídico.

14. *Autos interlocutorios y de sustanciación. Concluir que el juez comisionado, por ser singular, no puede resolver sobre el reconocimiento de la parte civil porque de acuerdo con el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, esta decisión debe tomarse mediante auto interlocutorio y de conformidad con el artículo 174* ibidem, *tal clase de autos "serán pronunciados por la Sala Penal en la Corte y por la Sala de Decisión en los Tribunales", es desconocer el conjunto de disposiciones que regulan el fenómeno y exagerar el alcance de una norma formalista y restringida; como se vio el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, faculta para que "en cualquier estado del proceso" se pueda tomar aquella determinación; como entre estas normas las consecuencias jurídicas no se excluyen, surge la pregunta de si se deben sobrevenir una al lado de otra, o si una norma "desplaza" a la otra.*

Como se ha expuesto, la misión de la interpretación de la ley, es evitar la contradicción de normas, solucionar las cuestiones sobre su concurrencia y regulaciones, establecer de modo muy general el alcance de ellas y delimitar las esferas respectivas, cuando se requieran.

Es indudable que la ley de procedimiento penal, dispone que los autos de sustanciación deben ser proferidos por el Magistrado y los interlocutorios por la Sala Penal en la Corte y la de Decisión en los Tribunales, pero la letra de la ley implica encontrar su contenido y alcance porque no puede entenderse que el legislador dispuso mandatos de imposible cumplimiento o normas que carezcan de finalidad alguna.

Si la misma ley faculta al juez plural para que entregue el expediente al juez singular con el fin de que instruya, que se desprenda transitoriamente de la conducción del proceso, es lógico concluir que los requisitos de forma que el artículo 174 del Código de Procedimiento Penal determina, se circunscriben a los momentos procesales en los cuales el expediente se encuentra en poder del juez plural.

Se cumple así con la verdadera *ratio legis* de la comisión, que a la postre, corresponde, únicamente, a una forma de distribución de trabajo.

Es imperativo recordar que el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso primero, es supremamente amplio en establecer que las comisiones de la Corte son para la instrucción del proceso.

Si dicha norma autoriza las comisiones para la instrucción a cualquier autoridad judicial de la República, es obvio, que siendo el comisionado

un juez singular, a él no se puede extender la restricción formal aplicable a la actuación, mientras el proceso se encuentre en juez colegiado.

Es totalmente contraria a la interpretación armónica de las normas, el trasladar las regulaciones sobre la actuación del juez plural para extraer conclusiones sobre la conducta del singular comisionado. Peca contra la interpretación teleológica del derecho, el establecer una serie de idas y venidas procesales que obligarían al juez comisionado a inhibirse de resolver enviar el proceso al comitente para que dicte un auto interlocutorio y retornar el expediente nuevamente al comisionado.

Tamaña interpretación equivale a ampliar indebidamente la dimensión de un simple trámite formalista, de restringido alcance procesal.

15. *Diligencias e instrucción.* En este caso concreto, el funcionario competente es un Tribunal Superior. Si se estudia detenidamente el artículo 49 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra que hay una sutil diferencia entre las comisiones que puede conferir la Corte y la de Tribunales y Jueces.

Respecto a la primera, se usó el amplio término "comisionar para la instrucción" y en torno a las últimas entidades se habla de comisionar para practicar diligencias. Cabe preguntarse: ¿Hay diferencia entre ambas expresiones, o se trata de términos similares usados por razones de redacción para evitar redundancia como es usual en las leyes?

El término "diligencias" hace referencia a la "acción de cumplir las formalidades necesarias para la celebración de una operación jurídica", o sea, que no puede reducirse a la recepción de un testimonio, sino a la actividad jurídica necesaria para que éste se pueda recepcionar: así proferir los autos respectivos para ordenar el cumplimiento de la comisión, atender y resolver las objeciones que se pueden proponer durante la práctica del mismo, tomar muestras grafológicas, así no las hubiere ordenado el comitente pero que se consideren necesarias como resultante del propio testimonio, sancionar al testigo renuente; reconocer al apoderado que vaya a asistir a un sindicado en indagatoria, posesionar a los peritos que vayan a intervenir en una inspección judicial, etc., pues no de otra forma puede el juez comisionado cumplir con la comisión y lo que es más importante, pretender que se cumpla con los fines de la investigación, toda vez, que ésta no pueda entenderse en forma estática y precisamente el comisionado está materializando la instrucción. Trátase en síntesis de términos que recogen el mismo concepto.

16. *Observación cronológica.* Debe advertirse que la primera providencia reseñada en el punto tercero de estas consideraciones tiene fecha 29 de mayo de 1971, esto es, fue dictada durante la vigencia del Decreto 428 de 1964 y cuando aún no había entrado a regir el actual Código de Procedimiento Penal, lo cual solamente acaeció el 1º de julio de 1971.

Dentro de la anterior organización, existía el principio general de la inmediación que de por sí mismo descartaba como regla general las comisiones a otros funcionarios. Sin embargo parece que el modo de pensar influido por la categoría normativa antigua, siguió gravitando aún frente

al nuevo Código, ya que la inicial jurisprudencia fue objeto de sucesivas citas y transcripciones.

17. *Falta de unanimidad doctrinaria.* Por lo demás, debe observarse, que la doctrina limitativa de las comisiones, no ha sido constante a partir del año de 1971 al menos en toda la dimensión planteada en algunas de las providencias citadas. Precisamente en casación de 2 de noviembre de 1978, se rechazó la declaración de nulidad en el caso concreto de una aceptación de la demanda de parte civil por comisionado.

La Sala estima pertinente transcribir tal decisión, ya que ella coincide al menos parcialmente, con los razonamientos hechos en esta providencia:

"No existe nulidad planteada en primer lugar, porque el hecho de que el instructor, así no estuviere facultado para ello, aceptara la constitución de parte civil, no es cuestión que subvierta las formas propias del juicio ni que encuentre su ubicación en ninguno de los numerales del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y que con base en la jurisprudencia que cita el censor, lo máximo que puede admitirse es la nulidad del acto cumplido sin capacidad para permitir su presencia en el proceso, pero no éste, y menos por incompetencia del juez, pues en el Juzgado Veintitrés del Circuito se dan todos los factores que fijan la competencia" (casación del 2 de noviembre de 1978).

18. *Verdadero alcance del artículo 52 del Código de Procedimiento Penal. Hay otra consideración que robustece los planteamientos hechos, que la Sala por cuestiones de método, estima pertinente estudiar,* después de las reflexiones anteriores; *es lo tocante con la adecuada interpretación del artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, al cual como ya se estudió, se refirió en otra ocasión esta entidad en auto de 2 de mayo de 1972.*

Según esta norma en los procesos de competencia de la Corte o del Tribunal Superior, el Magistrado sustanciador será el instructor, los demás funcionarios solamente podrán practicar las diligencias preliminares. Y agrega algo que en sentir de esta Sala ha sido objeto de una interpretación extensiva dándosele alcances que no contiene. La investigación solamente se podrá iniciar por orden del Magistrado sustanciador, pero él puede disponer si lo adelanta directamente o por medio de comisionado *(subraya la Sala).*

De la lectura de esta disposición, debe concluirse que sólo una limitación contiene, consistente en que únicamente el competente puede ordenar la apertura de la investigación. Ello es una consecuencia lógica de la existencia de un fuero a favor de las personas justiciables. No resulta acorde con las características del fuero personal que sea un juez de instrucción comisionado por la Corte Suprema, quien ordene, por ejemplo abrir investigación contra un Magistrado del Tribunal.

Estima la Corporación que es el momento de fijar el pensamiento sobre el verdadero alcance de la expresión "abrir investigación". Ella no se limita al simple auto cabeza de proceso en el supuesto de que la investigación sea simplemente averiguatoria.

También comprende la orden de vincular a una persona amparada con el fuero, mediante indagatoria, ya que tal decisión equivale simplemente a abrir investigación en su contra.

Sobre la decisión de la situación jurídica, pueden hacerse similares consideraciones, ya que ella se estima como integrante del fuero.

En otros términos, si se aprecian las características, naturaleza y efectos mismos del fuero, se puede afirmar que el comisionado carece de atribuciones para decidir la apertura de investigación contra personas cobijadas por esa institución, como también para determinar cuáles de ellas deben ser sometidas a indagatoria y para resolver su situación jurídica, diligencias todas que corresponden de manera exclusiva al comitente por ser aspectos de una misma noción.

Significa lo anterior, que la Sala estima que las restricciones al comisionado ideadas por la providencia de la Corte de 2 de mayo de 1973 multicitadas, no surgen del texto, ni del espíritu de la norma y la única valedera es la ya delimitada, tocante con el alcance de la expresión "apertura de la investigación".

Una vez abierta ella por el competente, 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, de la civil, para disminuir el flujo y la dinámica de una actuación ya iniciada.

Cuando ya se toman las decisiones para iniciación de la investigación reservadas al competente, el proceso adquiere su 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.

La interpretación contraria equivale a crear por vía jurisprudencial, normas procesales reservadas al legislador. No se comprende, por qué razón por vía de doctrina se despoja al comisionado de una de las características de la jurisdicción, cual es darle trámite e impulso al proceso.

Reitera la Sala, que el pretender trasladar para la interpretación de este artículo, las normas de trámite del artículo 174 del Código de Procedimiento Penal, no es compatible como ya se estudió, con las características de la comisión.

En tales condiciones la Sala concluye como secuela de lo analizado, que no hay razón alguna para aceptar el pedido del Ministerio Público, tocante con la nulidad reseñada.

18. *La decisión impugnada.* Revisada la actuación desarrollada por la funcionaria denunciada en el proceso de lanzamiento seguido contra *herederos indeterminados* de Hugo Hernández Escobar y específicamente en relación con las actuaciones que la denunciante y su apoderado consideran delictivos, la Sala considera que la decisión tomada por el Tribunal de Bogotá, en detenido y razonado análisis, corresponde a la realidad procesal y resulta clara, pues la tipicidad de las conductas no puede resultar de personalísimas interpretaciones de la ley, sino de la normal y lógica interpretación de las mismas.

Por cuanto no se observa hecho diverso que pueda constituir delito en el trámite procesal denunciado, sea de considerar lo relativo a los cargos que originaron la inconformidad del apelante:

a) No existe duda respecto a que la demanda de lanzamiento presentada por el doctor Milton Marino Mejía y Mejía, se dirigió contra los *herederos indeterminados* del causante Hugo Hernández Escobar, razón por la cual, como es lógico, no suministró los nombres de éstos y dio como dirección del inmueble la calle 17 Nº 4-50 de esta ciudad;

b) En estas condiciones, la titular del Juzgado Treinta y Tres Civil Municipal de Bogotá, debía proceder a ordenar el trámite respectivo, que no podía ser otro que el señalado por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 81 del mismo estatuto, pues, imposible sería exigir que la funcionaria fuera a crear, *motu propio*, datos diversos a los afirmados por el demandante;

c) Sostener que la tramitación a seguir era la indicada en el numeral 3º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, como lo hace el impugnante, equivale a afirmar que la demanda iba dirigida contra personas determinadas, pues del contexto de dicha disposición surge con claridad que esa forma de notificación procede cuando "no se pueda notificar personalmente el auto admisorio de la demanda, pero que sea conocido"; de ahí el por qué el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil sea genérico, lo cual indica, que se aplicará para todos los casos en que la demanda se dirija contra personas desconocidas;

d) Así la notificación debía llevarse a efecto de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, que señala las formas como debe hacerse el emplazamiento de quien debe ser notificado personalmente, cuando se ignore la habitación y el lugar de trabajo, o éste se encuentre ausente y no se conozca su paradero, previo juramento de parte interesada que se considerara prestado por la presentación de la demanda;

e) Y si ese fue el trámite que realizó la juez denunciada, no se observa la razón para que pueda afirmarse que prevaricó. Es que impera tener en cuenta que no es posible confundir el origen de la actuación con ésta, pues el funcionario no tiene por qué tener conocimiento que los hechos que se le informa por el demandante no sean ciertos, éste actúa de acuerdo con ellos y aquél debe responder por su proceder delictivo si lo hubo, desde luego, cuando el juez desconozca tal comportamiento;

f) En cuanto se refiere al hecho de haber decidido la funcionaria denunciada sin dar aplicación al artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, porque previamente había sido recusada, tampoco observa la Sala delito alguno, debido a que ella tenía la obligación de pronunciarse, como es apenas obvio, en el momento en que tuvo conocimiento del escrito de recusación, como en efecto lo hizo, pero mientras estaba en la secretaría del juzgado no, pues no es posible exigir lo contrario, o presumir, como lo hace el apoderado de la parte civil, que la versión e informe del Secretario no es cierto, sino que debe demostrarse esa falta de veracidad y si de acuerdo con el proceso, efectivamente dicho escrito recusatorio pasó al despacho luego de la decisión por medio de la cual el juzgado resolvió no escuchar a los demás demandados por no haber consignado el valor de

los cánones de arrendamiento del inmueble, ningún juicio de reproche puede formulársele a la doctora Mendieta Monroy;

g) En relación con el posible delito de encubrimiento que afirma el apelante se tipifica en este proceso, la conclusión a que llega la Sala es la contraria, si se tiene en cuenta que precisamente es el propio recurrente quien se ve precisado a realizar toda una argumentación para colegir que la dirección fue suministrada de mala fe por parte del demandante, y correspondía debatirlo en el proceso de lanzamiento, lo cual no fue posible, porque los demandados no depositaron los cánones respectivos para que fueran escuchados en el juicio. Por tanto, no es justo exigirle a la juez denunciada que hubiera procedido a compulsar las copias para que se investigara penalmente la conducta de la parte actora cuando se encontraba allegando elementos de juicio para establecer la legalidad de la pretensión.

Pero además, como lo sostuvo esta Sala en anterior oportunidad, el deber de denunciar por parte del empleado oficial "resulta vinculante cuando tiene la certidumbre de que se ha realizado un comportamiento tipificado o cuando en su razonada opinión exista una posibilidad cierta de que se infringió la ley penal..." (auto de 10 de julio de 1984, Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

De otra parte, se debe tener en cuenta, que a los particulares también les asiste la obligación legal de poner en conocimiento de las autoridades respectivas las conductas que consideren delictivas, lo cual implica que los demandados bien pudieron formular la denuncia que reclaman como un acto omisivo de la Juez Mendieta Monroy;

h) En estas condiciones, imperativo es dar aplicación al artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, como lo hizo el Tribunal de instancia, en favor de la doctora Gladys Evelia Mendieta Monroy por los cargos que fue vinculada al proceso, pues su conducta no es constitutiva de delito y por ende, se confirmará la decisión impugnada.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia de 18 de diciembre de 1985, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, sobreseyó definitivamente a la doctora Gladys Evelia Mendieta Monroy, en calidad de Juez Treinta y Tres Civil Municipal de Bogotá, de los cargos por los cuales fue indagada en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

No hay prolongación ilícita de la privación de la libertad, a pesar de que se hayan vencido los términos legales, cuando esto no obedeció a intención torcida del funcionario, sino a una imposibilidad física de iniciar el procedimiento debido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 074.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

Vistos

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, si es del caso iniciar investigación en contra del doctor Gustavo Esguerra Gutiérrez, en su calidad de Gobernador del Departamento de Cundinamarca.

Hechos y actuación procesal

El señor Carlos Alberto Betancurt Cuéllar fue capturado por agentes de la Policía Nacional en Girardot, el día diez (10) de marzo del corriente año aproximadamente a la una de la tarde, y en tal calidad permaneció hasta el día dieciocho (18) del mismo mes sin que le hubiera sido recibida diligencia de indagatoria, razón por la cual solicitó el reconocimiento del *habeas corpus* ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de la referida ciudad, despacho que declaró procedente el derecho alegado, dejó en libertad al peticionario, y ordenó compulsar copias para determinar si es del caso o no iniciar investigación penal por tal causa.

Durante las diligencias preliminares practicadas con base en lo ordenado por el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, se lograron establecer los siguientes hechos, los cuales se mencionarán en orden cronológico para facilitar su comprensión.

El día seis (6) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Gobernador del Departamento de Cundinamarca expidió el Decreto número 00495, "por el cual se comisiona al Alcalde Especial de Girardot para que actúe como funcionario de Instrucción". En él, efectivamente se impartió la comisión "en los procesos adelantados por conductas tipificadas como contravenciones en el Capítulo VI de la Ley 30 de 1986, realizados en este municipio". Ejecutada tal labor, deberían remitirse las actuaciones a la Gobernación, para *los efectos* pertinentes.

El Decreto, fue remitido a la Alcaldía Especial de Girardot, mediante oficio número 000207 calendado el siete (7) de marzo del mismo año, y recibido en la entidad seccional el día once (11) de marzo del presente, tal como se verificó durante la diligencia de inspección judicial practicada allí el día 24 de abril de 1986.

Durante la misma inspección judicial anotada, se comprobó que copia del Decreto 00495 fue entregada a la Inspección Primera de Policía el día doce (12) de marzo de 1986.

El señor Carlos Alberto Betancurt Cuéllar fue capturado el día diez (10) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986), a las 13:30 horas, y en la misma fecha fue dejado a disposición del Comandante de la Estación de Policía de Girardot.

Igualmente, el día diez (10) de marzo, el Comandante de la Estación de Policía puso a disposición del Inspector Municipal de Policía Permanente de Girardot —Tercer Turno—, al capturado Betancurt Cuéllar.

El inspector mencionado, dictó auto del mismo diez (10) de marzo, ordenando poner a disposición del Gobernador de Cundinamarca al detenido, hecho éste que se cumplió efectivamente el día once (11), según se pudo establecer a través de la inspección judicial practicada en tal oficina el día dieciocho de marzo del corriente año, debiéndose anotar además que las diligencias fueron remitidas a la Gobernación por medio del correo.

Recibida la actuación en la sede de la Gobernación, fue devuelta a la Alcaldía Especial de Girardot con oficio número 000247 del 14 de marzo del presente año.

En la oficina seccional, se recibieron las diligencias el día diecisiete (17) de los mismos mes y año, y se solicitó al capturado en remisión para la diligencia de descargos el día dieciocho (18). En ese período se tramitó y prosperó el amparo de *habeas corpus* interpuesto por el señor Betancurt Cuéllar.

Considera la Corte

Los hechos que son materia de estudio, *pueden adecuarse a la descripción típica del artículo 273 del Código Penal, bajo el epígrafe de "Prolongación ilícita de privación de la libertad", como quiera que la captura del ciudadano Betancurt Cuéllar se operó en condiciones admitidas por la ley, vulnerándose sin justificación su derecho a la libertad solamente cuando, con el transcurso del tiempo, se dejaron vencer los términos esta-*

blecidos en las normas para escucharlo en diligencia de descargos y, de consiguiente, para resolver su situación jurídica. Luego de su aprehensión, las diligencias fueron remitidas de una oficina a otra, y de allí a una tercera, sin que ninguno de los funcionarios dictara providencia que pusiera fin al estado de captura o, cuando menos, que iniciara el proceso correspondiente, decisión ésta que solamente se produjo el día diecisiete (17) de marzo del corriente año por parte de la Alcaldía Especial de Girardot.

Ahora bien, *para establecer los términos durante los cuales permite la ley privar de la libertad a una persona, preciso es establecer si existe o no proceso en su contra. Cuando no se ha iniciado proceso alguno, la privación de la libertad no puede extenderse más allá de las cuarenta y ocho (48) horas a que hace referencia el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, en caso de que se trate de una persona que ha sido capturada en estado de flagrancia o cuasiflagrancia, lapso de tiempo durante el cual las autoridades han de poner a disposición del orden jurisdiccional al aprehendido para que sea escuchado en indagatoria y se le resuelva su situación jurídica dentro de los términos previstos en el ordenamiento procesal penal. De otra forma, no procede la aprehensión sin la existencia de proceso, salvo la excepción del artículo 28 de la Constitución Nacional. En el caso estudiado, forzoso es concluir que no se había iniciado proceso y, por lo tanto, la privación de la libertad no podía extenderse válidamente más allá del término ya dicho.*

Dilucidado este aspecto, corresponde analizar si los funcionarios a cuya disposición estuvo privado de la libertad Betancurt Cuéllar *incumplieron o no el término de cuarenta y ocho (48) horas señalado en la ley.*

Con la inspección judicial que se adelantó en las oficinas de la Inspección Primera de Policía Permanente de Girardot, se acreditó cabalmente que el capturado fue puesto a su disposición el día diez (10) de marzo del presente año, y al día siguiente —dentro del término—, el mismo funcionario puso al capturado a disposición del señor Gobernador de Cundinamarca.

Pese a lo anterior, el Gobernador del Departamento no tuvo realmente bajo su custodia al capturado, ni siquiera se enteró de la existencia de las diligencias, toda vez que las mismas se entregaron al correo para su transporte, y así venció el término señalado en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal.

Posteriormente, el señor Gobernador remitió nuevamente el expediente el catorce (14) de marzo [luego de haberlo recibido de la Inspección Primera de Policía que lo envió el once (11) del mismo mes], esta vez a la Alcaldía Especial de Girardot, poniendo a su disposición al retenido, siendo que las diligencias llegaron a la oficina seccional el día diecisiete (17) de marzo del presente año. Los términos, pues, vencieron durante y por causa del trámite del correo, y cuando el capturado se hallaba a disposición del Gobernador del Departamento, cuando menos jurídicamente.

Establecida así la situación fáctica, se debe estudiar si, a más de la objetividad de la conducta, se operó la real adecuación típica a la des-

cripción penal, esto es, si tal prolongación ilegal de la libertad se efectuó en forma ilícita, como lo exige el artículo 273 del Código Penal.

Lo ilícito, según el diccionario de la Real Academia Española, es "lo no permitido legal ni moralmente", vale decir, lo que va en contra de las disposiciones normativas positivas, y en contra de los dictados éticos de la sociedad. Jurídicamente, el carácter de ilícito de una conducta se refiere no sólo a la objetiva contradicción del comportamiento con la norma legal, sino también a la evaluación que de tal hecho pueda hacer el sujeto agente. Son dos, pues, las aristas de la ilicitud jurídico-penal: la objetividad, y el aspecto subjetivo o conciencia de tal ilicitud.

Como se anotó, la conducta es objetivamente contraria a las disposiciones legales que prohíben prolongar la privación de una persona más allá de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su captura. El aspecto subjetivo, en cambio, no se ha demostrado ni puede tenerse como aspecto integrante de la adecuación típica; ello se demuestra a través de las siguientes comprobaciones procesales.

El Gobernador del Departamento de Cundinamarca, el día seis (6) de marzo del corriente año, profirió el Decreto 00495, con el cual comisionó al Alcalde Especial de Girardot para que actuara como funcionario instructor en las contravenciones a que se refiere la Ley 30 de 1986, decisión que hizo conocer a su delegado seccional oportunamente, mediante la remisión de copia del decreto, y con la expresa mención que tal determinación debería hacerse conocer a los Inspectores de Policía, orden que fue debidamente cumplida también por la Alcaldía Especial de Girardot. Por ello, la Gobernación se desentendió de los trámites correspondientes a la instrucción de los casos.

En la comunicación remisoria del Decreto, el Jefe de la División Jurídica de la Gobernación de Cundinamarca hizo hincapié en la necesidad de evitar el envío de las actuaciones a las oficinas de la Gobernación, con el propósito de evitar que vencieran los términos sin actuación alguna.

La Alcaldía Especial de Girardot, por su parte, oportunamente libró las comunicaciones del caso a sus inspectores, siendo que el Primero Permanente de Policía recibió el texto del Decreto 00495 el día doce (12) de marzo del presente año, cuando ya había remitido el proceso a la Gobernación por medio del correo nacional.

Recibidas las diligencias contravencionales por la Gobernación, éstas fueron de inmediato remitidas a la Alcaldía Especial de Girardot, para que allí se actuara de conformidad con lo ordenado en el Decreto 00495, ya enviado a esa entidad. Tal procedimiento, en verdad, que puede no ser el más aconsejable, si se mira desde el plano meramente teórico, en cuyo caso la conducta que ha debido desplegar el señor Gobernador de Cundinamarca ha debido ser la de escuchar él personalmente, o a través de comisionado en esta ciudad de Bogotá, al contraventor en diligencia de descargos, y resolver de inmediato su situación jurídica. Empero *el capturado no se hallaba efectivamente en Bogotá, y aun cuando se encontraba a disposición del Gobernador, su estado de captura se estaba cumpliendo en la ciudad de Girardot; por ello, se consideró prudente remitir de inmediato las diligencias, para que el funcionario allí comisionado recibiera los*

descargos y se pronunciara sobre la situación jurídica del aprehendido. La remisión del expediente, pues, no respondió a un ánimo de perjudicar a la administración de justicia, o al capturado, o a una tercera persona, sino que respondió a las exigencias de las condiciones materiales que se presentaban en el momento de tal determinación.

Resulta claro, entonces, que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca no prolongó ilícitamente la privación de libertad de Betancurt Cuéllar, porque aun cuando se vencieron los términos señalados en la ley, tal vencimiento no obedeció a intención torcida del funcionario, sino a la imposibilidad física de situar oportunamente las diligencias en manos de quien había sido comisionado para la instrucción, o al capturado en poder de quien durante el término legal podía recibir la diligencia de descargos. Por ello, la conducta no puede adecuarse a la descripción contenida en el artículo 273 del Código Penal, única que está llamada a recogerla, y en consecuencia la Sala deberá inhibirse de iniciar investigación penal.

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

RESUELVE

ABSTENERSE de iniciar investigación penal en contra del doctor Gustavo Esguerra Gutiérrez, Gobernador del Departamento de Cundinamarca.

En firme esta providencia, ARCHÍVENSE las diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

EXTRADICION

Reciprocidad.

La Constitución Política de la República del Ecuador prohíbe la entrega de sus propios nacionales como consecuencia de un proceso de extradición, por manera que, de conformidad con el principio de reciprocidad, el Estado requerido está facultado para hacer iguales restricciones ante una solicitud concreta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 074.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

VISTOS

Corresponde a la Sala emitir concepto acerca de la solicitud de extradición del colombiano Gabriel Ricardo Tovar Brizneda, presentada por el Gobierno del Ecuador.

RESULTANDOS

1º El 20 de diciembre de 1985 en la nota verbal número 4-2-224 la Embajada de la República del Ecuador solicitó al Gobierno de Colombia por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, la extradición de Gabriel Ricardo Tovar Brizneda (Fols. 1-2, anexo 2).

2º En atención a la nota verbal número 4-2-199 de noviembre 8 del año inmediatamente anterior procedente de la Embajada del Ecuador, el Ministerio de Justicia de nuestro país por resolución de la misma fecha dispuso la detención preventiva de Tovar Brizneda, quien en la actua-

lidad se encuentra privado de la libertad a órdenes del Ministerio en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota" (Fol. 1, Cdno. de la Corte 2-3-8, anexo 1).

3º En apoyo de la petición, la vecina República allegó debidamente legalizados por el Consulado General de Colombia en Quito, los siguientes documentos:

a) Auto de la Corte Suprema de Justicia —Presidencia—, en la cual se declara por el gobierno ecuatoriano la procedencia de la petición de extradición (Fols. 4-5, anexo 2);

b) Auto proferido por el Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha de fecha 29 de marzo de 1979, confirmado por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia del mismo lugar, en el cual se concluyó que ha lugar a formación de causa contra Gabriel Ricardo Tovar Brizneda, por la infracción tipificada en el literal c) artículo 30 de la ley de control y fiscalización del tráfico de estupefacientes, promulgada en el registro oficial número 105 de 23 de noviembre de 1970 y artículo 33 de las reformas en dicha ley, constantes en el registro oficial número 621 de 4 de julio de 1978 (Fls. 6 y 12, anexo 2);

c) La relación del hecho imputado, en cuyo texto el Secretario General de la Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana, hace un recuento de los elementos de juicio que vinculan al reclamado como cabecilla en actividades de adquisición y tráfico de cocaína (Fls. 14 y ss., anexo 2);

d) Copia auténtica de la legislación penal ecuatoriana acerca de los cargos que se hacen al requerido, respecto a las sanciones impunibles en lo tocante con el fenómeno de la prescripción (Fls. 15-17);

e) Fotocopia autenticada del pasaporte expedido a Gabriel Ricardo Tovar Brizneda (Fl. 29, anexo 2).

4º La persona solicitada e identificada con la cédula de ciudadanía número 19145679 de Bogotá, confirió poder a un profesional del derecho para que lo asistiera en la tramitación de la presente extradición ante la Corte (Fl. 4, Cdno. de la Corte).

5º Dentro de la etapa probatoria se allegaron a la actuación los siguientes elementos de juicio:

a) Información del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia en el cual se comunica que el pasaporte número T-013734 (remitido en fotocopia por el país requirente), fue expedido en Bogotá a Gabriel Ricardo Tovar Brizneda (Fl. 33, Cdno. de la Corte);

b) Comunicación de la Jefatura de División de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil con fotocopia de la respectiva tarjeta decadactilar, en la cual se consigna que la cédula de ciudadanía número 19145679 fue expedida a Gabriel Ricardo Tovar Brizneda, nacido en Cali (Valle), el 19 de junio de 1949 (folio 36 *ibidem*);

c) Nota verbal número 4-2-147 de julio 4 del presente año, en la cual la Embajada de la República del Ecuador, remite al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, un ejemplar de la Constitución vigente en

ese país (publicada en el registro oficial número 763 de junio 12 de 1984), cuyo artículo 42, dispone:

"En ningún caso se concederá la extradición de un ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador" (Fol. 38 *ibidem*).

6º El apoderado designado por el detenido, solicita a la Corte que emita concepto negativo sobre la extradición de su representado, por las siguientes razones:

1. *Ausencia de reciprocidad.* Surgida de la expresa prohibición de la Constitución Ecuatoriana para extraditar a sus nacionales.

2. *Epoca de la comisión del hecho.* El delito imputado a su asistido ocurrió el 18 de octubre de 1978 cuando en Colombia regía el Código Penal de 1936, en virtud del cual se prohibía expresamente la extradición de los colombianos y de los delincuentes políticos-sociales, siendo su articulado el aplicable por la vía de la favorabilidad.

3. *Punibilidad.* El régimen punitivo del vecino país es más severo que el colombiano, en cuanto a los hechos atribuidos a Tovar Brizneda, por lo que se rompe igualmente el principio de la reciprocidad.

4. *Fenómeno de la doble incriminación.* La conducta de su poderdante está referida únicamente al hecho de haberse encontrado en su poder la suma de ocho mil dólares, lo cual no es delito en Colombia (fl. 9, Cdno. de la Corte).

SE CONSIDERA

1º Entendida la extradición, en sentido amplio, se ha dicho que es un fenómeno que consiste básicamente en la solicitud, ofrecimiento o entrega de un procesado o condenado que un Estado hace a otro para continuar contra él un proceso iniciado o para hacer efectiva en su respecto una sentencia de condena por un hecho punible cometido.

2º Si bien es cierto que la documentación remitida por el Gobierno del Ecuador satisface varias de las previsiones contempladas en el pacto suscrito por las dos naciones, lo cual permitiría a la Sala conceptuar favorablemente acerca de la extradición de Gabriel Ricardo Tovar Brizneda, también lo es que, algunos aspectos de carácter fundamental debatidos por su apoderado en su alegato final, merecen especial atención, pues, como se verá, uno de ellos hace inatendible el pedido del país fronterizo.

3º En el orden que corresponde, se analizan las citadas inquietudes, de la siguiente manera:

Epoca de los hechos. Ciertamente los hechos imputados a Tovar Brizneda fueron cometidos en el año de 1978 (referencia del auto que formula cargos), esto es, cuando en Colombia se encontraba vigente la Ley 95 de 1936 (C. P.), en cuyo artículo 9º se negaba aparentemente la extradición de colombianos y de delincuentes político-sociales.

Sobre este punto propuesto por el representante del reclamado es bueno reiterar que el planteamiento se resuelve con el criterio de la pri-

macía del tratado internacional sobre la legislación interna, pues como se ha insistido, cuando existe pacto de extradición entre los dos países que la solicitan o la ofrecen, es a los límites del articulado de dicho convenio a donde se debe recurrir y no a los preceptos legales de los respectivos códigos, lo que implica que las pautas que orientan la concesión o negativa de dicho fenómeno no son las consignadas en los sistemas legislativos de los países contratantes, sino las normas fijadas en el acuerdo internacional que hayan suscrito, con irrestricta aplicación del principio de reciprocidad y de conformidad con el principio de especialidad.

No es exacto, como lo anota el memorialista, que el Código Penal de 1936 prohibiera de manera expresa la extradición de nacionales, por cuanto el artículo 9º de aquella codificación establecía el principio general de que la extradición se concedía u ofrecía de acuerdo con los tratados públicos, de modo que si en esas reglas específicas se acordaba la extradición de los propios nacionales, ellas resultaban de aplicación preferente. Sobre el particular es conveniente recordar los planteamientos de la Corte con ocasión de la solicitud de extradición del colombiano Córdoba Bojassen.

En el caso que se estudia *es aplicable la convención sobre extradición suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y aprobada en Colombia mediante la Ley 74 de 1935, en la cual los países que la suscribieron, entre ellos Ecuador, no prohibieron la extradición de sus nacionales y dejaron un amplio campo de discrecionalidad cuando en el artículo 2º se dispuso:*

"Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, ésta podrá o no ser acordada según lo determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido...".

Además, quedó abierta a los Estados signatarios la posibilidad de adherirse en el futuro a la cláusula opcional relativa al citado artículo 2º, según la cual, "...convienen entre sí que en ningún caso la nacionalidad del reo pueda impedir la extradición".

Rigor de las normas del país requirente. Que el régimen de punibilidad en el vecino país sea más riguroso que el colombiano en cuanto al delito imputado a Tovar Brizneda, en nada afecta la naturaleza del concepto que debe emitir la Corte, pues no se trata aquí de decir cuál sería la legislación más favorable, ya que la aplicable es naturalmente la del Estado requirente que es el lugar de comisión del hecho y donde se adelante el juzgamiento.

Principio de la doble incriminación. No es cierto el planteamiento que sobre este aspecto se hace en el alegato que ocupa la atención de la Sala, pues el auto de enjuiciamiento del Juzgado Décimo de lo Penal de Pichincha, confirmado por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de ese lugar, acusa a Tovar Brizneda no solamente por haberse encontrado en su poder la suma de 8.000 dólares norteamericanos (dinero sobrante del pagado por la droga en Bolivia), sino por organizar y constituirse en cabecilla de un operativo que se concretó en la adquisición y tráfico de estupefacientes, como lo señaló la documentación de la Oficina Central Nacional "Interpol". Este comportamiento como lo reconoce el

solicitante al razonar sobre el tema inmediatamente anterior, se encuentra descrito como delito en la legislación penal ecuatoriana acompañada a la solicitud de extradición, y constituye igualmente hecho punible en la legislación vernácula (Decreto 1188 de 1974, artículo 38 y Ley 30 de 1986, artículo 33).

De la reciprocidad. Dentro de las pruebas decretadas por la Corte se ordenó traer a la actuación la Constitución Política de la República del Ecuador, por la vía diplomática, y de su contexto se desprende que el artículo 42 vigente, niega categóricamente en todos los casos la extradición de los ecuatorianos, quienes para efectos del juzgamiento quedan sujetos a las leyes de ese país, tal como lo manda la citada Carta publicada, como lo certificó el Secretario General del Congreso ecuatoriano, en el registro oficial de junio 12 de 1984.

De conformidad con la Constitución Política de la República del Ecuador, este país no podrá entregar a sus propios nacionales como consecuencia de un proceso de extradición, de donde se impone, dado el criterio de reciprocidad que inspira los tratados entre naciones, que Colombia tampoco podrá entregar a sus propios nacionales cuando sean reclamados en extradición por el Ecuador. Es verdad que el vecino país suscribió la Convención de Montevideo, de la cual se desprende que la nacionalidad del reclamado no debe ser obstáculo para conceder la extradición; sin embargo, una reforma constitucional se opone a las cláusulas de la Convención, hecho que modificó sustancialmente los términos del tratado, de modo que en estas condiciones se quebraría el sistema de reciprocidad, en caso de que Colombia entregue a sus nacionales sin limitación alguna.

El principio de reciprocidad ajeno a los convenios de carácter internacional, a menos que exista pacto en contrario, también se deduce del artículo primero de la Convención de Montevideo en cuanto obliga de igual manera a los países signatarios a entregar a las personas solicitadas de conformidad con las estipulaciones consagradas en la Convención. De este mandato se infiere que todos los países que la suscribieron se comprometieron en idéntica forma, de suerte que si alguno de ellos tiene limitaciones provenientes de su derecho interno, no está en capacidad integral de cumplir con todas las estipulaciones que consagra el tratado multilateral. En estas condiciones es evidente que las limitaciones impuestas por la constitución o la ley del Estado requirente impiden dar cumplimiento a algunas de las previsiones del acuerdo internacional, hecho que faculta al Estado requerido para hacer iguales restricciones frente a una concreta solicitud, en orden al mantenimiento del principio de reciprocidad.

Destácase, de otra parte, que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por Colombia y Ecuador e incorporada al ordenamiento nacional mediante la Ley 32 de 1985, preceptúa en su artículo 27 que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, principio limitado por el artículo 46 que prevé solución contraria cuando la "violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno".

Es evidente la oposición que existe entre la Convención de Montevideo que permite la extradición de nacionales y el artículo 42 de la Constitu-

ción ecuatoriana que la prohíbe. Además, no es dable suponer que en el citado país se dé prelación a los tratados sobre la Carta Política, porque el artículo 137 de dicha Constitución establece la supremacía de ésta en términos que no dan lugar a duda de ninguna especie. Dispone la norma indicada:

"La Constitución es la ley suprema del Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y *tratados o acuerdos internacionales* que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con la Constitución o alteren sus prescripciones" (subrayas de la Corte).

En consecuencia, si las exigencias antes analizadas y las demás de la Convención de Montevideo se cumplen para conceptuar acerca de la entrega de Tovar Brizneda, no ocurre lo mismo con el aspecto de la reciprocidad a la cual los pactos internacionales deben sujetarse de manera irrestricta, pues en presencia de la categórica y absoluta prohibición de la Constitución ecuatoriana respecto a la extradición de sus nacionales, no se puede afirmar en términos del derecho internacional que existe la identidad del trato otorgada a los nacionales de dos o varios Estados ligados por un tratado, en este caso Colombia y Ecuador.

Por este último aspecto el concepto que ha de emitirse tiene que ser negativo.

4º El hecho de que no se conceda la extradición de la persona reclamada en manera alguna supone que los hechos delictivos que se le atribuyen queden en la impunidad, pues de acuerdo con el numeral 1º del artículo 15 del Código Penal la ley penal colombiana se aplica a las personas que en el extranjero hayan cometido delito contra la salud pública (principio real o de defensa). Con esta finalidad el gobierno deberá tomar las medidas necesarias para que se inicie la investigación correspondiente por parte de juez colombiano.

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

RESUELVE:

CONCEPTUAR DESFAVORABLEMENTE acerca de la solicitud de extradición del colombiano Gabriel Ricardo Tovar Brizneda.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

FUNCIONARIO PUBLICO

El Código Penal de 1980 en su artículo 63, para evitar confusiones en los diferentes significados con respecto al concepto de funcionario público, estableció una igualdad, bajo el genérico nombre de "empleados oficiales".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 074.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

VISTOS

Por sentencia del veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Tribunal de Popayán condenó a Humberto Paz Idrobo, como responsable de los delitos de falsedad en documento y peculado, por los que había sido llamado a juicio.

El recurso extraordinario de casación se interpuso oportunamente, de la misma manera que fue sustentado. Tramitado cabalmente se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó no se casara la providencia recurrida.

La Sala procede a resolver lo pertinente, luego de resumir.

LOS HECHOS Y LA ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso se inició como consecuencia de la denuncia instaurada por Francisco Javier Hernández Muriel, Delegado de la Auditoría de la Caja de Crédito Agrario contra el cajero de la sucursal de esa entidad en El Tambo (Cauca), señor Humberto Paz Idrobo, por la apropiación ilícita de una suma superior a ciento sesenta y cuatro mil pesos ($ 164.000) que fue sustraída de diversas cuentas.

En el curso de la investigación, por los testimonios de las personas cuyas cuentas fueron utilizadas por el procesado para realizar las sustracciones ilícitas, por confesión del procesado, por las investigaciones contables realizadas por la Auditoría de la Caja Agraria, por el peritazgo realizado por un contador nombrado por el funcionario del conocimiento y por el peritazgo grafológico, se demostró no sólo la apropiación ilícita, sino las falsas anotaciones que el procesado realizó en las tarjetas de los ahorradores y la falsificación de la firma del secretario de la sucursal, necesarias para el perfeccionamiento del apoderamiento ilegal y para el mantenimiento de la impunidad de su proceder ilícito continuado.

Llamado a juicio por auto del 9 de agosto de 1984, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, fue condenado como responsable por los delitos por los que se había enjuiciado por providencias de primera y de segunda instancia de diecisiete de julio y del veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

La demanda de casación

El recurrente plantea como cargo único contra la sentencia impugnada, el de violación directa de la ley penal, en sus artículos 63 y 219 del Código Penal por falta de aplicación de los artículos 221, 61, 64, 1ª, 6ª y 7ª, del Código Penal.

Pretende demostrar el cargo con las siguientes argumentaciones:

"No se discute el hecho que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es una entidad de economía mixta vinculada al Ministerio de Agricultura, en la que más del 90% de su capital pertenece al Estado, siendo aplicables las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado. Las personas que prestan su servicio en tales entidades se rigen por las disposiciones contenidas en el Decreto 1848 de 1969 y en relación con sus actos se rige por las disposiciones contenidas en el Decreto 3130 de 1968 (Fls. 425, 446 del expediente). Se reconoce además, y sin lugar a dudas la calidad de *trabajador oficial* de Paz Idrobo, cuando estuvo vinculado a la indicada institución.

Se trata de analizar el tipo penal contenido en el artículo 219 del Código de las Penas. Mas no se trata de hacer, porque no es el caso, el análisis de todos los elementos que lo componen.

Baste anotar que se requiere un sujeto activo cualificado (empleado oficial) y de un ingrediente normativo jurídico (documento público), entre otros elementos, para la conformación del indicado tipo penal. Acentuamos la presencia de esos dos elementos, completamente diferentes.

Realmente la definición que trae el artículo 63 del Nuevo Código Penal sobre empleado oficial es suficientemente clara al respecto, en cuanto se refiere a los *sujetos* activos o pasivos del tipo. No se refiere la indicada definición, ni podía referirse, a cualesquiera otros elementos integrantes del tipo penal, dado su carácter general.

La situación gira, entonces, en torno a la concepción del ingrediente normativo jurídico *documento público,* desde el punto de vista dogmá-

tico. Decimos que aquél se trata de un ingrediente normativo *jurídico* relacionado con el objeto material, por cuanto implica *'una valoración eminentemente jurídica en cuanto se trata de conceptos que* pertenecen al ámbito del derecho, *al cual debe recurrir* el intérprete *para* fijar su *alcance'* (S. n.) (REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La Tipicidad.* Quinta Edición, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D. E., 1981, pág. 120) (sic). Ya que su definición se encuentra estipulada en norma jurídica de carácter extrapenal. Que deberá acogerse.

De tal manera que para tener concepción clara de lo que es documento público debe partirse de la definición normativa que para el efecto aparece en el inciso 1º del artículo 1758 del Código Civil Colombiano y en el Inciso 3º del Código de Procedimiento Civil.

Reza el artículo 1758 del Código Civil *'instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente* funcionario' (subrayamos).

Y el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil Colombiano establece que *'documento público es el otorgado por* funcionario público *en ejercicio de su cargo o con su intervención'* (subrayas nuestras).

Se requiere entonces, la presencia de *funcionario público* para que el documento que otorgue, debidamente, sea tenido como *público.*

Se tiene la ya no discutida apreciación que la facultad certificadora del Estado, es decir la facultad de vincular especialmente la fe pública a determinados escritos, es una atribución *exclusiva* del Estado que éste *sólo* puede delegar por *medios de derecho público* (ROMERO SOTO, Luis Enrique. *La falsedad documental.* Tercera Edición, Carvajal S. A. Impresores, Cali, 1982, Pág. 49) (sic). Lo que quiere decir que las personas vinculadas a la administración por una relación vertical, de derecho público, son *funcionarios públicos* en los cuales es posible que el Estado delegue la facultad de certificación o de vinculación de la fe pública en sus escritos. De donde no es posible que tengan tal calidad las personas vinculadas a la administración pública, por una relación horizontal de *tipo contractual,* como en el caso de los trabajadores oficiales, que en sus actos o documentos no vinculan la facultada certificación o la fe pública estatales. En este sentido ellos no pueden emitir documentos públicos.

El mérito del artículo 63 del Código Penal Colombiano fue el de haber tenido para efectos penales como un todo, las distintas categorías que integran el concepto de empleados oficiales. Pero ello exclusivamente en torno a la definición de los *sujetos* activos o pasivos de los tipos penales, calificados por esa circunstancia. Mas dicha norma no podía tener el mérito de derogar las disposiciones contenidas en el artículo 5º de la Ley 4ª de 1913; en la Ley 6ª de 1945 y en su reglamentario el Decreto 2127 de ese mismo año (artículo 4º); ni las contenidas en el Decreto-ley 3135 de 1968 (artículo 5º); ni las de su Decreto reglamentario 1848 de 1969; ni mucho menos el Código de Procedimiento Civil (Art. 251); ni para derogar o modificar el Código Civil (Art. 1758). En cuanto estas normas *diferencian* naturalística y vincularmente dichas categorías.

De tal manera que en relación (sic) con la definición de documento público debe estarse a lo dispuesto en los citados artículos 1758 del Có-

digo Civil e inciso 3º del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil Colombiano, para concluir que la ley colombiana solamente ha deferido (sic) en la *categoría* de los *funcionarios públicos* la facultad de vincular en sus escritos la fe pública y la potestad certificadora del Estado. Por cuanto son éstos y no otros quienes tienen una relación, o delegación de derecho público, de tipo vertical, con el Estado. En el caso concreto el procesado Humberto Paz Idrobo, por no ser funcionario público, sino trabajador oficial, no tenía capacidad legal para vincular al Estado en su potestad certificadora, ni en la fe pública, en sus escritos o documentos, por carecer de delegación de derecho público para tal efecto; es decir por encontrarse en relación de tipo horizontal, contractual con la administración.

En síntesis, adoptamos el parecer expresado por el doctor Luis Enrique Romero Soto, en su obra citada (Pag. 94) y que se transcribe a continuación.

'En cuanto a las sociedades de economía mixta, que son los entes más cercanos a la esfera privada, la regla general es la de que se gobiernan por las normas de derecho privado, *lo que significa que los documentos producidos por ellas no son públicos.*

No obstante, cuando el Estado posea el 90% más del capital social, las personas que en ellas desempeñen cargos de *dirección, confianza o manejo, serán considerados,* según dispone el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968, como empleados públicos. Significa esto que los escritos por ellos producidos en ejercicio de sus funciones, tienen el carácter de documentos públicos.

Es de advertir, finalmente, que el señalamiento de las personas que en las empresas citadas en último término tienen el carácter de empleados públicos, debe hacerse por vía reglamentaria o por decreto o ley. Es decir, *que no queda a capricho del intérprete la determinación de asunto tan importante.* En caso *de no haberse hecho la calificación en la forma dicha, creemos que debe considerarse como de carácter privado el documento que de esas personas emane* pues *la llamada facultad de certificación,* esto es, la de vincular, de modo especial, la fe pública a determinados escritos es una atribución del Estado que éste *sólo puede delegar por medio de derecho públicos'* (sic) (subrayamos). En el presente caso no existe duda sobre la clasificación de Paz Idrobo como *trabajador oficial.*

Reafirma la tesis que se está exponiendo la disposición contenida en el artículo 31 del Decreto-ley 3130 de 1968 [orgánico de las entidades desentralizadas (sic) del orden nacional] que es del siguiente tenor: '*Artículo 31. De los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta. Los* actos *y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales* están sujetos a las reglas de derecho privado *y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia...*' (subrayamos). Y los documentos no contienen más que actos. Dicha disposición es muy clara al respecto, en cuanto que los documentos expedidos

por tales entidades como la Caja Agraria, no son objeto de circulación pública, por estar, sometidos de manera expresa a las reglas de *derecho privado.*

Al aplicar la norma contenida en el artículo 219 del Código Penal en concordancia con lo dispuesto en el artículo 63 del mismo estatuto los juzgadores *a quo* y *ad quem,* violaron por vía directa la ley sustancial, por cuanto aplicaron indebidamente dichas normas, ya que procesado (sic) no tenía la capacidad legal para emitir documentos públicos. Y en ese sentido hubo falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 221 del Código Penal y 61, 64, 1ª, 6ª y 7ª del mismo estatuto punitivo, ya que el procesado al no poder emitir documentos públicos sí emitió documentos de índole privado, constitutivos de prueba, que colocó en el tráfico jurídico.

Las últimas disposiciones citadas no fueron aplicadas, siendo que los hechos reclamaban su aplicación.

El cargo está llamado a prosperar''.

El concepto del Procurador Delegado

El colaborador fiscal solicita se desestime la demanda sobre la base de las siguientes argumentaciones:

''Tal como se desprende del cargo formulado y su aparente demostración, el Casacionista no hace otra cosa que desconocer la naturaleza jurídica de documentos públicos de los empleados por el procesado Paz Idrobo como medio, a través de alteraciones de la verdad y finaimiento (sic) de la firma del Secretario de la Caja de Crédito Agrario en el Tambo, para consumar el peculado; y ello equivale, sin más ni menos, a cuestionar el mérito probatorio y su apreciación por parte del *ad quem,* lo cual torna en nugatorio el cargo y antitécnica la demanda, por errónea elección de la vía concreta de impugnación.

En efecto: en caso similar, la honorable Corte, en fallo del 12 de julio de 1983, se pronunció así:

'...Con el primer cargo se pretende desconocer el carácter de documento público del escrito otorgado en la Notaría 2ª de Cali... El demandante no acierta en la técnica de casación, pues la impugnación la orienta al error de hecho... cuando en la hipótesis se trataría de error de derecho, por otorgarle a un documento un valor probatorio que la ley le niega...'.

Luego, si se ha invocado violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida y de fondo se trataría de violación indirecta por error de derecho, recobra plena vigencia la reiterada jurisprudencia estampada en múltiples fallos, como en el de marzo 22 de 1983, en el cual la honorable Corte expresó:

'...Cuando se invoca la violación directa de la ley, hay que aceptar la prueba tal como la estimó el juzgador y jamás cuestionarla; esta es la regla de oro que distingue *prima facie* la violación directa de la indirecta...'.

Por lo demás, bien sabido es que, en aplicación del principio de la limitación, la honorable Corte no puede corregir o suplir las deficiencias de la demanda. (Artículo 581 del C. de P. P.)".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero señalar la inconformidad de la Sala con las argumentaciones del Procurador 1º Delegado en lo Penal, cuando critica por falta de técnica al demandante al considerar que desconoce la naturaleza jurídica del documento y plantea es una violación indirecta de la ley por errónea apreciación de la prueba.

Se considera inadecuadamente citada la jurisprudencia de esta Corporación en la que se sostiene que cuando se invoca la violación directa, la prueba debe aceptarse tal como fue estimada por el juzgador y que por tanto no puede cuestionarla, y la realidad es que el casacionista acepta los hechos probados, por los medios que fueron allegados al proceso y se limita, para efectos de hacer el planteamiento y consecuente demostración de su cargo, a tomar un hecho de los que están probados en el proceso, esto es la alteración de las tarjetas de los ahorradores y de los asientos falsos que en ellos se hicieron, para concluir que, a ese hecho probado se le da una denominación jurídica inadecuada; en tales circunstancias no podrán ser aceptadas las argumentaciones formuladas por el Procurador Delegado, porque evidentemente interpreta equivocadamente los planteamientos del casacionista.

Clarificada la situación anterior, débense entonces analizar las alegaciones del recurrente, por medio de los cuales pretende casar la sentencia, aduciendo violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación, al considerar que el cajero de la Caja Agraria, al no ser funcionario público no tenía capacidad certificadora y que por tanto, no le era imputable la falsedad de ideológica de empleado oficial en documento público.

Sea lo primero destacar que el procesado en realidad cometió dos formas de falsedad claramente demostradas dentro de la actuación por la que se lo procesó, esto es la falsedad ideológica que ahora se cuestiona, y la falsedad por alteración, puesto que está demostrado que el procesado falsificó la firma controladora del secretario en las tarjetas del movimiento de caja, pero por descuido de los juzgadores de instancia tal forma de falsedad no se le imputó; pero es obvio que tal omisión no puede ser corregida en este estado del proceso, puesto que se haría más gravosa la situación del sentenciado y de hecho se conculcaría su derecho a la defensa, ya que se le estaría formulando un cargo que desconocía y del cual por elementales razones, no se ha podido defender.

Debe advertirse, con relación al análisis que sobre el documento públicamente hace el recurrente, partiendo del artículo 1758 del Código Civil, que definía lo que era documento público que se encuentra expresamente derogado por el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil y que por tanto su cita es incorrecta.

El empleado oficial, dentro de la órbita de sus funciones, señaladas legalmente o reglamentariamente, produce documentos públicos, trátese

o no de un funcionario público o de un trabajador oficial, y esto obviamente como ya se ha indicado para efectos puramente penales. Debe insistirse en la variada significación de algunos conceptos en relación a su utilización en las diversas áreas del derecho; debe recordarse en este sentido, cómo el significado de los inmuebles por destinación, por radicación o por adhesión, para efectos de los delitos contra el patrimonio económico son bienes muebles, o cómo el concepto de empleado, trabajador y funcionario oficial tienen un diverso significado en el derecho administrativo y en el derecho penal.

Con relación al concepto existente en la citada norma del Código de Procedimiento Civil, *débese enfatizar que existen diferentes significados con respecto al concepto de funcionario público, porque ha de concluirse que la expresión utilizada en el Código de Procedimiento Civil hace relación a la clasificación que el derecho administrativo hace de los diversos funcionarios del Estado, pero en su significado relacionado al ámbito del derecho penal, es diverso por expresa voluntad del legislador que en el artículo 63 aclaró el alcance de los vocablos "empleado oficial" deben tener para el derecho penal y por tanto cobija no sólo a los funcionarios públicos, sino también a los trabajadores oficiales.*

En este caso concreto la diferente conceptualización que se plantea de la aplicación del artículo 63 del Código Penal, es que el legislador de manera expresa quiso dar una mayor protección y alcance a todos los bienes, efectos, personas, funciones o cosas que de cualquier manera estuvieren vinculados con la administración pública, porque por tratarse de intereses estatales y lógicamente comunitarios es apenas explicable que se busque dar una especialísima protección, porque no se compaginaría con la diversa importancia de los bienes jurídicos tutelados, que derechos que sólo afectan bienes privados tuvieran una mayor, o igual protección, que aquéllos que sí afectan bienes públicos colectivos.

Por ello el Código Penal en su artículo 63 para evitar las confusiones interpretativas de los distintos conceptos que existen con relación a las personas laboralmente vinculadas al Estado en el derecho administrativo, para efectos estrictamente penales los igualó bajo el genérico nombre de "empleados oficiales".

En el concepto de la Sala, esta diversa concepción del Código Penal de 1981, afecta los conceptos no sólo de las personas que como sujetos activos o pasivos de los delitos actúen en su calidad de empleados oficiales, sino que necesariamente interesa, las conductas funcionalmente definidas como elementos de la estructura típica, porque inaceptable sería y además alteraría la composición lógica del tipo penal, que para efectos de concluir en la existencia de un sujeto activo cualificado (empleado oficial) pudiera serlo un simple trabajador oficial, pero que los documentos signados por él por razón de sus funciones, ya no sean los efectos de la conducta de ese mismo empleado oficial, por no ser en este caso un funcionario público. Lo anterior indica que dentro de las pretensiones del recurrente, se acepta que el procesado para ser sujeto activo del delito de peculado y de la misma falsedad en documentos públicos es un empleado oficial de acuerdo a los requerimientos del artículo 63, pero para efectos de los documentos que elabora funcionalmente, deja de serlo, para convertirse entonces en un simple particular.

La pretensión anotada resquebraja la lógica integración de los tipos y es inaceptable que para unos efectos, las conductas de una misma persona con cualificación jurídica en el ámbito penal, puedan ser al mismo tiempo las de un empleado oficial y las de un simple particular.

Es lo que sucede de multitud de trabajadores oficiales que prestan sus servicios en entidades oficiales, tal el caso de bodegueros, almacenistas y similares, que pese a su condición de trabajadores oficiales, podrían incurrir en el delito que el recurrente considera de imposible comisión para esta clase de empleados oficiales.

Debe llamarse la atención al recurrente porque en su deseo defensivo tratando de demostrar que la Caja Agraria al ser una entidad de capital mixto, con finalidades comerciales que funciona de manera similar a las entidades privadas, para poder concluir que sus trabajadores no podrían incurrir en el delito de falsedad ideológica en documento público, hace cita parcial de una norma, señalando de manera indebida sólo aquello que le sirve para efectos de su argumentación. Para la demostración de su pretensión analiza el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 que constituye el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas. En el aparte citado por el recurrente dice la norma "los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado, y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia...". Y el aparte no citado: "*Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos*". (Subraya la Sala).

Precisamente es la parte omitida por el recurrente la que da pie para las afirmaciones que hace la Sala, porque es lógico que se trata de entidades de economía mixta que deban realizar funciones industriales y comerciales, se las asimile para estos efectos a entidades del sector privado, porque si no su funcionamiento se vería entorpecido por las múltiples trabas que el derecho administrativo consagra en cuanto a la marcha de las entidades oficiales, de tal manera que la norma que se analiza pretende darles capacidad de acción y agilidad en el movimiento comercial e industrial para los que fueron creadas; pero el hecho de darles tales facilidades de ejercicio no las convierte para todos los efectos en entidades del sector privado y por ello el aparte no citado por el recurrente en la que se reitera que aquellos actos que realicen para el cumplimiento de funciones administrativas son actos administrativos, indicándose con esta parte, que por ningún motivo dejan de ser entidades de derecho público, ni dejan de estar sometidas a las reglas que regulan a las entidades oficiales, excepto las situaciones especialmente consagradas, algunas de las cuales se mencionaron con anterioridad.

En una entidad financiera del Estado como es la Caja Agraria, es obvio que el cajero, independientemente de su carácter de funcionario o trabajador oficial, desempeña una serie de funciones administrativas de máxima importancia, como es la de recibir y pagar los dineros por razón de su finalidad financiera que ingresen o egresen de dicha dependencia y para efectos del destino administrativo de la Caja como tal, los documen-

tos que por razón de sus funciones elaboren los empleados de la Caja son documentos públicos y cualquier alteración que sobre ellos pudiera realizarse, constituye falsedad en documento público.

En el caso que motiva el presente juzgamiento se encuentra la Sala con un empleado oficial, y esta cualificación es indiscutible puesto que se adecua a las previsiones del artículo 63, ya que se trata de un trabajador oficial; es un individuo que actuó en ejercicio de sus funciones oficiales, establecidas legal y reglamentariamente, que extendió un documento público, en ejercicio de sus funciones administrativas de una empresa comercial del Estado cuyo capital es prácticamente en su totalidad del sector público y evidentemente dicho documento es elemento probatorio para evidenciar los ingresos y egresos que se hacen en dicha institución y está confirmado que contrariando la obligación impuesta hizo asientos falsos, constituyéndose en la realidad la conducta descrita en el artículo 219 del Código Penal.

La pretensión del recurrente sería de tal naturaleza como admitir que por funcionar la Caja Agraria como entidad comercial de derecho privado y estar sometida a la jurisdicción ordinaria de acuerdo a las normas de competencia sobre la materia, y que por tal razón sus empleados son particulares para todos los efectos o que cuando atenten contra su patrimonio cometen delito contra el patrimonio y no el de peculado.

Al discrepar sustancialmente de la argumentación que en sentido contrario hace el recurrente se ha de concluir en la inexistencia del cargo formulado, porque el juzgador de instancia consideró que se tipificó la falsedad ideológica en documento público, dando por tanto aplicación al artículo 219, y su actuación es correcta pues adecuó el artículo apropiado y no dejó de aplicar indebidamente determinadas normas de la ley penal como lo propone de manera equivocada el casacionista.

En las condiciones anteriores, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con su colaborador fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la providencia recurrida, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

PREVARICATO

La discrepancia de criterios entre funcionarios, así existiere entre ellos una relación de jerarquía sobre asuntos eminentemente controvertibles, no configura abuso de autoridad ni prevaricato.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 74.

Bogotá, D. E., 23 de julio de 1986.

VISTOS

En virtud del recurso de apelación oportunamente interpuesto y debidamente sustentado por el denunciante, conoce la Corte del auto proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, de 7 de febrero del presente año, mediante el cual se abstuvo de iniciar investigación en contra de la doctora Gloria Marina Leyva Ayala, ex Juez Treinta y Siete de Instrucción Criminal de esta ciudad.

RESULTANDOS

Mediante Resolución número 001 de 1982, la doctora Gloria Marina Leyva Ayala sancionó con dos meses de suspensión al señor Carlos Francisco Gutiérrez, Secretario del Juzgado a su cargo (37 de Instrucción Criminal de Bogotá). El suspendido, entonces, decidió formular denuncia penal en contra de la doctora Leyva, por considerar que la resolución sancionatoria era contraria a la ley y a la verdad.

Practicada una indagación preliminar (Art. 320 Bis del C. de P. P.) el Tribunal Superior de Bogotá no encontró nada delictivo en el proceder de la funcionaria denunciada, y en consecuencia profirió auto inhibitorio (julio 26 de 1982) que fue confirmado por la Corte (Auto de 6 de diciembre de 1982), que conoció del asunto en virtud de la apelación interpuesta por el denunciante.

Posteriormente (26 de julio de 1985), el mismo señor Gutiérrez vuelve a denunciar a la doctora Leyva Ayala, por los mismos hechos que habían sido objeto de las precitadas decisiones, trayendo como hecho nuevo una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, fechada el 25 de julio de 1984, mediante la cual se declaró la nulidad de la resolución que había sancionado al señor Gutiérrez con dos meses de suspensión.

Ordenada una indagación preliminar, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído de 7 de febrero del año en curso, de nuevo se abstiene de ordenar investigación penal en contra de la doctora Leyva Ayala. Inconforme con esta decisión, el denunciante interpuso el recurso de apelación, insistiendo en que la funcionaria acusada cometió los delitos de "prevaricato", "abuso de autoridad" y "falsedad".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que la decisión impugnada debe confirmarse, pues aunque el auto inhibitorio no hace tránsito a cosa juzgada, ello, como lo sostuvo la Corte en providencia de 16 de julio de 1985, "no significa en manera alguna, que pueda presentarse otra manifestación de competencia sin el aporte de nuevas pruebas que desnaturalicen la determinación asumida o que, al menos justifique un intento de revocatoria".

SE CONSIDERA

Si se leen las dos denuncias presentadas por el señor Gutiérrez en contra de la doctora Leyva Ayala, *se aprecia que se refieren exactamente a los mismos hechos. La única diferencia, es que para formular la última dispuso de una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de la resolución sancionatoria proferida por la funcionaria acusada, pero en la cual, como es apenas obvio, no se analizó el proceder de la doctora Leyva por su aspecto penal, sino apenas la resolución desde el punto de vista del derecho administrativo.*

La simple discrepancia de criterios entre funcionarios, así existiera entre ellos una relación de jerarquía sobre asuntos eminentemente controvertibles, no puede jamás, por sí sola, dar lugar a la configuración de un abuso de autoridad ni mucho menos de un prevaricato. Las normas jurídicas, por ser redactadas con criterio de generalidad tienen necesariamente que ser interpretadas para su aplicación al caso particular, labor que ciertamente no es fácil y que a menudo conduce a resultados distintos a los diferentes intérpretes. Esto es normal que así suceda, frente a la independencia de que gozan los juzgadores al interpretar la ley.

La conducta de la doctora Gloria Marina Leyva Ayala, *que ahora se denuncia, ya había sido objeto de estudio por parte del Tribunal y de esta Sala, sin que se hubiera hallado nada ilícito en la misma; por ello se conformó el auto inhibitorio proferido por el Tribunal.*

Una decisión del Contencioso Administrativo, no puede en manera alguna implicar un cambio en la decisión tomada por la Corte, pues esta actuación no es imputable a la funcionaria denunciada, ni significa cosa

distinta de una interpretación diferente, que no tiene por qué afectar el juicio ya emitido por esta Corporación.

Es verdad que el auto inhibitorio no hace tránsito a cosa juzgada, pero también lo es que no se justifica un nuevo examen y una nueva valoración de la conducta, si no aparece ningún elemento nuevo, de trascendencia en la valoración del asunto, que haga aconsejable la revisión de éste.

Por lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, CONFIRMA la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

JUEZ

Actividades.

La Sala recomienda a los jueces abstenerse de actuar como amigables componedores en las desavenencias domésticas o civiles, que ocurran en su jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 076.

Bogotá, D. E., agosto 12 de 1986.

VISTOS

Entre Gualberto Monsalvo y Hernando Montoya surgió una diferencia eminentemente civil, por la entrega defectuosa de una nevera de petróleo. Conocedor de esta situación el doctor Ramiro Guardias Mier, Juez Promiscuo Municipal de Tamalameque, ordenó (enero/85) la citación de estas personas y logró el arreglo del diferendo: Montoya entregaría la suma de treinta y ocho mil pesos, para asegurar lo cual se firmó una letra de cambio, pago que realizó en el mes de febrero del citado año, al juez Guardias Mier, y Montoya devolvería la nevera. Pero el juez sólo llevó a manos de Montoya la suma de treinta mil pesos, después de numerosas evasivas, y obtuvo de éste que llevara la nevera al juzgado, quien inicialmente se mostró reacio a ello por la falta del dinero restante.

Esta situación, por la denuncia de Montoya, originó la apertura de la correspondiente investigación, por parte del Tribunal (octubre 26 de 1985), la cual se adelantó hasta el momento de obtener el concepto de fondo del Ministerio Público, quien solicitó el *enjuiciamiento* de Guardias Mier, para responder por el delito de "abuso de función pública" y un *sobreseimiento temporal* por el de "enriquecimiento ilícito". A su vez la Corporación, en

auto de 9 de mayo del año en curso, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, del auto cabeza de proceso, al descartar las figuras delictivas insinuadas por la agencia fiscal como también la del peculado, aceptando tan solo la configuración de un posible delito de abuso de confianza, que no involucraba para nada la función oficial que Guardias Mier, como juez, desempeñaba.

De esta resolución recurrió oportunamente el fiscal y en ocasión debida sustentó la impugnación.

El Procurador 1º Delegado en lo Penal, se pronuncia por la revocatoria del auto apelado, al estimar que "el procedimiento legal o no, seguido por el Juez Guardias Mier para lograr de una parte el pago a Monsalvo García de la suma de $ 38.000.00 y de otro lado la devolución por éste con destino a Montoya, de una nevera usada, fue cumplido por este funcionario no en calidad de un ciudadano particular, sino como Juez de la República; en una oficina pública y no en un recinto privado; no a título personal, sino empleando el *imperim autoritatis*.

"d) El haberse salido el Juez Guardias Mier del preciso marco de sus funciones para lograr los objetivos ya dichos, es precisamente la conducta que se le censura.

"Es esta circunstancia precisamente la que coloca al Juez Guardias Mier bajo la jurisdicción represiva del honorable Tribunal Superior de Valledupar..., al decir del artículo 33 del Código de Procedimiento Penal".

Para resolver, se considera:

La Sala ha mirado siempre como actitud censurable, que suele atraer el rigor disciplinario y, en ocasiones, la represión penal, la actividad de los jueces por fuera de sus específicas funciones, especialmente cuando actúan como amigables componedores en las desavenencias domésticas o civiles que se suscitan en el territorio de su actividad judicial. No es este el papel que las leyes asignan a estos integrantes de la Rama Jurisdiccional, quienes no logran deslindar, ni entre las partes en conflicto ni menos ante terceros, el papel de simple ciudadano y la función oficial que se desempeña. Es frecuente, entonces, que una intervención nacida de noble propósito (evitar la autojusticia o nuevos gravámenes económicos, etc.), se desdibuje hasta el punto de pensar las personas que ante él concurren que, de no accederse a su consejo o insinuación, se pueda padecer males de muy variada índole. En síntesis, queda siempre flotando un hálito de constreñimiento que fácilmente se vuelve contra el funcionario mismo cuando no se quiere cumplir lo voluntariamente acordado, y, además, no es extraño que el juez sucumba a la tentación de obtener ciertas indebidas o censurables ventajas. Estos aspectos, y muchos más similares o afines, llevan a la Sala a recomendar la abstención de estas actividades, en las cuales la administración de justicia suele empañarse y salir siempre mal librada.

Así ha ocurrido en el caso sub exámine. Lo que pudo caracterizarse *como gestión inicial generosa y amigable, derivó hacia un serio desprestigio para la justicia, pues el juez se aprovechó de la confianza depositada en él por Monsalvo y Montoya y si bien éstos cumplieron su pala-*

bra, aquél se guardó una cantidad de dinero, fuera de haber utilizado la ocasión para retirar del establecimiento de Montoya algunas mercancías. Y también, de paso, libró una citación que, por lo demostrado, parece no haber implicado el apremio o la amenaza de tratarse de una diligencia judicial.

En estas circunstancias lo procedente es entender lo sucedido en la forma como lo ha estimado el Tribunal y desechar, entonces, la posibilidad de un delito de responsabilidad. La Sala, en este punto, no haría más que repetir los argumentos señalados por el *a quo.*

Debe, pues, abrirse paso a un proceso que no involucre el fuero y que configura, más bien, un abuso de confianza, al cual debe prestársele atención en su desarrollo para que no cobre fuerza ante la opinión pública y el presunto ofendido, la falsa sensación de quererse dilatar el sumario, por tratarse de sindicado con vinculaciones con la Rama Jurisdiccional.

Entiende la Sala que, cuando bajo una aparente competencia se ha abierto investigación contra persona aforada, la demostración posterior en sentido contrario no implica la nulidad de lo actuado, pues todo conserva validez y debe, simplemente, continuarse con la averiguación. En este caso, por las iniciales circunstancias, el Tribunal se creyó competente para actuar contra el juez Guardias Mier. *Las ulteriores comprobaciones, que demostraron algo distinto, no comporta invalidez de lo aportado, deducción que sí cobraría razón de ser en situación diferente, esto es, si la investigación contra persona que goza de fuero se ordenase y realizase por quien no tenía esta facultad. La garantía que ello traduce, se ha respetado, debiéndose concluir que quien tenía atributos para lo más lo tenía para lo menos, máxime tratándose de una labor meramente instructoria.*

De ahí, entonces, que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, revoque los numerales 1º, 2º, y 4º del auto revisado por apelación y en su lugar ordene que todas estas diligencias se remitan al Juzgado Promiscuo Municipal de Tamalameque (Cesar), para lo de su cargo.

Se confirma el numeral 3º de la indicada providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

PREVARICATO

Por omisión.

Cuando la labor del servidor público, en un lapso determinado, denota imposibilidad física para evacuar todos los asuntos dentro de los estrictos términos del ordenamiento procesal, no puede pregonarse que de manera dolosa haya incumplido sus deberes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 078.

Bogotá, D. E., 12 de agosto de 1986.

VISTOS

Cumplida la reconstrucción del proceso, por apelación revisa la Corte la providencia de abril 30 del año inmediatamente anterior en virtud de la cual el Tribunal Superior de Valledupar se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora Cecilia Corrales de Rocha, quien, por algunas de sus actuaciones como Juez 3º Civil del Circuito de ese Distrito Judicial, fue denunciada por el delito de prevaricato.

Dentro de la tramitación propia de la instancia, la Procuraduría 3ª Delegada en lo Penal, solicitó la confirmación del auto impugnado.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

1º La calidad de juez de la acusada, para la época de los hechos, se encuentra demostrada en el expediente (Fls. 32, 49, 56, Cdno. de la Corte).

2º Los hechos a que se contrae la presente averiguación tienen los siguientes antecedentes fundamentales:

a) El 20 de enero de 1982 la señora Vitelma Chinchilla Garay promovió por intermedio de apoderado proceso ordinario de "declaración, disolución y liquidación" de la sociedad de hecho (entre concubinos) existente con Jorge Avendaño Sepúlveda, cuyo conocimiento correspondió por reparto al Juzgado 2º Civil del Circuito de Valledupar que el 26 siguiente admitió la respectiva demanda, dispuso los trámites de ley y se abstuvo de decretar las medidas cautelares solicitadas. (Fls. 17 y 29, anexo 1).

b) En julio 12 de 1982 el citado despacho por petición del demandante, decretó el embargo y secuestro de semovientes y maquinaria de propiedad del denunciado. (Fls. 92 y 93 Vto. anexo 1).

c) El 21 de agosto siguiente la misma oficina judicial se abstuvo de anular la providencia anterior, desechando así lo solicitado por el representante de la parte afectada según el cual procedía la invalidez por no haberse prestado previamente la caución dispuesta en la ley, con el argumento de que tal garantía resultaba innecesaria al estar "el demandado debidamente notificado del auto admisorio de la demanda y legalmente asistido en el proceso". (Fls. 95 y 178 anexo 1).

d) En noviembre 14 de 1983 y por existir denuncia penal en su contra, el titular del Juzgado 2º en referencia, se declaró impedido para continuar con el conocimiento de las diligencias y remitió lo actuado al Juzgado 3º Civil del Circuito de Valedupar a cargo de la doctora Cecilia Corrales de Rocha. (Fls. 258 y 259 anexo 1).

e) En septiembre 5 de 1984 frente a la petición elevada sobre el particular, la denunciada dictó providencia en cuyo ordinal 3º de la parte resolutiva dispuso el levantamiento de las medidas cautelares que afectaban los bienes de propiedad de Avendaño Sepúlveda, de manera oficiosa y con el siguiente razonamiento:

"...el Juzgado previa revisión del proceso y en base al principio jurisprudencial, de que no es la ejecutoria del auto la que vincula al juez sino su legalidad, procederá al levantamiento oficioso de las medidas cautelares, habida cuenta que las mismas habían sido negadas inicialmente, ya que acorde con el numeral 3º del artículo 690 Ib. 'No procederán las medidas cautelares que hayan sido negadas anteriormente' ". (Fl. 333 anexo 1).

Esta determinación fue recurrida oportunamente en reposición y apelación (adhesiva) por el apoderado del demandante, por estimar que la funcionaria había incurrido en desacierto interpretativo que vulneró la igualdad de partes y por cuanto los numerales 3º y 4º del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, contienen situaciones bien diferenciables, y, solamente en el segundo se puede proceder oficiosamente al levantamiento de las medidas preventivas como también lo prevé el numeral 7º del artículo 513 *ibidem,* pues, las situaciones en tales normas consagradas no se refieren al caso que se trataba. (Fl. 337 anexo 1).

f) En febrero 13 de 1985 la doctora de Rocha aceptando lo sustancial de los planteamientos del impugnante y con apoyo en cita doctrinaria revocó la decisión atacada, dejando consecuencialmente vigentes el embargo y secuestro decretados sobre los bienes del demandado y con base entre otras, en las siguientes consideraciones:

"La decisión consignada en el numeral 3º de la parte resolutiva de la providencia recurrida implica revocabilidad oficiosa de una providencia ejecutoriada, lo cual no está permitido, bajo ninguna forma en nuestro ordenamiento procesal pues ello atenta o va contra el principio de la preclusión, seguridad o firmeza de la actuación".

"En casos como el que se examina la ley señala taxativamente cuándo procede el levantamiento oficioso de las medidas cautelares... entonces, mal podía el juzgado revocar el decreto de unas cautelas, en forma oficiosa, cuando por ley no estaba facultado para ello".

"Si se dejara en firme el numeral 3º del auto impugnado, sería motivo de desorden en el proceso ya que no habría seguridad para las partes sobre las diferentes decisiones que se profieran y se entronizaría el principio de que el juez revocará oficiosamente sus propias resoluciones y se acabaría así con la disposición legal que pone un término perentorio a las partes para interponer recursos". (Fl. 350 anexo 1).

g) El 12 de marzo siguiente, como la parte demandada no sustentara el recurso de apelación interpuesto contra la determinación anterior, según las previsiones del artículo 57 de la Ley 2ª del 17 de enero de 1984, la sindicada lo declaró desierto. (Fl. 354 *ibidem*).

3º Inconforme con el trámite que finalmente se le diera a la actuación, Jorge Avendaño Sepúlveda denunció ante el Tribunal Superior de Valledupar a la juez aludida, por estimar que había incurrido en los delitos de prevaricato contemplados en los artículos 149 y 150 del Código Penal y con asidero en los siguientes cargos:

a) "Por haberse retractado en el negocio", es decir, por revocar la primitiva decisión en la cual se ordenó el levantamiento de las medidas sobre sus bienes, y

b) "Por la mora en decidir", surgida del tiempo que tardó en adoptar la resolución que le fue adversa, es decir, aquella en que dejó nuevamente vigentes las medidas de cautela ya relacionadas. (Fls. 1 y 5 Cdno. del Tribunal).

4º Dentro de la actuación pre-procesal se allegó la declaración jurada de la acusada en la cual explica que, la tardanza en resolver sobre los recursos contra la decisión desfavorable a la parte demandante, se debió a la cantidad de trabajo que tuvo que evacuar durante el lapso de la mora que se le impute, y que la rectificación de lo antes dispuesto en la providencia que dejó vigente las medidas cautelares levantadas, obedeció a lo dispuesto en el ordinal 4º del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. (Fl. 9 Cdno. del Tribunal).

5º En orden al esclarecimiento de los hechos punibles denunciados, se cuenta con los siguientes elementos de juicio para resolver lo pertinente:

a) *De carácter documental:*

Diversas constancias que obran dentro del expediente, según las cuales la incriminada para la época de los hechos se desempeñaba como Juez 3º Civil del Circuito de Valledupar y se separó de sus funciones en diversas oportunidades, así:

Permiso: Durante los días 1º, 19 y 20 de septiembre de 1984.

Licencia: (Remunerada por incapacidad) entre el 24 del mismo mes y el 23 de octubre de 1984.

Licencia: (Para desempeñar la magistratura) entre el 6 de noviembre y el 19 de diciembre del mismo año.

Vacaciones: Entre el 20 de diciembre de 1984 y el 10 de enero de 1985.

Durante los días festivos y feriados.

(Fls. 8, 39, 45, 47, 49 y 56 Cdno. de la Corte).

b) *Inspección judicial:*

Practicada al citado juzgado en la cual se estableció que en el tiempo al que se contrae la denunciada, realizó el siguiente trabajo:

Sentencias: 42.

Autos interlocutorios: 187.

Autos de sustanciación: 305.

Declaraciones: 20.

Diligencias de remate: 7.

(Fls. 51 y ss. Cuad. de la Corte).

6º Para la Sala es claro que la doctora Cecilia Corrales de Rocha no cometió los delitos materia de la queja, pues su actuación aparece ubicada dentro de los marcos estrictos del derecho.

Prevaricato por acción: El artículo 149 del Código Penal que describe este hecho punible, tipifica la conducta del empleado oficial que profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, de modo que, como se ha reiterado, este ilícito se estructura cuando, el servidor público concreta su comportamiento de manera consciente y voluntaria en una determinación u opinión que contradicen abiertamente el ordenamiento legal.

Sobre este punto son de recibo las apreciaciones del *a quo* y del Ministerio Público para resaltar la legalidad de la providencia censurada, pues ciertamente de su texto se revela el ánimo de la acusada inequívocamente dirigido a corregir el desacierto que estimó había cometido cuando levantó las medidas cautelares decretadas en providencia ya ejecutoriada, acudiendo para ello en el auto que les retornó su vigencia, a mecanismos sanos de interpretación legal que no desbordaron la facultad atribuida a los funcionarios sobre el particular. No aparece pues, en parte alguna, actitud caprichosa o rebelde que reste claridad a su comportamiento.

Es más, como lo ha sostenido la Corte, si la aplicación de la ley fue acertada, ello no hace más que destacar el criterio jurídico del juzgador, sin que ello signifique, que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante la interprete en forma diferente, por error o factibilidad. Tanto la decisión de septiembre 5 de 1984 como la de febrero 13 de 1985 tienen su explicación dentro de los alcances de esta jurisprudencia.

Prevaricato por omisión: A su vez *el artículo 150* ibidem *que contempla, este delito, describe la conducta del empleado oficial que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, esto es, que el ilícito se configura en este caso, cuando el servidor público de manera dolosa incumple sus funciones legales.*

No se remite a duda que el incumplimiento de los términos procesales que el quejoso atribuye a su denunciada, es, por otra parte, una indebida forma de reprochar la decisión que le resultó adversa y que no hizo cosa distinta de corregir el yerro que se plasmó en el auto revocado y que satisfacía sus intereses, y, por otra una acusación de interés sólo en el campo disciplinario, donde con fundamento en las copias compulsadas por el *a quo* habrá de adoptarse la determinación pertinente.

Ha sostenido así mismo *la Corte que, aun cuando la ley fija ciertos términos para que se profieran las resoluciones judiciales, debe tenerse en cuenta que el tiempo de que realmente disponen los funcionarios se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que deben atender. Por esto, se agrega, al resolver sobre su responsabilidad ha de examinarse en el caso concreto, si el sindicado estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones y aun el cumplimiento del trámite interno del proceso.*

En lo que aquí concierne aparece demostrado que durante el reducido tiempo que estuvo la acusada al frente del Juzgado 3º Civil del Circuito de Valledupar *en el lapso de mora que se le atribuye, produjo numerosas decisiones y actuaciones de importancia que descartan cualquier actitud deliberada de su parte para contrariar los mandatos legales, pues no existe el más mínimo motivo que permita pensar que la supuesta demora haya sido producto de su capricho e inercia, cuando, por el contrario, la actitud desplegada durante ese lapso denota una imposibilidad física para evacuar todos los asuntos dentro de los estrictos términos contemplados en el ordenamiento procesal.*

En estas condiciones es evidente que el denunciado delito de prevaricato no ha existido, razón por la cual es necesario confirmar la providencia recurrida.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Los delitos de falsas imputaciones ante las autoridades y falso testimonio vulneran el bien jurídico de la administración de justicia y no es posible que concurran cuando se trata de una sola conducta, porque ante un conflicto aparente de normas se impone el principio fundamental del non bis in idem.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 082.

Bogotá, D. E., 20 de agosto de 1986.

VISTOS

Procede la Corte a pronunciarse, por vía de consulta, sobre la legalidad de las providencias de 7 de noviembre de 1985 y 2 de mayo de 1986, por medio de las cuales el Tribunal Superior de Ibagué ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Carlos Arturo Vásquez Sánchez, Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui, por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, encubrimiento y falsedad en documentos públicos.

HECHOS

El señor Francisco Luis Ariza Huertas, denunció ante el Tribunal Superior de Ibagué al citado Juez, por los delitos relacionados de acuerdo con los siguientes cargos:

a) Haberlo indagado por los delitos de hurto y daño en bien ajeno que denunció Campo Elías Sánchez, imponiéndole presentaciones periódicas ante ese Despacho, en lugar de haber decretado diligencias previas conforme al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

b) Abstenerse de abrir investigación por los delitos de "falsas imputaciones ante las autoridades y falso testimonio", por los cuales denunció a Campo Elías Sánchez al considerar que había faltado a la verdad cuando lo sindicó en el proceso en que fue indagado.

c) No tramitar la denuncia que presentó contra su hermano, David Gerardo, por el delito de "daño en cosa ajena", remitiéndola al Inspector de Policía de Anzoátegui por competencia, para lo cual practicó "avalúos simbólicos" que no puso a disposición de las partes como lo ordena el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal.

d) Negarse a practicar una diligencia de inspección judicial que solicitó como "prueba anticipada", decretando la misma, únicamente, cuando se pidió en el proceso divisorio en que son partes él y su hermano David Gerardo, sin dejar constancias de Secretaría de notificación y ejecutorias, tanto del auto como de las excepciones, permitiendo que el apoderado de su hermano "se opusiera a la diligencia, propinando una nulidad", correspondiéndole pagar a él $ 12.000.00 por "peritos y gastos".

e) La pretendida falsedad en documentos públicos, la hace consistir el denunciante en que "...en las excepciones que propuso el apoderado del señor David Gerardo Ariza (en el referido proceso divisorio), después de estar firmado por el abogado y más precisamente abajo de la firma, aparece consignada una falsedad, que después de estar ya en trámite en el juzgado, manos criminales lo consignaron, para pedir pruebas que nombraron a Angel Céspedes, Félix Catalicio Arévalo y Venancio Navarro".

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Adelantada la investigación, se estableció que al Juzgado Promiscuo Municipal de Anzoátegui, le correspondió tramitar los procesos a que se refiere el denunciante, de los cuales se allegó copia auténtica a esta investigación, lográndose demostrar:

a) Que el señor Campo Elías Sánchez, denunció al precitado Francisco Luis Ariza Huertas por los delitos de Hurto y daño en bien ajeno, bajo cargos concretos que lo comprometían en la comisión de los mismos, motivo por el cual el juez denunciado abrió la correspondiente investigación ordenando vincular al proceso a este último.

Indagado este sindicado, por auto de 6 de julio de 1984 se dispuso imponerle presentaciones periódicas por no existir mérito para proferir auto de detención.

b) En trámite ese proceso, Francisco Luis Ariza Huertas, presentó ante el mismo Juzgado Promiscuo Municipal, denuncia contra Campo Elías Sánchez, por los delitos de "falsas imputaciones ante las autoridades y falso testimonio" porque la sindicación que éste le hizo, no era cierta.

Por auto de 9 de julio de 1984, el juzgado se abstuvo de abrir investigación, por cuanto en ese mismo Despacho, cursaba el proceso que originaba la denuncia, razón por la cual era necesario esperar un pronunciamiento de fondo para determinar si Campo Elías Sánchez había dicho la verdad o no.

c) El doctor Vásquez Sánchez, recibió por inventario el citado juzgado, el 15 de mayo de 1984, sin que aparezca constancia sobre la entrega de proceso alguno contra David Gerardo Ariza Huertas y sólo hasta el mes de agosto del mismo año, se encontró en los anaqueles del juzgado la

denuncia que contra él había formulado su hermano Francisco Luis por los delitos de "daño en bien ajeno y contra la economía nacional".

En consecuencia, el 29 de agosto de 1984, se decretaron algunas pruebas y se dispuso su envío para "indagación preliminar a la Inspección Municipal de Anzoátegui con fundamento en el Decreto 1450 de 1984 y el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal.

d) El 9 de mayo de 1984, Francisco Luis Ariza Huertas, solicitó como "prueba anticipada" una inspección judicial a la finca "La Florecita" ubicada en la vereda "Fierro" de esa jurisdicción, a la cual se accedió, señalándose el 1º de julio del mismo año para su práctica.

Como el 29 de mayo de 1984, se presentó otra petición solicitando la misma prueba dentro del proceso divisorio precitado, ese mismo día el señor Francisco Luis Ariza Huertas y su apoderado, impetraron al Juez que no se practicara la diligencia decretada como "prueba anticipada" por cuanto les resultaba muy oneroso y que en consecuencia, sólo se llevara a efecto la que se había dispuesto en el divisorio como en efecto se hizo el 27 de julio del citado año.

e) El señor Joaquín Arcila con poder otorgado por Francisco Luis Ariza Huertas, instauró demanda divisoria contra su hermano David Gerardo, quien por medio de apoderado, procedió a contestarla, interponiendo excepciones previas en dos escritos presentados en la misma fecha, pidiendo en el último, la recepción de testimonios, que fueron debidamente decretados; pero en dichos escritos no aparecen las adiciones ilícitas que ha manifestado el denunciante.

2. El Juez en su injurada, insistió en que su proceder en el trámite de los procesos mencionados, fue el que correspondía y que por tanto, no cometió delito alguno.

3. El Tribunal de instancia en providencia de 7 de noviembre de 1985, decretó el cese de procedimiento por los delitos de Prevaricato, Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto y encubrimiento, disponiendo que se continuara la investigación por la falsedad en documentos públicos, mientras se allegaban algunas pruebas y una vez que esto se logró, mediante auto de 2 de mayo de 1986, tomó igual determinación dando aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, y dispuso compulsar copias contra el denunciante por el delito de falsa denuncia.

Es de anotar, que la primera decisión no fue consultada, razón por la cual también será estudiada por la Sala.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en concepto que antecede, solicita de la Sala, se proceda a confirmar las decisiones objeto de consulta, por considerar que el procedimiento ejecutado por el juez denunciado fue acorde con la ley.

Consideraciones

1. La Corte estima, que las providencias consultadas deben confirmarse, pues los cargos hechos en la denuncia contra el doctor Carlos

Arturo Vásquez Sánchez, Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui, no corresponden a la realidad procesal y que el enfoque del denunciante riñe con la verdad, como se analizará en las consideraciones que siguen.

Primer cargo: 2. En efecto, no existe duda sobre la denuncia que Campo Elías Sánchez presentó contra Francisco Luis Ariza Huertas sindicándolo de los delitos de Hurto y daño en bien ajeno, motivo por el cual el juez denunciado dentro de sus facultades debía abrir investigación en cumplimiento del artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, procede a indagar al sindicado por cuanto existían cargos que justificaban esa determinación y resolver su situación jurídica.

Exigir que el juez debió decretar diligencias previas de acuerdo con el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, ante una concreta sindicación, equivale a solicitarle que prevarique, además, que es al titular de la jurisdicción a quien le corresponde, en forma excluyente, determinar si se inhibe de abrir investigación o no, mas nunca el destinatario de la ley penal.

El procedimiento de las diligencias preliminares se encuentra estatuido en la ley procesal penal para aquellos casos en los cuales el funcionario carece de elementos de juicio básicos para poder decidir entre la abstención de la apertura de investigación y el auto inhibitorio, debiendo resolver la duda, si continuare, disponiendo el inicio de la investigación, pues precisamente, es en la etapa sumarial en la que va a determinar el esclarecimiento de los hechos que pudieron presentarse sin claridad cuando se denunciaron, lo contrario sería desconocer *a priori* la razón de ser del proceso penal.

En este caso, carecía de fundamento la aplicación del artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, pues las diligencias necesarias para determinar la existencia de los delitos denunciados y sus posibles responsables correspondían a la investigación, so pena de desconocer los concretos cargos que bajo juramento se habían hecho y de conformidad con los cuales se colige, objetivamente, la infracción de la ley penal.

Si así obró el juez denunciado, no puede afirmarse que infringió la ley.

Segundo cargo: 3. *Consagra el Código Penal entre los delitos contra la administración de justicia, en el Libro Segundo, Título IV, Capítulo Primero, bajo la genérica nominación de "falsas imputaciones ante las autoridades" diversas conductas típicas con las cuales se puede vulnerar dicho bien jurídico, pero por su propia descripción, cada una de ellas contiene elementos especificantes que las tornan excluyentes entre sí al momento de realizarse el proceso de adecuación.*

El delito de "falsas imputaciones ante las autoridades", entendido autónomamente, no existe en nuestra legislación penal. Cosa distinta es que al conjunto normativo integrado por la falsa denuncia y la autoacusación, el legislador los haya integrado bajo tal genérica nominación.

Ahora, el "falso testimonio", si bien se encuentra entre los delitos con los cuales se vulnera el bien jurídico de la administración de justicia, al encontrarse descrito en el capítulo Segundo del citado Título IV, no

corresponde a las "falsas imputaciones ante las autoridades", sino a un delito diverso, así aquél y éstos tiendan a tutelar idéntico bien jurídico.

No es posible, por tanto, imputar el delito de "falsas imputaciones ante las autoridades" y menos aún, en concurso con el de "falso testimonio" como lo hizo Francisco Luis Ariza Huertas contra Campo Elías Sánchez; *pero aún entendiendo que de conformidad con los hechos denunciados, éstos se refieren a la falsa denuncia contra persona determinada, no sobra anotar, que aun en esas condiciones, no es posible el concurso.*

La autonomía de las descripciones típicas, implica la individualización de las conductas y cuando se trata de una sola, impera determinar si procede su múltiple adecuación en desarrollo del fenómeno concursal o si se trata de un conflicto aparente de normas necesario de esclarecerlo para no violar el fundamental principio del non bis in idem, *que es lo que sucede en este caso, toda vez, que el delito de falsa denuncia contra persona determinada descrito en el artículo 167 del Código Penal, contiene el de "falso testimonio" del artículo 172* ibidem, *pero delimitando la conducta en el sentido de que no es necesario, únicamente, que se falte a la verdad en una actuación judicial o administrativa bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, sino que esa falta de verdad se concrete en una denuncia y que consista en imputarle a una persona la autoría o participación de un hecho punible que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte.*

Si prevalece el delito de "falsa denuncia contra persona determinada" ante el de "falso testimonio", no es dable colegir que una denuncia sea falsa hasta que no se haya tomado una decisión definitiva en el respectivo proceso, por medio de la cual el juez declare que la imputación hecha no era cierta, antes no es posible llegar a tal conclusión por cuanto las afirmaciones hechas en la denuncia están en vía de investigación por esto es que al haberse inhibido el juez denunciado a iniciar sumario contra Campo Elías Sánchez por no haber dicho la verdad en la citada denuncia, obró legalmente.

Tercer cargo: 4. En cuanto se refiere al envío de la denuncia presentada por Francisco Luis Ariza Huertas contra su hermano David Gerardo a la Inspección Municipal de Anzoátegui, tampoco observa la Sala ilicitud alguna.

Probado se encuentra que el doctor Carlos Arturo Vásquez Sánchez, no recibió en el inventario dicha denuncia y que tan pronto fue encontrada en los anaqueles del Juzgado, decretó unas diligencias de conformidad con el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, y dispuso su envío para la "indagación previa" a la Inspección Municipal de Anzoátegui con fundamento en el Decreto 1450 de 1984.

No puede imputarse entonces, ninguna mora dolosa, que pueda constituir Prevaricato por omisión, como tampoco irregularidad alguna en esa actuación, pues el avalúo simbólico a que se refiere el denunciante nunca se hizo y sólo corresponde a su imaginación.

Cuarto cargo: 5. La denominada por la ley procesal civil "prueba anticipada" se caracteriza por ser facultativa y no corresponde a un acto que se decrete dentro de un proceso, razón por la cual el peticionario

puede desistir de ella antes o después de su decreto, sin requisito diverso a la manifestación de su voluntad en tal sentido, e inclusive puede no hacer uso de ella sin ninguna consecuencia, pues son únicamente las pruebas practicadas en el proceso las que no son desistibles en razón del principio de comunidad de pruebas, salvo la única excepción que consagra el artículo 344 del Código de Procedimiento Civil.

Siendo competentes los Jueces Civiles Municipales, para conocer a prevención de la petición de pruebas anticipadas con destino a procesos o asuntos de competencia de cualquier autoridad judicial, o sin fines procesales y habiendo manifestado el señor Francisco Luis Ariza Huertas y su apoderado, que desistían de la práctica de la inspección judicial decretada porque les resultaba "muy oneroso" al encontrarse ya decretada en el proceso divisorio precitado, no tenía, el juez denunciado, otra alternativa que aceptar la petición, como en efecto lo hizo; por tanto obvio es colegir, que la decisión tomada fue legal.

Quinto cargo: 6. La falta de veracidad del denunciante, toma mayores proporciones en este último cargo. Inexplicablemente relata en forma detallada la forma como se llevó a efecto la falsedad documental que afirma cometió el Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui, la que hace consistir en haber agregado los nombres de unos testigos al memorial de excepciones, presentado por el apoderado de su hermano, David Gerardo en el proceso divisorio.

Tampoco es cierta esta afirmación, pues lo que sucedió fue que el excepcionante presentó dos memoriales, adicionando con el segundo, el primero, en el cual solicitó la recepción de dichos testimonios.

7. Acertadas fueron, en consecuencia, las decisiones tomadas por el Tribunal Superior de Ibagué, al declarar el cese de todo procedimiento contra el doctor Carlos Arturo Vásquez Sánchez, por los hechos que denunció Francisco Luis Ariza Huertas, debido a que ninguna conducta constitutiva de hecho punible, realizó el juez denunciado, y por el contrario, como también lo dispuso, acertadamente el *a quo,* impera que se investigue el comportamiento del denunciante por el posible delito de falsa denuncia que haya podido cometer.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR las providencias de 7 de noviembre de 1985 y de 2 de mayo de 1986, por medio de las cuales el Tribunal Superior de Ibagué, ordenó cesar todo procedimiento contra el doctor Carlos Arturo Vásquez Sánchez, Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui, por los hechos que denunció Francisco Luis Ariza Huertas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

Luis Guillermo Salazar O.
Secretario.

AUTO DE PROCEDER

Es de excepcional importancia la armónica correlación entre el auto de proceder y la sentencia, y, en los procesos con intervención del jurado de conciencia, el auto de proceder, el veredicto y la sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 082.

Bogotá, D. E., 20 de agosto de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en fallo de veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y cinco, impuso a Alvaro Martínez Maestre, por el delito de acceso carnal violento en Amparo Montejo Martínez, tres años de prisión, prohibición del ejercicio de su profesión de profesor en establecimientos públicos y suspensión de la patria potestad. Se le concedió la condena condicional.

Oportunamente se recurrió en casación, impugnación admitida en debida ocasión. La demanda correspondiente se declaró ajustada a las formalidades de ley.

Se procede a la definición del fondo del asunto.

LOS HECHOS

Los indica así la sentencia del juzgador de primera instancia:

"Por el contenido de los autos, se sabe que Alvaro Antonio Martínez Maestre quien era profesor de Ciencias Sociales y Dibujo en la Escuela Normal Nacional María Auxiliadora de esta ciudad, pretendió durante un lapso de dos años a Amparo Belén Montejo Martínez alumna de dicho

plantel, hasta que en el año de mil novecientos ochenta y uno, después de citarla en su apartamento con el pretexto de darle unas explicaciones relacionadas con las prácticas, la entró a la fuerza y la golpeó para posteriormente violarla, amenazándola con desacreditarla y hacerla expulsar, así como de obrar de igual manera con su hermana si no seguía con él".

ACTUACIÓN PROCESAL

La sintetiza la Delegada en los siguientes términos:

"En junio 16 de 1983, el Juzgado 6º Penal del Circuito de Cúcuta declaró abierta la investigación en contra de Alvaro Martínez Maestre, sindicado de un delito contra la libertad y el honor sexuales (Fl. 15 Cuad. número 1).

"Mediante providencia de febrero 9 de 1984 el Juzgado 6º Penal del Circuito sobresee temporalmente al sindicado Alvaro Antonio Martínez Maestre del delito de violación por el cual se le recibió injurada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en providencia de julio 13 de 1984, revoca la providencia recurrida, o sea el sobreseimiento temporal y en su lugar, llamá a responder en juicio criminal a Alvaro Antonio Martínez, según hechos acaecidos en el mes de octubre o noviembre de 1981 (Fls. 295 a 306 Cuad. número 1).

"Mediante sentencia de junio 4 de 1985, el Juzgado 6º Penal del Circuito previa diligencia de audiencia pública, absuelve a Alvaro Antonio Martínez Maestre, por el delito de acceso carnal violento que se le imputó en este proceso (Fls. 353 a 365).

"Al conocer el fallo, por consulta, el Tribunal Superior de Cúcuta, revocó la decisión del *a quo* y condenó al procesado a la pena de tres años de prisión por el delito de acceso carnal violento en Amparo Montejo Martínez, más las accesorias".

LA DEMANDA

Se formulan tres cargos:

1º "Violación indirecta de la ley, por error esencial de hecho, consistente en no haber tenido en cuenta, en el momento de redactar la sentencia, pluralidad de declaraciones que hubieran cambiado sustancialmente las conclusiones a las que llegó el sentenciador". Esas testificaciones son las de Cecilia Hernández Sánchez (la ofendida se llegaba al apartamento de Martínez y "le dejaba cartas"); Emilia Neisa de Otálora (le dejaba la ofendida recados a Martínez para que la recogiera; su permanencia en el apartamento de aquél no revelaba coacción); y Héctor Otálora Moreno (frecuentaba el apartamento y le dejaba razones a Martínez para que la recogiese; no denotaba nerviosismo o susto, su estado de ánimo era normal).

Estas versiones demeritan la de Amparo Montejo, en cuanto a la aplicación de violencia física o coacción, por parte del sentenciado.

Como normas sustanciales quebrantadas se citan los artículos 171, 215 y 236 del Código de Procedimiento Penal.

2º "El error esencial de derecho, al darle a ciertas pruebas un valor y alcance que no tenían y haber quebrantado, así indirectamente la ley". Esos elementos probatorios a los cuales se refiere el impugnador, están constituidos por: "a) La confesión del sindicado sobre el hecho de haber tenido ciertos actos amorosos y de caricias con las alumnas;

"b) Las continuas llamadas de atención por la excesiva familiaridad con las alumnas que le hicieran las directivas de la entidad educativa;

"c) Las declaraciones de Graciela Carrillo, sobre ciertos rumores y ciertos actos que la llevaron a concluir que el profesor Martínez cortejaba a las alumnas y las declaraciones que sobre el mismo sentido hicieran Miguel Enrique Muñoz, Yaneth Rocío Pacheco y María Bertha Bonilla Rengifo.

"Aceptamos, señores Magistrados, que de esas pruebas se deduce claramente y no a manera de prueba indirecta o indiciaria, que el señor doctor Martínez efectivamente cortejaba en forma exagerada y si se quiere abusiva a las alumnas. Pero de esas pruebas no se puede deducir lo que no dicen, es decir, que el señor Martínez accedió carnalmente a la señorita Amparo Montejo mediante el empleo de brutal fuerza consistente en golpes en las más delicadas partes del cuerpo".

Como normas sustanciales vulneradas se mencionan los artículos 215, 229 y 231 del Código de Procedimiento Penal.

3º "Violación *indirecta* de la ley sustancial, consistente en haber realizado una incompleta crítica y valoración del testimonio y haberle dado un alcance que no tenía". La imperfección del análisis se establece con base en los omitidos testimonios, de los Otálora-Neisa y Hernández, lo cual se estima como "error esencial de derecho" y quebrantamiento del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal.

Opinión de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal

Encuentra notorias deficiencias de carácter técnico en la elaboración de la demanda. Es así como anota, inicialmente, la ausencia de señalamiento de las normas sustanciales vulneradas o desconocidas, pues la referencia a este respecto se limita a dispositivos de carácter procedimental; y, de otro lado, "el censor hace referencia expresa a que se incurrió en error de derecho por deficiente crítica y valoración del testimonio —denuncia de la ofendida—, olvidando que, con forme a la reiterada jurisprudencia de la honorable Corte, no se puede alegar ello entratándose de pruebas sujetas al sistema de persuasión racional o libre apreciación, como es la testimonial, mas sí frente a las sometidas al sistema de la tarifa legal".

Consideraciones de la Sala

No quiere ésta referirse a los aspectos formales de la demanda, aspecto que cuestiona severamente la Delegada, bastando a los fines de la pretensión del recurso, destacar los siguientes puntos:

a) *La doctrina no cesa de recomendar la importancia que tienen, en armónica correlación, el auto de proceder y la sentencia, y, en los procesos con intervención de jurado de conciencia, el auto de proceder, el veredicto y la sentencia. Esta unidad, que constituye fundamento insustituible del debido juzgamiento, no puede mirarse solamente en cuanto a las consideraciones de índole jurídica, referidas al encuadramiento que, por este aspecto, corresponda hacer de la conducta sometida a estudio. Su trascendencia va más allá, hasta el punto de alcanzar contenidos de muy variada índole, como sería el relacionado con los aspectos probatorios. Este tema, en especial, es el que interesa tratar ahora para dar respuesta a la primera (y también tercera) de las censuras formuladas.*

En lo que no haya sido contradicho el auto de proceder por el resultado del término probatorio de la causa, o por las expresas modificaciones señaladas en el fallo de primera o segunda instancia (cuando coinciden en su naturaleza absolutoria o condenatoria), por la argumentación contenida en éstas, se tiene que mantener su valor, así tales análisis o argumentaciones no se hayan repetido en el fallo acusado. En el caso sub lite, *el Tribunal acogiendo el amplio y convincente raciocinio de su colaborador fiscal, sí apreció los testimonios* de Emilia Neisa de Otálora, *descartándolo por los nexos comerciales con el procesado, y de su esposo* (Héctor Otálora Moreno), *por igual motivo, fuera de la sospecha que suscitan las declaraciones, por el contenido mismo de ellas, hasta el punto de recordar una llamada de Amparo a Alvaro, realizada nueve meses atrás; y el de* Carmen Cecilia Hernández Sánchez, *quien no obstante vivir en la azotea del edificio parece que no residiera allí sino en todos y cada uno de los demás apartamentos, hasta llegar, en caso* de Alvaro Martínez, *a enterarse de intimidades un tanto ajenas a ciertas fáciles percepciones.*

Así esta crítica testimonial puede reputarse exagerada, inconveniente o desenfocada, la verdad es que sí se produjo y se dio con relación a temas de tanta importancia que, el recurrente, estima que de haberse considerado siquiera superficialmente esa prueba testimonial, otro hubiera sido el resultado del juicio del Tribunal. Entonces, no puede entenderse ni menos aceptarse que, el fallador de la segunda instancia, incurrió en una violación indirecta de la ley por error esencial del hecho, al omitir la consideración de pruebas caracterizadas de decisivas, cuando tales pruebas si se advirtieron y se cuestionaron al punto de tener que ser desestimadas por la impresión negativa que suscitaban.

Las reflexiones consignadas en el auto de proceder, sobre tales pruebas, las conserva el fallo de condena proferido por el Tribunal, puesto que las que consigna en el mismo, no pugnan con aquéllas, antes por el contrario se armonizan y se integran perfectamente.

Basta esta demostración para tener por improcedente la censura.

b) El segundo de los cargos, revela notoria interdependencia con el primero y de allí que la desvalorización de éste se comunica necesariamente a aquél. En buena parte la razón de ser, para el casacionista, de la importancia secundaria y hasta la insubstancialidad de los elementos de incriminación señalados por el Tribunal, estriba en que los testimonios de los esposos Otálora-Neisa y Hernández, establecían conclusión diferente y per-

mitían advertir el consentimiento de la ofendida en cuanto a las probables relaciones sexuales que entre uno y otra se dieron. Pero, además, como bien lo glosa la Delegada, es imposible pasar por alto "...que el juzgador de instancia se valió de los incontrovertibles indicios de capacidad moral para incurrir en reatos contra la libertad sexual y de oportunidad, como también del dictamen médico legal indescartable de la posibilidad de coito, para terminar otorgando credibilidad al testimonio acusatorio de la ofendida, amén de la aceptación del condenado en el sentido de que había acariciado a aquélla, sin que los testimonios que dejó de relacionar y estimar, a los cuales alude el censor, hubiesen incidido en forma alguna en la parte resolutiva de la sentencia, es decir, de manifiesta inocuidad, toda vez que ellos se concretan al hecho de haber visto a la víctima en el apartamento del victimario en varias oportunidades, anotando que allí llegaba espontáneamente; pero esto de ninguna manera contradice la versión de la ofendida, ya que ella misma acepta haber proseguido asistiendo a dicho apartamento, durante más de un año, bajo la coacción o presión de descalificársele, desprestigiársele y hasta hacérsele expulsar del respectivo establecimiento educativo. No debe olvidarse que el abuso carnal violento no solo admite violencia física, sino también violencia moral (amenazas)...".

Pero valga esta adicional anotación:

La abundante prueba testimonial recogida en el proceso y considerada en el auto de proceder y en la sentencia dictados uno y otra por el Tribunal, permite deducir algo más allá de lo que el casacionista reconoce como realidad probatoria. Para éste la demostración apenas establece que "el señor doctor Martínez efectivamente cortejaba en forma exagerada y si se quiere abusiva a las alumnas. Pero de esas pruebas no se puede deducir lo que no dicen, es decir, que el señor Martínez accedió carnalmente a la señorita Amparo Montejo mediante el empleo de brutal fuerza consistente en golpes en las más delicadas partes del cuerpo". Pero esas probanzas señalan que el procesado Martínez, para obtener la satisfacción de sus libidinosos deseos, que incluían el concúbito, no vacilaba en utilizar todos los medios, incluso el muy vil de reprobar a sus alumnas y hasta dejarlas dos años en el mismo curso. Era, pues, persona que llegaba a los extremos de la violencia moral para conseguir y no de una sino de numerosas discípulas, la complacencia sexual. De ahí, entonces, que cuando el Tribunal afirma esta capacidad de ejercicio de fuerza, en Martínez, pregonada por la denunciante, no está suponiendo un elemento indiciario, ni rebasando el alcance de su significado. Está en un plano de inferencias muy aceptables, las cuales necesariamente tienen que prevalecer sobre las que pretende imponer el recurrente para beneficio de su patrocinado judicial.

No prospera esta censura.

c) Y *mutatis mutandis* debe hacerse igual razonamiento, principalmente lo anotado en la primera de las censuras, en cuanto al tercer cargo, pues éste se construye sobre el supuesto de una crítica incompleta de la versión de la acusadora, al omitirse la obligada referencia a las declaraciones de los Otálora-Neisa y Hernández. *Ya se demostró,* en este aspecto, *el yerro del memorialista, pues éste incurre en una verdad a medias, que suele dar paso a una equivocación completa, pues si bien es cierto que tales testimonios*

no se citan en la sentencia, sí aparecen censurados y repudiados en el auto de proceder, pieza que debe integrarse al fallo de condena, según se dejó expuesto.

Además no deja de implicar un grave contrasentido invocar, sobre el mismo aspecto, un doble error esencial de hecho y de derecho. Si se omitió una prueba testimonial, muy importante en la construcción del fallo, silencio que debe encararse bajo el rubro del error esencial de hecho, no es dable mencionar tal olvido probatorio como error esencial de derecho, cambiando la original presentación del tema, para hacerla refluir hacia una falta de "crítica correlacionada con las demás pruebas".

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

RESUELVE:

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

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase

Edgar Saavedra Rojas, Edgar Lombana Trujillo (Conjuez), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.*

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario.

CONEXIDAD

Competencia.

La conexidad ideológica hace necesario el juzgamiento de los diferentes delitos en un solo proceso y la competencia corresponde a prevención.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 82.

Bogotá, D. E., 20 de agosto de 1986.

VISTOS

Para resolver la colisión de competencias negativas planteada entre el Juzgado Cuarto Superior de Barranquilla y el Juzgado Veintitrés Superior de Bogotá, ha llegado a la Corte después de pasar por el Tribunal Superior Disciplinario, el sumario seguido por un concurso de hechos punibles que atentan contra la fe pública, y de los cuales resulta afectado el señor Fernando Echeverry Gaona, quien formulara mediante apoderado la correspondiente denuncia penal.

La Sala Penal de Casación de la Corte es competente para decidir la colisión, por tratarse de jueces superiores pertenecientes a diferentes distritos judiciales, y de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final de los artículos 76, 32 y 44 del Código de Procedimiento Penal.

LOS HECHOS

El 19 de octubre de 1980, murió en Barranquilla, después de dolorosa y prolongada enfermedad el señor David Angulo Senior.

Sus herederos, sus hermanos, porque el señor Angulo no tuvo hijos en su matrimonio, fueron sorprendidos con la noticia de que un mes antes de

su muerte, el causante había vendido en la ciudad de Bogotá y a la señora Anita Aristeguieta de Rojas, mediante escritura pública otorgada en la Notaría 15 de la citada ciudad, un apartamento ubicado en la ciudad de Barranquilla y valorado en varios millones de pesos.

El denunciante afirma que la venta a que alude la escritura pública no es real, que el documento público es falso en su integridad, porque el señor Angulo Senior estaba en imposibilidad por grave enfermedad de viajar a la ciudad de Bogotá, donde mediante el uso de documentos falsos y suplantando al otorgante, se expidió el documento público.

Al efectuar el proceso de adecuación típica, varios delitos se ofrecen provisionalmente como posibles a la vista del juzgador, íntimamente vinculados entre sí por una necesaria relación de causa a efecto, como que unos de ellos se consumaron como medio para la elaboración de la escritura falsa con la cual se asaltó el patrimonio económico de los particulares.

a) Se sabe hasta el momento, que en la ciudad de Barranquilla se elaboró al parecer fraudulentamente el paz y salvo número XS 237366, documento público que luego fue presentado ante la Notaría de Bogotá, como requisito indispensable para la elaboración de compra-venta argüida de falsa.

b) En la ciudad de Bogotá, alguien al parecer suplantó al enfermo y postrado en cama señor Angulo Senior *y haciéndose pasar por él, suscribió el documento público.*

Varios comportamientos dignos de reproche penal se vislumbran como posibles y pueden deducirse de los hechos anteriormente enunciados.

La falsedad en documentos públicos con la colaboración falsa del certificado de paz y salvo, actividad desplegada al parecer en la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla y con la posible complicidad de empleados de dicha entidad. El uso de dicho documento en la ciudad de Bogotá y la falsedad en la cual se pudo incurrir en el supuesto de que, la escritura pública sea igualmente falsa.

El primero de estos presuntos delitos, se consumó en la ciudad de Barranquilla donde se elaboró el certificado de paz y salvo calificado de falso y las demás conductas en la ciudad de Bogotá.

No puede afirmarse, que por el hecho de que el certificado de paz y salvo se hubiera usado en la ciudad de Bogotá, en esta ciudad se hubiera perfeccionado el delito.

No puede admitirse la anterior consideración, porque no nos encontramos en presencia de un documento privado, cuya falsedad requiere dos actos: el de la alteración de la verdad y el de su uso y por tanto, su consumación se produce donde se usa el documento para el logro de ilícitos propósitos. Pero aquí no se trata de documento privado, sino de un documento eminentemente público, que es de aquellos que otorgan los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Siendo documento público, su elaboración fraudulenta constituye un delito propio y autónomo y su uso posterior configura una nueva infracción penal si quien lo usa es persona diferente a aquella que lo falsificó o tan solo un factor agravante de puni-

bilidad si quien lo usa fue el mismo que lo alterŏ en su contenido material o ideológico o elaboró falsamente.

Se puede encontrar el juzgador en consecuencia, en presencia de un concurso de conductas ilícitas unidas por un innegable nexo que liga un hecho punible con otro. Se trata "...de hechos ilícitos jurídicamente autónomos, pero conceptual y objetivamente ligados entre sí por una relación de causa a efecto...".

En el caso que es objeto de examen, es manifiesta la conexidad ideológica, porque el primer delito, el certificado de paz y salvo, presuntamente se falsificó como un medio para la ejecución del segundo hecho falso, la elaboración de una escritura pública ajena a la realidad como lo pregona el denunciante. No obstante que se trata de delitos autónomos, su conexidad hace necesario su juzgamiento en un solo proceso para que las pruebas se puedan allegar y examinar en conjunto y porque este concurso delictual demanda por economía procesal, y en ocasiones como garantía de los intereses de los procesados, unidad de investigación, juzgamiento y sentencia.

En el presente caso, estamos en presencia de presuntos delitos sometidos por el factor de territorialidad a distintas competencias; pero, por tratarse de delitos conexos debe decidirse el conflicto teniendo en cuenta la competencia a prevención, *por tratarse de jueces de igual categoría. De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 39 y 42 del Código de Procedimiento Penal, el llamado a asumir el conocimiento es el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule la denuncia o en que primero se inicie la instrucción.*

Es obvio entonces, que la competencia para conocer de este sumario y mientras no se demuestre lo contrario, la tiene el Juez de la localidad en donde se formuló la denuncia y se inició la investigación, esto es, el señor Juez Cuarto Superior de Barranquilla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIME la colisión de competencia de que se ha hecho mérito, en el sentido de declarar què el conocimiento de este proceso corresponde al Juzgado Cuarto Superior de Barranquilla a donde se enviará el expediente. Copia de lo aquí resuelto, envíese al Juzgado 23 Superior de Bogotá para las anotaciones de rigor.

Cópiese y notifíquese.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario.

FALSEDAD

No es típica la conducta del funcionario que en una providencia emplea una denominación errónea, porque el delito de falsedad exige, además, la intención de faltar a la verdad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 085.

Bogotá, D. E., 27 de agosto de 1986.

Vistos

Resolverá la Corte si es procedente o no iniciar investigación penal en contra del Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá Abelardo Rivera Llano, en virtud de las acusaciones que contra él formulara el señor Antonio José Muñoz Montenegro.

Hechos

El denunciante Muñoz Montenegro, Notario 31 del Circuito de Bogotá, fue vinculado a un proceso penal por el delito de falsedad cuya primera instancia correspondió tramitar al Juzgado Quinto Superior de esta misma ciudad, dentro del cual dicho funcionario llamó a responder a juicio criminal al quejoso y a los demás allí procesados. Esta determinación fue apelada y su revisión correspondió a la Sala de Decisión presidida por el Magistrado denunciado quien presentó ponencia de confirmación de la providencia, la cual fue suscrita por los demás integrantes de la Sala.

Las acusaciones reseñadas por Muñoz Montenegro, apuntan a demostrar la existencia de un presunto delito de prevaricato y otro de falsedad, como quiera que el Magistrado acusado hizo en su proyecto afirmaciones reñidas con la verdad de las pruebas recaudadas y, en consecuencia, su determinación fue manifiestamente contraria a la ley; por lo demás, se incurrió en algunas irregularidades procesales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Antes de decidir sobre la apertura de la investigación, se ordenó la práctica de algunas diligencias preliminares, entre ellas la autenticación y aporte de algunas copias del proceso que se tramita ante el Juzgado Quinto Superior de Bogotá, y algunas declaraciones. A ellas y a su valoración se referirá la Sala.

Seis son los cargos que el denunciante presenta en cuanto a valoraciones de pruebas y falseamiento de los hechos, contenidos en el auto confirmatorio del vocatorio a juicio. El primero de ellos fue el haber afirmado que un testador "lega considerables sumas de dinero a favor del médico tratante Alberto Bernal Arévalo, al administrador de sus bienes, Guillermo García Barón y a su abogado Alvaro Samper Cadavid...". Ante esta consideración, el denunciante se opone y argumenta que ella carece de veracidad, toda vez que el testador José Vicente Carrera Rojas no legó las mencionadas sumas de dinero a las personas citadas, y simplemente manifestó en su memoria que fueran oportunamente cancelados los honorarios correspondientes a los servicios prestados por su médico, su administrador y su abogado.

Esta afirmación, presuntamente equivocada en el auto del Tribunal, fue hecha en el capítulo correspondiente a los antecedentes históricos del hecho investigado, y no tuvo mayor trascendencia en el cuerpo de la providencia que por sí sola amerita la determinación de confirmar el auto vocatorio a juicio ya dictado por el juzgador de primera instancia. *Es verdad que en las consideraciones* posteriores *la existencia de tales legados se estimó como un indicio en contra de los reputados autores del hecho investigado, prueba que no es más que una de las muchas deducidas en el análisis probatorio y la cual en nada haría variar la determinación, de no existir. Empero, tampoco es verdad que el testador* José Vicente Carrera Rojas *no haya realizado los legados mencionados por el denunciante. En efecto, en la cláusula tercera de su memoria contenida en la Escritura 000093 de fecha veintiuno (21) de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981) de la Notaría Treinta y Una de Bogotá, se dijo:*

"Tercero: Hago además los siguientes legados *y ordeno a continuación mi voluntad de cómo disponer a mi muerte de los bienes que pueda dejar, así:... (subraya la Corte). A continuación, insertó el testador su voluntad de que se cancelaran a* Guillermo García Barón, Alvaro Samper Cadavid, Arturo Acosta, *y demás personas "...que me hayan prestado servicios que aún estén pendientes de pago...", determinadas sumas de dinero o proporciones del total de sus bienes. Estas disposiciones, evidentemente han de considerarse como legados, si se consultan las normas correspondientes de la ley civil. Así, el artículo 1011 del Código Civil establece que las asignaciones a título singular, como son todas las contenidas en el punto tercero del testamento, se llaman* legados; *por lo demás, en el Capítulo VI del Libro III, Título IV del Código Civil, bajo la denominación de "De las asignaciones a título singular" (esto es de los Legados), se encuentra el artículo 1191, el cual textualmente expresa:*

"Artículo 1191. Las deudas confesadas en el testamento y de que por otra parte no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán

por legados gratuitos, y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase'' *(subrayas fuera de texto).*

Ahora bien, resulta indudable que en el apartado c) de la cláusula tercera del testamento el señor Carrera Rojas reconoció la existencia de deudas correspondientes a anteriores administraciones de bienes (a favor de Arturo Acosta), *y a gastos médicos y profesionales, con lo cual tales deudas adquieren por ley la categoría de legados; los apartes a) y b), si bien corresponden a asignaciones testamentarias para cancelar gastos posteriores al momento de su muerte, y por ello no tienen en estricto sentido la categoría de legados, fueron así designados por el propio testador* y establecidos a favor de Guillermo García Barón y Alvaro Samper Cadavid. *Por lo mismo, no puede tomarse como malintencionada y definitivamente errada la designación que tanto el Juez* Quinto Superior *como el Tribunal Superior de Distrito* de esta ciudad *hicieron en sus providencias de las referidas asignaciones, porque, además, su nombre carece de trascendencia para las posteriores consideraciones de los juzgadores, quienes sí observaron que las sumas así deducidas resultaban ''considerables'', seguramente conocedores del total de la masa hereditaria, el cual no se estableció ciertamente en estas diligencias previas, pero que sí se puede apreciar como elevado, al juzgador por el legado hecho a* Arturo Acosta *de un total de un millón ochocientos mil pesos ($ 1.800.000).*

De esta forma, no se observa que se haya consignado falsedad alguna en el aparte correspondiente de la providencia, y menos aún, que a través de ella se haya cometido un delito contra la administración pública, si se tiene en cuenta que las erradas denominaciones carecen de importancia frente a la decisión que respaldan o en la cual se hallan insertas. El delito de falsedad requiere no solamente la no adecuación entre lo afirmado y la base de tal valoración, sino que exige además la intención de faltar a la verdad y que este último hecho sea realmente un desconocimiento de las circunstancias que lo sustentan, y no solamente una equivocada expresión de ellos.

El segundo cargo de contenido falso que el denunciante hace a la providencia del Tribunal, consiste en la afirmación hecha al folio 3 de la misma, en donde se consignó textualmente:

''En tercer término, se encuentra el acusado Bernal Arévalo, distinguido profesional de la medicina, médico de cabecera de Carrera, autor de la certificación de autos, mediante la cual se acreditaba la idoneidad mental del testador para cumplir, con libertad y capacidad jurídica por consiguiente, el acto que se hizo constar en la Escritura 093, debiéndose señalar así mismo que es esposo de la señora Lucía Carrera de Bernal...''.

Indudablemente, en puridad de términos, la afirmación que así se reseñó en la providencia no puede reputarse verídica porque el certificado médico expedido no dice nada acerca de la idoneidad mental del señor José Vicente Carrera Rojas, limitándose a manifestar el autor del documento su calidad de médico tratante desde cinco (5) años atrás, la internación en la clínica y el motivo de la misma, y la incapacidad para suscribir su memoria testamentaria. Empero, tampoco esta ligereza en las

manifestaciones del Tribunal puede considerarse como constitutiva de un delito contra la fe pública o contra la administración de justicia.

En efecto, su trascendencia se limita a una equivocada relación de hechos que en nada afectan la existencia misma del documento, o su contenido, ni puede valorarse como prueba que controvierta lo afirmado en la certificación, porque precisamente por la existencia de ésta, su relación dentro de la providencia se muestra errada a las claras. Aún más, esta frase falsa se halla inserta en el acápite de la providencia que el Tribunal tituló "La providencia recurrida. Su fundamentación probatoria y jurídica", capítulo en el cual no se consignaron valoraciones probatorias sino una simple enumeración de las actuaciones en la primera instancia, revelándose luego en el aparte de los considerandos la verdadera entidad probatoria del documento, su existencia y contenido, habiéndose consignado con relación a este último:

"b) Es así mismo verdad procesal indiscutible, que mediante el mencionado documento público *donde se hizo constar la imposibilidad física de su otorgante para rubricarlo con su firma,* y por lo tanto se estampó su huella dactilar, se modificó..." (subraya la Corte).

Quiere decir lo anterior que el Tribunal, con buen criterio y ciñéndose a los hechos del proceso, partió de la base de que en el proceso se hallaba un certificado médico en el cual se consignó la imposibilidad de firmar, mas no el estado de inconciencia, deduciéndose éste de un posterior análisis probatorio no del mismo certificado, sino de posteriores declaraciones juradas, a las cuales oportunamente se hará referencia. Por lo demás, tampoco fue este argumento único y exclusivo de la decisión confirmatoria del Tribunal, sino que constituyó simplemente una más de las pruebas que libremente apreció el juzgador de segunda instancia y que, aún faltando, no debilita la apreciación del conjunto de las demás en cuanto a la decisión tomada. El hecho mismo de la inconciencia del testador se debatió adecuadamente a través de la investigación y con relación a él se aportaron pruebas de variada índole, algunas de carácter testimonial, otras documental, unas más periciales, cuyo debate se abrió oportuna y convenientemente en la fase del sumario y que podrían llevar a la conclusión de que precisamente en el certificado médico se omitió la alusión al estado de inconciencia del testador como medio para evitar que este punto fuese discutido con éxito en una eventual investigación. Siendo ello así, se debe concluir que la conducta denunciada no se adecua a las prescripciones legales por falta absoluta de tipicidad como quiera que la providencia no resulta contraria a las disposiciones de la ley, y la equivocada presentación de los hechos no puede tener relevancia jurídica.

Un tercer cargo de falsedad se hace a la providencia del Tribunal. Se refiere éste a la apreciación de las pruebas que realizó el juzgador de segunda instancia, concretamente a la veracidad que dedujo de las declaraciones de María Elena Ochoa de Ochoa, Mercedes León de Prieto y de la religiosa Belén Vargas Machado, auxiliares de enfermería las dos primeras, y enfermera esta última, quienes estuvieron en contacto directo con el señor José Vicente Carrera Rojas durante el tiempo que permaneció hospitalizado en la Clínica Palermo, según las cuales el paciente entró en estado de inconciencia a los pocos días de su ingreso, permaneciendo en

tal estado hasta el momento mismo de su muerte por lo cual, se concluye, no podía válidamente hacer disposición de sus bienes.

A este respecto, preciso es decir que el Tribunal apreció no solo el dicho de las citadas declarantes, sino la totalidad de las pruebas que se practicaron para determinar el estado de inconciencia del señor Carrera Rojas; en efecto, confrontó las afirmaciones de las auxiliares de enfermería y de la enfermera con algunos otros testimonios que sostenían igualmente un estado de inconciencia del testador y aun con dos dictámenes periciales emitidos por el Instituto de Medicina Legal, según los cuales del dicho de los declarantes, de la historia clínica del paciente y de los reportes de enfermería no es posible deducir la existencia de un estado de inconciencia en el testador, ni se puede determinar una evolución segura y necesaria en su enfermedad, ni establecer condiciones clínicas al momento de la extensión de su memoria testamentaria.

En torno a esta acusación, discrepa la Corte de las consideraciones planteadas por el denunciante quien, siendo abogado, desconoce que el dictamen pericial no es prueba plena de los hechos que él contiene, sino que es apenas un medio más de prueba que debe ser evaluado libremente por el juez y que, en caso de hallarse en contradicción con otros argumentos probatorios, corresponde al juzgador determinar la validez de la pericia y su verdadero alcance en la convicción de su juicio.

Es importante anotar que se produjeron dos informes de los peritos de Medicina Legal, y el marco general de ellos es el de conceptuar que se carece de los elementos necesarios para afirmar si el testador se encontraba consciente o inconsciente al momento de consignar en escritura pública su última voluntad; pero igualmente se sostiene en tales pericias que:

"Debemos entender que *algunas auxiliares de enfermería* no tienen la ilustración, ni la información suficiente para referirse correctamente al paciente en términos médicos respecto al estado de conciencia que presentaba. Sin embargo se están refiriendo a un estado anormal, diferente, del paciente en esas circunstancias ese día" (Subraya la Sala).

Así pues, en este caso concreto, se trata de un dictamen proferido sobre bases teóricas, con desconocimiento de los progresos que en la ciencia médica hayan podido tener las declarantes que afirman el estado de inconciencia del paciente, sin examen de las condiciones clínicas reales del testador, y sin la valoración —por imposible— de otras condiciones que permitan responder con certeza a las cuestiones planteadas en la solicitud del dictamen.

De las opiniones periciales recaudadas, se puede deducir que no fue posible establecer si las auxiliares de enfermería —o empleadas del servicio doméstico de la clínica, como las denomina el denunciante—, tenían conocimiento suficiente para afirmar el estado clínico de inconciencia del testador, pero que sí advirtieron en el paciente una anormalidad, esto es, que cuando menos el señor Carrera Rojas sí presentaba signos de tener disminuida su capacidad de consentimiento; ello llevó al Tribunal a valorar como dignas de crédito las afirmaciones de las declarantes ya citadas, aún en contra del dictamen insuficiente y de las versiones que en sentido contrario se recogieron en el sumario.

La evaluación que en la segunda instancia *se hizo* de estos dictámenes periciales *y su confrontación con las demás pruebas recaudadas en la investigación, no revela contenido falso en la providencia sino una valoración diversa a la que, en igualdad de especialidades, pudo haber hecho el denunciante a quien conviene, por lo demás, realizar apreciaciones diferentes en procura de su propio interés. Una y otra posición —la del juzgador y la del denunciante— pueden resultar igualmente significativas, pero no por ello contrarias a la legalidad o reveladoras de la comisión de delito alguno; el acusado cumplió con su obligación de estimar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica que impera en el procedimiento penal y así lo hizo no solamente con fundamentos serios, sino también agotando el análisis de los diversos medios probatorios.*

El cuarto hecho constitutivo de infracción penal, lo refirió así el denunciante:

"Cuarto. Insiste el Magistrado en el valor de la 'historia clínica' para comprobar la conciencia del paciente; y deliberadamente la confunde con las 'hojas de enfermería' que son los reportes de trabajo que llevan las empleadas de servicio y que aparecen como el personal 'paramédico' del Magistrado. En la verdadera historia clínica, que igualmente obra en autos, nada se dice sobre el estado de conciencia, y los médicos que intervinieron nada expresaron con relación al mismo estado, lo cual es elemental porque ciertamente en todos los casos, no se hace constar los aspectos positivos de una situación clínica, sino los negativos, es decir, que si hubiera registrado alguna alteración de su situación volitiva, se hubiera anotado.

Recalca el Magistrado, sobre la capacidad científica de personal ignorante con fundamento en la experiencia, demostrando con ello, el desconocimiento malicioso y absoluto de lo que es la ciencia y de que las supuestas enfermeras, carecen de capacidad alguna y de todo estudio sobre la materia, como se demuestra en sus propios testimonios y con los certificados con las autoridades de salud".

La confusión de la Sala del Tribunal entre los términos "Historia Clínica" y "Hojas de Enfermería", en verdad carece de importancia dentro de la acusación general formulada. En efecto, la utilización de una u otra expresión no puede constituir más que un fundamento para el reproche lingüístico; por lo demás, es innegable que el contenido de las hojas de enfermería revela un estado de inconciencia en el paciente y por tanto, la referencia así planteada no riñe con la verdad ni atenta contra la recta administración de justicia. Sea oportuno anotar aquí que incluso en los reportes de procedimientos del Departamento de Terapia Respiratoria que se anexaron al expediente, se observan anotaciones como las siguientes:

"II-5-81. 4-30 p. m. Paciente acostado. *Semiinconciente* hay estertores...

"II-6-81. 3:00 p. m. *Paciente inconciente* al cual se le hace...".

(Folio 70 del cuaderno principal de la Corte).

De esta forma, ligadas las hojas de enfermería, con los reportes de procedimientos del Departamento de Terapia Respiratoria, con los testimonios allegados a la investigación, se puede concluir que la valoración de las pruebas que realizó el Tribunal Superior de Bogotá se encuentra ceñida a las normas de la sana crítica, y no contiene falsedades de ninguna naturaleza ni contradicción con la ley.

Los cargos contenidos en los numerales quinto y sexto de la denuncia, se refieren igualmente a estimaciones de las pruebas realizadas por el acusado y según las cuales el aquí denunciante fue determinado a obrar ilícitamente por algunos de los otros procesados, comprendiéndose toda la acción ilícita dentro de un mismo interés común en la realización del delito.

A este respecto, es verdad que no exista prueba documental ni testimonial que asevere sin duda alguna el hecho de que el Notario Antonio José Muñoz Montenegro fue determinado a actuar ilícitamente por los demás beneficiados con la infracción, ni que establezca de manera precisa la vinculación del mismo funcionario con el interés común que se dice tuvieron los procesados en la realización del delito. Empero, no es esto motivo válido para concluir que no se aportó prueba sobre estos dos aspectos. En efecto, la prueba indiciaria permite establecer que no fue el aquí denunciante quien ideó el *iter criminis,* ni quien derivó provecho material directo de la conducta delictiva, pero sí es suficiente para establecer en grado de elevada probabilidad la vinculación del notario con los beneficios del crimen y de ahí el doblegamiento de su voluntad a la propuesta criminosa. La cadena indiciaria, por lo demás, fue suficientemente explicada por el Magistrado acusado, y deducida de hechos realmente existentes y probados, tales como el beneficio que se produjo con la conducta considereda ilícita, la revocación del testamento anterior realizada en circunstancias que fueron consideradas y que se presentan como sospechosas, la amistad existente entre algunos de los intervinientes en el acto público, la privacidad con la que se revistió el otorgamiento del testamento, público por su naturaleza en la forma en que se realizó, y otras condiciones que fueron adecuadamente evaluadas por quien ahora resulta denunciado penalmente.

Es menester ocuparse ahora de las irregularidades procesales que menciona el denunciante. La primera de ellas, hace alusión a la no aceptación del desistimiento del recurso de apelación que formularon los apoderados de algunos de los procesados, contra el auto que los llamó a responder en juicio criminal, apelación que fue resuelta por el Tribunal mediante la providencia que ahora se reputa falsa. De las constancias procesales allegadas a la investigación preliminar se puede concluir que dicha irregularidad no tuvo ocurrencia real; de ellas se concluye que la providencia que desató el recurso interpuesto fue aprobada el día dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y cinco, es decir, con antelación a la presentación del memorial de desistimiento, el día diecinueve de los mismos mes y año; las firmas de los Magistrados que fueron también recaudadas dentro de los límites posibles y permitidos y en la fecha que lleva el proveído, esto es, el día diecinueve de abril de mil novecientos ochenta y cinco.

Reprochable resultaría sí, que habiéndose discutido y aprobado la ponencia presentada por el Magistrado Rivera Llano, y firmada ésta o encontrándose para su firma, hubiese sido destruida o dejada sin efecto en virtud de un desistimiento presentado con posterioridad al estudio y decisión de la situación. Pero, habiendo sucedido cosa contraria, se debe concluir que el ahora acusado actuó conforme a derecho y no incurrió en violación alguna de la ley. Se debe examinar a este respecto lo afirmado por el propio denunciante:

"Pero como no hay crimen perfecto, los apoderados estuvieron en la Secretaría no sólo a la presentación del memorial de desistimiento, cuando no había salido el auto, sino el día siguiente en las primeras horas judiciales, sin que hasta entonces se hubiera producido y luego, apareció el expediente sin fecha ni firma del Secretario del Tribunal, para luego, a mediados del día y una vez que llegó la secretaria, ser firmado el auto, además de insertarse la fecha atrasada".

En esta narración de los hechos, se ratifica la versión rendida por el señor Carlos Armando Luque Pinzón —auxiliar del Magistrado acusado—, en el sentido de que la providencia fue firmada por los Magistrados el día diecinueve (19) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), y luego remitida a la Secretaría de la Sala Penal, en donde debió ser rubricada y fechada por el secretario. Se debe recordar a este respecto que las providencias deben llevar la fecha del día en que sean firmadas por el juez y el secretario, según expresa disposición del artículo 155 del Código de Procedimiento Penal; el que el secretario haya firmado al día siguiente —como ocasionalmente pudo haber ocurrido—, no resta validez a la determinación, porque si bien es cierto que lo aconsejable es que el acto sea rubricado a un mismo tiempo por juez y secretario, en estos eventos de juez plural, de trámite mediato entre el juzgador y su secretario, debe primar como fecha del proveído el momento de la firma de los Magistrados.

Finalmente, el denunciante sostuvo que se presenta violación a la ley, a través de irregularidades procesales, al no haber sido notificado oportunamente de la renuncia presentada por su defensor, y haberse continuado con la tramitación del proceso sin contar para ello con una defensa adecuada. Pues bien, las normas que rigen el proceso penal exigen que en caso de que el acusado no contrate a un abogado para su defensa, el juez oficiosamente debe nombrar un profesional para tales efectos, y si bien la situación ideal es que el defensor concurra permanentemente al despacho a examinar el adelantamiento de proceso, a pedir pruebas, a intervenir en las diligencias y a desplegar todas las actividades concernientes a su cargo, las condiciones materiales que rodean el procesamiento hacen imposible la permanencia continua del abogado en los estrados judiciales, situación que se ve agravada, cuando el cargo es desempeñado por designación del juez. Por estas circunstancias, la ley hasta el momento no ha exigido la presencia continua del apoderado, siendo sí necesaria la intervención del defensor en todas las pruebas en las que intervenga su representado.

El momento en el cual se encontraba el proceso a la fecha de la renuncia del defensor del ahora denunciante, era la tramitación de una

segunda instancia, período en el cual no hay práctica de pruebas y, de consiguiente, no se exige la presencia de los acusados de ella; así, mal puede decirse que se haya omitido la presencia del representante en una acción comprometedora para el procesado.

Esta irregularidad, en verdad, puede dar lugar a una vulneración del derecho de defensa, que se transmitió como vicio del procesamiento y eventualmente como causal de nulidad dentro del mismo, situación que habrá de juzgarse dentro del mismo proceso y no en uno ajeno a él, y que no constituye infracción a la ley penal por parte de quien omitió el trámite regulado por la ley, máxime si no se evidencia en tal omisión la voluntad de procesar en contra de las disposiciones legales y de adecuar su conducta a tipos penales descritos.

Determinada en esta forma la existencia de delito en la actuación del inculpado, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

ABSTENERSE de iniciar proceso penal en contra del Magistrado Abelardo Rivera Llano, con base en la denuncia que formulara el doctor Antonio José Muñoz Montenegro, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de este proveído.

En firme esta decisión, ARCHÍVENSE las diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Anselmo Chávez Narváez, Conjuez.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

IMPEDIMENTO

No es causal de impedimento la orden anterior del funcionario, para que se expidan copias que busquen la verificación de una situación que consideró irregular y que originaron el proceso, del que conoce posteriormente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 85.

Bogotá, D. E., 27 de agosto de 1986.

VISTOS

El Magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, doctor Luis Alfonso Montoya Cadavid se declaró impedido para conocer de las diligencias adelantadas contra la doctora Myriam Rocío Vélez de L., Juez Veintidós Penal del Circuito de Medellín, con fundamento en la causal 4ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. Como el impedimento no fuera aceptado por los restantes Magistrados de la Sala —que hubo de integrarse además con otro Magistrado por no existir acuerdo entre estos últimos—, se envió el asunto para decisión a esta Corporación. Así, se procede a resolver de plano, conforme lo preceptúa el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES PROCESALES

Expresa el Magistrado, doctor Montoya Cadavid que en providencia de febrero 28 de 1986, dictada por la Sala presidida por el Magistrado doctor J. Héctor Jiménez Rodríguez y de la cual él forma parte, y que es origen de posible investigación penal y disciplinaria "...se expresan conceptos fundamentales y a mi parecer muy comprometedores de la opinión sobre el auto de la funcionaria aludida que fue glosado por la

Sala, si bien el recurso de hecho fue declarado desierto por extralimitación de los términos por la parte recurrente...".

Lo anterior, por cuanto respecto a la providencia de la Juez, se observa que se dictó con tardanza y sólo de "cúmplase", se desconoció al recurrente su calidad de tercero al disponer devolverle su memorial, lo que motivó se ordenaran expedir copias por considerar que pudo incurrir en delito contra la Administración Pública, y en falta contra la eficacia de la administración de justicia. Lo cual estima, constituye opinión sobre el objeto de la posible investigación, emitida extra proceso.

Examinadas las diligencias, aparece conforme a las copias agregadas, que en proceso por hurto contra Marco Fidel Morales Ramos, identificado también con otros nombres, se ordenó entrega por el funcionario de instrucción de un vehículo a su propietario. Enviado el proceso al Juzgado Veintidós Penal del Circuito, a cargo de la doctora Myriam Rocío Vélez de L., Carlos Gaviria Baena, por medio de apoderado, solicitó que como último poseedor de buena fe, se le entregara en depósito provisional determinado bien, objeto del delito, para lo cual presentó como antecedentes, concepto emitido por la Academia Colombiana de Jurisprudencia en otro caso y en relación con la aplicación de normas del Código de Procedimiento Penal y del Código Civil sobre posesión de bienes adquiridos de buena fe, pero que han sido objeto de delito contra la propiedad.

Al calificar el Juzgado el proceso de la referencia, conceptuó respecto a la expresada petición, que debía mantenerse lo ordenado por el instructor en cuanto al depósito indicado, pues el denunciante demostró ser el dueño del bien y que el posterior adquirente y reclamante debía acudir a la acción civil procedente. El peticionario interpuso apelación en escrito que se ordenó no agregar al expediente en el que era declarante el reclamante. Solicitada reposición de esta decisión adoptada en auto de "cúmplase", la funcionaria la rechazó por considerar que el profesional no representaba debidamente los intereses de Gaviria, al no existir demanda de constitución en parte civil.

Declarado desierto el anterior recurso por no sustentarse oportunamente, pero con las anotaciones indicadas.

Los señores Magistrados que rechazaron el impedimento, expresan en su providencia, que si bien la manifestación dicha traduce preocupación por la recta administración de justicia, la causal que se aduce, conforme a reiterada jurisprudencia citada, hace relación a la opinión que se emite extraprocesalmente y no en ejercicio de funciones y con base en la misma se concluye que si no está impedido para fallar quien antes dictó auto de proceder, menos quien simplemente ordenó copias para investigación por determinado hecho, ya que, cada etapa implica una evaluación en relación con ciertos factores y circunstancias que son diferentes, de manera que la decisión final puede fundarse en motivaciones diversas, sin que las primeras tengan efecto vinculante. En este caso, con mayores elementos de juicio, quien inicialmente ordenó las copias, podría disponer abstención de investigación, sin que pueda entenderse ligado por la primera decisión, ni pensar que constituye ésta una definitiva opinión. Y no podría deducirse que se alega causal de separación en cuanto pudiera

afectar la ecuanimidad o imparcialidad del funcionario, por cuanto las causales son explícitas y no deben interpretarse extensivamente.

El salvamento de voto se apoya en este último aspecto, en cuanto a que si bien no se trataría de opinión sobre el asunto, las expresiones utilizadas llevarían a dudar sobre la ecuanimidad del funcionario, que podría verse sometida a posterior cuestionamiento.

SE CONSIDERA

En el caso que es objeto de examen, el señor Magistrado *se ha declarado impedido, por cuanto como integrante de la Sala de Decisión Penal, suscribió providencia en la que se ordenó expedir copias para investigar determinada decisión de la funcionaria acusada y se consignaron algunos calificativos en cuanto a la actuación respectiva.*

Al respecto, se considera que son acertadas las razones presentadas por la mayoría de la Sala para desechar el motivo de separación alegado. Esto, porque como se expresa por aquellos funcionarios, tal decisión se apoyó en determinados aspectos y situación observada, que no resulta ser estrictamente la misma, sobre la cual deben adoptarse posteriores decisiones, entre éstas las de apertura de investigación, por cuanto en relación con tales actuaciones, deben tenerse en cuenta diferentes y nuevos elementos de juicio, que deben ser oportunamente apreciados y que pueden llevar a resoluciones diversas, en atención a lo que resulta demostrado. Pues es claro que las providencias judiciales varían conforme a los distintos momentos procesales y base probatorias allegadas.

Por manera que la simple orden adoptada en la providencia para expedir copias encaminadas a la verificación de situación que en un principio se consideró irregular, no configura la causal de impedimento impetrada, pues como ya se vio en la providencia materia de estudio, si no la configura el dictar en un proceso providencias interlocutorias y calificatorias antes de la sentencia, menos puede configurarla una resolución como la expresada, adoptada en ejercicio de funciones.

Por lo demás, tal resolución no se sustentó en razones que implicaran una decisión sobre el punto correspondiente y su contenido fue solamente el indicado, con los efectos pertinentes. Y si se expresaron algunas calificaciones como el retardo de la decisión, o la forma del auto respectivo, tampoco varía sustancialmente lo anotado.

El Tribunal cita varios pronunciamientos de esta Sala, que guardan semejanza con la situación examinada, particularmente el auto de 7 de mayo de 1981 (Fl. 65).

En cuanto a lo comentado en el salvamento de voto, se estima que las apreciaciones que se hacen respecto a la decisión referida, deben tomarse como base para adoptar la conclusión y determinación debida, sin que, como lo señala la providencia, pueda inferirse de las mismas, la situación prevista en otra causal no invocada y en cuanto podría en-

tenderse afectan la imparcialidad del funcionario, lo cual no se aduce en forma clara y expresa.

Así, el impedimento no puede ser aceptado.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

NO ACEPTAR el impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, doctor Luis Alfonso Montoya Cadavid, quien deberá conocer de las diligencias mencionadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

VEREDICTO

Cuando la respuesta del jurado de conciencia suscita perplejidades es imperioso fijar su alcance, de acuerdo a su contenido literal, a la realidad probatoria y a las intervenciones de la audiencia pública.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 85.

Bogotá, D. E., 27 de agosto de 1986.

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Alvaro Rojas Gil y su defensor contra la sentencia proferida el 17 de octubre de 1985 por el Tribunal Superior del Distrtio Judicial de Bucaramanga, mediante la cual lo condenó a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Arnulfo Ordóñez Torres.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros los sintetizó el Juzgado de primera instancia en la siguiente forma:

"El día 3 de diciembre de 1983 departían alegremente en el Restaurante 'El Che' ubicado en la calle 32 número 33-16, sector de la plaza de mercado Guarín de esta ciudad los señores Alvaro Rojas Gil y Arnulfo Ordóñez Torres, comúnmente conocido con el remoquete de 'El Burro', aplicados en la consumición de bebidas alicorantes (cerveza) en compañía de dos damas que les servían de parejas de las piezas musicales que un conjunto vallenato tocaba y amenizaba. Durante las horas de la tarde del citado día se dedicaron a tales actividades hasta que Rojas Gil decidió abandonar el establecimiento siendo cerca de las siete de la noche, cuestión que

pretendió evitar Ordóñez quitándole las llaves de encendido de la motocicleta que metros abajo tenía aquél estacionada; ello en razón del avanzado estado de alicoramiento que presentaba su contertulio, pero que sólo sirvió para que el intemperante sujeto inopinadamente extrajera de la pretina un cuchillo que portaba lesionando la humanidad de la desconcertada víctima quien segundos antes había hecho devolución de las llaves a su propietario".

"Cumplido su cometido criminoso, el atrevido sujeto emprendió en su velocípedo la huida llevando consigo a una de las muchachas que los acompañaban en el sitio de reunión de las cuales a pesar de ingentes esfuerzos realizados, no ha sido posible su identificación. Mientras esto ocurría, el herido era trasladado al Hospital Universitario Ramón González Valencia en donde al suministrársele las primeras atenciones médicas fallecía desafortunadamente, dada la gravedad de la lesión".

Adelantada la investigación por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Bucaramanga, fue clausurada por el Juzgado Quinto Superior de dicha localidad, Despacho éste que decidió llamar a responder en juicio al sindicado, por el delito de homicidio voluntario. Al concluir la audiencia pública, el Jurado respondió así al veredicto sometido a su consideración: *Sí lo mató pero en estado de ira debida a comportamiento ajeno en riña imprevista provocada por el alicoramiento.* El Juzgado del conocimiento consideró que la anterior respuesta implicaba la aceptación de la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal, y en consecuencia, así lo admitió y condenó al procesado a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión. Al ser consultada la sentencia, el Tribunal conceptuó que el Jurado únicamente "concibió en su respuesta, un estado emotivo (iracundo), sin reconocer las causas generadoras exigidas para la estructuración de la diminuente referida", razón por la cual confirmó el fallo de primera instancia, pero modificó la pena impuesta, tasándola en diez (10) años de prisión.

La demanda

Cargo único. Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Admite el demandante que "la respuesta dada por el Jurado, desde el punto de vista puramente literal y formal, no reproduce la terminología del artículo 60 del Código Penal", pero agrega que la jurisprudencia en la actualidad, no exige como en épocas pasadas, para el reconocimiento de la mencionada atenuante, la reproducción casi literal de la fórmula legislativa, sino que permite su interpretación "atendiendo para ello al propio sentido lógico de la respuesta, a la realidad probatoria consignada en los autos, y, sobre todo, a las intervenciones en la Audiencia". Sobre estas bases argumenta que el veredicto sí aceptó la atenuación punitiva en comento, toda vez que a los jurados "no se les ilustró sobre las consecuencias jurídicas de no transcribir exactamente la fórmula propuesta por la defensa; tampoco se le hizo la distinción entre las figuras descritas en el numeral 3º del artículo 64 del Código Penal y el instituto de la ira a que se refiere el artículo 60 del mismo Código" y porque además "la defensa, por su parte, con la lectura del artículo 60 del Código Penal y su natural análisis y apo-

yándose en los testimonios de Camilo Villamizar, particularmente en cuanto el testigo narró que el occiso se apoderó violentamente de las llaves del automotor de Rojas y que quiso, también, apoderarse de la moto misma, relievó las resonancias que tal hecho produjo en la siquis del procesado, para demandar del jurado, en subsidio, el reconocimiento de la atenuante descrita en el artículo 60. Es obvio —agrega— que pretender despojar a alguien del automotor que posee, arrebatar por la fuerza las llaves del mismo, blandir un instrumento cortante con inequívoco propósito agresivo, constituyen conductas graves e injustas y así, en sana lógica, lo reconoció el Jurado para atenuar la conducta del procesado según lo solicitó, subsidiariamente, la defensa". De todo lo anterior concluye que la sentencia acusada está en desacuerdo con el veredicto y por ello pide que se case, para que en su lugar se restablezca la primera instancia.

Concepto del Ministerio Público

Sostiene el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que "ni desde el punto de vista literal y formal el veredicto reproduce la terminología del artículo 60 del Código Penal, ni desde el punto de vista material o existencial una riña imprevista provocada por el alicoramiento implica, con carácter de necesidad, gravedad e injusticia en la conducta de ambos riñentes". Agrega que "habiéndose motivado el crimen en ira debida a comportamiento ajeno en riña imprevista provocada por el alicoramiento no podría seguirse que la conducta del interfecto el día de los hechos fue para la convicción del Jurado, grave e injusta. Ni siquiera que el Tribunal Popular hubiese reconocido que la riña fue provocada o iniciada por el occiso, es decir, que hubiese aceptado de manera íntegra e indivisible los juicios de valor que sobre ese tópico emitió el defensor del reo al interpretar los testimonios de Camilo Villamizar". Consecuente con la anterior motivación, conceptúa que el fallo del Tribunal interpreta con fidelidad la respuesta del Jurado, en razón de lo cual el recurso debe desecharse.

Consideraciones de la Corte

En los juicios con intervención de Jurado Popular, el juez debe poner a la consideración de éste, mediante un cuestionario, el hecho materia de la causa conforme se determinó en el auto de proceder (Art. 533 del C. de P. P.). El Jurado deberá pronunciarse sobre la responsabilidad del acusado, respondiendo, sí o no, al cuestionario propuesto, pero pudiendo, si juzgare que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas de las consignadas en éste, expresarlo así brevemente en su respuesta (Art. 535 ibidem*). Si el veredicto no etá integrado por afirmaciones opuestas que lo hagan contradictorio y lo tornen por tanto inexistente, y si no se encuentra en clara oposición con la prueba aportada al proceso, en cuyo caso sería contraevidente y habría necesidad de convocar un nuevo Jurado (Art. 565 del C. de P. P.) el Juez está obligado a dictar la sentencia de acuerdo con dicho veredicto (Art. 519* ibidem*), lo cual resulta sencillo cuando éste es de claro y fácil entendimiento. Mas cuando así no sucede, porque la respuesta produce perplejidad respecto de lo que realmente quiso decir el*

Jurado, se hace necesario interpretarlo para poder desentrañar su verdadero sentido y determinar su alcance. Para esta labor es menester acudir al significado literal de los términos en que está concebido, a la realidad probatoria recogida en el proceso, y por supuesto, a las intervenciones de las partes en la audiencia pública. Así lo ha sostenido esta Corporación, en doctrina que ahora se reitera: "Cuando la contestación suscita perplejidades respecto de lo que en verdad quisieron decir los Jueces del pueblo, se impone la necesidad de fijar su alcance, por la vía de la interpretación, ciñéndose para ello rigurosamente al propio sentido literal de la respuesta y a la realidad probatoria que emana del proceso y principalmente de las intervenciones en la audiencia pública" (Casación de 31 de mayo de 1983, Mag. Pte. Dr. Darío Velásquez Gaviria).

En esta causa, el único cuestionario sometido a la consideración de los Jueces de hecho, fue respondido así: "Sí lo mató pero en estado de ira debida a comportamiento ajeno en riña imprevista provocada por el alicoramiento".

Se trata ahora de resolver, si esta respuesta implica el reconocimiento de la aminorante prevista en el artículo 60 del Código Penal, que a la letra dice:

"Ira e intenso dolor. El que cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición".

De acuerdo con lo transcrito, para que la atenuante se presente se necesita la concurrencia de varios requisitos: a) Un comportamiento grave e injusto de quien resulta víctima de la acción delictiva; b) Que el sujeto activo del delito, al momento de cometerlo, se encuentra en un estado de ira o de intenso dolor; y, c) Que exista una relación causal entre el comportamiento de la víctima y la reacción emocional del agente, es decir, que ésta última hubiera sido consecuencia del primero.

Obvio es que el veredicto en consideración, literalmente, no recoge todos los elementos que acaban de mencionarse. Reconoce únicamente la existencia de un estado de ira causado por un comportamiento ajeno, que bien puede entenderse como protagonizado por la víctima, pero nada dice sobre la gravedad e injusticia *de dicho comportamiento, y éstos son, como ya se dijo, requisitos indispensables para la estructuración de la atenuante. Desde luego que en el estado actual de la jurisprudencia esta omisión no sería óbice para su reconocimiento, siempre y cuando que de la realidad probatoria recogida en el proceso surgiera que en verdad el comportamiento del occiso implicaba gravedad e injusticia y que de lo acontecido en la audiencia pudiera deducirse que el Jurado tuvo en mente, al momento de expresar su respuesta, la intención de reconocer la atenuante en comento, sin lograrlo plasmar expresamente por carencia de la técnica adecuada.*

Se sabe, porque así lo informa el proceso, que sindicado y occiso departían amigablemente el día de los hechos en el interior del restaurante "El Che", mientras ingerían algunas bebidas embriagantes, sin que allí se presentara ningún incidente entre ellos (testimonios de Pedro Alfonso Tolosa y Ana Francisca Olarte viuda de Murgueitio). *De acuerdo con la*

declaración de Camilo Villamizar (Fl. 16), *el procesado le prestó al occiso una motocicleta de su propiedad para que la montara, pero "el señor Alvaro lo tumbó de la moto y entonces se agarraron a peliar". Y según la versión de* Jairo González, *todo se originó porque la víctima le quitó al procesado las llaves de su moto para que no se fuera, con el fin de protegerlo de un accidente debido a la embriaguez que lo afectaba ("el muerto le decía no se vaya que de pronto se jode", Fl. 63). No es posible de acuerdo con lo afirmado por estos declarantes, sostener que el comportamiento del occiso fue injusto y por ello, seguramente el Jurado no lo expresó en su veredicto, no obstante que la defensa había planteado, en forma subsidiaria, el reconocimiento de la atenuante prevista en el artículo 60. No es lógico suponer que la respuesta del Jurado fue incompleta por falta de información, porque las peticiones defensivas se formularon por escrito (Fl. 113) y el Juri se negó a calificar de grave e injusto el comportamiento del occiso, acogiendo así lo sostenido por el Fiscal, quien informó al Jurado de que sólo la ira justa es aminorante de responsabilidad (Fl. 120).*

Todo indica, pues, que al expedir el veredicto ya conocido el Jurado no tuvo la intención de reconocer la atenuante de la pena prevista en el artículo 60 del Código Penal, porque no había ninguna base probatoria que permitiera calificar de injusto el comportamiento de la víctima, no obstante la petición expresa que en este sentido formulara la defensa.

Así las cosas, hay que concluir por afirmar que la sentencia acusada sí está de acuerdo con la veredicción emitida.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Miguel Sánchez Méndez (Conjuez).

Luis G. Salazar Otero
Secretario.

ABOGADO

Actividad.

Al abogado litigante no puede exigírsele que su criterio personal coincida con el del funcionario ante el cual aboga, ni limitarle peligrosamente su actividad forense sancionándolo por el fiel y legítimo ejercicio de esa profesión liberal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 087.

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto de treinta (30) de enero del año en curso, "se abstiene de iniciar investigación penal contra la doctora Dolores Margarita Mora de Quiñónes, en su calidad de Juez Octavo Penal del Circuito de Bogotá, con motivo de los cargos que le formuló el doctor Santiago Manuel Alvarez López", por inexistencia de delito. Contra tal determinación interpuso recurso de apelación el denunciante.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Así los consignó el *a quo:*

"El abogado doctor Santiago Manuel Alvarez López en la denuncia y ampliación de la misma (Fls. 1 a 7 y 10 a 12 cuaderno principal) afirmó que la Urbanización Normandía Ltda., en liquidación, es propietaria de tres lotes de terreno situados en la intersección de la avenida que conduce al aeropuerto Eldorado de Bogotá con la avenida Boyacá. La invasión de

dichos terrenos por parte de Marcos Cano ha dado lugar a procesos policivos, civiles y penales, entre estos uno iniciado a fines de 1982 mediante denuncia de dicho sujeto, por el supuesto delito de perturbación de la posesión sobre inmueble, contra el doctor Rafael Ariza Andrade, representante legal de la citada urbanización y otras personas, actuación cuyo conocimiento le correspondió a la titular del Juzgado 8º Penal del Circuito de Bogotá, quien ha adoptado 'una posición que nos mantiene en permanente estado de preocupación porque se observa a simple vista una inclinación de la funcionaria a favorecer intereses distintos de la justicia'; 'no quiere definir la situación dilatándola no sé con qué fines o no tiene otro trabajo y se distrae con esta clase de procesos', y, 'se le ocurrió vincular al proceso en calidad de sindicado a todos los funcionarios de la urbanización Normandía entre otros al suscrito apoderado en actitud lesiva e irrespetuosa contra la dignidad del ejercicio de esta noble profesión de abogado...'. Además formuló cargos el doctor Alvarez contra el Juez Cuarenta y Siete de Instrucción Criminal, doctor Luis Eduardo Mariño Ochoa, por actuaciones que realizó en calidad de comisionado dentro del mismo proceso por perturbación de la posesión.

"En virtud de que son distintos y carentes de conexidad sustancial los comportamientos atribuidos a los Jueces 8º Penal del Circuito y 47 de Instrucción Criminal de Bogotá, por medio de auto de 22 de mayo de 1985 se dispuso enviar a la Presidencia de la Sala Penal de esta Corporación copias de las diligencias con el fin de que sean sometidas a reparto, por razón de los cargos contra el segundo de los mencionados funcionarios.

"La calidad de Juez Octavo Penal del Circuito de Bogotá de la doctora Dolores Margarita Mora de Quiñones y el ejercicio de sus funciones por la época en que ocurrieron los hechos a que se refirió el denunciante doctor Santiago Alvarez López son aspectos que aparecen demostrados con las copias del acuerdo mediante el cual fue elegida y el acta de posesión, así como certificación expedida por la Jefe de la Sección de Posesiones de la Alcaldía Mayor de Bogotá (Fls. 18 y 21 Vlto. cuaderno principal).

"El proceso por perturbación de la posesión sobre inmueble a que hizo referencia el denunciante doctor Santiago Manuel Alvarez López, fue iniciado el 8 de noviembre de 1982 por la Juez 93 de Instrucción Criminal de Bogotá con base en la denuncia formulada por el señor Marcos Cano. (Folio 9 cuaderno copias No. 1).

"La misma Juez 93 de Instrucción, luego de haber recepcionado el testimonio de varias personas, oyó en indagatoria al doctor Rafael Ramiro Ariza Andrade, representante legal de la Urbanización Normandía Ltda. (Folios 60 a 67 cuaderno copias No. 1).

"El sindicado doctor Ariza Andrade por medio de escrito que obra en los folios 116 y 117, cuaderno de copias número 1, solicitó aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y la Juez 8º Penal del Circuito, doctora Dolores Margarita Mora de Quiñones mediante providencia de 11 de mayo de 1983 no accedió a dicha petición con el argumento de que frente a las versiones encontradas del denunciante y del indagado doctor Ariza Andrade, la investigación no había logrado

hacer plena claridad aún sobre lo realmente ocurrido, y por ello ordenó en la misma decisión la práctica de algunas pruebas. (Fls. 126 a 138 cuaderno copias No. 1).

"Una vez llevadas a cabo algunas de dichas pruebas, la Juez 8º Penal del Circuito cerró la investigación y procedió a calificar su mérito. Sobreseyó temporalmente en favor del sindicado doctor Rafael Ariza Andrade y ordenó llevar a cabo otras diligencias, entre ellas vincular al proceso mediante indagatoria a Alirio Mediorreal, Víctor Raúl Alvarado, Andrés Alvarado, Manuel Santiago Alvarez López y Campo Elías Granados (Fls. 483 a 497 cuaderno de copias No. 1).

"El Juez 9º de Instrucción Criminal recepcionó varias de las indagatorias ordenadas por el Juzgado 8º Penal del Circuito y dispuso que quienes las rindieran continuaran en libertad por no existir mérito para decretar su detención preventiva. (Folios 21 a 28, 31 a 39, 42 a 55, 64 a 74 cuaderno de copias número 2).

"El señor apoderado de los sindicados Rafael Ariza Andrade, Santiago Manuel Alvarez López, Alirio Mediorreal y Campo Elías Granados, solicitó dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, y la Juez del conocimiento, doctora de Quiñones, no acedió a ello, en armonía con el concepto de la Fiscal Tercera del Circuito en el sentido de que los 'hechos merecen una mejor y mayor averiguación'. De nuevo el Juzgado dispuso la práctica de varias pruebas. (Fls. 146 a 152 y 156 a 166 cuaderno copias No. 2).

"Una vez retornó el proceso del Juzgado de Instrucción, la Juez 8º Penal del Circuito por auto de 27 de febrero de 1985 comisionó nuevamente para la práctica de varias pruebas, entre éstas careo entre el denunciante Marcos Cano y el indagado doctor Santiago Manuel Alvarez (Fls. 286 cuaderno de copias No. 2), la cual se llevó a cabo por parte del Juez 47 de Instrucción Criminal el 11 de abril de 1985 (Fls. 359 y ss. cuaderno de copias No. 2).

"El 26 de abril de 1985 el apoderado de la parte civil solicitó al Juzgado 17 de Instrucción Criminal que decretara la detención preventiva de los sindicados (Fls. 388 y 389 cuaderno de copias No. 2) y el titular de ese despacho, doctor Luis Eduardo Mariño Ochoa, mediante providencia de 10 de mayo de 1985, decretó la detención preventiva de los sindicados Rafael Ramiro Ariza, Alirio Mediorreal, Campo Elías Granados, Andrés Alvarado y Víctor Raúl Alvarado, por el punible de perturbación de la posesión, y se abstuvo de hacerlo con respecto al doctor Santiago Manuel Alvarez López, por estimar que no existía mérito para ello. (Fls. 393 a 425 C. copias No. 2).

"El precitado doctor Alvarez López, por medio de escrito presentado el 23 de mayo de 1985 manifiesta a la Juez 8º Penal del Circuito que formuló denuncia penal contra ella y le pide que decida si se declara impedida o continúa conociendo del proceso (Fls. 452 a 454), y a la vez, con fechas 12 y 21 de junio de 1985, el mismo profesional y Rafael Ariza Andrade solicitaron el cierre de la investigación (Fls. 492 a 494 cuaderno copias No. 2).

"Por medio de auto de 25 de junio siguiente la Juez 8º Penal del Circuito, doctora Dolores Margarita Mora de Quiñones no accedió a declararse impedida ni a cerrar la investigación. En cuanto al primer caso argumentó que la manifestación de impedimento corresponde exclusivamente a la voluntad del Juez mientras que la recusación obliga al funcionario a pronunciarse cuando se presenta como tal; y con respecto a la segunda cuestión expuso que antes de decidir sobre el cierre de la investigación era necesario establecer si los hechos de que venía conociendo el Juzgado 27 Superior de Bogotá por falsedad en documentos, tenía alguna incidencia para formar juicio en cuanto a los comprendidos en el proceso de que ella conocía (Fls. 520 a 524 cuaderno copias No. 2).

RAZONES DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

"Son dos los cargos contra la precitada funcionaria: haber ordenado injustificadamente..., la vinculación mediante indagatoria de varias personas, entre ellas el denunciante doctor Santiago Manuel Alvarez López e igualmente en forma injustificada haber retrasado la definición mediante decisión de fondo de la situación jurídica de los incriminados en el mismo proceso.

"De las situaciones reseñadas atrás surge la conclusión de que el comportamiento de la juez denunciada..., en ningún momento fue delictuoso. En efecto, el auto cabeza de proceso no fue proferido por ella, sino por la Juez 93 de Instrucción Criminal de Bogotá, quien luego de haber recepcionado el testimonio de varias personas procedió a oír en indagatoria al doctor Rafael Ramiro Ariza Andrade, representante legal de la Urbanización Normandía Ltda., en liquidación (Fls. 9 y 60 a 67 cuaderno de copias No. 1).

"...

"La doctora Dolores Margarita de Quiñones, en su calidad de Juez Octavo Penal del Circuito de Bogotá, al calificar el mérito de la investigación con fecha 30 de abril de 1984 (Fls. 483 a 497 cuaderno copias No. 1) sobreseyó temporalmente en favor del sindicado Rafael Ramiro Ariza Andrade, y ordenó la práctica de varias pruebas, entre ellas la vinculación al proceso por medio de indagatoria de Alirio Mediorreal Páez, Víctor Raúl Alvarado, Andrés Alvarado Ruiz, Manuel Santiago Alvarez López y Campo Elías Granados, decisión esta que la Sala encuentra ajustada a la facultad que la precitada norma (Art. 381 C. de P. Penal) da a los jueces y a varios antecedentes y circunstancias que constan en el proceso, por las siguientes razones:

"El señor Marcos Cano afirmó en la denuncia y ampliación de la misma (Fls. 1 a 8 del cuaderno de copias No. 1) que el 13 de septiembre de 1982 el individuo Andrés Alvarado, por orden de Alirio Mediorreal, empleado de la Urbanización Normandía, pretendió cercar con postes y alambre un lote de terreno que él tiene en posesión. El Gerente de dicha urbanización, doctor Rafael Ariza Andrade, dio en arrendamiento parte del mismo lote que él tiene en posesión a Campo Elías Granados, quien instaló allí una caseta destinándola al expendio de alimentos preparados y según el mismo denunciante, Alirio Mediorreal ordenó a un obrero 'que dañara los cercos' (Fl. 8 cuaderno No. 1).

"Andrés Alvarado declaró que el doctor Rafael Ariza lo contrató para realizar unos trabajos y cuando trataba de hacerlo, dos individuos se lo impidieron. Y agregó que cuando esto ocurrió estaba presente su sobrino Raúl Alvarado, quien es empleado de la Urbanización Normandía (Fl. 430 cuaderno de copias No. 1).

"Y el mismo denunciante Marcos Cano en diligencia de careo (Fl. 204 cuaderno de copias No. 1) sostuvo al doctor Santiago Alvarez López que en varias oportunidades estuvo en la caseta que instaló Campo Elías Granados y con éste lo mandó a citar para que acudiera a su oficina o a dicho lugar y que, el doctor Alvarez, en compañía de Campo Elías Granados con motivo de la llegada de un alto funcionario del Gobierno de Estados Unidos, convenció a unidades de la Décima Segunda Estación de Policía de Bogotá para que ordenaran sacar del lote que él tiene en posesión todo el ganado vacuno, y en las horas de la tarde los representantes de la autoridad le impidieron entrar las vacas al predio, en virtud de las prevenciones que les había hecho el doctor Alvarez (Fls. 360 a 361 cuaderno No. 2).

"Ciertamente todas esas afirmaciones categóricas de parte del denunciante y la misma complejidad de los dos intereses en pugna, pudieron llevar a la juez denunciada a considerar que era indispensable escuchar en descargos a varias de las personas señaladas como protagonistas de los diversos episodios denunciados ante la justicia. Y así llegare a establecerse o se hubiere demostrado ya la inocencia de algunos de los indagados o de todos éstos, tal resultado no puede tomarse como evidencia de comportamiento doloso de la funcionaria denunciada, por cuanto de aceptarse semejante conclusión, habría que procesar por prevaricato a todos los jueces que en uso de las facultades que les concede la ley, han ordenado la indagatoria de personas cuya inocencia ha proclamado con posterioridad la justicia. Quizás resulte conveniente aclarar que cuando el juzgador dispone la indagatoria de alguien, no está con ello afirmando en forma anticipada la responsabilidad del afectado con esa medida, sino que acude a ese recurso legal como medio apropiado para procurar claridad sobre los hechos puestos a su conocimiento y análisis, y a la vez porque el señalado como autor o partícipe de un hecho punible puede tener acceso al proceso y actuar así con mejores probabilidades de esclarecer su conducta.

"En cuanto a la afirmación de que la titular del Juzgado 8º Penal del Circuito retrasó injustificadamente la definición de la situación jurídica de los sindicados, varias actuaciones suyas indican claramente que dicho cargo no corresponde a la realidad procesal. En efecto, la doctora Dolores Margarita de Quiñones mediante auto de fecha 11 de mayo de 1983 (Fls. 126 a 138 del cuaderno de copias No. 1), no accedió a la solicitud del sindicado Rafael Ariza Andrade en el sentido de que se diera aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y explicó su determinación con el argumento de que existían en el proceso versiones antagónicas sobre lo ocurrido, por lo cual no se contaba con la claridad suficiente para aplicar dicha norma. Posteriormente, como quedó visto, calificó el mérito de la investigación mediante sobreseimiento temporal en favor del acriminado Ariza Andrade (Fls. 483 a 497 del cuaderno de copias 1). Por medio de providencia de fecha 1º de noviembre de 1984 (Fls. 158

a 166 del cuaderno de copias No. 2) la Juez del conocimiento acogió el concepto de la Fiscal Tercero del Circuito en el sentido de que 'los hechos merecen una mejor y mayor averiguación' para no acceder a la solicitud del señor apoderado de los sindicados sobre aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Y la misma funcionaria por medio de auto de 25 de junio de 1985 (Fls. 520 a 525 cuaderno de copias No. 2) no accedió a declarar cerrada la investigación y al efecto explicó que primero se necesitaba establecer si los hechos relativos a la falsedad documental en ese momento bajo conocimiento del Juzgado 27 Superior de Bogotá podían tener incidencia en la definición de la situación jurídica de los incriminados, en el proceso que ella tenía en su poder.

"Y si los incriminados o sus apoderados consideraron equivocadas las precitadas resoluciones judiciales, tenían pleno derecho para impugnarlas, lo cual no hicieron. La ley procesal ha consagrado unos medios especiales denominados 'recursos' para preservar los derechos de los sujetos procesales contra los errores o vicios de que puedan estar afectadas las decisiones del funcionario correspondiente con el fin de que él mismo o uno de superior jerarquía, modifique, aclare, adicione o revoque el respectivo pronunciamiento".

Breves consideraciones de la Sala y concepto de la Delegada

1. Para el denunciante "existe, a simple vista, una inclinación de la funcionaria por favorecer intereses distintos a la justicia". Ello es así dada su reiterada negativa, contra toda evidencia, de dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia de delito; por la innecesaria prolongación de la etapa de instrucción; y, por haber calificado por primera vez el mérito de la investigación, sobreseyendo temporalmente en favor de Rafael Ramiro Ariza Andrade, decidiendo allí mismo la vinculación de un número exagerado de personas en calidad de sindicados, para, sin ninguna variación en el material probatorio, llamarlos a responder en juicio criminal.

2. Con respecto al primer cargo, así se pronuncia, atinadamente, la Delegada:

"En verdad, por varias ocasiones se solicitó dentro del mencionado proceso penal, la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia del delito, por parte de los sindicados. La Juez del conocimiento para una primera oportunidad consideró que no se daba dentro del sumario ninguna de las causales previstas para decretar la cesación del procedimiento y que el material probatorio era incipiente, circunstancias que demandaban la prosecución de la investigación, teniéndose en cuenta además la complejidad de la situación (Fls. 126 a 138 del cuaderno número 1). Posteriormente acogiendo el concepto fiscal emitido en forma desfavorable a las pretensiones de los interesados, denegó nuevamente la cesación del procedimiento, argumentando con validez que resultaba prematuro entrar a proferir el auto mencionado, en razón a la existencia de muchas dudas e incertidumbres dentro de la investigación, de necesario

esclarecimiento para el conocimiento de la realidad de los hechos, motivo por el cual ordenó allí la recepción de algunas probanzas.

"En criterio de esta Procuraduría Delegada, la actitud adoptada por la funcionaria denunciada en relación con este punto materia de acusación, en nada contradice los postulados del derecho. La doctora Margarita Mora de Quiñones con el objeto de resolver las peticiones de los implicados, realizó un proceso de valoración probatoria, para denegar la pretensión invocada, según su natural saber y entender, sin que objetivamente tal decisión se ofrezca manifiestamente contraria a la ley. El juzgador para tales asuntos dispone de amplias facultades en virtud de las cuales realiza el estudio y análisis de la prueba, con el objeto de fundamentar sus providencias; teniendo a su alcance igualmente las partes en el proceso, los mecanismos de ley, para objetar el contenido de las mismas o para controvertirlas a lo largo del debate procesal, sin que la sola inconformidad del denunciante respecto a la decisión adoptada sea suficiente en manera alguna para predicar la ocurrencia de un delito".

3. Que se prolongó indebidamente la etapa del sumario. Ciertamente que nadie podría desconocer que se sobrepasaron los términos consagrados en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal. Pero, tal rebasamiento, no conduce irremediablemente a la violación de la ley penal y ni siquiera alcanza necesariamente a constituir falta disciplinaria. Al respecto tiene dicho esta Corporación:

"No siempre son fatales los términos estipulados en la ley. Es apenas natural considerar que ellos son establecidos por el legislador con un criterio racional, es decir, sin olvidar que hay eventos en los cuales, por determinadas razones, no pueden satisfacerse estrictamente. Lo que se pretende es que el juez, en la medida de lo posible, verifique la instrucción en los términos señalados en los artículos 317 y 472 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea dado afirmar, por habérseles extralimitado, cuando del proceso emerge un encomiable esfuerzo del funcionario por cumplir con las finalidades propias de la instrucción y más sin existir procesado detenido, que se ha violado la ley. No se puede deducir, fatalmente, del incumplimiento de un término, la existencia de una conducta delictiva o de falta que comporte sanción disciplinaria, máxime cuando aparece claro que sólo se pretendía arrimar la prueba que permitiera una definición justa y correcta del proceso". (Auto de julio 16 de 1985, M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Si, como aconteció con el caso *sub examine,* los hechos objeto de averiguación son complejos y se impone, por tanto, recaudar abundante material probatorio; si, cuando se decreta la ampliación del término de instrucción, se reitera la práctica de pruebas y se ordena la recepción de otras nuevas, obedeciendo esto último, inclusive a peticiones de las partes; si se requiere al funcionario comisionado para la inmediata devolución del expediente, no es dado atribuir al funcionario que así procede ánimo dilatorio, ni indebida prolongación del lapso sumarial.

4. En casos como el examinado se trata, exclusivamente, de determinar si la decisión de la juez, en cuanto ordenó la vinculación sumarial de algunas personas y su posterior enjuiciamiento, se muestra como deter-

minación aceptable o, por el contrario, no se dan razones plausibles para su proferimiento. Esta definición, no obstante que debe apoyarse en elementos probatorios existentes en el proceso causado en la perturbación de propiedad, no implica tomar posición en ese conflicto de intereses suscitado entre los representantes y empleados de la sociedad "Urbanización Normandía Ltda.", de una parte, y Marcos Cano, de la otra, para señalar si es aquélla o ésta la que tenga la razón. Como tampoco establecer, en el evento de abrir sumario, un juicio definitivo de responsabilidad. Lo primero porque es asunto que tiene sus propias y exclusivas competencias, y, lo segundo, porque propiciar una necesaria investigación no constituye por sí definición del asunto, puesto que precisamente ella persigue establecer tanto lo favorable como lo desfavorable a la persona sindicada. Conviene recordar que cuando el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal señala que el funcionario dictará auto cabeza de proceso "fundándose en el conocimiento que ha tenido de la infracción penal", está significando no el ejercicio caprichoso de una función sino, por el contrario, su aplicación seria y ponderada y de allí que se haya previsto la indagación preliminar (Art. 320 bis del C. de P. Penal). Reviste, pues, tal determinación indudable importancia, más cuando allí mismo se ordena la recepción de indagatoria, como que está de por medio el inalienable derecho de la persona a no ser molestado, sino cuando el funcionario ha adquirido la convicción fundada y seria, por antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso, de que es autora o partícipe de una infracción penal, o bien por haber sido sorprendida *in flagranti.*

Y, en la natural secuencia procesal, cuando, al resolverse la situación jurídica, se dicta auto de detención, deben darse unos presupuestos *sine qua non,* que, de desconocerse, comportan hecho delictivo para quien así procede. No puede mirarse con indiferencia la emisión de un auto de detención, pues asumir a este respecto una actitud indolente, traduce, ni más ni menos, que la negación de la esencia del derecho y la razón de ser de las normas que le dan vida, eficacia y respetabilidad.

Otro tanto acontece con el llamamiento a juicio y con la sentencia, para no mencionar sino los actos de mayor trascendencia y jerarquía, aunque como es obvio el procedimiento abunda en decisiones de suma importancia. Cada una de estas actuaciones demanda el estricto cumplimiento de los requisitos que los gobiernan y cuyo incumplimiento, cuando resalta, impone la necesidad de ordenar la correspondiente averiguación penal.

5. La funcionaria denunciada ordenó vincular al proceso, mediante indagatoria, a Alirio Mediorreal, Víctor Raúl Alvarado, Andrés Alvarado Ruiz, Campo Elías Granados y Santiago Manuel Alvarez López, los mismos a quienes en compañía de Rafael Ramiro Ariza Andrade, llamó a responder en juicio criminal. Sobre los cargos que, por tales actuaciones, se le formularon, apuntó, generalizando, la Delegada:

"A este respecto, este Despacho compartiendo lo expuesto por el Tribunal Superior, expresa que la funcionaria acusada en uso del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que faculta al juzgador para recepcionar declaración de indagatoria a personas que en virtud de antecedentes o circunstancias consignadas en el proceso, considere autor o

partícipe de los hechos, decidió vincular al proceso a otras personas que aparecían implicadas en los hechos investigados, consideración que se ajusta a derecho y se encuentra precedida de un razonable y lógico análisis de la situación.

"...

"Clausurada la etapa de reapertura de la investigación, fue proferido auto de proceder contra la totalidad de los implicados, pronunciamiento igualmente objetado al considerarse contrariado por el juzgador el material probatorio obrante en los autos, fundamentándose la decisión en el dicho del denunciante Manuel (sic) Cano y en el testimonio de su compañera, circunstancia por la cual fue descalificado.

"No resulta cierto el hecho de que el material probatorio para esta segunda oportunidad no hubiera sufrido variación alguna. Copioso es el acervo probatorio recaudado en la etapa de reapertura, mereciendo destacarse que la prueba testimonial predica a las claras la posesión tranquila y pacífica ejercida por el denunciante sobre el predio pretendido por la firma urbanizadora y el hecho perturbador de tal posesión perpetrado por las personas afectadas con el pronunciamiento de la Juez.

"Por tales motivos entendido el delito de prevaricato como el hecho de proferir el empleado oficial, dictamen o resolución manifiestamente contrarios a la ley, no encuentra esta Procuraduría Delegada en el comportamiento asumido por la juez acusada, aquella contradicción evidente y ostensible que necesariamente debe existir entre la realidad procesal y las decisiones adoptadas en los pronunciamientos objeto de censura.

"Los presupuestos fácticos y de derecho contenidos en las mencionadas providencias (incluido el pronunciamiento por medio del cual se abstuvo de declararse impedida para seguir conociendo del proceso), analítica y lógicamente conducen a las decisiones materia de crítica, sin que se advierta por lo tanto en forma evidente una caprichosa y acomodada interpretación, encaminada a lesionar el debido funcionamiento de la administración pública, o a perjudicar deliberadamente las pretensiones de los denunciantes (sic). Dentro de las decisiones objetadas no existe falsa motivación, puesto que allí se consignaron de manera razonada los presupuestos en los cuales se apoyaron las determinaciones adoptadas".

6. Reitera esta Corporación que la decisión no versa alrededor de cuál de las partes en conflicto tiene la posesión. No. Se trata es de si la determinación de vinculación al proceso y el llamamiento a juicio de las personas mencionadas implica una contradicción ostensible con la realidad procesal. En otras palabras, si el proceso permitía asumir tales resoluciones sin acudir a falsas motivaciones, o sin que se presentara un desbordamiento arbitrario o injusto de las funciones inherentes al cargo, o sin que se advirtiera en forma evidente una caprichosa y acomodada interpretación. Y al respecto la Sala encuentra que el sumario toleraba las conclusiones desprendidas por la Juez, sin que se den los matices referidos, constitutivos de presunto hecho punible, salvo en cuanto se trata del caso del doctor Santiago Manuel Alvarez López. Veámos por qué su situación es diferente:

Desde su primera intervención procesal (Fl. 41, cuaderno No. 1), declaración bajo la gravedad del juramento, manifestó que lo suyo se reducía a un contrato de servicios profesionales con la sociedad "Urbanización Normandía Ltda.", para la defensa de sus intereses contra las pretensiones del señor Marcos Cano. Allí precisó: "Tengo el convencimiento de estar representando legítimos derechos...". Y acepta que, en cumplimiento de tal mandato, adelantó varias acciones legales, entre otras un proceso por perturbación de la propiedad ante la Alcaldía de Fontibón, quien comisionó a la Inspección 9 Distrital de Policía. Igual cosa sostuvo cuando se le practicó careo con el señor Cano. Y, llamado a indagatoria, informa lo mismo, precisando que se dirigió a la Procuraduría de bienes del Distrito, en orden a lograr para éste la recuperación de un bien ("el camino de cama vieja") de su propiedad, el cual estaba invadido por Marcos Cano, lográndose que el Procurador oficiara a la Alcaldía de Fontibón, para que iniciase los trámites respectivos del proceso policivo de desocupación. Da cuenta, así mismo, de haber realizado gestiones ante la Inspección de Sanidad, para que tomara cartas en el hecho de que Marcos Cano venía teniendo ganados en el perímetro urbano de la ciudad de Bogotá, cuestión rotundamente prohibida por el decreto cuya copia ya se permitió anexar al proceso. Vuelve, el doctor Alvarez López, a hacer hincapié en que su actuación se ha limitado a cumplir con el encargo profesional, como lo habría hecho "cualquier profesional serio y honesto".

Cuando el Juzgado 47 de Instrucción Criminal le resolvió la situación jurídica, acertadamente dijo: "...No se decretará la detención preventiva de Santiago Manuel Alvarez López, ya que su actuación fue como apoderado de la sociedad y meramente relacionada con peticiones o memoriales y la querella ante la Inspección de Policía o Alcaldía Menor de Fontibón...".

Con todo, la Juez acusada, fundamentándose en la diligencia de careo entre el denunciante y Alvarez López resuelve residenciarlo en juicio criminal. Pero, si se mira bien tal acto procesal hay que reconocer que sólo da cuenta de actuaciones absolutamente profesionales. Allí dijo el sindicado: "Soy abogado de profesión y durante mucho tiempo he venido ejerciendo esta profesión con lealtad y honradez a toda prueba, así lo pueden atestiguar muchas personas y lo pueden confirmar algunos cargos que he desempeñado en la actividad pública y privada. De ahí que me parece extraño mi vinculación a este proceso penal en donde no aparece ningún cargo contra mí que desdiga de las circunstancias antes anotadas, simplemente he cumplido y seguiré cumpliendo con lealtad el mandato que me fue conferido. El relato antes hecho por el señor Cano me podrá relevar de cualquier explicación ya que él no ha hecho otra cosa que aludir a las gestiones propias de mi encargo...".

En la misma diligencia, se le preguntó a Marcos Cano: "La presente investigación penal calificada como perturbación de la posesión, tuvo origen en la denuncia formulada por usted contra personas determinadas a las cuales se les hacen cargos por hechos que usted afirma que se sucedieron el once o trece de septiembre de mil novecientos ochenta y dos. Sírvase decirle al juzgado ¿qué participación directa y concreta tuvo en los hechos que usted afirma se sucedieron ese día su careado doctor Santiago Alvarez

López? Contestó: El doctor Santiago Alvarez López nunca he dicho al juzgado que estuvo el día de los hechos, como manifesté antes en esta diligencia la primera vez que lo conocí fue por la diligencia que él personalmente vino con la Inspectora y su secretario de la Novena C. de Fontibón porque antes no lo conocía...".

Sorprende, también, que la funcionaria no haya dicho por qué le merece total credibilidad el testimonio de Marco Alvaro Cano, hijo del denunciante, al punto de servirle de base para llamar a responder en juicio criminal a un profesional del derecho, cuyo único cargo se reduce a haberlo ejercido según su leal saber y entender y aplicando en el mismo los medios lícitos a que le era dable recurrir, actividad que crea ciertamente enfrentamientos, pero no llega a desbordar el contenido ético que debe presidir su intervención.

El derecho, como lo tiene dicho esta Corporación, "no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas: su naturaleza teleológico-valorativa enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula, deben ser objeto de interpretación.

"Interpretar o desentrañar el sentido de la norma es tarea esencialmente personal en la que la ley y el intérprete se interrelacionan e influyen mutuamente para la solución de un caso particular. De una parte la ley con su mandato geeral y abstracto concebida de manera estática en cláusulas gramaticales, de otro, el intérprete, influido por sus propias vivencias culturales y por la concepción que tiene del derecho, que busca darle dinámica a esa ley particularizando para el caso concreto el mandato en ella subyacente.

"En atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea interpretativa, es fácilmente comprensible que con relación a un mismo punto jurídico puedan darse respuestas diversas, bien porque se toman distintas fuentes de solución, bien porque se difiere en el método interpretativo que se acoge. Sin embargo, esta es una constante del derecho,...". (M. P. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, agosto 30 de 1983).

Si tanto el Juez como quien demanda su actuación, se ven abocados a esta complejidad y a esta incertidumbre en el manejo de la ciencia con la cual trabajan, no debe dejarse de aplicar, a ambos, cierto tratamiento de igualdad. Es por ésto que no es de recibo exigírsele al abogado litigante que acierte siempre en el desempeño de su actividad profesional, so pena de atraer, en sus desaciertos, la apertura de un proceso penal. A éste, que se debe comportar como un servidor de la justicia, no puede demandársele que su gestión esté siempre coronada por el triunfo o, en otras palabras, que su personal criterio interpretativo coincida irremediablemente con el del funcionario ante el cual aboga. Y, si como sucede en el caso sub examine, *se le procesa y llama a juicio, simplemente porque considera que su cliente tiene la razón* (la Urbanización Normandía es la poseedora y propietaria y el invasor es Marcos Cano), y, *lógicamente en tal sentido adelanta su defensa, con la presentación de los argumentos que tiene por propios al logro de tal cometido y sin que pueda decirse que acudió al fraude o a la desleal-*

tad procesal, el funcionario que así procede se aventura por los caminos del delito, porque aparece como sancionando el fiel y legítimo ejercicio de una profesión liberal y profiriendo determinaciones que deben tenerse como contrarias a la ley.

Apoyar o mostrar indiferencia ante resoluciones judiciales como las que se critican, es asumir posición que fácilmente conduciría a limitar peligrosamente la actividad forense, privándole de adecuar, intelectual y hasta físicamente, su modo de obrar al que en uno u otro sentido exterioriza la contraparte.

Porque del derecho nadie posee su suprema esencia, extraña que alguien se crea su exclusivo dueño, hasta el punto de forzar al abogado a que sólo asuma la defensa de su cliente cuando tenga la absoluta garantía de que sus puntos de vista van a ser compartidos, sin excepción, por quienes han de conocer del asunto, so pena de una investigación penal, sin poderse detectar un distorsionamiento maligno en la alegación, una alteración de los hechos o una desfiguración de la prueba.

Desconcierta el que se levante como prueba de cargo contra el abogado la consideración de que sus memoriales surtieron éxito ante otras autoridades, como la Procuraduría Delegada de Bienes, la Inspección de Sanidad y de Policía, y Comandantes de Estación, fruto de lo cual fue molestado en su presunta posesión Marcos Cano. El abogado, con tales gestiones, no estaba haciendo cosa distinta a cumplir con las obligaciones contraídas con su cliente. Y si, en gracia de discusión, los argumentos y pruebas presentadas no tenían la virtualidad de conducir a las determinaciones asumidas, la responsabilidad no es de él, sino de quienes tenían el compromiso legal de evaluarlas y proceder en consecuencia.

Existen, pues, sobrados argumentos como para que se investigue la conducta asumida por la doctora Dolores Margarita Mora de Quiñones, Juez Octavo Penal del Circuito de Bogotá, sobre este específico aspecto.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, *revoca* el auto apelado y en su lugar ordena abrir proceso penal contra la doctora Dolores Margarita Mora de Quiñones, a quien como Juez Octava Penal del Circuito de Bogotá, le imputa acciones delictivas el doctor Santiago Manuel Alvarez López. Se practicarán, entonces, todas las diligencias señaladas en los artículos 319 y 334 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual el Tribunal tomará las previsiones adecuadas.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar O.
Secretario.

FIRMA

Actas.

Con la disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se pretende que la firma empleada en los actos oficiales sea el producto de la actividad manuscritural de quien la estampa y la misma que acostumbra, para evitar que se utilicen iniciales, sellos o medios mecánicos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 087.

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de septiembre veintisiete del año inmediatamente anterior confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Quinto Superior de dicho Distrito Judicial, en la cual condenó a Carlos Alirio Pérez o Carlos Alirio Orjuela Pérez a la pena principal de diez (10) años de prisión y a las accesorias de ley por el delito de homicidio. El procesado y su defensor interpusieron contra el fallo de segundo grado, 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

Aparecen resumidos en el proceso de la siguiente manera: "...en la noche del seis de abril de mil novecientos ochenta y tres, dentro de la

residencia ubicada en la calle 9ª con carrera 1ª se suscitó un fuerte altercado entre los amantes Luis Alfonso Martínez Camacho y Lilia Leonor Orjuela Pérez, probablemente porque éste no quiso incluirla en una promesa de venta de un bien inmueble. Ulteriormente llegó a la residencia de los prementados concubinos el señor José Luis Pedroza, hermano de Lilia, quien sostuvo una discusión con Martínez Camacho. Luego hizo su aparición al escenario de los hechos Carlos Alirio Pérez u Orjuela Pérez, quien descerrajó varios disparos contra la humanidad de Martínez Camacho, ocasionándole la muerte en forma instantánea'' (Fl. 17 Cuad. del Tribunal).

ACTUACIÓN PROCESAL

1º La investigación penal fue iniciada por el Juzgado 2º de Instrucción Criminal de Bogotá que practicó las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación (Fl. 8).

2º El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado 5º Superior de esta ciudad que, en providencia de agosto 27 de 1983, dictó auto de proceder contra Carlos Alirio Pérez o Carlos Alirio Orjuela Pérez, por el delito de homicidio (Fl. 222).

3º Tramitada la causa, el 15 de agosto de 1984 y el 12 de abril de 1985 se celebró audiencia pública al transcurso de la cual el jurado respondió a la única cuestión propuesta por el juzgador de derecho:

''Sí es responsable; por unanimidad''. (Seguidamente impusieron sus correspondientes firmas).

Respecto a la celebración de la audiencia es de anotar lo siguiente:

En la primera sesión, luego de disponerse la lectura y consiguiente aprobación de los que en ella intervinieron, firmaron con la anotación de sus respectivos nombres del juez, el fiscal, el procesado y su defensor, no así los integrantes del Tribunal Popular y el Secretario (Fl. 343).

En la segunda y última con las mismas ritualidades del acto anterior, firmaron el juez, el fiscal y el secretario del juzgado, más no lo hicieron el procesado, su defensor y los integrantes del jurado (Fl. 414).

4º Finalmente, en mayo 8 de 1985 se dictó sentencia en la que se acogió el veredicto y se condenó al procesado, siendo tal determinación apelada y confirmada por el Tribunal de Bogotá que desechó planteamientos de nulidad elevados por la defensa, por razones completamente diferentes a las que ahora se alegan en sede de casación (Fl. 418 Cuad. del Juzgado y 16 Cuad. del Tribunal).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, para que, casado el fallo, se declare la nulidad de la actuación a partir del auto de julio 28 de 1984 que señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública.

Del examen de la demanda presentada por el recurrente se desprende que, fundamenta su inconformidad dentro del marco de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que la sentencia impugnada se profirió en juicio viciado de nulidad, con abierta violación de lo dispuesto en los artículos 153, 159 y 214 del citado Código, y con desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Sostiene el demandante la siguiente doble censura que a su juicio genera la nulidad jurisprudencial solicitada;

a) El juez del conocimiento y su fiscal no firmaron las actas de la audiencia pública con sus nombres y apellidos completos, con lo que se violó el mandato del artículo 153 del ordenamiento procedimental, y

b) Las referidas actas no fueron firmadas por varios de los que intervinieron en su desarrollo: jurados, defensor, procesado y secretario del juzgado, con lo cual se desatendió el claro tenor del artículo 159 *ibidem*.

Como consecuencia de lo anterior concluye que la referida diligencia es inexistente como lo dispone el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, y asevera que con el fallo así proferido se quebrantó el debido proceso pues se vulneró el artículo 26 ya mencionado.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se muestra en desacuerdo con las pretensiones del demandante y solicita a la Corte se mantenga la providencia atacada, por razones que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1º Solamente la firma del juez es presupuesto esencial de la existencia y validez del acta de audiencia, pues en virtud del poder que representa de esa manera deja constancia oficial de lo ocurrido y el documento tiene plena eficacia probatoria en cuanto la realización del debate y lo ocurrido en él.

2º En ningún momento se ha discutido la veracidad y la autenticidad de la audiencia pública; el defensor se ocupó de alegar durante el trámite de las instancias otro tipo de nulidades distintas de la que ahora impetra, con lo cual resulta indiscutible la existencia y validez de la diligencia criticada.

3º Al suscribir los jurados el veredicto que emitieron, subsanaron la omisión de sus firmas en el acta, a la cual se debe entender incorporada la respuesta del *jurio*.

Consideraciones de la Sala

Como quiera que se aduce un doble fundamento para recurrir la sentencia de segundo grado y sostener que se dictó en juicio viciado de nulidad, es bueno hacer las siguientes precisiones a fin de dar respuesta a los cargos formulados.

En relación con el primero destácase que no es cierto que el juez de primera instancia y su fiscal hayan omitido firmar el acta de audiencia pública con sus nombres y apellidos completos, pues como se observa en este caso concreto distinto de muchos otros donde para el distintivo familiar se utilizan iniciales, dichos funcionarios plasmaron su identidad a través de tal medio en forma clara y total, sin que por otra parte se vislumbre la más mínima duda que haga pensar en su no participación en la citada diligencia procesal.

Es verdad que el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal dispone que la firma debe ser completa; sin embargo lo que busca este precepto es que la firma que se emplea en los actos oficiales sea el producto de la actividad manuscritural de quien la estampa y la misma que acostumbra en todas las actividades ciudadanas a impedir que se utilicen iniciales solamente o sellos o medios mecánicos que reemplacen el indicado signo gráfico identificador de la persona.

Con respecto al segundo se advierte que es cierto, como lo señala el censor, que en la actuación referida no aparecen las firmas de algunas de las personas "que intervinieron en la misma".

No obstante lo anterior, y si, en gracia de discusión, se pensara que los funcionarios no impusieron sus nombres completos en la diligencia judicial, o tampoco lo firmaron al igual que las demás personas que echa de menos el impugnante, ninguna de tales informalidades constituye por sí requisito "sine qua non" para la validez del acto, cuando, por otros medios aparece demostrada su autenticidad.

Integrada la sentencia de la Corte de diciembre 1º de 1977, en la cual se apoya el Ministerio Público, con una posterior que hizo rectificaciones y precisiones sobre el mismo tema en abril 20 de 1979, es claro, como ahora se reitera mediante transcripción de lo sustancial de las mismas, que los razonamientos expuestos, por el demandante no pueden prosperar. Se enfatizó entonces sobre puntos similares lo siguiente:

"...la ausencia de la firma del juez en el acta de audiencia pública, no engendra nulidad y menos inexistencia de tal acto, si por otros medios idóneos para el efecto, se puede establecer nítidamente que la audiencia pública se celebró dentro de los ritos formales que manda la ley...".

"Es claro que el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal indica la forma como deben ser redactadas las actas de las diligencias que se cumplan en los procesos, disponiendo que ellas se firmen por el juez o funcionario, su secretario y las demás personas que hayan intervenido. Las actas a que se refiere esta norma general son las de allanamiento (artículo 369) en la que expresamente se ordena que el acta "será firmada por todos los que hayan tomado parte en la diligencia"; el acta de inspección judicial a que se refiere el artículo 225 en que se ordena que "será firmada y rubricada por todas las personas que intervengan..."; y el acta de audiencia pública a que hace referencia el artículo 515 en donde se dispone que se firme por quienes han intervenido, pero con la advertencia de que antes de eso "será leída a los que deban suscribirla".

"Como se evidencia de la simple lectura de las diversas disposiciones citadas, en ninguna de ellas se enuncia o se conmina con sanción de inexistencia o de nulidad la falta de la firma de quienes deben hacerlo, y de otra parte, tampoco en la previsión general sobre nulidades a que se refieren los artículos 210 y 211 *ibidem,* está erigida como nulidad dicha irregularidad o imperfección del acto procesal que se viente en el acta de la diligencia. Por tanto, la afirmación de inexistencia o de nulidad del acto, solamente puede hacerse a base de un razonamiento de extensión o de analogía con desconocimiento del principio de taxatividad de las nulidades".

"Un argumento más en apoyo de la tesis que se ha planteado de que se estaría en presencia de una simple irregularidad sin mayores efectos respecto a la validez de los actos cumplidos, y no de una nulidad y menos de una hipótesis de inexistencia jurídica del acto procesal, emerge de la consideración de que el artículo 95 del Decreto 250 de 1970 (hoy 162 del Decreto 1660 de 1978) considera como falta disciplinaria "contra la eficacia de la administración de justicia", precisamente la conducta consistente en "dejar de asistir a las audiencias... no dictar, *no firmar,* o dejar de notificar efectivamente en audiencia las sentencias y demás providencias cuando a ello hubiere lugar, conforme está dicho en el numeral 12 del artículo citado (hoy 6º)".

"Resulta tan claro lo anterior, que si se revisa con cuidado la reglamentación de las faltas a que se refiere el Decreto 250 de 1970, (hoy Decreto 1660 de 1978), y concretamente las que atentan contra la eficacia de la administración de justicia, que en ninguna parte se ha previsto como tal, una conducta que a su vez, esté erigida como causal de nulidad o de inexistencia en el Código Procesal Penal, entre otras razones, porque de considerarse como faltas disciplinarias las nulidades legales o de otro orden, implicaría colocar a los funcionarios judiciales en una gravísima situación por cuanto serían muy frecuentes los procesos disciplinarios, con sus correspondientes sanciones, si tales procesos tuvieran su origen en vicios de procedimiento".

"Si la omisión de la firma de los defensores *y de los procesados* fuera de carácter insubsanable, resanable solamente por la vía de la nulidad, fácil sería para los defensores *y los procesados* prevenir los resultados adversos a sus actuaciones, evadiendo la firma de la crónica secretarial o acta de audiencia, y por este sendero de fácil acceso a las nulidades de validez de la audiencia pública quedaría deferida a la buena fe, ratificada numerosamente de los abogados de la defensa. La omisión anotada no constituye inobservancia de las formalidades propias del juicio, no menoscaba los derechos de la defensa, ni pretermite las garantías debidas a los acusados...".

"...Si la carencia de la firma del secretario no afecta la validez de una sentencia, que es el acto jurisdiccional por excelencia, ya que en ella se declara el derecho, con mayor razón no puede ser nula por tal irregularidad el acta de una diligencia judicial de menor categoría. Y si la falta de firma del secretario no es motivo de nulidad, por ser una simple "cuestión de constancia", empleando una expresión de Guaso, resulta claro, por lógica rigurosa, que no tiene trascendencia la omisión de un acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderado, defensor,

jurado, perito, etc.), pues no hay razón justificativa para estimar dichas firmas como presupuesto o condición de la esencia del documento...".

En consecuencia, si la falta de firma del juez no es motivo de nulidad o inexistencia de los actos procesales, con mayor razón, el incumplimiento de tal formalidad por parte de otras personas que intervinieron en las diligencias, debe entenderse como una simple irregularidad que para nada afecta la autenticidad, validez y fuerza probatoria de las mismas.

En el presente caso, el acta de iniciación de la audiencia aparece firmada por el juez, el fiscal, el procesado y su defensor, en tanto que el acta de culminación fue suscrita por los dos primeros y el secretario del juzgado. La falta de firma de algunos de los citados en algunas de las diligencias y el hecho de estar totalmente ausentes en el cumplimiento de tal requisito los integrantes del jurado de conciencia, no es razón para desconocer que el juzgamiento se cumplió con la observancia plena de las formalidades de ley, cuando actos posteriores de quien ahora reclama la nulidad en sede de casación constituyen verdaderas actitudes de convalidación sobre el particular (petición de contraevidencia del veredicto, disquisiciones sobre la inimputabilidad del procesado, etc.), cuando nadie ha tachado de falsa la audiencia o controvertido su exactitud, y, cuando los jurados de conciencia suscribieron en forma clara su fallo que, como se anotó, debe entenderse integrado a la pieza procesal materia de la censura.

En presencia de las precedentes consideraciones, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos
Secretario.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Jerarquía.

La jerarquización es principio esencial de la organización judicial, por manera que el instructor no puede válidamente calificar la conducencia o fundamento de lo ordenado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 87.

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior de Quibdó mediante auto de 12 de diciembre de 1984, dictado de acuerdo con el concepto de su colaborador Fiscal, llamó a responder en juicio criminal al ex Juez Noveno de Instrucción Criminal de ese Distrito, con radicación en Istmina (Chocó), doctor Luis Alfonso Lozano González, por el delito de prevaricato consistente en haberse negado a dar total cumplimiento a comisión impartida por el Juzgado Penal del Circuito de Bahía Solano, hechos que ocurrieron en los meses de mayo y junio de 1983.

Remitido el original del proceso a la Corte para el trámite de segunda instancia, se destruyó en el incendio del Palacio de Justicia, sin que se lograra obtener copia del concepto emitido por la Procuraduría. Por estas circunstancias, recibidas copias del proceso, remitidas por el Tribunal, se surtió nueva tramitación, encontrándose el asunto para decisión.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, a quien había correspondido el asunto con anterioridad, emitió nuevo concepto para solicitar la revocatoria de la providencia recurrida y en su lugar sobreseer definitivamente al acusado.

La apelación interpuesta por el procesado contra el auto enjuiciatorio se concedió debidamente, por haberse sustentado oportunamente el recurso y reunir los restantes requisitos exigidos por la ley.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Juez Promiscuo del Circuito de Bahía Solano impartió comisión al Juez Noveno de Instrucción Criminal con radicación en Istmina, en el proceso por fraude mediante cheque contra Pedro Daniel García Cortés, para recibir indagatoria al procesado, a lo cual se concretaban las diligencias ordenadas. El 13 de mayo de 1983 procedió el comisionado a cumplir lo dispuesto y así oyó en indagatoria al sindicado. Escuchó sus explicaciones y manifestaciones sobre el cargo formulado y cuando faltaba para concluir el acto, preguntar al indagado, si quería expresar o aclarar algún punto de su exposición, anotó el juez que la suspendía por observar que, según las aseveraciones del acusado, el cheque que había dado lugar a la investigación, había sido girado con más de seis meses de anterioridad a la denuncia, lo que significaba que no podía iniciarse la acción penal conforme al artículo 357, parágrafo 5º del Código Penal.

Devuelto el proceso al comitente, éste en auto de 3 de junio de 1983, comisionó nuevamente al de instrucción para la diligencia dicha y le "...recuerda al funcionario comisionado que él no es juez del conocimiento y de reincidir se le daría aplicación al artículo 36 del Código de Procedimiento Civil...".

Ante esta nueva comisión, el acusado resolvió que "...no se le dará cumplimiento...", por los motivos ya consignados y porque "...debe de (sic) primar es (sic) la economía procesal y la agilidad de la justicia en toda investigación...", pues la acción no podía iniciarse y así, ordenó la devolución del cuaderno de copias remitido.

Se acreditó la calidad de funcionario del acusado con los documentos pertinentes, como el ejercicio del cargo en la época de los hechos.

Perfeccionada la investigación se calificó en la forma expresada, habiéndose agregado copias del proceso por fraude mediante cheque (Fls. 72 a 84), de las cuales aparece que en términos generales se adelantó el interrogatorio del sindicado, efectuado por el juez de instrucción. Se comprobó también la emisión del cheque con más de seis meses de anterioridad a su presentación y que el proceso terminó por aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia de delito (artículo 357 del Código Penal).

En su indagatoria el juez consignó la misma explicación ya indicada y anotó que la diligencia la suspendió cuando el interrogatorio al procesado estaba casi agotado. Y que por las mismas razones se negó a continuarla, por estimarla ilegal, habiendo dado aviso al Tribunal.

SE CONSIDERA

1º *El cargo formulado contra el acusado es el de haberse negado, en su calidad de juez de instrucción, a cumplir la comisión impartida por otro funcionario judicial, con la finalidad exclusiva de recibir indagatoria*

al sindicado en el proceso respectivo (autos de abril 19 y junio 3 de 1983, Fls. 78 v. y 81 v.). Lo anterior con manifiesta violación de las normas pertinentes y perjuicio de la justicia, que veía en esa forma dilatada la decisión por ese obstáculo, cuando el comisionado no podía, ni debía calificar la procedencia de los actos en los que consistía la comisión, por lo cual incurrió en prevaricato omisivo al rehusar un acto que le correspondía o debía ejecutar en perjuicio de sus funciones.

2º Conforme a la anterior reseña de las pruebas y actuación procesal, resulta establecido sin lugar a dudas que el juez de instrucción acusado, suspendida la diligencia y requerido en forma clara para su prosecución, se negó a cumplir lo dispuesto por el comitente.

3º *Ciertamente no se puede desconocer, como lo anota el Tribunal Superior en su providencia, y como es también el pensamiento de su Fiscal, que la jerarquización es principio esencial de la organización judicial y que debe ser plenamente observada en cuanto garantiza su efectivo funcionamiento, sin que el instructor deba calificar la conducencia o fundamento de lo ordenado. Y menos olvidar que los jueces de la República deben cumplir las comisiones y órdenes de sus superiores y en caso de no hacerlo contrariando la ley, incurren en delito.*

4º Sin embargo, en el presente caso, los hechos no se adecuan con exactitud a la falta referida, con las consecuencias penales correspondientes, ya que como lo anota la Procuraduría Delegada, en sustancia, la comisión impartida sí se cumplió, pues el funcionario instructor procedió a oír en indagatoria al sindicado, escuchó sus explicaciones y lo inquirió sobre los hechos, es decir, que prácticamente agotó el interrogatorio correspondiente, faltando sólo alguna pregunta de escasa incidencia, por lo cual debe concluirse que el acto ordenado tuvo efecto y con el mismo podía entenderse cumplida la finalidad procesal de oír las explicaciones del acusado.

No podría por tanto, con esta base, afirmarse o concluirse que el juez comisionado incurrió en prevaricato por omisión, por no existir los elementos exigidos para la configuración de este hecho punible cual es la renuencia o incumplimiento del acto al que estaba obligado.

5º Se observa no obstante, que con tal conducta, el acusado pudo incurrir en falta disciplinaria al no atender estrictamente lo dispuesto por el comitente. Y por parte de éste, pudo incurrirse en la misma infracción al proseguir, a pesar de la demostración de la improcedibilidad de la acción —declaración con la que concluyó el proceso—, el trámite correspondiente, sin examinar la situación observada y sólo para hacer prevalecer su criterio. Por lo cual deben ordenarse copias para que por la Procuraduría Regional se verifique la conducta de uno y otro funcionario.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada,

RESUELVE:

REVOCAR la providencia apelada y en su lugar SOBRESEER DEFINITIVAMENTE al procesado doctor Luis Alfonso Lozano Gongález, por no configurarse infracción penal.

Entréguese al procesado la caución constituida para efectos de su libertad provisional.

Expídanse las copias ordenadas en parte anterior de esta providencia. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CONCURSO

En los tipos penales de conducta alternativa cuando hay unidad de sujeto activo y éste realiza varias hipótesis, según los verbos rectores, no se presenta la figura del concurso delictual y su solución se traslada al campo de la dosimetría penal.

COMPETENCIA

Justicia Penal Militar.

El artículo 46 de la Ley 30 de 1986 es de inmediato cumplimiento, por manera que no continúa la competencia de la Justicia Penal Militar con el argumento del régimen de normas dictadas bajo el estado de sitio.

NULIDAD

Cuando una misma conducta se ha dividido, otorgándole la apariencia de dos cargos para hacer un doble encuadramiento, se incurre en nulidad de carácter constitucional, porque se viola el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 87.

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1986.

VISTOS

Habiéndose reconstruido en lo posible este proceso, procede la Corporación a desatar el recurso extraordinario de casación interpuesto por

el defensor de Graciano Ramírez Maldonado, contra la sentencia de 25 de febrero de 1985, emanada del Tribunal Superior Militar por medio de la cual se confirmó la dictada por la Presidencia de un Consejo de Guerra Verbal, el 12 de septiembre de 1984 que condenó a dicho ciudadano a la pena de diez años, seis meses de prisión.

Hechos

Se pueden resumir en la circunstancia de que la fuerza pública en diligencia de allanamiento practicada el 9 de mayo de 1984, en predios que se aceptan ser de Graciano Ramírez Maldonado, en la vereda de Roque Bajo, Municipio de San Joaquín (S.), encontró cultivos de plantas de coca o hayo, con un total de 53.000 arbustos o matas, 22 bultos con hojas de coca, una muestra de una hoja de coca procesada, canecas y galones con gasolina y dos plásticos. También se encontraron un revólver, cartuchos para ella y para otros armamentos.

Actuación procesal

1. Adelantada la investigación, fue indagado Graciano Ramírez, quien aceptó cultivar la coca o hayo y reconoció que después de recolectadas las hojas, se ponen a secar al sol sobre plásticos, se empaca para proceder a la venta de ellas. Como razón de su proceder, explica que todo el mundo en la región, cultivaba lo que él llama hayo, que desconoce la coca, y que no creía que eso fuese indebido.

Al recepcionarse las declaraciones del Cabo Primero de la Policía Nacional, Luis Guillermo Quintas Suárez y del Agente Alfonso Reyes, el primero al ser preguntado si encontraron sustancias que produzcan dependencia física, es decir cocaína o alcaloides ya procesados, respondió negativamente. El segundo al interrogársele si le consta si dentro de la finca se procesara el hayo o coca, respondió que sobre eso no encontraron nada.

2. Practicadas algunas diligencias, el 1º de junio de 1984, se le dictó auto de detención por la Justicia Penal Militar, señalándose como norma violada el artículo 37 del Decreto 1188 de 1974, reformado por el artículo 1º del Decreto 1064 de 1978, norma ésta que tiene como verbos rectores los de cultivar o de conservar y como objeto material, plantas de marihuana, o de las que pueda extraerse cocaína, morfina, heroína, o cualquier otra droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica, etc.

3. A folio 29, aparece un dictamen del Instituto de Medicina Legal, Seccional de Bucaramanga, firmado por un toxicólogo. En él se analizaron como muestras un residuo vegetal, color verde (3 gramos) y un retal verde (3 gramos) con el fin de hacer investigación para estupefacientes. El resultado fue positivo para cocaína (vegetal verde) y negativo para alcaloides y marihuana (vegetal color marrón). No aparece constancia de que dicho dictamen hubiese sido puesto en conocimiento de las partes, por el delito de cultivo, procesamiento y tráfico de estupefacientes *(cocaína)*. Subraya la Sala.

4. Previo concepto favorable del respectivo Auditor de Guerra, el Comandante de la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga, convocó a Consejo de Guerra Verbal en la Guarnición del Socorro contra Ramírez Maldonado.

5. Una vez instalado el Consejo se sometieron a su consideración dos cuestionarios: el primero se refiere al hecho de haber establecido cultivos o plantaciones de arbustó, llamado *coca* o *hayo,* del cual se extrae cocaína en número aproximado de 50.000 y 1.500 plantas respectivamente.

El segundo cuestionario se refiere al hecho de haber recolectado, almacenado y vendido *hojas de coca* (hayo) de las cuales se extrae cocaína en varias oportunidades. Ambos cuestionarios fueron respondidos con "veredicto de responsabilidad" (subraya la Sala).

6. Al desarrollar el veredicto de los vocales, se expresa por el Presidente del Consejo, que Ramírez Maldonado, se dedicaba a cultivar la coca o hayo, y fuera de ello también recolectaba y la vendía desde tiempo atrás.

En una parte de la sentencia se acepta que se está violando el artículo 37 como el 38 de la norma multicitada, pero más adelante se agrega, que se sancionaría por el artículo 38 en consideración a que es el delito más grave y subsume el artículo 37.

Sin embargo, la penalidad se fijó en un total de diez años y seis meses "teniendo en cuenta la cantidad de siembros, almacenamiento y comercialización de la coca". Como fundamento se cita el artículo 43, numeral 3 del decreto citado.

7. Contra esta providencia se interpuso el recurso de apelación. Al descorrer el traslado el Fiscal Sexto de la Corporación, observó que existía una mala calificación, puesto que se redactaron dos cuestionarios cuando en realidad es solamente uno el delito cometido.

Se sostiene además que quien cultiva la coca, tiene que recolectar las hojas, pues lo uno comporta lo otro. Distingue entre la cocaína, elaborado de la sola hoja de coca.

Y agrega que no está demostrado en el proceso en qué fecha se recolectaron las hojas, pero todo hace presumir que fue antes del 2 de mayo, fecha en la cual el juzgamiento del narcotráfico pasó a la Justicia Penal Militar. Por ello sostiene, se configura una nulidad por falta de competencia de la Justicia Penal Militar.

8. La providencia de segunda instancia, objeto del recurso extraordinario, no aceptó la nulidad impetrada por el Fiscal, sosteniendo que los delitos imputados (plural) son permanentes, y si en cualquier episodio es sorprendido el delincuente y si ello acaeció con posterioridad al 2 de mayo, la competencia es de la Justicia Penal Militar.

Se agrega que hubiese sido suficiente incluir los verbos, recolectar y almacenar; ello habría bastado para entender que se trataba de delito permanente. La inclusión de varios verbos obedecía a mayor claridad, para

ahondar en razones, siendo injustificada e innecesaria la declaración de nulidad.

Por último se confirma la providencia recurrida.

9. Obra igualmente constancia en el folio 33, cuaderno reconstruido de la Corte, de que además de la pena ya reseñada, se había condenado a Ramírez Maldonado, el día 24 de julio de 1984, por el mismo Comando de la Quinta Brigada, a un año de arresto, por violación del Decreto 1056 de 1984.

10. Contra la sentencia condenatoria de segunda instancia, se interpuso el recurso extraordinario de casación.

La demanda

Una sola causal de casación *se alegó:* la de haberse dictado la sentencia en proceso viciado de nulidad (causal 4ª del artículo 580 del C. de P. P.). Sin embargo, desentrañándola se pueden separar varios cargos como adelante se hará.

Se califica la nulidad como constitucional, por no haberse observado "la plenitud de las formas propias del juicio" (Art. 26 de la C. N.). Se trata de concretar tal audiencia en lo siguiente:

a) Estar los cuestionarios sometidos al Consejo de Guerra, mal elaborados por no cumplirse los requisitos de los artículos 559 y 560 del Código de Justicia Penal Militar, pues se omitió la expresión "*sin permiso de autoridad competente* que es uno de los elementos constitutivos del delito, toda vez que puede darse el caso del cultivo con tal permiso, lo cual no conlleva comisión de delito alguno";

b) Este aspecto del cargo, se esboza en el acápite intitulado "Aspecto procesal" y se reitera en el denominado "Causal de Casación". Se hace consistir en un doble encuadramiento de la misma conducta en los cuestionarios. Según el recurrente se mencionó en el cuestionario dos "la recolección" de la hoja de coca, cuando tal actividad está comprendida en el acto del cultivo mismo;

c) Aun cuando no se expresa con claridad, se trata de insinuar una nulidad, que sería en realidad de índole legal (incompetencia de jurisdicción). Consistiría para usar los términos del recurrente, en tratar "bajo el resorte" del Decreto 1042 de 1984, conductas realizadas antes de que la norma fuese dictada.

Esto es, que se revive el planteamiento del Fiscal del Tribunal Militar, pues se sostiene que los hechos fueron cometidos con antelación a la norma que le asignó competencia a la justicia especial para conocer de estos delitos.

Se impetra que la nulidad se decrete a partir del acto procesal de elaboración de los cuestionarios.

Finalmente, el recurrente ofrece excusas por lo mal ordenada de la demanda y pone de presente no estar recibiendo emolumentos por ese

ensayo profesional y su total ignorancia en este sector de la profesión. Sin ceñirse a la técnica de la casación, agrega copia de una providencia del Tribunal Militar sobre un caso que estima similar.

Concepto de la Procuraduría

La Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, solicita que se case la sentencia por encontrarse acorde con las apreciaciones contenidas en el libelo de la demanda. Estima que constituye nulidad el no haberse incluido en los cuestionarios la expresión "sin permiso de autoridad competente".

Esta argumentación convenció a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y por ello no penetró en las demás.

Consideraciones de la Corte

1. Es bien sabido que la Sala de Casación Penal de esta Corporación ha aceptado una vía amplia de estudio en lo tocante con la causal cuarta de casación y ha llegado a sostener que aun cuando existan algunas nulidades no sustentadas debidamente por el recurrente, la Corte puede decretarlas. Dentro de ese prenotando jurídico, esta Corporación está de acuerdo con el actor en cuanto a su valerosa confesión, de que su demanda está mal ordenada; pero a pesar de que no cumpla los requisitos de técnica, ello no obsta para que la Sala proceda a su estudio.

2. Como ya se expresó la causal cuarta alegada, se puede separar en tres cargos: el primero reseñado en el literal a) de la síntesis de la demanda, consiste en que los cuestionarios están mal elaborados por no insertarse uno de los elementos constitutivos del delito, pues se omitió la expresión "sin permiso de autoridad competente".

A pesar del entusiasmo con el cual la Procuraduría acoge la censura, la Corte estima que la omisión de esa expresión sacramental, carece de consecuencia procesal alguna.

En efecto, la expresión "permiso de autoridad competente" es un elemento normativo del tipo, cuya omisión no asume las proporciones que se le ha querido dar, ya que los planteamientos doctrinarios aceptados universalmente hacen que a pesar de la omisión, continúe siendo un elemento del delito.

Quien realizó alguno de los verbos rectores contemplados en los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974, pero estaba munido de un permiso de autoridad competente, simplemente está actuando dentro de la órbita de la causal de justificación, conocida como ejercicio de un derecho o de una actividad lícita, causal ésta contemplada en el artículo 29, numeral 3 del Código Penal.

Si se estudia la parte especial del Código de 1980, se concluye que ella, a diferencia del Código de 1936, trató de incluir el menor número posible de elementos normativos, por estimar que el problema estaba

definido en la parte general del código. Pero en el caso presente, la conducta no está descrita en el estatuto punitivo, sino en disposición especial, cuyos lineamientos formales no son tan adecuados.

En tales condiciones, la omisión de la frase sacramental, "sin permiso de autoridad competente", resulta inocua, y su exigencia llevaría a una órbita exagerada de formalismo. Por lo demás, en este proceso, ni se discute, ni se alega la presencia de autorización al procesado para realizar esta conducta, otorgada por autoridad alguna. Debe pues desecharse este aspecto de la demanda.

3. Mayor detenimiento merece la alegación tocante con la formulación de cuestionarios.

Como punto de partida, *deben analizarse los presupuestos normativos acogidos en el proceso, esto es, los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974.*

Si se escudriñan ambos tipos, se encuentra que se describen hechos punibles distintos con objeto material diferente y verbos rectores diversos. El artículo 37, tiene como objeto material, especies de la naturaleza, específicamente plantas y los verbos rectores son solamente dos: cultivar y conservar. Cuando es una misma persona quien realiza ambas conductas, aparece claro que la segunda es secuela de la anterior.

En cambio, el artículo 38, tiene un objeto material totalmente diferente, ya que se refiere a productos elaborados que pueden provenir de las plantas referenciadas en el artículo 37. Tales productos se clasifican genéricamente bajo la expresión "drogas o sustancias" que produzcan dependencia física o psíquica de las cuales se hace una enumeración no taxativa.

Por ende, puede afirmarse que mientras el artículo 37, limita el objeto material a una fase simplemente natural o agrícola, el 38, enfoca como tal objeto, productos que ya requieren un principio de elaboración o transformación industrial.

Estas dos normas, desde el punto de vista formal, se ubican dentro de los llamados tipos de formulación casuista, tipos compuestos o de conducta alternativa, denominados también por Beling como tipos de hipótesis fungibles. Cuando el legislador usa tal clase de tipos, no es menester que se realicen todos los verbos rectores para que se cumpla el proceso de subsunción.

Igualmente, al usarse varios verbos, en los supuestos de unidad de sujeto activo, cuando éste realiza varios, no se presenta el fenómeno de concurso delictual. El legislador supone varias hipótesis, pero de coexistir ellas, se conforma solamente un hecho punible cuando hay unidad del sujeto activo.

En el supuesto específico del artículo 37 citado, si es una misma persona quien cultiva la planta y conserva el producto, no incurre por ello en concurso delictivo.

Sin embargo, es claro que cuando el sujeto activo realiza varias hipótesis, previstas en la misma norma, el problema se traslada al campo

de la dosimetría penal, correspondiéndole por ende una penalidad mayor que en el caso del sujeto que ejecuta una sola conducta.

Puede afirmarse pues, que mientras el artículo 37, se contrae a una fase natural o agrícola, el artículo 38, ya requiere un principio de elaboración o transformación industrial.

4. El Estatuto Penal Militar, da bases para la elaboración de los cuestionarios. Una de ellas es, la de que cuando se proceden por varios delitos, se harán preguntas separadas para cada uno de ellos (artículo 576).

En este caso concreto la Sala debe aceptar que los cargos que obran contra Graciano Ramírez Maldonado, solamente se pueden incluir dentro de la órbita del artículo 37 del decreto citado, ya que en el allanamiento, se le encontraron cultivos y además hojas de coca o hayo, producto de ese cultivo, pero no hay ninguna base seria para establecer que se le haya encontrado la sustancia elaborada denominada cocaína, ni que tuviese un laboratorio idóneo para tal producción.

En tales condiciones la conducta a subsumir se repite, sería la de cultivar o conservar la planta de coca o hayo; pero se decidió elaborar otro cuestionario cuya redacción es altamente criticable, ya que presupone una conducta que aun cuando según la sentencia se pretende adecuar al artículo 38, la verdad es que no refleja en forma clara o intelegible hipótesis fácticas que correspondan a preceptos que tengan como secuela una sanción.

Al analizar el segundo cuestionario, se encuentra que se refiere a la hipótesis de haber recolectado, almacenado, vendido o comerciado, hojas de hayo, de la cual se extrae cocaína. Esto es, que se hace un criticable doble encuadramiento no previsto por el legislador. En el primer cuestionario se pregunta por la hipótesis de cultivar plantas del arbusto y en la segunda se hace una discriminación o desmembración entre el género plantas y la especie hojas.

En el primer cuestionario se pregunta por el cultivo de la planta y en el segundo por la recolección de las hojas de la misma. La manera como está desarrollado el segundo cuestionario, no es sino una repetición bajo diverso aspecto de la conducta ya relatada en el primero y en ningún momento encaja dentro de la descripción típica del artículo 38 citado. Se reitera que esta disposición se refiere es a un producto o sustancia de la planta ya elaborado y no a las hojas de la planta misma.

Ninguna razón jurídica valedera auspicia la desmembración establecida en dos cuestionarios, ya que el segundo equivale a la creación por parte de la justicia especial de un tipo delictivo no contemplado por el legislador.

Si se observan las sentencias de primera y segunda instancia, se llega a la conclusión, de que la verdad es que, habiéndose respondido afirmativamente ambos cuestionarios, la sentencia se desarrolló con base en ellos; así a folio 7 de la sentencia de primera instancia, se acepta que se estaban violando los artículos 37 y 38 del decreto citado y renglones adelante se afirma que al responsable se le sancionaría por el artículo 38, que como ya se vio no está debidamente desarrollado en el cuestionario.

Se da como consideración, el de que el artículo 38 se estima más grave y subsume al 37, con lo cual se está admitiendo la aplicación de ambas normas. Este enfoque se robustece al analizar las argumentaciones en que se fundamentó la pena impuesta.

Tal como están redactados los cuestionarios, surge la existencia innecesaria del segundo, cuando la conducta era solamente ubicable en el primero. En otros términos, *una misma conducta se ha dividido, otorgándole diversos revestimientos formales para darle la apariencia de dos conductas y por ende, de dos cargos. El punto a analizar es el de si tal doble encuadramiento es inocuo o si por el contrario puede constituir una nulidad constitucional.* En apoyo de la primera tesis, podría sostenerse que los Vocales del Consejo de Guerra, podían responder negativamente uno de los cuestionarios precisamente por estimarlos redundantes.

Sin embargo en el caso a estudio, la sola redacción de los cuestionarios, tiende a inferir una respuesta positiva para uno cualquiera de los supuestos.

La desmembración de la conducta viola una de las bases fundamentales del derecho de defensa, resumida en el axioma latino non bis in idem, *según el cual nadie puede ser juzgado o condenado más de una vez, por un solo hecho.*

Bien sabido es, que las llamadas Nulidades supralegales o constitucionales, se configuran cuando se violan algunas de las cuatro garantías de naturaleza, objeto y consecuencia propias, señaladas en el artículo 26 de la Carta Magna; ellas son:

a) Legalidad del juicio y la jurisdicción;

b) El debido proceso;

c) La favorabilidad normativa.

d) El derecho de defensa.

(Providencias de 24 de mayo de 1982, ponente doctor Alfonso Reyes; de 21 de enero de 1985, ponente doctor Alvaro Luna Gómez; de 8 de mayo de 1970, de 30 de agosto de 1979, de 26 de julio de 1944; de 15 de diciembre de 1950; de 24 de noviembre de 1955, etc.).

La legalidad del juicio se viola, al olvidarse el mandamiento ya anotado del artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar, del cual se infiere que cuando no hay sino una conducta, sólo debe redactarse un cuestionario. Ello también influye sobre el debido proceso.

En cuanto al derecho de defensa, es evidente que su mayor violación, se concreta en la sentencia, pero ésta se edifica sobre el veredicto. Existe pues una íntima vinculación entre estos actos procesales. La doctrina universal ha aceptado que en actos como estos, llamados complejos, la nulidad debe decretarse desde el momento en el cual ella se engendra y sin el cual no podrían existir los posteriores actos. Se habla en estos casos de una conexión causal y necesaria.

Y es que no debe olvidarse como presupuesto fundamental, que "la doctrina constante de la Corte, enseña, que el cuestionario no es un simple

acto ritual, sino uno de los más decisivos del proceso, debiéndose hacer en él síntesis completa de los hechos, para que el jurado afirme o niegue la responsabilidad de los acusados y sirvan con idoneidad de fundamento de la sentencia definitiva" (casación de 29 de enero de 1981, ponente doctor Gómez Velásquez).

La doctrina transcrita sirve para reiterar lo esbozado, pues es indiscutible la violación del derecho de defensa, al haberse violado en ella el principio non bis in iden. *Y si esa sentencia está fundamentada indiscutiblemente en los criticados cuestionarios, la agresión a tal derecho aparece desde ese momento.*

Podría pensarse en decretar la nulidad a partir de la sentencia, pero ello le quitaría toda eficacia procesal a la declaración, pues tendría que edificarse sobre el veredicto y sobre los cuestionarios tan criticados. Además ello no tendría respaldo ante la nueva situación que presenta la Ley 30 de 1986 y que adelante se estudiará.

Por ende, tienen razón tanto el recurrente como la Procuraduría en lo acertado en los reparos que se le han formulado a los cuestionarios; aun cuando podrían hacerse más consideraciones a este respecto, el asunto resulta para esta Corporación de una claridad meridiana. Debe pues decretarse la nulidad impetrada.

5. Como regla general, la aceptación de una causal de nulidad, hace innecesario el análisis de los restantes cargos. Sin embargo *en este caso concreto* debe hacerse una excepción, ya que *debe aclararse lo tocante con la alegada incompetencia de jurisdicción* reseñada en el numeral c) del capítulo dedicado al resumen de los puntos de vista del actor. La aceptación o no de tal planteamiento repercute en el curso posterior que debe imprimirse a este proceso como adelante se determinará.

Es cierto que *esta investigación se inició el 9 de mayo de 1984, esto es después de haberse dictado el Decreto 1042 de tal año y que el allanamiento tuvo lugar también, después de haberse dictado la citada norma. Pero el cultivo y conservación de las plantas es un hecho permanente que siguió cometiéndose dentro de la nueva norma, que es simplemente de carácter procedimental por cuanto trasladó la competencia a la Justicia Penal Militar. Por tanto es aplicable lo dispuesto en el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal y la jurisdicción militar era la competente desde el momento en que comenzó a regir la nueva norma para conocer de hechos ilícitos que subsistieron dentro de su ámbito temporal.*

Pero además, el artículo 4º del precitado Decreto, es claro al disponer que la competencia y el procedimiento establecidos en el mismo, regirán para los hechos respecto de los cuales no se hubiere iniciado investigación.

6. En cuanto al momento procesal a partir del cual debe decretarse la nulidad, estima la Corte, que se ha presentado una nueva situación jurídica que infiere notablemente en la decisión que se tome y que hace secundario revivir la discusión de si cuando se acepta una nulidad de los cuestionarios de los Consejos de Guerra Verbales, ella debe decretarse a partir de su formulación o de la resolución de convocatoria.

El 5 de febrero de 1986, entró a regir la Ley 30 de enero 31 de ese año, por "la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones". El artículo 46 establece: "El conocimiento de los delitos de que trata la presente Ley, corresponde en primera instancia a los Jueces Penales y Promiscuos del Circuito...".

Debe estudiarse, si tal ley dictada por el Congreso, debe aplicarse a este caso, o si por el contrario continúa rigiendo la competencia de la Justicia Penal Militar, con base en las normas dictadas bajo el estado de sitio.

Se sostuvo jurisprudencialmente, que existen ciertas leyes que nacen suspendidas, hasta que el estado de excepción no se levante. Tal tesis llegó hasta ser aceptada por esta Corporación (Sala de Casación Penal, julio 21 de 1975).

Pero con posterioridad en providencias de 24 de marzo de 1981 y 12 de mayo del mismo año, se ha rectificado tal manera de pensar. La Sala estima conforme a estos últimos planteamientos, que resulta inadmisible aceptar el sui generis *fenómeno de las normas suspendidas, ya que el artículo 121 de la Constitución, se refiere a la de las dictadas con anterioridad a tales decretos, esto es, a la legislación preexistente.*

La potestad legislativa del Congreso es ilimitada, salvo en las materias expresamente reservadas por el constituyente a las otras ramas del Poder Público y no se pueden suspender disposiciones futuras o leyes por venir.

En tal virtud el artículo 46 de la citada Ley 30, es norma de inmediato cumplimiento en cuanto fija competencia y a ella son atinentes las razones que se expusieron en el punto 6 de las consideraciones de la Corte en esta providencia, con fundamento en el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal.

Se ha dicho que es secundaria la discusión sobre si cuando se acepta una nulidad de los cuestionarios en los Consejos de Guerra Verbales, ella debe decretarse a partir de su formulación o de la resolución de convocatoria. Esta reflexión se comprende mejor al enunciar la nueva situación normativa, pues al perder la competencia la Justicia Militar, carece de razón alguna el aceptar la resolución de convocatoria y el nuevo aspecto jurídico infiere necesariamente a dejar sin valor tal acto.

Ahora bien, si se ha aceptado que los cuestionarios equivalen al auto de proceder, se impone seguir las mismas reglas que se aplican generalmente cuando se decreta la nulidad de tal proveído.

La jurisprudencia ha aceptado que en tales supuestos la nulidad se retrotrae al auto de cierre de investigación (providencia de noviembre 13 de 1980, Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía).

Secuela de todo ello es, que la Corte estima que el proceso debe ser enviado a la justicia ordinaria por conducto del Tribunal Militar, ya que ella ha adquirido competencia.

Así pues, el proceso debe regresar al estado del sumario y el juez competente que lo es el del Circuito respectivo, resolverá si es el caso proceder o no a tal cierre.

Lo expuesto significa obviamente que la nulidad debe prosperar en las condiciones enunciadas.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que 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, CASE la sentencia del Tribunal Superior Militar de que se hizo mérito y decrete la nulidad de todo lo actuado a partir de la Resolución 058 de 14 de agosto de 1984, para que el proceso continúe adelantándose por la justicia ordinaria, conforme a lo determinado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, salvamento de voto, *Lisandro Martínez Z.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

La razón de mi disentimiento no es otro que la de estimar que en este caso fue posible no dilatar, para perjuicio del procesado y de la sociedad misma, su definitiva definición. Pero se impuso la invencible tendencia del formalismo, el propósito nunca ausente de la noria judicial de volver siempre sobre lo mismo y de hacer interminables los procesos de juzgamiento, hasta llegar a tardías sentencias de condena o de absolución, o a las declaratorias de prescripción, tan frecuentes como perjudiciales. Es la revelación constante del alma nacional, que no desea ser breve sino extensa, que no puede quedar satisfecha sino dudosa, que se niega a aceptar procedimientos idóneos y prefiere trámites dispendiosos, incesantemente corregidos y anhelantes de la suma e ideal perfección. Por eso se me ocurre comparar el desasosiego de la justicia colombiana con el mito de Sisifo: se llevan los procesos hasta su más próxima culminación, para luego retornarlos a sus fases iniciales o intermedias, hasta lograr enloquecer a testigos, jurados, jueces, apoderados, autoridades y hasta procesados.

En esta oportunidad creo que fue conveniente desarrollar un poco más el tema de las nulidades constitucionales y darle término a este proceso, para reposo de todos. No se quiso acoger la tesis que más adelante esbozaré, no sé si por aversión a la doctrina de las nulidades constitucionales, que se quiere mantener congelada, o porque nos parece más cómodo y menos riesgoso, repetir que innovar.

Nos acogemos, mansamente, a lo hecho, pero no nos atrevemos a dar un paso más por carencia de las muletillas de la jurisprudencia que haya comentado el tema. Perdóneseme que diga estas generalidades, no tanto por la postura del ponente que se mostró permeable a nuevos rumbos, sino por otras voces que, con sus apostillas, me recordaron lo que Soler decía de algunos contradictores de reformas penales eficientes y necesarias: juzgan que todo nuevo homicidio las desacredita y refuta, como si el fin de ésta fuera paralizar instantánea y definitivamente el surgimiento de nuevos delitos. De ahí que algunos se duelan, dentro de su peculiar modo de pensar, de que no todos los casos puedan resolverse con absoluta diafanidad y que tal o cual hipótesis, podría no encajar en el sistema propuesto.

A esto podría replicarse que, por ahora, la tesis afronta los casos de más mérito y de común ocurrencia, sin que se resienta de incoherencia. Ya vendrán otros que encuentren más afortunadas soluciones; o que no tengan por dificultad lo que ahora, por palpar esquivo polvillo, se trueca en un mundo cósmico de contrasentidos, o que digan lo que ahora se tendría para decir: que ese caso se muestra ajeno a ese planteamiento, procurándose otro distinto remedio, porque resulta de elemental lógica que lo propio para la malaria no obre para la dolencia cardíaca y lo que sirve para la poliomelitis judicial no se adecue a la dromomanía forense, entendiéndose por ésta la vocación a trasegar sin fatiga los procedimientos, hasta que, por no terminar éstos, se llegue a la angustia kafkiana.

Pero entrando al tema anoto:

La jurisprudencia, por lo mismo que ha sido creación suya, ha logrado conclusiones bastante claras sobre la naturaleza y alcance de las llamadas nulidades constitucionales. Mediante una casuística abundante, dentro de la cual se han escrutado los casos más importantes y merecedores de este tratamiento, se ha conformado una sólida y benéfica doctrina sobre las mismas hasta el punto de resultar hoy en día muy conocidos los eventos que las constituyen como atentatorios del debido proceso y que el instituto de las nulidades legales no alcanza a cubrir eficientemente.

Pero si la tesis, en estos aspectos, ha devenido en una estructura jurídica de mérito, hay puntos que todavía no se han desarrollado integralmente y que persisten como zona de perplejidades e indefiniciones.

Suele ser argumento fácil señalar que la nulidad constitucional, por lo mismo que implica un fenómeno de invalidez, debe llevarse de modo fatal a la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y comporta, por tanto, una solución que parte de la base de la necesidad de reproducir el trámite, acudiéndose en esto a lo que señala el numeral 3º del artículo 583 *ibidem* ("si la causal aceptada fuere la cuarta, declarará en qué estado queda el proceso y dispondrá que se envíe al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte"). En otras palabras, se deduce de este raciocinio la prohibición para dictar la sentencia de reemplazo, hipótesis sólo contemplada para las causales primera y segunda del artículo 580 *ibidem*.

Esta interpretación, por lo regular, suele resultar acertada. Pero llevarla siempre a este extremo y rigor, genera el riesgo, por ser tan generalizante, de atentar contra una solución más técnica y de mejores resultados procesales.

La jurisprudencia nada ha dicho sobre este último particular y sobre el presupuesto de lo que suele ocurrir, de lo usual y corriente, se señala un criterio que no aparece ni expresa ni implícitamente sostenido por la Corte, ya que ésta, en momento alguno ha afirmado como regla invariable el que siempre que se produzca una nulidad de tipo constitucional, debe procederse a la anulación del proceso. Más acertado sería admitir la diversidad de situaciones y arbitrar soluciones acordes con esta disparidad. Así podría decirse que, como normalmente la nulidad constitucional incide sobre el trámite antecedente al proferimiento de las respectivas sentencias, su reconocimiento y declaratoria, debe afectar el momento procedimental en que surgió ese vicio. Pero, cuando la misma sólo se refleja sobre la sentencia emitida y censurada, no sólo puede sino que debe dictarse el fallo de sustitución. En otras palabras, cuando la nulidad constitucional sólo trasciende a la resolución definitiva, resultando plenamente válido su trámite precedente, lo aconsejable y exigible es efectuar la corrección pertinente, que no es otra que emitiendo la Corte el correspondiente fallo de reemplazo.

La nulidad constitucional no confina su condición y efecto al primer aspecto, o sea, al sustantivo que le sirve de nominativo, quedando la segunda parte como referencia a la base que le sirve de fundamento, o sea la violación de las normas superiores de la Carta. Más que verse en esa titulación una delimitante de su naturaleza, debe advertirse en la misma su efecto, o sea, la invalidez o anulabilidad del acto que se supone contrario a la Constitución. En términos más amplios pero igualmente dicientes, la nulidad constitucional puede guardar tanto parentesco con aspectos reservados a la sección primera de la causal primera del artículo 580, como a la cuarta del mismo artículo. Lo que amerita, según el caso, una solución que afecte el trámite o que solamente refluya sobre un específico acto, vale señalar, la sentencia.

Imagínese una tramitación totalmente ajustada al código de la materia que, en un juzgamiento por homicidio, se llegue a formular un doble cuestionario sobre la misma y única conducta: por el homicidio y por las lesiones que produjeron la muerte. La respuesta afirmativa en ambos requerimientos, objetada como nulidad constitucional (violación del *non bis idem*), no debe llevar, en su aceptación, a anular todo el trámite y volver a la convocatoria de nuevo jurado para presentar a éste un solo cuestionario (homicidio) sino el invalidar, en la parte pertinente, lo defectuoso de la sentencia emitida, lo cual puede cumplirse perfectamente en el correspondiente fallo de sustitución.

Lo expuesto me lleva a considerar que Graciano Ramírez Maldonado, a quien se reduplicó, sobre unos mismos hechos, la calificación jurídica de su conducta (cultivo y recolección de hojas de coca o hayo) dándose apenas la primera, cargo suficientemente comprobado y debatido, podría

tenerse por tal, desechándose el cuestionario con el cual se quebrantaba el principio del *non bis in idem.*

Tan sabia es esta solución que nada podría hacerse ni para repetir el procedimiento ni para casar en sentido alguno el fallo, en cualesquiera de las siguientes hipótesis:

a) Formulación de dos cuestionarios pero respuesta afirmativa de los vocales, para la siembra, y negativa para la recolección de hojas, por tratarse del mismo comportamiento;

b) Formulación de dos cuestionarios, con sendas afirmativas respuestas, pero con corrección del desatino bien en la sentencia de la primera o de segunda instancia. Y entonces, ante situación como la indicada, ¿por qué no es dable introducir el señalado correctivo mediante la nulidad constitucional, con efecto proyectado únicamente sobre la sentencia emitida?

Y no escasean los casos en los cuales el yerro se advierte tan sólo en el fallo y que allí mismo, por parte de la Corte, debe producirse la enmienda aconsejable. Así, la ausencia o escasa motivación sobre un aumento de pena; el reconocimiento parcial de una figura delictiva inexistente en el repertorio de las infracciones recogidas por nuestro código penal; la inclusión en la sentencia de persona no llamada a juicio; o, la condena patrimonial, del tercero responsable, ajeno al proceso penal, etc.

Gustavo Gómez Velásquez.

DENUNCIA

Ratificación.

La apertura de investigación o el auto inhibitorio no requieren de la ratificación bajo juramento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 087.

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1986.

VISTOS

Por apelación revisa la Corte la providencia de mayo seis del año que avanza en virtud de la cual el Tribunal Superior de Valledupar se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor Alfredo del Toro Núñez, quien fuera denunciado por algunas de sus actuaciones como Juez Tercero Penal del Circuito de ese Distrito Judicial.

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal solicita la revocatoria de la determinación impugnada.

RESULTANDOS

1º El recuento de los hechos a que se contrae este proceso, se puede sintetizar de la siguiente manera:

a) En marzo 14 de 1985 por medio de apoderado, Mery Rosa Bandera Martínez formuló denuncia penal contra Aldo Pérez Maestre por los delitos de acceso carnal violento y constreñimiento ilegal.

b) El 26 siguiente el juez del conocimiento dispuso, de conformidad con el artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal y para establecer la veracidad de los cargos imputados, la práctica de algunas diligencias

preliminares, entre ellas, el testimonio de la ofendida quien, bajo la gravedad del juramento reiteró haber sido accedida carnalmente contra su consentimiento y mediante el empleo de amenazas de muerte por parte de su denunciado, al que, según una de las respuestas que suministró, "le gustaría tener como su amante o marido".

c) El 13 de mayo del mismo año el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar a cargo del funcionario acusado, se abstuvo de iniciar investigación sobre la base de que, por los elementos de juicio incorporados a la averiguación, se podía concluir que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito por cuanto las relaciones sexuales objeto de indagación habían sido realizadas con el mutuo consentimiento de las partes quienes, por su edad y normalidad sicosomática están por fuera de la tutela penal.

2º El 21 de febrero de 1986 el representante de la ofendida inconforme con la determinación aludida, acusó al doctor Alfredo del Toro Núñez por los delitos de prevaricato, asesoramiento ilegal y abuso de autoridad, con fundamento en que, dada la amistad que le unía con Pérez Maestre, se abstuvo de ratificar su queja bajo la gravedad del juramento y de dictar el correspondiente auto cabeza de proceso; en el auto inhibitorio que profirió olvidando su calidad de empleado oficial se dedicó a hacer una defensa del implicado quien tenía varios negocios en su despacho; desplegó conducta inequívocamente dirigida a favorecer al mismo, y, en el interrogatorio que formuló a su cliente le insinuó las respuestas para hacerle caer en una trampa y poder apoyar el auto censurado.

3º En mayo 6 del año que transcurre, el Tribunal Superior de Valledupar estimó infundados los hechos materia de la acusación y jurídico el comportamiento del juez investigado, dictó auto inhibitorio que en oportunidad y con las debidas formalidades reprochó el afectado por la vía de la apelación.

SE CONSIDERA

Para la Sala es claro que el acusado doctor Alfredo del Toro Núñez cuya calidad de juez para la época de los hechos aparece demostrada en el expediente, no cometió los hechos materia de la queja, ya que su actuación aparece ubicada dentro de los estrictos límites del derecho, como se analiza a continuación en el orden correspondiente:

Prevaricato por omisión.

El artículo 150 del Código Penal que describe este hecho punible, tipifica la conducta del empleado oficial que omita, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, esto es, que el ilícito se configura, cuando el servidor público de manera dolosa omite el cumplimiento de la acción legalmente esperada.

El quejoso desconoce que la denuncia es el acto por medio del cual se pone en conocimiento de la autoridad competente la realización de un delito perseguible de oficio, lo que significa que la apertura de la etapa investigativa o la medida opuesta, el pronunciamiento de auto inhibitorio, no

pueden estar supeditados a la ratificación bajo la gravedad del juramento del respectivo escrito, pues lo contrario equivaldría a que el Estado dentro de esta modalidad de iniciación de la acción, cediera su obligación constitucional de poner en marcha el aparato jurisdiccional de acuerdo a la voluntad de los particulares.

En este caso concreto, si bien el juez acusado no dispuso la ratificación de la denuncia presentada por el apoderado de la ofendida, recurrió con buena lógica a la versión misma de la parte afectada que por supuesto conocía mejor que su representante los detalles de lo acontecido, supliendo así con creces la falta de ratificación jurada de la queja, comportamiento que no puede calificarse como violatorio de los deberes legales.

Abuso de autoridad y favorecimiento.

El artículo 152 del Código Penal establece como delito, el comportamiento del empleado oficial que fuera de los casos especialmente previstos como hecho punible, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto.

A su vez el artículo 176 *ibidem* contempla como forma de encubrimiento la conducta de quien teniendo conocimiento de la comisión de un hecho punible, y sin concierto previo ayudare a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente.

Afirmar que el funcionario denunciado recibió el testimonio de la mujer ofendida de manera arbitraria e injusta y mediante el empleo de preguntas prohibidas que dieran lugar a respuestas que serían dolosamente utilizadas para favorecer a Pérez Maestre, su amigo, es desconocer la realidad objetiva de esa investigación, mostrar un desconocimiento de las más elementales normas que regulan el interrogatorio del testigo y la estructuración de los diferentes tipos penales, y, hacer afirmaciones sin ninguna demostración procesal que no resulta injusto calificarlas de tendenciosas.

No aparece el más mínimo vestigio que ponga en evidencia la amistad entre el ex Juez 3º Penal del Circuito de Valledupar y el sindicado Pérez Maestre, como tampoco intento alguno de recusación hacia el funcionario por parte del interesado. Tampoco se advierte de las preguntas formuladas por el funcionario a la mencionada Bandera Martínez, propósito distinto de llegar a la verdad real de lo ocurrido, mediante el empleo de un interrogatorio acorde con la naturaleza del delito y los hechos denunciados.

Las afirmaciones del quejoso cuando critica el interrogatorio de su cliente no pasan de ser el producto de su personal e infundada opinión, y, mal pueden configurar el delito de abuso de autoridad relacionado, o, el de favorecimiento que ni siquiera remotamente encaja en los cargos de la investigación preprocesal ya relacionada.

Prevaricato por asesoramiento ilegal.

Es, en términos del artículo 151 del Código Penal, la conducta del empleado oficial que ilícitamente asesore, aconseje o patrocine a una persona que gestione cualquier asunto en su despacho.

Los verbos rectores contenidos en la norma aparecen, según las afirmaciones del denunciante, en los términos utilizados por el funcionario incriminado en la providencia de mayo 13 de 1985 con los cuales se convirtió notoriamente en defensor del implicado que estaba en obligación de investigar.

La asesoría, el consejo o el patrocinio que constituye el núcleo rector del prevaricato por asesoramiento ilegal, suponen actividad parcializada del servidor oficial en pro de los intereses de una de las partes, con el obvio detrimento que se ocasiona a la contraria. Es la falta del necesario equilibrio de quien tiene el deber de garantizar por igual las oportunidades procesales, y que con desconocimiento de ese mandato asume actitud de preferencia al brindar consejo o asesoría legalmente vedados. No obstante, por parte alguna del expediente aparece que el funcionario denunciado haya actuado con desvío de sus funciones. En la providencia cuya ilegalidad afirma el denunciante, se limitó a analizar los elementos de juicio de que disponía y a atribuirles las consecuencias jurídicas que estimó pertinentes.

Prevaricato por acción.

Finalmente el artículo 149 del Código Penal que describe este ilícito, tipifica la conducta del empleado oficial que profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, de modo que, como se ha reiterado, este delito se estructura cuando, el servidor público concreta su comportamiento de manera consciente y voluntaria, en una determinación o concepto que contradicen abiertamente el ordenamiento legal.

El juez denunciado mediante el análisis de la versión de la presunta ofendida, dio aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal por cuanto los hechos investigados no eran constitutivos de delito.

No existe en relación con el testimonio disposición legal que le atribuya un determinado valor a este medio de prueba y antes bien, el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal enseña que corresponde al Juez apreciar razonablemente la credibilidad del declarante, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las relativas al objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración.

No se encuentra que el acusado impusiera su capricho en la providencia objeto de censura, pues examinó como le correspondía dentro del campo de la persuasión racional el testimonio de la ofendida y concluyó sin desbordar la facultad legal con que se encontraba investido, que no era del caso declarar la apertura del ciclo instructorio. Resulta, pues, evidente que la medida inhibitoria tomada por el juez denunciado no puede calificarse como manifiestamente contraria a la ley, de donde se infiere que no corresponde a la descripción típica del hecho denunciado.

En estas condiciones es evidente que los hechos denunciados o no existieron o no son constitutivos de delito, razón por la cual se confirmará la decisión que se revisa.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oída la opinión del Ministerio Público,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario.

REVISION

Procede la revisión del proceso cuando, proferido el fallo de condena, se presentan pruebas que fueron desconocidas por los juzgadores en las instancias, que hagan presumir la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 87.

Bogotá, D. E., 2 de septiembre de 1986.

VISTOS

Cumplido el trámite legal, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Germán Chacón Antía, mediante apoderado especial, contra la sentencia ejecutoriada de 14 de marzo de 1984, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, reformando la dictada por el Juzgado Once Penal del Circuito de esta ciudad el 30 de octubre de 1982, lo condenó como reo ausente, junto con María Teresa Ruales Martínez y Aníbal Ramírez Serna a la pena principal de 36 meses de prisión, multa de $ 20.000.00 a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Salud Pública y a las sanciones accesorias correspondientes, por haber sido declarado responsable de violar el Decreto 1188 de 1974, entonces vigente.

ANTECEDENTES

A eso de las cuatro de la tarde del día 9 de mayo de 1979 arribó al aeropuerto internacional "Eldorado" de esta ciudad el vuelo de Avianca número 200 procedente de Leticia y de inmediato varios de los pasajeros fueron sometidos a requisa y registro por parte de agentes de la Unidad de Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación encontrando

en poder de la joven María Teresa Ruales Martínez, bajo sus ropas y adheridas al abdomen tres bolsas de plástico que contenían 1.052 gramos de cocaína de alta pureza.

Interrogada la incriminada sobre la procedencia de la sustancia incautada manifestó que le había sido entregada en Leticia por los sujetos apodados "Topogigio" y el "Patico" quienes le prometieron pagarle la suma de treinta mil pesos por traerla a Bogotá y que la mujer de nombre María Beatriz González fue la persona encargada de camuflarle la droga.

En su primera versión de los hechos, rendida el mismo día de capturada agregó que los mencionados sujetos viajaban en el mismo avión y después de ser requisados "salieron como si nada", informando que residen en la ciudad de Pereira y uno de ellos el "Patico" tuvo relaciones sexuales con ella. Describe físicamente a "Topogigio" como persona bajita de cuerpo, de acento costeño, de unos treinta años de edad, y a "Patico" como un hombre "alto, moreno, paisa, de unos cuarenta años de edad", advirtiendo que ambos se encontraban hospedados en residencias "Copacabana" de Leticia (Fls. 4 y 5 del cuaderno principal).

Iniciada la investigación por el Juzgado 21 de Instrucción Criminal de Bogotá, fue sometida a indagatoria, oportunidad en la que mostrándose reticente a las preguntas formuladas por el funcionario instructor, negó haber sido acompañada en el viaje por dichos sujetos afirmando eso sí, que el estupefaciente le fue entregado el día anterior (8 de mayo) por "Topogigio" quien se hospedaba en el hotel "Anaconda" de Leticia y el "Patico" era la persona que la esperaba en el aeropuerto, expresando que no estaba en capacidad de reconocerlos "porque hay muchos parecidos"; posición que en términos generales sostuvo en posteriores intervenciones dentro del proceso (Fls. 18 a 25, 30 y 239 *ibidem*).

Llamados a declarar los Agentes de Policía Judicial que intervinieron en el "operativo" montado a raíz de un informe suministrado por la DIPEC en el sentido de que dos mujeres sospechosas de narcotráfico viajaban en el vuelo procedente de Leticia se vino a establecer que, encontrándose de turno para requisa en el salón de aforo dos de las pasajeras, un sujeto descrito por el Agente Daniel Alejandro Ladino Ladino Pabón (Fl. 67), como de treinta y ocho años de edad aproximadamente, de bigote poblado y patillas largas trataba nerviosamente de comunicarse a señas con una de las dos mujeres y al ser sorprendido en dicha actitud abandonó precipitadamente el lugar siendo seguido por el agente Pulido encontrándolo en un taxi en compañía de otro señor, regresando con ellos a la oficina donde fueron requisados y registrados sus nombres y datos personales en el libro que para tales fines se lleva en la Unidad de Policía Judicial, siendo dejados en libertad.

En ese momento, la señora Ethel Moncayo de Rojas, encargada de registrar a la mujer que dijo llamarse María Teresa Ruales Martínez, le entregó un paquete hallado en su poder, manifestándole que había resultado positivo. Entonces, Pulido sospechando que los dos pasajeros registrados eran los dueños de la mercancía y percatándose que uno de ellos había dejado olvidada una pequeña cartera de mano salió a devolverla sin con-

seguirlo porque los sospechosos abordaron un taxi que arrancó a gran velocidad.

Agrega el deponente Ladino Pabón, que nuevamente le preguntó a la muchacha de quién era la sustancia incautada, y fue cuando ya después nos dijo que era del señor que habíamos soltado.

Preguntado por el funcionario instructor si recordaba los nombres de tales personas, "*Contestó:* En el momento no los recuerdo, pero si me lo permite traigo el libro que reposa en la Unidad. (En este estado de la diligencia, el declarante pone a disposición del Juzgado un libro de tamaño grande constante de 600 folios, rayado, de '*Control y registro de personas*', de Policía Judicial Narcóticos y en el folio número 316 en el quinto renglón de arriba hacia abajo, dice: 'Fecha: 9-V-79. Hora: 4:10 p. m. Apellidos y nombres: Aníbal Ramírez Serna, documento de identidad cédula de ciudadanía número se aclara Pasaporte T-313968. Nacionalidad: Colombiano. Procedencia: Aparecen comillas debajo de la palabra Bogotá destino Leticia. Observaciones: Pulido Viviescas (según el declarante, estos últimos apellidos se relacionan con las personas que lo trajeron). En el renglón sexto de arriba a abajo aparece: Fecha 9-V-79. Hora 4:10 p.m. Apellidos y nombres Germán Chacón Antra (sic). Documento de identidad: cédula de ciudadanía número 14204250 de Ibagué. Nacionalidad: Colombiano. Procedencia: Aparecen comillas debajo de la palabra Bogotá. Destino Leticia. Observaciones Viviescas Caycedo. Se anota que donde aparecen o figuran los nombres de tales personas, aparecen dos palabras que dicen 'OJO'. *Preguntado:* Aclárele al Juzgado por qué causa ahí en el libro figuran tales personas, procedentes de Bogotá y destino Leticia. *Contestó:* Lo que hay es un error en la anotación, ya que ellos proceden de Leticia a Bogotá" (Fls. 69 y 70 *ibidem*).

El Juez de Instrucción Criminal dejó expresa constancia que en el libro que tuvo a la vista aparecían también registradas como pasajeros del mismo vuelo, entre otras personas, las siguientes: Raquel Vanegas Pinilla, Jorge Enrique Salazar, Rodrigo E. Lema, Ricardo Amórtegui, Patricia Quintero y María Teresa Ruales Martínez, las dos últimas con una anotación en rojo de "Positivo" (Fl. 70 *ibidem*).

Julio César Pulido León, Ethel Moncayo de Rojas y José Arturo Caycedo Castro, miembros de la Unidad de Policía Judicial, adscrita al aeropuerto "Eldorado", confirman en lo esencial la versión suministrada por Ladino Pabón, precisando el primero de los nombrados que uno de los dos sospechosos fue identificado con el pasaporte en el que figuraban dos entradas a Panamá y al cual se refería la Ruales Martínez como "Topogigio" describiéndolo como una persona de 35 a 40 años de edad, de bigote poblado y patillas largas y de contextura física desarrollada, mientras que el otro, era una persona de la misma edad, de aspecto gordo, de abdomen voluminoso y de una calvicie prematura, agregando el declarante que en el portafolios abandonado se encontró una factura del hotel "Anaconda" de Leticia, donde figuraban los nombres de dos individuos y recibos con direcciones de Cali y Tuluá.

Por estos hechos fueron procesados María Teresa Ruales Martínez, Aníbal Ramírez Serna alias "Topogigio" y Germán Chacón Antía, alias

"Patico" y ante la imposibilidad de la captura de los dos últimos fueron juzgados y condenados en ausencia.

La Ruales Martínez resultó favorecida con decreto de suspensión de la detención preventiva, mediante caución (Fl. 354) y desde entonces ha eludido la acción de la justicia.

Germán Chacón Antía fue llamado a responder en juicio junto con los demás comprometidos y condenado a la pena ya señalada por habérsele hallado responsable de infringir el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 vigente para la época de los hechos investigados, mediante sentencia ejecutoriada contra la que se interpuso recurso de revisión que ahora se decide.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA

En los fallos dictados por el Juzgado Penal del Circuito como por el Tribunal Superior se dio por plenamente comprobada la culpabilidad de los procesados Aníbal Ramírez Serna y Germán Chacón Antía apodados "Topogigio" y "Patico" respectivamente, porque con tales alias fueron identificados por María Teresa Ruales Martínez como las personas que le entregaron en Leticia la cocaína incautada, la acompañaron en el avión que la trajo a Bogotá, hecho este confirmado con la lista de pasajeros entregada por Avianca, correspondiente al vuelo número 200 procedente de Leticia y porque al ser retenidos como sospechosos el primero de ellos se identificó con el pasaporte número T 313968 y el segundo, con la cédula de ciudadanía número 14204250, expedida en Ibagué.

Además, pesan en contra de los acusados como indicios de responsabilidad, la fuga precipitada de las instalaciones del aeropuerto, el abandono de una cartera de mano o portafolios contentiva de documentos comprometedores, como la factura del hotel "Anaconda" de Leticia a nombre de ellos y la circunstancia de que los retratos hablados elaborados por los servicios de inteligencia conforme a datos suministrados por los testigos comparados con los aportados para obtener dichos documentos (pasaporte y cédula de ciudadanía) "se evidencia una gran similitud entre ellos" (Fls. 449 a 467 del Cdno. P. y 8 a 17 del Cdno. del Tribunal Superior).

LA DEMANDA

En extenso escrito declarado ajustado a las exigencias del artículo 585 del Código de Procedimiento Penal, invoca el actor la causal 5ª del artículo 584 *ibidem*, con fundamento en la cual solicita la revisión del juicio en cuanto a la condena impuesta a Germán Chacón Antía, quien fue capturado en esta ciudad el 8 de octubre de 1985 en las dependencias del Ministerio de Relaciones Exteriores en momentos en que gestionaba un pasaporte para salir del país, en cumplimiento a orden de captura impartida por el Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal, fecha desde la cual se halla privado de la libertad descontando la pena que le fue impuesta.

El demandante, luego de referirse a los fundamentos probatorios que sirvieron de soporte a la sentencia de condena, confrontar los hechos

que se tuvieron por demostrado con los que emergen de las pruebas no conocidas al tiempo de los debates y acompañadas con la demanda para concluir que se encuentran infirmados, criticar el procedimiento seguido por las autoridades de policía y los juzgadores de instancia en el emplazamiento y declaratoria de reo ausente de Germán Chacón Antía, expresa que: La única respuesta posible fue que la justicia resultó engañada por informes irresponsables superficiales y también falsos de quienes supuestamente lo buscaron. Los informes de la Policía sobre su búsqueda infructuosa, ahora, con las nuevas pruebas que se están aportando, quedan como un ejemplo de ignominioso burocratismo y de la más olímpica irresponsabilidad frente al más sagrado de los derechos del ser humano: "el derecho a la defensa frente a las pretensiones punitivas del Estado".

Agrega, que "las pruebas nuevas aportadas están demostrando no sólo *ab initio,* sino plenamente que el condenado Germán Chacón Antía no ha residido en Pereira, no tuvo relaciones sexuales con María Teresa Ruales, no corresponde a ninguna de las descripciones, por lo demás variadas, con las cuales se trató de identificar a quienes se conocieron en principio como "Topogigio" y el "Patico"; no se hospedó en el hotel Anaconda, ni en las residencias Copacabana; no pudo habérsele entregado el alcaloide el día 8 de mayo de 1979, porque ese día viajó a primera hora a Puerto Nariño y Atacuaría y sólo regresó al caer la tarde; no fue objeto de ninguna persecución a su llegada al aeropuerto ni devuelto, ni sacado de un taxi, ni protagonizó incidente alguno con los agentes de Policía. Germán Chacón Antía, no dejó carteras olvidadas, ni facturas con sus datos personales, ni acompañaba a Aníbal Ramírez Serna, ni salió en compañía de otro hombre en un taxi, ya que viajaban tres personas juntas: Chacón, su esposa raquel y su socio Jorge Salazar".

"Todas estas pruebas —agrega—, demuestran que los supuestos fácticos de la sentencia condenatoria no existieron jamás y por tanto la declaratoria de responsabilidad a cargo del ingeniero Germán Chacón Antía es errónea y gravemente injusta".

Pone de presente el error cometido por los falladores de instancia al vincular al proceso únicamente a una de las dos personas, cuyos nombres y firmas aparecen en la factura del hotel "Anaconda", dejando por fuera a Rodrigo Libreros Libreros para reemplazarlo equivocadamente por el Ingeniero Germán Chacón Antía porque el nombre de aquél figuraba como ilegible y el de éste, en cambio, aparecía en el libro de registrados a continuación de Aníbal Ramírez.

Consecuente con tales apreciaciones, considera que se está en presencia de un grave error judicial, por lo que impetra de la Corte revisión del proceso a fin de evitar la consumación de una grave injusticia, se decrete la libertad provisional de su patrocinado y se declare que es inocente del hecho por el cual fue condenado.

Pruebas

Con la demanda fueron acompañadas por el apoderado del recurrente copias de la sentencia impugnada con la correspondiente constancia de

ejecutoria, así como numerosas declaraciones recibidas extraproceso, la mayoría de las cuales, fueron repetidas dentro del término probatorio, entre ellas, las de Julio César Guerrero Lozano (Fl. 288 del Cdno. de la Corte), José Enrique Borgoño Sicard (Fl. 170), Luis Fernando Ríos Sendoya (Fl. 184), Raquel Pinilla Vásquez (Fl. 112), José Fernando Izasa (Fl. 253), Pedro Pablo Cortés (Fl. 148), Mario Vargas Andrade (Fl. 196 y Yamil Correcha Pérez (Fl. 162). Maritza Oliveros Oliveros Chaves, aparece declarando por primera vez (Fl. 191).

Del mismo modo, se allegaron como tales los documentos públicos que obran a folios 1 a 3, 10 a 12, 38, 54, 82 a 98 y 109 del cuaderno anexo de pruebas y los documentos privados que conforman los folios 13, 14, 15 a 37 y 107 de dicho cuaderno, los cuales aparecen reconocidos expresamente por las personas que los suscriben (Fls. 218, 208 y 216, entre otros del Cdno. de la Corte).

Dentro del término probatorio del recurso, a petición de la parte recurrente, se decretaron y practicaron las siguientes diligencias: inspección judicial al libro de Control y Registro que se llevaba en la Unidad de Policía Judicial para la época de los hechos investigados (9 de mayo de 1979) a fin de establecer qué pasajeros fueron sometidos a requisa y registrados, tomándose fotocopia autenticada del respectivo folio; cotejo grafológico de las firmas que aparecen en la fotocopia de la cédula de ciudadanía expedida a Rodrigo Libreros Libreros, la factura del hotel Anaconda como de "Lisneros Lisneros Rodri" y otros escritos con el propósito de constatar si corresponden a la misma persona y peritazgo antropométrico de Germán Chacón Antía en orden a comprobar si sus rasgos físicos corresponden o no con los descritos por la sindicada Ruales Martínez y los agentes de la Policía Judicial (Fls. 136 y ss., 243 y ss., y 258 y ss. del Cdno. de la Corte).

Igualmente, presentó el impugnador varias fotografías tomadas al ingeniero Chacón Antía y su esposa el día de su matrimonio y días antes de los sucesos investigados.

Del abundante acopio probatorio reseñado resultan establecidos los siguientes hechos:

1. El ingeniero contratista Germán Chacón Antía, identificado con la cédula de ciudadanía número 14204250, expedida en Ibagué, casado con la señora Raquel Pinilla Vásquez, sólo ha tenido como domicilios habituales dicha ciudad donde nació y vivió hasta terminar su bachillerato y la ciudad de Bogotá donde estudió la carretera de ingeniería y ejerce su profesión anunciándose al público como tal.

2. En cumplimiento al contrato número 7316 suscrito con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "Telecom", para la instalación y montaje de casetas prefabricadas en varias localidades de la comisaría del Amazonas, tuvo necesidad de desplazarse a la ciudad de Leticia, epicentro de sus actividades profesionales, hospedándose en el hotel o parador "Ticuna" de esa ciudad (Fls. 54, 55 y 82 del anexo de pruebas y 184 del Cdno. de la Corte).

3. El 8 de mayo de 1979, fecha en la que María Teresa Ruales Martínez afirmó haber recibido de "Topogigio" en el puerto de Leticia a las ocho y media de la mañana el "polvo" que transportó a Bogotá al día siguiente, el ingeniero Chacón Antía viajó a primeras horas del día a las localidades de Puerto Nariño y Atacuarí en compañía del interventor de "Telecom" y el Jefe de la División Técnica Regional, con el fin de recibir unos lotes para el montaje de casetas prefabricadas destinadas a la instalación de teléfonos rurales, regresando a dicha ciudad en las horas de la tarde. Así resulta entre otras pruebas, del testimonio rendido por el ingeniero interventor del contrato Mario Vargas Andrade, el ingeniero Pedro Pablo Cortés y el acta de entrega de los lotes (Fls. 196 y 148 del Cdno. de la Corte y 85 del anexo de pruebas).

4. No cabe la menor duda que el mencionado profesional viajó de regreso a Bogotá acompañado de su esposa, su socio el ingeniero Jorge Enrique Salazar y la señorita Maritza Oliveros Chaves, en el mismo vuelo en que venían las personas comprometidas en el ilícito. Los tres primeros fueron requisados y registrados sus nombres en el libro de Control de la Oficina de Policía Judicial, no fueron retenidos en ningún momento y con ninguno de ellos se presentó incidente o altercado habiendo abordado un taxi que los condujo a sus respectivos hogares (Fls. 87, 114 y 140 del anexo).

5. Con posterioridad a los hechos aquí investigados y fallados el ingeniero Chacón Antía volvió a Leticia a terminar el contrato suscrito con "Telecom", luego regresó a Bogotá donde tenía fijada su residencia dedicándose de lleno a sus actividades profesionales publicando su nombre a través de varios medios de información y estuvo en Ibagué, San Andrés Islas, Choachí y la Guajira en la realización de obras de ingeniería contratadas con entidades oficiales de tales lugares (Fls. 89 a 98 *ibidem*).

En el mes de julio de 1980 presentó denuncia ante las autoridades respectivas por el hurto de un vehículo de su propiedad, personalmente se interesó en los resultados de la investigación recuperando el automotor mediante acta de entrega suscrita ante funcionarios del F-2 de la Policía de esta ciudad (Fl. 109 *ibidem*).

Los peritos del Instituto de Medicina Legal (odontólogo, dactiloscopista, médico forense y fotógrafo) que llevaron a cabo el "reconocimiento de identificación" o estudio antropométrico del ingeniero Germán Chacón Antía, después de fundamentar su dictamen en razones de orden técnico y científico concluyeron que las características físicas que lo identifican "hecha la comparación fotográfica entre alguna de las fotos enviadas por el juzgado y las tomadas por este Instituto, existe gran similitud. De igual manera determinaron que comparadas las huellas tomadas al detenido con las que figuran en la Tarjeta Decadactilar de la Registraduría del Estado Civil 'se comprobó que pertenecen a la misma persona: Germán Chacón Antía', quien de acuerdo a su aspecto físico y demás rasgos somáticos tiene una edad aproximada de 38 años" (Fls. 258 a 280 del Cdno. de la Corte).

7. Peritos grafólogos del mismo Instituto cotejaron los manuscritos y firmas que aparecen en la factura del hotel Anaconda y varios de los

escritos contenidos en la cartera abandonada en las dependencias de la Policía Judicial con la firma estampada en la fotocopia de la cédula de ciudadanía número 6496261, expedida a Libreros Libreros Rodrigo Eduardo, estableciendo, a pesar de la ausencia de otros puntos de referencia (muestras caligráficas de la persona que pudo realizar el escrito dubitado), "similitudes de orden configurativo con la signatura estampada en la parte superior del vocablo 'observaciones' de dicha factura" (Fls. 243 a 245 *ibidem*)..

8. Mediante inspección judicial al Libro de Registro de Pasajeros Policía Judicial Narcóticos que se lleva en las dependencias del aeropuerto internacional "Eldorado", se comprobó que el 9 de mayo de 1979 fueron sometidos a requisa varios pasajeros del vuelo 200 de Avianca procedentes de Leticia, entre los cuales, Aníbal Ramírez Serna, Germán Chacón Antía, Raquel Vásquez Pinilla, Jorge Enrique Salazar, Rodrigo E. Libreros "(al parecer dice Libreros, la lectura por la forma de la letra es dificultosa)", Ricardo Amórtegui V., Patricia Quintero y María Teresa Ruales Martínez.

Aníbal Ramírez Serna se identificó ante las autoridades de Policía con el pasaporte número T 313968; Germán Chacón Antía con la cédula de ciudadanía número 14204250 de Ibagué y Rodrigo E. Libreros con la cédula de ciudadanía número 6496261 de Tuluá. Frente a los nombres de los dos primeros aparece escrita la palabra "OJO" (Fls. 136 y 140 *ibidem*).

Además, para efectos de la decisión que habrá de tomarse, debe tenerse en cuenta, que en las órdenes enviadas por el Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal a las autoridades de Policía de varios lugares del país, incluidos Leticia, Ibagué y Bogotá, solicitando la captura de Germán Chacón Antía, alias "Topogigio" o "Patico", identificado con la cédula de ciudadanía, se dan de él tres descripciones físicas diferentes y en los edictos emplazatorios dispuestos por el Juzgado Once Penal del Circuito para vincularlo al proceso por no haber sido capturado y para notificarle el auto de proceder dictado en su contra, se omitió identificarlo con la cédula de ciudadanía, afirmándose que se trata de una persona de "40 años de edad, residente en el hotel Copacabana de Leticia, fornido, 1,65 de estatura y sin más anotaciones personales" (Fls. 122 v. 164, 290, 391 y 424 del expediente).

Concepto del Ministerio Público y alegato del recurrente

El Procurador Primero Delegado en lo Penal después de referirse a la actuación procesal y examinar cuidadosamente las pruebas aportadas con la demanda y las producidas dentro del término probatorio del recurso, concluye solicitando la revisión del juicio y la libertad provisional del recurrente, por estimar que se ha incurrido en grave error judicial al condenar a un inocente "por suposición de identidad", basándose para ello en las siguientes apreciaciones:

"La factura del Hotel Anaconda identifica a dos sujetos: Aníbal Ramírez y Lisneros Lisneros Rodri, quien como se dejó demostrado anteriormente, es el mismo Rodrigo Libreros Libreros, sujetos estos que aparecen relacionados en la lista de pasajeros de Avianca y en el Libro de Control de personas registradas por la Policía Judicial, demuestra igualmente su real existencia y viaje simultáneo con las Ruales Martínez, al lado de sus allegados documentos de identificación. La misma prueba documental en cuestión, aunada a las indicaciones de la portadora del estupefaciente, revela que ambos individuos viajaban y permanecieron juntos".

Luego agrega:

"Siendo esta relación y apreciación fiel reflejo de la realidad procesal, cabe preguntar: ¿En sana lógica jurídica y formal quién es el verdadero acompañante de Ramírez Serna o segundo sospechoso, según el dicho de los detectives? Las leyes del raciocinio o dialéctica no permiten inferencia o deducción distinta a la que no podía ser el que en el Aeropuerto Eldorado abordó un taxi, junto con su esposa y el ingeniero Jorge Salazar (conforme a las nuevas pruebas), es decir, Chacón Antía; sino el que figura conjuntamente con Ramírez Serna en la factura del Hotel Anaconda o sea, Libreros Libreros, y porque el dictamen grafológico señala la similitud de firmas como antes se vio, es notorio el gran parecido que surge de la comparación de la foto de Libreros en su Tarjeta Decadactilar y el respectivo retrato hablado, coincidiendo sus entradas frontales con las descritas por los detectives, las cuales morfológicamente difieren de la que presenta Chacón Antía en las fotografías que acompañan las nuevas pruebas, la de su tarjeta decadactilar y las tomadas al practicarse al peritación sobre reconocimiento".

Se pregunta a continuación:

"Entonces, ¿por qué se vinculó al proceso a Chacón Antía, más no a Libreros Libreros, cuando éste también aparece relacionado en el Libro de Control de la Policía Judicial y en la lista de pasajeros enviada por Avianca, con el mismo número de cédula que ostenta la factura del Hotel Anaconda y su tarjeta decadactilar?". La respuesta explicativa es la siguiente:

"La investigación no pudo establecer quién y por qué escribió la palabra *"ojo"*, a continuación del nombre de Germán Chacón Antía, en el libro de control. Los funcionarios testificantes de Policía Judicial advierten que el día de autos hubo ligerezas, desorden, confusión, congestión y errores en las actuaciones y que no era una sola persona encargada de ello. De ahí también las diferentes descripciones fisonómicas y cómo el agente Pulido sí pudo identificar a Ramírez Serna, seguramente al presentarse dudas respecto del nombre del acompañante de éste, optaron por escoger al que le seguía en la relación de nombres, o sea, Chacón Antía, sin detenerse los detectives y juzgadores de instancia a realizar el análisis comparativo de todos los datos referentes a Libreros Libreros o atar cabos con la debida lógica jurídica. Fue tan deficiente el operativo montado, en su dirección y coordinación, que fácilmente pudieron escapar Ramírez y Libreros y a ellos se debió en gran parte, la falla investigativa".

"Por lo demás, las pertinentes nuevas pruebas que Germán Chacón Antía es un respetable profesional de la Ingeniería, que ha celebrado diversos contratos con entidades oficiales, y que su permanencia en Leticia para mayo de 1979, donde se hospedó en el 'Parador Ticuna', mas nunca en el Hotel Anaconda, obedeció a lícita actividad propia de su profesión, en desarrollo y ejecución del contrato celebrado con 'Telecom', lo cual le exigió justamente ausentarse de Leticia el día en que le fue entregada la cocaína a la Ruales Martínez".

A su turno, el apoderado del recurrente tras señalar prolijamente las pruebas acompañadas con la demanda y las producidas dentro de la tramitación del recurso, precisando su idoneidad y conducencia expresa que los nuevos medios de convicción desconocidos por los juzgadores de instancia al tiempo de los debates, valorados en su conjunto y armonía desvirtúan los fundamentos fácticos del fallo de condena y ofrecen tal valor demostrativo que permiten dar por plenamente comprobada la inocencia del ingeniero Chacón Antía en los hechos por los cuales fue juzgado y condenado injustamente.

Consideraciones de la Corte

Establecido que el recurrente en su condición de condenado es parte legítima para impugnar el fallo ejecutoriado que se encuentra en proceso de ejecución, corresponde examinar si, como aduce su apoderado acogiéndose a la causal quinta del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, con posterioridad al mismo, aparecieron hechos nuevos o se presentaron pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestran su inocencia o por lo menos constituyen graves indicios de que no tuvo ninguna participación en los hechos por los que fue juzgado y sentenciado.

Ciertamente, que luego de proferido el fallo de condena se presentaron pruebas, desconocidas por los juzgadores en los debates de instancia, de tal eficacia demostrativa que permiten presumiblemente establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

En efecto, de las pruebas nuevas acompañadas por el demandante con el libelo, como de las que solicitó y le fueron practicadas durante el período probatorio del recurso, se logró acreditar mediante documentos oficiales y privados auténticos, testimonios idóneos y veraces y experticios debidamente fundados y razonados que el ingeniero Germán Chacón Antía, parece ser no era la persona acompañaba en el aeropuerto internacional de "Eldorado" al sujeto Aníbal Ramírez Serna *la tarde del nueve de mayo de 1979 y a quien la procesada* María Teresa Ruales Martínez *se refirió como el "Patico", pues no obstante haber viajado en el mismo vuelo de Avianca en compañía de los mencionados pasajeros y haber sido registrado su nombre en el libro que se lleva en las oficinas de la Policía Judicial, ningún trato o comunicación tuvo entre ellos.*

Del mismo modo, aparece comprobado, que el citado profesional durante su permanencia en la ciudad de Leticia, en ningún momento se hospedó en residencias "Copacabana" o en el Hotel "Anaconda"; sus rasgos físicos no coinciden con ninguna de las distintas descripciones hechas por la Ruales

Martínez o los agentes de Policía Judicial para identificar al sujeto que acompañaba a Ramírez Serna y lo que es más importante, que para la fecha en que la sindicada manifestó haber recibido la cocaína de manos de uno de sus compinches (8 de mayo) Germán Chacón Antía *se encontraba ausente de Leticia en cumplimiento de labores propias de su profesión.*

Por el contrario, los hechos resultantes de las pruebas no conocidas ni valoradas por los falladores en las instancias ponen de manifiesto que el recurrente por la época de los sucesos investigados (mayo de 1979) se encontraba en Leticia y la Comisaría del Amazonas dedicado a la ejecución de obras de ingeniería contratadas con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones "Telecom", *acompañado de su esposa* con quien había contraído matrimonio días antes, *regresando con ella, su socio y una amiga en el mismo vuelo en que viajaban las personas que aparecen comprometidas en el tráfico de estupefacientes, dedicándose posteriormente a sus actividades profesionales sin haber sido requerido o molestado por las autoridades de Policía encargadas de su captura.*

Estas mismas pruebas, permiten inferir razonablemente que la persona que acompañaba a Ramírez Serna *en el aeropuerto Eldorado la tarde de autos y a la cual se refirieron los agentes de la Procuraduría General y la misma sindicada* Ruales Martínez, *responde al nombre de Ricardo E. Libreros Libreros y que una posible equivocada apreciación de los funcionarios encargados de dirigir y ejecutar el operativo de captura y decomiso se llegó a señalar como partícipe del hecho punible al ingeniero* Chacón Antía *quien al parecer resultó injusta y arbitrariamente condenado por un delito al que fue ajeno o en que no participó y por el cual se encuentra pagando una condena.*

De manera pues, que los elementos de persuación aportados por el demandante o producidos a petición suya, distintos de los tenidos en cuenta por los falladores para sustentar la condena, hacen presumir fundadamente que Chacón Antía *puede ser completamente ajeno al delito por el que se profirió sentencia en virtud de la cual se encuentra privado de libertad injustamente, dejándose en la impunidad al verdadero responsable.*

La Sala encuentra justificada la causal de revisión invocada y en consecuencia, procederá a dictar la decisión que corresponda a esta realidad en cuanto se relaciona con el condenado recurrente y haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 588 del Código de Procedimiento Penal, decretará su libertad provisional, mediante caución prendaria que garantice su presentación a la autoridad que lo requiera por razón de este proceso. Se ordenará investigar la conducta de Ricardo E. Libreros a quien le aparecen serios cargos de ser el autor del hecho punible de que aquí se trata.

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 Procurador Delegado y de acuerdo con él,

RESUELVE:

1º ORDENAR la revisión de la causa seguida contra Germán Chacón Antía y otros, únicamente en cuanto respecta a aquél y señalar para llevarla

a cabo al Juzgado Doce Penal del Circuito de Bogotá a donde será enviado el expediente por conducto del Juzgado de origen.

2º DECRETAR la libertad provisional del condenado Germán Chacón Antía, previa constitución de caución prendaria por valor de $ 35.000.00 y suscripción de la correspondiente diligencia de compromiso con la que se garantizará su presentación a la autoridad que lo requiera por razón de este proceso siempre que no esté reclamado por otras autoridades.

3º ORDENAR que por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Bogotá, se determine si es el caso de abrir investigación penal contra Ricardo E. Libreros por el hecho ilícito de que aquí se trata.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario.

AUTO DE PROCEDER

La denominación genérica del delito exigida en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal en la parte resolutiva del auto de proceder, no puede extenderse a la motiva que debe precisar clara y detalladamente los cargos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 089.

Bogotá, D. E., 9 de septiembre de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior de Valledupar confirmó con algunas modificaciones la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Primero Superior de esta ciudad, contra Erasmo Arturo López Suárez, a quien impuso la pena principal de dieciocho (18) años de prisión y las accesorias que estimó vigentes por el delito de homicidio. El defensor del procesado interpuso recurso de casación contra el fallo de segunda instancia que fue concedido y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se declaró ajustada a los requerimientos formales exigidos por la ley y recibido el concepto del Ministerio Público se procede a resolver.

Hechos

Los que generaron el proceso ocurrieron en la madrugada del 10 de mayo de 1981 en el Municipio de Becerril y, específicamente en la cantina denominada "El reposo", en cuyo interior y como consecuencia de los disparos de arma de fuego que se suscitaron, resultaron lesionados y fallecieron luego Francisco Javier Bonilla Bolívar, Tomás Camilo Hinojosa Suárez y Jaime Martínez Bolívar.

ACTUACIÓN PROCESAL

1º La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Becerril (Cesar) que practicó las primeras diligencias investigativas, recibió indagatoria al acusado Erasmo Arturo López Suárez y profirió el correspondiente auto de detención en su contra. Para continuar con el perfeccionamiento de las sumarias se comisionó al Juzgado Décimo de Instrucción Criminal ambulante de la localidad (Fls. 6, 33 y 65).

2º El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado Primero Superior de Valledupar que en providencia de noviembre 10 de 1981 dictó auto de proceder contra Erasmo Arturo López Suárez y Tomás Gregorio Hinojosa Moya por el delito de homicidio en la persona de Javier Bonilla Bolívar y Jaime Martínez Bolívar respectivamente, a la vez que sobreseyó temporalmente a Adalberto Argote y Jaime Pinto por los hechos que dieron lugar a su vinculación dentro del averiguatorio (Fls. 130 y 152).

3º Tramitada la causa y sorteados los jurados, el 20 de mayo de 1983 se celebró audiencia pública en cuyo desarrollo y cumplidas las deliberaciones de rigor, los integrantes del jurado de conciencia respondieron afirmativamente el cuestionario que se les formuló respecto de Erasmo Arturo López Suárez y en forma negativa el relacionado con Tomás Gregorio Hinojosa Moya, por el delito de homicidio materia de enjuiciamiento (Fls. 218 y 225).

4º En junio 3 de 1983 el Juzgado Primero Superior de Valledupar acogió el fallo del Tribunal Popular, puso fin a la primera instancia al condenar a Erasmo Arturo López Suárez y absolver a Tomás Gregorio Hinojosa Moya. Impuso al primero de los citados la pena de 23 años de prisión y las accesorias que estimó pertinentes (publicación especial de la sentencia, pérdida de la patria potestad e interdicción al ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena principal), por el delito de homicidio por el que fuera llamado a responder en juicio. Apelada la sentencia fue confirmada en lo sustancial por el Tribunal de Valledupar que modificó el fallo de primer grado e impuso la pena principal de dieciocho (18) años de prisión (Fls. 228 y 252).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante sostiene que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad con apoyo en los siguientes cargos:

I. *Indebida elaboración del auto de proceder:*

Sostiene que se violó el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal y el 26 de la Constitución Nacional, por cuanto en la providencia calificatoria del sumario no se hizo la calificación genérica del hecho imputado a Erasmo Arturo López Suárez con las circunstancias conocidas que lo especificaban, pero sí se individualizó el artículo del Código Penal que se consideró infringido por el mismo.

Advierte por otra parte, que en la mencionada calificación y en la sentencia se incurrió en error de hecho manifiesto que trajo como consecuencia la indebida aplicación de la ley, por cuanto el juez otorgó a los diversos testimonios obrantes en el proceso un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, pues lo que procesalmente se estableció fue que López Suárez no tuvo la intención de matar, actuó en estado de emoción excusable ante las apremiantes circunstancias en que se encontraba, su conducta se circunscribe a lo dispuesto en el artículo 384 del Código Penal de 1936 (homicidio en riña imprevista), esto es, a la causal de atenuación punitiva señalada en los ordinales 3, 4 y 5 del artículo 64 en la legislación penal vigente.

II. *Desconocimiento de la prohibición impuesta a los jurados en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal:*

En razón a que, como lo anunció el procesado al Tribunal Superior de Valledupar antes de que profiriera la respectiva sentencia, para el momento en que los jurados entraron a deliberar lo hicieron con una hermana del occiso Bolívar Bonilla, lo que determinó el veredicto condenatorio en su contra, con notoria violación de lo dispuesto en los artículos 558 y 561 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 26 de la Constitución Nacional igualmente quebrantado.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte comparte los razonamientos del señor Procurador Segundo Delegado, en medio de los cuales llega a la conclusión de que los reparos que formula el demandante no pueden prosperar, entre otras por las siguientes argumentaciones de orden jurídico.

a) *Respecto al primero de los cargos:*

Ha sostenido la Corte que, "el auto de proceder es pieza fundamental dentro del esquema procesal previsto en el ordenamiento vigente, como que representa el pliego de cargos que formula el Estado el procesado para que de ellos se defienda en el plenario. La trascendencia del citado auto que es a la vez el trasunto de la realidad probatoria que arroja la etapa investigativa y la base necesaria de la sentencia, ha llevado al legislador a rodearlo de exigencias sustanciales y formales cuyo desconocimiento puede entrañar señalado agravio a las formas propias del juzgamiento con menoscabo del derecho de defensa".

"Una de las mayores deficiencias que puede ostentar el auto de proceder radica en la inapropiada formulación de los cargos, porque no se concretan debidamente o porque se presentan en forma ambigua o contradictoria de modo que no exista certidumbre sobre la acusación, con lo que se impide o dificulta en grado sumo la defensa del enjuiciado, a más de que la sentencia carece de un presupuesto básico, ya que ella debe dictarse en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder".

"En orden a garantizar la debida precisión y separación de los cargos, demanda el artículo 483 que en la motivación debe hacerse la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, esto es, que es imprescindible que el cargo tenga la necesaria concreción para garantizar el derecho de defensa".

"...Por último ordena que en la parte resolutiva, que es la conclusión de las premisas sentadas en la motivación, se haga llamamiento a juicio por el correspondiente delito determinado por su denominación genérica".

"Un auto de proceder que adolezca del grave vicio de la indefinición y de la ambigüedad en la formulación de los cargos que imposibilite la defensa e impida la aplicación del derecho en la sentencia, viola las formas propias del juzgamiento y, por lo tanto, será nulo" (sentencias de marzo 28 de 1985 y marzo 11 de 1986).

No encuentra la Sala en el presente caso que se haya desconocido el texto del artículo 482 del Código de Procedimiento Penal, y, consecuencialmente violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues en el auto de proceder materia de censura con todos los errores de estructura que se le puedan atribuir, aparecen delimitados de manera clara y precisa los cargos que arroja el material probatorio en contra de Erasmo Arturo López Suárez, así como determinadas las circunstancias específicas que demanda la ley en el caso concreto, por lo cual no resulta acertado afirmar como lo hace el demandante que la citada pieza calificatoria del sumario limitó el ejercicio del derecho de defensa que corresponde al procesado.

En efecto, *las exigencias de carácter formal contenidas en el citado artículo 483 se cumplieron en lo sustancial, pues en el texto del enjuiciamiento que como bien lo anota el Ministerio Público no es un modelo de perfección, se hizo una narración suscinta de los hechos; el análisis de las pruebas demostrativas del cuerpo del delito y de la responsabilidad, incluso con transcripción literal de las mismas; la calificación genérica del hecho imputado en forma suficiente; una superficial referencia al alegato precalificatorio del sumario presentado por el Fiscal* Primero Superior de Valledupar, *el cual se atendió parcialmente, y, en su parte resolutiva como conclusión de las consideraciones antes relacionadas, el llamamiento a juicio por el delito correspondiente (homicidio), el cual, se determinó en forma genérica en desarrollo de lo dispuesto en el Código Penal (Libro 2º, Título XIII, Capítulo I), sin precisar su especie o el artículo especial aplicable.*

Por lo anterior es claro que el reproche que por esta vía hace el demandante a la sentencia acusada, se opone a la realidad objetiva contenida en el proceso, pues al contrario de lo afirmado por el censor, en la parte motiva del pliego de cargos formulado a su representado, se hizo la calificación genérica del hecho imputado con las circunstancias conocidas que lo especifican (homicidio agravado por la indefensión de la víctima, aspecto que se deduce claramente del análisis probatorio efectuado por el a quo *al resaltar la postura del occiso al momento de recibir el disparo que le ocasionó la lesión mortal: en cuclillas y herido), dándose*

así cumplimiento al mandato expreso contenido en la norma mencionada, a la vez que garantizando el derecho de defensa al precisar en el enjuiciamiento dicha modalidad de agravación con necesaria repercución en la pena contemplada en el respectivo tipo.

Ahora bien, la prohibición del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal de consignar en la parte resolutiva del auto de proceder el artículo especial que se considera aplicable, no puede extenderse a la parte motiva de dicha providencia como equivocadamente lo hace el representante del acusado, ya que en la motivación han de precisarse en forma clara y detallada los cargos en contra del procesado y la mención que como en este caso hizo el juzgador del artículo 384 del Código Penal no hizo más que dar cabal aplicación a dicha exigencia. El expreso llamado que el legislador hace en el inciso final del artículo estudiado acerca del contenido de la parte resolutiva de la calificación enjuiciatoria, se explica como se ha sostenido, por la consideración de que en el juicio, mediante aporte de nuevos elementos probatorios o por la decisión del jurado en los asuntos en que éste interviene, se pueden comprobar o reconocer circunstancias que den al hecho delictuoso, dentro de la misma denominación jurídica genérica contemplada en el Código, una fisonomía específica diversa a la precisada en la motivación del pliego de cargos, de manera que puedan ser tenidas en cuenta en la sentencia sin que se rompa la armonía que ésta debe guardar con aquel proveído como lo preceptúa el ordinal 6º del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, por este aspecto tampoco prospera la impugnación.

Dentro de este mismo cargo y enfrentando su criterio personal sobre el sentido que ha debido otorgarse a la prueba testimonial en el trámite de las instancias, concluye el demandante aunque de manera abiertamente antitécnica a través de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que el juez incurrió en error manifiesto de hecho al otorgar a los medios de convicción señalados un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, lo cual desemboca en violación indirecta de la ley sustancial, según el cuerpo segundo de la causal primera de la citada disposición.

Bastaría tal desacierto en el manejo de la técnica que gobierna el recurso extraordinario de casación para desechar el cargo, no obstante no sobra insistir como infatigablemente lo ha hecho la Corte, que tal tipo de censuras no proceden en los juicios en que interviene el jurado de conciencia. Sobre el particular se ha enfatizado:

"a) Los miembros del jurado deciden en conciencia y atendida su convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga (Art. 560 del C. de P. P.), de manera que no deben fundamentar su respuesta ni hacer un justiprecio de las razones de índole probatoria que los llevaron a tomar su determinación. En estas condiciones no es posible afirmar que incurrieron en desconocimiento de la realidad probatoria o que la valoraron equivocadamente, que es presupuesto esencial en los cargos por violación indirecta, porque falta el necesario elemento de comparación entre las bases probatorias del proceso y las que fueron tenidas en cuenta en la veredicción";

"b) El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal dispone que en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate, esto es, que la base de la sentencia no es la prueba en forma inmediata, como ocurre en los casos en que interviene el jurado, sino la respuesta de los jueces populares. Ante este imperativo mandato legal el juez en la instancia, y salvo casos de inexistencia o de contraevidencia frente a los cuales no podrá dictar fallo de mérito, deberá dictar sentencia con fundamento exclusivo en la respuesta de los jueces de hecho. De no hacerlo así incurrirá en desconocimiento de las normas propias del juicio y, además daría razón para la prosperidad de la causal segunda de casación que se presenta precisamente cuando la sentencia se dicta en desacuerdo con el veredicto del jurado";

"c) Las causales de casación son taxativas, de modo que no puede ser alegado en sede de este recurso extraordinario un motivo distinto de los previstos en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Como la injusticia notoria del veredicto o su falta de conformidad con la realidad probatoria no están elevadas a la categoría de causal de casación, no es válido plantear este tema en la Corte cuando la ley lo ha deferido de manera expresa a la consideración de los jueces de derecho en las instancias";

"d) En el supuesto de que en sede de casación llegare a admitirse que el veredicto es injusto o contrario a la evidencia de los hechos, a la Corte no le quedaría camino distinto que casar la sentencia y dictar la que debe reemplazarla; al proceder de esta forma tendría que desconocerse el veredicto, con violación de lo preceptuado por el ya citado artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, a la vez que daría motivo para que tuviera operancia la causal segunda de casación por falta de concordancia entre el veredicto y la sentencia".

b) *Respecto al segundo cargo:*

Es claro que el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 560 *ibidem* acerca del juramento, contiene clara y expresa prohibición a los jurados de conciencia, en virtud de la cual no podrán tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces, so pena de hacerse acreedores a las sanciones penales, en la medida que su incumplimiento constituya delito descrito y sancionado en el Código Penal.

Además, tal comportamiento demostrativo de infidelidad por parte de los integrantes del Tribunal popular a la luz de las disposiciones legales citadas puede engendrar menoscabo a las normas propias del juicio y determinar la declaratoria de nulidad correspondiente, cuestión ésta que sólo se producirá, cuando, como lo ha sostenido la Corte, aparezca que el hecho constitutivo de la infracción al mandato de silencio que consagra el artículo 561 mencionado, esté probado más allá de toda duda, esto es, que su fundamento no estribe en meras sospechas, en simples decires, o en conjeturas audaces, fruto de la imaginación o de la malicia (sentencia de marzo 12 de 1985).

La manifestación del procesado Erasmo Arturo López Suárez realizada mucho tiempo después de ocurrido el hecho y relativa a que los jurados de su causa deliberaron en el momento procesal previo a la emisión del veredicto acompañados de una hermana del occiso Bolívar Bonilla con la complacencia del juez del conocimiento, no pasa de ser una afirmación en alto grado sospechosa que ninguna atenuación puede merecer en sede de casación, pues aparece huérfana de toda demostración probatoria y fácilmente calificable como producto de la habilidosa imaginación del sentenciado. La conclusión anterior aparece corroborada por el hecho muy elocuente de que las personas que intervinieron en el desarrollo de la audiencia pública suscribieron el acta sin dejar constancia alguna sobre el particular, siendo destacable el caso del defensor del acusado que incluso posteriormente ninguna alegación formuló sobre el tema que, de haber tenido el más mínimo apoyo en la realidad, hubiera ocasionado su enérgico reproche ante la ilicitud cometida y en presencia de las nocivas repercuciones que habría ocasionado frente al fallo afirmativo de responsabilidad emanado del Tribunal popular.

Las precedentes consideraciones, conducen a desestimar las pretensiones del actor.

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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CAUSAL PRIMERA

Casación.

En la violación directa no se impugna la prueba porque el quebranto de la ley se produce de inmediato, mientras que en la violación indirecta se requiere discurrir en ese aspecto como elemento mediato en el desconocimiento de la norma sustancial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo.*

Aprobado: Acta número 089.

Bogotá, D. E., 9 de septiembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior de Neiva en sentencia de noviembre dos (2) del año inmediatamente anterior confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Segundo Superior de dicho Distrito Judicial, en la cual condenó a Jorge Gustavo Arenas Mateus a la pena principal de doce (12) años de prisión y a las accesorias de ley por los delitos de homicidio y hurto agravado. El defensor del procesado interpuso contra el fallo de segundo grado, 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

Los que generaron el proceso ocurrieron en la ciudad de Neiva en la madrugada del 24 de junio de 1984, cuando varios sujetos mediante el empleo de arma cortopunzante y asistidos del inequívoco propósito de atentar contra el patrimonio económico de las personas, como efecti-

vamente ocurrió, causaron lesiones a los hermanos Orlando y Camilo Eduardo Zárate Torres, así como a Melquisidec Peralta Herrera, como consecuencia de las cuales murió el primero de los mencionados.

ACTUACIÓN PROCESAL

1º La investigación penal fue iniciada por el Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal de Neiva que practicó buena parte de las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación (Fl. 3).

2º El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad que en providencia de enero 18 de 1985 dictó auto de proceder contra Jorge Gustavo Arenas Mateus por los delitos de homicidio, lesiones y hurto agravado. Esta calificación fue confirmada por el *ad quem* que sobreseyó definitivamente al acusado en cuanto al segundo delito y en lo referente, exclusivamente a las lesiones en Melquisidec Peralta Herrera, por considerar que no había cometido ese ilícito (Fl. 285, Cdno. 1 y 6, Cdno. 2).

3º Tramitada la causa el 11 de agosto de 1985 se celebró audiencia pública al transcurso de la cual el jurado respondió a las tres cuestiones propuestas por el juzgador de derecho, de la siguiente manera:

A la pregunta por el delito de homicidio: "Sí es responsable".

A la pregunta por el delito de hurto: "Sí es responsable".

A la relativa a las lesiones: "No es responsable" (Fls. 95, 97, 99 y 101, Cdno. 2).

4º Finalmente en septiembre 12 del mismo año se dictó sentencia en la cual se acogió el veredicto y se condenó al procesado a la pena principal de doce (12) años de prisión y a las accesorias de ley, por los delitos de homicidio y hurto agravado, a la vez que se le absolvió por las lesiones personales objeto del encausamiento. Tal determinación fue apelada y confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Neiva (Fl. 109, Cdno. 2 y 8, Cdno. 3).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dentro del marco de las causales 1ª y 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante ataca la sentencia recurrida por ser violatoria de manera directa de la ley sustancial y, por haber sido proferida con fundamento en un veredicto contradictorio.

Causal primera. Afirma que se violaron en forma directa los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal:

a) Porque no existe la plena o completa prueba de la responsabilidad en los hechos materia del procesamiento, y

b) Porque se interpretó erróneamente el citado artículo 216, por cuanto las dudas existentes a favor del procesado, "están sin resolver y se decidieron en su contra".

En uno y otro caso se apoya el recurrente en los análisis efectuados sobre la prueba testimonial e indicial con ocasión de la apelación interpuesta contra la sentencia de primer grado, para concluirse que los testigos cuyas versiones analiza individualmente son contradictorias o están parcializados para perjudicar a su asistido que es inocente, y los indicios, en cuyo análisis se incurrió en "error de derecho", carece de la suficiente fuerza incriminadora para respaldar un fallo de condena.

Solicita en consecuencia, la invalidación de la sentencia de segundo grado para que, se dicte el fallo sustitutivo correspondiente de acuerdo al numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda. Afirma el censor que el veredicto en el cual se apoyó el fallo condenatorio comporta grave contradicción, pues no se entiende cómo, si desde el mismo llamamiento a juicio se incrimina como el único autor del homicidio y las lesiones en los hermanos Zárate Torres a su poderdante, se le condene por el primer delito y se le absuelva por el segundo. Agrega que si fue la duda la que empañó el panorama que se presentó al jurado, la misma reflexión se ha debido hacer para exonerar de responsabilidad por el ilícito de mayor entidad.

Solicita en este caso, se declare en qué estado debe quedar el proceso y el consiguiente envío al Tribunal de origen para que se proceda de acuerdo a lo resuelto por la Corte, según lo dispone el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Sala

Para la Sala, las observaciones y razonamientos de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal son acertados.

El escrito de la demanda que corresponde más a un alegato propio de las instancias, desconoce de manera notoria el mínimo de exigencias que gobiernan la técnica del recurso extraordinario de casación, a más de que tiene una presentación en extremo confusa, hasta el punto de que se alegan en su texto unas causales cuyo verdadero sentido se desconoce, para luego solicitar a la Corte la solución a los supuestos yerros a través de una vía establecida por el legislador de manera clara y precisa, para otras.

En cuanto a la primera causal, *incurre el impugnante en notorios desaciertos en el manejo del recurso, al pretender de una parte que sus alegatos de instancia así simplemente considerados le sirvan en sede de casación, y, al hacer por otra parte, una crítica de violación directa de la ley sustancial de manera contradictoria, al apoyar la censura en ponderaciones de naturaleza probatoria que necesariamente desemboca en la violación indirecta.*

"Se ha recordado hasta la saciedad que uno y otro tipo de violación tienen contenido y significaciones inconfundibles y distintos y que, en la violación directa no se impugna la prueba, porque es de su esencia que

el quebranto de la ley sustancial se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar, en su integridad, los hechos que declara probados la sentencia, para edificar sobre ellos la censura. En cambio, es propio de la violación indirecta discutir la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la norma sustancial sea mediato, esto es, a través de ella. Y si este es su sentido, resulta de imperativo lógico rechazar, en forma total o parcial, los hechos que declara probados la sentencia pará demostrar que se violó la prueba y que, por este modo se conculcó la ley".

"En la violación directa, se afronta un problema de fondo; la aplicación de la norma sustancial, bajo tres sentidos diferentes: Su falta de aplicación o su aplicación indebida o su interpretación errónea. En la violación indirecta se afronta un problema de forma; la contemplación del hecho y de su prueba, bajo dos aspectos diferentes: El error manifiesto de hecho y el error de derecho".

"...Si el actor se interna en el estudio de las pruebas o de los hechos que ellas demuestran para discutir la apreciación que les dio o les negó el fallador, se sitúa dentro de la valoración indirecta. Esto acontece cuando se formula un error de hecho (contemplación material), porque se deformó el alcance fáctico de la prueba, porque estando en el proceso no fue considerada, o porque no hallándose materialmente en él fue imaginada o supuesta; y cuando se propone un error de derecho (contemplación jurídica), porque se violó la legalidad de la prueba en su aducción, se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna".

Entonces, si el actor alega violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea y ante la ausencia de la plena prueba de la responsabilidad del procesado en los hechos materia del juzgamiento, mediante el examen de la prueba aportada al proceso, es claro que, inmediatamente cae en el otro tipo de violación, respecto del cual, tampoco hace una clara y debida presentación. En ninguno de estos casos puede la Sala aclarar la demanda o suplir sus deficiencias, aunque sí es bueno repetir una vez más, que la forma de violación indirecta de la ley, tampoco procede en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, por las siguientes razones:

"a) Los miembros del jurado deciden en conciencia y atendida su convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga (Art. 560 del C. de P. P.), de manera que no deben fundamentar su respuesta ni hacer un justiprecio de las razones de índole probatorio que los llevaron a tomar su determinación. En estas condiciones no es posible afirmar que incurrieron en desconocimiento de la realidad probatoria o que la valoraron equivocadamente, que es presupuesto esencial en los cargos por violación indirecta, porque falta el necesario elemento de comparación entre las bases probatorias del proceso y las que fueron tenidas en cuenta en la veredicción";

"b) El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal dispone que en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos

sobre los cuales haya versado el debate, esto es, que la base de la sentencia no es la prueba en forma inmediata, como ocurre en los casos en que interviene el jurado, sino la respuesta de los jueces populares. Ante este imperativo mandato legal el juez de instancia, y salvo casos de inexistencia o de contraevidencia, frente a los cuales no podrá dictar fallo de mérito, deberá dictar sentencia con fundamento exclusivo en la respuesta de los jueces de hecho. De no hacerlo así incurriría en desconocimiento de las formas propias del juicio y, además daría razón para la prosperidad de la causal 2ª de casación que se presenta precisamente cuando la sentencia se dicta en desacuerdo con el veredicto del jurado";

"c) Las causales de casación son taxativas, de modo que no puede ser alegado en sede de este recurso extraordinario un motivo distinto de los previstos en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Como la injusticia notoria del veredicto o su falta de conformidad con la realidad probatoria no están elevadas a la categoría de causal de casación, no es válido plantear este tema en la Corte cuando la ley lo ha deferido de manera expresa a la consideración de los jueces de derecho en las instancias";

"d) En el supuesto de que en sede de casación llegare a admitirse que el veredicto es injusto o contrario a la evidencia de los hechos, a la Corte no le quedaría camino distinto que casar la sentencia y dictar la que debe reemplazarla; al proceder en esta forma tendría que desconocer el veredicto, con violación de lo preceptuado por el ya citado artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, a la vez que daría motivo para que tuviera operancia la causal 2ª de casación por falta de concordancia entre el veredicto y la sentencia" (casación de noviembre 23 de 1984).

En cuanto a *la segunda causal,* es fácil advertir que el demandante confunde veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. El primero genera el vicio de la inexistencia, al paso que el segundo, que representa falta de conformidad con la prueba, tiene un remedio que como se vio, la ley ha reservado a los jueces en el trámite de las instancias.

En este caso, el Juzgado Segundo Superior de Neiva dio estricto cumplimiento al artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, pues siendo tres los delitos sobre los cuales se edificó el auto de proceder en contra del procesado, formuló al jurado en debida forma (separadamente) los cuestionarios sobre cada uno de aquellos, obteniendo veredicto afirmativo de responsabilidad respecto de los delitos de homicidio y hurto, y, de contenido claramente exonerativo en lo atinente a las lesiones personales.

Si el veredicto contradictorio es aquel cuyos términos, pueden entenderse de manera aislada, pero resultan inconciliables y excluyentes en su examen unificado y conjunto, salta a la vista, que la respuesta del jurado en este proceso a las distintas cuestiones propuestas a su consideración con el lleno de formalidades y en forma separada e independiente, no merece tal reproche, dada su simplicidad y claridad, especialmente si se tiene en cuenta que la responsabilidad penal es individual, no sólo en relación con las personas procesadas, sino respecto de cada uno de los cargos formulados.

Por lo anteriormente dicho, los cargos no prosperan.

Por 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

NULIDAD

Unidad procesal.

La violación del principio de la unidad procesal en acciones conexas que debieron investigarse y fallarse conjuntamente, ha sido desestimada como factor de nulidad.

La Corte reitera su tesis. (Sentencias de 26 de septiembre de 1979, 14 de febrero de 1984, 16 de julio de 1986 y 30 de julio de 1986).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 089.

Bogotá, D. E., 9 de septiembre de 1986.

VISTOS

Se conoce del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (agosto 23 de 1985), mediante la cual se impuso a José Ignacio Briceño Cañón por el delito de homicidio (tentativa) en Samuel Ramírez Obando, cinco (5) años de prisión, así como las accesorias de ley.

La procedencia de la impugnación se reconoció en auto de marzo 11 del año en curso y la demanda fue admitida, como ajustada a derecho, en proveído de veinte de mayo del año en referencia.

HECHOS

Se cumplieron el 22 de julio de 1979, en Capellanía, a eso de las nueve y media de la noche. En este día y hora, Briceño Cañón, que guardaba

resentimiento para con Ramírez Obando, se dio encuentro con éste, a quien acompañaba un hijo suyo, y de inmediato le ultrajó de palabra y esgrimió un machete, con el cual trató de agredirle. La huida de Ramírez no puso término al propósito homicida de su atacante, pues éste le persiguió y accionó su revólver, logrando su lesionamiento. Por dos ocasiones el Juzgado 19 Superior sobreseyó temporalmente a Briceño Cañón, revocándose el último de ellos por el Tribunal y sustituyéndose por un auto de llamamiento a juicio por el delito de homicidio en modalidad de tentativa. Convocado el jurado de conciencia, éste afirmó, la responsabilidad del enjuiciado, veredicto que recogió el Juzgado 19 Superior en sentencia condenatoria de enero 22 de 1985, confirmada por el Tribunal en la forma ya señalada.

La demanda

La alegación se centra en destacar como "hechos no investigados en el proceso":

"*Primero.* El atraco de que se me quejó José Ignacio Briceño por parte de Ramírez Obando, de su hermano José Eloy Ramírez y de sus sobrinos Saúl y Enrique Ramírez, según los testigos Fabio Hurtado Enciso, folio 86; Ismael Núñez Forero, folio 88; Rodolfo Forero Cañón, folio 108, y Ana Elizabeth Páez de Rincón, que consta en el folio 113.

"*Segundo.* Las lesiones que recibió José Ignacio Briceño, según la declaración del médico Andrés Barbudo Pacheco, folio 311, refrendadas con las fórmulas de los folios 272, 273 y 274, y con el certificado del folio 273.

"*Tercero.* Los daños causados al jeep conducido por Briceño Cañón la noche de los acontecimientos, daños evidenciados en las declaraciones de Isaías Ballesteros Forero, folio 77; Ismael Núñez Forero, folio 88; Jaime Forero Garzón, folio 983; Víctor César Cañón, folio 401; Ismael Espejo Redondo, folio 403. Daños estos comprobados en la diligencia de inspección judicial de que da cuenta el folio 277.

"*Cuarto.* La pérdida de veinte mil pesos ($ 20.000.00), que llevaba Briceño Cañón producto de una venta de leche, según el testigo José Briceño; la pérdida de un revólver de Briceño Cañón; el estado de embriaguez de Samuel Ramírez Obando, sobre el cual informan los testigos Humberto Páez Murcia, Benjamín Escallón y Pablo Daniel Páez, en los folios 111, 400 y 404, respectivamente".

Esta situación, que constituye para el demandante el rompimiento de la unidad procesal, evidenciada por los autos que ordenaron investigar tanto la conducta de Briceño Cañón como la atribuible a Ramírez Obando, conducen a establecer dos motivos de nulidad (Arts. 26 y 58 de la Constitución Nacional), y se evidencian en las siguientes razones del memorialista: "... La Corte no acepta ni siquiera la *posibilidad* de que se interrumpa la acción penal una vez puesta en marcha mediante el auto cabeza de proceso, como no sea en la hipótesis del artículo 163. Y ninguna de estas concurrió, de modo que dicha norma no fue aplicada. Sin embargo, la apertura de la investigación no sirvió para que hubiera proceso, ni para que se continuara, ni menos para que se calificara una vez clausurada esa

etapa. Todo pasó en silencio, como si esas medidas no hubieran existido. Omisión que tiene efectos decisorios en cuanto a las funciones de la rama administradora de justicia. Mejor, se cerró el campo a estas funciones, que no pudieron cumplirse como estaba dispuesto y como lo impone la ley.

"El incumplimiento investigativo quebrantó el artículo 58 de la Constitución regulador, de una rama del Poder Público cual es la relacionada con las actividades de magistrados y jueces en todos los órdenes, más aún, con el servicio social de justicia que tales funcionarios prestan a nombre de la Nación. Y, al quebrantar esa norma institutiva y orgánica de la función judicial, se violaron las disposiciones reglamentarias del precepto superior como son las de los artículos 10 y 168 del Código de Procedimiento Penal, preceptos también de orden público como quiera que se refieren a la naturaleza de la acción penal y a la competencia en casos de conexidad de delitos o de procedimientos y a la unidad de estos cuando comprometen a los mismos agentes delictivos o cuando versan sobre los mismos hechos. No hubo observancia de las formas procesales, según la garantía del artículo 26 de la Carta Política, que no sólo organiza el sistema de defensa de los acusados, sino la estructura de la administración...".

Esta actitud del instructor y de los falladores, según el memorialista, traduce una real "abdicación del deber de administrar justicia", que socava las bases del juzgamiento, pues "se ha incumplido el deber jurídico de actuar en favor de la justicia, que la Carta estructura como un servicio público a cargo de la Nación. Recalca la tradicional tesis de la Corte de entender que las nulidades esenciales o de rango constitucional no están instituidas solamente en favor del procesado, ya que 'su alcance también puede extenderse cuando ella se encamina a una finalidad de índole social, si se tiene en cuenta que las irregularidades o informalidades del juicio constituyen atentados contra la organización judicial, que por ser de orden público, su cumplimiento acarrea perjuicios a la sociedad, desde luego que desampara a los ciudadanos y los deja librados a la arbitrariedad de los jueces' ".

De ahí que por lo que respecta a este primer análisis, se concluya anotando que "la negativa de ejercer el servicio público de justicia es, pues, un agravio a la Nación, un ataque al pueblo en su conjunto, una lesión del autor de las instituciones jurídicas, un desconocimiento de la voluntad soberana unificada. Y este agravio, ataque o lesión, no puede conducir sino a reiniciar la actuación legítima, una vez decretada la nulidad de cuanto se cumplió por fuera del procedimiento legítimo".

La plenitud de las formas propias del juicio también las encuentra afectadas el casacionista. Y al respecto señala:

"El Instructor inició el proceso, en desarrollo de este mandato (Art. 10 C. de P. P.), pero las sucesivas actuaciones olvidaron ese hecho y dejaron de esclarecer la conducta del sujeto denunciado por José Ignacio Briceño. El Juez competente se apartó de esa vía cuya apertura era evidente".

"De otro lado, el instructor había reconocido la conexidad de procedimientos, conforme al artículo 168, que dice: 'Los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso'. Pero aquí se desconoció esa concurrencia de actividades judiciales y sólo se tuvo en cuenta la denuncia de

Ramírez Obando. Lo cual destruyó, contrariamente al texto transcrito, la unidad del proceso, regla básica cuando se realizan dos o más delitos por un mismo agente, o cuando los hechos aparecen en diversos procesos, tratándose de los mismos sujetos incriminados".

"Estas dos fallas, sobre todo la última, condujeron al quebranto del artículo 26 de la Constitución, pues se siguió una forma distinta de la de ese proceso, en detrimento de la garantía básica prevista, no en favor del sindicado, sino del normal rendimiento de la propia administración de justicia. No es una culpabilidad la que se discute, ni una pena la que se rechaza como inmerecida. Es el orden público el afectado por la inobservancia de las formas propias del proceso, lo cual configura la nulidad supralegal alegada".

Deduce de todo esto una conexidad objetiva "que obligaba la investigación conjunta y las decisiones de fondo también unitarias. En otros términos, investigación y juzgamiento bajo una misma cuerda, en concatenación de procesos, conforme lo impone el artículo 128 del Estatuto de Procedimiento. La ruptura de ese encadenamiento forzoso es violatoria de la norma citada, que marca el derrotero apropiado, y del artículo 26 de la Carta Política".

De ahí entonces, que "la nulidad se produjo desde el auto de proceder" y así debe declararse (Art. 583-3 C. P. P.).

Consideraciones de la Corte y del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

La tesis que con tanta solvencia intelectual desenvuelve el censor, ciertamente corresponde a una concepción demasiado rígida del derecho procedimental, que sólo puede justificar tanta inflexibilidad en un desarrollo abstracto y teórico del mismo. Con este criterio resulta menos que imposible encontrar disposición alguna del Código de Procedimiento Penal que, en su incumplimiento, no comporte la anulación de lo actuado. Tiende ese enunciado a revestir con características de suma importancia y de esencial significación, todo su articulado, lo cual también contradice lo que la misma ciencia procesal aconseja y la práxis eleva a cotidiana regla, que hay graduación en cuanto a la imperatividad de los preceptos, al menos en cuanto a estimar que el quebranto de algunos de sus mandatos no comporta sanciones tan drásticas como la nulidad. La doctrina, con el fin de evitar que el propósito de la máxima y absoluta perfección no malogre definitivamente la posibilidad de administrar justicia, atempera el sentido y alcance de las consecuencias de la inobservancia de ciertos preceptos en la tramitación de los procesos. De ahí, pues, que en ocasiones y de acuerdo con los fines del procedimiento mismo, de los derechos de las partes, los intereses del Ministerio Público, del procesado o los apoderados, establezca indefectibles sanciones de nulidad, en unos casos y en otros afirme que tales contravenciones no implican este efecto, pues se trata, más bien, de irregularidades o defectos secundarios.

Sobre el punto en cuestión, esto es, la connotación que representa la unidad del proceso sobre la base de acciones conexas que debieron investi-

garse y fallarse en un solo proceso como factor de validez del proceso, existe abundante doctrina de la Corte y, en los últimos tiempos, ésta se muestra acorde en desestimarla como factor de nulidad. Al respecto, se transcriben los siguientes pronunciamientos:

"... Tradicionalmente ha sostenido la Corte, que la violación del principio de la unidad procesal no necesariamente configura nulidad legal o constitucional. Y ello, porque tal violación no está regulada como una de aquellas en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, ni siempre que ocurre impide, perturba o viola el derecho de defensa del procesado, parámetro de las nulidades de orden supralegal.

"En el caso que hoy ocupa la atención de la Sala, se observa que efectivamente la ex Juez Chica de Espitia ha podido incurrir en varios delitos de peculado, por medio de diversas apropiaciones de dinero en efectivo que llegaron a su Despacho; empero, no se puede advertir en tales conductas una conexidad sustancial que amerite el adelantamiento de un solo proceso para todos los casos denunciados. Su relación se reduce a la conexidad procesal, según se deduce de lo actuado, como quiera que las diversas investigaciones han podido servirse de unos mismos medios de prueba.

"A este respecto, dejó dicho la Sala en casación de fecha 26 de septiembre de 1979, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez:

"1. La conexidad, que busca diferentes objetivos, como el de facilitar las investigaciones, evitar fallos contradictorios, posibilitar la acumulación jurídica de penas, etc., conocimiento no siempre comporta la anulación de los procesos.

"Esto no quiere decir, se repite, que la institución carezca de importancia y que su transgresión no traiga consecuencias en el ámbito de la validez del procedimiento adelantado. Acudiéndose a la doctrina de las nulidades de rango constitucional, suelen reconocerse sus efectos más importantes. En este campo es necesario demostrar que, no obstante constituir una situación procesal de objetiva y casi incontrovertible existencia, se desatendió su consideración, llegándose entonces a exponer al procesado a una sentencia de condenación, a dificultarle de modo grave su defensa, a posibilitar la expedición de fallos contradictorios o absurdos, o a desconocer de manera notable la acumulación jurídica de penas...".

"Y ratificando la anterior posición, se pronunció la Corte con ponencia del doctor Luis Enrique Aldana Rozo en casación de 14 de febrero de 1984:

"El hecho mismo de que la ley admita excepciones al principio de la unidad procesal está indicando que éste no es un principio inflexible y que, por lo tanto, la omisión del mandato contenido en el artículo 167 del ordenamiento procesal no vulnera la estructura del proceso, ni quebranta ritualidades de imperativo cumplimiento, ni desconoce derechos fundamentales de las partes".

"En estas condiciones, acertada fue la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín al no declarar la nulidad de lo actuado, como se lo solicitó el colaborador fiscal, toda vez que al separar las investigaciones correspondientes a los diferentes hechos denunciados, no se

vulneró norma alguna de imperativo cumplimiento, ni se causó agravio a los derechos de la procesada... M. P. Edgar Saavedra Rojas. Julio 16/86.

"Y, sobre el tema de mayor trascendencia pero afin al comentado, se dijo en casación de julio 30/86 '...a) El auto de proceder dictado por el Juzgado 3º Superior nada dijo, en su parte resolutiva, en cuanto a la situación jurídica del sindicado Robert Carol Van Hemelrych, constituyéndose así, en aspecto sustancial, en acto incompleto e inidóneo, no siéndole permitido al Tribunal, como lo hizo mediante un sobreseimiento definitivo para este procesado, subsanar este vacío, so pena de incurrir en usurpación de función o en pretermisión de instancia'.

"La competencia, en este caso, le estaba dada al *ad quem* por lo decidido por el *a quo* y únicamente podía referirse, para confirmarlo o reformarlo, a asuntos tratados por éste.

"La Delegada, en opinión que merece aceptación por el acierto que traduce, ofrece razones para replicar a esta censura. Sobre el tema anotó:

"... Ciertamente aunque el juzgado de instancia no puntualizó en la parte resolutiva de la providencia calificatoria su decisión respecto de uno de los sindicados, no lo es menos que el Tribunal al revisarla en la sede de la segunda instancia la adicionó, llenando el vacío advertido, que no constituye más que una irregularidad sin la trascendencia invalidante que le señala al demandante, pues quedó a salvo el esquema rector del proceso y sus presupuestos formales.

"La omisión encontró su remedio en las instancias cuando el Tribunal dentro del amplio marco de sus facultades y competencias para adicionar la determinación del inferior, concretó el pronunciamiento en relación con el sindicado Robert Carol Van Hemelrych sobreseyéndole de manera definitiva. Esta potestad del Juez de segunda instancia deviene de la propia finalidad del recurso de apelación o del grado jurisdiccional de la consulta, según el caso y negarle esa facultad llevaría al contrasentido de desnaturalizar la esencia del principio procesal de las dos instancias, como que de aceptar el planteamiento del libelista, la órbita decisoria del Tribunal quedaría supeditada al contenido de la providencia que revisa y no al contenido del proceso mismo, cuyo examen resulta inexcusable en la fase calificatoria.

"De otra parte, no puede perderse de vista que tanto la decisión del Juzgado como la del Tribunal se integran para formar un solo auto procesal inescindible y la complementación o adición que el *a quo* hizo del proveído revisado, es factor esencial de la integración...".

"Agréguese que la doctrina es permanente y abundante en cuanto repudia declaraciones de nulidad sobre actuaciones de esta o similar índole. No deja de enseñar, con inocultable énfasis, que los juzgadores que admiten estas argumentaciones, distorsionan la noción del debido proceso y propician el enervamiento de la justicia, con notorias contribuciones a la impunidad. La ley de procedimiento penal tiene por *desideratum* investigar y definir, hasta donde el máximo de las posibilidades lo permiten, todos los aspectos personales y de hecho que la comisión de un delito suscita. Pero dejar por fuera cierta conducta o algún sujeto pasivo de la acción penal, por dificultades de averiguación o por errado juicio al pensar que no interesaban

al juzgamiento, o por involuntaria omisión, no implica la destrucción y desconocimiento de todo lo actuado. Es posible que en las hipótesis señaladas, pueda advertirse intrascendencia en esos vacíos, caso en el cual las cosas deben quedarse en ese estado, o, por el contrario, conservar su importancia, pudiéndose remediar la irregularidad mediante la expedición de las copias pertinentes, decisión que puede tomarse al momento de proferir las sentencias primera o segunda instancia, al definirse un recurso de casación, o con posterioridad a esta clase de pronunciamientos, por el funcionario que así lo advierta o por quien debía dar curso a su investigación de oficio. Y es sana la solución recomendada porque evita tanto el que una conducta merecedora de dilucidamiento o sin efectiva participación en los hechos, por parte de quienes han sido vinculados de manera real al proceso, se convierta en escollo para perfeccionar el sumario, obstaculizándose hábilmente el trámite de la causa y la definición de fondo del asunto...". M. P. Gustavo Gómez Velásquez.

Pero la Delegada, por fuera de esta antecedente consideración, ofrece un análisis completo del punto presentado por el censor, en el cual se advierte cómo los supuestos de la alegación no aparecen, en la realidad procesal, con las características que les adjudica el apoderado del recurrente. Valga, en este sentido, la siguiente reproducción de su concepto:

"... 1. Es cierto que con posterioridad a la ocurrencia de los hechos materia del proceso, el acusado José Ignacio Briceño formuló denuncia penal en averiguación, por un supuesto atentado contra su vida y patrimonio económico, que se incorporó desde un principio a este proceso, pero ello no supone necesariamente el imperativo que se reclama en el libelo de otorgarle la condición jurídica de una atendible acusación, que justifique por sí misma, la prosecución de un proceso separado o conjunto y un pronunciamiento definitivo, estrictamente individualizado.

"Correctamente el Juez de Instrucción, el de conocimiento y el Tribunal analizaron y valoraron esos cargos en su exacta naturaleza y alcance: Un recurso defensivo orientado exclusivamente a procurar consecuencias jurídicas menos graves, o la exhoneración de su responsabilidad, de suyo comprometida, por el atentado a la vida de Ramírez Obando.

"1.1. El texto de la propia denuncia de Briceño revela este carácter:

"... y como estuve en presencia de agresiones y a la vista de machete en uno de ellos ya para descargármelo, hice uso del revólver de mi propiedad descargando dos tiros y uno al aire y otro sobre mis atacantes, de lo cual supongo hubiere herido... Digo a la autoridad que tuve la conducta de disparar precisamente por la agresión de varios sujetos armados de machete y algunos de ellos me pusieron en tierra, sitio desde donde disparé para evitar me dieran muerte" (Fls. 1 y vto. Cuad. número 3).

"Esta posición la reitera en su indagatoria.

"1.2. Primero el Juez 15 de Instrucción Criminal Ambulante al referirse a este punto en el auto por medio del cual dictó auto de detención preventivo, le restó toda credibilidad a esta versión exculpatoria (Fl. 249 c.o.). Luego el Juez 19 Superior en la providencia en virtud de la cual negó

la revocatoria de la detención (Fls. 348 y 349 *ib.*) y el Fiscal en el alegato de conclusión al señalar la versión de Briceño como una coartada para eludir la acción de la justicia (Fl. 442 *ib.*).

"1.3. En el primer sobreseimiento temporal el Juez sentó el criterio que las explicaciones de Briceño en ese sentido ofrecían cierta duda que era preciso despejar en orden a establecer una posible legítima defensa (Fl. 466), perplejidad que mantuvo en la segunda calificación.

"1.4. El Tribunal en la decisión enjuiciatoria descartó la aceptación de los cargos y explicaciones suministradas por el procesado y en consecuencia la pretendida inculpabilidad por legítima defensa de su vida (Fls. 536 y 537 *ib.*).

"1.5. El debate público también se desarrolló sobre estos dos extremos principales: la versión de Ramírez Obando y los cargos de Briceño. A ellos. se refirieron con amplitud las sentencias de primero y segundo grado, para descartar la coartada del acusado.

"2. La defensa prácticamente en el desarrollo de todo el proceso tomó la versión de Briceño (del atraco sufrido) en esa misma directriz, bien para apoyar la tesis de una legítima defensa plena o subjetiva, admitiendo por dicho modo que ese aspecto no fue ajeno a la investigación, sino, como se ha visto, cuestión principal de las instancias, tanto que a su alrededor se centraron las determinaciones de fondo.

"3. Uno de los aspectos que quizás con mayor énfasis tuvieron en cuenta los juzgadores, en no pocas determinaciones, para concluir que la denuncia formulada por Briceño no constituía nada distinto que una simple coartada, fue el carácter delictuoso que revistió el cambio del texto y la fecha de la misma.

"Así, consta que la propia Juez Promiscuo Municipal de Fúquene a quien se le remitió en principio, denunció penalmente al Alcalde y a su propia secretaria en ese sentido.

"El Juez de Instrucción allegó a este proceso la declaración de la Juez y otras pruebas sobre el punto, valoradas ulteriormente en debida forma.

"El Tribunal en el fallo recurrido, sentenciosamente precisó:

"... bástele a la Sala con concluir que la pretendida acción que instauró Briceño Cañón, no tuvo finalidad diversa que pretender atenuar los cargos que le han formulado, bajo la socorrida pretensión de aparecer como presunta víctima de la agresión por él propinada y no pásese por alto, que la señora Juez Promiscuo Municipal de Fúquene (Cundinamarca), elevó denuncia penal contra el Alcalde Municipal de ese poblado y de su misma secretaria, por un posible delito de falsedad, ya que inicialmente recibir la denuncia formulada ante dicho funcionario por el aquí implicado José Ignacio Briceño Cañón, el día 25 de julio de 1979, con posterioridad se le cambió la fecha a la queja que apareció con fecha del 23 de julio de ese año y con fundamento en hechos no tratados en la inicial, como así lo testificó bajo la gravedad del juramento en la presente investigación la Juez mencionada, por lo que huelga mayor comentario sobre el particular y no se acoge sus fundamentos".

"4. La inicial equivocada visión del Juzgado Promiscuo Municipal de Fúquene, al dictar auto de cabeza de proceso por razón de los hechos denunciados por Briceño, no obligaba, ya incorporada la queja al proceso principal, a seguir el rito procesal que señala el casacionista, menos aún cuando se le dio en el plenario el tratamiento adecuado. Lo contrario habría implicado el sacrificio del fondo del asunto para hacer un vacío homenaje al formalismo, huérfano de significación y alcance.

"No rehusó ni omitió el poder jurisdiccional el cumplimiento del deber de investigar los cargos formulados por Briceño, ni dejó de pronunciarse sobre los mismos, lo hizo con amplitud y consistencia para rechazarlos y calificarlos en su debido sentido.

"Constituyendo tales hechos o cargos base de la defensa del procesado, carece de respaldo la afirmación de la demanda que pretende el tratamiento de conexidad e investigación conjunta".

Lo anotado es suficiente para desestimar el cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR EL FALLO IMPUGNADO, ya mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario.

PREVARICATO

La conducta abusiva del funcionario que profiere resolución o dictamen manifiestamente ilegales, se subsume dentro del tipo de prevaricato y no en el abuso de autoridad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 89.

Bogotá, D. E., 9 de septiembre de 1986.

VISTOS

Somete a consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, la sentencia de veinte de marzo postrero, por la que condenó al ex Juez Promiscuo Municipal de Hato Corozal (Casanare), señor Julio Alberto Hernández Sandoval a la pena principal de dos años de prisión, multa de dos mil pesos y al pago de los perjuicios causados, como responsable de los delitos de doble peculado, concusión y abuso de autoridad investigados en causas posteriormente acumuladas, concediéndole la libertad provisional mediante caución, en los términos del artículo 15 del Decreto 1853 de 1985, en armonía con el 44-3 de la Ley 2ª de 1984.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita revocar la providencia consultada y declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto que clausuró la etapa investigativa en la última de las causas acumuladas por error en la denominación jurídica de la infracción y del proveído que ordenó la acumulación de las tres causas restantes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El señor Julio Alberto Hernández Sandoval desempeñó en interinidad, el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Hato Corozal del 24 de junio al 31 de julio de 1980.

El 5 de agosto del mismo año, las oficinas del Juzgado fueron saqueadas y destruidos los expedientes que allí se encontraban por lo que se ordenó su reconstrucción, tarea en la que fue oído en declaración el Secretario Evangelino Rivera Alarcón, quien al ser interrogado por el estado de los negocios formuló contra el Juez Hernández Sandoval las siguientes acusaciones:

1º En las diligencias sumarias seguidas a Inocencio Angarita Cetina y Fanny Odilia Tumay, sindicados de un delito contra la asistencia familiar, concedió la libertad provisional de la mujer por la suma de un mil pesos ($ 1.000.00). Igual determinación tomó respecto a Inocencio después de haberle exigido la compra de artículos de aseo con destino a la Cárcel Municipal.

2º En el sumario contra Onofre Córdoba por el delito de homicidio en Crisóstomo Millán, otorgó la libertad del sindicado bajo fianza de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00), suma de la cual se apropió.

3º En las diligencias adelantadas en averiguación de la muerte de Luis Hernán Pérez Cárdenas en las que fue oído en indagatoria el sindicado Jorge Conde, lo puso en libertad con la obligación de consignar la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) en la Caja de Crédito Agrario de la localidad, título que cobró mediante endoso apropiándose de su valor.

4º En la causa seguida contra Ignacio Cordón Sánchez por el delito de lesiones personales, el 8 de julio de 1980, ordenó la libertad del procesado mediante caución prendaria por la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), depositada en el Juzgado por encontrarse cerradas las oficinas de la Caja de Crédito Agrario, a pesar que para entonces, había sido llamado a juicio y tanto el expediente como el detenido se encontraban a órdenes del Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo donde se tramitaba un incidente de impedimento o recusación.

Los anteriores hechos fueron investigados separadamente por el Tribunal Superior, siendo calificados, en su orden, de la siguiente manera:

Por la acusación a que se contrae el numeral 1) el Tribunal llamó a responder en juicio al procesado Hernández Sandoval por el delito de concusión, pronunciamiento apelado por la Defensa y confirmado por la Corte (Fls. 100 y ss. y 136 y ss. del Cuad. número 1).

El cargo de haberse apropiado del valor de la fianza exigida al detenido Onofre Córdoba (numeral 2) fue calificado como peculado por apropiación, mediante providencia apelada por la defensa y confirmada por la Corte (Fls. 63 y ss. y 93 y ss. del Cuad. número 2).

Las dos causas fueron acumuladas por auto de veinte de junio de 1985, continuando su tramitación bajo la misma cuerda (Fls. 148 del Cuad. número 1).

La sindicación consistente en haberse apropiado del valor de la consignación exigida al detenido Jorge Conde para dejarlo en libertad (numeral 3) fue calificada por el Tribunal Superior con sobreseimiento temporal a favor del procesado, decisión apelada por el Fiscal de dicha Corporación

y revocada por la Corte en el sentido de llamarlo a juicio por el delito de peculado (Fls. 83 y ss. y 102 y ss. del Cuad. número 3).

Finalmente, el cargo de haber ordenado la libertad del encausado Ignacio Cordón Sánchez no obstante que el proceso como el detenido se encontraban a órdenes de otro Juzgado (numeral 4), se calificó por el Tribunal Superior con llamamiento a juicio del procesado por el delito de abuso de autoridad, mediante resolución que cobró ejecutoria por no haber sido oportunamente impugnada (Fls. 90 y ss. del Cuad. número 4).

Estas dos causas se acumularon a las anteriores por Decreto de 18 de julio de 1985 (Fl. 152 del Cuad. número 1).

Acumulados los cuatro procesos adelantados contra el acusado y rituado el juicio, se celebró audiencia pública, concluida la cual, se puso fin a la instancia mediante la sentencia condenatoria objeto de consulta.

Consideraciones de la Corte

Es incuestionable que el señor Julio Alberto Hernández Sandoval en su carácter de Juez Promiscuo Municipal de Hato Corozal (Casanare) y en ejercicio de sus funciones incurrió en los comportamientos denunciados por el Secretario del Juzgado Evangelino Rivera Alarcón y por los cuales fue llamado a responder en juicio en causas acumuladas y decididas en este proceso.

En efecto:

En la causa que se le siguió por concusión resulta probado, a través de los testimonios rendidos por Inocencio Angarita, Fanny Odilia Tumay, Ramiro Gualdrón Angulo y Ramón Arenas Gómez; de las inspecciones practicadas al libro de depósitos judiciales que se lleva en el Juzgado y a las oficinas de la Caja de Crédito Agrario de la localidad de Hato Corozal, lo mismo que de las órdenes de captura y libertad de Inocencio y Fanny, que el Juez sindicado abusando de su transitoria permanencia en el cargo, constriñó a la Tumay a que le entregara la suma de un mil pesos a manera de "multa", como requisito para concederle la libertad (Fls. 16, 83, 10, 77, 18 y 20 del Cuad. número 1).

En el proceso de peculado por el caso del sindicado Onofre Córdoba, aparece demostrado mediante declaraciones vertidas por Evangelino Rivera Alarcón y Concepción Prada Amaya, Secretario y Escribiente del Juzgado respectivamente, lo mismo que con las inspecciones judiciales llevadas a cabo sobre el libro de depósitos judiciales del Juzgado y de los que se llevan en la Caja de Crédito Agrario de Hato Corozal, que el funcionario incriminado condicionó la libertad del detenido a la constitución de una fianza de mil quinientos pesos, dinero, que recibió personalmente y del cual se apropió (Fls. 5, 18, 19 y 21 del Cuad. número 2).

En la tercera causa se le acusa de haberse apoderado de la suma de un mil pesos correspondiente a la caución prestada por el sindicado Jorge Conde para obtener su libertad y representada en un título de depósito judicial, tal hecho encontró plena demostración en autos con lo expuesto

sobre el particular por Adonaí Cárdenas Parra y Concepción Prada Amaya de Uva, Contador de la Caja Agraria y escribiente del Juzgado respectivamente. Esta manifestó que en ausencia del Secretario, el ex Juez Hernández Sandoval le hizo registrar su firma en la Caja de Crédito Agrario de la localidad y luego la obligó a endosarle el título de depósito judicial y aquél expresó que el documento así firmado por la empleada y el Juez fue cobrado personalmente por este último (Fls. 40 y 42, Cuad. número 3).

Y en el proceso adelantado contra Ignacio Cordón Sánchez, demostrado está, que el acusado por auto de 8 de julio de 1980 sin correr traslado al Ministerio Público de la solicitud de libertad formulada por el detenido, decretó su libertad mediante caución prendaria de dos mil pesos en consideración a encontrarse vencido el término de ciento ochenta días sin haberse calificado el mérito del sumario no obstante que, el expediente como el procesado se encontraban a órdenes de otro juzgado y que, en el informe secretarial rendido a continuación de la petición liberatoria se le advertía claramente que dicho asunto había sido calificado con llamamiento a juicio del procesado mediante providencia que se encontraba ejecutoriada, produciendo de tal modo una resolución manifiestamente ilegal.

Así resulta del testimonio rendido por el autor del informe, el Secretario Evangelino Rivera Alarcón, la copia autenticada de la ilegal providencia y el contenido de la inspección judicial practicada al respectivo proceso (Fls. 2, 6, 9, 10 y 26 a 28 del C. No. 4).

En la etapa probatoria del juicio ninguna de las partes intervenientes solicitó la práctica de pruebas ni el Tribunal Superior consideró conducente su decreto oficioso, por lo que la situación jurídica del acusado no sufrió modificación.

La defensa, en la audiencia pública, abogó por la absolución del acusado sobre la base de no encontrarse plenamente probada su culpabilidad en los hechos toda vez que la prueba en que se fundamenta la incriminación por los diferentes delitos adolece de imprecisiones y arroja serios interrogantes que no fueron despejados. Subsidiariamente impetra la imposición del mínimo de pena y la concesión de la condena de ejecución condicional habida cuenta del oportuno reintegro de lo apropiado y el hecho de reunir los requisitos para el otorgamiento de dicha gracia.

NULIDAD

El señor Procurador Delegado en lo Penal, solicita la revocatoria de la sentencia consultada, por considerar que en uno de los procesos que se fallaron en forma conjunta, se incurrió en nulidad de carácter legal por error en la denominación jurídica de la infracción, debido a que en el aludido proceso se llamó a juicio al inculpado por un delito de abuso de autoridad, cuando se trataba de un prevaricato.

Asiste la razón al Ministerio Público, porque los hechos imputados en dicho sumario al ex Juez Hernández Sandoval, ponen en evidencia la existencia de un delito de Prevaricato.

Establecido está, que *el ex Juez acusado, plenamente consciente de que el procesado* Ignacio Cordón Sánchez, *se encontraba a órdenes de otro*

funcionario judicial y que tenía ya definida su situación jurídica mediante llamamiento a juicio, que se encontraba ejecutoriado, sin embargo, sin escuchar concepto de su colaborador fiscal, dispuso la libertad provisional del detenido aduciendo falsamente el vencimiento del término legal sin haberse calificado el mérito legal del sumario, por lo cual profirió resolución manifiestamente contraria a las normas procedimentales que establecen el trámite y los requisitos para el otorgamiento de dicho beneficio. Se profirió en consecuencia, una decisión judicial en ostensible contradicción con las normas legales que rigen la materia.

Existe abuso de autoridad, cuando el empleado oficial realiza un acto arbitrario o injusto con ocasión de su cargo o excediéndose en el ejercicio de sus funciones, lesionando con su actitud el prestigio y el buen nombre de la administración pública.

Pero, cuando la conducta abusiva, o sea el acto arbitrario o injusto se realiza profiriendo el funcionario resolución o dictamen manifiestamente ilegales, el comportamiento se subsume dentro de un tipo penal de mayor entidad como lo es el delito de prevaricato que tutela como bien jurídico la rectitud y probidad de las resoluciones y dictámenes oficiales.

Se trata de un simple concurso aparente de tipos, donde el hecho imputado al funcionario parece encuadrarse simultáneamente en dos tipos penales. Este conflicto se desata en el caso subjudice, por voluntad de la misma ley, aplicando el principio de la subsidiariedad, porque de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 152 del Código Penal que tipifica el abuso de autoridad, dicho precepto es sólo aplicable a aquellas actuaciones abusivas que no estén especialmente previstas como delito en otros preceptos. Como el hecho que se examina está contemplado especialmente como prevaricato por acción, en el artículo 159 del Código Penal, dicha disposición se aplica de preferencia.

Síguese de lo dicho, que en el vocatorio a juicio dictado en la causa que se examina, se incurrió en motivo de nulidad procesal, por haberse calificado como abuso de autoridad lo que es delito de prevaricato (Art. 210-5 del C. de P. P.), afectando la validez de lo actuado, a partir del auto calificatorio proferido por el Tribunal Superior, vicio que cobija la acumulación de esta causa a las demás y puede gravitar sobre la dosificación de la pena impuesta al procesado, pero que no transmite sus nocivos efectos a la actuación cumplida con relación a los restantes procesos acumulados. Se trata de una nulidad parcial que en ninguna forma puede afectar a los otros procesos que fueron adelantados con el lleno de las formalidades legales.

Y como quiera que advertida la nulidad por erronea denominación jurídica de la infracción, la acción penal derivada del delito de prevaricato de que trata el artículo 149 del Código Penal vigente (Art. 2º del Decreto 2525 de 1963) se encuentra prescrito por haber discurrido a la fecha un lapso superior a cinco años, contados a partir del 8 de julio de 1980 en que se profirió la ilegal resolución, no cabe otra alternativa que así declararlo, ordenando cesar procedimiento en contra del sindicado, toda vez que en los delitos juzgados en concurso, la acción penal prescribe independientemente para cada uno de ellos.

Como ya se expresó al comienzo de esta providencia, y como con acierto lo sostiene el Tribunal, la existencia de plurales indicios valorados en su gravedad e íntima conexidad constituye plena prueba de la responsabilidad del acusado en los hechos imputados, a las voces del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Colmados de tal modo los presupuestos que para condenar establece el artículo 215 ibídem, por encontrarse legalmente producida la prueba plena o completa de las infracciones por las que fue llamado a juicio el procesado en los tres procesos acumulados, y la de que es responsable de ellas, el fallo condenatorio objeto de consulta debe mantenerse.

Ningún reparo merece a la Sala la dosificación de la pena impuesta al responsable por el concurso de hechos punibles juzgados en este proceso, en consonancia con las normas sustantivas del nuevo Código Penal, aplicables al caso por razones de favorabilidad, pues partiendo del mínimo de pena fijado para el delito más grave que es el de peculado, abstractamente considerado (de dos a diez años de prisión y multa de un mil a un millón de pesos), disminuido por el reintegro total de lo indebidamente apropiado en ambos delitos (Fl. 193 v.); dicho mínimo (un año de prisión y multa de un mil pesos) fue incrementado en otro tanto por razón de la acumulación de los demás delitos reprimidos con pena privativa de la libertad (peculado y concusión) (Arts. 133 y 26 del C. P.) para la imposición en definitiva, de una pena de dos años de prisión y multa de dos mil pesos, la que no resultaría afectada con la exclusión del delito erróneamente calificado.

Discrepa sí, en cuanto al decreto de libertad provisional del procesado con fundamento en los artículos 44-3 de la Ley 2ª de 1984 y 15 del Decreto 1853 de 1985, normas estas destinadas a regular la liberación meramente provisional del sindicado para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella y que resultan impertinentes al caso por tratarse de sentencia, oportunidad procesal en la que la excarcelación sobre la base de que el procesado no requiere de tratamiento carcelario está condicionada a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la condena y a pesar de que el Tribunal Superior se remitió expresamente al artículo 68 del Código Penal, relacionado con el 15 del mencionado decreto no hizo ningún pronunciamiento al respecto.

Estima por el contrario, que no obstante habérsele impuesto una sanción inferior a tres años de prisión, su personalidad referida a la comisión de varios delitos contra la administración pública en el corto lapso que ejerció transitoriamente la judicatura, la naturaleza y modalidades de los hechos punibles permiten suponer razonanablemente que requiere tratamiento penitenciario.

Así las cosas, se declarará que el acusado no tiene derecho a la condena de ejecución condicional y en consecuencia, se revocará el numeral cuarto de la parte resolutiva del fallo revisado que le concedió la libertad provisional mediante caución prendaria de treinta y cinco mil pesos, ordenándose la cancelación de la misma y la inmediata devolución de su valor a fin de que cumpla la pena impuesta teniendo en cuenta el tiempo que ha descontado en detención preventiva.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Delegado y en parte de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Declarar la NULIDAD parcial del proceso a partir inclusive, del auto de proceder de abril 22 de 1985 mediante el cual se llamó a responder en juicio al procesado Julio Alberto Hernández Sandoval por el delito de abuso de autoridad, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

2º Como consecuencia de dicha nulidad, declarar PRESCRITA la acción penal derivada del delito de prevaricato, ordenando CESAR todo procedimiento contra el sindicado por este delito.

3º CONFIRMAR la sentencia consultada en cuanto condenó a Julio Alberto Hernández Sandoval por los delitos de doble peculado y concusión.

4º Declarar que el sindicado no tiene derecho a la condena de ejecución condicional y en consecuencia, REVOCAR el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia consultada ordenando su captura para el cumplimiento de la sentencia.

CANCÉLESE la caución prestada y ordénase la inmediata devolución de su valor al interesado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

REO AUSENTE

Nulidad.

Si se desconoce la identidad física de una persona y así se procede a su emplazamiento y a la declaratoria de reo ausente, la falta de pronunciamiento posterior en cuanto a su situación procesal, no configura nulidad legal ni constitucional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 089.

Bogotá, D. E., 9 de septiembre de 1986.

VISTOS

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Alejandro Caro López contra la sentencia proferida el 2 de mayo de 1985 por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual, al confirmar la emanada del Comando de la Décima Tercera Brigada, lo condenó a la pena de seis (6) años de prisión y a multa de cien mil pesos ($ 100.000), por violación al Decreto 1188 de 1974 (Art. 38, inciso primero).

El recurso fue admitido y la demanda encontrada acorde con los requisitos formales que establece la ley, aunque hubo necesidad de reconstruir el expediente que se destruyó durante los hechos del 5 y 6 de noviembre pasado.

HECHOS

Aproximadamente a las 5 y media de la tarde del día 17 de septiembre de 1984 y cuando Luis Alejandro Caro López se disponía a abordar un avión que lo transportaría a la ciudad de París, algunos miembros de

la Policía Judicial que hacían vigilancia en las instalaciones del aeropuerto internacional "Eldorado" de Bogotá pudieron advertir que los zapatos calzados por Caro López eran algo extraños y parecía, que por su peso, le dificultaban su desplazamiento. Por esta razón y además porque su atuendo no era como el que acostumbran usar los turistas que se dirigen a Europa, los policiales lo retuvieron y al examinar sus zapatos encontraron ocultos en ellos la cantidad de 243 gramos de cocaína, de una concentración del 91%.

La investigación fue adelantada por el Juzgado 106 de Instrucción Penal Militar y al tenor de lo dispuesto en el Decreto legislativo 1290 de 1984 (Art. 2º) el asunto se tramitó por el procedimiento señalado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, que terminó con sentencia condenatoria confirmada por el Tribunal mediante el fallo que fue objeto del recurso de casación.

La demanda

Causal primera. Con base en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sostiene la demandante que la sentencia es "violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", toda vez que "la personalidad del sindicado, los móviles, antecedentes y el camino de los hechos" no se tuvieron en cuenta y "por ello hubo indebida aplicación de la norma e interpretación errónea, por cuanto la conducta como se presenta, da lugar a aplicar el artículo 44, por haber obrado por negligencia, ya que era la primera vez que se ocupaba de este trabajo ilegal y por lo mismo, es lógico concluir que desconocía los secretos de la mafia que lo comprometió".

Causal cuarta. Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, toda vez que "no existe concepto de fiscalía referente a la responsabilidad de Víctor y Hugo y tampoco se nombró su defensor y no aparece el alegato que determina también esta norma... En la sentencia se condenó a Luis Alejandro Caro y no se dijo nada de las personas que fueron vinculadas a la investigación por denuncia del sindicado hecha en su injurada, por lo cual —reitera— el fallo está viciado de nulidad".

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, luego de analizar la prueba que sirvió de fundamento para condenar a Caro López, pide que el cargo formulado con base en la causal primera se deseche, por considerar que "la sentencia de segundo grado se dictó con pleno apoyo en la prueba recaudada y la valoración que la ley le otorga y por ello debe destacarse el error de derecho incoado por la recurrente".

En relación con la pretendida causal de nulidad invocada sostiene que ella no se presentó, pues los mencionados Víctor y Hugo jamás pudieron ser identificados y en consecuencia tampoco podían ser vinculados al proceso; "dicha sentencia, concluye, no puede atacarse de nulidad por el hecho de no haberse vinculado a estos imaginarios".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal cuarta. Se estudia primero esta causal, que la demandante presentó en segundo orden, por cuanto que de aceptarse la existencia de una nulidad en el proceso sobre el cual se dictó el fallo protestado, sería absurdo el reconocimiento de cargo diferente.

Afirma la demandante que como Víctor y Hugo, acusados por Caro López de ser las personas que le entregaron los zapatos contentivos de la cocaína y prometieron pagarle por su transporte a París, no fueron objeto de la sentencia a pesar de que habían sido vinculados al proceso, "el fallo está viciado de nulidad".

Es verdad que los citados Víctor y Hugo fueron debidamente emplazados dentro de la investigación (Fls. 60 y 61) y declarados reos ausentes (Fls. 62 y 63), y que además en su contra se profirió auto de detención (Fls. 66 a 68), el cual posteriormente fue anulado por ser "imposible llamar a juicio a una persona sin estar lo suficientemente identificada como sucede en el presente caso con los supuestos sujetos Víctor y Hugo" (Fls. 106 a 109). Y es verdad también que nada volvió a decirse en el proceso sobre estos dos emplazados, pero esto de ninguna manera implica nulidad en el procedimiento.

En efecto, los únicos datos que se tienen sobre la identidad de los emplazados son los que brinda Caro López en su indagatoria, que por vagos e imprecisos no permiten concretarlos en ninguna persona determinada. Se limita a decir que quienes lo contactaron y le entregaron la cocaína decían llamarse Víctor y Hugo, pero agrega que ellos mismos le dijeron que "no se llamaban así", procediendo luego a describirlos físicamente pero con unos rasgos tan generales que resulta imposible identificar con base en ellos a una persona concreta (Fl. 18). En estas condiciones, el emplazamiento que de los tales Víctor y Hugo se hizo no debía hacerse, porque en realidad no se emplazaba a nadie, toda vez que los escasísimos datos que de ellos se tenían no permitían ni siquiera su identidad física. Bueno es recordar, al respecto, que según el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, aplicable por analogía al Procedimiento Penal Militar según lo dispuesto por el artículo 299 de dicho estatuto, "la imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, *cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona*", de donde bien puede deducirse que la falta de esa identidad física sí suspende la investigación, en relación con ese denunciado o sospechoso cuya identidad física se desconoce.

Ahora bien. *Si a pesar de ignorarse completamente la identidad física de una persona se dispone su emplazamiento y se le declara reo ausente, la falta de pronunciamiento posterior en relación con ella no configura ninguna nulidad de carácter legal, porque este hecho no está erigido como tal en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, ni mucho menos una de carácter constitucional, pues la no resolución judicial en relación con el así emplazado no implicaría agravio a nadie, pues como ya se dijo, la imposibilidad de su identificación física hace que dicho emplazamiento sea completamente ineficaz y por tanto pueda tenerse por no hecho.*

Pero además, aún en el ya negado supuesto de que la falta de pronunciamiento en la sentencia sobre la situación de Víctor y Hugo constituyera una nulidad, ésto sólo afectaría el proceso en relación con ellos, pero nunca en cuanto se refiere al condenado, a quien se le dio oportunidad de defenderse y a quien se le juzgó sin violarse ninguna de las formas propias del juicio. Así lo ha sostenido esta Sala, en jurisprudencia que ahora reitera: "cuando la nulidad se estructura sobre una circunstancia eminentemente personal, su declaratoria sólo puede producir efectos con relación al procesado a quien acompaña tal circunstancia, porque los otros son extraños o ajenos a aquel motivo". (Casación de 27 de abril de 1976).

Lo anterior, es más que suficiente para desechar este cargo.

Causal primera. En relación con esta causal debe decirse que la demanda adolece de deficiencias técnicas tan protuberantes, que es imposible estudiar el cargo y se hace necesario desestimarlo.

En efecto. No expresó la demandante si la violación de la ley sustancial es directa o indirecta y de los términos de la demanda no es posible deducirlo, pues aunque en principio parece plantear una violación directa, al menos así se podría inferir del encabezamiento, al desarrollar el cargo se adentra en terrenos propios de la violación indirecta, como cuando sostiene que no se tuvieron en cuenta en el fallo una serie de factores, tales como "la personalidad del sindicado, los móviles, antecedentes y el camino de los hechos", lo cual torna en contradictoria la demanda, porque como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no puede alegarse al mismo tiempo la violación directa e indirecta de la ley, pues quien aduce la primera acepta los hechos tal como los entendió el fallador, sin negarlos ni ponerlos en duda, que es precisamente lo que se pretende con base en el cuerpo segundo de esta causal: "Constituye criterio fundamental distinguir entre la violación directa e indirecta de la ley sustancial y en la segunda discriminar el error esencial de hecho del error esencial de derecho. Esto con el primordial fin de no mezclar uno y otro aspecto, evitándose así la simultánea aplicación de remedios contrarios e incompatibles. Así se tiene que cuando se trata de la violación directa de la ley, es necesario reconocer sin vacilaciones los aspectos fácticos considerados por el Tribunal. La prueba se debe aceptar tal como ha sido apreciada por éste y censurar, de modo exclusivo, o la falta de aplicación de la ley, o su aplicación indebida o su errónea interpretación. De olvidarse esta elemental enseñanza, se malogra la demanda porque a la Sala le está vedado tratar de fijar concepto sobre lo que en realidad quiso o se propuso decir el impugnador. No encuentra la Corporación, en casos tales, elementos suficientes para precisar una línea de pensamiento atendible y derivar de la misma las consecuencias propias del recurso" (Casación, 12 de diciembre de 1980, Mag. Pte., Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Pero es que aún admitiéndose que el cargo formulado fuera el de violación directa, tampoco es posible sortear los graves errores de técnica, como que al amparo de esta causal habla de infracción directa "por aplicación indebida o interpretación errónea", aspectos que son completamente contradictorios, pues mientras que el primer concepto (aplicación indebida) implica un error en la adecuación típica, como que se da aplicación a una norma en un caso no reglado por ella, el segundo (interpretación errónea)

supone que el juzgador escogió atinadamente la norma aplicable pero equivocando su sentido por un error en su interpretación. Así lo ha manifestado repetidamente esta Sala: "Es gravísimo error aducir que se ha violado la ley simultáneamente por aplicación indebida o por interpretación errónea. O es lo uno o lo otro, pero no ambas cosas a la vez, porque la aplicación indebida ocurre cuando se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado, y la interpretación errónea se presenta cuando se da a la ley un alcance distinto del querido por ella. De suerte que una norma se aplica indebidamente o se interpreta erróneamente, mas no se cometen los dos entuertos a un mismo tiempo" (Casación, julio 15 de 1976).

El cargo, pues, se desecha.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

En los juicios con intervención del jurado de conciencia, no es posible desestimar su pronunciamiento para dictar sentencia por una especie de delito no afirmada en el veredicto, posición que equivaldría a invocar la causal primera por violación indirecta de la ley.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 091.

Bogotá, D. E., 17 de septiembre de 1986.

VISTOS

El Juzgado 30 Superior de Bogotá, en sentencia de 12 de febrero de 1985, condenó a Julio César Romero Granados a la pena principal de quince años de prisión, a las penas accesorias correspondientes y a la indemnización en abstracto de los perjuicios ocasionados, como responsable, conforme al veredicto del jurado, de homicidio en la persona de Roy Henry Riveros Laverde y tentativa de homicidio en Fernando Rodríguez Ruiz, en hechos ocurridos en esta ciudad en la noche del 31 de marzo de 1983.

Al resolver el recurso de apelación, el Tribunal de este Distrito Judicial, confirmó el fallo de primera instancia en el del 8 de abril de 1985, con la modificación de reducir a once años la pena principal de prisión impuesta al procesado.

Recurrida esta última sentencia en casación y debidamente concedido el recurso, se envió el proceso a la Corte, destruyéndose en el incendio del Palacio de Justicia, salvo el cuaderno de la Corte, habiéndose ya declarada en ese momento ajustada a las exigencias legales, la demanda presentada por el señor defensor del procesado. Se reconstruyó el proceso con copias presentadas por el mismo defensor y otras solicitadas a las correspondientes oficinas. Corrido traslado a las partes no recurrentes, se procede a dictar el respectivo fallo.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Los hechos se resumen por el señor Procurador Primer Delegado en lo Penal en su concepto, en los siguientes términos, con sujeción a la realidad procesal:

"Dan cuenta los autos que en horas de la tarde del día 31 de marzo de 1983, en el barrio 'Prado Veraniego' de esta ciudad, Romero Granados se reunió con sus amigos Carlos Bonilla, Iván Fonseca, Jesús Hurtado, Fernando Ruiz, Alvaro Ruiz, William Riveros Laverde y Henry Riveros Laverde, y se dedicaron a jugar tejo e ingerir cerveza. Terminado el partido, y luego de que Romero se negase a efectuar el aporte o entregar la cuota que le correspondía para la cancelación de la cuenta, a más de que pretendió sustraer un tejo, todo lo cual le mereció reproche o recriminación de sus contertulios, se alejó de éstos para más tarde regresar y hacerse presente en la tienda donde proseguían libando sus compañeros, procediendo a desenfundar un revólver que disparó contra el grupo, después de expresar que 'venía envenenado' e iba a matar a todos, lesionando a Fernando Ruiz y Roy Henry Riveros Laverde, quien ulteriormente falleció, a continuación emprendió la fuga y sólo dos meses después vino a presentarse ante el instructor". (Folio 112, Cuaderno 1º Corte).

Practicadas las primeras diligencias e iniciada la investigación, oídas las versiones de varios testigos presenciales y la indagatoria del procesado, quien manifestó no recordar el momento de los hechos por haber consumido bebidas alcohólicas, se dictó en su contra auto de detención. Se recibió con posterioridad dictamen médico, previos los exámenes correspondientes y el siquiatra forense concluyó que "...no se encontraron manifestaciones, ni elementos clínicos patológicos para poder decir que se encontraba en esos momentos bajo los efectos de algún alucinógeno o droga, su estado era el de una embriaguez, causada por la ingesta (sic) de bebidas alcohólicas, cerveza" y además que "...por su historial clínico, o sea por los relatos que hace en relación a sus antecedentes clínicos tóxicos, y al examen psiquiátrico y físico, no se evidencian signos ni síntomas de farmacodependencia a la marihuana..." sin presentar signos de perturbación mental.

La investigación se calificó con enjuiciamiento por homicidio y lesiones personales, modificada por el Tribunal al resolver apelación del defensor del acusado, para imputar en cuanto a Fernando Rodríguez Ruiz, homicidio imperfecto en lugar de lesiones personales, dadas las circunstancias del hecho.

Cumplido el trámite correspondiente y respondidos afirmativamente por el jurado los cuestionarios formulados de conformidad con el auto de proceder, se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal con la modificación ya anotada, mediante el fallo que es objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA Y LA CAUSAL DE CASACIÓN INVOCADA

El demandante luego de hacer el resumen de los hechos cita varios testimonios, de los cuales transcribe apartes, en relación con la forma como

se desarrollaron aquéllos y el estado en que fue hallado el procesado al día siguiente en un potrero en lugar próximo a su residencia. En seguida recapitula la actuación procesal.

Hace alusión a la indagatoria y a que ninguno de los testigos afirma amenazas previas, ni disputa o discusión entre el agresor y las víctimas. Que el sentenciado no recuerda el consumo de bebidas embriagantes y hierbas, lo cual le produjo "un vacío mental" hasta cuando fue despertado en el potrero al día siguiente y que sus compañeros pudieron utilizar "mecanismos verbales no correctos", siendo ésta la razón de la conducta.

Se refiere seguidamente al dictamen médico, respecto al cual hace diversas consideraciones, para concluir con base en el mismo y la personalidad del procesado, dado su temperamento hiperemotivo combinado con la afición a bebidas alcohólicas y sustancias alucinógenas que "...el hecho penalmente imputado lo cometió fuera de control mental, ya que la embriaguez aguda continuada con marihuana para esos momentos, produjo un grado de agitación que facilitó el despliegue de los instintos agresivos...". La ebriedad puede producir en personas anormales "un estado transitorio de inconciencia o de locura parcial o completa, según conserven o no la conciencia del mundo exterior y de la propia personalidad...".

Invoca contra la sentencia *la causal primera de casación,* de conformidad con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque se dictó "...violando la ley sustancial por aplicación indebida...".

Anota que la sentencia se apoya en los artículos 323, 61 y 26 del Código Penal normas en las cuales comprendió la conducta, como homicidio y homicidio imperfecto.

En cuanto al "concepto de violación" afirma el actor que "...hubo violación de la ley sustancial, por aplicación indebida, dada una equívoca adecuación típica realizada por el sentenciador de primera instancia y confirmada por *ad quem.* En el proceso contamos con elementos de juicio que demuestran que el proceder del encausado no fue intencional, sino que se debió a una influencia en cuya causa decididamente influyó el alcohol, encontrándose además un móvil ambiguo para poder precisar, en este aspecto, la intención, o sea que es una conducta que se tipifica a la descripción legal hecha por el legislador en el artículo 329 del Código Penal: Homicidio culposo...".

Así, "...hubo una errada selección de la norma, en consideración a los hechos ocurridos y a los elementos de prueba allegados al proceso..." y "...si se hubiese efectuado una consecuente adecuación típica de la conducta realizada...", la pena hubiese sido inferior a la máxima prevista para el homicidio culposo. El procesado se ha visto obligado a pagar pena por delito diferente, con perjuicio suyo. Y si la calificación fuese correcta, no habría mérito para el recurso.

Considera demostrada "la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida" y pide casar parcialmente el fallo y la pena se adapte al homicidio culposo, delito cometido.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA EN LO PENAL

Previa alusión al fallo de esta Sala de 18 marzo de 1986 en el cual se hace referencia a la ebriedad en relación con la normalidad del agente y a las actas de la comisión redactora del Código Penal anota que si se llamó a juicio con intervención del jurado, esto supone que se trata de imputable y así lo admitieron los jueces de conciencia con su respuesta, siendo correctamente presentados los cuestionarios y dictándose la sentencia de conformidad con éstos. La demanda no se ajusta a la técnica del recurso, pues el fallo se dictó con base en el veredicto, además de que el cargo contradice la realidad procesal, pues el procesado actuó en estado de ebriedad no incompatible con el dolo. Por lo tanto solicita negar la casación.

SE CONSIDERA

1º Como aparece de lo anterior, vistos sus términos, la demanda no resulta ajustada a las exigencias de la técnica del recurso, por lo cual el cargo no puede ser examinado.

En primer término, se invoca la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, lo que supone aceptar los hechos como los considera demostrados el fallador. Sin embargo, la argumentación se dirige a desconocer los resultados del dictamen psiquiátrico, para llegar a conclusión contraria, con lo cual se ubica en el campo de la violación indirecta por error de apreciación probatoria. Cosa que implica oposición de conceptos que dada la contradicción existente, impediría examinar los cargos, como lo ha expresado reiteradamente esta Sala. Lo anterior sería suficiente para desestimar la demanda.

2º *Además, en los juicios con jurado, la sentencia debe dictarse con base en el veredicto del jurado, en consonancia con los cargos formulados en el enjuiciamiento. Por lo mismo, no sería posible, de acuerdo al planteamiento del actor, desestimar el pronunciamiento de los jueces de conciencia para dictar sentencia por una especie del delito no afirmada por aquéllos, contraviniendo la norma correspondiente (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal).*

Por otra parte, tal posición equivale, como ya se anotó a invocar la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, improcedente en los juicios con intervención de jurado, conforme a reiterada jurisprudencia, pues implicaría una declaración de contraevidencia, no contemplada como causal de casación o llevaría a desconocer la autonomía del jurado.

3º Debe también señalarse que lo relativo a la normalidad mental o la imputabilidad del procesado, es aspecto que debe determinarse por los peritos médicos, como se efectuó en este caso. Por manera que sin variar esta prueba, que no fue impugnada en el curso del proceso por las vías correspondientes, no puede sostenerse dicha petición, situación que tampoco se modificó en el término probatorio del juicio.

Por último, resulta incongruente la petición formulada, puesto que aunque se admitiera la alegación expuesta, esto es que el procesado se hallaba en estado de anormalidad o perturbación en el momento de los hechos, la consecuencia no podría ser en forma alguna la de condenar por un delito culposo —sin base en la realidad procesal—, sino la nulidad para adecuar el trámite a las normas legales, sin que exista fundamento para llegar a tal conclusión, con desconocimiento como se dijo, del veredicto.

Las fallas indicadas conducen a desestimar el recurso.

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

RESUELVE:

DESECHAR el recurso de casación y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CASACION

Contradicción.

La demanda de casación contradictoria en los cargos formulados, no cumple los requisitos del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, que exige indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal o causales invocadas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 093.

Bogotá, D. E., 23 de septiembre de 1986.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Luis Arturo Arenas Ayala contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, calendada el 11 de febrero de 1985, mediante la cual éste, al confirmar la del Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta misma ciudad, le condenó a la pena principal de dos años de prisión, a las accesorias del caso y a la indemnización en abstracto de los perjuicios ocasionados, con concesión del beneficio de la ejecución condicional de la sentencia, como autor responsable del delito de concusión.

HECHOS

El Tribunal como el Juzgado Tercero Penal del Circuito los relatan en esta forma:

"El doctor José Manuel Vega Ramírez, en calidad de Juez Veinte Superior de Bogotá, y en comunicación de septiembre nueve de mil novecientos ochenta y dos, formula denuncia penal contra el señor Luis Arturo

Arenas Ayala, Escribiente Segundo de ese Juzgado por un posible delito de concusión, y como parte de los hechos describió: 'el día 3 de agosto del año en curso, fue escuchada en diligencia de indagatoria la señora Gilma Deli Guerrero de Cristancho, por los delitos de falsedad y estafa... fue asistida por el doctor Hernán Ramírez Arciniegas, día en que el señor Arenas Ayala, por información dada por el mencionado profesional en la declaración juramentada, le solicitó una tarjeta y su número telefónico, habiéndole llamado en horas de la noche, solicitándole la suma de sesenta mil ($ 60.000.00), a cambio de la libertad de su cliente, pedido que le hizo al día siguiente en el piso donde se encuentra el Juzgado' ''. (Fl. 36, cuaderno del Tribunal).

LA DEMANDA

Conviene, antes de seguir adelante, advertir que dentro del trámite de reconstrucción de este proceso se solicitó al actor que suministrara copia de la demanda de casación por él presentada, lo cual no fue posible porque según su informe tal copia se le ''refundió''. Con fundamento en ello pidió que se le corriera ''el traslado correspondiente'', pero la Sala rechazó esa petición, toda vez que el Decreto 3829 de 1986 dispone que, en estos casos, el recurso se tramitará con base en las copias de la sentencia de segunda instancia y de las demás piezas procesales que hubieran podido obtenerse. La ausencia de la copia de la demanda, no es, pues, óbice para que la Sala proceda a resolver el recurso interpuesto, máxime cuando del concepto emitido por el Ministerio Público surgen claras las causales invocadas por el casacionista.

Causal cuarta. Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

Primer cargo. Hace consistir éste en la calificación errada del delito, pues en vez de *concusión* se trata de *falsedad personal,* al simular el procesado la calidad de Secretario que realmente no tenía. Lo cual origina nulidad legal y, además, incompetencia del juez ya que siendo así correspondía el conocimiento al Juez Superior (Art. 210-1-5 del Código de Procedimiento Penal). Circunstancia que implica desconocimiento del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, al no aplicar el artículo 227, falsedad personal, que es más benéfico al procesado.

Son estas sus palabras: ''Impugno la sentencia recurrida, dictada por el honorable Tribunal Superior, con fundamento en los numerales 1º y 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, ya que se trata de un delito de falsedad personal por haber suplantado el señor Luis Arturo Arenas Ayala, al Secretario del Juzgado Segundo Superior y haber suplantado así mismo una 'calidad' que no tenía, para formularle al doctor Ramírez Arciniegas una exigencia de dinero y porque el delito de falsedad personal lo conoce y falla en primera instancia el Juez Superior y no el Juez de Circuito''.

Para sustentar la causal analiza las pruebas agregadas al expediente, argumentando que Arenas Ayala como Escribiente del Juzgado no tenía

poder decisorio y que todo se redujo a engañar al abogado con lo cual estaba violando el artículo 227 del Código Penal.

Segundo cargo. En este punto afirma que "los hechos aceptados por el honorable Tribunal, no constituyen delito de concusión, sino estafa, previsto en el artículo 356 del Código Penal en concordancia con el 22 ibídem".

Aduce el actor al respecto que si el sentenciado hizo la propuesta al abogado para que le entregara determinada suma de dinero hubo estafa en grado de tentativa ya que no obtuvo el provecho ilícito. Cargo que presenta en forma subsidiaria.

Causal primera. Violación indirecta de la ley sustancial, por errores de apreciación probatoria.

De acuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal este cargo radica en que "el Tribunal atribuyó un valor máximo e inconsecuente, frente al mínimo que justamente tienen los testimonios mal llamados de cargo, por cuyo motivo se quebrantaron los artículos 217, 216 y 215 del Código de Procedimiento Penal, violación que se plasmó en el quebrantamiento indirecto de la ley, Art. 140 del Código Penal, norma sustancial que fue aplicada indebidamente en la sentencia acusada".

De otra parte argumenta el demandante que el auto de proceder se dictó sin los requisitos requeridos, ya que "no existe la comprobación del cuerpo del delito en los términos del artículo 140 del Código Penal", es decir sin estar demostrada la inducción o constreñimiento al pago indebido formulado por el empleado con abuso de funciones. Critica la declaración del doctor Ramírez Arciniegas porque —dice— es vacilante en cuanto a que Arenas Ayala le exigiera el dinero para finalidades indicadas, ni tampoco existen indicios graves de responsabilidad penal como se requiere para enjuiciar y mayormente para condenar. Puesto que no se puede condenar con un solo testimonio, menos cuando éste es vago, impreciso y oscuro como sucede con el de Ramírez Arciniegas y dándoles el carácter de testigos directos a los del doctor Becerra Victoria y María Patricia de Ramírez no obstante ser de referencia. Incurriendo en esta forma en error de derecho al analizar estas declaraciones porque ninguno de ellos percibió directamente la actuación de Arenas Ayala. Cuyas explicaciones, alega finalmente, no han sido desvirtuadas, "ni indicio, ni prueba testimonial han roto la unidad cierta de las afirmaciones de Arenas Ayala" por lo cual se impone la absolución de su representado.

Concepto del Ministerio Público

1. El Procurador Delegado sostiene que las primeras acusaciones, por nulidad, deben examinarse en "conjunto", puesto "que si bien se presentan tales cargos subsidiariamente, no dejan sin embargo de implicar entre sí oposición y falta de precisión en la demanda, porque de existir el error debe referirse o relacionarse con una de las tesis formuladas, lo cual no contribuye a ratificar el valor de tales impugnaciones".

Manifiesta que la alusión a la posible conducta delictuosa de una falsedad personal en vez de concusión, carece de fundamento por cuanto el

condenado "haciendo valer su calidad de empleado y funcionario, con abuso de ésta, trató de obtener que el profesional pagara la suma exigida ilícitamente por él, lo cual se acomoda exactamente a la descripción legal, sin que por tanto pueda existir inexactitud o error en la calificación, como se afirma".

Señala que la situación de empleado dependiente del señor Arenas Ayala y por consiguiente sin facultad decisoria "no modifica esta situación sustancialmente como se pretende; en primer término, porque esto no podía ignorarlo el profesional, en su calidad de tal, dadas las funciones propias del Juez, no obstante que se acepte como deduce de los testimonios y lo hace notar el demandante, la afirmación de tal facultad como fundamento y razón de la exigencia ilícita; y porque además, existía una situación real, cual era la de la intervención del empleado que abusó en tal forma de sus funciones, en razón de éstas, por disposición directa del Juez y a quien éste le ordenó dictar providencia en determinado sentido, situación aprovechada por el empleado para inducir al pago irregular o tratar de obtener la suma ilícitamente exigida". Por tanto, remata, no puede admitirse la errada calificación por este aspecto.

Los anteriores razonamientos sirven, agrega, de fundamento *"para rechazar el cargo por error en la calificación en relación con la estafa,* por utilizar el procesado ardid o engaño para obtener provecho ilícito; pues no debe olvidarse en primer término que, actuó en su calidad demostrada de empleado del Juzgado para abusar en tal forma de su función y lograr el provecho ilícito, lo cual constituye los elementos de aquella infracción, sin que se desvirtúe o desaparezca ésta, como también ya se dijo, por la mentira respecto a la situación inexistente afirmada".

"No existe por lo tanto —finaliza— la errada calificación, ni consecuentemente la incompetencia; y en cuanto al criterio de favorabilidad, no se considera procedente o necesario invocar la norma constitucional, cuando el hecho alegado se contempla con claridad como nulidad legal, sin perjuicio de tener en cuenta el criterio de favorabilidad en cuanto debe establecerse realmente respecto a la situación alegada o normas correspondientes, para que exista interés jurídico".

En consecuencia pide que los cargos sean rechazados.

2. En relación con la causal primera, el señor Procurador conceptúa que el cuerpo del delito sí fue debidamente establecido, pues el testimonio del doctor Ramírez Arciniegas, quien fue objeto de la petición o exigencia delictuosa, "es reiterado y resulta confirmado por el dicho de varias personas, como son el doctor Becerra Victoria a quien comunicó el hecho con anterioridad y las manifestaciones de su cónyuge, además de otras circunstancias debidamente acreditadas en el proceso". Agrega, igualmente, que "existe también el indicio de que el acusado, en ejercicio de sus funciones, estaba encargado de diligenciar o tramitar el expediente dicho, en la actuación correspondiente y para dictar la providencia que se le indicó por su superior como resulta acreditado".

Con base en lo anterior concluye que "no se demuestra por tanto el error de derecho afirmado por el actor, pues la prueba resulta debidamente

apreciada, ni se incurrió tampoco en error de hecho por darle a la prueba un valor diverso al señalado por la ley, ni menos este error resulta manifiesto, por lo cual la convicción del fallador en cuanto a la responsabilidad del procesado, resulta ampliamente sustentada", por lo cual este cargo también debe desecharse.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda, mirada en su conjunto, es no sólo imprecisa sino totalmente contradictoria. Basta observar cómo, al amparo de la causal cuarta formula dos cargos que son irreconciliables entre sí: que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, porque el delito que se estructura no es el de concusión sino el de falsedad personal (Art. 227), para luego, en el siguiente cargo, sostener que tampoco es este último sino el de estafa, en su modalidad de tentativa. Falta, pues, precisión y coherencia en la demanda, en cuanto se relaciona con la causal cuarta invocada. No puede la Corte saber, en definitiva, cuál sería, en concepto del casacionista, la calificación correcta de la conducta del procesado. O se trata de una falsedad personal o de una estafa (tentativa) pero no puede ser ambas cosas a la vez. Este planteamiento es extraño a la lógica y repugna al principio de no contradicción, en virtud del cual una cosa no puede ser (falsedad) y no ser (no falsedad sino estafa) al mismo tiempo.

Pero es más. Al amparo de la causal primera se invoca la violación indirecta de la ley sustancial, por errores de apreciación probatoria. Afirma el recurrente que "no existe la comprobación del cuerpo del delito en los términos del artículo 140 del Código Penal", como tampoco la declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, por cuanto la versión del doctor Ramírez Arciniegas es vacilante en relación con la exigencia de dinero por parte de Arenas Ayala para las finalidades indicadas, sin que por otro lado existan indicios graves de responsabilidad penal, requeridos para proferir el auto de proceder, ni mucho menos la plena prueba necesaria para una sentencia condenatoria. En relación con el testimonio del doctor Ramírez afirma que es vago, impreciso y oscuro, y "contaminado de interés", agregando que a las versiones del doctor Becerra Victoria y de la señora María Patricia de Ramírez, no obstante ser de referencia se les dio un valor superior al que realmente tienen, toda vez que ninguno de ellos percibió directamente las exigencias de dinero hechas por Arenas al doctor Ramírez. Termina sosteniendo que las explicaciones del procesado no se desvirtuaron ("ni indicio, ni prueba testimonial han roto la unidad cierta de las afirmaciones de Arenas Ayala") y por ende reclama su absolución.

Si se lee la indagatoria rendida por Arenas Ayala, claro surge de ella que el procesado en ningún momento aceptó las acusaciones formuladas por el doctor Ramírez Arciniegas; *siempre se mostró ajeno a ellas y en todo momento proclamó su inocencia:* "quien recibió la indagatoria y estuvo en contacto con el doctor Arciniegas aparte del señor Juez fue el Secretario..., no tuve ningún contacto... ahí hay una equivocación... la afirmación que hace el doctor Arciniegas en el sentido de que cuando llamó le fue exigida la suma de sesenta mil pesos para arreglar la situación ju-

rídica de su patrocinado, carece de fundamento, por las siguientes razones: primero: como dije anteriormente yo no me encontraba en ese teléfono... considero que el doctor Arciniegas hace estas aseveraciones en razón a que al Juzgado fue un doctor Jaime Becerra Victoria y dijo que estaban pidiendo dinero por suma determinada para solucionar la situación jurídica de los indagados Alirio y Gilma Deli Guerrero Cristancho... es decir, Arciniegas pide la plata a equis persona, esa persona le dice aquí está la plata, arregle el problema, él coge para sí y el problema arreglado..." (se ha copiado la transcripción hecha en el auto de detención).

Si como se ve por lo transcrito *el sindicado nunca confesó nada ilícito en su conducta, ni tan siquiera un detalle del cual pudiera inferirse la comisión de un delito de falsedad personal o de una estafa, y si el testimonio del doctor* Ramírez Arciniegas, *en concepto del casacionista, es indigno de crédito por estar "contaminado de interés, confusión, de contradicciones" y los demás declarantes sólo son de referencia porque ninguno de ellos percibió en forma directa la exigencia del dinero, carecía el demandante, de manera absoluta, de cualquier medio de convicción que le permitiera plantear, al amparo de la causal cuarta, que el ilícito cometido por su poderdante no era el de concusión sino el de falsedad personal o el de estafa (tentativa).*

En otros términos: para invocar la nulidad, en forma contradictoria como ya se analizó, el casacionista necesariamente aceptó la situación fáctica plasmada en el proceso, pretendiendo demostrar un error in judicando, *consistente en la equivocación del juzgador al seleccionar la norma aplicable al caso objeto de juzgamiento, que según él no era el artículo 140 del Código Penal sino el 227 o el 356 (en armonía con el 22).* Para poder sostener este aserto, indispensablemente tuvo que acudir al testimonio del doctor Ramírez Arciniegas y a las declaraciones de su esposa y del doctor Becerra y a los demás elementos de juicio aportados al proceso, y darles el mismo valor de plena prueba que se les dio en la sentencia acusada, porque sólo con base en ellos le resultaba posible pretender demostrar que el ilícito estructurado era el de falsedad personal o el de estafa. *La contradicción salta a la vista, cuando al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, plantea una falta de prueba, porque ahora sí, aquellos mismos elementos de convicción que le permitieron sostener el error* in judicando, *ya no merecen el menor crédito. Ya no hay indicios que comprometan la responsabilidad del procesado, y ya el testimonio del doctor* Ramírez Arciniegas *no tiene ningún valor por estar "contaminado de interés, confusión, de contradicciones", ni las declaraciones que en una u otra forma corroboran su dicho pueden admitirse por ser simplemente testimonios de oídas. Sólo merece credibilidad la versión del procesado, de la cual como ya se anotó, no es posible ni siquiera inferir la existencia de un delito de falsedad personal o de una estafa.*

Estas gravísimas contradicciones son más que suficientes para desechar todos los cargos formulados a la demanda. Es que no se puede aceptar la situación fáctica plasmada en la sentencia para aducir una violación directa de la ley o, como en este caso, una nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, para luego desestimar esa misma fundamentación factual. De conformidad

con el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, uno de los requisitos que debe reunir la demanda de casación, es el de que se indiquen "en forma clara y precisa" los fundamentos de la causal o causales invocadas, requisito éste que no se cumple cuando los motivos de impugnación formulados implican el planteamiento de situaciones incompatibles, que recíprocamente se destruyen porque una descarta la existencia de la otra y ésta a su vez descarta la de la primera. Por esto ha dicho esta Corporación, que "cuando en casación se propone, aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que sería la Corte la que tendría que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o deficiencias" (G. J., T. CXV, pág. 228).

A pesar de las contradicciones y graves defectos técnicos de la demanda, considera conveniente la Sala advertir que no encuentra ninguna nulidad en la actuación, en cuyo caso oficiosamente la declararía. Con el testimonio del doctor Ramírez Arciniegas, corroborado por múltiples elementos de convicción atinadamente analizados en la sentencia recurrida, se dio por plenamente probado no sólo el cuerpo del delito sino también la responsabilidad del procesado, sin que se advierta ningún error en la valoración probatoria. Los hechos establecidos, solicitud de sesenta mil pesos ($ 60.000) al doctor Ramírez Arciniegas a cambio de la libertad de la señora Guerrero de Cristancho (su poderdante), hechos por Arenas Ayala, empleado a la sazón del Juzgado Veinte Superior de Bogotá, aduciendo que por autorización del titular del Despacho él podía tomar la decisión que quisiera al respecto, indudablemente configuran el delito de concusión y no otro distinto. Se trataba de un empleado oficial que abusando de su investidura pública, solicitó, indebidamente desde luego, dinero al abogado que asistía profesionalmente a la señora Guerrero de Cristancho, ofreciéndole a cambio de ello la libertad de su representada, conducta ésta que coincide con la hipotéticamente descrita en el artículo 140 del Código Penal, con el nombre de concusión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien ninguna discrepancia existe por parte de los suscritos Magistrados respecto a la decisión tomada por la Sala al no casar la sentencia impugnada, respetuosamente disentimos del criterio que sirvió de fundamento a tal determinación.

A pesar de que en el fallo acogido por la mayoría se reiteró la regulación jurisprudencial que ha venido decantando desde antiguo con el fin de establecer una serie de principios encaminados a determinar la forma como cada causal debe alegarse en sí misma y en relación con las demás, para no incurrir en incompatibilidades o desaciertos que puedan afectar la fundamentación de la demanda, creemos que es el momento para requerir a la Sala a que considere la posibilidad de replantear el tradicional criterio caracterizado por ir avanzando, en cada oportunidad con más fuerza, hacia un extremo formalismo que permite ganar en técnica pero puede ir dejando de lado la materialidad del derecho de defensa y las especiales características del derecho penal.

En efecto, la diferencia de criterios para establecer la posibilidad de estudiar los cargos formulados en la demanda de casación contra la sentencia impugnada o por el contrario, su rechazo, debe ser la resultante del análisis de los casos concretos y no de la aplicación de parámetros doctrinales generales inmodificables para la totalidad de futuras decisiones, porque a diferencia de lo que sucede con las ciencias denominadas técnicas, en el derecho y más específicamente en el penal cada juzgamiento presenta, como es obvio, características especiales que hacen que la defensa se ejerza, igualmente, dentro de esas peculiaridades.

Por considerar que el casacionista no cumplió con el principio de "no contradicción" se estimó que se debía "desechar todos los cargos formulados a la demanda".

La contradicción que se afirma incurrió el demandante se hace deducir del análisis comparativo de las dos causales invocadas, pues se ha considerado que es incompatible proponer en la misma demanda la causal cuarta por haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad por errada calificación del delito y al mismo tiempo la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria.

Esta incompatibilidad se califica como "gravísima" porque "...no se puede aceptar la situación fáctica plasmada en la sentencia para aducir una violación directa de la ley o, como en este caso, una nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, para luego desestimar esa misma fundamentación factual".

Al invocar la causal cuarta el demandante propone dos cargos, ambos tendientes a demostrar la errada calificación del delito. El que señala como "principal" lo remite a la no existencia del delito de concusión sino el de falsedad personal, y el que propone como "subsidiario" lo hace consistir también en la errónea calificación, pero referido al delito de estafa en el grado de tentativa.

Aquí se ha censurado al casacionista porque pone de relieve la falta de técnica en la demanda, por cuanto en estas condiciones le es imposible a la Corte saber en definitiva cuál es el concepto del demandante. "O se trata del delito de falsedad personal o del de estafa (tentativa), pero no puede ser ambas cosas a la vez".

Para demostrar la violación al principio de "no contradicción" en que se afirma incurrió el casacionista, se expresa en la referida providencia, que inclusive, no era posible invocar la causal de nulidad porque "...el sindicado nunca confesó nada ilícito en su conducta, ni tan siquiera un detalle del cual pudiera inferirse la comisión de un delito de falsedad personal o de una estafa" y si "el testimonio del doctor Ramírez Arciniegas es indigno de crédito y los demás declarantes sólo son de referencia porque ninguno de ellos percibió en forma directa la exigencia del dinero, carecía el demandante, de manera absoluta, de cualquier medio de convicción que le permitiera plantear, al amparo de la causal cuarta, que el ilícito cometido por su poderdante no era de concusión sino el de falsedad personal o el de estafa (tentativa)".

Implica esta consideración, entonces, que el demandante debía de haber escogido para invocar o la causal cuarta o la primera, pero no las dos en forma concomitante.

El principio de "no contradicción" ha sido tomado, en consecuencia, bajo el criterio tradicional, es decir, remitido a la totalidad de las causales, dejando de lado, el de "la autonomía" de cada cargo y cada causal, el cual, como es sabido, también encuentra total respaldo doctrinario y jurisprudencial. (Sent. Cas. septiembre 10 de 1985. M. P., doctor Fabio Calderón Botero). Se concluye en esta forma, que el demandante incumplió el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, cuando dispone que uno de los requisitos que debe reunir la demanda de casación, es el de que se indiquen "en forma clara y precisa" los fundamentos de la causal o causales invocadas, pues esto sucede "cuando los motivos de impugnación formulados implican el planteamiento de situaciones incompatibles que recíprocamente se destruyen porque una descarta la existencia de la otra y ésta a su vez descarta la de la primera".

Fijados los criterios generales que motivan nuestra inconformidad y aquellos en que se fundamenta la posición mayoritaria, consideramos necesario señalar algunas de las discrepancias específicas que nos conllevaron a suscribir la anterior providencia con aclaración de voto:

a) Sabido es que los requisitos que debe cumplir la demanda de casación no sólo se remiten a los señalados por la ley, sino también a aquellos referidos concretamente a la técnica, los cuales son la resultante de una ardua labor jurisprudencial y doctrinaria; de ahí que se afirme, que los requisitos que debe cumplir la demanda de casación, son de dos clases: de orden legal y de orden técnico.

Aquéllos encuentran su fundamento en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal y los denominados "técnicos" son consecuencia de la lógica y el detenido estudio de este recurso extraordinario, cuya labor fundamental le ha correspondido a la Corte con el principal fin de

establecer un conjunto de reglas que permitan determinar la forma como debe alegarse cada causal en sí misma y en relación con las demás "para no incurrir en incompatibilidades, en desaciertos de prelación y en incongruencias de fondo que den al traste con el recurso", como lo afirma el doctor Fabio Calderón Botero en su obra "Casación y Revisión en materia penal" (2ª ed., Pág. 58);

b) Los requisitos legales que debe llenar la demanda para su viabilidad se remiten a: la solicitud de infirmación, el resumen de los hechos, el señalamiento de causales, fundamentación de las mismas y la cita de las normas sustanciales infringidas. En cambio, los de orden técnico se han ido formulando de acuerdo al estudio de cada causal, sin que ello excluya aquellos generales de la técnica del recurso y que la Sala ha recordado con frecuencia: El de *autonomía* "porque ninguna causal está sujeta a las resultas de otra o de otras" y el de *no contradicción*, de acuerdo con el cual en el recurso de casación no pueden "formularse pretensiones encontradas que se excluyen entre sí". (Cas. septiembre 10 de 1985. M. P.: doctor Fabio Calderón Botero);

c) Como puede colegirse, el principio de la *no contradicción* corresponde a aquellos de creación jurisprudencial y no de orden legal, pues por lo menos, no aparece entre los señalados por el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Cuando dicha disposición ordena que al expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, se indique "en forma clara y precisa" los fundamentos de ella, con estos términos se está significando que en casación para que los cargos tengan la virtualidad de quebrar la sentencia impugnada, deben formularse en forma concreta y completa, debido a que no le es dado a la Corte integrar uno con otro para suplir la insuficiencia del casacionista, pero forzado resulta concluir que en aquellos términos se encuentre consagrado el principio de *no contradicción*, entendido en la forma en que se hace en la providencia y en la tradición jurisprudencial de la Corte en la Sala Penal, es decir, referido a no hacer cargos que así correspondan a diversas causales sean contradictorios entre sí.

Este principio se ha entendido comúnmente como de aquellos de origen jurisprudencial y doctrinario, de ahí que su alcance ha correspondido principalmente a la Corte fijarlo, pues además, es la jurisprudencia la que desde un principio le fijó el contenido que ahora repite la opinión mayoritaria de la Sala;

d) Estas reglas de orden técnico indudablemente que han aparecido como una necesidad para el logro de una correcta formulación de las demandas de casación y desde luego, que encuentran su básico fundamento en la lógica, pero no debe perderse de vista que los lineamientos iniciales de la conocida como "lógica formal", los cuales como es sabido han predominado en la estructuración de nuestros estatutos procesales, no siempre permiten encontrar la materialidad necesaria para la realización del derecho objetivo y por el contrario, puede ser herramienta idónea para hacer un homenaje a la técnica, pero llegando a un desenlace que no se compadece con principios importantes del derecho, con desconocimiento de dis-

posiciones basilares del derecho penal y con olvido de que los procedimientos son apenas medios para lograr la realización del derecho de defensa, el cual es inalienable en el ser humano y que como tal no puede encubrirse entre complejas elaboraciones formalistas, que a la postre hacen que ese derecho quede en el campo de lo simbólico;

e) Además, impera anotar, que es de la esencia misma de la lógica el no desconocer o dejar de aplicar alguno de los principios formulados para dar explicación a un fenómeno, pues, conformado el sistema, es el conjunto de regulaciones el que lo hacen operante, de lo contrario, en lugar de lograr la regulación del fenómeno se estaría demostrando su inoperancia por lo contradictorio. Así los principios de la *autonomía* de las causales en casación no puede aplicarse abandonando el de *no contradicción* como parece sucede en el caso que ahora nos ocupa; confiérese así un alcance inusitado a este segundo principio, al cual nos referiremos a continuación: se ha considerado que al invocar el casacionista la causal cuarta y la primera en los términos ya reseñados, se ha incurrido en el uso de premisas incompatibles entre sí, que como tales se excluyen; pero nada se dijo respecto al principio de *autonomía* de las causales, conocido también como de la *individualidad*. En esta forma el argumento utilizado para el rechazo de todos los cargos es artificioso, pues le da un alcance extensivo al principio de no contradicción y vulnera el de autonomía;

f) Las elaboraciones jurisprudenciales o doctrinarias de los diversos fenómenos del derecho penal deben de constatarse interrogándose sobre si se armonizan con el fin general de ese derecho, es decir, con la seguridad entendida en la forma de tutela a bienes jurídicos (que en definitiva son derechos humanos). Una jurisprudencia que se remite únicamente a tomar como ciertos los conceptos elaborados a base de estructuras formales y que prescinda del objetivo general del derecho penal (seguridad jurídica-derechos humanos) o que sólo considere el abstracto nivel del análisis legal, bien puede llegar a un sistema cerrado en sí mismo que desvirtúe el objetivo proclamado por el estado de derecho al justificar la existencia de la potestad punitiva;

g) Necesario es, entonces, replantear la problemática en cuanto a estos principios de orden técnico y para ello creemos que al de *no contradicción* se le debe dar su verdadero alcance de acuerdo con la propia regulación legal de la casación y permitiendo que conforme un todo con el de *autonomía* de las causales, pues únicamente en esta forma puede lograrse un sistema coherente y respetuoso del derecho de defensa.

Cuando el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, dispone que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio y "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", y seguidamente dispone, que "si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

Posibilita la ley, por ende, que en la misma demanda se puedan invocar varias causales, pero como cada una corresponde a motivos o circunstancias disímiles, impera colegir, que entre sí son *autónomas e indepen-*

dientes, tienen *individualidad* propia, lo cual significa que en consecuencia, no es posible combinarlas para estructurar en dos o más de ellas el mismo cargo, ni menos pretender que el mismo cargo pueda formularse repetidamente dentro de la órbita de causales distintas.

Por esta razón si el casacionista invoca varias causales, las debe exponer "en capítulos separados" con "los fundamentos relativos a cada una". Esta regulación legal no puede entenderse exclusivamente desde un punto de vista simplemente formal, es decir, como una separación metódica y estética en la redacción de la demanda, sino que se le debe dar el alcance material necesario para que esa demanda se constituya en un verdadero medio de defensa y para que esto sea posible la Corte debe entender que si no le da ese contenido y alcance material, el derecho de defensa queda remitido a una formalidad, que como tal no se compagina con el fin general del derecho penal y con el pleno reconocimiento de los medios defensivos a que tiene derecho el procesado.

Esa materialidad de la defensa no puede tener otra limitación formal que la establecida por la ley, en cuanto se refiere a que el demandante formule los cargos en forma concreta, completa y exacta de conformidad con la respectiva causal, sin que interese que sean contradictorios con los expuestos al sustentar otra causal, siempre y cuando, desde luego, también se invoque cumpliendo con las exigencias de concreción y se haga en forma completa y exacta. Esto se debe a que cada una de las causales es *autónoma* e *independiente,* lo que significa que cada una constituye un todo separado ante el conjunto de la demanda; de no ser así no se entiende cuál sería la razón para que la ley faculte para que se puedan invocar varias causales en forma concomitante.

El principio de *no contradicción,* de acuerdo con las anteriores premisas, hace referencia a la unidad que debe existir en cada causal en la cual los cargos deben proponerse en forma concreta, completa y exacta;

h) Si los cargos son contradictorios entre los formulados para sustentar una y otra causal, deben tenerse en cuenta que cada causal es *independiente* y como tal debe estudiarse por la Corte, pues el juicio de valoración técnico que se viene haciendo sólo corresponde al extremo cumplimiento del formalismo que ante un juicio apriorístico obvia el reconocimiento del derecho de defensa al no admitir que el procesado puede recurrir a todas las posibilidades que el proceso le brinde para demostrar su inocencia o el reconocimiento de atenuantes u otras circunstancias que le puedan ser favorables;

i) Es cierto que el recurso de casación no es obligatorio, pero si se hace uso de él, es porque se ha decidido ejercitar el derecho de defensa y en esas condiciones el Estado tiene la obligación de pronunciarse sobre los cargos formulados, teniendo en cuenta únicamente, el cumplimiento de las mínimas exigencias formales exigidas para que el cargo pueda ser objeto de estudio, o sea, que sea concreto, completo y exacto, mas no puede ser válido que se limite la defensa, que como tal tiene contenido material, a unir idealmente todas las causales invocadas para conformar un silogismo imposible de estructurar, porque por la propia naturaleza cada una de las causales corresponden a motivos o circunstancias disímiles;

j) Este criterio encuentra mayor asidero si se tiene en cuenta que en el juzgamiento penal se decide sobre los derechos fundamentales del hombre como es el de la libertad y que el delito tiene incidencia pública, que como tal no puede quedarse en el campo de lo formal porque desconoce el objetivo primordial de la justicia penal que, se insiste, debe tender al reconocimiento real de los derechos.

Es que la complejidad misma del actuar delictivo y por tanto, del proceso penal suministra tantas alternativas para ejercitar el derecho de defensa que bien pueden presentarse como contradictorias desde un punto de vista formal, pero que analizadas pueden demostrar que materialmente uno de los cargos apriorísticamente considerado como desechable por no cumplir con unos principios generales teóricos, está dado a prosperar; de ahí el por qué la ley autorice formular varias causales en forma separada;

k) Entendiendo, entonces, que el principio de *no contradicción* en los términos referidos en la providencia no encuentra fundamento legal y demostrado que por mandato legal es posible invocar varias causales en forma concomitante, las cuales deben ser estudiadas en forma separada, impera colegir, que este principio se ha establecido jurisprudencialmente para ser aplicado a la ley y no ha surgido como consecuencia interpretativa de la misma; por tanto, es necesario darle su alcance preciso en relación con cada una de las causales y no sacrificando el derecho de defensa en aras de una técnica más ideal que real;

l) Es paradójico observar el singular fenómeno de que en los últimos tiempos la Sala de Casación Penal ha sido más formalista en cuanto a los llamados requisitos técnicos de recurso de casación, que sus homólogas civil y laboral.

Ello a pesar de que el proceso penal por su naturaleza ha sido menos apegado a las formalidades curialescas; y es que no debe olvidarse que en el proceso penal están de por medio situaciones de orden público, la libertad individual y los derechos humanos, mientras que en los civiles y laborales se discuten intereses privados o económicos.

Si se revisa el viraje de la jurisprudencia colombiana civil y laboral, se concluye que él se ha dirigido hacia una amplitud sustancial sacrificando escollos formalistas. Esto es, que aun en los casos en los cuales aparezcan imperfecciones de técnica, esas Salas han reducido su alcance y han entrado a analizar el fondo de la cuestión.

Han estimado tales Salas que en casación no pueden existir cargos subsidiarios y todos tienen el carácter de principales y por tanto, la Corte debe estudiar todos los cargos aun cuando no prospere ninguno de ellos. Se ha reiterado que si se alegan motivos diferentes y pruebas y normas distintas para cada acusación, no hay incompatibilidad para su estudio, por esto se ha dicho en forma sostenida que el principio de la no contradicción solamente tiene valor cuando surge en el mismo cargo, pero no cuando fluye de la comparación de cargos diferentes. A guisa de ejemplo se puede recordar las siguientes providencias: Sala de Casación Civil, sentencia de 18 de mayo de 1972, proferida en el proceso de Ezequiel Quintero contra Martha Quintero viuda de Cruz, *Gaceta Judicial,* Tomo

CXLII, página 204. Providencia de 30 de enero de 1962, *Gaceta Judicial,* Tomo XCVIII, número 2.251-52, página 20. Providencia de 14 de diciembre de 1955, Magistrado ponente, doctor J. J. Gómez R., proceso de Néstor Castro contra Rosa Castrillón, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXXI, número 1.160, página 747, en la cual la Corte a pesar de aceptar que un cargo había sido el mismo que sustancialmente se había formulado con base en otra causal, procedió a estudiarla. Providencia de 3 de mayo de 1957, Magistrado ponente: doctor Enrique Giraldo Zuluaga, juicio ordinario de Emigdio y Miguel Cortés Holguín contra el Municipio de Cali, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXXV, páginas 62 y ss. Igualmente *Gaceta Judicial,* Tomo CXLII, página 204, etc.

Así mismo, la doctrina civilista más autorizada, generalmente con respaldo en abundantes citas jurisprudenciales, es unánime en afirmar, que no existe razón jurídica ni lógica alguna para que la Corte no estudie los cargos cuando éstos son contradictorios, pues de no ser así carecería de razón de ser los principios de *autonomía* e *independencia* que caracterizan a cada una de las causales; así por ejemplo, valga reseñar a Humberto Murcia Ballén (Recurso de Casación Civil, tercera edición, páginas 258 a 264), Hernando Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal Civil, Tomo III, tercera edición, página 274), Hernando Morales Molina (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, séptima edición, páginas 582 y 583), etc.

Interesante e ilustrativa es una de las últimas decisiones de la Sala de Casación Laboral, cuando sobre el punto en estudio, consideró: "El Derecho Colombiano, y aun con énfasis mayor el del trabajo, no exige a los litigantes el empleo de fórmulas sacramentales para reclamar sus derechos o para defenderse de tales reclamos. Basta con decir claramente qué es lo que se pretende o cuál es la defensa que se opone para que el juzgador tenga el deber de aplicar los textos legales que halle pertinentes al decidir el caso controvertido y de acuerdo con los hechos que hayan acreditado cabalmente ya el demandante o ya el impugnador. Entonces, cuando alguno de los contendientes procesales, luego de proponer nítidamente su acción o excepción, cita mal el precepto en que apoya su gestión, pero prueba los hechos en que se funda, y no puede el sentenciador, con el pretexto de aquella cita legal inexacta o errónea, excusarse de dirimir el fondo de la litis, puesto que es a él y no a las partes a quien el legislador le exige tener los suficientes conocimientos jurídicos para fallar el pleito en derecho, así como a las dichas partes les reclama que demuestren a plenitud los hechos básicos de sus pretensiones para poder triunfar en ella. No sería justo ni sensato exigirle a los litigantes mejores o mayores conocimientos jurídicos que los que se supone debe tener el director del proceso, que, a la postre, ha de sentenciarlo también...". (En sentencia junio 26 de 1986. Expediente 54. Magistrado ponente: doctor Juan Hernández Sáenz).

ll) En este orden de ideas, entendemos, que es imperativo no hacer prioritaria la formalidad ante la materialidad del derecho, labor ésta a la que no es ajena la Sala, pues valga recordar que en algunas decisiones últimas se ha ido adoptando este criterio. Así por ejemplo, sea de recordar que a pesar del inmodificable criterio de la Sala respecto a que cuando se trata del primer cuerpo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de

Procedimiento Penal, el motivo debe fundamentarse en razones de estricto derecho y por ende, el casacionista, debe descartar el debate probatorio, "...en tratándose de un tema de tanta trascendencia, como la aplicación de las formas amplificadoras del tipo, no se puede llegar al exceso formalista de sostener que cualquier leve referencia probatoria, tenga el mágico efecto de trasladar la controversia del campo jurídico al fáctico, del terreno pertinente del 'error *juris in judicando*' o error puramente jurídico, al 'error *facti in judicando*' ..." y procedió al estudio correspondiente (casación de Helí Ramírez, Radic. Nº 134 de abril 8 de 1986. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.);

m) Los suscritos Magistrados, estimamos por tanto, que constituye una exageración formal, el rehuir el pronunciamiento de fondo basándose en la afirmación de que al sustentar una causal por el defensor, se contradiga teóricamente con las apreciaciones formuladas en otra, máxime cuando una de las causales alegadas es la de nulidad, donde se ha aceptado su declaración oficiosa.

Los esfuerzos dialécticos que la defensa haga para presentar diversos enfoques, son ejercicio del sagrado derecho de defensa, que lógicamente podrían rechazarse, como se vio, cuando se encuadren en forma contradictoria dentro de una misma causal, pero que no tiene valor de descarte cuando surgen diferentes causales.

Esta aclaración de voto, lógicamente minoritario, busca abrir respetuosas inquietudes reflexivas a los demás integrantes de la Sala y limar la disparidad de opiniones respecto a puntos de forma se suscitan entre la Sala de Casación Penal y sus homólogos Civil y Laboral.

Por tanto creemos que a pesar de los aparentes reparos técnicos hechos a la demanda, la Sala ha debido proceder a estudiar cada uno de los cargos en el fondo, conforme se hizo en el proyecto inicial que complementa esta aclaración de voto.

Se deja constancia que para el suscrito Magistrado Guillermo Dávila Muñoz, no corrieron términos entre el 29 de septiembre y el 11 de octubre por encontrarse en comisión de estudios en el exterior y que para el Magistrado Lisandro Martínez Z., tampoco corrieron entre el 8 y el 28 de octubre, por incapacidad médica.

Estimamos, por lo expuesto, que los anteriores razonamientos son suficientes para aclarar nuestro criterio respecto a las motivaciones de la providencia prohijada por la mayoría de la Sala.

Guillermo Dávila Muñoz, Lisandro Martínez Z., Magistrados.

FUERO

El Presidente de la República y el encargado del Poder Ejecutivo deben ser juzgados de conformidad con el artículo 131 de la Constitución Nacional, por hechos que se les atribuyan ocurridos en el ejercicio del cargo o con anterioridad, mientras que los demás funcionarios mencionados en los artículos 20, 96, 97 y 102 gozan solo de un fuero relativo para que se les juzgue por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 093.

Bogotá, D. E., 23 de septiembre de 1986.

VISTOS

Mediante providencia del 12 de diciembre de 1985, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sobreseyó definitivamente a favor del doctor Julián Octavio Rojas Otálora, Juez Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad por los cargos que le fueran formulados en relación con sus actuaciones dentro del sumario adelantado entre otros, contra el doctor Rodrigo Lara Bonilla, Ministro de Justicia por la época de los hechos.

Contra la anterior decisión interpuso en su oportunidad el recurso de apelación el señor Fiscal del Tribunal, quien había solicitado la calificación del mérito legal del sumario con un sobreseimiento de carácter temporal.

Dentro de la segunda instancia el Ministerio Público, representado en este caso por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita a la Corte la confirmación del sobreseimiento definitivo recurrido, por considerar que no existe en el comportamiento del juez acusado, hecho alguno que pueda constituir violación a la ley penal.

Aceptados los impedimentos manifestados por los Magistrados Baquero Borda y Aldana Rozo y posesionados los respectivos conjueces, la Corte resuelve previas estas consideraciones:

Hechos

En el mes de agosto de 1983, el Representante Jairo Ortega Ramírez, en el curso de una intervención en la Cámara, expresó que numerosos narcotraficantes estaban apoyando campañas políticas con "dineros calientes". Presentó fotocopias de varios cheques girados por supuestos delincuentes, y a favor de diversos parlamentarios, entre ellos el cheque número 0019041 del Banco del Estado girado por Evaristo Porras por un millón de pesos y a favor de Rodrigo Lara Bonilla.

Con fundamento en lo anterior, el Ministro Lara Bonilla, solicitó de la Dirección de Instrucción Criminal la designación de investigadores especiales con el fin de establecer, si quienes aparecían como giradores de los cheques, eran personas vinculadas al narcotráfico.

Diversas investigaciones se adelantaron con el anterior fin, entre ellas la correspondiente al Juez Sexto Penal del Circuito de Bogotá, doctor Rojas Otálora por el cheque girado a favor del señor Ministro.

En el curso de la investigación se recibió certificación jurada al doctor Lara Bonilla, pero más adelante al encontrar el Juez comprobado el hecho, de que el Ministro cuando era Senador de la República, había recibido un millón de pesos de Evaristo Porras para que efectuara determinadas actividades propias de su investidura, resolvió escucharlo en diligencia de indagatoria, por un posible delito de cohecho.

El doctor Lara Bonilla, después de dirigir al Juez una comunicación que la Procuraduría General censuró como irrespetuosa, se presentó ante el Juez Sexto Penal, no sin antes expresar su inconformidad porque no se le estaba respetando su fuero de Ministro.

El Juez insistió en la práctica de la diligencia expresando que los hechos habían ocurrido antes de que el doctor Lara Bonilla ostentara la investidura de Ministro y que por tanto, no estaba amparado por el fuero especial.

Como el juez declarara infundada la recusación y el Tribunal confirmara su decisión, el Juzgado continuó el trámite normal del sumario que culminó con cesación de procedimiento por extinción de la acción penal ante la muerte criminal y aleve del señor Ministro Lara Bonilla.

El señor apoderado de Lara Bonilla, denunció ante la Procuraduría algunas irregularidades en el sumario que podían ser violatorias de la ley, y formuló denuncio ante el Tribunal Superior de Bogotá.

El proceso disciplinario fue archivado por no encontrar la Procuraduría en el comportamiento del Juez irregularidad alguna que le mereciera sanción disciplinaria.

La denuncia ante el Tribunal y que dio origen al presente sumario, culminó en primera instancia con el sobreseimiento definitivo que ahora se revisa.

CARGOS FORMULADOS CONTRA EL JUEZ

Numerosos cargos se formularon contra el Juez Rojas Otálora y a ellos se referirá la Sala, para determinar si existe en su comportamiento una conducta que pueda ser merecedora de reproche penal.

Primer cargo. Se afirma por los denunciantes, que el señor Juez del Circuito pudo haber incurrido en abuso de autoridad por haber dispuesto la indagatoria del Ministro Lara Bonilla, cuando éste ya había rendido certificación jurada sobre los hechos objeto de la investigación. Se sostiene además, que se decretó la indagatoria del Ministro sin existir mérito para ello.

Entiende la Corte —como es de frecuente ocurrencia—, que la situación de las personas que intervienen en el proceso penal, es susceptible de sufrir modificaciones en el curso de la investigación, de acuerdo con las nuevas pruebas que vayan apareciendo y a los hechos nuevos que surjan en el curso de ella. Así, si contra quien declaró como testigo, se configuran nuevos cargos que lo comprometan como sujeto agente o partícipe del hecho punible investigado, nada impide ni es contrario al debido proceso, que se le vincule legalmente al sumario mediante la recepción de su indagatoria.

Pero aquello que no encuentra correcto la Corte, y que parece denotar una torcida intención por parte del señor Juez, es el hecho de que ya contando con la versión juramentada del señor Ministro, se apresurara a ordenar su indagatoria, sin adoptar en primer lugar y con idéntico celo investigativo, la misma medida en relación con quien en su presencia confesaba la consumación de un posible delito de cohecho, abandonando en detrimento de la justicia la investigación de los hechos inicialmente denunciados y que dieron origen al sumario.

Este contradictorio proceder pone en duda la imparcialidad y rectitud del Juez acusado y es suficiente para que la Corte considere equivocada la providencia que lo liberó definitivamente de toda responsabilidad.

Este aspecto que guarda íntima relación con otras acusaciones, será tratado y ampliado cuando se examine el quinto cargo formulado contra el Juez Rojas Otálora, donde se adoptará la decisión que corresponda a esta segunda instancia.

Se critica en este mismo cargo, al señor Juez, por haber ordenado la recepción de la indagatoria a Lara Bonilla sin existir mérito legal para ello.

El artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, establece que se recibirá indagatoria a la persona que en virtud de antecedentes o circunstancias consignadas en el proceso, se pueda considerar como autor o partícipe de una infracción penal.

Los hechos o circunstancias que en concepto del Juez hacían necesaria la recepción de la indagatoria al Ministro Lara y que son de apreciación subjetiva, los compendia en esta forma el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"...El proceso fue iniciado por el Juzgado Cuarenta y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá, que dispuso en auto cabeza de proceso de agosto 27 de 1983, oír en declaración juramentada a los beneficiarios y giradores de los cheques por $ 1.000.000, $ 3.000.000, $ 1.000.000 y $ 6.000.000 girados a Gabriel Gómez Ochoa, por $ 4.000.000 girado a Santiago Londoño y por $ 1.000.000 girado el 20 de abril de 1983 a favor de Rodrigo Lara Bonilla a fin de establecer las razones de estas transacciones y si los dineros fueron o no depositados en las cuentas de organizaciones políticas.

"Repartidas las diligencias al Juzgado Sexto Penal del Circuito a cargo del doctor Julián Rojas Otálora, por auto de septiembre veintiocho de 1983, ese despacho ordenó solicitar al doctor Lara Bonilla declaración por certificación jurada, anexándole fotocopia autenticada del cheque original girado a su nombre por Evaristo Porras Ardila, y precisando que no se trataba de investigar sus actos por carecer de competencia.

"Por oficio de noviembre siete de ese mismo año, el Ministro declaró que no conocía al girador ni tenía negocios con él, aunque aquél sí pudo haberlos realizado con algunas de las compañías en las que él tenía interés económico o social. Agregó que el cheque había sido entregado como consecuencia de una operación absolutamente lícita (que no explicó) y que el endoso del título valor con el nombre de Rodrigo Lara Bonilla era consecuencia de expresas autorizaciones (que tampoco precisó).

"Posteriormente el Juzgado recibió declaración a Evaristo Porras Ardila (enero 28 de 1984), quien reconoció el cheque girado de su cuenta, manifestando que en forma personal lo entregó al doctor Lara Bonilla en presencia de Gilberto Molina, Humberto Quintero y Oscar Luna Blanco, expresándole que necesitaba de su colaboración como Senador de la República y que éste era el aporte económico para el movimiento galanista y para él; '...le expuse al doctor Lara la necesidad que teníamos nosotros o yo personalmente de tener vínculos políticos con el fin de poder contar con palancas como se dice para algún negocio o problema que tuviéramos...'. Los presenciales corroboraron la entrevista en tanto que en las actas de la Cámara de Representantes se dejó constancia de la lectura de una carta enviada por Porras Ardila a Ignacio Montoya, Jefe de Prensa del Comité pro-rechazo de la extradición de nacionales (abril 27 de 1983), en que informaba de sus conversaciones con el Senador, doctor Lara, quien había manifestado que ayudaría a 'tumbar' el tratado de extradición.

"Según extracto del Banco de Bogotá - Sucursal San Diego, el cheque por $ 1.000.000 fue consignado el 25 de abril de 1983 en la cuenta corriente de la sociedad Bahamón Valderrama y Cía. cuyo gerente Roberto Bahamón declaró (febrero 22 de 1984) que lo recibió en pago del valor de resinas plásticas y otros componentes vendidos por la compañía a la familia Lara, negociación en que intervino el señor Jorge Lara Bonilla pero de la cual no existían facturas ni registros, de contabilidad. El aporte del Senador,

doctor Rodrigo Lara Bonilla al galanismo o nuevo liberalismo, sólo fue de dos cuotas de $ 5.000.00 cada una, recibidas por intermedio de la Pagaduría del Senado según se estableció en inspección judicial...".

Si éstos eran los hechos acreditados en el proceso y de ellos se podía deducir que el Senador Lara Bonilla como empleado oficial, había recibido dinero por un acto que debía realizar en ejercicio de sus funciones o por razón de su cargo, fácilmente podía el juez acusado pensar que estaba en presencia de un posible delito contra la administración pública y en el cual se hallaba comprometido el doctor Lara Bonilla a quien era necesario escuchar en indagatoria para que ofreciera las explicaciones que el caso requería. Los presupuestos que la ley demanda para ordenar la práctica de esta diligencia se hallaban reunidos en forma evidente y de ninguna manera quebrantó la ley penal el señor Juez que ajustó su proceder a las normas que regulan la materia. No encuentra la Sala, decisión manifiestamente ilegal en la conducta imputada al señor Juez en este cargo.

Observa sí la Sala, que no obstante la confesión del señor Evaristo Porras de haber entregado dinero a un miembro de las corporaciones públicas, por actos que debía ejecutar en ejercicio de sus funciones, no dispuso el juez con la misma diligencia y premura la diligencia de indagatoria de este acusado confeso.

Segundo cargo. Se acusa al Juez Sexto Penal del Circuito de un posible delito de abuso de autoridad, al desconocer el fuero especial que ostentaba el doctor Lara Bonilla en el momento de los hechos (Ministro de Justicia) y por el cual su juzgamiento pertenecía a otra autoridad.

Expresó el Juez en sus descargos que el fuero especial que se deduce de la calidad de las personas, sólo ampara a los ministros por delitos de responsabilidad o delitos comunes cometidos en ejercicio de su cargo y que el hecho investigado e imputado al doctor Lara Bonilla era anterior a su calidad de Ministro y cuando ejercía las funciones de Senador y que por tanto su juzgamiento estaba atribuido a la justicia ordinaria. Agregó el Juez que este parecer fue compartido por el Tribunal Superior de Bogotá que impartió aprobación a sus decisiones. No parece desatinado este modo de pensar del señor Juez.

Es indudable que los artículos 20, 96, 97, 102 y 131 de la Constitución Nacional y el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, establecen un fuero especial para el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, cuando deban responder por delitos comunes o de responsabilidad, por indignidad en el ejercicio de su cargo.

La Constitución y la ley otorgan este fuero al señor Presidente de la República, al encargado de la Presidencia, los Magistrados del Despacho, el Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado, quienes serán acusados por la Cámara de Representantes por delitos de responsabilidad en el ejercicio de su cargo y el juzgamiento corresponde al Senado.

Por delitos comunes, estos mismos funcionarios serán juzgados por la Corte Suprema de Justicia con la necesaria y previa condición de procedibilidad de la intervención del Congreso.

Pero este fuero sólo es pleno en relación con el señor Presidente de la República y el encargado del Poder Ejecutivo, quienes de acuerdo al artículo 131 de la Constitución Nacional, no pueden ser investigados por delitos o por indignidad, sino por acusación de la Cámara ante el Senado, ya sea que los hechos imputados hayan ocurrido durante el ejercicio del cargo o con anterioridad a él. Se procura con esto, proteger la dignidad de la investidura y la seguridad de las instituciones.

En cambio, los demás funcionarios anteriormente enumerados, disfrutan solo de un fuero relativo, por cuanto únicamente lo tienen para ser juzgados por el Senado o por la Corte Suprema de Justicia, cualquiera que sea su naturaleza, por hechos cometidos durante el ejercicio de su cargo. Así se desprende de las normas constitucionales y procedimentales ya citadas.

La Sala de Casación Penal de la Corte, con ponencia del Magistrado Bernal Pinzón, al determinar el alcance del fuero señalado en el artículo 102 de la Carta, sostuvo que a excepción del señor Presidente, los demás funcionarios enunciados en la norma, sólo están amparados por el fuero, por hechos consumados durante el desempeño de su cargo. Dijo la Corte:

"Con excepción del Presidente de la República los demás funcionarios mencionados en el aparte 5 (hoy 4) del artículo 102 de la Constitución Nacional, gozan de este fuero, por hechos cometidos cuando desempeñan su cargo, tenga aquél que ver con la función o sea ajeno a la misma. Quiere decir lo anterior, que el Presidente de la República, no puede ser juzgado sino mediante el trámite constitucional, así se trate de infracciones anteriores a este desempeño y así haya dejado el cargo" (Corte Suprema de Justicia, septiembre 27 de 1976. Tomado O. de P. P. del doctor Gustavo Gómez Velásquez, página 35).

Si este es el criterio predominante y que la Sala hoy ratifica, no puede afirmarse que el doctor Lara Bonilla *disponía de un fuero especial en el momento de su juzgamiento, porque el hecho que se investigaba había sido cometido con anterioridad a la fecha en la cual asumió el cargo de Ministro y cuando era Senador de la República, investidura esta última que da derecho a inmunidad parlamentaria por cierto tiempo, pero que no otorga un fuero especial en el juzgamiento. Aquí se siguen las normas ordinarias sobre competencia.*

Si así lo entendió el Juez acusado al asumir la competencia para conocer del sumario, su conducta no puede considerarse como violatoria de la ley penal.

Debe advertirse que el Juez Rojas Otálora tampoco quebrantó las normas que regulan el incidente de recusación, pues una vez que ésta se formuló, suspendió la actuación, negó la recusación, y sólo asumió la competencia cuando el Tribunal lo autorizó a seguir conociendo del sumario.

Tercer cargo. Se acusa de un posible prevaricato por omisión al señor Juez Rojas Otálora, por haber omitido interrogar al Ministro Lara en la diligencia de indagatoria sobre "si conoce el motivo de la diligencia" como lo establece el artículo 386 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte hace propias las argumentaciones del Tribunal Superior, contenidas en el auto que se revisa, cuando al liberar de toda responsabilidad al Juez por esta irregularidad, dijo lo siguiente:

"...No se discute que en efecto la disposición en cita contempla esa prevención. Empero, no constituye condición esencial para la recepción y validez de la indagatoria. Diversos sistemas de procedimiento, la jurisprudencia y la doctrina nacionales, ponen de presente que al juez corresponde elegir la forma de interrogar ya sea al testigo o a la persona que se indaga; y, no son exóticos los adjetivos centrífugos y centrípetos dentro de esta rama del derecho para referirse a dos sistemas de formulación de preguntas: Por el centrífugo, el instructor parte del meollo del asunto para luego establecer la circunstancia, vale decir, que parte de lo sustancial a lo circunstancial. Y, en el centrípeto, el investigador comienza a formular las preguntas que de acuerdo con su conocimiento rodearon el hecho que se investiga para llegar a lo sustancial. En aquel proceso, al parecer, el acusado pretendió poner en práctica el primero de estos sistemas, situación de la cual no se puede desprender la comisión de delito alguno, pues la inobservancia que se ha puesto de presente puede tenerse como una simple forma indicada por el procedimiento penal para mayor abundamiento, pero que en manera alguna puede erigirse en violación a la ley o en inexistencia de la indagatoria o en conculcamiento al derecho de defensa. En el peor de los casos, podría pensarse en una irregularidad de tan exiguo alcance que ni ataca la forma propia del juicio ni hace incurrir al funcionario en delito".

Agrega tan solo la Corte, que esta omisión meramente formal, en el interrogatorio sólo se traduce en una irregularidad sin relevancia en el proceso, que en forma alguna invalida la diligencia ni puede constituir una deslealtad que vulnere el derecho de defensa ni ningún otro interés jurídico. Tal omisión involuntaria como lo expresa el funcionario no puede ser objeto de reproche sancionador.

Cuarto cargo. Se afirma, que el Juez Rojas Otálora pudo quebrantar la reserva del sumario, al expedir copias con destino a personas ajenas al proceso. Se le acusa además de recibir pruebas (cassettes) en forma irregular.

Se hace consistir el primer aspecto de este cargo en el hecho de que el Juez autorizó la expedición de copias de algunas piezas del proceso con destino al doctor Ananías Hincapié Zuluaga, abogado adscrito a la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, donde se adelantaba una investigación de carácter administrativo por las actuaciones del doctor Lara Bonilla. La calidad de autoridad de quien solicitaba las copias con destino a un proceso disciplinario, es suficiente para concluir en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, que el Juez estaba en el deber de expedir dichas copias por haber sido solicitadas por autoridad competente. Su actuación no quebrantó la reserva del sumario.

El segundo aspecto de este cargo, no tiene fundamento. Como el Juez tuviera conocimiento de que el periodista Edgar Artunduaga, hiciera en "El Espacio" comentarios alusivos al cheque recibido por el doctor Lara

Bonilla y girado por Evaristo Porras, lo llamó a rendir declaración dentro del sumario. En el curso de dicha diligencia, el periodista hizo saber que era poseedor de una grabación donde se había registrado la conversación entre el doctor Lara y el presunto narcotraficante, y el señor Juez le solicitó presentarla ante el Juzgado, cosa que efectivamente hizo el declarante al día siguiente.

Nuestro Código de Procedimiento Penal autoriza al Juzgado para recurrir a todos los medios probatorios que estime conveniente para llegar al descubrimiento de los hechos, sin que en forma alguna esté prohibido o sea siquiera censurable el uso de medios técnicos en la producción de la prueba. Lo anterior es tan solo desarrollo del principio de la libertad de la prueba que impera en la ley del proceso. No encuentra la Sala, que el Juzgador hubiese violado la reserva del sumario, ni permitiera la intervención en él de personas ajenas al proceso.

Quinto cargo. Se sostiene finalmente, que el señor Juez sólo debía enrumbar el sumario de acuerdo a la solicitud del Ministro, en el sentido de determinar si el girador del cheque Evaristo Porras era un narcotraficante y que al investigar la participación en los hechos del señor Ministro, pudo haber incurrido en abuso de sus funciones.

Explica el juez su comportamiento, expresando que a pesar de que la investigación se había iniciado ante la queja del Ministro, de las pruebas aportadas al proceso surgieron cargos serios contra el doctor Lara Bonilla que lo comprometían en posible delito de cohecho y que ante ello optó por escuchar en indagatoria al funcionario.

No puede aceptar la Corte la explicación que sobre su comportamiento, ofrece el señor Juez. La principal prueba de cargo que podía comprometer al señor Ministro, procedía del testimonio rendido por Evaristo Porras, donde éste expresaba que había entregado al Senador Lara Bonilla un millón de pesos: quinientos mil con destino a los gastos de la campaña del Nuevo Liberalismo y quinientos mil para Lara, a fin de que hiciera valer a su favor las influencias como parlamentario.

De este testimonio dedujo el Juez la posible existencia de un delito de cohecho en contra del Ministro y ordenó escucharlo en indagatoria. Sin embargo, no adoptó de inmediato la misma decisión en relación con Porras, olvidando que el cohecho es un delito bilateral en el cual incurre tanto el particular que da u ofrece el dinero, como el funcionario que lo recibe. Porras en su testimonio admitió haber entregado al Senador Lara Bonilla (empleado oficial) un millón de pesos y no obstante esta clara y espontánea confesión, nada hizo el funcionario por investigar su conducta, dedicando toda su actividad a examinar el comportamiento del Ministro, abandonando el examen del cargo inicialmente formulado y no demostrando el mismo celo e interés en el estudio de la situación de los dos comprometidos, en actitud donde no se aprecia con nitidez la buena fe del Juez, sino cierto abuso en el ejercicio de sus funciones.

Nada se conoce en el proceso, sobre la suerte del sumario que se inició en averiguación de un posible delito de tráfico de estupefacientes y que sirvió de fundamento a la investigación seguida contra el Ministro, ni sobre la actividad desarrollada por el Juez en el proceso por el cohecho en que pudo incurrir el señor Porras.

Todo esto hace pensar que es prematura la decisión adoptada por el Tribunal, al sobreseer definitivamente al Juez Rojas Otálora, cuando su intervención en el sumario seguido al Ministro Lara ofrece oscuridades y vacíos que es preciso aclarar. Es lo debido en consecuencia, dar aplicación al artículo 490 del Código de Procedimiento Penal y trocar el sobreseimiento definitivo por uno temporal, para que en la nueva etapa investigativa se practiquen entre otras, las siguientes diligencias:

a) Practicar las pruebas que demanda el señor Fiscal del Tribunal en su concepto de fondo;

b) Ampliar la indagatoria al Juez acusado para que manifieste las razones que tuvo para indagar al Ministro Lara Bonilla por un presunto delito de cohechó, cuando no adoptó de inmediato idéntica decisión con las demás personas comprometidas en el hecho;

c) Obtener fotocopia auténtica del sumario adelantado ante la queja formulada por el Ministro Lara, por posible violación del Decreto 1188 de 1974 y demás hechos punibles investigados conjuntamente;

d) Todas aquellas diligencias que el Tribunal estime convenientes.

De acuerdo a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, apartándose del concepto del Ministerio Público, REVOCA la providencia recurrida y en su lugar,

RESUELVE:

1º SOBRESEER TEMPORALMENTE al doctor Julián Rojas Otálora de los cargos que le fueron formulados en este proceso.

2º REABRIR LA INVESTIGACIÓN con el fin de que se practiquen las pruebas anotadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Julio Rozo Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, aclaración de voto, *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

ACLARACIÓN DE VOTO

En buena parte comparto las apreciaciones de la Sala y, en especial, lo atinente a los cargos primero y quinto, en los cuales se destaca la gravedad del comportamiento asumido por el ex Juez Rojas Otálora y que ojalá a la Sala respectiva del Tribunal le merezca un concienzudo estudio no sólo de las razones indicadas en este proveído, sino frente a los resultados de la reapertura de la investigación, para que, nuevamente, y en debida oportunidad, se produzca un examen más completo de esa doble situación que se ha mirado como de serio compromiso del sindicado.

En lo que sí me aparto radicalmente es en la tesis que reitera la Sala y que ciertamente traduce el pensamiento dominante en la jurisprudencia, vale decir, la restricción del fuero ministerial, en este caso (y también de los Magistrados de la Corte, Consejo de Estado y Procurador General de la Nación), al confinar sus efectos a las conductas cometidas durante el ejercicio de su cargo, desechándose las anteriores. Conforme a los propósitos de la Comisión Preparadora del Código de Procedimiento Penal (1936), explicados explícitamente por el doctor Timoleón Moncada, y, a la redacción del articulado, así como a los altos fines del fuero, tengo que pensar que la eficacia de esta fundamental garantía, no dispensada con criterio personalista sino con miras a la independencia de la función trascendente que se ejerce, se extiende a los hechos antecedentes a la investidura que otorga el fuero, siempre y cuando no hayan sido investigados; cualquier intento en este sentido (iniciar la averiguación o continuarla), debe tramitarse por la Cámara de Representantes (Comisión de Acusaciones), la cual, si no lo resuelve durante el ejercicio de las premencionadas posiciones, al cesar éstas, deben regresar tales procesos a los jueces ordinariamente competentes.

¿Qué sería de la autonomía de un Magistrado o de un Procurador General, que por el rumbo y significación de sus ejecutorias, tuviera que enfrentarse a la instauración o renovación de un procedimiento ante autoridad policiva, administrativa o judicial de estamento inferior (municipal, circuito, etc.)? Fácilmente se colige que la persecución bien orientada y el motivo de justicia pretextado, darían al traste con esa actividad pública o por lo menos se crearían circunstancias propicias para amenazar, amordazar o castigar a quien mientras permaneció ajeno a sus roles oficiales nada se le dijo o nada se le tuvo que investigar, pero, tan pronto los ejerce, se renueva todo un aparato judicial (ordinario, militar o especial) o policivo-administrativo. Mejor ejemplo de estas consideraciones juzgadas irreales o forzadamente hipotéticas, es el caso examinado. Es demasiado elocuente y veraz.

Esto que ahora digo lo he sostenido siempre, desde hace muchos años. Así lo manifesté en asocio del fallecido Magistrado Darío Velásquez Gaviria, en salvamento de voto relacionado con una investigación al Ministro de Hacienda, doctor Edgar Gutiérrez Castro, por hechos referidos a actuaciones suyas como Director de Planeación.

Qué bueno sería una clarificación legislativa sobre estos puntos. Y no es que el suscrito participe cerradamente del sistema actualmente consagrado por el artículo 102-4 de la Constitución Nacional. No. Juzgo que éste solamente debiera existir para el Presidente de la República y el Designado; pero, para todos los demás (Magistrados, Ministros, Procurador, etc.), la eficacia de un altísimo órgano de juzgamiento, liberado de esta traba, que se ocupase exclusivamente del régimen penal y disciplinario de tantos funcionarios prominentes como se dan en nuestro país, tribunal ante el cual pudiera acudir cualquier ciudadano agraviado por alguno de éstos.

Por ahora consigno estas breves reflexiones como apoyo a la aclaración de voto.

Gustavo Gómez Velásquez.

IMPEDIMENTO

La causal quinta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es una de las que más profundamente tocan el fuero interno del funcionario, debiéndose atender su manifestación cuando considere que la amistad con alguno de los apoderados sea capaz de conturbar su serenidad de dispensador de justicia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 93.

Bogotá, D. E., 23 de septiembre de 1986.

VISTOS

El Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctor Rafael Labrador Buitrago se declaró impedido para intervenir en este asunto, con base en la causal 5ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal (Fls. 18-19 Cdno. Nº 3), por existir amistad íntima entre él y el abogado Luis Eduardo Patiño, quien actúa como apoderado de uno de los sindicados. La Sala Penal no aceptó el impedimento y remitió el proceso a la Sala de Casación Penal para la decisión del incidente.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El proceso da cuenta de que con anterioridad a la declaratoria de impedimento del Magistrado Labrador Buitrago, éste conformó Sala Dual para resolver incidente de igual naturaleza respecto de uno de sus compañeros de Sala, y Penal de Decisión para desatar un recurso de apelación (Fls. 708 y 740 Cdno. Ppal.); y que el abogado Luis Eduardo Patiño sólo comenzó a actuar a partir del 12 de junio de 1986, cuando el sindicado José Bertulfo Ramírez lo designó su apoderado en la diligencia de indagatoria (Fl. 141 *ibidem*).

Fundamenta su declaratoria de impedimento el doctor Labrador Buitrago en la circunstancia de ser tan profunda, antigua y cimentada su amistad con el abogado Patiño, que ella envuelve a sus respectivas familias, y por su efecto él se ha convertido en padrino de bautizo de uno de los hijos de aquél, quien a su vez ha venido actuando como su apoderado y de sus parientes en diversos asuntos judiciales, siendo a la vez ambos, mutuos confidentes en aspectos personales e íntimos de sus vidas por haber llegado su trato diario a semejarse al de dos hermanos desde cuando compartieron aulas universitarias, unos quince años atrás.

La Sala que rechazó el impedimento invocado desestimó sus motivos por considerarlos insuficientes para configurar la causal legal aducida. Califica la amistad entre el Magistrado Labrador Buitrago y el abogado Patiño como una mera relación personal y desinteresada nacida del obligado compartir actividades de toda índole en el discurrir de la vida cotidiana de las "pequeñas provincias", que no llega a la compenetración espiritual y a la intensidad afectiva y trascendente que la ley admite como impedimento por alcanzar a "conturbar la ecuanimidad del juzgador", y a cuyo ámbito pertenecen tanto el padrinazgo como la prestación de servicios profesionales referidos por el funcionario.

La naturaleza subjetiva de la causal invocada y por tanto su apreciación desde el punto de vista personal ha llevado a la Corte a considerar que "tanto la amistad íntima como la enemistad grave que dan lugar al impedimento o a la recusación deben ser sentimientos recíprocamente compartidos, o por lo menos predicables del funcionario..." (auto 19 junio 1984), y a reiterar sobre el contenido y alcance de la misma que: "...la amistad íntima que la ley reconoce como causal de impedimento no es aquella que apenas liga afectivamente al funcionario con otra persona, sino la que trasciende los planos meramente formales y de conveniencia propios de la vida social y de relación, para adentrarse en el restringido ámbito de una comunión sentimental y espiritual entre dos seres que se identifican o complementan y que mantienen por eso, más o menos estables relaciones interpersonales de mutua colaboración y desinteresada ayuda en la buena y en la adversa fortuna" (auto 24 abril 1984. M. P. Dr. Reyes Echandía; autos de diciembre 6, 1975; febrero 17, 1981; septiembre 30 de 1981 y enero 24 de 1984).

Si garantizar la imparcialidad del juez y por tanto su independencia de ánimo en el ejercicio de su función es el fin de las causales que lo obligan a declararse impedido para conocer de determinado asunto, y es la invocada (Num. 5º, Art. 78 C. P. P.), una de las que más profundamente tocan el fuero interno del funcionario y conmueven sus sentimientos, fuerza es, en el caso de autos, atender la manifestación del Magistrado que considera su amistad con el apoderado de uno de los sindicados del grado suficiente como para conturbar su serenidad de dispensador de justicia.

Los aspectos explicativos de la calidad de su amistad —que no expresan como otras causales de recusación según parece entenderlo el Tribunal de origen—, es decir, el compadrazgo y la prestación de servicios profesionales del abogado al Magistrado y su familia, resultantes, no de la

ordinaria correlación de éste con la comunidad en que se desempeñe sino de la identidad afectiva y espiritual que considera dada con el abogado y que lo determina a manifestarse impedido, hacen razonable su posición y procedente la separación que se plantea.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA FUNDADO el impedimento expresado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctor Rafael Labrador Buitrago, dispone su separación del conocimiento de este asunto, y ordena pasar el proceso al Magistrado que le sigue en turno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

DERECHO PENAL

Finalidad.

El derecho penal ha sido creado para consagrar los derechos de todos los ciudadanos, independientemente de su estructura moral, por manera que la libertad, el patrimonio, la vida, la integridad personal o cualquiera otro de los que están tutelados, no pueden ser proscritos para quienes actúan con motivos torcidos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 096.

Bogotá, D. E., 30 de septiembre de 1986.

VISTOS

Por sentencia del once (11) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) el Tribunal Superior de Medellín, revocó la sentencia condenatoria expedida por el Juzgado 19 Penal del Circuito en contra de Willy Alberto Puerta Trujillo, Alberto González J., John Jairo Vélez Pineda y Jesús María Palacio Pineda, procediendo a dictar sentencia absolutoria en su favor.

El apoderado de la parte civil oportunamente interpuso el recurso extraordinario de casación, que fue concedido y tramitado adecuadamente, habiéndose dictado el auto de admisibilidad y posteriormente el que declaró que la demanda se ajustaba a las exigencias legales.

Escuchado el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal quien solicita se invalide el fallo recurrido, debe la Sala proceder a resolver lo que fuere pertinente luego de la siguiente relación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso se inicia como consecuencia de la denuncia instaurada por Luis Fernando Arango Vélez, en su calidad de tesorero de los almacenes Ley, el 19 de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982) hechos que pueden sintetizarse de la siguiente manera: La Empresa Cadenalco S. A. que cuenta entre sus filiales a los Almacenes Ley, desde varios años antes de la instauración de la denuncia, había adoptado una serie de procedimientos ilegales en relación con algunos de sus proveedores, por medio de los cuales buscaba ante todo eludir el pago del impuesto a las ventas y de tal manera obtener mercancías a precios inferiores a los que podrían obtener sus competidores y con el propósito de la consecución del fraude fiscal se idearon los llamados "negocios especiales" o "San Franciscos", en los que de acuerdo con algunos de los proveedores de la cadena comercial, se tramitaban los pedidos y la cancelación de las respectivas cuentas, a nombre de proveedores ficticios, pero el cheque que salía a nombre del personaje supuesto era cobrado por el proveedor verdadero, quien debía firmar un acta de conciliación en la cual declaraba que se encontraba a paz y salvo con el Ley y renunciaba a cualquier reclamación futura, además que debía firmar una planilla a manera de recibo, demostrativa del pago. Pasado un tiempo prudencial que debía podría ser de seis meses a un año, toda la documentación se destruía, excepto el comprobante de pago, que se microfilmaba, archivándose el acta de conciliación y la planilla de pago.

La actividad ilícita de los imputados, vino a descubrirse como consecuencia de la investigación de un auditor de la Caja Agraria y un funcionario de la Asociación Bancaria que detectaron algunos movimientos extraños en la cuenta de ahorros número 4373-9 de la sucursal de la Caja Agraria del barrio Buenos Aires en la ciudad de Medellín, cuyo titular era John Jairo Vélez, pues comenzaron a observar consignaciones de elevadas sumas de dinero en cheques emitidos por Almacenes Ley a favor de Ramón Duarte, dinero que era muy rápidamente retirado en efectivo o en cheques de gerencia. Se observó en estos cheques que la firmas endosatarias y los números de las cédulas eran siempre distintos.

Estos hechos irregulares fueron puestos en conocimiento del Tesorero y el Auditor del Ley que luego de analizar los diversos pagos llegaron a la conclusión que eran anormales, porque a pesar de que los cheques estaban girados correctamente con todos los requisitos de su trámite, figuraban a nombre de un proveedor con el que no se tenían negociaciones de tiempo atrás. Sumadas a la anterior irregularidad se comprobó que uno de los cheques por valor de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) había sido cobrado por Willy Puerta, quien era el empleado precisamente encargado de tramitar los pagos denominados especiales, quien al ser interrogado manifestó que ese cheque era por una cancelación que le hacía Jesús María Palacio de una deuda. Se comprobó igualmente que el titular de la cuenta de ahorros era John Jairo Vélez Pineda, hermano medio de Jesús María Palacio Pineda y que la documentación relacionada con estos pagos había sido destruida con celeridad no acostumbrada.

Ya en el proceso penal se descubrió igualmente la cuenta número 051366-3 del Banco Comercial Antioqueño sucursal del Guayaquil y la

número 19003328-2 del Banco Popular sucursal del sector antes mencionado, en las cuales el titular era el mismo ciudadano de la primera cuenta descubierta en las que se hicieron cuantiosas consignaciones de cheques girados por el Ley a favor de beneficiarios ficticios (Ramón Duarte —la mayoría— Samuel Tamayo, Ramón Londoño y Gustavo Henao, quienes con John Jairo Vélez aparecen como endosatarios de tales títulos).

Es obvio que los imputados, aprovechando los defraudatarios procedimientos fiscales, encontraron la ocasión para tramitar cuentas en favor de otros proveedores ficticios, cuyos finales beneficiarios de los pagos serían quienes han venido afrontando este proceso.

El auto cabeza de proceso se dictó por el Juzgado Quince de Instrucción Criminal el veintiuno (21) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Por auto del cinco (5) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) se decretó la detención preventiva de Willy Alberto Puerta Trujillo, y Alberto de Jesús González Jaramillo y por auto del mismo instructor del doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) se decretó la privación de la libertad de Jesús María Palacio Pineda y John Jairo Vélez Pineda.

Por auto del cuatro (4) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982) se cerró la investigación por parte del Juzgado 19 Penal del Circuito y por providencia del nueve (9) de diciembre del mismo año se dictó auto de proceder contra los cuatro individuos que indagados por el delito de estafa, agravada por la cuantía y en concurso de delitos (Arts. 26, 356 y 372 del C. P.).

Realizada la diligencia de audiencia pública el once (11) de octubre de mil novecientos ochenta y tres (1983) se dictó sentencia condenatoria contra los mismos, de acuerdo al llamamiento a juicio anterior, imponiéndoseles la pena principal de veintidós (22) meses de prisión y al pago de los perjuicios en forma solidaria.

El Tribunal por providencia del once (11) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) revocó la sentencia condenatoria revisada por consulta y en su lugar absolvió a los procesados.

La demanda

El impugnante presenta un cargo único al amparo de la causal primera, cuerpo primero por considerar que la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustancial, por haberse incurrido por el fallador de instancia en interpretación errónea de la misma, concretamente de los artículos 356, 372, numeral 1 y 2 y 26 del Código Penal.

Sustenta el cargo, partiendo de la definición legal del delito de estafa para concluir que son elementos estructurales del mismo los siguientes:

"1) Un particular comportamiento del agente constitutivo de artificios o engaños.

2) Producción de error en el ofendido o en terceras personas, el cual, a su vez, da origen a un acto voluntario (con voluntad viciada por el error) de disposición patrimonial.

3) Un daño patrimonial derivado de la conducta fraudulenta.

4) Un provecho ilícito para el agente o para un tercero; y

5) El dolo, generalmente ínsito en el propio comportamiento fraudulento.

En alguna parte, como se ve, el artículo 356 del Código Penal exige para tipificar el delito de estafa que el ofendido obre de buena fe, o un elemento negativo del tipo como sería la exigencia de que el ofendido no sea deshonesto. Si así fuera, en casi ninguno de los casos clásicos de estafa que se anuncian en lecciones y tratados existiría delito. Téngase en cuenta, por ejemplo, el caso del paquete chileno; el que compra supuestos dólares legítimos a precios irrisorios; todos los que compran objetos con calidades supuestas por precios ridículos que hacen desaparecer la buena fe del comprador. De otra parte el Título XIV del Libro Segundo del Código Penal tutela el patrimonio económico de todas las personas y no solamente el de aquellas de buena fe. Finalmente sostener lo contrario significaría que quien mata a un asesino reiteradamente no comete delito, ni el que secuestra a un secuestrador profesional realiza delito y así sucesivamente, lo que nos llevaría al postulado clásicamente fascista, vigente en la Italia de los años treinta, según el cual la justicia es para los buenos, pues los malos carecen de derechos.

Por eso el sentenciador de segunda instancia violó directamente el mencionado artículo 356 del Código Penal, por interpretación errónea, al sostener equivocadamente que 'el delito de estafa se caracteriza entre otros, porque la astucia del estafador, se dirige a enriquecerse a toda costa de la buena fe del ofendido, y en este expediente está fehacientemente acreditado que la *buena fe* de Almacenes Ley brilla por su ausencia'. O sea que el Tribunal descarta la existencia de la estafa no porque falte prueba de que se hubiera realizado, ni porque subsista la duda, ni por algún aspecto probatorio, ni tampoco en fin, porque falte alguno de los elementos clásicos del tipo de estafa, sino exclusivamente, porque en su sentir, la buena fe de Almacenes Ley 'brilla por su ausencia' es decir, porque 'cómo puede aceptarse que fue inducido en error (el Ley) si nadie mejor que él sabía que esos medios engañosos que estaba empleando tenían el único objetivo de engañar'. La sustracción de materia no puede ser más obvia y por ende mal puede decirse que pudo ser sujeto pasivo del engaño que concibió y sistemáticamente empleo (sic)... Finalmente, es preciso advertir que si algunos empleados de Almacenes Ley idearon una serie de artificios para defraudar al fisco nacional, la empresa no obtenía beneficio directo alguno, pues a través de esos artificios encubrieron el incumplimiento de la obligación de recaudar el impuesto a las ventas que debían cubrir los proveedores de los Almacenes Ley. Y esos artificios fueron utilizados por los mismos sujetos que los idearon y los pusieron en práctica, para inducir en error a los ordenadores de la empresa para, de esa manera producir actos de disposición que beneficiaron ilícitamente en sumas millonarias a los implicados, con el correlativo perjuicio para Almacenes Ley. Lo que ha de-

bido hacerse es investigar penalmente a las personas autoras de las maniobras para burlar al Fisco Nacional, y tributariamente a la propia empresa, si a ello había lugar. Pero lo que no puede hacerse sin quebrantar la ley, es privarla de los derechos que tiene cualquier persona jurídica en el ordenamiento nacional.

Se deduce de lo anterior, con manifiesta claridad, la errónea interpretación que el honorable Tribunal ha dado al artículo 356 del Código Penal, al exigir para la tipificación de delito de estafa un elemento sustancial que la norma citada no requiere.

Al quebrantar el artículo 356, declarando que no existió el delito de estafa, el Tribunal violó también consecuencialmente los artículos 372, ordinal 1º y 26 del Código Penal, que se refieren a la circunstancia de agravación de la punibilidad relativa de la cuantía del ilícito, y al concurso de hechos punibles, respectivamente.

No me corresponde el análisis jurídico de los elementos del delito de estafa que ya fueron enunciados, puesto que el Tribunal no ha negado su existencia. Para esta Corporación, la inadecuación típica que, según ella conduce a la ausencia del delito, se deriva exclusivamente de la mala fe de Almacenes Ley.

De otra parte, el Tribunal con otro magistrado ponente, pero en la misma Sala de Decisión había ya afirmado rotundamente la existencia del hecho punible, cuando al dirimir el conflicto de competencia suscitado, entre el Juez —*a quo*— y un juzgador superior, expresó:

'...tiene razón el Juez Superior que provoca la colisión... toda vez que los documentos se emitían no para crear o servir de prueba y de consiguiente su destrucción era tan falsa como el propio sistema, lo que no tipificana (sic) ni le da sentido al llamado delito de falsedad documental por destrucción más bien *constituye el medio engañoso que a su manera organizaron los Almacenes Ley y de que se sirvieron los sindicados para la comisión del hecho punible de la estafa, consiguiendo lucro económico considerable y haciendo a aquéllos como bien lo anota el de instancia, 'víctimas de su propio invento'*,... Lo precedente dará base para investigaciones muy concretas respecto a esa actividad, que bien estimuló a los incriminados y les facilitó su delincuencia... ese procedimiento (el de la expedición de los documentos a que se contrae el proceso, aclara el despacho) estaba severamente comprometido en la *mis en scene* que bien aprovecharon los sindicados y lo perfeccionaron como medio comisivo del delito contra el patrimonio económico...'.

Conclusión.

Demostrado como está el cargo contra la sentencia acusada, reitero mi solicitud inicial en el sentido de que se case, para que en su lugar se dicte la condenatoria correspondiente".

El concepto del Procurador Delegado

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicitó se invalidara el fallo acusado argumentando que:

"El Tribunal según lo expuesto, estimó que no podía considerarse engañado, ni merecía la protección penal o de la ley, el autor de las maniobras referidas, es decir, que como expresa el actor, no desconoció la prueba y así es procedente invocar la violación directa de la ley sustancial.

Se considera que si bien el sistema defraudatorio ideado fue del conocimiento y estuvo autorizado por personal directivo de la entidad referida, no puede desconocerse que al lograr los procesados, como queda establecido en autos y a través de estos mismos procedimientos su beneficio con perjuicio de la entidad, aquélla no fuera engañada, no obstante su irregular proceder; aspecto integrante de uno de los elementos del delito de estafa, que no desconoce el fallo impugnado, sino que considera que dada la intención maliciosa o dolosa con la cual actuó al permitir y autorizar tales procedimientos ilegales y contrarios a la ética, no podría configurarse la infracción, ni llegarse a la protección de la ley.

En este aspecto no puede compartirse el razonamiento expresado, que implicaría autorizar no obstante su manifiesta ilicitud, este procedimiento o vía torcida de enriquecimiento indebido para quienes valiéndose de las mismas vías irregulares, logran beneficiarse del patrimonio de la empresa, lo cual no puede admitirse sin perjuicio de que se produzcan otras consecuencias contra la misma.

Deben por tanto admitirse los argumentos del recurrente, en términos generales, por cuanto en realidad existen y no se han negado por el Tribunal, los elementos integrantes del delito de estafa; y si esta es la situación y se demuestra a través del proceso en forma que no se desconoce, la conclusión no puede ser otra que la de haberse configurado la infracción.

No es valedero el argumento del recurrente de que la empresa no obtenía beneficio alguno con estas irregulares maniobras, porque la realidad es otra y se colige fácilmente del examen de las operaciones cumplidas, como lo anota acertadamente el fallo, ya que en esta forma se dejaba de pagar impuestos y al mismo tiempo no se exigían o se evitaba su recaudo a los proveedores para entregarlos al Estado, obtenía la entidad mayores lucros y lograba mayores facilidades de comercialización.

Por otra parte, no podría con el argumento expresado por el Tribunal, autorizarse el perjuicio a la sociedad, como persona jurídica que es, si bien representada por sus órganos directivos, pues éstos deben responder penalmente de tal conducta, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones tributarias pertinentes, que afectan a la empresa directamente.

Por otro aspecto, si bien los actos dirigidos a evadir impuestos no son sancionables penalmente sino por la vía fiscal, de esto no puede deducirse que si con ocasión de tales maniobras se afecta el patrimonio o los bienes de la entidad, aunque aquélla participara en el fraude fiscal referido, no se incurriera en estafa, ya que se trata de situaciones diferentes; y en este último supuesto, como ocurrió, se configuró la infracción por las razones que se han expresado.

Así, se considera que el cargo se encuentra demostrado, pues probada la infracción y la responsabilidad de los procesados, como se ha admitido y no ha sido objeto de discusión, debía dictarse fallo condenatorio, sin que procediera la entrega de los dineros procedentes del ilícito.

Sin embargo, y como consecuencia de lo expresado, debe solicitarse que se dé traslado a la Administración de Impuestos Nacionales y Municipales, con copias de lo pertinente, para que se investigue la evasión de impuestos por parte de la entidad o sociedad mencionada, sin perjuicio de que se adelanten las otras acciones penales que se hicieren necesarias o aparecieren procedentes.

Por lo dicho, se solicita a la honorable Corte invalidar el fallo recurrido para en su lugar condenar a los procesados y adoptar las disposiciones pertinentes; entre éstas se requiere agregar la ya anotada de traslado o conocimiento a las autoridades de impuestos para lo de su cargo''.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Comparte la Sala de manera integral los razonamientos críticos que sobre la sentencia formulan tanto el recurrente, como el Procurador Primero Delegado en lo Penal, porque la verdad es que la única razón para fundamentar la sentencia absolutoria es porque la firma ofendida con los hechos que han sido objeto de investigación penal, estaba realizando una actividad ilegal y en tales circunstancias en su perjuicio no podría cometerse un delito de estafa que tuviera como causa fundamental la actividad ilegal desarrollada por la presunta víctima de la estafa, porque considera que es imposible que pudiera ser engañada. La cita que se hace de Carrara para respaldar la tesis que acoge el Tribunal en la sentencia atacada no puede ser más equivocada y que además el autor plantea de manera hipotética, porque reconoce que nunca lo ha atendido en su larga práctica profesional y es la situación de la víctima del fraude, buscando un fin criminoso, el caso de quien contrata a un hechicero para que le ayude a encontrar el tesoro que cree se encuentra en predio ajeno obviamente con resultados negativos. Termina negando la posibilidad de que pueda concretarse la estafa con base en concepciones puramente morales que en el caso debatido no tienen asidero, porque no es otra cosa la que sostiene cuando afirma ''Creo en absoluto que no, aunque esos fraudes sean criminosos, pues si la víctima del delito es más despreciable que el que la engaña, la sanción penal no debe prostituirse para protegerla''.

Los modernos estudios criminológicos que se han hecho sobre la psicología del estafador y los numerosos casos debatidos en los estrados judiciales desmuestran hasta la saciedad que de manera general la víctima de la estafa actúa con desmesurados fines de lucro, que en muchas ocasiones son francamente ilegales o definitivamente ilícitos y precisamente esta desbordada pasión económica es la que aprovecha el estafador para captar la atención de la víctima e inducirla en error a través de los artificios engañosos, porque la realidad demuestra que si el defraudador propone a su víctima un negocio de aquellos que normalmente se dan en la vida de los mismos, no podrá obtener la víctima propicia de sus ilícitas intenciones, porque el señuelo utilizado es el ofrecimiento de negocios fabulosos que de manera muy generalizada conllevan una ilicitud perfectamente perceptible, tal el caso de quien compra la máquina de triplicar billetes, o la inyección mágica que hace ganar en los hipódromos a cualquier caballo que se le aplique, o la de quien compra artículos costosos a precios irrisorios. El

estafador es un intelectual de la delincuencia, y un conocedor de la psicología humana, que encuentra en el desmesurado afán de lucro el medio propicio para inducir, en error. Si como lo pretendió Carrara de manera perfectamente equivocada y como lo plantea en su seguimiento el Tribunal de Medellín, *cuando la propia víctima busca un fin ilícito, no pudiera ser sujeto pasivo del delito de estafa, se estaría consagrando doctrinal y jurisprudencialmente que la inmensa mayoría de las estafas se quedaran sin sanción introduciendo cambios estructurales a la figura típica de esta ilicitud, que no han sido incluidos en la actual legislación, porque la realidad es que tanto en este delito, como en la mayoría, no se requiere la honestidad o finalidades lícitas, para que se pueda ser sujeto pasivo de determinadas formas de delincuencia.*

Se encuentra perfectamente aceptado que la moral y el derecho penal tienen estrechas relaciones, pero que no siempre marchan paralelamente y por el contrario existen ocasiones en que se distancian de manera perfectamente evidente y es en realidad la solución moralista de Carrara, que no tiene asidero en la realidad, porque el derecho penal ha sido creado para consagrar los derechos de todos los ciudadanos, independientemente de su estructura moral, porque los delincuentes, y los reclusos en particular, no tienen otra restricción de sus derechos que aquellos directamente vinculados con la ilicitud o con su estado de detención y en tales circunstancias, el patrimonio, la libertad, la vida o la integridad personal, para no citar sino algunos de los más importantes derechos tutelados penalmente, no están proscritos de quienes en cualquier momento pudieron actuar con motivos torcidos.

Debe destacarse y reprocharse las conductas ilícitas realizadas de manera reiterada durante muchos años por empresa de tanta importancia como lo es Cadenalco S. A. Precisamente los actuales procesados supieron aprovechar estos torcidos manejos para sacar provecho personal y es obvio concluir del contexto del proceso que aprovecharon esas maniobras ilegales, para sacar beneficio y no es posible aceptar en este sentido la afirmación que se hace en la sentencia atacada de que por estar actuando así no podía ser engañada, porque es negar una realidad, puesto que precisamente los procedimientos defraudatarios utilizados, fueron los que dieron la idea delictiva, ya que quienes aparecían en los documentos de la empresa eran proveedores ficticios y tal documentación era destruida poco después, para que no pudiera detectar la maniobra ilegal que estaban realizando; en tales circunstancias no constituyó ninguna dificultad para los procesados buscar en los libros antiguos abastecedores y ponerlos a funcionar nuevamente como proveedores ficticios, obtener los cheques salidos a nombre de éstos, endosarlos con firmas diversas y números de cédulas supuestos (por ello es que se comenzó a observar que todos los datos eran diferentes y allí empezó a descubrirse la ilicitud), y retirar el dinero en efectivo o en cheques de gerencia y luego destruir toda la documentación, incluida la que la empresa conservaba microfilmada para respaldarse en caso de futuros reclamos. En estas condiciones no solamente se obtuvo una clara inducción al error, sino que prácticamente se lograba el delito perfecto, porque todos los rastros de la ilicitud eran destruidos, de acuerdo con lo que era costumbre en la empresa, pero en esta ocasión con mayor prontitud de la acostumbrada.

Si el motivo aducido en la sentencia recurrida para fundamentar la absolución es la antes analizada, es evidente concluir que la razón le asiste al demandante y al Procurador Delegado, puesto que se encuentran reunidos los requisitos típicos exigidos para la existencia del delito de estafa por el cual fue llamado a juicio y condenado por sentencia de primera instancia y en tales condiciones se daría la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial, por haberse incurrido por el sentenciador e interpretación errónea de los artículos 356, 372, numeral 1 y 26 del Código Penal.

Aceptado el cargo debe procederse conforme a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, esto es dictar el fallo que deba reemplazarlo y en este caso concreto será la sentencia condenatoria contra Jesús María Palacio Pineda, John Jairo Vélez Pineda, Willy Alberto Puerta Trujillo y Alberto González J., pues se encuentran reunidos los requisitos probatorios exigidos en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Para la tasación de la pena no se puede partir del mínimo señalado para la infracción porque existen agravantes genéricas de la punibilidad que justifican un incremento penológico del mínimo.

Se hace referencia a las siguientes circunstancias de agravación: la segunda por los especiales deberes de lealtad laboral a que estaban obligados los empleados en relación con su patrón; la séptima por haber actuado en complicidad, situación que les garantizaba mayores seguridades de éxito e impunidad. Ambas del artículo 66 del Código Penal.

En las condiciones antes establecidas se partirá en la tasación de una penalidad de dos años que se incrementarán en una cuarta parte por ser agravada por la cuantía (Art. 372 C. P.) para que la pena quede en treinta (30) meses, que a su vez se aumentarán por tratarse de un concurso (Art. 26) en dieciocho (18) meses más para que la pena definitiva a imponer quede en cuarenta y ocho (48) meses de prisión. La multa dada la cuantía de lo ilícitamente apropiado será de doscientos mil pesos ($ 200.000.00).

Como pena accesoria se le impondrá la de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa.

Se los condenará en abstracto y solidariamente al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

La cantidad de pena impuesta impide la concesión del subrogado de la condena condicional y por ello se revocará este beneficio, ordenándose la captura de las personas condenadas para que cumplan con la pena impuesta.

En relación a los dineros congelados en la sucursal de la Caja Agraria a nombre de Vélez Pineda, como se tiene demostrado que provienen de la acción delictiva, se ordenará su entrega, con los intereses obtenidos durante el tiempo del depósito al representante legal de la firma ofendida con la infracción.

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

RESUELVE:

CASAR la sentencia absolutoria emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín en favor de Willy Puerta Trujillo, Alberto González Jaramillo, Jesús María Palacio Pineda y John Jairo Vélez Pineda de condiciones civiles y personales conocidas en autos.

CONDENAR a los antes mencionados como coautores del delito de estafa por el cual fueron llamados a juicio agravado por la cuantía, y en concurso material de delitos (Arts. 356, 372, numeral 1, y 26 del Código Penal) a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y a la pena pecuniaria de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) como multa.

CONDENARLOS a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

CONDENARLOS en abstracto y de manera solidaria al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

REVOCAR la condena condicional y ORDENAR la captura.

ORDENAR la devolución de los dineros decomisados en favor de la empresa ofendida.

CÚMPLASE con las obligaciones impuestas en el artículo 43 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

SECUESTRO

El impúber arrebatado de su hogar es sujeto pasivo de secuestro simple, porque no está en capacidad de prestar su consentimiento en forma válida.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 096.

Bogotá, D. E., 30 de septiembre de 1986.

Vistos

Resolverá la Corte lo que fuere pertinente con relación a la colisión de competencias trabada entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Neiva y Primero Promiscuo del Circuito de Granada, quienes alegan no ser competentes para conocer del proceso que se adelanta en contra de Marco Aurelio Celada Romero.

Hechos y actuación procesal

En el mes de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) la menor Consuelo Santafé Clavijo abandonó su casa de habitación, al parecer por consejo o violencia que contra ella ejercitara el acusado Marco Aurelio Celada Romero, y con éste emprendió viaje primero hacia la ciudad de Bogotá y posteriormente a la ciudad de Neiva y otros municipios del Departamento del Huila, en uno de los cuales el acusado accedió carnalmente a la menor, según se desprende de las versiones recogidas en la fase investigativa.

Con base en la denuncia que por la desaparición de su menor hija hiciera el señor Pedro Ignacio Santafé, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Granada inició la correspondiente investigación penal el día

veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Posteriormente, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva inició investigación penal el día veintiocho (28) de abril de mil novecientos ochenta y seis, con base en un informe suscrito por el Comandante de la Subestación de Policía de Vegalarga (Huila).

Tramitada la investigación en el último juzgado mencionado, se oyó en diligencia de indagatoria al procesado y se decretó en su contra auto de detención preventiva por los delitos de secuestro simple y acceso carnal violento, razón por la cual se ordenó remitir las diligencias al Juzgado Penal del Circuito —Reparto— de la ciudad de Granada (Meta), por haber sido en dicho municipio en donde se realizó la conducta constitutiva del delito de secuestro simple.

El Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada avocó el conocimiento de las diligencias, y declaró cerrada la investigación penal, luego de lo cual, en providencia de veinticinco (25) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), se declaró incompetente para conocer del asunto, al considerar que los hechos denunciados no constituyen infracción penal subsumible dentro del tipo de secuestro simple, quedando así vigente la adecuación con relación al delito de acceso carnal violento, conducta que tuvo ocurrencia en la ciudad de Neiva.

Por su parte, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva rechazó las consideraciones del anterior funcionario, y estimó que evidentemente se realizó la conducta denominada "secuestro simple", y por tal razón remitió la actuación a la Corte para su decisión.

Consideraciones de la Corte

Las normas sobre competencia por razón del territorio, tienen como pilar fundamental la contenida en el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, que señala como funcionario con vocación para conocer del asunto al del lugar en donde se haya cometido la infracción; sólo en casos excepcionales, en los cuales no se haya podido determinar con precisión el sitio en que esto ocurrió, debe acudirse a las demás regulaciones al respecto.

Para determinar el sitio en donde se produjo la infracción, es preciso, no obstante, establecer con alguna precisión qué tipo de delito se está juzgando porque en ocasiones, como en el presente caso, el concurso delictual puede determinar diversas competencias territoriales. En tales eventos, ha de especificarse la configuración típica de varias conductas, y hecho esto, entrar a analizar cuál de ellas determina la competencia del juzgamiento, bien por haber sido realizada primero, bien por la entidad del delito, o aun por la calidad del procesado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, se ha centrado la discusión en la existencia de uno de los ilícitos investigados; a la par que el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada pregona la no existencia del delito de secuestro simple, el funcionario de Neiva establece que la conducta mencionada tuvo cabal realización, y por ello gobierna el juzgamiento.

Discutir sobre el restringido significado gramatical de los verbos rectores contenidos en el artículo 269 del Decreto 100 de 1980, puede permitir una interpretación exegética y equivocada de la norma que establece la conducta de secuestro simple. En efecto, de los autos aparece que la menor Consuelo Santafé Clavijo al parecer consintió en abandonar su casa y a seguir en compañía del sindicado; otras afirmaciones del proceso presentan surgiendo de la niña la idea de abandonar su casa y emprender la fuga en compañía del procesado. Cualquiera que sea la hipótesis verdadera, sin embargo, no hace desaparecer por sí misma la figura del secuestro simple. Baste, para afirmar lo anterior, que la víctima del delito contaba para la época de los hechos con escasos nueve (9) años de edad y, por consiguiente, no era capaz de prestar su consentimiento en forma válida; su mente infantil no solamente no la hace responsable de sus acciones, sino que invalida incluso ante los ojos de la ley, aquellos actos realizados con la aparente conciencia de su trascendencia.

El artículo 34 del Código Civil señala que impúber es el varón que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no ha cumplido doce (12); y el artículo 1504 de la misma obra determina que entre otros son absolutamente incapaces los impúberes; las normas antes citadas reafirman la aseveración anterior en el sentido que el consentimiento otorgado por una niña de nueve (9) años no tiene efectos jurídicos de ninguna naturaleza y por ello es factible pensar en la existencia de un secuestro simple. El procesado, por su parte es persona mayor de edad, con capacidad para autodeterminarse y obrar en consecuencia con la comprensión de sus conductas, y además, de quien se puede exigir un comportamiento acorde con la ley y a quien se debe reprochar el aprovechamiento del aparente consentimiento prestado por su víctima.

Al respecto, conveniente resulta resaltar una posición anterior de la Corte, en auto de treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), cuando se pronunció acerca de la tipificación del delito de secuestro simple:

"*Hoy no puede hablarse de secuestro consentido, pues tal como lo dijo la Comisión Redactora, los verbos que se emplean para tipificar este hecho punible* denotan de suyo actitud violenta o engañosa. En otras palabras, el delito de secuestro se tipifica cuando se actúa contra la voluntad del sujeto pasivo por cuanto no ha prestado su consentimiento o lo ha prestado en forma aparente *(subraya la Sala).*

De esta forma, debe concluirse que los hechos denunciados, en principio, se adecuan a la descripción contenida en el artículo 268 del Decreto 100 de 1980 y, por ello, es menester tener en cuenta dicha figura para la determinación de la competencia para el juzgamiento. Ahora bien, siendo que este hecho si bien es de conducta permanente tuvo principio de ejecución en el Municipio de Granada, Departamento del Meta, y su investigación se inició en esta ciudad con antelación a la averiguación comenzada en la ciudad de Neiva, es forzoso concluir que la competencia radica en los Juzgados del Circuito de esa ciudad en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal —competencia a prevención—. Por ello, se remitirán las diligencias al Juzgado Primero Promiscuo

del Circuito de Granada (Meta), por intermedio del funcionario que actualmente adelanta la tramitación del proceso".

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

DIRIMIR el conflicto de competencias trabado entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Neiva (Huila) y Primero del Circuito de Granada (Meta), asignando a este último el conocimiento del asunto.

En consecuencia, a través del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva que tiene en este momento la actuación correspondiente, DEVUÉLVANSE los autos al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada, para lo que fuere de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

DOCUMENTO PUBLICO

Militar.

No existe una especie particular de documentos militares, porque los miembros de las Fuerzas Armadas son funcionarios públicos y por consiguiente todos los documentos que expidan en el ejercicio de sus funciones son documentos públicos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 099.

Bogotá, D. E., 7 de octubre de 1986.

VISTOS

Por providencia del catorce (14) de mayo del presente año, el Tribunal Superior Militar sobreseyó definitivamente al Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas, sindicado del delito de falsedad en documento militar, cometido en su calidad de oficial del Ejército, cuando ejercía las funciones de Auditor Principal de Guerra en la ciudad de Cali.

En el nuevo grado jurisdiccional de la consulta conoce la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia quien resuelve lo pertinente luego de haberse escuchado el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares quien solicitó la confirmación del auto revisado.

RESULTANDOS

Los hechos que dieron motivo a la iniciación de este proceso fue el envío de un telegrama por parte del Comando de la Tercera Brigada, al Director de la Penitenciaría de Popayán por medio del cual se disponía la libertad por pena cumplida de dos particulares, Clemente Absalón Tamayo

Castillo y Francisco Serrano Méndez, quienes, condenados a diez meses, quince días de arresto el primero y a once meses y quince días el segundo, como infractores del Decreto 1923 de 1978 por tenencia de armas de fuego sin el respectivo salvoconducto, cuando no habían cumplido con la totalidad de la pena impuesta, donde se aludía a un auto inexistente que ordenaba la libertad.

Sometido a indagatoria el sindicado negó categóricamente haber elaborado materialmente el aludido mensaje y no recuerda haber ordenado su redacción, aduciendo fundamentalmente el gran recargo de trabajo que tenía la dependencia a su cargo. Dice no haber autorizado el cambio de fecha del mensaje y acepta haber firmado algunas boletas de libertad en ausencia del Comandante.

A pesar que en el marconi que disponía la libertad de los condenados se decía que así se había decidido por auto de la fecha, se realizó diligencia de inspección judicial a ese proceso y se comprobó la inexistencia del auto que se menciona en el citado mensaje telegráfico.

El Comandante de la Tercera Brigada General Guerrero Paz, reconoció como suya la firma que aparece en el telegrama que es motivo de investigación y dice que le es imposible recordar después de tanto tiempo si firmó el auto que ordenaba la libertad, y en relación al comportamiento del sindicado manifestó:

"El comportamiento para ese entonces del señor Mayor (r) Jiménez Rojas fue pésimo, deficiente, falto de lealtad como Asesor Jurídico, hasta el punto que me ví obligado a solicitar una visita por parte de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, ya que detecté personalmente en el estudio de algunos sumarios de las anomalías que se estaban presentando, caso concreto en una rebaja de pena para poner en libertad a personal condenado; yo le pregunté en dónde estaba la providencia que ordenaba esa libertad y cómo hacía la rebaja de pena; él me contestó que esto no era necesario y en una hoja del mismo expediente al margen tenía anotado numéricamente lo que le correspondía como rebaja. Ante este hecho tan grave comencé a preocuparme y revisar minuciosamente los expedientes que cursaban en ese entonces y fue cuando solicité la visita de Procuraduría para poner fin a toda esta serie de anomalías. Agregó igualmente que por sus continuas salidas del comando, el citado oficial abusando de su confianza, firmó boletas de libertad, en un total abuso de la confianza que le había depositado".

Por su parte José Roosvelt Valencia, quien transitoriamente desempeñó las funciones de secretario de la Auditoría por orden verbal que le diera el sindicado, reconoció el telegrama objeto de investigación como elaborado por él, al afirmar que el estilo y la forma eran los acostumbrados en su trabajo. En relación con el cambio de fecha dice que es posible que haya sido firmado en un día y que luego se le cambió la fecha porque al ponerse en día distinto no era admitido sino con la fecha del día que era recibido materialmente por Telecom. Sostiene no haber elaborado ninguna providencia que ordenara la libertad, pero que no puede afirmar si la providencia hubiera podido ser redactada con anterioridad a su llegada. Dice que cuando le preguntó por la providencia que ordenaba la libertad el

sindicado le manifestó que lo hiciera así, porque no había necesidad de tantos formulismos. Finalmente dice que su transitorio jefe se caracterizó por una exasperante pereza física y mental y que eran los jueces y auditores auxiliares quienes realizaban todos los proyectos por orden del auditor ahora sindicado.

El concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares

El colaborador Fiscal de la Corte solicitó la confirmación del auto consultado con base en las siguientes argumentaciones:

"El telegrama materia de esta investigación, que no es parte de la actuación de un proceso penal, sino de carácter policivo, no puede ser calificado como documento público en la forma en que la honorable Corte para el otro negocio contra el mismo sindicado Jiménez Rojas, por no ser un caso similar.

Si por medio de un decreto legislativo se le asignó como una misión específica a las Fuerzas Militares el control y la sanción de las conductas relacionadas con la fabricación, almacenamiento, distribución, venta, transporte, suministro, adquisición o porte de armas de fuego, municiones y explosivos, no puede negarse que las actuaciones relacionadas con la represión de tales hechos encajan en forma perfecta en aquellos que la Corte ha definido como los que producen documentos de carácter militar, o según sus palabras, los que: 'conservando la noción de tal en su sentido amplio como escrito, cinta, mapa, etc., tienen por exclusiva finalidad la conservación de la existencia, unidad e integridad de los cuerpos armados, para que puedan llevar a feliz término su misión...'.

Si se compara lo anterior con las motivaciones que el Gobierno Nacional tuvo para dar como misión específica a las Fuerzas Militares el control de las armas, motivaciones que aparecen transcritas en la providencia del Tribunal Superior Militar, se llega a la necesaria conclusión de que el documento (telegrama) ya varias veces mencionado, es uno de aquellos llamados 'militares' por el Estatuto Penal Militar.

Como bien lo anota el fallador de Primer Grado, y comparte esta Delegada, aceptar una solución legal diferente y no admitir los documentos militares con su entidad autónoma, equivale a negar la existencia del artículo 177 del Código Penal Militar, norma aplicable en este caso y, que aparentemente fue violada en tres literales, que a continuación se transcriben:

'Incurrirá en presidio de tres a diez años: ...

2º El que en relación con *documentos militares:* ...

e) Altere las fechas verdaderas: ...

k) Obtenga, maliciosamente, que otro autorice con su firma, rúbrica o sello, un documento falso o contrario al sentido en que se hubiera mandado a extender; ... ...

l) Fabrique o haga documentos falsos destinados a producir efectos militares o probatorios en el ramo de guerra'.

La secuencia de las violaciones debió ocurrir en el orden inverso y tanto de lo investigado, como por el conocimiento que tiene la Procuraduría del funcionamiento de las Auditorías de Guerra, podemos pensar que alguien, en alguna de las oficinas de la justicia, ordenó que fuera confeccionado el telegrama; con otros numerosos documentos fue presentado por el Mayor Jiménez a la firma del Comandante de la Brigada; luego, se corrió la fecha para que el mensaje fuera recibido en la oficina de Telecom y se le dio el trámite respectivo.

En lo referente a la fecha del telegrama, podemos decir que ésta realmente no fue alterada sino actualizada, resultando entonces válida la explicación dada por uno de los declarantes en el sentido de que el Comandante de la Tercera Brigada, Juez de Primera Instancia, no firmó el telegrama el mismo día en que fue elaborado, por lo que hubo de corregirse la fecha para que la oficina de telecomunicaciones no formulara reparos en su recepción y envío.

Por lo tanto, creemos que con esa conducta no se llegó a configurar infracción a la ley penal, resultando inclusive, a nuestro juicio, innecesario averiguar qué persona fue la que hizo tal corrección.

En cuanto a la conducta relativa a la confección del documento falso, tampoco llegó a ser un hecho típico. Sobre este aspecto, conviene transcribir lo dicho por el Tribunal Superior Militar, en el numeral 7º de la parte considerativa de la providencia materia de consulta, así:

'... Podría parecer, en un momento dado, que cuando se elaboró el escrito, por cuanto en él se afirmaba, contrariando la verdad, que los particulares Tamayo y Serrano habían cumplido su pena y que así se había reconocido una providencia judicial, debiendo ser puestos en libertad, se cometió el delito de falsificación real o material, en los términos del literal L), numeral 2º del artículo 177 del Código Penal Militar...

Pero acontece en este complejo delito que el documento, para tener tal calidad, debe constar de un tenor y una firma y quien elaboró el telegrama solo hizo su contenido, por lo que, al faltarle la firma, ni era documento, ni tenía ninguna posibilidad de surtir un efecto. El mensaje se convirtió en documento cuando el Comandante estampó su firma; es decir, fue el signatario quien le dio vida jurídica al documento y, por ende, a la falsedad, puesto que sólo con la firma del Comandante el mensaje pudo tramitarse y cumplir la finalidad propuesta, es decir, la liberación de dos particulares, antes de que cumplieran la sanción de arresto que se les había impuesto por la contravención de portar armas sin salvoconducto'.

Esta delegada también se permite observar que, una de las funciones de los Comandantes es la de autorizar con su firma innumerables asuntos; existe en el Código Penal Militar la modalidad del delito de falsedad que podríamos denominar 'por obtención maliciosa de firma'. Esa forma no existía en la enumeración que el artículo 231 del anterior Código Penal hacía de las conductas constitutivas de la falsedad en documentos. Este delito exige un dolo específico. De por sí la falsedad es dolosa, pero se acentuó tal circunstancia cuando se agregó como condición que la obtención de la firma debía hacerse 'maliciosamente'.

Dentro de la investigación trató de establecer responsabilidad en cabeza de un funcionario relacionada con la conducción y asesoramiento del proceso seguido contra los particulares Tamayo y Serrano, pero ello no se pudo lograr. Ningún control era llevado, ningún orden se seguía, en forma caprichosa se entregaban los expedientes en una y otra oficina y luego se recolectaban documentos para la firma del Comando sin que el sindicado supiera de qué se trataba, porque, como lo dice en su indagatoria, 'basándome en esa gran confianza puesta en mis subalternos y colaboradores de quienes creía que cuando ya me traían algo era porque todo había sido estudiado y revisado suficientemente...' (Fl. 142).

En cuanto al control de detenidos, es decir, a la forma como se realizaba tal actuación, el sindicado Jiménez Rojas dijo: '.... Normalmente la secretaria me informaba quién iba pagando la pena, puesto que con tanta gente detenida era imposible que yo tuviera en la mente fechas y nombres' (Fl. 140).

Sobre la anterior explicación, el Tribunal Superior Militar, en la hoja número 20 de su providencia expresó:

'... Naturalmente que en la mente no se pueden llevar esos controles, pero existen libros, registros y tarjetas de kárdex que es lo que se utiliza en todos los despachos de la justicia penal militar para seguir el curso de los procesos, así como la situación de los sindicados, encuéntrense o no en detención.

La falla del auditor de guerra, muy grave, a nuestro juicio, no entra en el ámbito del derecho penal y se queda en el campo disciplinario porque de lo ya visto y analizado se puede deducir con toda certeza que ni la malicia exigida por la específica conducta, se presentó, ni el dolo que la falsedad exige se dio en ningún momento, lo que lleva a la desintegración del tipo penal'.

En mérito de todo lo antes observado, el Despacho a mi cargo considera muy acertados los planteamientos y criterios jurídicos expuestos por los integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar en su proveído del 14 de mayo de 1986, cuando resolvió sobreseer en forma definitiva al Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas, ex Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada de la guarnición de Cali, los cuales comparte esta Delegada.

Como consecuencia de lo anterior, se solicita del honorable Magistrado ponente, se acepten las razones jurídicas de la primera instancia y se confirme en todas sus partes la providencia consultada''.

Consideraciones de la Sala

Debe la Sala destacar una serie de incoherencias y contradicciones en que incurren tanto el Tribunal Militar como el Procurador Delegado, quienes reflexionando sobre la calidad del documento acusado de falso, sostienen primero el Tribunal y luego el Procurador Delegado, que el telegrama materia de esta investigación no hace parte de un proceso penal, sino de uno de carácter policivo y que por tanto debe ser calificado como docu-

mento público, como lo hizo la Corte en otro proceso que no es similar al que es motivo de fallo.

Es evidente que el Decreto 1923 de 1978, conocido como Estatuto de Seguridad preveía una serie de conductas contravencionales relacionadas con el orden público, cuya investigación y fallo estaba asignado a diversas autoridades militares, pero la simple razón de que se tratara de un proceso policivo, no quiere decir que en los procesos de esta naturaleza no pudiera cometerse falsedad en documento público que parece ser lo que quiere indicar la Corporación cuya providencia es revisada por consulta, porque tratándose de proceso o invéstigaciones adelantadas por funcionarios públicos, sin importar que sean de carácter policivo, jurisdiccional o militar, indistintamente se puede cometer falsedad en documento público.

Posteriormente y analizando la providencia de la Sala, con ponencia del doctor Calderón Botero por medio de la cual se abrió proceso penal por el delito de falsedad contra el mismo sindicado, en la que se hacen una serie de consideraciones en relación a qué documentos deben entenderse como militares, termina por concluir que el documento motivo de investigación es de aquellos llamados militares por el Código Penal Militar y que no aceptar esta solución es negar la existencia del artículo 177 del Código Penal Militar que prevé en su literal k) una forma de falsedad estructural, así:

"Obtenga, maliciosamente, que otro autorice con su firma, rúbrica o sello, un documento falso o contrario al sentido en que se hubiera mandado a extender".

Finalmente termina por concluir que la confección del documento falso no llegó a ser un hecho típico porque quien lo elaboró solo hizo su contenido, por lo que al faltarle la firma no era documento, ni tenía capacidad de surtir efectos y que solo adquirió esta categoría cuando el Comandante de la Brigada estampó su firma, quien le vino a dar vida jurídica al documento y a la falsedad.

Finalmente acepta la existencia de fallas probatorias que impidieron determinar en cabeza de alguien la responsabilidad de los hechos motivo de investigación y que tal vez lo único atribuible al sindicado es una responsabilidad de carácter disciplinario por el desorden y falta de control existente en la Auditoría a su cargo.

Concluye finalmente sus argumentaciones de la siguiente manera:

"Hemos examinado cómo la única posible infracción a la ley penal pudo ser la violación del literal k) numeral 2º del artículo 177 del Código Penal Militar, es decir, la maliciosa obtención de la firma del Comandante de la Tercera Brigada, hecho que tuvo ocurrencia, pero que no llegó a convertirse en delito ante la ausencia de uno de los elementos esenciales como es el dolo, llegándose a la necesaria conclusión de que se debe sobreseer definitivamente al procesado por la causal de que la ley no considera el hecho imputado como infracción penal".

El Procurador Delegado se limita a reiterar las mismas consideraciones formuladas por el Tribunal Superior Militar, por lo que se hace innecesario repetirlas.

La providencia además de ser confusa, es incoherente y contradictoria, porque no se encuentra explicación que niegue la posibilidad de la falsedad en documento público, cuando ésta se realiza en un proceso policivo, porque esta afirmación hecha por una Corporación de Justicia de la importancia y trascendencia del Superior Militar es verdaderamente preocupante.

Es contradictoria cuando concluye que el telegrama objeto de investigación es un documento militar, para deducir que no es una conducta típica, porque el documento solo existió no cuando fue elaborado sino cuando el Comandante de la Brigada lo firmó y es contradictoria la argumentación, porque precisamente de la tipificación de esta forma particular de la falsedad, surge lógicamente la actividad comportamental que el Tribunal reconoce como existente en los hechos motivo de investigación, porque es apenas explicable que si se pretende obtener una firma maliciosamente que debe ser estampada por otro funcionario, es lógico que primero se debe elaborar el documento falso y una vez obtenido, realizar la actividad necesaria para la recepción de la firma y, es con la consecución de la misma, cuando el delito debe entenderse perfeccionado y ello es entendible si se concluye que el verbo rector de la conducta es "obtener". Las reflexiones que hace el Tribunal Militar y que son reiteradas por el Procurador Delegado constituyen en realidad derogatoria de una ley de la República por medio de una providencia judicial y no a otra conclusión puede llegarse, porque si se tratara de dar aplicación a la norma comentada con base en las argumentaciones que se analizan jamás podría predicarse que esta conducta delictiva se pudiera dar en la realidad, porque siempre que el delincuente prepara el documento falso sin firma, para en el futuro obtenerla, hasta ese momento no existía delito y una vez que el documento es perfecto en el sentido que ya contiene la firma que lo legaliza y lo convierte en apto para producir efectos jurídicos, ya la falsedad se ha desplazado a quien lo firmó, como lo sostiene la Corporación cuya providencia se revisa.

Y el auto sigue siendo contradictorio, porque a pesar de que está afirmando la inexistencia de un elemento del delito, luego comienza a hacer análisis de las fallas probatorias existentes que impidieron que la responsabilidad pudiera ubicarse en cabeza de alguien. Si ya se ha concluido en la inexistencia del delito por ausencia de alguno de los elementos que lo integran, cuál la razón para hacer una serie de consideraciones de carácter probatorio, que quedan por fuera del contexto argumentativo y por tanto sobran totalmente.

Finalmente termina con reflexiones contradictorias en el último párrafo donde concluye en la necesidad de dar aplicación al artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, al considerar que el hecho investigado no es considerado por la ley penal como delito, porque a pesar de que el hecho investigado existió, no llegó a convertirse en delito por ausencia del dolo.

Es claramente perceptible, cómo existe en la providencia analizada una incoherencia absoluta, porque primero argumenta la atipicidad de la conducta, luego falta de pruebas demostrativas de la responsabilidad, para terminar sobreseyéndolo por ausencia de dolo, porque la ley no lo considera como infracción penal.

Considera la Sala que la conducta fue típica, que se actuó con dolo y que existen pruebas indicativas de la posible responsabilidad del sindicado, para que pueda revocarse la providencia revisada por consulta y en su lugar se abra causa criminal contra el Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas en su calidad de Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada de Cali, por la obtención maliciosa de la firma del Comandante de Brigada para obtener la libertad de dos condenados por medio de un mensaje telegráfico cuando no habían cumplido la pena impuesta.

En realidad no existe ninguna prueba directa que señale al sindicado como el autor del mensaje tachado de falso, pero sí existen una serie de pruebas que demuestran que el referido mensaje fue elaborado por orden del sindicado, y de acuerdo a las indicaciones por él suministradas contrarias éstas a la realidad procesal, para después obtener maliciosamente la firma de su propio Comandante. Las pruebas a que se hacen referencia son las siguientes:

1. La declaración de Roosvelt Valencia, secretario de uno de los juzgados militares que allí funcionaban quien debió abandonar su sitio de trabajo, para ir a secretariar en la Auditoría de Guerra por una simple orden verbal emitida por el sindicado quien afirma, al ponérsele de presente el marconigrama objeto de investigación, que el estilo y la forma son las suyas y que siempre elaboró ese tipo de mensajes por orden del Auditor, sostiene igualmente cuando se le preguntó por la providencia que ordenaba la libertad, que le había contestado que lo hiciera porque no había necesidad de tantos formalismos, razón por la cual cumplió la orden. Lo califica igualmente como una persona perezosa física y mentalmente y con un gran desconocimiento del derecho.

2. La inspección judicial practicada al proceso en el cual se ordenaron las dos libertades donde se pudo comprobar la inexistencia del auto que ordenó la libertad de los condenados.

3. La declaración del Comandante de la Brigada General Guerrero Paz quien sostiene que el comportamiento de su Auditor fue pésimo, desleal, situación que lo obligó a solicitar una visita de la Procuraduría cuando personalmente detectó anomalías en varios procesos, como es el caso de una libertad por rebaja de pena que al preguntarle dónde estaba la providencia que ordenaba la libertad, le contestó que eso no era necesaria, limitándose a hacer una anotación marginal en el propio expediente. Sostuvo igualmente que por sus frecuentes ausencias, firmó boletas de libertad sin estar autorizado para ello.

4. Los hechos reseñados en la anterior providencia de la Corte por medio de la cual se le abrió proceso por falsedad en documento público cuando se afirma:

"Con los hechos que en seguida se relacionan, se deduce una tendencia del ex Auditor al delito que puede erigirse en indicio de capacidad moral para delinquir: en el sumario 10452 contra Clemente Absalón Tamayo y otro, en diciembre diecisiete (17) de 1980 se ordena la libertad de los indagados, sin previo auto y sin que éstos hubiesen cumplido la pena, hecho que se imputa al doctor Jiménez Rojas; en el sumario 10566 contra Fer-

nando Flórez y Javier Lozano también se decretó la libertad sin previo auto que la ordenara y Flórez Cortés estuvo detenido por más tiempo del impuesto; en el sumario 10558 contra Alfonso Hurtado Paz y otros, la boleta de libertad de éste tiene post firma del Comandante de la Brigada y P.A. —por ausencia— con firma ilegible que cotejada con la del Mayor Jiménez Rojas, presenta los mismos rasgos caligráficos; en el informativo 10499 contra Plutarco Góngora Chaparro no obra auto que decrete su libertad y existe la acusación juramentada, en el sentido de que luego de impuesta la pena de once meses de arresto, se borró el once, y, en su lugar se puso seis...".

No ha existido uniformidad en la Sala Penal de la Corte para determinar la similitud o diferencia existente entre los documentos denominados como militares y los documentos públicos a que alude el Código Penal, porque en providencia de esta Sala el trece (13) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980) se dijo en relación con este problema:

"El Código de Justicia Penal Militar, en su artículo 472, que es una copia literal del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, define los documentos públicos diciendo:

'Artículo 472. Los documentos públicos o auténticos, es decir, los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe'.

Siguen estas definiciones, en sus líneas generales, los términos del artículo 1758 del Código Civil, según el cual 'instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante el notario o el que haga sus veces e incorporado en el respectivo protocolo, se llama escritura pública'.

Dos rasgos se destacan en estas definiciones legales: que el documento sea otorgado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y que se expida con las formalidades legales.

De estas características la primera es, sin duda alguna, la más importante.

Es el hecho de ejercer una función pública lo que imparte al documento público su peculiar naturaleza.

Porque solo el Estado ejerce la llamada 'función certificante' esto es, la de atribuir a los escritos que de él provienen un especial valor probatorio que no tienen los que proceden de los particulares.

La fe pública, o sea la confianza que se dispensa a ciertos objetos, es atribuida por la ley al Estado desde tiempos inmemoriales y a él se ha otorgado la facultad de transmitirla a ciertas manifestaciones suyas, que por su especial importancia y sus singulares características, están destinadas a servir de apoyo al tráfico jurídico, esto es, a las relaciones de derecho entre el Estado y los particulares o de éstos entre sí.

Por lo que hace a los documentos públicos, originalmente se elaboran con el lleno de ciertos requisitos formales que la ley señalaba para rodear

no solo de solemnidad ese acto sino de prestar mayores garantías de autenticidad a los asociados.

Empero, modernamente, las solemnidades han ido desapareciendo y es así como las más modernas definiciones de documento público ya no contienen ese requisito.

Esto es lo que sucede con la consignada en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil donde se dice que 'documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario es instrumento público: cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública'.

En esta definición ya ha desaparecido el requisito de las formalidades legales y el elemento de mayor importancia consiste en la intervención del funcionario público, esto es, de la persona que a nombre del Estado y en ejercicio de la función certificante de que éste es depositario, le imparte fe pública, o sea, impone a los asociados la obligación de creer tanto en su autenticidad como en su veracidad hasta prueba en contrario.

Habida cuenta de la trayectoria de las distintas definiciones y de la tendencia que se deja anotada hacia la simplificación del concepto de documento público, no puede alegarse con base en el tenor literal del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal que éste conserva en lo relativo a los asuntos penales su primitiva estructura formalista.

Y no sería admisible esta afirmación habida cuenta de que en la mayor parte de los documentos emanados del Estado, ya la ley no exige ninguna clase de formalidades por lo que, de aplicar una rigurosa noción formalista, habría que concluir que no son documentos públicos, lo cual resulta inadmisible.

Así, pues, basta para que se tenga un documento de esta especie que haya sido elaborado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones lo que implica que se destine al servicio del Estado en cualquiera de sus actividades.

El aspecto exterior del documento no es primordial, salvo que la ley así lo disponga, para darle la calificación de público, sino su contenido y, por supuesto, su autor.

En ambos está presente la actividad pública: el autor, un funcionario público, escribe algo relacionado con los fines del Estado.

Esa actividad asume, a veces, formas que la asemejan a la desarrollada por particulares. Por ejemplo, es frecuente que un funcionario público en ejercicio de sus funciones, se dirija a otro o a un particular por medio de una carta.

Puede, también, hacer pedidos o ventas o, en fin, desarrollar cualquier actividad de índole económica valiéndose de facturas u otros documentos de comercio.

Teniendo esto en cuenta y aplicándolo al caso de autos se concluye que las nóminas por medio de las cuales se pagaba al personal de la compañía 'H' son documentos públicos porque todos los que intervinieron en ellas lo hicieron en su carácter de funcionarios del Estado y en desarrollo de una actividad estatal como era la inteligencia y contrainteligencia del Ejército.

El hecho de que, dada la índole misma de esa actividad hubiera habido necesidad de disimularla bajo un aspecto privado no le quita su verdadera naturaleza ya que esto dice relación a la forma del documento y no a su esencia, que sigue siendo la misma.

Por lo que hace a la crítica consistente en que las nóminas tantas veces citadas no constituían documentos militares y, no existía falsedad documental de naturaleza militar por cuanto al decir del censor, los documentos militares no son los mismos documentos públicos ordinarios, no tiene base ya que no existe en nuestra legislación sino una clase de documentos públicos: los que proceden de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

El hecho de que a una categoría de esos documentos se les denomine 'militares' no hace de ellos una especie aparte de los demás procedentes del Estado, como tampoco la constituyen los llamados 'legislativos' o 'administrativos' o 'judiciales' por proceder de una de esas ramas del poder público.

Esas denominaciones se les dan para distinguirlos de los demás en cuanto a su procedencia o destino, no por lo que hace a su naturaleza que sigue siendo la misma: documentos públicos.

No sobra observar que el mismo Código de Justicia Penal Militar, en el artículo 472 que se deja transcrito en apartes anteriores, al definir lo que se entiende por documentos públicos no hace referencia a su origen militar sino que solo exige que sean expedidos por funcionarios públicos.

Y en ninguna parte de ese ordenamiento se define lo que debe entenderse por documentos militares. Lo que da base para afirmar que éstos son los mismos públicos y que solo se les denomina en esa forma porque se expiden para fines propios de las Fuerzas Armadas.

(C. S. J. Sala Penal. Casación. Noviembre 13 de 1980. M. P. doctor Luis Enrique Romero Soto)".

Pero en providencia del tres (3) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983) con ponencia del honorable Magistrado Calderón Botero y luego de haber transcrito la anteriormente citada la Sala dijo:

"Por el sentido de este pronunciamiento y por las razones anteriormente expuestas, hay que aceptar que asumen la calidad de documentos militares, *strictu sensu,* los que miran a la existencia, unidad e integridad de las Fuerzas Militares y los que posibilitan el cumplimiento de los fines que le son propios y específicos según la Constitución y leyes de la República.

Por manera que la providencia que materializó el delito de falsedad, al versar sobre una actuación judicial de competencia de la Justicia Penal Militar, constituye documento público pero no militar, porque en ningún sentido tiene que ver con la conservación de la existencia, unidad e integridad militares para que tales fuerzas cumplan su cometido fundamental".

Es evidente la diferencia conceptual existente entre las dos jurisprudencias citadas, porque mientras en la primera se afirma que no existe una especie particular de documentos militares y que si así se los denomina es precisamente para distinguirlos, de acuerdo a su origen o destino; mientras que en la segunda haciendo un análisis de las finalidades y objetivos de las Fuerzas Armadas concluye que sí existen documentos militares, y son aquellos que están directamente referidos al cumplimiento de esa finalidad trascendental de la milicia y que por tanto el documento —relacionado con un proceso judicial adelantado por la justicia castrense— no constituía documento militar, pero sí público.

Es necesario que la Sala determine si en realidad es posible hablar de la existencia de documentos militares como poseedores de una entidad propia, o si por el contrario como se sostiene en la primera providencia citada, son simplemente unos documentos públicos qué reciben esa denominación especial teniendo en cuenta su origen o destino. Es claro que existe una universal clasificación de los documentos en públicos y privados y dentro de los primeros quedan perfectamente incluidos los denominados como militares en el Código Penal Castrense y es lógico que allí se hable especialmente de documentos militares y no del genérico apelativo de públicos, porque por su naturaleza, su origen o destino son documentos militares, pero por la mencionada razón no puede hablarse de éstos como si fueran una especie particular de los documentos públicos, porque la realidad es que los militares son funcionarios públicos y como tales, todos los documentos que expidan en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, de guardar la soberanía e integridad de nuestras fronteras o, en aquellas excepcionales que surgen irregularmente del Estado de Sitio, cuando se les atribuyen funciones jurisdiccionales para el juzgamiento de los particulares. En las anteriores condiciones es dable concluir que todo documento expedido por un militar en el ejercicio de sus funciones es un documento público y es precisamente de aquellos que el artículo 177 del Código de Justicia Penal Militar llama como militares.

La conducta motivo de investigación se encuentra especialmente prevista en el literal k) del anteriormente citado artículo que dispone sanción de presidio de tres (3) a diez (10) años para quien "obtenga, maliciosamente que otro autorice con su firma, rúbrica o sello, un documento falso o contrario al sentido en que se hubiere mandado extender", porque se encuentra probado que el Auditor de Guerra de la Tercera Brigada de Cali ordenó confeccionar un mensaje telegráfico contentivo de una falsedad, puesto que en la referida comunicación se alude a un auto inexistente que ordenaba la libertad de dos condenados que no podían obtenerla, puesto que no habían cumplido la totalidad de la sanción impuesta y una vez elaborado, obtuvo que su Comandante se la firmara, aprovechando la confianza que teóricamente le debía brindar su asesor jurídico.

Reunidos los requisitos probatorios exigidos en el artículo 539 del Código de Justicia Penal Militar se debe revocar el sobreseimiento definitivo revisado y en su lugar dictar auto de proceder contra el Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada de Cali, Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas por el delito de falsedad en documentos militares, analizado antecedentemente.

Como el delito por el cual se profiere el llamamiento a juicio tiene prevista como pena una privativa de la libertad, se debe decretar la detención provisional del procesado, pues se encuentran reunidos los requisitos probatorios para tomar esta medida.

Como consecuencia de la anterior decisión se ordenará la captura del enjuiciado.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior Militar en favor del Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas.

Segundo: LLAMAR a responder en juicio al Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas, por el delito de falsedad en documentos militares previsto en el Capítulo IV, Título VI, Libro II del Código de Justicia Penal Militar por los trámites ordinarios previstos en ese estatuto.

Tercero: DECRETAR la detención preventiva del ex Auditor Principal de Guerra, Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas por el delito que motiva el llamamiento a juicio.

Cuarto: ORDENAR la captura del antes mencionado ciudadano, para lo cual se deben expedir las correspondientes boletas. Una vez obtenida la captura póngase a disposición del Tribunal Superior Militar, para que determine el sitio de la detención preventiva.

Quinto: DÉSE cumplimiento a lo previsto en el artículo 541 del Código de Justicia Penal Militar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

VEREDICTO

Cuando son varios los veredictos hay dificultad para el juzgador y también para los impugnadores en cuanto pretenden demostrar la incompatibilidad entre unos y otros, que por el principio de no contradicción, terminan por arruinarse dialécticamente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 099.

Bogotá, D. E., 7 de octubre de 1986.

VISTOS

Define la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (noviembre 26 de 1985), mediante la cual impuso a Israel Echeverry Trujillo, veinte (20) años, ocho (8) meses de prisión, así como las accesorias de ley, al encontrársele responsable de los delitos de homicidio y hurto calificados, cometidos en coautoría con Rodolfo Cupitra.

Sobre la admisión del recurso y de la demanda, pueden verse los proveídos de abril 22 y julio 2 del año en curso, respectivamente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Unos y otra los indica así el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"...Dan cuenta los hechos que en la noche del 16 de septiembre de 1982, el señor Marco Aurelio Salcedo León se movilizaba en la motocicleta marca Kawasaki de placas AC-346, cuando a la altura de la calle 127 sobre la Autopista Norte fue interceptado por los agentes de la Policía Israel Echeverry Trujillo y Rodolfo Cupitra, quienes lo trasladaron hasta

la calle 190 y allí le dieron muerte a tiros, para a continuación proseguir la marcha en la misma motocicleta que estrellaron cerca a una estación de gasolina, dejándola abandonada junto con el kepis perteneciente al Agente Echeverry y el revólver de dotación oficial de Cupitra... La Policía Judicial adelantó las pertinentes pesquisas y practicó varias diligencias, destacándose la exposición voluntaria del Agente Echeverry Trujillo, quien confesó el crimen, delató a su compañero Cupitra y precisó que el móvil no había sido otro que la remuneración prometida por el ex Agente León Alfonso Parra Guasca, en cuya casa de habitación le había arrendado una pieza a la víctima, surgiendo entre ellos diferencias que no sólo determinaron el homicidio sino también un proceso de lanzamiento, cuyas copias se allegaron a los autos.

"Los datos suministrados por Echeverry Trujillo obtuvieron plena confirmación, a través de medios probatorios allegados en ésta etapa investigativa, tales como plurales y fidedignos testimonios, una verdadera cadena indiciaria y pruebas de índole documental y técnico que a la postre desvirtuaron por completo la retractación de aquél vertida en su indagatoria y su alegación de que había sido coaccionado.

"Calificado el mérito sumarial, llamóse a juicio, con intervención de jurado de conciencia, a los tres incriminados y por el concurso delictual en referencia. Vino la primera audiencia pública y el *juri* absolvió a los procesados, razón por la cual fue declarada la contraevidencia de su veredicción, para ya en la segunda vista ser absuelto el autor intelectual y condenados los coautores materiales, veredicción que acogieron los juzgadores de instancia y sobre ella edificaron consecuencialmente sus fallos absolutorios para el determinador y condenatorios para los ejecutores, en la forma antes precisada.

"Cabe destacar que, conforme a la realidad procesal, los procesados fueron asistidos desde sus injuradas por sus respectivos apoderados y que una vez llamados a juicio contaron con defensores que apelaron contra el auto de proceder del *a quo*, luego pidieron pruebas en la etapa del juicio e intervinieron activamente en la diligencia de audiencia pública...".

La demanda

Con invocación del artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal ("Cuando la sentencia se ha dictado en un juicio viciado de nulidad"), se puntualizan los siguientes cargos:

1º Ausencia de defensa técnica. Al respecto se comenta que el sentenciado careció de apoderado cuando la policía judicial realizó las primeras averiguaciones. En la diligencia de indagatoria, y, en ampliación fue asistido por uno de oficio; y "hasta el llamamiento a juicio que se produjo el 15 de febrero de 1983 el detenido Echeverry Trujillo estuvo desprovisto de apoderado, etapa durante la cual se practicaron numerosas pruebas y en las que no tuvo quién se las controvirtiera para mantener el equilibrio entre la acusación y la defensa". Luego, para el desarrollo del juicio, se le asignó en forma obligatoria un estudiante de derecho, quien se limitó a apelar del enjuiciamiento, sin sustentarlo, y, en el término de pruebas,

se restringió a cursar un escrito calificado por el casacionista como "esperpento jurídico" que ni siquiera tiene fecha de presentación. Estima el memorialista que Echeverry Trujillo fue "víctima de la displicencia e ineficacia" de tal defensor, situación que él no pudo remediar por cuanto las pruebas solicitadas para la audiencia, en su mayoría, fueron rechazadas por no haber sido deprecadas en tiempo oportuno, el cual contó para el defensor sustituido.

2º Inobservancia de las formas propias del juicio. El punto se concreta en que "se tomaron como existentes" las manifestaciones del procesado ante la policía judicial, cuando tal intervención se verificó sin asistencia de apoderado, lo que le resta, a tal diligenciamiento, toda validez. Otro tanto anota de los reconocimientos cumplidos sobre Echeverry Trujillo y Cupitra, "mediante fotos y numeradas por la parte civil, contraviniendo lo preceptuado en los artículos 407, 408, 409 y 410 del Código de Procedimiento Penal".

Niega también todo valor a la indagatoria de León Alfonso Parra Guasca, por habérsele recibido juramento.

En este acápite determina como normas quebrantadas, los artículos 26 de la Constitución Nacional y 102, 117, 118, 393, 407 a 410 y 413 del Código de Procedimiento Penal.

3º En este cargo se invoca el artículo 580-3 del citado estatuto de procedimiento ("cuando la sentencia se haya dictado sobre veredicto contradictorio").

El fundamento de esta acusación es que quien fuera señalado como autor intelectual (León Alfonso Parra Guasca) resultó absuelto; y, a los autores materiales (Echeverry Trujillo y Cupitra), condenados. Al respecto se anota: "Veredicto contradictorio, y".

"*Cargo único:*

"La veredicción fue del siguiente tenor al cuestionario número 1, correspondiente a León Alfonso Parra Guasca. 'No, por mayoría'.

"La veredicción a los demás cuestionarios que correspondieron a Israel Echeverry Trujillo y a Rodolfo Cupitra fue 'Sí por unanimidad'.

"Veredicto contradictorio, pues mientras que al que según los autos era el autor intelectual, el que maquinó el homicidio, el que contrató a los sicarios, el que pagó por la muerte de un ciudadano, el que tenía problemas personales con el occiso, el que en más de una oportunidad lo vieron en compañía de los sicarios lo absuelven por mayoría (y) a los señores Echeverry y a Cupitra los condenan, los encuentran responsables, cuando éstos no conocían al occiso. No se puede absolver a uno y condenar a otros, sin entrar en la contradicción, pues o fueron los tres o no fue ninguno, pues el edificio no se puede cercenar por la mitad sin que se derrumbe, máxime cuando el *a quo* y el *ad quem* dieron por sentado la amistad y unidad que existía entre León Alfonso Parra Guasca y Rodolfo Cupitra e Israel Echeverry Trujillo".

CONSIDERACIONES DE LA SALA Y DE LA DELEGADA

A. La alegación relacionada con el derecho de defensa, del cual se afirma su inexistencia, no sólo deja de corresponder a la realidad procesal sino que también se resiente de formulación antitécnica.

De lo primero cabe decir que, a falta de apoderado de confianza, o sea, el designado por el propio procesado, éste fue asistido en su indagatoria —Fl. 50— por un profesional del derecho, y luego, al ampliarse ésta —Fl. 74— por una abogada titulada. Posteriormente, al notificarse el auto de proceder, se le suministró asistencia mediante un estudiante de derecho vinculado a la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, designación que no desconoce ni debilita los derechos del llamado a juicio, pues la ley autoriza una representación de esta índole —Decreto 196/71, Art. 30—. Lo que ésta preceptúa y en lo cual fuera acatada, no es dable entender como situación generadora de nulidad. Que la actuación de este novel apoderado se limitara a recurrir del enjuiciamiento y que después no intentase actividad alguna, es cuestión que tampoco refluye hacia el propósito del censor.

La Corte tiene por doctrina el no establecer parámetros fijos que ciñan la forma como debe ser desarrollada la defensa. De ahí que la inercia probatoria de un apoderado, o su renuencia a introducir impugnaciones, o su silencio a manifestar razones por escrito, puedan valorarse, bien mirado el contenido y significación del expediente, como una estrategia dirigida a procurar una absolución o un tratamiento benigno en el evento de una condena. Piensa la Corte, como interpretación de esta situación, que el apoderado asume una actitud tan pasiva porque prefiere explotar las deficiencias probatorias o dejar para intervención más definitiva, como suele ser la audiencia pública, máxime cuando en esta participan jurados de conciencia, la presentación de sus mejores argumentos.

Y esta apreciación cobra mayor fuerza cuando el proceso, así las partes no hayan desplegado todas sus iniciativas, resulta laboriosamente construido por la gestión del instructor, sin que se palpe un exclusivo afán de perjudicar a una de las personas acusadas o se haya desentendido injustificadamente de diligenciar lo favorable, pero lo favorable trascendente, a los mismos, ya porque así apareciera de la práctica de algunas pruebas, ya porque las exposiciones de éstos indicase la necesidad de actuar en ese sentido. La defensa, como lo destaca la Delegada, puede a lo sumo mirarse como limitada, pero no como inexistente. Básicamente, agrega la Sala, se cumplió; o sea, que su proyección mínima tomó características de suficiente y eficaz.

Por lo que se advierte en autos, la gestión del instructor fue esmerada, completa y muy sensata, lo cual permite aseverar la verdad de los anteriores enunciados.

Pero es más, el hoy diligente impugnador tuvo ocasión de intervenir, y en forma muy idónea, en el debate público. Tan meritoria fue su actuación y tanto permitía el proceso un desempeño exitoso, que el primer jurado terminó por absolver a Echeverry Trujillo. Mal puede, entonces

demandarse un deterioro sensible e imperdonable del derecho de defensa, durante el sumario y la causa, cuando pudo lograrse ese resultado. En cuanto al aspecto técnico de la formulación del cargo, debe advertirse, como lo anota la Delegada, que se omitió enumerar "las pruebas que dejaron de practicarse" y menos se demostró "la repercusión que ellas habrían tenido en el proceso", repercusión indemostrable... ante el contundente acervo que comprometió la responsabilidad penal de Echeverry Trujillo. Si el caudal probatorio echado de menos es el mismo que se comentó en el memorial de folio 139, dirigido a sustentar la apelación de la contraevidencia declarada por el Juzgado Cuarto Superior, obviamente tiene que dudarse de las posibilidades de fundamentar adecuadamente este cargo. El recurrente, ahora se ha limitado a descalificar severamente el papel asumido por los apoderados de oficio, pero se ha abstenido de ilustrar esta crítica con el ponderado señalamiento de lo mucho que pudo hacerse y de la probable eficacia de tales medios probatorios en la variación de los veredictos y sentencia proferidos. Y esta es deficiencia que no puede ser suplida ni complementada.

La Sala no está en condiciones de poder concretar la demeritación que el memorialista hace de sus antecesores en la representación y asistencia jurídicas de Echeverry Trujillo, como tampoco de negar que, con lo actuado en el proceso, se impidiera una absolución, pues esta hipótesis no es lucubración sino realidad, y la evidencia la respuesta que a los veredictos propuestos diera el primer jurado de conciencia.

B. La Procuraduría Delegada, en este aparte, merece ser reproducida integralmente: "...Que se hubiese otorgado validez a los inexistentes actos procesales de la exposición voluntaria y el reconocimiento de Echeverry, por ausencia de apoderado, es afirmación gratuita porque el fallo de segundo grado no tiene propiamente como sustento la prueba recogida en la etapa preliminar, sino la practicada válidamente dentro del sumario. Las diligencias de Policía Judicial sólo sirvieron de pistas al investigador, quien logró allegar la prueba válida de todos y cada uno de los hechos indicadores y creadores de una verdadera e irrefutable cadena indiciaria de culpabilidad. Situación probatoria diferente habría sido la de que todo se hubiese reducido a las diligencias que censura el doctor Camargo. Así es como el cargo resulta inocuo e intranscendente o carente de nexo causal con la parte resolutiva del fallo de segundo grado...".

C. *La Corte, cuando se trata de varios veredictos, no ceja en destacar la dificultad que media para ella, y también para los impugnadores, en cuanto a demostrar la incompatibilidad de los veredictos múltiples, al punto que todos ellos, por el principio de no contradicción, terminan por arruinarse dialécticamente. Esto en razón de la autonomía de las conductas realizadas, la independencia de las valoraciones probatorias y jurídicas que corresponde hacer, la distinta formulación de los interrogantes, la diversa naturaleza de las respuestas y la diferente valoración que debe producirse sobre los mismos. Dentro de la abundante casuística que al respecto obra, conviene citar tres casos en los cuales la Sala reafirma su rechazo a una alegación como la comentada: el llamamiento a juicio para enfrentar un homicidio agravado porque se procuró otro delito (v. gr. contra el patrimonio económico) y el delito procurado (hurto calificado), no da margen*

a veredictos contradictorios porque se responda afirmativamente lo relacionado con el primer delito y se niegue lo atinente a la comisión del segundo. Tampoco porque cuestionarios que se muestran recíprocos al involucrar una coautoría, se contesten de manera diferente, excluyendo de responsabilidad a uno o varios de los supuestos coautores; y lo mismo acontece cuando tales interrogantes desarrollan un fenómeno de autoría material e intelectual (el que mata por la paga y el que paga por matar), reconociéndose apenas uno de los términos del requerimiento, bien aceptando solamente la realidad probatoria de los agentes materiales o bien admitiéndose únicamente la de los agentes intelectuales del reato.

En el caso analizado la responsabilidad de Echeverry Trujillo no dependía que se admitiese de la de quien fuera tenido procesalmente como autor intelectual (León Alfonso Parra Guasca), ni tampoco de lo que se dijese en relación a Rodolfo Cupitra. La absolución del jurado (que merecería más de una observación), pudo obedecer a una duda resuelta en favor del citado Parra Guasca, o en la interpretación de especiales circunstancias favorables a éste; o, causarse en que se tuvo la idea de que los sentenciados obraron por cuenta propia o en obedecimiento a mandato de persona distinta, desconocida plenamente. En todas estas hipótesis, las veredicciones censuradas subsisten en forma autónoma y sin contradicción alguna con las otras respuestas. De ahí que la Delegada para mantener la responsabilidad acordada para Echeverry Trujillo, dijera que al no darse motivos legales para correlacionar esas múltiples veredicciones tan indisoluble y consustancialmente hasta hacer de ellas una sola, no ve por qué mediatizar la eficacia de una o varias a la solución acordada para las restantes.

Los cargos resultan inadmisibles.

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

RESUELVE:

No CASAR la sentencia recurrida, dictada en contra de Israel Echeverry Trujillo, ya indicada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Luis Guillermo Salazar O.
Secretario.

COMPETENCIA

Cuantía.

No hay contradicción entre las Leyes 2ª y 55 de 1984, en cuanto señalan competencia para conocer de los procesos contra el patrimonio económico.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 100.

Bogotá, D. E., 15 de octubre de 1986.

VISTOS

Surtidos los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, contra la sentencia de 11 de octubre de 1985 mediante la cual esa Corporación confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Lorica que absolvió al sujeto apodado "El Pastelito" de generalidades "desconocidas en autos" de los cargos que por el delito de hurto agravado le formularon en el auto de proceder.

HECHOS

De acuerdo con los antecedentes procesales resulta que en la madrugada del 19 de noviembre de 1983 los señores Guillermo Peñafiel y Guillermo Ríos Echeverry se movilizaban en una motocicleta por las calles de la población de Lorica cuando de improviso les atravesaron un palo, haciéndolos caer del vehículo, oportunidad aprovechada por dos o tres individuos para despojar del revólver que portaba el segundo de ellos, siendo levemente lesionado en la cara el primero de los nombrados al tratar de oponer resistencia.

El arma de dotación oficial pertenecía al agente de la Policía Nacional Guillermo Ríos Echeverry, adscrito al Comando de dicha localidad.

ACTUACIÓN PROCESAL

Dos días después, agentes de la Policía Nacional recuperaron el revólver sustraído, en poder de Carlos Manuel Cardona Anaya, quien lo había recibido en empeño por la suma de tres mil pesos del joven Manuel Antonio Anaya Díaz alias "El Viejo".

Los dos incriminados, junto con el arma, fueron puestos a disposición del Juzgado Décimo de Instrucción Criminal radicado en Lorica, despacho que en la misma fecha inició la correspondiente investigación en desarrollo de la cual oyó en indagatoria a los sindicados definiéndoles su situación jurídica mediante providencia de 28 de noviembre de 1983 en la que ordenó la detención precautelar de Manuel Antonio Anaya Díaz y la libertad, mediante presentaciones periódicas, de Carlos Manuel Cardona Anaya, practicó otras diligencias e hizo avaluar por peritos el revólver recuperado, quienes le asignaron un valor de $ 36.000.00.

El sindicado Manuel Antonio Anaya Díaz manifestó que el arma le fue entregada para ser empeñada por el sujeto apodado "El Pastelito", a quien describe físicamente como "un negrito chiquito", de 30 años de edad, gordo, de bigotes, "pelo indio ñato" (Fl. 17 del expediente).

Con oficio número 0096 de 27 de febrero de 1984 dirigido al Comandante de la Estación de Policía Córdoba de Lorica, se solicitó la captura de "Pastelito" "quien reside en esa ciudad" (Fl. 54 *ibidem*); rendido informe negativo sobre su localización y captura, para efectos de oírlo en indagatoria se le emplazó mediante edicto en el que se afirma que es "de generalidades desconocidas" y surtido dicho trámite se le declaró reo ausente designándosele apoderado de oficio (Fls. 68, 68 A y 77 *ibidem*).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Unico Penal del Circuito de Lorica por auto de 9 de junio de 1984 calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio al sujeto apodado "El Pastelito" "de generalidades desconocidas en autos" por el delito de Hurto; sobreseyó definitivamente por el mismo ilícito a los procesados Manuel Antonio Anaya Díaz y Carlos Manuel Cardona Anaya y dispuso compulsar copias de lo pertinente a fin de investigar por separado el supuesto delito de receptación a ellos atribuido (Fls. 94 a 100), sobreseimientos consultados y confirmados por el Tribunal Superior de Montería (Fls. 8 a 11 del C. del T. S.).

Emplazado nuevamente el sujeto apodado "El Pastelito" de "generalidades desconocidas dentro del proceso" por no haber sido posible su captura para notificarle el auto de proceder dictado en su contra, se le declaró reo ausente designándosele defensor de oficio con quien se continuó la actuación (Fl. 105 del expediente).

Rituado el juicio y celebrada la audiencia pública, sin la presencia del acusado, el Juzgado del conocimiento en sentencia de 17 de julio de 1985 lo absolvió por estimar que no se daba la prueba plena o completa de

su autoría material en el hecho punible, pronunciamiento consultado con el Tribunal Superior de Montería y confirmado por éste mediante la sentencia que es objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA

En el marco de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia impugnada por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de orden legal, y se formulan en su orden, dos cargos con fundamento en los ordinales 1º y 5º del artículo 210 ibídem, a saber:

Primero. Nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error —por indeterminación— de la identidad física del sindicado apodado "El Pastelito", reparo que el Fiscal recurrente luego de hacer referencia a la actuación procesal, precisar el concepto de identidad física del procesado afirmando que su individualización es requisito fundamental del proceso que posibilita la imposición de una pena a persona determinada y poniendo de presente cómo uno de los deberes primordiales del funcionario instructor o del conocimiento es el de practicar las pruebas orientadas a establecer la identidad del acusado, lo fundamenta en las siguientes consideraciones:

"Nada dice el plenario sobre quién es 'El Pastelito'. Se desconoce en forma total, inclusive lo esencial de sus características físico-somáticas. Nunca nadie se ocupó en la instrucción por receptar, en forma preferente, las pruebas que condujeran a su identificación, lo que ocasionó el hecho de que no se despejaran nunca las dudas sobre este aspecto cuando todo parece indicar que ello era posible acudiendo a la sencilla solicitud de información a la Policía Judicial. A pesar de ello, se le residenció en juicio en una providencia en la que se desconoció, no sólo esto, sino el deber de fallar conjuntamente los delitos unidos por un vínculo sustancial sin que existiera ruptura del fenómeno de la conexidad. Afortunadamente, fue posteriormente absuelto, lo que impidió que ahora se estuviera ante una absurda 'cacería de brujas' para hacer cumplir una pena a cualquiera que respondiera a tal apelativo, sin importar si había participado en el injusto, puesto que tal medida habría sido impuesta, por su indeterminación, a todos los 'Pastelitos' que en el mundo han sido y que transitan indefensos por él con el estigma de ese apodo".

Impetra en consecuencia, la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de investigación.

Segundo. Nulidad por incompetencia del Juez consistente en síntesis, en equivocada interpretación de las normas reguladoras de la competencia por razón de la cuantía del delito, expedida dentro del lapso en que se tramitó el proceso, pues en opinión del censor la competencia juzgadora teniendo en cuenta que se trataba de un ilícito contra el patrimonio económico de las personas cuya cuantía excedía de $ 30.000.00 sin sobrepasar de $ 300.000.00, correspondía en primera instancia al Juez Penal Municipal de Lorica y en segunda, al Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad, conclusión a la que llega a través de la siguiente reseña legislativa:

"El acto de que se hizo víctima al agente Guillermo Ríos Echeverry, se consumó el 19 de noviembre de 1983. El bien a él sustraído fue avaluado en la suma de $ 36.000.00. Para la fecha anotada se hallaba en vigencia la Ley 22 de 1977 cuyo artículo 7º que reformaba el numeral 3º del 37 del Código de Procedimiento Penal, fijaba la competencia en los 'Delitos contra la propiedad' en los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales, cuando la cuantía excediendo de $ 3.000.00 no pasaba de $ 30.000.00 o cuando siendo inferior a aquella suma, el punible fuera sancionado con presidio, pena que con posterioridad fue eliminada del Código Penal. Por la cláusula general de competencia, estos mismos delitos, cuando su cuantía superaba los $ 30.000.00 eran de conocimiento de los Jueces Penales y Promiscuos del Circuito".

"De tal suerte que, por el avalúo realizado, el asunto en estudio debía ser conocido, en primera instancia, por el señor Juez Penal del Circuito de Lorica, como así se hizo efectivamente".

"El 17 de enero de 1984, entró en vigencia la Ley 2ª de ese año, y ésta en su artículo 58 dispuso:

"*Competencia de los Jueces Municipales*". Los Jueces Municipales conocen en primera instancia:

"1. ...

"2. De los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía exceda de treinta mil pesos ($ 30.000.00) sin pasar de trescientos mil ($ 300.000.00).

"En consideración a la cuantía del punible que en éste se investigaba, una vez expedida la disposición acabada de citar, su competencia quedaba atribuida al Juzgado Penal Municipal de Lorica, pero, como según previsión del artículo 63 de la misma, los procesos que como este caso habían sido iniciados antes de su vigencia, se continuaban tramitando de acuerdo con la competencia señalada en la Ley 22 de 1977, ésta permanecía inmodificable en la entidad que de él venía conociendo".

Luego agrega:

"El 15 de enero de 1985, apareció publicado en el 'Diario Oficial' número 36831, el texto de la Ley 55 de 1984 que entró en vigencia en esa fecha derogando 'todas las disposiciones que le sean contrarias', tal como lo preceptúa el artículo 7º. Dentro de las disposiciones que a partir de tal promulgación perdieron vigencia, estaba la transitoria del Decreto 1450 de 1984 y lógicamente, la suspendida por esta Ley 2ª del mismo año en su artículo 58".

"¿Qué consecuencia de orden práctico generó la expedición de la Ley 55 de 1984? Véase la más importante: Su artículo 1º es del siguiente tenor: 'Competencia de los Jueces Penales Municipales y Promiscuos Municipales'.

"Los Jueces Penales Municipales y Promiscuos Municipales conocen en primera instancia:

"1º ...

"2º De los delitos contra el patrimonio económico salvo disposición especial en contrario, cuando la cuantía no exceda de trescientos mil pesos ($ 300.000.00).

"3º ...

"En esta ley no se hicieron las salvedades del artículo 63 de la Ley 2ª de 1984 y como ya se dijo, derogó todas las disposiciones contrarias a ella en su artículo 7º, derogatoria que, además de las normas ya relacionadas afectó la excepción en el trámite de los procesos iniciados antes de la vigencia de la Ley 2ª de 1984 de donde surge el que es objeto de este recurso pasó a ser de competencia del Juzgado Penal Municipal de la ciudad de Lorica, entidad a la que debió ser enviado, por esta razón para que se rituara la audiencia pública y se dictara la correspondiente sentencia de primera instancia, puesto que habría precluido el período probatorio de la causa durante la vigencia de la ley derogada, si no se quería incurrir, como se incurrió, en la causal de nulidad por incompetencia que regla el artículo 210-1 del Código de Procedimiento Penal, alegado en éste como causal de casación".

"El artículo 63 de la Ley 2ª de 1984 —prosigue—, no podía seguir aplicándose a partir de la fecha en la que se promulgó la Ley 55 del mismo año, por expreso mandato de sus artículos 1º, 2º y 7º, armonizados con el 1º y 3º de la Ley 153 de 1887, puesto que una disposición legal que se estima insubsistente 'por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una nueva ley que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería', como bien lo preceptúa el artículo 3º de la ley últimamente citada, en concordancia con los artículos 71 y 72 del Código Civil".

"En atención a lo anterior, y como quiera que la Ley 55 de 1984, regulando en forma general y completa la competencia de los Jueces Penales y Promiscuos Municipales y habiendo derogado, expresamente, las disposiciones que le sean contrarias, debe estimarse, entonces, inaplicable la excepción del artículo 63 de la Ley 2ª de 1984 que otorgaba competencia a los Jueces Penales del Circuito en aquellos delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía excediera los $ 30.000.00 sin sobrepasar los $ 300.000.00 cuando se hubiera iniciado el respectivo proceso antes de la excepción estimada ahora insubsistente".

Termina afirmando la usurpación de competencia por parte del Juzgado Penal del Circuito de Lorica, vicio del que participó el Tribunal Superior en la sentencia impugnada por lo que reclama la invalidez del proceso a partir del auto de 18 de enero de 1985 que señaló fecha para llevar a cabo la diligencia de audiencia pública a fin de que se reponga la actuación viciada.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en uso de la atribución conferida por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, coadyuvó la demanda presentada por el Fiscal recurrente, aclarando que el cargo de nulidad consistente en la falta de identificación e indivi-

dualización del procesado apodado "El Pastelito" genera nulidad de rango constitucional y no de carácter procesal, como equivocadamente lo entendió el demandante.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Advierte la Sala que debe examinarse en primer término, el cargo relacionado con la incompetencia del Juez por razón de la cuantía de la infracción ya que tiene un alcance mayor que el formulado como nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error en cuanto al nombre y apellido del responsable toda vez que hace relación al funcionario que debe decidir el proceso y su aceptación determinaría el cambio de Juez en tanto que su rechazo implicaría seguir conociendo del asunto el mismo funcionario que lo ha hecho hasta el momento.

Segundo cargo. *Consiste la incompetencia del Juez en que habiéndose promulgado la Ley 55 de 1984 que reglamentó íntegramente la competencia de los jueces para conocer de los delitos contra el patrimonio económico por razón de la cuantía, atribuyendo su conocimiento a los Jueces Penales Municipales y Promiscuos Municipales cuando el monto de ella no excede el límite de trescientos mil pesos, como en el caso* sub judice, *sin que dicha ley hubiera establecido excepciones o salvedades para facilitar el tránsito de una legislación a la otra en materia de competencia, como la que introdujo el artículo 63 de la Ley 2ª de 1984, expresamente derogado en este punto por aquélla, el Juez Penal del Circuito como el Tribunal Superior se arrogaron una competencia que no les correspondía, afectando de invalidez la actuación a partir del auto que señaló fecha para la celebración de la audiencia pública, momento procesal en que había entrado en vigor la nueva normatividad.*

Esta Corporación en providencia de 15 de octubre de 1985, frente a un caso similar, fijó su criterio sobre el particular mediante doctrina que ahora reitera.

Expresó en aquella oportunidad:

"El artículo 58 de la Ley 2ª de 1984 dispuso en materia de delitos contra el patrimonio económico que los Jueces Penales y Promiscuos Municipales conocerían de ellos, cuando la cuantía excediera de treinta mil pesos ($ 30.000.00), sin pasar de trescientos mil ($ 300.000.00). Obviamente a los del Circuito les correspondía el conocimiento cuando ese monto fuera superado".

"La norma anterior sobre la materia fue la Ley 22 de 1977, la cual fijaba así la competencia en su artículo 7º: Para el Juez Municipal cuando la cuantía pasara de tres mil pesos sin exceder de treinta mil o cuando siendo inferior a tres mil pesos, el delito tuviere señalada pena de presidio. Al de Circuito, en virtud de la cláusula general de competencia, le correspondía su conocimiento cuando la cuantía sobrepasara los treinta mil pesos.

"La misma Ley 2ª de 1984 preceptuó en su artículo 63 que los procesos iniciados antes de su vigencia continuarían tramitándose de acuerdo

con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1977. La 21 se refiere a la jurisdicción aduanera, aclara la Sala".

"Al ser declarada por la Corte la inexequibilidad de las normas que atribuían a las autoridades de Policía, competencia en materia de delitos contra el patrimonio económico, fue expedida por el Congreso la Ley 55 de 28 de diciembre de 1984, la cual entró en vigencia el 16 de enero de 1985, después de haber sido promulgada en el 'Diario Oficial' número 36.831 correspondiente a la edición del día quince de los mismos mes y año".

"Esta ley varió necesariamente la competencia en materia de delitos contra el patrimonio económico, pues al no poderla atribuir a la Policía en ninguna cuantía, era imprescindible redistribuirla de manera conveniente entre los Jueces Penales Municipales y los del Circuito".

"En su artículo primero, numeral 2º, dispuso la ley que los Jueces Penales Municipales y Promiscuos Municipales conocen de los delitos contra el patrimonio económico salvo disposición especial en contrario, *cuando la cuantía no exceda de trescientos mil pesos".*

"En su artículo séptimo se dijo: 'La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias' ".

Luego agregó:

"La Ley 55 de 1984 nada dijo en concreto sobre este tema (tránsito de una legislación a la otra), precisamente porque ya había quedado resuelto por la Ley 2ª de ese año".

"Pero ha de entenderse que la salvedad que hace en su artículo primero, numeral segundo, apunta a lo dispuesto en el artículo 63, por la Ley 2ª citada".

"No se advierte por tanto, contradicción entre las dos leyes, sino que ellas se complementan armónicamente en ese punto".

"No se remite a dudas la evidente intención del legislador, plasmada en el artículo 63 de la Ley 2ª de 1984, de evitar los naturales traumatismos, que de no haberse tomado esta previsión, se habrían presentado en relación con los procesos en curso que quedaban afectados con el cambio de competencia y por ende, de funcionario.

"Dado el estrecho margen de tiempo transcurrido entre la expedición de las citadas Leyes 2ª y 55, no era de esperarse que esa situación hubiese quedado completamente subsanada.

"De allí que, no obstante no aparecer en forma expresa, pueda colegirse la voluntad del legislador de mantener también dentro del marco de la Ley 55 el correctivo consagrado en el artículo 63 de la Ley 2ª" (Auto, M. P. doctor Darío Velásquez Gaviria).

Como el proceso que ocupa la atención de la Sala se inició con anterioridad a la vigencia de la Ley 55 de 1984, era el Juez del Circuito el competente para conocer de la causa en primera instancia.

No prospera la impugnación.

Primer cargo. Es preciso dejar establecido que en el presente caso no se trata de error en cuanto al nombre y apellido de la persona responsable, tenido como motivo de nulidad de tipo legal por el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, sino como advierte el Procurador Delegado en lo Penal, del desconocimiento de formalidades propias del juicio atinentes a la individualización del sujeto activo del delito que lo viciaría de nulidad de carácter constitucional.

En efecto, de acuerdo con los pocos datos que arroja el expediente, es incuestionable que la persona contra la cual se dirigió la acción represiva del Estado y que culminó con sentencia de absolución no aparece individualizada ni identificada con sus nombres y apellidos, sino con el apodo de "Pastelito" con el que lo distingue el sindicado Manuel Antonio Anaya Díaz, circunstancia que como es obvio, imposibilitaba la comisión del yerro generador de la nulidad alegada por el Fiscal del Tribunal.

La realidad procesal predica la total ausencia de datos que permitan identificar plenamente al sujeto que fue llamado a juicio por el delito de hurto y respecto de quien se dictó sentencia absolutoria, situación a la que se llegó por manifiesta incuria de los juzgadores de instancia que desatendiendo imperativos deberes contenidos, entre otros, en los artículos 113, 319 y 334 del Código de Procedimiento Penal, omitieron la práctica de diligencias investigativas encaminadas a establecer de preferencia la identidad del procesado por sus nombres verdaderos o supuestos, apodos, generalidades o rasgos morfológicos.

Sobre el particular, el proceso sólo cuenta con la información de que el posible autor o partícipe del hecho investigado era conocido en la región con el alias de "Pastelito" y los rasgos físicos que suministró el sindicado que lo distingue con dicho apodo no son suficientes por sí solos para diferenciarlo de las demás personas.

Es verdad sabida que la etapa de enjuiciamiento sólo puede adelantarse cuando no exista duda sobre la identidad del procesado "por cuanto ha dicho esta Sala el pliego de cargos que contiene el auto enjuiciatorio debe predicarse de una persona en concreto a fin de que ésta pueda defenderse de él dentro de la etapa de la causa". Por esta razón señala el artículo 483 que el auto de proceder deberá contener, entre otros requisitos; "una narración sucinta de los hechos que hubieren dado lugar a la formación del proceso, indicando los nombres de los procesados, sus apodos o sobrenombres, su edad, naturaleza, domicilio y oficio o profesión si fueren conocidos". (Casación de febrero 23 de 1984, M. P. doctor Luis Enrique Aldana Rozo), exigencia que no se cumplió en el presente caso, pues en la parte resolutiva del auto enjuiciatorio se llamó a responder por el delito de hurto al "sujeto apodado 'El Pastelito', de generalidades desconocidas en autos" (Fl. 99 del expediente).

Este remedo de investigación, como la califica el Procurador Delegado, no aporta datos atendibles que permitan individualizar al procesado como destinatario de la acción penal y por lo tanto susceptible de ser conminado al pago de una condenación o de resultar favorecido, como en este caso, con una absolución.

Numerosos ordenamientos de carácter procedimental que desarrollan o complementan el conjunto de garantías consagrado en el artículo 26 de

la Carta Fundamental, determinan que todo proceso que culmine con sentencia de absolución o de condena debe estar precedido de la plena o cabal demostración de la identificación e individualización del procesado, pues sólo así se cumple con el deber primordial de precisarlo o concretarlo a fin de evitar la condenación de un inocente o de que no se pueda saber quién fue el que resultó favorecido con una decisión absolutoria.

Ya se vio que en el caso sometido a consideración de la Sala, la sola referencia al apodo del sindicado no es suficiente para distinguirlo de las demás personas y como quiera que en la tarea de individualizarlo, los jueces a cuyo cargo estuvo la investigación omitieron el cumplimiento de expresos mandatos relacionados con dicha finalidad, es inocultable que a la sentencia impugnada se profirió en juicio adelantado con clara pretermisión de una de las formalidades del debido proceso, generando de tal modo nulidad insubsanable con arraigo en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En estas condiciones, la Corte casará el fallo acusado decretando la nulidad de la actuación surtida a partir, inclusive, del auto que dispuso el cierre de la investigación para que por los medios conducentes se procure la plena identificación del procesado apodado "El Pastelito".

Prospera el cargo formulado.

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:

CASAR la sentencia impugnada de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva y en consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD del proceso a partir inclusive, del auto que dispuso el cierre de la investigación, en adelante ordenando su remisión al Tribunal de origen, a fin de que se reponga el procedimiento viciado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

DOCUMENTO

El documento —público o privado— como medio de prueba está sometido a las reglas contempladas en el ordenamiento procesal civil y como objeto de prueba al mismo tratamiento de los demás elementos del delito.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 100.

Bogotá, D. E., 15 de octubre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de junio trece del año inmediatamente anterior confirmó en lo sustancial la proferida por el Juzgado Dieciséis Superior de dicho Distrito Judicial en la cual condenó a Jesús Eduardo Rojas Vanegas y Luz Amparo Carrillo de Rojas a la pena principal de un (1) año de prisión y a las accesorias de ley por el delito de falsedad. El defensor de la procesada interpuso contra el fallo de segundo grado, recurso de casación que fue 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

Por haber desistido Jesús Eduardo Rojas Vanegas (vendedor) y José Ignacio Caipa Bernal (comprador) de un contrato de compraventa celebrado en esta ciudad en el mes de abril de 1976, sobre un vehículo automotor, la esposa de aquél y como devolución de parte del dinero entregado por éste giró un cheque de su cuenta corriente por la suma de cien mil pesos que, al ser presentado al banco para su pago, fue rechazado por

orden de no pago e insuficiencia de fondos. Posteriormente, dentro de algunas actuaciones que se promovieron ante la administración de justicia, incluyendo la presente, Luz Amparo Carrillo de Rojas presentó un recibo firmado por la parte compradora y un testigo, en virtud del cual se daba por cancelado el citado título-valor por pago de la obligación; nó obstante, finalmente se demostró que tal documento era producto de una falsificación.

ACTUACIÓN PROCESAL

1º La investigación fue iniciada por el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal Municipal de Bogotá, que practicó buena parte de las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación (Fl. 5).

2º El conocimiento de los hechos se atribuyó al Juzgado Dieciséis Superior de la misma ciudad que en providencia de junio 17 de 1981 sobreseyó definitivamente a los implicados. Esta calificación fue revocada por el *ad quem* que el 10 de noviembre de ese año dictó auto de proceder en contra de los acusados por el delito de falsedad, a la vez que cesó procedimiento en su favor por la conducta denunciada como infracción al Decreto 1135 de 1970 (Fl. 40).

3º Tramitada la causa, el 31 de enero de 1985 se celebró audiencia pública, y, finalmente, en febrero 15 siguiente el funcionario de primera instancia dictó sentencia en la cual condenó a Jesús Eduardo Rojas Vanegas y Luz Amparo Carrillo de Rojas a la pena principal de un (1) año de prisión y a las accesorias correspondientes por el delito de falsedad (Fls. 539 y 552).

4º El 13 de junio del año inmediatamente anterior, el Tribunal Superior de Bogotá al revisar por apelación el mencionado fallo, lo confirmó en lo sustancial.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dentro del marco del cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante ataca la sentencia recurrida por ser violatoria de manera indirecta de la ley sustancial, con apoyo en los siguientes tres cargos, uno de los cuales presenta de manera subsidiaria:

1º *Por error de hecho:* En razón de que el fallo impugnado da por establecido uno de los elementos del tipo penal descrito en el artículo 221 del Código vigente, el uso del documento, sobre la base de que la procesada confesó tal hecho, ello nunca ocurrió.

2º *Por error de derecho:* Subsidiariamente plantea este cargo sobre la base de que si la procesada confesó el uso del recibo falsificado, la sentencia objeto de censura le otorgó a su dicho el valor de plena prueba sobre el particular, con lo cual se pretermitió lo dispuesto en el artículo

264 del Código de Procedimiento Penal que limita el valor demostrativo de la confesión al negarle aptitud para probar el cuerpo del delito y, por tanto se violó lo dispuesto en el artículo 215 *ibidem* acerca de la prueba requerida para condenar.

3º *Por error de derecho:* Bajo la afirmación de que el comprobante materia de la falsedad no constituye documento privado que pueda servir de prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto carece de autenticidad y no lleva la firma de dos testigos.

Como resultado de los tres cargos formulados el demandante concluye con la aseveración de que en la sentencia acusada se dio aplicación indebida a la ley sustancial (Art. 221 del C. P.) y solicita como fallo sustitutivo uno de carácter absolutorio.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Sala

La Sala prohíja integralmente la crítica de orden técnico que formula el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al escrito de demanda, y, además encuentra acertados sus planteamientos respecto al último cargo por cuanto estima que la sentencia acusada tiene respaldo jurídico y probatorio, lo que impide la prosperidad del recurso.

Con relación a los dos primeros cargos, el segundo presentado subsidiariamente, es bueno hacer las siguientes precisiones de orden técnico y jurídico:

Repetidamente ha dicho la Corte que los conceptos de error de hecho y error de derecho si bien tienen su génesis en la estimación probatoria, tienen connotaciones completamente diferentes:

El error de hecho se presenta en los siguientes casos:

a) Se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obra en el proceso y el juzgador emite su apreciación;

b) Se supone o presume una prueba, vale decir, cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba imaginada por el juzgador; y

c) Se tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba, que equivale a falsear su expresión fáctica en cuanto a dicho medio de convicción se le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

El error de derecho se presenta en los siguientes casos:

a) El fallador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción;

b) Se le niega a la prueba el valor que le asigna la ley; y

c) Se le otorga a la prueba un valor diverso al que le confiere la ley (casación de julio 2 de 1985).

Destacada la nítida diferencia que existe entre los dos tipos de error anotados, como de manera insistente lo ha venido haciendo la Corte, no sobra agregar que una de las causales de casación que mayor cuidado requiere en su presentación es la de la violación indirecta de la ley sustancial por cualquiera de las vías antes comentadas. (Cuerpo segundo numeral 1º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal).

Ante todo y con prescindencia del valor demostrativo que puedan tener las argumentaciones del demandante, es importante destacar en primer término que la formulación del ataque con fundamento en la citada causal y mediante la alegación de error de hecho y error de derecho respecto a un mismo medio de prueba, así se presente uno como principal y otro como subsidiario, constituye significativa falla de orden técnico que impide su estimación legal, ya que su actor denota vacilación insalvable en el yerro alegado y no acierta en consecuencia a seleccionar el motivo exacto de la censura. Ello ha ocurrido aquí cuando en uno de los supuestos se niega que la procesada haya confesado el uso del documento falsificado, al paso que en el otro se acepta la confesión para discutir que en el fallo censurado se le otorgó un alcance diverso del que le otorga la ley.

Aclárase, de otra parte, que las apreciaciones sobre la confesión de Luz Amparo de Rojas a las cuales hace alusión su apoderado, no tienen el alcance que el casacionista les asigna, por las razones que en seguida se examinan.

La confesión en materia penal es, como se ha dicho, el reconocimiento que el acusado hace de la comisión de un hecho punible. Es claro que la procesada en ningún momento hizo manifestaciones que tal connotación tuviesen, y, antes bien, ha reiterado aunque de manera fallida su inocencia, pues al lado de su aceptación de haber usado el comprobante de pago (ante el banco para impedir la efectividad de un cheque girado contra su cuenta corriente, mediante escrito al cual anexó fotocopia del documento y, curiosamente en este mismo proceso donde lo ha presentado como legítimo en el transcurso de toda la investigación), se probó suficientemente la falsificación del mismo (confección de la firma de Caipa Bernal) por parte de un testigo aportado por los implicados y que de no haber fallecido hubiera corrido la misma suerte de éstos.

De otra parte, el motivo alegado por el recurrente no fue el determinante del fallo recurrido que, de manera concreta, clara y expresa se apoyó en diversos elementos de juicio de naturaleza documental, pericial y testimonial que finalmente llevaron a los funcionarios en el trámite de las instancias a desatender los planteamientos de los acusados que resultaron categóricamente infirmados por dichos medios de convicción.

En relación con el tercer cargo formulado por el recurrente, quien asevera que el sentenciador otorgó al comprobante de pago incorporado al proceso un valor probatorio que no le concede la ley, por cuanto dicho documento privado carece de las exigencias previstas en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, esto es falta de autenticidad y, en su defecto de la firma de dos testigos para otorgarle el valor de prueba sumaria, estima la Sala necesario hacer las siguientes precisiones:

a) *Es indispensable hacer una nítida diferencia entre el documento, público o privado, como medio de prueba, y el documento como objeto de prueba en cuanto constituye el objeto material del delito de falsedad documental. Como medio de prueba para acreditar la existencia de una situación jurídica o la creación, modificación o extinción de relaciones relevantes para el derecho, debe estar sometido a las reglas contempladas en el ordenamiento procesal civil y su valor probatorio será el que le atribuya las disposiciones de dicho ordenamiento (artículos 264 y 279 del C. de P. C.). Como objeto de prueba en la medida en que constituye elemento del delito de falsedad, debe merecer el mismo tratamiento que los demás elementos del hecho punible, frente a los cuales existe libertad probatoria, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal.*

En el caso que se examina se pretendió demostrar la extinción de una obligación con un recibo que fue calificado de falso. Es posible que en otra actuación de naturaleza privada se haya determinado el valor probatorio de ese documento, con desconocimiento de los citados principios que gobiernan la prueba, pero ahora de lo que se trata es de establecer simplemente si dicho documento es falso y, concretamente, si se ha infringido la ley penal;

b) *En la demanda se adopta una posición que se aparta de las disposiciones legales que se citan, por cuanto el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil se refiere al valor probatorio de los* documentos privados auténticos, *los cuales según términos del artículo 252* ibidem, *se presentan cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado. Por su parte el inciso segundo de aquella disposición se limita a señalar que los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos, pero esto en manera alguna significa que estos documentos carezcan de valor probatorio, pues la calidad de sumaria de una prueba sólo indica que no ha sido sometida a controversia, tema completamente ajeno al problema que ahora se suscita.*

De aceptarse el planteamiento del recurrente llegaríase al contrasentido lógico de que para poder probarse la falsedad de un documento, previamente debería estar demostrada su autenticidad, lo que de suyo pone en evidencia el despropósito. Además, ocurre que el Código Penal no se refiere en sus disposiciones al documento auténtico, o al no controvertido, sino de manera elemental al documento público o privado, porque la alteración de la verdad escrituraria puede presentarse en relación con cualesquier clase de estos escritos;

c) *El delito de falsedad que contempla el Capítulo 3º del Título VI, Libro Segundo del Código Penal, busca la protección de un aspecto de la fe pública, referido a la genuinidad y veracidad de la prueba documental, como medio para la preservación del normal tráfico jurídico. En consecuencia, en sus disposiciones se habla de la protección de documentos públicos y privados que puedan servir de prueba y en manera alguna a documentos calificados por alguna de las características que deduce el ordenamiento procesal civil o la doctrina. Para que proceda el amparo penal es suficiente la aptitud probatoria del escrito que ha sido objeto de*

modificación en su contenido o en su forma, pues dicha aptitud probatoria no depende de la naturaleza del escrito o de las solemnidades accesorias de que pueda estar rodeado, sino de la posibilidad que le brinda el derecho de ser medio para la demostración de algo;

d) *En cuanto al valor probatorio de los documentos privados es necesario afirmar que existe alguna diferencia entre las previsiones del ordenamiento procesal civil y las pertinentes regulaciones del procedimiento penal, pues para el primero el valor probatorio de aquellos depende de su autenticidad, mientras que para el sistema penal, corresponde al juez apreciar el valor probatorio de los documentos privados, teniendo en cuenta si su autenticidad ha sido o no probada en el proceso y las normas de la crítica (artículo 262).*

En este orden de ideas forzoso es reconocer que no existe con relación a documentos privados, un valor previamente asignado en la ley, de donde resulta que frente a este medio de convicción no procede alegar error de derecho, pues tal como lo ha repetido la Sala, los errores de derecho en la apreciación del mérito de las pruebas "...están circunscritos a los de aquellas respecto de las cuales la propia ley determina su valor, como en los casos de los artículos 218, 228, 230, 233, 261, 264, por ejemplo (sistema tarifario o de tarifa legal) y no, por supuesto, en aquellos en las que las normas de procedimiento deja librado su mérito a la sana crítica que de esos elementos haga el juez, en cada caso concreto, y en relación con todos los demás medios de convicción existentes en el proceso, como en los eventos de los artículos 229, 231, 236, 278, por ejemplo (sistema de persuasión racional)". (Casación de octubre 26 de 1978, enero 24 de 1984, julio 2 de 1985).

Pese a las observaciones precedentes, *recuérdese que el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal dispone que el juez apreciará el valor probatorio de los documentos privados de conformidad con las normas de la crítica, lo que significa que, no está sometido al sistema tarifario o de la tarifa legal.* El comprobante de pago tachado por el denunciante en cuanto su autenticidad y veracidad como integralmente falso, podía ser apreciado libremente por el juez, y, si en verdad se le hubiera otorgado un alcance diverso al que tiene (lo cual no ha ocurrido), el ataque procedía por error de hecho pues, no se estaría desconociendo la realidad normativa sino la significación fáctica de la prueba.

Por la falla técnica en que incurre el actor y la falta de argumentos que respaldan sus pretensiones, los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, no pueden atenderse en sede de casación.

Por 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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CASACION

Naturaleza.

Por el carácter discrecional de esta impugnación extraordinaria, la casación queda sujeta al alcance especial que quieran darle las partes, sin que oficiosamente permita interpretaciones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 102.

Bogotá, D. E., 21 de octubre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior de Cali en sentencia de octubre 16 del año inmediatamente anterior confirmó con algunas modificaciones la proferida por el Juzgado 4º Superior de dicho Distrito Judicial en la cual condenó a Esteban Hurtado Hurtado a la pena principal de veintidós (22) años de prisión y a las accesorias de ley por el delito de homicidio. El defensor del procesado interpuso contra el fallo de segundo grado, 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 ciudad de Cali en la noche del 29 de noviembre de 1981, cuando Esteban Hurtado Hurtado al no ser atendido en casa de su pretendida y prima, Mercedes Hurtado Gruesso a quien de tiempo atrás venía amenazando al ver frustradas sus aspiraciones sentimentales, accionó el arma de fuego que portaba ocasionando lesiones de alguna entidad a la

progenitora de la mencionada joven y graves heridas a ésta que le determinaron la muerte.

ACTUACIÓN PROCESAL

1º La investigación penal fue iniciada por el Juzgado 17 de Instrucción Criminal de Cali que practicó buena parte de las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación. (Fol. 6).

2º El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado 4º Superior de esa ciudad que profirió auto de detención contra Esteban Hurtado Hurtado (reo ausente) y en providencia de septiembre 5 de 1983 auto de proceder en su contra por el delito de homicidio consumado en la persona de Mercedes Hurtado Gruesso y tentado en la progenitora de la misma, Angela Gruesso vda. de Hurtado, estimando respecto de aquélla que concurría la circunstancia calificadora prevista en el numeral 1º del artículo 324 del Código Penal por tratarse de "descendiente... consanguíneo en línea colateral". (Fls. 86 y 120).

3º Tramitada la causa, el 18 de agosto de 1985 se inició la diligencia de audiencia pública la cual dado que el procesado que se presentó voluntariamente al proceso, se suspendió para someterlo a los exámenes respectivos y determinar su imputabilidad para la época de los hechos. Cumplidos cuidadosos exámenes y permanentes observaciones por parte del Departamento de Siquiatría Forense del Instituto de Medicina Legal, se obtuvo el siguiente resultado:

"1. Para el momento de los hechos y desde el punto de vista psiquiátrico forense el examinado sí tenía la capacidad de comprender su ilicitud y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, vale decir es imputable".

"2. De acuerdo con la valoración practicada, los estudios realizados, la historia clínica enviada por el médico del anexo siquiátrico presenta un Síndrome de Ganser, y que de acuerdo con la medicina forense del doctor César Augusto Giraldo es una simulación de la cual se pretende derivar un trastorno síquico".

"3. Para la fecha del mes de noviembre de 1981, el examinado era persona consciente y libre en la determinación de su conducta". (Fls. 168, 179, 189, 205, 212 y 229).

4º El 2 de julio de 1985 se culminó la diligencia suspendida al término de la cual el jurado respondió a las dos cuestiones propuestas por el juzgador de derecho, afirmativamente y de manera mayoritaria en los siguientes términos:

"Sí es responsable pero en estado de alteración mental pasajera". (Fls. 234 y 236).

5º En lui (sic) 16 siguiente, se dictó sentencia en la cual se acogió el veredicto y se condenó al procesado, desechando la parte del fallo relativa a la alteración mental del procesado, por no ser del resorte del

Tribunal Popular e imponiéndole la pena principal de veintidós (22) años de prisión, como responsable de los delitos materia del procesamiento, para lo cual se tuvo en cuenta el incremento que a juicio del fallador surgía del vínculo de consanguinidad existente entre el acusado y la occisa. Apelada esta determinación fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali que la modificó en el sentido de reducir la pena principal a catorce (14) años por estimar que no concurría la circunstancia calificadora aludida con apoyo en el numeral 1º del artículo 324 del Código Penal. (Fls. 248 y 287).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, fundamentado como se desprende de su demanda, en las causales 2ª, 3ª y 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Concreta su inconformidad en los siguientes puntos:

a) *Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado*: Sostiene que al apoyarse el fallo condenatorio en la respuesta del jurado haciendo caso omiso de la inimputabilidad claramente determinada en su texto, se dividió impropiamente el veredicto y se violó lo preceptuado en los artículos 519, 533, 535 y 536 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita en desarrollo de este cargo, se case la decisión impugnada y se condene a su asistido a la respectiva medida de seguridad.

b) *Haberse dictado sentencia sobre un veredicto contradictorio:* Dice subsidiariamente que, la veredicción emitida es claramente significativa de que Esteban Hurtado Hurtado "sí cometió el hecho pero no es culpable". Que la interpretación equivocada que a su contenido le dio el juez de derecho, lo convirtió en veredicto contradictorio y consecuencialmente inexistente.

Invoca en este punto la anulación de la sentencia atacada y la celebración de una nueva audiencia pública.

c) *La sentencia recurrida se dictó en juicio viciado de nulidad:* Considera finalmente que, en caso de no prosperar los anteriores planteamientos, debe casarse la determinación censurada, anulando la actuación a partir del auto de proceder inclusive, ante la presencia de los siguientes vicios generadores de la invalidez advertida:

De carácter legal. Se incurrió en el auto de proceder en error en la denominación jurídica de la infracción, pues se atribuyó a su poderdante una conducta con características de asesinato, al deducir en su contra un agravante no previsto por la ley ni demostrado procesalmente. (Art. 210 del C. de P. P. numeral 5º).

De carácter supralegal. Se menoscabó el derecho de defensa, pues el auto de proceder así dictado ocasionó un equivocado juzgamiento y la elaboración de un cuestionario igualmente contrario a la realidad.

Concepto del Ministerio Público y consideraciones de la Sala

Debe ocuparse la Sala, por razón de la naturaleza prioritaria del contenido en el literal "c", en primer lugar, advirtiendo desde ahora que no le asiste razón al recurrente, pues es precisamente el fallo contra el cual se eleva su inconformidad el que de manera clara remedia el desacierto en el que específicamente se funda la solicitud de anulación del mismo.

Se ha sostenido reiteradamente que, "el auto de proceder es pieza fundamental del esquema procesal previsto en el ordenamiento vigente, como que representa el pliego de cargos que formula el Estado al procesado para que de ellos se defienda en el plenario. La trascendencia del citado auto que es a la vez el trasunto de la realidad probatoria que arroja la etapa investigativa y la base necesaria de la sentencia, ha llevado al legislador a rodearlo de exigencias sustanciales y formales cuyo desconocimiento puede entrañar señalado agravio a las formas propias del juzgamiento con menoscabo del derecho de defensa".

"En orden a garantizar la debida precisión y separación de los cargos, demanda el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal que en la motivación debe hacerse la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, esto es, que es imprescindible que el cargo tenga la necesaria concreción para garantizar el derecho de defensa".

"...Por último ordena que en la parte resolutiva, que es la conclusión de las premisas sentadas en la motivación se haga el llamamiento a juicio por el correspondiente delito determinado por su denominación genérica". (Sentencias de marzo 28 de 1985 y marzo 11 de 1986).

Las exigencias contenidas en el mencionado artículo 483, fueron cumplidas sustancialmente en el auto de proceder cuya anulación se solicita, pues en su texto se narraron de manera sucinta los hechos objeto de la investigación, se analizaron las pruebas demostrativas del cuerpo del delito y la responsabilidad; se hizo la calificación genérica del hecho imputado con las circunstancias que a juicio del juzgador eran conocidas y lo especificaban; la necesaria referencia al alegato previo a la calificación del sumario presentado por el respectivo Ministerio Público; y, en su parte resolutiva como conclusión de las consideraciones antes relacionadas, el llamamiento a juicio por el delito correspondiente (homicidio), el cual, se determinó en forma genérica en desarrollo de lo dispuesto en el Código Penal (Libro 2º, Título XIII, Capítulo 1º), precisando en uno de los hechos punibles cometidos en concurso, que se trataba de homicidio tentado, con lo cual no se incurrió en irregularidad sustancial generadora de nulidad.

Si los hechos atribuidos al procesado y demostrados procesalmente en relación con la muerte violenta de una persona y con los actos idóneos e inequívocamente dirigidos a eliminar a otra, sin que este resultado se produjera por causas ajenas a la voluntad del acusado; no se entiende cómo pudo haberse incurrido en error en la denominación jurídica del delito que engendre la invalidez del auto de proceder por la vía del numeral 5º del

artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, cuando precisamente a los cargos deducidos en la calificación sumarial se les dio la denominación que corresponde en el Código Penal (homicidio), y, no otra distinta (vgr. lesiones personales), lo cual, sí habría hecho imprescindible la aplicación de la comentada norma.

Tampoco se puede aceptar en consecuencia la acusación que el demandante ha hecho dentro del cargo que se examina en el sentido de ser la sentencia acusada violatoria de lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta Política, pues, de una parte no existió denominación errónea de la infracción, y, de otra, la estimación del juez de primer grado al concluir en su época que concurría en la graduación de la pena la circunstancia calificante del ordinal 1º del artículo 324 del Código Penal, constituye a lo sumo un dislate interpretativo corregible en la etapa de la causa que es el momento procesal donde precisamente se realiza el debate oral, público y contradictorio.

Es regla general que todos los sujetos que intervienen dentro de la relación jurídica procesal penal, tienen derecho a interponer el recurso extraordinario de casación contra la resolución definitiva correspondiente, pero, para que prospere la impugnación admitida, es necesario que quien se muestra inconforme de tal manera, tenga interés en la decisión que impugna y que ella les afecte. El demandante en este proceso carece de interés legítimo para censurar el fallo del Tribunal de Cali, pues no se ve razón alguna ni moral ni jurídica para que hubiera procedido en tal forma, cuando fue precisamente la decisión de segundo grado la que corrigió el desacierto en que precisamente sostiene su anulación, ya que, como se lee clara y enfáticamente de sus términos, se confirmó la sentencia del *a quo* pero descartando la circunstancia modificadora de responsabilidad penal que incrementó ostensiblemente la pena principal, para graduarla, en la cantidad permitida por la ley.

Ahora bien, *en cuanto a los cargos relacionados* en los literales "a" y "b", *es notorio que el representante del procesado demuestra un total desconocimiento de las normas que gobiernan la técnica del recurso de casación, pues como se ha sostenido infatigablemente por la Corte, el escrito en que se fundamentan las censuras debe estar ajeno a las contradicciones que hagan imposible su estudio, bien desde el punto de vista del planteamiento general, en cuanto a los cargos que se formulan con base en una determinada causal, y, en cuanto a la presentación de cada uno de ellos en sí mismo considerados.*

El principio de no contradicción se ha repetido, constituye la más elemental pero también la más insoslayable de las exigencias lógicas de este recurso extraordinario, sin el cumplimiento del cual, la demanda tendría el alcance de un alegato de instancia, pero no de una concreta petición de legalidad que es lo que en estricto sentido identifica la casación.

Incurre el actor en este caso concreto en elemental contradicción cuando de una parte señala inconcordancia de la sentencia con el veredicto y por otra, que el fallo del ad quem *se profirió con fundamento en un veredicto contradictorio. Tal manera de razonar denota inseguridad en el recurrente que no puede ser dilucidada por la Corte so pena de vulnerar el carácter discrecional de la casación según el cual esta impugnación extraor-*

dinaria queda sujeta al alcance que quieran darle las partes, con lo que, no pueden hacerse oficiosamente interpretaciones sobre el particular.

Es obvio que para demandar la invalidación del fallo por la vía de la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, debe el censor aceptar la legalidad del veredicto, en orden a demostrar que el juzgador por exceso o por defecto, lo desconoció o le dio un alcance que no corresponde a su estructura. En cambio, cuando se procede por la vía de la causal 3ª ibidem, *lo que se desconoce precisamente es la legalidad de la decisión del jurado, porque en el fondo se sostiene la presencia en el mismo de términos que se destruyen entre sí, que son inconciliables, y que en fin, hacen de las voces del Tribunal Popular un acto inexistente. La impericia del recurrente al pretender la destrucción de la sentencia atacada, mediante el empleo de las dos causales, así se presente una como principal y otra como subsidiaria, hace imposible el estudio del cargo por parte de la Sala.*

Como consecuencia de lo anterior, debe rechazarse la impugnación y aplicarse el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal desestimando el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

DESECHAR el recurso de casación a que se refiere la motivación y ORDENAR devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Anselmo Chávez (Conjuez), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

EXTRADICION

En la extradición pasiva es requisito que la persona solicitada se halle en el territorio del Estado requerido. La Corte recoge su doctrina anterior, en cuanto se consideró como vacío de procedimiento en el Tratado de Extradición con Estados Unidos, susceptible de suplir con normas que regulan situaciones semejantes.

Esta posición se acoge también en concepto del 28 de octubre de 1986, en el que es Magistrado ponente el doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 102.

Bogotá, D. E., 21 de octubre de 1986.

VISTOS

Procede la Sala a emitir concepto respecto de la solicitud de extradición formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con el ciudadano hondureño Juan Ramón Matta Ballesteros.

Enterado el reclamado acerca del trámite de extradición, designó apoderado, quien fue reconocido y tomó posesión (Fls. 3A, 7 y 9).

Destruida la documentación original en el incendio del Palacio de Justicia, de conformidad con el Decreto 3829 de 1985, la embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, mediante Nota número 042 de 23 de enero del presente año, reiteró la solicitud inicial (Nota 675 del 9 de septiembre de 1985), y acompañó copia de ésta, con todo lo cual se reinició el trámite correspondiente.

El apoderado de Matta Ballesteros solicita que emita concepto desfavorable, pues la solicitud de extradición viola la Ley 27 de 1980, aprobatoria

del Tratado, ya que contiene vicios de "procedimiento y de forma" que desconocen garantías constitucionales de su poderdante, y, por ende, deben llevar a la Corte a pronunciarse adversamente sobre la petición en comento (Fls. 94 y ss.).

SE CONSIDERA

Si la extradición (pasiva) consiste en la entrega que un Estado hace a otro Estado, de un individuo acusado o condenado que se encuentra en su territorio, para que en ese país sea juzgado o cumpla la pena, es obvio que como requisito indispensable, inherente a su naturaleza y previo a su aceptación, debe demostrarse, plenamente, que la persona solicitada se encuentra en el territorio del Estado requerido. No tendría sentido alguno poner en marcha todo el aparato estatal, para terminar ordenando la entrega teórica de quien se ignora si se halla en el territorio nacional.

La necesidad de demostrar que la persona reclamada se encuentra en el territorio del Estado requerido, surge clara del artículo primero del tratado de extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América (aprobado por la Ley 27 de 1980), en el cual se dispone que "las partes contratantes acuerdan la entrega recíproca, *conforme a las disposiciones estipuladas en el presente Tratado,* de las personas que SE HALLEN EN EL TERRITORIO de una de las partes contratantes" *y en desarrollo de este presupuesto básico, el artículo 9º del mismo Tratado impone al Estado requirente la obligación de acompañar la solicitud de extradición de "documentos, declaraciones u otras pruebas que identifiquen a la persona reclamada y* EL LUGAR DONDE PROBABLEMENTE SE ENCUENTRA".

En plena armonía con lo anterior, el Código de Procedimiento Penal que regula el trámite que ha de dársele a la solicitud de extradición en la Corte Suprema de Justicia, preceptúa en su artículo 755 que "la solicitud de extradición se sustanciará... como incidente, y la primera providencia que se dicte será notificada personalmente al reclamado". *Lo que en el Tratado tenía simple formulación teórica, aquí encuentra su concreción práctica: ¿Qué mejor manera para garantizar que la persona solicitada se encuentra en Colombia, que exigir que la primera providencia que se dicte dentro del incidente de extradición, le sea notificada personalmente a ella. Y qué forma más eficaz para garantizar los derechos relacionados con su defensa, porque, quién está en mejores condiciones que el reclamado, para acreditar que no es él la persona cuya extradición se solicita (Art. 755 del C. de P. P.), o que se trata de una investigación o condena por un delito político o militar (Art. 4º del Tratado), o que ya fue juzgado por el mismo ilícito que motiva la solicitud de extradición (Art. 5º del Tratado)?*

Queda claro, pues, que los dos estatutos son concordantes y complementarios: El Tratado exige como condición indispensable por la misma naturaleza de la extradición, que la persona reclamada se encuentre en el territorio colombiano, y el Código de Procedimiento Penal, al concretar tal exigencia, ordena que la primera providencia que se profiera dentro del incidente adelantado por la Corte se "notifique personalmente al reclamado", imposibilitándose así la continuación del trámite en ausencia o contumacia, porque como ya se dijo, es de la esencia misma de la extradición

(pasiva) que la persona solicitada se halle en el territorio del Estado requerido.

Como consecuencia de lo expuesto, cuando no pueda hacerse la notificación personal ordenada por el artículo 755 del Código de Procedimiento Penal, el trámite de la solicitud de extradición ante la Corte, debe paralizarse. No se trata, en este caso, de una laguna o vacío del procedimiento que deba ser llenado acudiendo a normas que regulan situaciones más o menos similares, como lo sería el artículo 484 del mismo Código que prevé la forma de hacer la notificación del auto de proceder, que debe ser personal, al sindicado a quien no es posible hallar (así lo sostuvo esta Corporación en doctrina que hoy recoge), sino de una consecuencia lógica por la forma como integralmente ha sido reglamentado este incidente de la extradición, en atención a su naturaleza. En forma expresa el mismo legislador limitó la posibilidad de la integración analógica en esta materia, al disponer en su artículo 730: "En todo lo referente a exhortos, *extradición*, efectos de condenaciones pronunciadas en el exterior y otras relaciones con autoridades de países extranjeros, se observarán las convenciones y los usos internacionales, *y a falta de éstos, se aplicarán las* SIGUIENTES *disposiciones*". Y si en el Tratado nada se dispuso sobre este particular, y sería absurdo siquiera contemplar la hipótesis porque, como ya se anotó, la extradición pasiva presupone necesariamente que la persona reclamada esté en el territorio del Estado requerido, no queda alternativa distinta de la de acudir a las disposiciones siguientes al artículo 730. Y si en ellas (Art. 755) se dispone que la solicitud de extradición se sustanciará como un incidente y que "la primera providencia que se dicte *será notificada personalmente al reclamado*", la Corte tiene que aceptar tan terminante mandato, con todas las consecuencias que de él se desprenden, entre las cuales está, que mientras no sea posible hacer personalmente la referida notificación, el incidente no puede avanzar, no sólo porque ninguna norma faculta su continuación en ausencia o contumacia, ni prevé para este caso la forma de hacer la notificación, sino además porque esta exigencia (notificación personal) concreta el presupuesto necesario de la extradición pasiva: Que el reclamado se halle en territorio del Estado requerido. No se trata, pues, se repite, de un vacío o laguna del procedimiento que deba ser solucionado por el intérprete, sino de la falta de uno de los requisitos indispensables para hacer viable la solicitud de extradición.

Concretando lo anterior, se tiene lo siguiente:

Cuando media solicitud de detención provisional por parte del Estado requirente (Art. 11 del Tratado) en armonía con el 742 del Código de Procedimiento Penal, Colombia "tomará las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada" (Art. 11-2 del Tratado). Si la orden de detención provisional se hizo efectiva y la persona reclamada continúa privada de su libertad al momento de dictarse la primera providencia por la Corte dentro del incidente de extradición, se le hará notificación personal de ésta y se continuará el trámite hasta su terminación con concepto favorable o desfavorable para la entrega. Si la detención provisional solicitada no ha podido cumplirse y a pesar de ello se envía la solicitud a la Corte, ésta deberá devolverla al Ministerio de Justicia para que insista en la captura del solicitado, toda vez que esta medida no es de su incumbencia.

Cuando se haga efectiva la aprehensión y se reciba de nuevo la solicitud, se iniciará el trámite y se hará la notificación personal de que trata el artículo 755 del Código de Procedimiento Penal y se proseguirá con el incidente.

Si la persona reclamada no se encuentra privada de su libertad, bien porque no medió solicitud de detención provisional o porque ésta cesó por vencimiento del término previsto en el Tratado para legalizar la demanda de su extradición (Art. 11-3), la Corte expedirá una orden de comparendo (Art. 58 del Código Nacional de Policía) para que al reclamado pueda hacérsele la notificación personal que ordena el multinombrado artículo 755 del Código de Procedimiento Penal. Mientras esta última diligencia procesal no sea evacuada, el incidente de la extradición no puede continuarse.

Desde luego que si una vez iniciado el trámite del incidente de extradición y surtida la notificación personal se comprueba, como en el caso sub examine, *que la persona reclamada ya no se encuentra en territorio colombiano, el concepto de la Corte debe ser negativo por faltar uno de los requisitos esenciales para que la solicitud pueda ser resuelta favorablemente, y sin que sea necesario agotar la tramitación del incidente, ni analizar los argumentos que hayan podido presentarse en favor del reclamado.*

En efecto. A folio último de la actuación presente, aparece en original el Oficio número 1003, del 13 de agosto último, por medio del cual el Asesor Jurídico de la Cárcel Nacional Modelo responde a la Sala que "el ex interno Juan Ramón Matta Ballesteros se evadió de este centro carcelario el 19 de marzo del año en curso, investigación que adelanta el Juzgado Noveno Inscriminal 26 Superior".

Esa información está corroborada por la que, de manera detallada y oportuna, suministraron al país los medios de comunicación, los cuales, además, daban noticia sobre el real apresamiento del reclamado en su país de origen.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, emite concepto DESFAVORABLE respecto de la solicitud de extradición del ciudadano extranjero Juan Ramón Matta Ballesteros.

Devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia.

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

Luis G. Salazar Otero
Secretario.

MINISTERIO PUBLICO

En la Ley 2ª de 1984 —artículo 26— la participación del Ministerio Público es la misma que en los procesos ordinarios, con la diferencia de que no hay lugar a traslados, ni a notificaciones obligatorias, con el fin de darle una mayor celeridad a su tramitación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 102.

Bogotá, D. E., 21 de octubre de 1986.

VISTOS

Por sentencia del Tribunal Superior de Medellín se condenó a Miguel Francisco Luna Arroyo y a Rodrigo de Jesús Montaño Fernández a la pena principal de ochenta y cuatro (84) meses de prisión como responsables de los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado. Oportunamente interpuesto el recurso extraordinario de casación se concedió y se le ha dado cabal tramitación al mismo declarando admisible y ajustada la demanda a las exigencias legales. Se escuchó el concepto del Procurador Primero Delegado quien solicitó no se casara la sentencia recurrida.

Resuelve la Sala lo pertinente luego de reseñar los siguientes

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que motivaron el nacimiento de este proceso tuvieron ocurrencia en el barrio Santa Cruz de la ciudad de Medellín el quince (15) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), cuando se presentaron en la residencia del señor Martín Alonso Posada Moreno seis (6) individuos que alegaron ser representantes de la autoridad que iban a realizar un allanamiento para la búsqueda de sustancias narcóticas. Uno de

los delincuentes amedrentó al dueño con un revólver y de esta manera lograron el ingreso a su domicilio, para decirle, mientras realizaban una requisa exhaustiva a su residencia, que para evitar males mayores era mejor que les diera la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00); ante la manifestada imposibilidad por parte del amenazado de conseguir ese dinero en plazo tan breve la esposa se ofreció para tratar de obtenerlo, buscando a unos amigos por medio de los cuales logró el concurso de las autoridades que realizaron un operativo que dio como resultado la captura de los actuales procesados cuando se disponían a recibir del extorsionado un paquete que presuntamente debía contener el dinero solicitado. Los integrantes de la banda en el entretanto optaron por llevarse al joven Albeiro Posada, hijo de Martín Alonso y se apoderaron de varios objetos y joyas de la dueña de casa.

Se dictó auto cabeza de proceso el diecisiete de noviembre por el Juzgado 53 de Instrucción Criminal de Medellín.

Por providencia del 24 de noviembre, emanada del mismo Juzgado, se decretó la detención preventiva de los procesados.

El catorce (14) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) se cerró la investigación por decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito.

Por auto del mismo Juzgado del quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) se convocó a audiencia a los procesados por los delitos de hurto, secuestro y extorsión.

Realizada la audiencia pública el veinticuatro (24) de mayo, por sentencia de primera instancia se condenó a los procesados a la pena principal de noventa (90) meses de prisión como responsables de los delitos por los cuales se les había citado a audiencia.

El Tribunal en la providencia que es impugnada, dictada el diez (10) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) absolvió a los procesados por el delito de concusión y confirmó la condena por los delitos de secuestro extorsivo y hurto calificado, tasando la pena definitiva en ochenta y cuatro (84) meses de prisión.

La demanda

El recurrente presentó dos (2) demandas exactamente iguales en representación de los intereses de los procesados quienes son sus poderdantes. Por la identidad de las mismas la Sala se referirá a ellas de manera conjunta.

El primer cargo presentado es por considerar el censor que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, que hace consistir en que el fiscal no intervino en el proceso de manera activa como lo exige el artículo 26 de la Ley 2ª de 1984 que establece un procedimiento especialísimo para la investigación y fallo de este tipo de procesos. Sostiene igualmente que el cargo anfibológico y contradictorio que se formuló en el auto de citación, dificultó el ejercicio de la defensa, incurriéndose por tales circunstancias en nulidad supralegal.

El segundo cargo se fundamenta igualmente sobre el presupuesto de la existencia de una nulidad constitucional, que hace consistir en que en la diligencia de audiencia pública el defensor de Luna Arroyo no presentó un resumen de las alegaciones, como lo exige de manera expresa la norma procesal.

El tercer cargo se hace consistir en una nulidad por desconocimiento del debido proceso al haberse corrido traslado a las partes por un término mayor que el previsto para la rituación de estos especialísimos juicios; en haberse concedido un recurso de apelación cuando el auto atacado no admitía dicho trámite y que al desecharse el recurso por el superior el funcionario del conocimiento no repuso la actuación viciada que no permitió la ejecutoria del auto de citación a audiencia.

El cuarto cargo se formula al amparo de la causal primera, cuerpo primero por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 268, con exclusión del artículo 355 que era el adecuadamente aplicable.

Para fundamentar esta censura dice que no fue el propósito de los procesados realizar un secuestro sino consumar fundamentalmente un comportamiento esencialmente extorsivo. Sostiene que en el secuestro extorsivo, la privación de la libertad de la persona es el epicentro de la acción y que el acto proyectado y realizado por los procesados corresponde básicamente a la figura extorsiva, error de ubicación jurídica que tuvo trascendencia en la tasación excesiva de pena.

El concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

En su concepto el representante del Ministerio Público consideró que dentro del especial procedimiento que se señala para los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, no es viable proponer nulidades para sanear vicios de procedimiento, al interpretar el contenido del artículo 25 de la Ley 2ª de 1982 que establece: "En los procesos que se adelanten conforme a lo establecido en este capítulo, sólo podrán alegarse nulidades durante la audiencia pública y se resolverán en la sentencia de primera instancia".

"La causal de nulidad por incompetencia del juez podrá alegarse en cualquier estado del proceso".

"El auto que niegue la nulidad por incompetencia del juez es apelable en el efecto devolutivo".

Sostiene que de acuerdo a los criterios generales de interpretación de la Ley 57 de 1887 en caso de disposiciones legales incompatibles entre sí, la ley especial preferirá a la de carácter general y que en el caso analizado la norma especial es la prevista en la ley segunda.

Más adelante sostiene:

"El censor cobija sus reproches bajo la acusación de haberse desconocido las formas propias del juicio, porque según su pensamiento, la no intervención del fiscal en la etapa precalificadora y en la audiencia pública

desvertebró la estructura de este especialísimo procedimiento, porque la no presentación de un resumen de sus intervenciones orales por parte del defensor de Luna Arroyo, implica desconocimiento de las formas propias del juicio y finalmente, se desconoció la ritualidad señalada en la Ley 2ª de 1984, cuando se corrió traslado a las partes por ocho (8) días en vez de hacerlo por 5, cuando se concedió el recurso de apelación contra una providencia que no lo permitía, etc.''.

Y refiriéndose a estas alegaciones contestó:

''Al decir de los doctrinantes, nuestro procedimiento penal es esencialmente mixto: combina armoniosamente los procedimientos inquisitivo y acusatorio y por ende, la intervención activa del Ministerio Público no puede mirarse como columna vertebral de nuestro procedimiento penal, como sí lo sería, en tratándose de procedimientos netamente acusatorios.

Ni la carencia de alegatos fiscales en la etapa precalificatoria, ni la ausencia del Ministerio Público en la audiencia, sin intervención del jurado, dentro del proceso ordinario han sido reputadas como causales de nulidad de origen jurisprudencial''.

Considera como una mera irregularidad el que no se hubieren presentado durante la audiencia los resúmenes de las alegaciones hechas en dicho evento, como igualmente considera faltos de seriedad los reproches propuestos por el censor, por haberse corrido traslado por un número mayor de días de los previstos en la ley segunda o haber concedido un recurso para un auto que no lo admitía.

En relación a la causal segunda alegada por el censor el Procurador Primero Delegado en lo Penal consideró que presentaba evidentes fallas de técnica en su formulación, sosteniendo que la Corte de manera reiterada ha afirmado que cuando se incurre en error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, el amparo debe formularse a la luz de la causal cuarta y no de la primera como lo sostiene el demandante.

''La razón es muy sencilla: si se parte de la hipótesis de que el fallador incurrió en error en la calificación jurídica que a los hechos dio en el auto de vocación a juicio, o en la providencia de citación de audiencia, debe concluirse entonces que la sentencia recaída en estas condiciones no guarda relación con el pliego de cargos y de consiguiente la decisión final se ha producido a través de un procedimiento viciado de nulidad''.

Como consecuencia de sus argumentaciones termina solicitando a la Sala no se case la sentencia atacada.

Consideraciones de la Sala

El primer cargo de nulidad lo hace consistir el censor en el hecho de haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por ausencia total de participación en el proceso del agente del Ministerio Público pese a lo dispuesto por el legislador de 1984 en la Ley 2ª, cuando cita el parágrafo del artículo 26. Lamentablemente el recurrente cita sólo el parágrafo del mencionado artículo 26 y se abstiene de transcribir el artículo en sí mismo, porque se trata de dos unidades inseparables en su interpretación,

que al ser presentadas de manera unilateral podrían llevar a conclusiones completamente contradictorias, porque como bien se sabe al crearse el procedimiento especial previsto en esta ley para delitos que producen una gran alarma social, se busca ante todo, de formar jueces especializados en algunas de las formas más graves de criminalidad existentes en el país y al mismo tiempo agilizar el procedimiento; pero dentro de esta filosofía orientadora de la ley si se lee únicamente el artículo 26 sin el correspondiente parágrafo se entendería que en este procedimiento no hay participación del Ministerio Público cuando se dice:

"No hay lugar a traslados ni a notificaciones obligatorias al Ministerio Público".

Pero si sólo se analiza el parágrafo pertinente como lo hizo el recurrente se podría concluir que la participación del Ministerio Público en esta clase de procesos es de mayor e ineludible importancia. Sin embargo si se interpreta el texto total del artículo, que es la única forma admisible de comprensión, se llega a una tercera eventualidad, pues, se concluye que la participación del Ministerio Público en esta clase de procesos es la misma que en los procesos ordinarios, pero que a diferencia de lo que sucede en aquéllos no hay lugar a traslados, ni a notificaciones obligatorias, esto precisamente con el propósito de dar una mayor celeridad al trámite de este tipo de investigaciones, que es lo que en definitiva busca la ley, para que la represión sea más efectiva y al mismo tiempo la sanción sirva de prevención y persuasión.

No es cierta la afirmación del casacionista cuando sostiene que "la agencia fiscal fue un ente mudo en todo el desarrollo del proceso", pues el Fiscal del Juzgado de instancia interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto de citación a audiencia pública. Fue notificado de varios autos, especialmente en el período de la causa; en este lapso solicitó al funcionario competente que designara peritos con el fin de avaluar los perjuicios ocasionados con la infracción, que dio como resultado que la suma de los perjuicios pudiera ser delimitada por el perito nombrado para tal efecto y también solicitó el envío de uno de los procesados donde los médicos legistas para que conceptuaran si sufría de tuberculosis, para que se determinara si era del caso dar aplicación al artículo 673 del Código de Procedimiento Penal. Como se puede observar el Ministerio Público sí tuvo actuación dentro del proceso, haciendo solicitudes e interponiendo recursos; lo que sí debe reconocerse es que no actuó en todas las diligencias, ni durante todo el proceso, ¿pero es que acaso las partes tienen la obligación de participar en todos los eventos procesales que se realicen dentro de la actuación? La Sala considera que no, máxime si se trata de un funcionario público, especialmente los fiscales del circuito, que son agentes fiscales de varios juzgados y que por tal razón deben enfrentar simultáneamente multitud de procesos, sin que realmente los pudieran atender a todos por física y absoluta incapacidad.

El censor destaca fundamentalmente la ausencia del Fiscal en el momento de la calificación y durante el trámite de la audiencia pública y que tal silencio incidió en el ostensible error en que incurrió el funcionario del conocimiento de primera instancia quien abrió proceso por delitos contradictorios entre sí.

En relación a esta problemática no ha existido uniformidad en la jurisprudencia de esta Corporación, porque mientras por providencia del trece (13) de febrero de mil novecientos setenta y cinco (1975), con ponencia de Julio Roncallo Acosta se sostuvo que la celebración de la audiencia con intervención del jurado y con la ausencia del Ministerio Público no constituía nulidad, decisión que fue ratificada posteriormente con providencia del doctor Calderón Botero el veintiocho (28) de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983) con salvamento del doctor Gómez Velásquez, para ser variada con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez fechada el treinta (30) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983) y en la que salvó voto el doctor Aldana Rozo.

Debe advertirse que todas las jurisprudencias aludidas hacen referencia a la ausencia del agente del Ministerio Público en la audiencia con jurado.

Considera la Sala que a pesar de las funciones constitucionalmente señaladas al Ministerio Público con los artículos 143 y ss.; de las legales señaladas en los artículos 102 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Ley 2ª de 1984, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 508 del Código de Procedimiento Penal en el que se indica que la ausencia del fiscal no impide la realización de la audiencia pública, debiéndose entonces concluir, que su imperatividad hace fundamentalmente relación al aspecto disciplinario en que podrían incurrir los funcionarios del Ministerio Público, que no a presuntas nulidades que pudieran originarse por su ausencia en determinadas actuaciones del proceso penal. Debe igualmente recordarse que las funciones del Fiscal varían sustancialmente dentro del sistema inquisitivo y acusatorio porque mientras en el primero, que sería el predominante en el estatuto procesal colombiano el Fiscal es un mero colaborador del juez y sus conceptos no obligan al funcionario ante el cual actúan, de tal manera que su ausencia no puede llegar a convertir en nulidad lo que apenas constituye una mera irregularidad; bien distinta sería la situación en el sistema acusatorio, porque dentro de tal modelo procedimental es el fiscal quien realiza la investigación y formula la acusación, haciendo parte fundamental de la diligencia de audiencia pública, donde es imprescindible su presencia puesto que si no existe acusación no hay defensa y obviamente inexistencia del juzgamiento.

Precisamente porque el Fiscal representa los intereses sociales y por tanto puede realizar labores de defensa o de acusación, la presencia de quien ejerce las primeras es absolutamente necesaria para la validez del juicio; no así de quien realiza la segunda de las funciones, esto es la acusación, porque en el proceso penal colombiano quien formula la inculpación es el propio Juez del conocimiento y en tales condiciones los conceptos emitidos por el Fiscal correspondiente no lo obligan, de allí que reiteradamente en los estrados judiciales se hable del colaborador fiscal en relación al agente del Ministerio Público, cuya ausencia en determinados actos procesales constituye evidentemente una irregularidad, que bien le puede originar al responsable sanciones de tipo disciplinario o penal, pero jamás podrían llegar a constituir nulidad como lo pretende el recurrente.

El hecho de que no configure nulidad procesal, no quiere decir que se trate de un acto totalmente irrelievante, sino que por el contrario está

demostrando negligencia e irresponsabilidad profesional de quien de tan mala forma se desempeña en el cargo, y como ya se dijo bien podría originar para el funcionario sanciones de tipo disciplinario o penal.

Debe la Sala disentir del concepto de su colaborador fiscal cuando sostiene, por medio de la interpretación del artículo 25 de la Ley 2ª de 1984, que en estos especialísimos procesos no es viable proponer nulidades con el propósito de sanear vicios del procedimiento y no se comparte el criterio antes enunciado porque es claro que hace relación a las nulidades que pudieran presentarse en el trámite de las dos instancias, porque como ya se afirmó busca el legislador con este procedimiento especialísimo dar una más rápida y eficaz respuesta represiva a delincuencia de tanta gravedad y que de manera tan profunda ha afectado la vida social. Pero sostener la misma afirmación en relación al recurso extraordinario de casación no es admisible, puesto que las nulidades están específicamente contempladas como causales de este extraordinario recurso y además porque si se aceptara la interpretación que se da a este precepto legal por parte del Procurador Delegado en lo Penal, tendría que concluirse en la inconstitucionalidad del mismo y ello surge claro, puesto que en el artículo 26 de la Constitución Nacional se consagra el debido proceso, que no es otra cosa que el respeto a las formas propias del juicio y bien se sabe que las actuaciones judiciales calificadas como nulas, son aquellas que de manera sustancial afectan las formas propias del juicio lesionando los derechos del imputado o los intereses sociales que se deciden por medio del proceso penal. Sería inconstitucional el contenido del artículo 25 de la antes aludida ley, porque estaría ignorando el texto constitucional del respeto a las formas propias del proceso que pueden ser desconocidas o violadas precisamente por actos procesales que constituyen por sí mismos vicios de nulidad. En tales condiciones de existir nulidades en los procesos especiales reglados en la Ley 2ª de 1984, sería perfectamente viable que la Corte las reconociera en sede de casación.

Presenta el censor un segundo cargo por considerar que se incurrió en nulidad supralegal por haberse desconocido las formas propias del juicio, por no presentarse por parte del defensor de Luna Arroyo un resumen escrito de sus alegaciones.

No comparte la Sala la acusación de nulidad presentada por el censor porque si bien es cierto que el artículo 511 dispone que las partes deberán presentar un resumen escrito de sus alegaciones orales, también lo es que en el artículo 508 del mismo estatuto procesal da a entender precisamente la no obligatoriedad de este resumen escrito al establecer: "...pero la asistencia del defensor es obligatoria y deberá alegar verbalmente o por escrito, según el caso", lo que quiere decir que es viable alegar sólo oralmente o bien hacerlo en las dos formas como lo estipula el mencionado artículo 511.

El derecho de defensa constitucionalmente consagrado queda incólume cuando el abogado, realiza una defensa buscando mejorar la situación jurídica de su defendido, bien sea solicitando la absolución o su condenación con atenuantes o simplemente en casos especialmente difíciles, tratar de obtener la sanción mínima correspondiente establecida para el delito que es motivo de juzgamiento y si esta tarea defensiva se hace verbalmente con

responsabilidad profesional y criterio jurídico no se puede ver de qué manera se estaría afectando el derecho a la defensa. Tan no es necesaria la presentación de un resumen escrito de las alegaciones de la audiencia, que cuando ésta se celebra con la intervención de jurados el debate en su integridad es fundamentalmente oral, sin que pudiera llegar a afirmarse que se trata de diligencias nulas por haberse afectado el derecho de defensa. La existencia o no de una técnica y adecuada defensa no depende de estos formalismos que en nada afectan en su integridad la labor defensiva.

En las condiciones anteriores y de acuerdo con el Fiscal de la Corporación se desechará el cargo presentado por el censor.

Plantea el censor un tercer cargo por desconocimiento del debido proceso por haberse corrido traslado a las partes por el término de ocho (8) días, cuando en ese procedimiento especialísimo el traslado es más breve y haberse concedido la apelación interpuesta contra el auto de citación a audiencia, recurso que al ser desechado por el superior no originó la reposición de la actuación viciada impidiéndose de esta manera la ejecutoria del auto recurrido.

En realidad, exageradas son las pretensiones del recurrente al considerar que se haya podido violar las formas propias del juicio por el hecho de haberse corrido un traslado por término mayor al legalmente contemplado o porque se le concedió el recurso de apelación a un auto que no lo tenía. Estas irregularidades que el censor pretende convertir en causales de nulidad, por el contrario deben considerarse como el otorgamiento de mayores garantías de las legalmente consagradas y con las actuaciones denunciadas no es precisamente el imputado quien puede quejarse de violar sus derechos procesales. Tampoco puede admitirse la pretensión del recurrente cuando sostiene que mientras se tramitó el recurso de apelación se realizaron diversas diligencias que posteriormente no fueron repuestas impidiéndose la ejecutoria del auto de citación. Esta afirmación no corresponde a la realidad porque la verdad es que mientras se surtió el recurso de apelación y antes de que fuera devuelto por el Tribunal indicando que ese tipo de providencias no tenían el recurso de alzada, lo único que se hizo fue notificar a las partes, una de las cuales también coadyuvó la apelación interpuesta por el agente del Ministerio Público y en tales condiciones no había actuación que reponer, ni ninguna acción que pudiera impedir la ejecutoria del auto de citación a audiencia pública.

Al amparo de la causal primera, cuerpo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal plantea la violación de la ley sustancial por adecuación del artículo 268, excluyendo la aplicación del artículo 355 que según su criterio era el jurídicamente aplicable y contribuyendo de esta manera a una mayor intensificación punitiva.

El planteamiento básico para la sustentación del cargo presentado es que desde el punto de vista fáctico los procesados lo que realizaron fue la acción de constreñir, buscando evidentemente un provecho ilícito, pero que tal conducta no puede confundirse con el secuestro extorsivo donde la privación de la libertad es el epicentro de la acción delictiva.

No comparte la Sala los planteamientos de la defensa, no solamente por su contenido sino por la antitécnica presentación de la censura, porque

la Sala en Jurisprudencias reiteradas han venido sosteniendo que el error en cuanto al *nomen juris* de la infracción debe ser propuesto a través de la causal cuarta. Así se sostuvo en sentencia del primero (1º) de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977), reiterada posteriormente por decisión del veintinueve (29) de enero de mil novecientos ochenta y uno (1981) con ponencia del doctor Darío Velásquez al sostenerse:

"No sobra advertir que la nulidad puede igualmente ser corolario de la violación directa de la ley sustancial. Ocurre generalmente cuando el sentenciado confunde el diagnóstico de los hechos concretamente establecidos y que el actor no discute en su autenticidad ni en su alcance probatorio, pues solamente reclama contra su impropia denominación jurídica: El caso exige la aplicación perentoria de unos muy concretos imperativos legales, y el legislador aplica otros diferentes ajustados a un modelo penal distinto del escogido por él. El falso *nomen juris* implica la exclusión de la norma pertinente y la aplicación indebida de la que ciertamente no conviene a los hechos delictuosos.

"Se trata, no cabe duda, de un error de juicio del sentenciador, categorizado por ministerio de la ley como nulidad sustancial. La doctrina lo conoce como error complejo, porque el error de procedimiento ocurre en íntima vinculación con la violación directa de la ley sustancial, sin excluir la hipótesis de su 'interpretación errónea'.

"Por donde se ve que los motivos de las diferentes causales de casación son específicos de cada una de ellas, pero no privativos. Todos son compatibles con la causal cuarta, y cuando el recurrente en casación, pretende que con fundamento en ellos, el fallador dictó sentencia en juicio viciado de nulidad insubsanable, debe demostrarlo así dentro del ámbito de la causal cuarta".

De manera más reciente se ha reiterado la prenombrada jurisprudencia por medio de sentencia de casación en la que fue ponente el doctor Gómez Velásquez, del veintiocho (28) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) cuando se sostuvo:

"Examinado dicho razonamiento (Art. 580 del C. P. P.), se advierte en primer término que corresponde más claramente a la causal cuarta, por cuanto equivale sustancialmente a alegar nulidad por error en la denominación de la infracción, toda vez que implica afirmar que no existió una infracción, sino otra diferente, con la consecuencia correspondiente en cuanto al juzgamiento; basta para concluir en la demostración de la improcedencia de este planteamiento al examinar la petición final de que se dicte sentencia respectiva por el artículo 355 del Código Penal, y de conformidad con el artículo 483, numeral 10 del Código de Procedimiento Penal, lo cual no podría hacerse pues equivaldría a sancionar por falta o delito distinto a aquel por el cual se profirió el enjuiciamiento; como las causales deben alegarse en casación con exactitud, toda vez que no puede presentarse respecto a una determinada, situación que corresponde a otra, puesto que tienen su campo o ámbito propio y el admitirlo llevaría a desvirtuar su naturaleza y afectar la técnica propia del recurso, bastaría esta falla para rechazar la acusación".

Es innegable la antitécnica presentación de la censura, porque al amparo de la causal primera en el hipotético caso de llegar a aceptarse las pretensiones del recurrente, es evidente que la Sala atemperándose a lo previsto en el numeral primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, debería dictar el fallo de sustitución, eventualidad que repugna a la más simple lógica jurídica porque se estaría condenando por delito diverso de aquel que originó la imputación; situación que no se presentaría si la censura se hubiera presentado al amparo de la causal cuarta, porque en tal caso la Sala luego de declarar la nulidad indicaría en qué situación queda el proceso, devolviéndose al Tribunal de origen para su reposición de acuerdo a lo dispuesto por la Corte.

En las condiciones anteriores, se rechazará el cargo presentado al amparo de la causal primera por falta de técnica en su presentación.

Como consecuencia 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 cúmplase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

NULIDAD

La omisión en la notificación del auto que abre el juicio a prueba en la segunda instancia, artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar, genera nulidad de orden constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio. La Corte reitera su doctrina.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal.

Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 102.

Bogotá, D. E., 21 de octubre de 1986.

VISTOS

Reconstruido conforme al Decreto 3829 de 1985 este proceso, resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Primera del Tribunal Superior Militar contra la sentencia del 14 de noviembre de 1984, de dicha Corporación, mediante la cual se condenó al particular Miguel Antonio Cruz por delito contemplado en el Decreto 1188 de 1974, a la pena principal de seis (6) años de prisión y multa de cien mil pesos. Dicho fallo confirmó el de primera instancia.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 13 de junio de 1984 fue allanada la casa de habitación de Miguel Antonio Cruz en el barrio "La Olla" del Municipio de Neiva y al efectuarse el registro correspondiente se encontró una cartera de cuero que contenía 9.818 gramos de una sustancia que el laboratorio forense dictaminó como contentiva de cocaína en alto grado de concentración.

La investigación pertinente, iniciada por el Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar culminó en primera instancia con sentencia del Comando de la Novena Brigada con sede en Neiva, en la que se condenó a Cruz —quien se hallaba desde el comienzo privado de la libertad a disposición de la

Justicia Penal Militar—, a la pena principal referida con antelación, como autor responsable del hecho punible de vender cocaína base. Recurrido en apelación este pronunciamiento, el Magistrado sustanciador del Tribunal Militar a quien le correspondió desatar la impugnación dictó el 3 de octubre de 1984 un auto del siguiente tenor:

"En la Secretaría de la Corporación y por el término de tres días, córrase traslado común a las partes para que éstas pidan y señalen las pruebas que estimen conducentes.

Si hubiere petición de pruebas, vuelva el proceso al Despacho para resolver. En caso contrario, por el término de tres días envíese el expediente al señor Fiscal para concepto y luego fíjese en lista por igual lapso para que las demás partes presenten sus alegatos.

Para efectos de las notificaciones en el curso de la instancia que se surte en relación con el presente proceso, estése a lo dispuesto en el artículo 427 del C. J. P. M. CÚMPLASE".

Transcurrido el término señalado sin que se solicitaran pruebas, se dio traslado a la Fiscalía para alegato de fondo, pero la titular de tal Despacho no lo rindió, sino que propuso declaratoria de nulidad de la actuación a partir del auto transcrito, por considerar que la falta de notificación de dicho proveído a las partes y al Ministerio Público implicó el desconocimiento de una de las formalidades propias del proceso. El Tribunal no acogió el planteamiento y emitió el fallo confirmatorio de condena materia de este recurso extraordinario. Estimó el *ad quem* que el aspecto de divergencia con la Fiscal está plenamente resuelto por el Código de Justicia Penal Militar, estatuto que no prevé la notificación de los autos de sustanciación como lo es el de apertura a pruebas en la segunda instancia de los juicios castrenses.

La demanda

La recurrente formula tres cargos al fallo de segundo grado, todos con apoyo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque en su opinión fue dictado en un juicio viciado de nulidad de orden constitucional debido al desconocimiento de las formalidades propias, por no haberse notificado el auto que abre el juicio a prueba y no haberse dado oportunidad a la Fiscal para emitir su concepto; y por violación del derecho de defensa del acusado, garantías a cuya tutela tiende el artículo 26 de la Carta.

En uso de la facultad consagrada en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares reafirma la opinión de la Fiscal demandante en cuanto hace a la obligación de notificar el auto de apertura a pruebas en la segunda instancia y coadyuva la solicitud de casación.

Argumenta así la representante del Ministerio Público:

Cargo primero: El Tribunal omitió la notificación del auto de apertura a pruebas en el trámite de la segunda instancia por apelación de la sen-

tencia de primera, pese a ser una formalidad de imperativa observancia según los artículos 593 del C. de J. P. M. y 179 del C. P. P., de manera que al impedir así que las partes y el Ministerio Público se enteraran de su proferimiento, les vedó el ejercicio del derecho a pedir las pruebas que estimaran conducentes. Discurre sobre la importancia de dicha notificación y su obligatoriedad, porque de ella depende la efectividad de tal derecho inalienable. Advierte que el motivo de nulidad se originó al emitirse el mentado auto como de mero impulso procesal y darle el tratamiento característico de estas determinaciones con la simple orden de cumplimiento. Para respaldar sus apreciaciones transcribe conocida y reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el tema planteado (Sentencia del 11 de febrero de 1974).

Cargo segundo: Se desconoció el derecho de defensa del acusado, a quien estando detenido a órdenes de la justicia castrense y por razón de este proceso, no se le notificó el auto de apertura a pruebas referido en el cargo anterior.

Admite que el Código de Justicia Penal Militar adolece de vacío normativo sobre la manera de notificar dicha providencia, pero advierte que dicho Estatuto Especial consagra la remisión expresa en lo no previsto y en lo que no se oponga al Código de Procedimiento Penal, y que por consiguiente al respecto el Tribunal debió acogerse a los artículos 179, 180 y 183 de este ordenamiento, aplicables a los procesos que tramite la justicia militar.

En consecuencia de estos vicios el proceso está afectado de nulidad supralegal desde la providencia en mención.

Cargo tercero: Se obstaculizó al Ministerio Público el ejercicio de su función, al privársele de la oportunidad de formular alegato de conclusión sobre lo sustancial del proceso, pues al recibir el traslado para el efecto no se pronunció de fondo sino que se limitó a plantear los que para ese momento procesal consideraba motivos de nulidad, y por consiguiente a impetrar ésta de manera que no llegó a cumplir el mandato del artículo 594 del Código de Justicia Penal Militar y en estas condiciones se emitió la sentencia impugnada, con absoluto desconocimiento de otra de las formalidades propias del juzgamiento. Con relación a este punto destaca la recurrente la importancia de la función del Ministerio Público como representante de la sociedad y su consiguiente deber de intervenir en el proceso. La omisión del Tribunal a que alude este reclamo, vicia de nulidad la actuación desde cuando se presentó.

Consideraciones de la Sala

Anota la Sala, en primer lugar, que éste constituye uno más de los reiterados casos en que la omisión procedimental alegada por la agente del Ministerio Público, da lugar a la casación del fallo del Tribunal Superior Militar, situación que no consulta el principio de la economía procesal y que en nada contribuye a la eficacia de la Administración de Justicia.

Dado que los cargos *primero* y *segundo* se fundamentan esencialmente en la misma inobservancia procesal y guardan estrecha relación recíproca,

y que la prosperidad de cualquiera de ellos generaría la nulidad demandada del mismo lapso procesal, se estudiarán en conjunto.

La Corte en reiterada jurisprudencia ha dicho que además de las causales de nulidad establecidas taxativamente en la ley, puede haber otras nacidas de la violación de las garantías procesales establecidas en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Tales garantías son la de preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento, la legalidad de la jurisdicción, la observancia plena de las formas del juicio y la aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado, debiendo señalar en cada caso el recurrente cuál de estas garantías es la que se ha violado con la sentencia que se impugna en casación.

Con relación a la tercera de las garantías mencionadas, la de la observancia plena de las formas del juicio, es necesario tener en cuenta que la ley establece una serie de ritualidades que configuran la estructura del proceso, con miras a garantizar la efectividad del ejercicio de los derechos de las distintas partes que en él intervienen —Estado, sindicado y perjudicados con la infracción —y que sólo erige en causales de nulidad la violación de algunas pocas de ellas. Por eso no se puede entender que toda violación de la ley procedimental va a generar necesariamente una nulidad supralegal; para que ello ocurra es necesario, además, que de la violación se derive un perjuicio concreto para alguna de las partes, o se rompa la estructura básica del proceso. No puede decretarse la nulidad, por ejemplo, porque falta la notificación del auto que cierra la investigación, si las partes presentaron sus alegatos de conclusión. Pero habiéndose incurrido en la violación de cualquiera de las ritualidades establecidas por la ley, aun de aquellas cuya violación la ley no ha erigido en nulidad, habrá lugar a decretar ésta por desconocimiento de la garantía del debido proceso establecida en el artículo 26 de la Carta, si con ella se ha afectado en forma sustancial los derechos de alguna de las partes en el proceso.

En el caso en estudio no hay duda de que el auto que abrió el juicio a prueba en la segunda instancia debió ser notificado a las partes. Con relación a este punto dice claramente la Corte en sentencia del 24 de septiembre de 1985, de la cual fue ponente el Magistrado doctor Pedro Elías Serrado Abadía y que transcribe la Procuraduría Delegada, lo siguiente:

"El auto que de acuerdo con el artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar abre a prueba el proceso en su segunda instancia es de sustanciación puesto que sólo impulsa el trámite que procede (sic) a la emisión de la sentencia. No le son aplicables las disposiciones que sobre notificación aparecen en el artículo 427 del mismo estatuto, pues éstas se refieren a los autos interlocutorios y a las sentencias. Pero si se comprende la importancia de dicha providencia dentro del procedimiento castrense y el hecho de que sólo el conocimiento de su existencia permite a las partes pedir y señalar las pruebas que consideren conducentes con el propósito de obtener que sean decretadas y practicadas dentro del término previsto en la norma para que sean evaluadas al momento de sentenciar, resulta indudable la conclusión de que debe notificarse.

"De lo dicho se infiere que hay un profundo vacío sobre dicho tema en la legislación castrense y que puede llenarse con las normas del Código de Procedimiento Penal según previsión del artículo 299. En el procedi-

miento penal ordinario el artículo 179 nombra varios autos de sustanciación que deben notificarse y entre ellos aparece 'el auto que abre el juicio a prueba' en primera instancia porque no existe providencia similar en la segunda, pero nada obsta para que pueda encontrarse su equivalente dentro del procedimiento militar con el auto previsto en el artículo 593. Por otra parte y sobre la base de que los procesados permanecían en prisión en el caso presente existe la disposición del artículo 184 que dispone la notificación de todo auto o sentencia a la persona que se halle detenida o esté cumpliendo condena, casos en los cuales dicho requisito se cumplirá en el respectivo establecimiento de detención o de pena, ante su Director o el Asesor Jurídico''.

Conviene aclarar que sobre el mismo tema la Sala en sentencia del 9 de septiembre próximo pasado (M. P. Dr. Lisandro Martínez Z.), reiterando su criterio sobre la obligación de notificar el mencionado auto dijo que ''ni siquiera puede afirmarse que existe un vacío legislativo respecto de la forma como se debe llevar a cabo la notificación del auto en comento, pues al permitir el precitado artículo 299 que debe aplicarse el Código de Procedimiento Penal ordinario en cuanto no se oponga a lo establecido en el estatuto castrense, lo que sucede es que está integrando el procedimiento a seguir''.

Demostrada como está la transgresión del artículo 26 de la Constitución Nacional en el caso estudiado, por inobservancia de las formas propias del juicio, y el consiguiente atentado contra el derecho de defensa del acusado, débese anular la sentencia demandada a partir del auto que ordenó abrir a pruebas el proceso en segunda instancia, para que se rehaga la actuación conforme a derecho.

A causa de la prosperidad de los dos primeros cargos, originados en un vicio procesal que afecta en mayor extensión la validez de lo actuado, no se examina el planteado como *tercero,* que de prosperar sería de menor cobertura.

DECISIÓN

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:

CASAR la sentencia recurrida, y por lo tanto declarar la nulidad del proceso a partir e inclusive del auto del 3 de octubre de 1984, para que se reponga la actuación de acuerdo a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CAUSAL SEGUNDA

Casación.

Si al admitir la responsabilidad del procesado, el jurado de conciencia hace agregación o aclaración que modifique sustancialmente el cargo formulado y en las instancias no se admite, la demanda de casación deberá alegar la causal segunda, para que se acoja el veredicto y se dicte la sentencia de conformidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 103.

Bogotá, D. E., 22 de octubre de 1986.

VISTOS

Mediante sentencia de 4 de marzo de 1985, el Tribunal Superior de Medellín, en desacuerdo con su Fiscal, confirmó el fallo de fecha 14 de enero de ese mismo año, del Juzgado 12 Superior del Distrito (Fl. 201, Cuad. 1º), por el cual, obedeciendo lo resuelto por su superior al rechazar la contraevidencia del veredicto que había decretado, condenó al procesado Epifanio Arturo Pineda a la pena principal de diez años de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y a la indemnización en abstracto de los perjuicios ocasionados por la infracción, consistente en homicidio en la persona de José Armando Gil Orrego, hecho ocurrido en zona urbana del Municipio de Bello (Antioquia), en la noche del 6 de julio de 1983.

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron oportunamente casación el procesado y el señor Fiscal Décimo, recurso que se concedió debidamente.

Emitido el proceso a esta Corporación, se cumplieron los trámites pertinentes y se presentaron demandas por los recurrentes, absteniéndose el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal de ampliar la del Ministerio Público. Destruido el proceso original en el incendio del Palacio de Justicia, se remitió por el Tribunal copia del cuaderno duplicado, en lo correspondiente a la primera instancia y copia de la actuación de la Corporación, enviando también los actores copias de sus respectivas demandas y de la historia clínica de la víctima. Reconstruido en esta forma el proceso, se declararon las demandas ajustadas a las exigencias legales y se procede a dictar el correspondiente fallo.

Hechos

En cuanto a los hechos se expresa en el fallo recurrido:

"... En la noche del seis de julio de mil novecientos ochenta y tres en el bar El Dorado del área urbana del Municipio de Bello, separadamente consumían licor Jorge Armando Gil Orrego y Epifanio Arturo Pineda Peña.

"Al primero se le vio abandonar a sus contertulios para irse hasta el mostrador donde estaba con el suyo el segundo y allí se les vio a ambos conversar.

"Posteriormente —como lo narra el *a quo*— ambos dialogantes salieron a la calle, en plena acera del establecimiento, el agente (Pineda Peña, se agrega) esgrimió su revólver accionándolo contra la anatomía de Gil Orrego quien recibió dos impactos de bala a consecuencia de los cuales falleciera treinta días después...".

Actuación procesal

Abierta la investigación con base en diligencias cumplidas inicialmente por la policía, se recibieron varias pruebas y se oyó en indagatoria al procesado, quien manifestó haber sido atacado y se dictó en su contra auto de detención, providencia confirmada por el superior al resolver apelación del procesado. Perfeccionada aquélla se cerró y calificó, de acuerdo con el concepto de la Fiscalía, con enjuiciamiento por homicidio simplemente voluntario. Dentro del término probatorio se practicaron varias pruebas, entre éstas ampliación del dictamen médico inicial (necropsia) para ratificar que la muerte del occiso se produjo "como consecuencia de peritonitis purulentas por herida penetrante abdominal por proyectil, cuyo efecto fue de naturaleza mortal" (Fl. 56 v. Cuad. 1º) el deceso ocurrió como consecuencia de las lesiones y no fue factor determinante que el paciente se retirara la sonda colocada para su tratamiento (Fl. 153, Cuad. 1º).

Celebrada la audiencia, solicitó la Fiscalía veredicto condenatorio y la defensa, se negara la responsabilidad por legítima defensa o en subsidio se admitiera la tentativa. Al jurado se le preguntó sobre la responsabilidad por homicidio voluntario y respondió:

"*Sí es responsable pero de tentativa de homicidio*".

Lo anterior, conforme a la petición subsidiaria de la defensa, en relación con su alegación de que la muerte se había producido por acto atribuible a la víctima al retirarse la sonda colocada para su tratamiento médico y deficiencia de éste.

Por considerarlo opuesto al resultado del acto y a las pruebas existentes, el Juzgado del conocimiento declaró contraevidente el veredicto, decisión que el Tribunal, al resolver la consulta correspondiente, revocó para disponer que se dictara sentencia, por entender que la agregación mencionada carecía de efecto alguno, como aparece de los siguientes apartes de la providencia respectiva, los cuales se considera oportuno transcribir:

"Simple y llanamente, el jurado rebasó los límites de sus funciones, al hablar de un homicidio tentado, que se sucede cuando el agente tiene intención de matar, pero los resultados le son adversos porque la víctima *no muere* (subrayado en el texto). Es decir, que profanó lo intocable, porque es ley del proceso que lo que en él hubo fue, no un homicidio tentado, sino un homicidio consumado, y ya vimos cómo ni el juez de derecho podía traspasar esos límites, a no ser la declaratoria de nulidad por errónea calificación".

"Pero con la veredicción, lo que produjo el *juri* fue un agregado *inane,* que es precisamente la tal tentativa de homicidio atrás subrayado, para darle paso, así, a un verdadero veredicto de responsabilidad, en las condiciones planteadas por el *a quo.* Dijo el jurado algo sustancial y válido: 'Sí es responsable' y agregó algo insustancial e inválido: 'pero por tentativa de homicidio' ".

Anota que el jurado califica los hechos y el Juez interpreta su respuesta y "...traducido el veredicto, su aceptación es obligatoria si no se declara contraevidente", el enjuiciamiento se dictó de acuerdo con las pruebas y habiendo respondido el jurado afirmativamente "... con la inanidad dicha, es obligación dictar sentencia condenatoria". Y agrega la Corporación: "...: Mas asumiendo otra posición mental sobre el valor del susodicho agregado, podemos decir que el jurado a fin de cuentas lo que logró fue afirmar o reiterar el pliego de cargos: que el procesado intentó matar; tuvo esa intención o propósito (y mató). También *inane,* porque ya el Juzgado lo había establecido en el análisis de las probanzas.

"Y auscultando la intervención de las partes, específicamente la del señor defensor, podemos concluir, así mismo, que sí solicitó al jurado respondiera, aunque como tesis subsidiaria, 'sí es responsable pero de tentativa' mas no la motivó. Seguramente tuvo la idea, y sin embargo no la expresó. Así que nos privó de analizar el particular tema del agregado, al calor de sus puntos de vista, y queda, entonces, como valedera la tesis del Tribunal, de ser, pues, aquél, un agregado *inane*" (Fls. 238 y ss.).

De acuerdo con la resolución mencionada, dictó el Juzgado su fallo, confirmado, como queda dicho por el Tribunal, en desacuerdo con la Fiscalía, en la sentencia recurrida en casación.

Las demandas y las causales de casación invocadas

Previa transcripción de los hechos presentados por los falladores, el defensor del procesado invoca contra la sentencia las causales de casación

cuarta, primera y segunda, de conformidad con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en el orden señalado.

El señor Fiscal del Tribunal hace relación de los hechos y alusión a los antecedentes procesales, entre éstos la conducta observada por el procesado después de los hechos, cual fue la de no informar a sus superiores como agente (conductor) del Departamento de Seguridad y Control del Municipio de Bello y proferir amenazas contra los testigos, observa que la muerte se produjo como consecuencia directa de las heridas ocasionadas por aquél, según se aclaró suficientemente en la diligencia de necropsia y posteriormente con la ampliación del dictamen médico. Invoca la causal segunda de casación por desacuerdo de la sentencia con el veredicto, de conformidad con la norma citada, para solicitar la infirmación del fallo y que se disponga la contraevidencia de la respuesta.

Se procederá a examinar las acusaciones presentadas, comenzando por las de la primera demanda, para analizar finalmente la causal segunda propuesta por el Ministerio Público.

DEMANDA PRESENTADA POR EL DEFENSOR DEL PROCESADO

Causal cuarta. Haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad.

Aduce el actor en los tres cargos formulados quebrantamiento de la norma constitucional (artículo 26).

Primer cargo. Consiste en que "...debió ser enjuiciado Epifanio Arturo Pineda Peña por el delito de lesiones personales y nunca de homicidio..." y por tanto se incurrió en incompetencia (Nl. 1º, Art. 210 C. P. P.) y en violación del artículo 335 del estatuto procesal, por lo cual debe invalidarse la actuación a partir del auto de proceder.

Lo anterior porque de acuerdo con la historia clínica respectiva el paciente se retiró la sonda naso-gástrica colocada para su tratamiento y consumió alimento (leche) contraindicado, sin comprobarse los efectos de estos actos en la muerte y así debe aceptarse "su positiva incidencia" en el resultado final.

Segundo cargo. Radica en que "...el *ad quem* desconoce el veredicto del jurado para reemplazarlo por su propio 'veredicto', con inobservancia de las formas propias del juicio, en cuanto se requería la actuación del jurado".

Este último podía pronunciarse sobre la relación de causalidad y en su respuesta afirmaba que en la muerte del occiso "...había intervenido un nuevo proceso causal...". Debía o declarar la contraevidencia o admitirlo así. Señala la violación del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 26 de la Constitución.

Tercer cargo. Se violó la norma constitucional, por cuanto debía aplicarse el beneficio de la duda, ante la falta de determinación de la incidencia de las circunstancias referidas —retiro de la sonda y consumo de leche— (artículo 216 del Código de Procedimiento Penal) "...teniendo por realizadas las lesiones personales y no el homicidio...", con quebranta-

miento de los artículos 35 y 37, Ord. 1º del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera. Violación de la ley sustancial.

Se formulan cargos por vía directa e indirecta.

Primer cargo. Se incurrió en error de hecho en cuanto se omitió probar la incidencia de los hechos atribuibles a la víctima —retiro de la sonda y consumo del alimento dicho— en el resultado final, con lo cual se privó al acusado de que su conducta se calificara como lesiones, con violación final del artículo 331 del Código Penal y del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la duda.

Segundo cargo. Se incurrió en violación directa del artículo 22 del Código Penal, por interpretación errónea, al desconocer que el jurado podía pronunciarse sobre la causalidad al reconocer la tentativa, por producirse la muerte además de las lesiones, por determinados hechos, ajenos al procesado.

Causal segunda. Desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

Al rechazar la respuesta del jurado, la sentencia se dictó en desacuerdo con ésta. El veredicto afirmó que en la muerte existió otra causa, además del acto del procesado y sobre esto podían pronunciarse los jueces de conciencia, por tratarse de elemento del delito.

El Tribunal debió o bien declarar la contraevidencia de la respuesta o aceptarla para dictar el fallo respectivo. Cita al respecto sentencia de casación de 4 de marzo de 1982 y considera ostensible la violación de los artículos 22 del Código Penal y 519 del Código de Procedimiento Penal.

SE CONSIDERA

Examinada la demanda mencionada en su conjunto, se deduce que unas mismas situaciones son alegadas por el recurrente en relación con diferentes causales, como se advierte claramente de su análisis.

En relación con la causal cuarta, aparece que los cargos primero y tercero que se fundan en una misma situación, pues se afirma que el enjuiciamiento debió efectuarse por lesiones y no por homicidio, con los efectos que se desprenden de tal planteamiento, de nulidad legal por errada calificación e incompetencia del Juez (Nls. 5º y 1º, artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), o sea que configurarían una misma acusación.

Se apoya ésta en que no se estableció la incidencia en la muerte de determinados actos atribuibles al procesado. Y aunque podría entenderse que el actor refiere la violación al desconocimiento de las formas propias del juicio y del derecho de defensa, al no hacerse las comprobaciones necesarias, la situación alegada es la misma del cargo de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, toda vez, que conforme a lo antes anotado, se afirma en este último cargo el desconocimiento de los artículos 331 del Código Penal y 216 del Código de Procedimiento Penal precisa-

mente por no determinarse la "incidencia" de los actos del occiso durante su tratamiento médico.

El segundo cargo por nulidad radica en el desconocimiento del veredicto, al adoptar, conforme anota el recurrente, el Tribunal "su propio veredicto". Situación que es la que configura el cargo por violación directa de la ley (artículo 22 del Código Penal) al no reconocer la tentativa, en lo cual consiste precisamente el cargo por desacuerdo de la sentencia con el veredicto, en relación con la causal segunda invocada.

El anterior planteamiento general, implica imprecisión en la formulación de los cargos y significa que el actor no tiene un concepto definido sobre su alcance y forma de presentarlos, con los correspondientes efectos, pues estima que una misma situación produce nulidad o implica violación de la ley o esta última, invalidez y desacuerdo de la sentencia con el veredicto, con la consecuente oposición de conceptos, sin que proceda estudiar los cargos referidos, dada la falla que se anota, en cuanto no se puede escoger entre estas posiciones, que en parte llevan a soluciones contrarias e implican afirmar la validez del veredicto y desconocerla simultáneamente.

Como se ha expresado reiteradamente por la jurisprudencia, cada causal tiene su campo o ámbito propio, sin que proceda invocar con respecto a una de éstas determinado motivo que corresponde a otra, lo que llevaría a la desnaturalización del recurso, por falta de la exactitud que en el mismo se requiere.

No obstante lo anterior, se advierte que respecto a la causal segunda, será objeto de estudio no sólo por corresponder a la situación observada en el proceso, sino concretamente porque se plantea adecuadamente en la demanda del Fiscal que debe analizarse.

Por las anteriores consideraciones, se concluye que no es del caso examinar los cargos anteriormente resumidos.

Demanda de la Fiscalía Décima del Tribunal

Afirma el Ministerio Público "...1º Que la respuesta del *juri* configuró una precisa y determinada situación jurídica. 2º Que el honorable Tribunal acogió otra fundamentalmente diversa, desconociendo total o parcialmente la voluntad declarada del jurado".

Lo anterior, al desconocer que se afirmó por el jurado la tentativa para condenar por homicidio voluntario.

Solicita "...Casar el fallo recurrido. Entonces, acorde al artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, la honorable Corte decretará la contraevidencia y ordenará que se convoque el nuevo jurado".

Esta causal supone que la respuesta del jurado "...configura una precisa y determinada situación jurídica..." y que el fallador desconoció total o parcialmente la voluntad declarada de los jueces de conocimiento. Así ocurrió en este caso, pues enjuiciado el procesado por homicidio simplemente voluntario, el jurado, al acoger petición subsidiaria de la defensa,

respondió que era responsable pero de tentativa de homicidio. Se refiere a concepto anterior de la Fiscalía en cuanto a la posición de la defensa de aducir la inexistencia de causalidad, con argumentos que no resultaban aplicables al caso o no correspondían al mismo, ya que no se presentó una situación excepcional que diera base para admitir que la muerte no se produjo por las heridas ocasionadas a la víctima, lo cual aclaró suficientemente el concepto médico. La defensa estaba facultada para adoptar tal posición o presentar dicha alegación, con fundamento en la historia clínica.

Producida la respuesta, el fallador sólo podía adoptar dos posiciones, aceptar el veredicto o declararlo contraevidente, porque no podía incurrir en su "mutilación", con lo cual se demuestra la alegación.

SE CONSIDERA

Examinada la sentencia en relación con el veredicto, es claro que se incurrió en el desacuerdo indicado, toda vez que al condenar por homicidio voluntario, el fallador desconoció en forma palmaria la respuesta de los jueces de conciencia.

Como lo han señalado los recurrentes, vistos los términos del pronunciamiento del jurado, el Tribunal sólo podía o bien declarar la contraevidencia, para convocar un nuevo jurado, o aceptarla en la forma expresada, para reconocer la situación afirmada por los jueces de conciencia.

No son aceptables los razonamientos presentados por el fallador, en el auto que revocó la decisión de primera instancia de contraevidencia de la respuesta y en el fallo impugnado. Pues bien, como lo dijo en dichas providencias, no podría desconocerse el resultado final de la muerte de la víctima, por estar plenamente demostrada y sin ser impugnada en forma alguna, sí podía hacer la manifestación en relación con la causalidad, como circunstancia esencial de la infracción y que por tanto quedaba comprendida en lo que era materia de su examen, esto es, el delito y sus circunstancias.

Tal pronunciamiento correspondió a la petición subsidiaria de la defensa, sustentada en forma reiterada por quienes llevaron la representación y asistencia del procesado en la audiencia, logrando producir al jurado tal convicción, para manifestar en el mismo sentido su respuesta.

Ante la cual, sólo cabían las decisiones ya anotadas por los recurrentes, sin que por lo mismo pudiera el fallador, concluir que la agregación o aclaración de los jueces de conciencia al admitir la responsabilidad del procesado, constituía agregado sin efecto alguno, ya que en realidad modificó sustancialmente el cargo formulado y por el cual debía dictarse la sentencia.

Conforme a lo dicho, probado el desacuerdo, procede adoptar la correspondiente resolución. No puede ser ésta, como lo solicita el Ministerio Público, la de contraevidencia de la respuesta, pues aparte de que no es facultad de la Corte por no estar prevista en casación y corresponder sólo a las instancias, no se contempla la causal en el ordenamiento procesal para conducir a este resultado, pues es clara la norma en cuanto a que la

Corporación "...si la causal aceptada fuere la primera o la segunda, casará el fallo y dictará el que debe reemplazarlo..." (artículo 583, Nl. 1º del Código de Procedimiento Penal), precepto que debe ser atendido.

Lo anterior, porque como se ha dicho, si el veredicto resulta válido ante situación que fue planteada al jurado y que éste acogió en atención a las pruebas o alegaciones que se le presentaron y sin estar afectado en forma alguna, debe admitirse para dictar la correspondiente sentencia.

Para tal efecto, debe tenerse en cuenta la personalidad del procesado, que tenía la calidad de agente del orden, la forma como ocurrieron los hechos (artículo 61 del Código Penal) y el haber tratado de amenazar a los testigos de los hechos, lo cual impide señalar el mínimo de la sanción y el máximo de la reducción prevista por el artículo 22 del Código Penal, norma que es aplicable. Así, aumentada por lo expresado en un año la pena mínima, o sea a once (11) años, se reduce dentro de los márgenes del precepto citado en cuatro (4) años, para quedar la sanción en siete (7) años.

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:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en este proceso, acoger el veredicto y reducir a siete (7) años la pena principal de prisión impuesta al procesado Epifanio Arturo Pineda Peña, señalar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en el mismo término y ratificar la condena en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CODIGO

Justicia Penal Militar.

El Código de Justicia Penal Militar es una ley especial, con vida jurídica autónoma, de modo que su disimilitud entre su parte especial y la del Código Penal de 1980 obliga a reconocer la autonomía de cada una de ellas. Con idéntica orientación se pronuncia la Corte en providencia de esta misma fecha, en el proceso de Radicación número 0103.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 103.

Bogotá, D. E., 22 de octubre de 1986.

VISTOS

Reconstruido este proceso, y agotada la tramitación respectiva, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia proferida por esa Corporación el 24 de junio de 1985, mediante la cual, al confirmar la del Comando del Batallón de Ingenieros número 3 "Codazzi", de Palmira, condenó a Guillermo Fernández Marmolejo a la pena principal de dos años de prisión y a las accesorias de rigor, por el delito de hurto.

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se abstuvo de coadyuvar o ampliar la demanda. Por el contrario, se opuso a ella.

HECHOS

El Suboficial del Ejército, Cabo Primero Guillermo Fernández Marmolejo, participaba en el proyecto "carretera Puerto Leguízamo-La Ta-

gua'', acarreando materiales en un vehículo automotor. El 5 de septiembre de 1982 se sustrajo diez bultos de cemento y los llevó a la despensa del puesto militar ''Granja Tono'' de la Infantería de Marina, en Puerto Leguízamo, Putumayo.

La demanda

Con apoyo en la causal cuarta de casación (Art. 580-4 C. de P. P.), formula el recurrente un único cargo, consistente en que el proceso está viciado de nulidad de rango constitucional (Art. 26 C. N.), puesto que Fernández Marmolejo fue juzgado y condenado con arreglo a normas no preexistentes para el momento de la comisión del hecho, como son las consagradas en el Código de Justicia Penal Militar, las cuales estaban derogadas por el Código Penal de 1980.

La argumentación que respalda ese aserto, puede sintetizarse así:

a) Que esta Sala, en providencias del 7 de febrero y 18 de septiembre de 1984, al interpretar los artículos 375 y siguientes del Código Penal, consideró que los preceptos de su parte general, o Libro Primero, eran aplicables al Código Castrense (''ley especial''), pero que como éste regula ''en forma sustancialmente diversa'' al Código Penal los delitos de hurto, abuso de confianza y otros, su parte especial o Libro Segundo, debe también aplicarse al Código Militar, pues existe oposición entre unos y otros preceptos, y, por ende, deben regir los de carácter posterior y ordinario, teniendo en cuenta, además, la incidencia ''integradora'' de la parte general sobre la especial;

b) Que de conformidad con el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, es preciso sostener que ''el Código Penal prevalece sobre el Militar'', como lo reconoció la Corte en providencias del 7 y 18 de febrero de 1983;

c) Que si se piensa en forma diferente se estaría dando un tratamiento distinto en presencia de las mismas hipótesis, lo que implicaría una violación al principio de ''igualdad ante la ley penal'';

d) Que el Código Penal vigente al definir al Militar como empleado oficial (Art. 63), implícitamente dejó inaplicables los delitos ''impropiamente Militares con descripción típica binaria'', los cuales requieren esa calificación en el autor.

Solicita, pues, que se decrete la nulidad del proceso a partir del auto de proceder, para que se califique nuevamente el sumario ''teniendo en cuenta la norma contenida en el nuevo Código Penal que se encontraba vigente y es la aplicable al aludido evento punible'', es decir el artículo 349.

Se considera

En providencia de 25 de abril del presente año, frente a un caso similar, dijo en lo sustancial esta Sala en relación con los dos primeros puntos de la demanda:

a) *Que el alcance de las providencias en las cuales se apoya el censor (7 de febrero y 18 de septiembre de 1984) "es bien limitado", como que se refiere simplemente a la desaparición de las penas de presidio y pérdida de la patria potestad en el Código Militar, y que, por otro lado, nada autoriza a interpretar que "la aplicación extensiva" prevista en el artículo 375 del Código Penal también cobije a su parte especial.*

Que, como se colige de los artículos 375, 376, 377 y 378 ibidem, *la vigencia del nuevo Código Penal "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".*

Que si bien es cierta la íntima relación existente entre las partes de un Código, el sentido del artículo 375 es restringido a la aplicación extensiva (no derogatoria) del Libro Primero a otras leyes penales, siempre que éstas "no dispongan otra cosa", siendo éste el sentido de la casación del 7 de febrero de 1984, que en lo pertinente expresó:

"Así, 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 en los últimos avances de la ciencia del derecho penal en asuntos tan delicados como los principios que la nutren, la noción de la ley penal en el tiempo y en el espacio, la definición y conformación de delitos, 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 éstos que por su naturaleza no pueden permanecer sin irrigar todos los campos de la legislación penal preexistente y la que pueda sobrevenir con el decurso del tiempo".

Y agregó la Sala:

"De manera que no es válido extender por fuera de sus límites un texto legal de significativos pero reducidos alcances, como tampoco lo es pretender que una interpretación que la Corte hizo de este texto, pueda ampliarse de tal modo que desborde sus pretensiones iniciales. Porque, además, está fuera de toda lógica postular que la forma como las normas de la parte general del Código Penal se aplican a las disposiciones de otras leyes penales, sea justamente derogándolas, con lo cual se haría nugatoria la expresa voluntad del legislador contenida en el analizado artículo 375".

Que el anterior planteamiento aparece claramente confirmado por el artículo 376, ya que éste expresamente ordena que las leyes penales actualmente en vigencia "continuarán rigiendo" en cuanto no se opongan a la nueva normación, y el Código de Justicia Penal Militar es una ley especial que, en los puntos indicados por el recurrente, no se opone al Código Penal. Los antecedentes de la disposición que se comenta (Arts. 488 y 563, proyectos de 1976 y 1978, en su orden) abonan esta interpretación.

Es cierto que varios "delitos militares impropios con descripción típica binaria" —como los denomina el recurrente—, fueron tomados del

Código Penal de 1936; pero este legislador especial creó un estatuto diferente con vida jurídica autónoma, y por tanto su tratamiento legal diverso resulta obvio, si se tiene en cuenta, además, que "sólo el legislador tiene facultad para dictar leyes que impidan el indicado tratamiento disímil";

b) *En virtud de la Ley 5ª de 1979 el Ejecutivo sólo estaba facultado para modificar la legislación penal, y no para derogar parte del Código de Justicia Penal Militar; y si se admitiese la tesis del casacionista, "la Sala terminaría convirtiéndose en legislador y creando una especie de tercera legislación Castrense";*

c) *Que siguiendo los lineamientos del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, resulta forzoso afirmar que el Código Penal no derogó expresamente ninguna de las disposiciones del estatuto Castrense, tampoco es ley especial y por tanto su posterioridad deja intacta la que sí tiene ese carácter, y, finalmente, menos cabe admitir que el Código Penal "reguló íntegramente la materia" tratada en el Código de Justicia Penal Militar.*

Como en esta oportunidad la demanda contiene otras argumentaciones, la Sala debe agregar a lo expresado en la providencia que se acaba de resumir:

a) *La disimilitud normativa que existe entre las partes especiales de los dos estatutos es la que obliga a reconocer la autonomía de cada una de ellas. Tienen vida propia y obedecen a principios también distintos. El Estado, a través del Código de Justicia Penal Militar, pretende, sustancialmente, mantener incólume la estructura de las Fuerzas Armadas, sobre todo en lo que atañe a su disciplina y eficacia, cometido que se haría nugatorio sin el "tratamiento desigual" que objeta el recurrente, y que, por el contrario, resulta lógico y jurídico, sin que, además, sea dable postular con la demanda que esa diferente aplicación respecto de los tipos penales traduzca un atentado contra el principio de "igualdad ante la ley" (Art. 8º Código Penal), el cual únicamente persigue que la ley penal se aplique a las personas "sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella", es decir, discriminaciones sobre sexo, raza, estatus económico, convicciones religiosas o políticas, grado de cultura, etc., como se desprende expresamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de las Naciones Unidas, y el Pacto de San José de Costa Rica;*

b) *Tampoco es válida la afirmación del impugnante en el sentido de que como el artículo 63 del Código Penal clasifica a los miembros de las Fuerzas Armadas como empleados oficiales, fueron derogados los delitos "impropiamente militares" que el Código Castrense consagra homólogamente (v. gr. peculado, abuso de autoridad, falsedad documental pública por empleado oficial), ya que precisamente esa concreta, especialísima y trascendental cualificación (miembro de las Fuerzas Armadas)* los exceptúa del juzgamiento común, *para asignarle la propia Constitución, uno especial: es esto precisamente lo que constituye el fuero.*

En conclusión, es menester afirmar que el procesado Fernández Marmolejo se le juzgó y condenó por el delito de hurto, según el tipo penal que recoge esa conducta en el Código Castrense (Art. 235) y que era el

precepto vigente para el momento de su comisión, motivo por el cual no se vulneró el artículo 26 del ordenamiento fundamental.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Luis G. Salazar Otero
Secretario.

CAUSAL SEGUNDA

Casación.

El error en el auto calificatorio sobre la valoración del grado de culpabilidad, puede ser corregido en las instancias, sin que así sea conducente aceptar la causal de casación por falta de unidad entre el auto de proceder, el cuestionario, el veredicto y la sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 102.

Bogotá, D. E., 27 de octubre de 1986.

VISTOS

Una vez reconstruidas en lo posible las presentes diligencias, procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis Andrés Cristancho M., contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de 11 de junio de 1985, por medio de la cual se confirmó la dictada por el Juzgado Unico Superior de ese mismo Distrito, el 14 de marzo del mismo año, la cual condenó al recurrente a la pena principal de diez (10) años de prisión por el delito de homicidio intencional.

HECHOS

1. El día 14 de octubre de 1984, en el área urbana del Municipio de Chita, más exactamente en la plaza de mercado, se suscitó una discusión entre Cándido Pérez y Luis Andrés Cristancho.

Según varios testigos, éste atacó a aquél con un cuchillo que califican algunos de Burdo (Fl. 25); le propinó una "sola herida cortopunzante en

la cara posterior de la rodilla izquierda''. Tal herida, según el dictamen médico-legista, causó lesión de las arterias poplíteas y de los tejidos blandos musculares y tendinosos. Produjo shock hipovolémico (anemia aguda).

2. En cuanto a las consecuencias de la lesión así determinada, primero se afirma que tuvo ''un efecto de naturaleza esencialmente mortal *per se*, pero a renglón seguido se agrega, que el tal efecto fue agravado ''por el medio rural y donde ocurren los hechos''.

Pero a pesar de lo inicialmente afirmado, se agrega que el herido llegó aún con vida al Centro de Salud, donde el Odontólogo y las enfermeras trataron de ayudar, sin resultados. ''El herido no tuvo oportunidad de recibir un torniquete bien colocado que le hubiera brindado a tiempo la oportunidad de por lo menos ser atendido por un médico en otro pueblo distinto y de *pronto lógrar sobrevivir*'' (subraya la Sala).

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Adelantada la investigación, varios testigos incriminaron a Cristancho como autor de la lesión; sin embargo éste manifestó inicialmente, no recordar lo acaecido.

2. En cuanto a los momentos antecedentes a la lesión, varios testigos afirman que hubo un cambio de palabras aparentemente agresivas entre el procesado y el occiso, pero recalcan en que la iniciativa y el mayor énfasis ofensivo provinieron de aquél, y que la de éste fue más pasiva. (''El occiso no le puso bolas'', es la expresión vernácula que usan varios deponentes).

3. La declarante Esperanza Oicatá Cómbita (Fl. 12) aceptó haberle quitado al sindicado, después de la lesión, un cuchillo que presentó al Juzgado.

Desafortunadamente no se hizo el croquis o calco del cuchillo, ni menos aún se le tomó fotografía alguna. Sin embargo, se dejó una sucinta constancia de que era un cuchillo cachinegro de ''como de unas doce pulgadas'', medida ésta que dentro del Sistema Métrico Decimal, legalmente vigente en nuestro país, equivale de 30, 48 centímetros.

4. Algunos deponentes se refieren a enemistad previa entre procesado y occiso.

5. El Juzgado Promiscuo Municipal de Chita, dictó auto de detención por el delito de homicidio y tanto en la parte resolutiva, como en la motiva, señala como norma violada el artículo 323 del Código Penal, que se refiere al homicidio intencional.

6. Una vez cerrada la investigación, el agente del Ministerio Público, en brevísimo concepto en el cual no se hizo referencia alguna al factor culpabilidad, solicitó llamamiento a juicio por el delito de homicidio.

7. Por su parte el apoderado del sindicado, solicitó sobreseimiento temporal para su representado. Para ello hizo un análisis crítico de las probanzas allegadas, tachándolas de incompletas, carentes de armonía y

precisión; sobre la materialidad alega que la necropsia y el reconocimiento médico-legal, no se pusieron en conocimiento de las partes. No cataloga los testimonios de cargo, entre aquellos que según la expresión del legislador ofrezcan serios motivos de credibilidad.

Lanza dudas sobre la imputabilidad del procesado, recalcando sobre la necesidad de un examen psiquiátrico, para establecer una posible intoxicación crónica, que hubiese causado trastorno mental.

Debe observarse de una vez que tal escrito no hace referencia alguna a la carencia de dolo o la configuración del fenómeno de la preterintencionalidad. Adelante se concretará la pertinencia de esta observación.

8. El 10 de abril de 1986 el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo, dictó auto de proceder contra Cristancho. En él se reseñan las probanzas atinentes al aspecto material de la infracción que inexactamente se denomina objeto material, y para considerar lo tocante con la imputabilidad y responsabilidad, se estudia la situación jurídica del indagado.

Tal acápite es una síntesis de la indagatoria y de las diversas probanzas sin emprender una valoración individual de ellos. Solo en forma global se concluye que los diferentes testimonios son dignos de toda credibilidad, y dan la certeza para imputar la autoría material a quien usando una expresión no aceptada en el Diccionario de la Academia, denomina el "agraciado" Luis Andrés Cristancho. Tal vez esta expresión se entienda en alguna región o en lenguaje arcaico, como sinónimo de "llamado", ya que según el Diccionario de la Academia significa "que tiene gracia o es gracioso, bien parecido".

Afirma el auto vocatorio que Cristancho aun cuando presentaba alicoramiento, podía comprender sus acciones. Se recalca en la preexistencia de alguna enemistad entre la provocación verbal de Cristancho Murillo y se observa que la lesión en la rodilla tuvo un efecto de naturaleza mortal.

Se sostiene que del comportamiento de provocación injusta, existen pruebas, como la intención que tenía Cristancho de sacrificar a Pérez. Se basa esta afirmación en la transcripción de una frase atribuida múltiplemente, de que los viejos son unas ranas en la respuesta del occiso de que los jóvenes son unos sapos y es la contrarréplica de que los viejos no deben vivir, los que debemos vivir somos los jóvenes.

De ello se deduce que esas ofensas conllevaban la determinación de poner fin a la enemistad nacida y que la *intención* es clara (subraya el Juzgado). Se alude para coadyuvar tal afirmación a la negativa y el silencio del responsable.

Se insiste en la índole o condición moral y las aludidas manifestaciones de ánimo.

9. En cuanto a las peticiones de las partes, se estima que las consideraciones anteriores son suficientes para compartir el criterio del Fiscal. En torno al pedimento del "apoderado del agraciado" (sic) se estima solamente que el sobreseimiento temporal "no es viable, pues existe la plena prueba exigida por la norma sustancial para llamar a juicio".

Se afirma que no hay prueba que el procesado se encontraba dentro de los aspectos de inimputabilidad. Como conclusión se sostiene que se hallan reunidos los requisitos para estructurar el delito de homicidio simplemente voluntario.

10. En el proceso reconstruido, no hay constancia de que tal proveído hubiese sido apelado, ni de alegato, concepto o resolución de segunda instancia.

Antes bien, en la sentencia de segunda instancia, se afirma que el auto vocatorio sufrió ejecutoria legal dentro de la primera instancia, el 21 de mayo de 1984.

11. Así las cosas, al celebrarse la audiencia pública, se formuló un único cuestionario donde se preguntó por la responsabilidad por haber dado muerte con intención de matar a Cándido Pérez García.

12. Al interrogarse a Cristancho durante la audiencia pública, cambió su negativa y confesó ser autor único de la herida al abalanzarse Cándido Pérez contra él; insinuóse así pues, una legítima defensa.

13. En la vista pública, el agente del Ministerio Público, pidió la condena por homicidio simplemente intencional, recalcó el viraje de las versiones del procesado: "Aprovecho esto para poner de presente que no hizo más que mentir, para lo cual tiene gran capacidad", y se refirió en forma separada tanto a la legítima defensa, como a su exceso y al estado de ira; también explicó la figura del homicidio preterintencional. Sostuvo que el sindicado sencillamente quiso matar y lo mató, que "le pegó varias puñaladas según el acta de levantamiento, entonces sí tenía intención de matar" (síntesis hecha en la sentencia de primera instancia).

14. A la audiencia concurrió también un apoderado de la parte civil, quien calificó de extraordinaria la intervención del Fiscal. Recalcó en la confesión de última hora en la audiencia, a la cual le agregó una especie de leve legítima defensa y pidió respuesta afirmativa.

15. El defensor del procesado por su parte tachó de parcial al Fiscal, criticó la probanza testimonial, explicó la legítima defensa como causal justificativa, recalcó en que la necesidad no tiene ley y que el ánimo era de defensa y no matar.

16. El jurado contestó afirmativamente el cuestionario.

17. Al producirse tal respuesta, el defensor del procesado, presentó un memorial impetrando la declaración de contraevidencia del veredicto. En tal escrito critica la actuación del Fiscal que cataloga como orgullosamente impositiva. Tales críticas no sólo se enfocan al fondo, sino a detalles de forma, tales como haberse ubicado en el mismo escritorio de la parte civil y un presunto "saboteo al defensor". Intentó una nueva crítica del acervo testimonial, so pretexto de refutar al Fiscal.

En este memorial en un párrafo especial, se expresó que no se atendió el tipo de herida y su "ubicación geográfica" parte posterior de la rodilla, y tipo de corte que desdice la intención de matar. Secuela de esta insinuación son el interrogante: "por qué no lo hirió en lugar más vital y no le dio más puñaladas".

Debe observarse de una vez, que de lo que obra en el proceso, es la primera vez que se cuestiona con algún detenimiento y especialidad, lo tocante con la intención de matar, ya que si alguna referencia se hizo en la audiencia al ánimo, fue para referirse a la legítima defensa.

Pero a renglón seguido, insiste en que Luis Andrés Cristancho, fue atacado, y sin embargo acepta paladinamente que el Fiscal convenció al jurado de que no existía la legítima defensa.

Sin embargo como para terminar el desgaire, presenta como alternativa el que se tipificaría el homicidio ultraintencional.

18. En la sentencia de primera instancia se hizo referencia al memorial que se acaba de reseñar, a pesar de que se acepta que entró a despacho cuando ya se estaba elaborando el proveído.

La sentencia acoge el veredicto y en lo pertinente con el recurso extraordinario a desatar, sostiene que existe relación de causa y efecto entre la actividad psicofísica del justiciable y la muerte de Pérez.

Se afirma que el veredicto no puede ser desechado, pues constituye trasunto fiel de lo plasmado en el auto de proceder. Por las mismas razones se descarta la petición de contraevidencia.

19. La sentencia de primera instancia fue confirmada mediante el proveído recurrido. En él se agrega una de tantas jurisprudencias de la Corte, según la cual en los juicios en que interviene es a éste a quien corresponde la evaluación definitiva de la prueba. Por tanto se le condena a la pena anotada.

DEMANDA

La impugnación se contrae a la causal cuarta, esto es, a haberse dictado la sentencia en juicio de nulidad. Sin embargo se explayan dos cargos dentro de la misma causal. Como secuela se impetra la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder inclusive.

A pesar de la acuciosa amplitud de la demanda, es posible reducirla al siguiente esquema fundamental.

Cargo primero. Se enuncia una nulidad constitucional o supralegal por violación de las normas propias del juicio. La sentencia habría desfigurado la estructura del proceso, lo cual tendría como causa eficiente la incorrecta elaboración del auto de proceder. Ello se sostendría en errónea selección del tipo básico, ya que no ha debido escogerse el de homicidio simplemente voluntario, sino el del preterintencional. Para sustentar se citan jurisprudencias de esta Sala, tocantes con el homicidio preterintencional, se recuerdan sus elementos, se analizan los testimonios para sostener que Cristancho se propuso sólo lesionar.

Más aún, dentro de este acápite tocante aparentemente con nulidad constitucional, se insiste en la configuración de errores de hecho.

En síntesis, se reitera que se condenó por homicidio simplemente voluntario, siguiendo el eje causal que condiciona la unidad jurídica del

triptrio de proceder, veredicto y sentencia, pero no se observó el debido proceso, pues se incurrió en nulidad supralegal por imperfección sustancial del auto de proceder.

Cargo segundo. Se plantea una nulidad legal por error en la denominación jurídica de la infracción por la misma razón expuesta, de haberse formulado el cárgo por homicidio simple y no como en sentir del recurrente ha debido hacerse, esto es, por homicidio preterintencional.

Para sustentar este punto de vista, se afirma que la preterintención surge de la misma diligencia de necropsia, ya que la muerte de Pérez, se produjo fue por falta de atención oportuna.

Se hacen consideraciones sobre el arma empleada (cuchillo) del número de golpes (uno solo) y su dirección; se trata de desdibujar las circunstancias antecedentes a la agresión ubicando la iniciación provocadora en el occiso, y que no hubo agravio enorme que vengar, ni motivo que hubiese hecho germinar en el espíritu de Cristancho, el propósito de privar la vida de Pérez.

Sostiene en fin que el ánimo de matar no aparece, no surge con caracteres y por tanto no puede desplazarse el caso de la real categoría preterintencional, al del simple o voluntario.

El recurrente cita autores nacionales y extranjeros, la mayoría de los cuales la Sala se ha tomado el cuidado de corroborar.

Concepto del Procurador

Como en su esencia está acorde con las apreciaciones de la Sala, se hará referencia a él en el contexto que sigue.

Consideraciones de la Corte

1. *Puntualización metódica.* Los dos cargos enunciados tienen un fundamento común: la afirmación de que no se configura un homicidio simplemente voluntario, sino uno preterintencional. Sin embargo como sobre tal afirmación se hace con mayor énfasis al sustentar el segundo cargo por razones simplemente metódicas, la Sala estima más apropiado estudiarlo de primero, pues su aceptación o no, influye decisivamente en el primero. Pero antes se harán algunas consideraciones generales sobre el fenómeno de la preterintención.

2. *Generalidades sobre la preterintención.* Los Códigos se dividen en cuanto a la ubicación metódica del fenómeno de la preterintención o ultraintención. Algunos se refieren a él, en la parte especial, otros en la general. En el primer grupo pueden incluirse el Código Portugués, el Peruano, el Brasileño, el antiguo Italiano de 1890, llamado Código de Zanardelli y el Código Colombiano de 1936; quienes ubican la institución en la parte general la aceptan como grados de culpabilidad diferente al dolo y a la culpa.

Con la aclaración de que muchos trataban la institución al regular el fenómeno del homicidio y otros en las lesiones personales; algunos

como el Italiano de 1930, denominado por algunos Código de Rocco y por otros Código de Mussolini y el actual Colombiano, ubican el fenómeno en la parte general.

Pero el problema no es solamente formal, sino sustancial. La primera corriente traslada a la doctrina la vivaz discusión sobre la verdadera naturaleza jurídica de la preterintención. Bien sabido es que tal vez uno de los temas donde se han expuesto más diversas teorías. Al respecto para algunos es una especie o dolo indeterminados, para muchos una mixtura o encuadramiento de dolo y culpa o mezcla de dolo y caso fortuito; para otros son infracciones calificadas por el resultado, tesis ésta emparentada con la de la previsión presunta. Se habla también de que es un caso de simple responsabilidad objetiva, y de una voluntad que bordea el delito, o sea que se detiene en las márgenes del resultado (De Márgico).

La discusión sobre la verdadera naturaleza de la preterintención, aún continúa como tema de discusión en la doctrina contemporánea. Sin embargo el legislador colombiano de 1980, a pesar de la opinión contraria de muchos de los integrantes de las diversas comisiones, decidió zanjar el problema, consagró y definió la preterintención como una de las formas de la culpabilidad, al lado del dolo y la culpa.

Tal definición ha sido objeto de críticas sobre todo en la doctrina extranjera. (Así Manuel Rivacoba y Rivacoba en "El Nuevo Código Penal de Colombia, 1980, en Doctrina Penal 1981 —Ed. de Palma— Buenos Aires, 1981)".

3. *Inferencias procesales.* Con tales presupuestos surge la conveniencia de enfocar el efecto que tal cambio de ubicación hubiese tenido entre las normas procesales.

Para la Sala lo fundamental sigue siendo que tanto el auto de proceder, como el cuestionario, el veredicto y la sentencia, determinen "consciente y armónicamente" si el hecho se cometió en los grados de dolo, culpa y preterintención.

Se reiteran las expresiones tradicionales usadas por esta Corporación para concretar la exigencia jurisprudencial de que por regla general, el cuestionario, el veredicto y la sentencia, no pueden hacer más gravosa la situación incriminadora del auto de proceder.

Este enfoque aun cuando en veces no ha sido compartido por esta Corporación (*Gaceta Judicial,* Tomo LXXXVI, página 616, 1957) es doctrina prevalente (*Gaceta Judicial,* Tomo XCV, año 1961, páginas 568 y ss. Providencia de 9 de septiembre de 1976. Ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Debe aclararse también que este planteamiento puede sufrir una excepción cuando las pruebas del período probatorio de la causa presenten mutaciones gravosas para el procesado, las cuales ha aceptado la jurisprudencia, pueden consignarse en el cuestionario.

Dentro de tal orden de ideas, es lógico que la jurisprudencia haya aceptado que en el auto de proceder debe establecerse no sólo que dentro

de la terminología clásica se denominaban elementos materiales del delito, sino los morales (*Gaceta Judicial,* Tomo XCII, página 153, 1960).

Así las cosas, no se puede aceptar que quien ha sido enjuiciado por homicidio culposo, sea condenado por doloso y que quien lo haya sido por preterintención se condene por dolo, aun cuando si se aceptan veredictos o sentencias que hagan menos gravosa la situación del auto de proceder. Salvo claro está la modificación desfavorable del período probatorio de la causa.

La nulidad legal. Las consideraciones expuestas permiten una severa valoración sobre la causal de nulidad legal alegada, esto es, la 5 del artículo 210, error en la denominación jurídica de la infracción.

Del estudio armónico de este proceso, fluye que si bien es posible que desde el punto de vista netamente académico y analizadas las cosas a *posteriori* pudiesen presentarse algunas discusiones sobre la plena configuración de la intención de matar, el auto vocatorio y las probanzas procesales, no dan suficiente base para predicar terminantemente la clara configuración *de un error en cuanto a la ubicación en el grado de culpabilidad.* Y que al acogerse el enfoque del auto de proceder por el jurado, la discusión sobre tal error escapa al tema de casación.

Esto es, que el criterio del vocador a juicio, tiene algún respaldo probatorio en cuanto calificó el homicidio, como simplemente intencional.

Como ya se resumió en los puntos 9 y 10 del Capítulo Hechos, de esta providencia, el auto de proceder sostiene la existencia de la intención basándose principalmente en la afirmación de que la lesión en la rodilla tuvo un efecto de naturaleza moral, que existió provocación previa injusta, enemistad, amén de negativa y silencio del responsable.

Debe tenerse de presente que hasta ese instante procesal, ni el procesado ni su representante legal, habían insinuado siquiera la existencia de la falta de intención de matar.

C. *La prueba: De la intención de matar. En muchos de los homicidios, uno de los problemas más difíciles de dilucidar por el Juez, es precisamente el de determinar la existencia de intención de matar o solo de herir.*

Se ha dicho con razón que como se trata de una evaluación de una situación volitiva de un estado de ánimo, es difícil una determinación directa y positiva, sino que precisa una "deducción de conjeturas externas"; de ahí que se hable también de "criterios de presunción" (Carrara).

La doctrina trata de establecer variados criterios, tendientes a dar luces sobre "un ánimus" o estado de ánimo.

Uno de los autores que más exhaustivamente ha estudiado las circunstancias de las cuales se puede deducir la intención, es Marcelo Finzi, en su ya clásica obra "La Intenzione de Uccidere" (Giuffré Milano, 1954).

Clasifica él, tales circunstancias en dos grandes grupos: el primero comprende la intención que se deduce de la modalidad del hecho. El segun-

do abarca otras circunstancias que pueden respaldar la hipótesis de la intención de matar.

El autor citado enumera así los factores del primer grupo: el medio operado, la dirección, número o violencia de los golpes, las condiciones de espacio, tiempo y lugar, las circunstancias conexas a la acción delictuosa.

En el segundo grupo incluye los siguientes aspectos: las manifestaciones del culpable, y sus actividades anteriores al delito, las relaciones entre el autor del delito y la víctima, la causa para delinquir y la índole del culpable.

Obviamente para determinar la intención positiva de matar, no es menester que todos y cada uno de los aspectos tengan resultado desfavorable al procesado.

En este caso la Corte, siguiendo el esquema citado, estudiará algunos de los aspectos más trascendentes para determinar si puede estimarse como errónea o no la aceptación de la voluntad de matar:

a) *El medio operado.*

En el presente caso fue un cuchillo burdo de más de 30 centímetros que, se sostiene, el procesado cargaba en razón de su oficio de arriero.

Las corrientes doctrinarias que desde remotos tiempos han tratado de ubicar la calidad de letal en los cuchillos, solamente han excluido de ella, a los pequeños.

Para ello se han basado en la frase latina divulgada por Menochio: "Vulneras parvo, coltello non praesumitor vulnerase occidendi animo" (se presume que quien hiere con cuchillo pequeño no tiene intención de matar). En el caso a estudio, donde como se ha repetido se trata de un cuchillo de más de 30 centímetros, esta presunción debe descartarse por sí sola;

b) *El número de heridas.*

Evidentemente se reconoció una sola herida. Este argumento, es el que se ha esgrimido con mayor constancia y en verdad ha sido siempre motivo de reflexión.

*Finzi, lo analiza así: "*muchas *veces se invoca como motivo para excluir el 'animus necandi' la circunstancia de que el reo que tenía todas las posibilidades de lanzar otro golpe o de asestar otra cuchillada, no lo hubiese hecho".*

Este es un argumento que como todos aquellos en esta materia, puede tener valor en ciertas hipótesis determinadas, mas requieren cuidado para convertirlo en regla aceptable para todos los casos.

Ni la unidad, ni la pluralidad del golpe, pueden de por sí, sin el análisis de otras circunstancias, ser asumidas ciegamente como elementos decisivos para negar o afirmar el fin de matar (Ob. cit., Pág. 60). En el proceso a estudio, aun cuando aparece una sola herida, en el auto de

proceder se observa que obran deponentes que afirman que Cristancho sí lanzó más puñaladas, pero no logró acertarlas.

Consecuencialmente la existencia de lesión singular, no permite descartar de por sí en forma palmaria en este proceso, la carencia de la intención homicida.

c) *La calidad de la herida.*

Dentro de este orden de ideas, es evidente que el punto más trascendente para orientarse en la difícil labor de establecer el ánimo de matar, es el de la naturaleza de la lesión.

En este punto como ya se esbozó en el acápite correspondiente, existe una contradicción aparente en el dictamen médico legal: por un lado se afirma tajantemente que la herida es de naturaleza "mortal per se*", pero en seguida se agrega que de pronto podría "lograr sobrevivir" si es atendido por un médico en otro pueblo.*

Dentro de las posibles interpretaciones que este planteamiento pueda tener, el Juzgado escogió el recalcar la citada calificación de la herida como mortal.

Para corroborar tal enfoque, el Juzgado recalca la circunstancia de que los actores fueron separados por un charco de sangre. Tal estimación incidiría lógicamente en robustecer la existencia de intención letal.

Dentro de tal orden de ideas, se insinúa la hipótesis de que la cantidad de sangre producida por la herida que según el dictamen interesó las arterias poplíteas y causó anemia aguda pudo inducir al procesado a la creencia de que no era menester seguir lesionando. Por este aspecto pues, la fundamentación del ánimo de matar sería una hipótesis con respaldo probatorio.

Estas consideraciones relevan a la Sala a seguir analizando las circunstancias del primer grupo dentro del esquema de Finzi.

d) *Otras circunstancias.*

El auto vocatorio a juicio insiste para fundamentar la configuración de la intención de matar en la existencia de una provocación verbal del procesado al occiso, a la cual se hizo referencia en el punto 2 de "Actuación procesal". Esto es, que lo que Finzi denomina "Manifestaciones del culpable y su actividad anterior al delito" y Carrara "Precedentes manifestaciones de ánimo".

Es evidente que éste no es un criterio indicador absoluto y muchas veces trátase de balandronadas para aterrorizar al presunto contrincante.

Estas manifestaciones tienen valor sólo relativo para determinar la intención y "no deben tomarse como apodícticos, sino equilibrarse con sana crítica según las circunstancias" (Programa número 1.104).

En el caso a estudio se hizo una relativa crítica testimonial y se recalcó en el contraste entre la provocación verbal del procesado y la posterior actuación prudente del occiso, quien después de iniciales refu-

taciones ante la creciente reacción del procesado optó por el silencio y el intento de retiro.

A esta actitud durante los hechos agrega el auto vocatorio, la existencia de precedente enemistad entre ambos, originada en divergencias por el destino de un auxilio al Acueducto Municipal de Chita.

e) *Apartándose ya del esquema de Finzi, por haberse agotado en lo pertinente, existe otra consideración tocante con el ámbito probatorio esbozada en el auto de proceder.*

Según él, al procesado no se le cree porque su negativa en haber causado la herida, contrasta con el resto del acervo probatorio. Tal escepticismo sobre el dicho del sindicado sirve para fundamentar probatoriamente las apreciaciones reseñadas del Juzgado.

f) *¿Omisión?*

Es cierto como ya se dijo, que el proveído calificatorio no analizó expresamente el fenómeno de la preterintención. Pero al aceptar la existencia de la intención de matar, se descarta tácitamente tal instituto; además y sin que ello justifique tal omisión, debe tener de presente a guisa de explicación, que como se anotó, ni el propio procesado, ni su apoderado habían hecho alusión hasta ese momento a la carencia de intención de matar.

Puede aceptarse que el auto calificatorio no es modelo de perfección en la forma ni en el fondo y es producto de la rutina judicial.

Pero de su lectura no se puede predicar de manera exacta, indubitable, evidente, que la única ubicación correcta fuese la preterintencional, y que los argumentos esgrimidos permitan descartar la posibilidad de la configuración de la intención de matar.

Con razón anota el colaborador fiscal que "la naturaleza del auto de proceder y sus requisitos sustanciales exigen apenas un juicio de probabilidad y no de certeza".

Al presentarse el fenómeno de unidad entre el auto de proceder, el cuestionario, el veredicto y la sentencia, la Sala estima que en este proceso aún en el supuesto de que el Juez hubiese podido incurrir en error en la valoración del grado de culpabilidad en el auto calificatorio, tal circunstancia sólo podía ser corregida dentro de las instancias y no sería conducente la aceptación de la unidad impetrada como causal de casación.

Causal supralegal. Lo expuesto infiere directamente y facilita el análisis de la causal supralegal alegada de haberse violado las formas propias del juicio por incorrecta elaboración del auto de proceder, ya que se escogió, el homicidio simplemente voluntario en lugar del preterintencional.

Resulta suficiente para demostrar que el argumento básico no es exacto, pues la calificación del homicidio como intencional, tiene algunas bases probatorias y es exagerado declararla errónea.

Pero no sólo el auto de proceder se reitera, acogió tal ubicación: el jurado de conciencia en su autonomía y soberanía respondió afirmativamente el pliego de cargos.

Bien hubiese podido el Tribunal popular aceptar, o la legítima defensa que planteó el Procurador del procesado o la institución de la preterintención. Estas respuestas estarían sujetas a los controles propios del veredicto por parte del Juez de instancia y el Tribunal.

La sentencia se edificó pues, sobre un auto de proceder y sobre un cuestionario ceñido a los cargos, acogidos por el jurado.

Las piezas procesales angulares (auto de proceder, cuestionarios, veredicto, sentencia) armonizan entre sí y no se desbordan para hacer más gravosa la situación del procesado.

Como bien lo dice el colaborador Fiscal, recordando algo que es axiomático en nuestra organización procesal actual:

"El jurado es el supremo controlador del auto de proceder" y el auto de proceder que produce el veredicto, a su vez está sujeto a controles que en sede de casación, se rigen por el principio de la taxatividad.

"Mal haría la Corte en trasladar el debate probatorio de la audiencia a la casación, porque con ello estaría reemplazando la función del *iuri* y se estaría propiciando un vicioso retroceso de las etapas del juicio hacia momentos procesales que ya fueron superados, creándose así una excepción a los postulados de firmeza del auto de proceder, de imputabilidad del mismo y de soberanía del *iuri*".

6. No es del caso sostener, como lo insinúa el recurrente con base en doctrinas de esta Corporación, que la condena se hubiese fundamentado en cargos, imprecisos, ambiguos que perturben el derecho de defensa.

El cargo fue muy claro: Homicidio intencional y su fundamentación tiene algún respaldo dentro del campo de las probabilidades como ya fue suficientemente analizado. La respuesta del Tribunal Popular fue terminantemente afirmativa. La sentencia acogió tales presupuestos.

Al calificarse el mérito del sumario, alegó el apoderado del procesado, quien como ya se reseñó, impetró sobreseimiento temporal.

En la audiencia actuó un defensor que sostuvo la existencia de una causal de justificación: la legítima defensa. Mas en el debate la conciencia de los jueces, no fue impactada por este planteamiento.

La defensa del procesado se ejercitó plenamente por intermedio de diversos abogados que expusieron sus opiniones sin cortapisas. Pero el jurado en su autonomía, no le creyó a la defensa. La sentencia, tanto de primera como en segunda instancia, acogió la veredicción.

Así las cosas, carece de sustento alguno la petición de decretar la nulidad supralegal impetrada, la cual se niega.

Por 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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

COMPETENCIA

Fraude procesal.

La competencia para conocer del delito de fraude procesal, se determina por el lugar en donde se busca una decisión judicial errada mediante el engaño al funcionario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 104.

Bogotá, D. E., 28 de octubre de 1986.

VISTOS

Procede la Sala de Casación Penal a decidir de plano la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira y el Primero de la misma categoría de Buga, respecto al conocimiento del proceso por fraude procesal contra Jesús María Ortega Castro y el abogado Félix Hernán Roldán Salcedo.

HECHOS

En escrito dirigido al Fiscal del Circuito de Buga para solicitar su intervención, expresó la denunciante Lucy Aristizábal de Ortega:

"Con el objeto de vulnerar mis derechos en el proceso de liquidación de sociedad conyugal que actualmente se tramita en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad de Pereira, el cónyuge Jesús María Ortega Castro en acuerdo con o instado por la asesoría del abogado Félix Roldán Salcedo produjo inicialmente un título valor a favor del segundo de los nombrados por la suma de diez mil pesos moneda legal, en cuyo recaudo

ejecutivo logróse el embargo y secuestro de bienes que hacen parte de la sociedad conyugal y por una cuantía superior a los ocho millones de pesos moneda legal y pocos días después para intentar cubrir la desproporción y con la intervención de una ciudadana allegada a los nombrados 'acumularon' para el cobro ejecutivo un cheque por cuantía de tres millones de pesos".

Agregó la querellante que ante el peligro para sus intereses, formuló denuncia por fraude procesal y otras infracciones, la cual investigaba un funcionario de instrucción.

Debe decirse que el proceso ejecutivo en referencia se tramita ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Buga, habiéndose iniciado ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de la misma ciudad.

Recibido el sumario por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira por tratarse del delito de fraude procesal, ordenó éste su remisión para su conocimiento a los Jueces del Circuito Penal de Buga por considerar que si el cheque era ficticio, se intenta inducir en error al Juez de Circuito de Buga, lo cual determina su competencia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga ordenó la devolución del proceso al Juzgado de Pereira y le propuso colisión negativa de competencias. Anota que no obra en el proceso de liquidación de bienes en curso en Pereira, auto o resolución que demuestre que con el proceso ejecutivo en curso en esa oficina se haya lesionado el patrimonio de los cónyuges o se haya tenido en cuenta como pasivo en la liquidación respectiva. El proceso ejecutivo no ha concluido y tampoco se tachó por las partes el título valor y así "...mal puede decirse que es el medio engañoso utilizado para hacer incurrir en error al funcionario, en este caso a la Juez Segundo Civil del Circuito de Buga".

Observa también que no se ha demostrado ser ficticio el documento referido en cuanto a las declaraciones de renta, los contribuyentes no indican verazmente sus activos para evitar mayor gravamen y además siendo el título citado de 1985, sólo figuraría en la declaración del año siguiente. Se pregunta si el fraude se encamina a obtener simplemente sentencia ejecutiva o a lograr reconocimiento de pasivo inexistente con beneficio del sindicado Ortega Castro en la partición de bienes, objetivo último pretendido, habiéndose expedido el cheque con posterioridad a la decisión de separación de cuerpos. Y así, la competencia corresponde a Pereira, donde debe efectuarse la separación o partición de bienes.

El Juez Cuarto Penal del Circuito de Pereira insiste en su planteamiento ya expuesto y propone colisión, por no estimar fundadas las razones aducidas, ya que el apoderado de Jesús María Ortega en el proceso de separación de bienes, afirma la existencia del pasivo mencionado, es decir, el cheque de tres millones de pesos, el título no fue tachado por no ser parte en el juicio ejecutivo la cónyuge denunciante y se causa daño a ésta, por cuanto en el ejecutivo están embargados bienes de la sociedad conyugal. Y la conducta se configuraría por obtener decisión induciendo fraudulentamente a empleado oficial, independientemente de utilizar esa resolución, lo cual originaría otra infracción.

SE CONSIDERA

1º Corresponde a la Corte decidir por tratarse de colisión entre juzgados de diferentes distritos judiciales (artículo 32, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal).

No está por demás advertir que la colisión de competencias es una institución eminentemente procesal, según la cual el superior dirime el desacuerdo presentado entre dos o más jueces respecto al conocimiento de un determinado proceso. Significa lo anterior, entonces, que una vez suscitado el conflicto indefectiblemente al superior corresponde atribuir la competencia a quien jurídicamente atañe.

Cuestión que en diversas ocasiones suele presentarse un tanto difícil mas no insoluble, puesto que si no es pertinente fijar el conocimiento teniendo en cuenta el lugar donde ocurrió el hecho, conforme lo predica la regla específica del artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, débese estar a la norma subsidiaria prevista en el artículo 42 de la obra citada.

2º En el caso de estudio se observa que examinada la colisión planteada y las razones aducidas por uno y otro Juzgado, se concluye que la competencia corresponde al Juez Penal del Circuito de Buga.

No resultan aceptables las razones expuestas por este último, pues carece de incidencia el que no se haya dictado providencia en el juicio de separación de bienes, que no se haya afectado el patrimonio de las partes o que no se haya tenido en cuenta la suma cobrada en el ejecutivo como pasivo en la liquidación del juicio de separación de bienes, pues de la manifestación del apoderado de la parte demandada en este último —el procesado en este caso— se deduce que se pretende hacerlo valer oportunamente. No se podría por otra parte, objetar por la denunciante el título respectivo, no obstante el interés que afirma tener y que existe por cuanto se afectan bienes de la sociedad conyugal, ya que no es parte en el proceso ejecutivo. Tampoco el que no se haya probado ser ficticio dicho título, punto que precisamente es materia de verificación en las acciones instauradas.

Tampoco es admisible para determinar la competencia, la razón que presenta el Juzgado de Buga de que aquélla se determina por el lugar en que se cumpliría la finalidad última perseguida, pues dependería de que se produjera efectivamente tal situación, lo cual es hecho futuro que no puede ser fundamento cierto para determinar el funcionario que debe conocer.

Como lo anota el Juzgado de Pereira la competencia se determina por el lugar del hecho, es decir, en donde se pretende la obtención de una decisión judicial errada por lograr engañar al funcionario utilizando medios fraudulentos, lo cual configura el delito de fraude procesal (artículo 182 del Código Penal). Las conductas futuras del procesado, que constituyan actos distintos deberán someterse a los funcionarios respectivos sin que ésto pueda variar la competencia en este asunto, determinada como queda expresado.

Por tanto, el conocimiento del proceso corresponde al Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga, al cual ordena la Sala enviar el expe-

diente. Se remitirá al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

EXCARCELACION

Justicia Penal Militar

La ley ordinaria afecta las normas del estado de sitio, cuando se trata de estatutos generales que se ocupan de una determinada materia en forma integral y que no contienen una expresa salvedad sobre esta señalada incidencia. Y como el juzgamiento de los civiles por la Justicia Penal Militar es transitorio y precario, el régimen favorable a su libertad, cuando se trata de reglamentación integral de la cuestión, no debe encontrar la cortapisa de la especialidad del juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 104.

Bogotá, D. E., 28 de octubre de 1986.

VISTOS

Raúl Vargas Téllez y Gerardo Vargas Téllez, sindicados de violar el artículo 202 del Código Penal, fueron procesados por la Justicia Penal Militar y presentan, ahora, denuncia penal contra los doctores Gabriel Alfonso González Reyes y Julio César Torres Mendoza, Magistrados del Tribunal Superior Militar, por el delito de prevaricato por omisión.

Los *hechos* que dieron lugar a la denuncia son los siguientes:

1. A los ahora denunciantes se les dictó auto de detención el 14 de junio de 1985. Mediante apoderado solicitaron excarcelación "en virtud de la Ley 2ª de 1984, artículo 6º del Código Penal", la cual les fue negada en providencia de 10 de julio de 1985. Contra tal determinación se interpuso recurso de apelación, habiéndole correspondido en reparto al Magistrado Gabriel Alfonso González Reyes.

2. En el Tribunal Superior Militar se presentó un empate, como quiera que el ponente y el Comandante General de las Fuerzas Militares y Presidente del Tribunal Superior Militar, argumentaron que "no procede excarcelación aun cuando sean particulares y que debe darse aplicación al Código Penal Militar, mas no a la legislación ordinaria, en tanto que los Magistrados Miguel Angel Maldonado Camargo y José Joaquín Ardila Dimaté, sostuvieron todo lo contrario, precisamente por tratarse de ser los procesados particulares. Fue, entonces, designado Conjuez el doctor Julio César Torres Mendoza, procediéndose, según los acusadores, en forma absurda y también errada, pues afirmaron que debía darse aplicabilidad a la ley penal militar y no a las leyes ordinarias".

3. Los denunciantes continúan anotando que "en virtud de los anteriores hechos y acogiéndonos plenamente al concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil y a la ponencia del doctor Jaime Betancur Cuartas, de referencia Radicación número 2278 con fecha de 31 de octubre de 1985 y enviada al señor Ministro de la Defensa, General Miguel Vega Uribe, de fecha 19 de diciembre de 1985 con el número 2519, firmada por el Ministro de Justicia, doctor Enrique Parejo González, en la cual el Consejo de Estado es completamente claro en cuanto a que se debe dar aplicabilidad a la favoravilidad de la ley y que se debe procurar una unidad jurídica y de beneficio social y que en virtud a la consulta se deben aplicar las normas generales del Código de Procedimiento Penal. Por lo anterior y por la disparidad de criterios reinantes en cuanto al caso que nos ocupa tanto el ponente, el honorable Magistrado Gabriel Alfonso González Reyes y el Capitán de Navío, Magistrado Julio César Torres Mendoza, han desconocido y no han querido dar aplicación al concepto jurídico y obligatorio emanado por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, la cual anexamos con la presente denuncia".

4. La denuncia finaliza diciendo que, el Tribunal, no tuvo en cuenta un memorial presentado por el actual apoderado, en donde se reitera la solicitud de excarcelación. Al respecto, desde ya importa significar que no era necesario su expresa mención, pues es evidente que su fundamentación es la misma que realizó el anterior apoderado y, así las cosas, estaba sobreentendido que, al desechar la una, se desechaba la otra.

Se ordenaron diligencias previas. Entre ellas solicitar, al Juzgado 26 de Instrucción Penal Militar, copia auténtica de toda la actuación de primera y segunda instancia relativa al incidente de excarcelación. Dicho Juzgado motivó su decisión de la siguiente manera:

"Los decretos que se dictaron a raíz del estado de sitio que regulan esta clase de ilícitos como son el 1066 y 1058 de 1984, son especiales y por lo tanto suspenden todas las disposiciones que les sean contrarias, son tan amplios que no determinan el momento en que el sujeto activo de la infracción adquirió el arma, sino el simple hecho de tenerla, conservarla, guardarla, se hace acreedor a las sanciones estatuidas por la ley.

"En el caso *sub judice* no es aplicable el principio de favorabilidad por ser únicas las normas dictadas por el Presidente de la República, con base en las facultades legales que le confiere la Constitución Nacional, de acuerdo al artículo 121.

"Aduce el apoderado que sus defendidos 'no requieren tratamiento penitenciario', pero es de anotar que esta clase de ilícitos representan un peligro para la sociedad.

"El Decreto 1056 y 1058 de 1984, concede facultades especiales a la Justicia Penal Militar para conocer de estas infracciones, y fija el procedimiento a seguir por medio del artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar.

"Este Juzgado no considera viable la petición del apoderado señor doctor Eduardo Arturo Afanador, por ser el procedimiento a seguir el fijado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, que no admite excarcelación y no se puede dar aplicación a las leyes ordinarias".

Contra el auto que negó la excarcelación se interpuso recurso de reposición, el cual se sustentó así:

"El artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, dispone que el inculpado *tendrá derecho a excarcelación caucionada* para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella: "... 1. Cuando se proceda por delito distinto de los relacionados en los incisos 1 y 2 del artículo 426 del presente Código... 3. Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia...".

"Las infracciones penales imputadas a Raúl y Gerardo Vargas no se encuentran excluidas del beneficio de excarcelación y, siendo las normas invocadas de orden público, debe darse aplicación al principio consagrado en el artículo 6º del Código de Justicia Penal Militar, que textualmente señala: "... Favorabilidad... La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...".

"Los hermanos Raúl y Gerardo Vargas Téllez no han sido condenados por delito alguno, su conducta anterior ha sido siempre buena y su personalidad, naturaleza y modalidades del hecho imputado, si resulta típico, demuestra que no requieren tratamiento penitenciario...".

El Juzgado no accedió a reponer su auto y concedió el recurso de apelación que había sido interpuesto de manera subsidiaria.

El Fiscal Cuarto del Tribunal cita al Fiscal Permanente del Juzgado de instancia, en el siguiente aparte:

"Sobra advertir con todo respeto al señor defensor que estos hechos están cobijados plenamente por los decretos emitidos durante la vigencia del estado de sitio, es decir el 1056 y 1058 de 1984, por cuanto en esta clase de ilícitos se está generando un peligro común, existe una responsabilidad objetiva, el solo hecho de encontrársele en su poder da pie para iniciar la acción penal. La norma no nos remite para poder configurar el momento en que el sujeto activo de la acción penal ha caído dentro del ámbito del derecho penal a aquel tiempo en que se adquirió u obtuvo el arma. Los decretos de estado de sitio son especiales, y con ellos se suspenden todas las disposiciones que le sean contrarias, entonces erradamente consi-

dera el señor apoderado que hay que aplicar el principio de la favorabilidad...".

Tal criterio es plenamente compartido por el Ministerio Público del Tribunal, quien finaliza diciendo que él refleja "la realidad interpretativa que debemos darle a las disposiciones de emergencia de orden público expedidas por el Gobierno Nacional a la luz del estado de sitio vigente en todo el territorio nacional, pues de otra manera se desfiguraría en su fondo, en su concepto y en sus fines, las medidas de emergencia dictadas para contrarrestar la subversión y el tráfico de alucinógenos, motivos y razones fundamentales que tuvo el gobierno para decretar este estado de sitio existente".

El Capitán de Navío Julio César Torres Mendoza, quien fuera sorteado para dirimir el empate presentado en el seno del Tribunal Superior Militar, precisó así su pensamiento:

"El suscrito Magistrado comparte y acoge lo expuesto en la ponencia, por cuanto la Ley 2ª de 1984 dejó vigente lo relativo a disposiciones especiales y el artículo 299 del Estatuto Castrense sólo permite recurrir a la legislación ordinaria cuando existen vacíos en la castrense, en donde por otra parte está plenamente regulado lo relativo a la excarcelación según las voces de los artículos 529 y 532 del respectivo estatuto...

"En resumen participo de la ponencia por cuanto no se le puede conceder la libertad provisional a los sindicados particulares Gerardo Vargas Téllez y Raúl Vargas Téllez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 40 de la Ley 2ª de 1984, en razón de que no hay vacío alguno en el instituto de la libertad provisional contemplado en el Código de Justicia Penal Militar, que permita acudir a la ley penal común, ya que la incompatibilidad que pudiera existir entre la ley especial y la ley de carácter general se resuelve sin lugar a dudas leyendo detenidamente el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 que a la letra dice: 'La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general'...".

El Tribunal Superior Militar comparte lo expuesto por el Ministerio Público en ambas instancias, a la vez que lo manifestado por el Juzgado y en ello y en lo siguiente fundamenta su determinación:

"El Tribunal Superior Militar, esta Sala de Decisión, confirmará la providencia del Juzgado de Instrucción Penal Militar, porque las normas de procedimiento penal, la Ley 2ª de 1984, han dejado vigente lo dicho en disposiciones especiales y el artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar sólo permite recurrir a la legislación ordinaria cuando hay vacíos en la legislación penal militar y bien sabido es que en ella está suficientemente regulada la materia de la excarcelación, artículos 529 y 532.

"No nos podemos explicar por qué se requiere recurrir a la legislación procesal ordinaria, y no se aplica la penal militar, cuando el Presidente de la República al declarar turbado el orden público, al dictar el Decreto legislativo 1038 de 1984 dijo: 'Que ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales los medios que le atribuye la legislación ordinaria, sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad' ".

"Se dice que si el Gobierno hubiere querido prohibir la excarcelación a los sindicados de violar el artículo 202 del Código Penal lo habría dicho en el Decreto legislativo 1058 de 1984 como lo hizo en el 1042 en relación con los sindicados del tráfico de estupefacientes. Es cierto que el Presidente en el Decreto 1042 prohibió la excarcelación de los sindicados de violar el estatuto de estupefacientes, pero esto no quiere decir que se debe conceder en el caso del Decreto 1058. Lo estipulado y deseado es que a los infractores del estatuto de estupefacientes a quienes se les dicta auto de detención, ni siquiera se les pueda conceder la libertad provisional en los casos previstos en el artículo 532 del Código de Justicia Penal Militar. Vale decir que en un caso como el citado, el funcionario de instrucción y el Juez de primera instancia, en los términos del artículo 532, no podrán conceder la excarcelación si se les cesa procedimiento o absuelven o el detenido lleva en detención un tiempo igual al de la pena a imponer sino que esta libertad sólo la concederá el *A-quem* en la segunda instancia" (sic).

Concepto del Consejo de Estado

"*Sala de Consulta y Servicio Civil*

"Consejero ponente: doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

"Bogotá, D. E., 31 de octubre de 1985.

"El señor Ministro de Justicia eleva a la Sala la siguiente consulta:

"Se han presentado a consideración del Ministerio de Justicia inquietudes planteadas por abogados litigantes, con el fin de clarificar la situación que se presenta frente a la interpretación y aplicación de las últimas disposiciones sobre reforma a la justicia. La Ley 2ª de 1984, la Ley 52 de 1984 y el Decreto 1853 de 1985 introdujeron modificaciones al procedimiento penal, medidas que en una u otra forma han producido consecuencias jurídicas que implican determinados beneficios para los sindicados y la agilización de los procedimientos, sin embargo, nada dicen sobre la posibilidad de aplicar sus normas a procesos de jurisdicción especial, como son los militares y aduaneros. Esta situación ha originado diversidad de criterios y opiniones antagónicas, tanto en el gremio de los abogados litigantes como en los mismos estados judiciales.

"En este sentido y para propender por una unidad jurídica de interpretación sobre la inquietud planteada, solicito a esa honorable Sala emitir concepto con el fin de determinar si la aplicación de estas últimas disposiciones tiene únicamente como destinatario aquella población vinculada a procesos penales que se adelanten ante la jurisdicción ordinaria, o si debe cobijar también a aquella vinculada a procesos penales que se adelanten ante las jurisdicciones especiales, como la militar y la aduanera.

"Por vía de ejemplo, nos permitimos citar lo que ha ocurrido en la práctica con la aplicación de algunas disposiciones del Código Penal que entró en vigencia en 1981: Este Código suprimió la pena principal de pre-

sidio y la accesoria de pérdida de la patria potestad. Tales penas se hallan aún consagradas en los Códigos Penal Militar y Penal Aduanero, pero no son ya aplicadas en una y otra jurisdicción especiales porque se ha entendido, con muy buen criterio, que el Código Penal ordinario consagra los principios generales a los cuales se deben sujetar los restantes ordenamientos de índole penal y que, por ende, quedaron derogadas las disposiciones pertinentes.

"Cabe entonces, preguntarse, si igual cosa debe ocurrir con las normas generales del Código de Procedimiento Penal que tienen que ver con aspectos tan esenciales como los que se refieren a la detención preventiva, la captura y la libertad provisional, frente a lo que al respecto prevén los Códigos de Justicia Penal Militar y Penal Aduanero.

"Es, pues muy importante el concepto de esa honorable Sala en asunto de tanta trascendencia como el planteado.

"La Sala considera y responde:

"1. La interpretación de la ley busca fijar su sentido y alcance, no siempre por imperfección sino también por su naturaleza. Existen varias clases de interpretación: a) La que se hace con autoridad, para fijar el sentido de una ley oscura, de manera general, que sólo le corresponde al Legislador (Código Civil, artículo 25). Es auténtica y obligatoria para todos, la ley interpretativa forma una sola con la ley interpretada; b) Los jueces y funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios, administrativos, las interpretan por vía de doctrina, con carácter jurisprudencial. (Código Civil, artículo 26 ss.). Se trata del alcance en un caso determinado que se halle sometido a la decisión; c) La de los autores, hecha por los particulares, los jurisconsultos, que emplean sus propios criterios para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses particulares. (Código Civil, artículo 26). El valor de esta interpretación depende de la autoridad del intérprete.

"2. Vale la pena como recordación complementaria la existencia de la doctrina legal probable en nuestra legislación. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que, la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. (Ley 169 de 1896, artículo 4º).

"En cuanto al Consejo de Estado el artículo 13 de su reglamento preceptúa que para los efectos del artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferida por cualquiera de las salas o secciones. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena de lo contencioso, previa revocatoria hecha por la Sala o sección que conozca del asunto.

"3. El artículo 141 de la Constitución Nacional dice que entre las atribuciones del Consejo de Estado está actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que la Constitución y las leyes determinen.

"4. A su vez, el Decreto-ley 01 de 1984 Nuevo Código Contencioso Administrativo al fijar las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil expresa que tendrá que absolver las consultas jurídicas, de orden administrativo, generales o particulares, que le someta el gobierno a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (artículo 98).

"5. En la situación planteada, aunque el fondo de la consulta es una materia penal, de alcance de normas de esa naturaleza y de especiales efectos, entiende también la Sala que al respecto se le han creado al Ministerio de Justicia, en el ejercicio de sus funciones administrativas, situaciones de dudas y confusiones, planteadas por diversos orígenes y desea un concepto de esta Sala 'para propender por una unidad jurídica de interpretación sobre la inquietud planteada'. Así las cosas, es procedente que la Sala, como órgano administrativo y en razón de su carácter de asesor, emita criterio de interpretación, en relación con lo consultado, en procura de colaboración para la búsqueda de acierto por el Gobierno.

"6. Al respecto es importante recordarse:

"A. La Constitución Nacional dice que en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (artículo 26).

"B. La Ley 153 de 1887, artículo 44, establece que en materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito. Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena. Artículos siguientes traen explicaciones pero el 45 dice que 'los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna'.

"C. El Código Penal en su artículo 6º trata la favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados.

"D. El Código de Procedimiento Penal, artículo 6º contiene también el principio de favorabilidad. En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero la que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir.

"E. Por su parte el Código Penal Militar también consigna que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

"F. A su vez, el artículo 89 del Estatuto Penal Aduanero, respecto de aplicación de otros códigos, preceptúa que 'las normas contenidas en los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil serán aplicables a las situaciones reguladas por el presente estatuto, en cuanto le sean pertinentes'.

"7. De lo expuesto aparece que los principios de permisibilidad y favorabilidad están constitucional y legalmente consagrados como esenciales

en nuestro orden jurídico penal sustantivo y procesal, como criterios de interpretación para desatar dudas, vacíos y contradicciones de normas, en busca de especial garantía y protección de la libertad individual y de los deberes sociales del Estado.

"8. De consiguiente, resultaría discriminación inaceptable que la benignidad expresada por el legislador en las normas citadas en la consulta y demás vigentes respecto del procedimiento para resolver la libertad de las personas, tuviera aplicación parcial, con exclusión de efectos para sindicados y agilización de los procedimientos en los Códigos de Justicia Penal Militar y Penal Aduanero en aspectos tan sustanciales como la detención preventiva, la captura y la libertad provisional. Hay una nueva y favorable apreciación de situaciones del legislador en aspectos penales que se deben armonizar, conciliar.

"La búsqueda y práctica de la unidad jurídica en materias como las a estudio resulta de mayor beneficio social y se adecua más a los nuevos propósitos y a la equidad natural en especial, como en el caso, con la aplicación de las normas generales del Código de Procedimiento Penal".

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El Decreto 1058 de 1984 fue dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto legislativo número 1038 de 1984. En él se dispone:

Artículo 1º Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, los Comandantes de Brigada, Fuerza Naval o Base Aérea, conocerán de las infracciones previstas en el artículo 202 del Código Penal, modificado por el artículo 7º de la Ley 35 de 1982.

Artículo 2º El procedimiento para la investigación y fallo de las infracciones previstas en el artículo anterior, será el previsto por el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar.

En estos casos tendrá lugar el grado de consulta.

Artículo 3º *Inexequible.*

Artículo 4º Este decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende las normas que le sean contrarias.

2. *Se afirma por los aquí denunciantes que las disposiciones de la Ley 2ª de 1984 y el Decreto 1853 de 1985, como quiera que consagran normas de procedimiento más benéficas para el sindicado, son también de aplicación a procesos de jurisdicción especial,* y por lo tanto, quienes tenían aquella calidad en el proceso que adelantó o adelanta la Justicia Penal Militar y que motivara la denuncia razón de ser de estas diligencias preliminares, tenían derecho a su libertad provisional. *Que esa favorabilidad debe operar por ser los sindicados particulares.*

3. *A la justicia penal militar no puede negársele su jerarquía constitucional, lo cual afirma su necesidad y permanente vigencia. Las regulacio-*

nes de la Carta, sobre el particular, demuestran este aserto y niegan la secundaria condición que se le ha pretendido reconocer, más que todo para hacerla servir a intereses que la Constitución no consideró.

4. *Pero cuando se hace este reconocimiento de su trascendente origen y destacada importancia, también deben determinarse, así sea en forma incompleta, los factores que más influyen en su decaecimiento: 1. No se le ha dotado de una estructura que revele y haga posible su capacidad y su independencia, relacionada esta última característica con el estamento castrense dentro del cual actúa; 2. La desvirtuación del concepto "militar", ampliado más allá de lo que rigurosamente señala la Constitución Nacional (sólo para los integrantes del Ejército, Marina y Fuerza Aérea y únicamente por razón del ejercicio de esta actividad); 3. El sometimiento de los civiles a sus áreas de juzgamiento y la adscripción de este cuerpo armado a faenas extrañas al cometido que la Carta le señala, órbita cada día más ampliada y que da por resultado, obviamente un mayor enfrentamiento con sectores sociales que merecen ser tratados en forma diferente; y, 4. La infecunda proliferación legislativa que genera un peregrinar de procesados de la justicia ordinaria a la militar y de ésta, nuevamente, hacia aquélla, para continuar este incesante ciclo.*

Sobre este último aspecto la Sala quiere recalcar sus nocivas consecuencias: los preceptos dictados para regir durante el estado de sitio, se ven interferidos por sucesivas modificaciones de normas de igual índole y, lo que es más grave, por las que le son extrañas, al punto que estas últimas las sustituyen parcial o totalmente, antes de alcanzar aquéllas sus objetivos, que fueron su razón de ser. Así se procura, eficazmente, que ni una ni otra función de justicia, logre sus propios cometidos, ni se sepa, a ciencia cierta, la bondad de sus dictados, el cabal sentido de sus disposiciones, hasta el punto de no poderse precisar en múltiples circunstancias, el funcionario competente y la normatividad aplicable.

5. *Acontece, entonces, que tanto el juzgador, como las personas sometidas a su juicio y los llamados a prestar la asistencia jurídica, se sienten por igual perplejos y confundidos. No se encuentra razonable, pero así es, que un sistema legal castrense sea sustituido precipitadamente sin obtener los efectos previstos y menos que pueda darse una combinación de procedimientos, al punto que la inicial drasticidad de éstos, se vea menguada por la aparición de un beneficio de excarcelación, para no aludir sino a su caso más saliente y al cual se contraen estas diligencias. Se duda respecto de si se trata de un conflicto de leyes, o más bien de la coexistencia independiente de normas, o por el contrario de una sucesión de preceptos. El intérprete aviva su angustia y en ocasiones no consigue una definición exacta de la cuestión, suscitándose distintas aplicaciones de la ley y permitiendo la fácil acusación por prevaricato, abuso de autoridad, etc.*

6. *Se trata, en el caso examinado, de determinar si la Ley 2ª de 1984 y el Decreto 1853 de 1985, que ampliaron las posibilidades de la excarcelación, debieron aplicarse a los civiles que estaban sometidos a la justicia penal militar y que soportaban un distinto régimen procedimental en esta materia.*

Las sentencias de 24 de marzo, 12 de mayo y 5 de agosto de 1981, y, últimamente, la del 2 de septiembre del año en curso, relacionada con la Ley

30 de 1986 (M. P. Lisandro Martínez Zúñiga; expediente número 490; casación de Graciano Ramírez Maldonado), ofrecen suficientes argumentos para demostrar cómo una ley ordinaria afecta las normaciones del estado de sitio, cuando se trata de estatutos generales que se ocupan de una determinada materia en forma integral y que no contiene una expresa salvedad sobre esta señalada incidencia. Y no quiere decir lo anterior que las facultades del Gobierno aparezcan desconocidas o mermadas, pues, como se ha dicho, el legislador puede excepcionar su aplicación en el sentido indicado o, el propio Gobierno, disponer con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, su inmediata suspensión. La ausencia de ejercicio de esta atribución, significa que tales nuevos estatutos no se consideran incompatibles con los esfuerzos que el Gobierno realiza para recuperar el orden público, afectado por la conmoción interior o la guerra.

La inmediata vigencia de los estatutos que se juzgan más favorables al procesado y que proyectan su eficacia, si no media una salvedad expresa de aplicación, a los procesos contra civiles de que conoce la justicia penal militar, acentúa esta característica cuando se trata de temas relacionados con la libertad. No debe perderse de vista, por fuera de lo anotado precedentemente, que ese juzgamiento de los civiles por las cortes marciales, es esencialmente transitorio, precario y que el régimen favorable a la libertad, cuando se trata de reglamentación integral de la cuestión, no debe encontrar la cortapisa de la especialidad del juzgamiento. Es la propia Constitución la que exige este preferente miramiento, llegando a tanto su propósito en este punto que también se dice que un beneficio de libertad, una vez el procesado tenga derecho a la misma, no debe cancelarse sino por las previsiones propias del estatuto a que está sometido, sin que su revocación pueda hacerse a expensas de alteraciones legislativas posteriores, que sólo regirán para el futuro y para quienes incurrieron en un hecho presuntamente delictuoso después de iniciada su vigencia. Esto es lo que se ha denominado el "segmento de libertad", por referencia a la interrupción, así sea de instantes, de un estado de privación de la misma, sobre la cual ya no inciden las variaciones posteriores de la legislación.

No vacila la Sala en entender, entonces, que las más permisivas regulaciones del Decreto 1853 de 1985, en cuanto a la libertad de las personas, tuvieron que aplicarse a los procesados civiles sometidos a la justicia penal militar.

7. Conviene no silenciar la siguiente observación: el concepto rendido por el Consejo de Estado en su Sala de Consulta, no obstante coincidir con la apreciación consignada en este proveído, resulta poco ortodoxo, en cuanto a la debida aplicación de sus funciones, como quiera que éstas no le otorgan la atribución de fijar el sentido de las leyes, en todas sus órbitas, para que Jueces, Tribunales y Corte, ajusten a ese criterio sus propios cometidos, competencias y decisiones. Aparece como extraño a nuestros ordenamientos legales el comportamiento del Gobierno, al buscar una interpretación de esta índole, y, otro tanto debe anotarse de la respuesta del Consejo de Estado. Como lo dice el artículo 141 de la Constitución Nacional, la atribución de éste al respecto, es la de actuar como cuerpo consultivo del Gobierno, pero en asuntos de administración, o, como lo dispone el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, al fijar las atribuciones de la

Sala de Consulta y Servicio Civil: "Absolver las consultas jurídicas, de orden administrativo, generales o particulares, que les someta el Gobierno al través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República". Y tan no se trataba de una cuestión administrativa que en el propio concepto se dice que "el fondo de la consulta es una materia penal, de alcance de normas de esa naturaleza y de especiales efectos...".

En los anales del Consejo de Estado, segundo semestre de 1981, se encuentra el siguiente salvamento de voto, de quien fuera precisamente Consejero ponente en la consulta de marras, que, en uno de sus apartes, dice: "Lamentable decirlo, pero al Gobierno hay que enseñarle a consultar, no por capricho, sino por el mandato de la ley, y para evitar desbordes, desviaciones, equívocos o confusiones. Sobre ello hay reiteradas decisiones doctrinarias de la Sala, y el suscrito sigue consecuente con ellas, porque en verdad estas corporaciones son para adoctrinar...".

8. Lo dicho permite aseverar que no es dado hallar en la conducta asumida por los doctores Gabriel Alfonso González Reyes y Julio César Torres Mendoza, tipicidad delictiva alguna, precisamente por la perplejidad y confusión que arrojaba el asunto sometido a su decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

No es el caso de abrir sumario contra los doctores Gabriel Alfonso González Reyes y Julio César Torres Mendoza, por ausencia de tipicidad ilícita en los hechos denunciados por los Vargas Téllez.

Notifíquese, cúmplase y archívese.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

IMPUTABILIDAD

Responsabilidad.

En el Código Penal de 1936 a los inimputables se les imponían medidas de seguridad cuando realizaban conducta típica, antijurídica y no concurría causal de exclusión de culpabilidad y en el Código Penal de 1980, igualmente se predica su responsabilidad penal, en supuestos semejantes.

IMPUTABILIDAD

La Corte plantea una solución diferente a la posición jurisprudencial anterior, cuando el jurado de conciencia reconoce una situación de inimputabilidad que carezca de apoyo en la realidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 104.

Bogotá, D. E., 28 de octubre de 1986.

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó integralmente la que había dictado el Juez 26 Superior de esta ciudad, en virtud de la cual se condenó al procesado Luis Alejandro Gómez Buitrago a la pena de diez años de prisión y las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio.

HECHOS

Se procesó a Luis Alejandro Gómez Buitrago por haber dado muerte a Telésforo Laverde, mediante el empleo de arma cortopunzante. Los he-

chos ocurrieron el 19 de junio de 1983 en la calle 42 D sur con carrera 75 de esta ciudad.

ACTUACIÓN PROCESAL

La pertinente investigación se inició en el Juzgado 40 de Instrucción Criminal. Dentro de ella recibió la indagatoria del sindicado quien dijo que por hallarse en estado de embriaguez, nada recordaba en relación con los hechos que se le atribuyeron.

El 30 de junio de 1983 el Juzgado de Instrucción dictó auto de detención en contra del sindicado y en esa misma providencia dispuso que se le practicara el correspondiente examen psiquiátrico.

Los expertos del Instituto de Medicina Legal emitieron el siguiente dictamen.

"1º El señor Luis Alejandro Gómez Buitrago presenta una personalidad esquizoide.

"2º Su forma típica de personalidad no constituye trastorno mental, ni inmadurez psicológica, ni grave anomalía psíquica.

"3º Al tiempo de cometer los hechos a los cuales se refieren las presentes diligencias no presentó estado de enajenación mental.

"4º No presenta signos ni síntomas de intoxicación crónica por el alcohol u otra sustancia.

"5. En el momento del ilícito presentó una embriaguez simple.

"6º En el momento del hecho legalmente descrito no presentó trastorno mental ni inmadurez psicológica".

El 28 de marzo de 1984 el Juzgado 26 Superior de Bogotá abrió causa criminal, con intervención del jurado de conciencia, contra Luis Alejandro Gómez Buitrago, por el delito de homicidio voluntario.

Tramitada la causa, el 11 de julio de 1985 se verificó la diligencia de audiencia pública. Se propuso a los miembros del jurado popular el siguiente cuestionario:

"El procesado: Luis Alejandro Gómez Buitrago, de condiciones personales y civiles conocidas en autos, es responsable sí o no, de haber ocasionado la muerte a Telésforo Laverde, con intención de matar, empleando para ello arma cortopunzante según hechos ocurridos en las horas de la mañana, del diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983), en la calle 42 D sur con carrera 75, barrio palenque de esta ciudad, comprensión territorial de este Distrito Judicial".

El jurado respondió por unanimidad: "Sí es responsable, pero en estado de enajenación mental transitoria".

El juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia cuando profirió la sentencia del 13 de agosto de 1985 mediante la cual condenó al procesado Gómez Buitrago a la pena de diez (10) años de prisión. Para

llegar a esta conclusión estimó que como al jurado de conciencia le está vedado pronunciarse sobre la inimputabilidad de los procesados, habida cuenta de que ese tema está reservado al juez de derecho con el auxilio de peritos, psiquiatra, bien podría prescindirse de la parte de la veredicción que a ese tema hiciera referencia.

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 12 de noviembre de 1985, confirmó integralmente el fallo de primera instancia.

La demanda de casación

El defensor del procesado acusa la sentencia impugnada con apoyo en las causales primera y segunda de casación. En relación con el primer cargo estima que se violó la forma directa del artículo 33 del Código Penal, por cuanto esta disposición señala que a la persona que realiza comportamiento punible dentro de un trastorno mental transitorio, se le debe aplicar medida de seguridad y no pena de prisión como ocurrió en el caso que se estudia.

Formula el recurrente el segundo cargo con base en el numeral segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues en su opinión la sentencia se dictó en desacuerdo con el veredicto del jurado. Asevera que el dictamen pericial, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, está sometido a la crítica del fallador, que fue justamente lo que hizo el jurado con relación al experticio que afirmaba la imputabilidad del procesado. Destaca, además, que a su poderdante se le condenó como autor de un homicidio voluntario cuando el jurado desechó el dolo al afirmar la anormalidad transitoria del agente. No encuentra razonable que el jurado pueda hacer referencia a aspectos de culpabilidad y aun negar la responsabilidad del procesado y en cambio no pueda hacer referencia a la inimputabilidad, que apenas da lugar a la aplicación de una diversa consecuencia jurídico-penal.

Encuentra, en consecuencia, que el juzgado debió acoger integralmente la respuesta o, en caso contrario, reconocer que el veredicto era contrario a la evidencia de los hechos. Solicita que se case el fallo y se dicte la sentencia que procede.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal no se ocupa en contrario de los cargos formulados habida cuenta de que estima que en el proceso se incurrió en causal de nulidad supralegal que oficiosamente debe ser declarada. Para sustentar su pedimento razona de la siguiente manera:

"Cuando en el auto de proceder por homicidio se formula el cargo convocando el debate para que se rija por la disciplina propia del juicio, y en tanto esa situación permanezca inmutable, no se hace otra cosa que declarar, implícita o explícitamente, que el hecho no se cometió en ninguna de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal (hoy artículo 31). A ello conduce el numeral 5º del segundo inciso del artículo 34 del Código

de Procedimiento Penal e implica que el *juri* no tenga competencia para declarar que el reo se hallaba en dicha situación".

"Cuando el Tribunal popular rebasa esa expresa limitación legal, para cuya declaratoria adolece de competencia, está produciendo un acto jurídico inválido (210 C. P. P.), que por constituir un presupuesto procesal de otros actos respecto de los cuales es su condición, no es susceptible de ser revocado, ni en todo ni en parte, sino anulado. Y la prosecución del trámite, desatándose el proceso con fallas de primera y segunda instancia, envuelve su propia invalidez por carecer del requisto de legalidad de los actos que los causan".

"El veredicto emitido en este proceso es nulo, por esa razón. Pero desde el punto de vista estrictamente formal es contradictorio. Suscribirlo, significaba tanto como aceptar la competencia, para después negarla con el agregado toda vez que se decidió sobre la responsabilidad del reo por una forma de responsabilidad que le niega la atribución para conocer del asunto. La simpleza del acto procesal llamado veredicto impide que so pretexto de interpretar su tenor se le fragmente para hacerlo decir lo que el *juri* expresamente negaba; la sentencia, tal como fue concebida, hizo decir al *juri* que Gómez Buitrago era culpable, a título de dolo, cuando de manera categórica el veredicto estaba negando su capacidad de culpabilidad y, por ende, la concurrencia de algunas de las formas de culpabilidad previstas en nuestro Código Penal (Art. 35). Y negaba, de contera, la capacidad funcional del tribunal popular para llevar a cabo tal declaratoria".

"Para esta oficina el asunto va más allá de la interpretación del concepto de circunstancias a que alude el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal. La norma responde a una terminología utilizada en tiempos en que la estructura del hecho punible no se había traído a la legislación a partir de categorías propias de la dogmática. Por ese motivo no se puede encontrar ahí la fórmula para zanjar el debate sobre la competencia del jurado para declarar el estado de inimputabilidad de un reo. Pensamos que el asunto es aún más trascendente y obedece a la falta de previsión del legislador por lo que el vacío debe ser llenado a través de la interpretación del sistema, que no de la de conceptos aislados".

"Desde ese punto de vista, y partiendo del sentido y orientación del derecho procesal como conjunto de disposiciones que tiendan a hacer efectiva la ley sustancial y los principios constitucionales básicos, vemos que sería un contrasentido para con la función de la medida de seguridad permitir que jueces de hecho, y en consecuencia, decidan así de fácil sobre la normalidad psíquica de un individuo respecto de cuya conducta no se realizan juicios de valor (propios de la culpabilidad) sino constataciones regidas por la ciencia médica (propias de la responsabilidad en condiciones de inimputabilidad, o de la necesidad de tutela, de protección, o, como lo enuncia la Corte, de asistencia pública)".

"Políticamente y en un Estado de derecho, constituiría la mayor inseguridad jurídica para el ciudadano verse abocado a esa sola posibilidad. La aplicación de una medida de aseguramiento, con mínimos fijos e inmu-

tables y máximos indeterminados, como producto de la verdad sabida y de la buena fe guardada, es sencillamente espantoso. Lo grave es que tanto defensor y tanto tratadista se detengan más en el inciso o en el parágrafo que en la monstruosidad del engendro. Y que en Colombia los mismos procesados prefieran que se les declare enajenados a que se les declare culpables, pero normales y dueños de su libertad".

"Como consecuencia del defecto del acto procesal, deben anularse el veredicto y los fallos. Y como la ley no previó solución expresa para este tipo de eventos, se acude a la norma que regula materias semejantes, la del veredicto contradictorio (580.2), ordenándose nuevo sorteo de jurados y preservando el principio de imparcialidad para que no sean los ciudadanos que ya erraron y se pronunciaron sobre el hecho, aquéllos a quienes la ley otorgue de nuevo la facultad de juzgar en conciencia a Gómez Buitrago"

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El tema que han propuesto el señor defensor y el señor Procurador Delegado en lo Penal, ha dado lugar a diversos pronunciamientos de carácter jurisprudencial, de modo que para resolver el caso que ahora se examina podría ser suficiente la reproducción de alguno de los planteamientos mayoritariamente aceptados en oportunidad precedente. No obstante la Sala estima pertinente hacer algunas precisiones habida cuenta de la importancia del problema planteado.

1º *La 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 aluda a ese punto en concreto. Los fundamentos de esta decisión quedaron consignados, entre otras, en la sentencia del 14 de octubre de 1980, cuando la Sala, con ponencia del honorable Magistrado, doctor Alfonso Reyes Echandía, dijo:

"Pues bien, el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal autoriza a los jurados para agregar a su respuesta afirmativa la responsabilidad del procesado 'circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario', ¿la adición hecha por el jurado en el caso *sub judice* constituirá una de tales circunstancias? Veámoslo:"

"*Lato sensu* entiéndese por circunstancia cualquier accidente de modo, tiempo o lugar en que está unido a la sustancia de algún hecho; en el plano jurídico-penal es circunstancia aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuye a la descripción de un tipo legal; si él se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual; y si se menciona separadamente para atenuar o agravar la sanción imponible, no afecta la estructura del tipo al cual se refiere, sólo tendrá efectos punitivos y se conforma figuras accesorias o subordinadas porque carecen de vida jurídica autónoma. En este segundo sentido, las circunstancias pueden ser agravantes o atenuantes, genéricas o específicas; las primeras acarrean aumento en la dosimetría

punitiva; las segundas, disminución de la misma; las terceras están previstas en la parte general del Código y se predican, por lo mismo, de aquellas figuras de la parte especial con las que sean compatibles (tales las señaladas en los artículos 37 y 38 del Código Penal de 1936, y 64 y 66 del Código Penal de 1980) y las últimas aparecen en la parte especial del Código y afectan exclusivamente al tipo penal al cual se refieren, como las que enuncia el artículo 363 como formas agravadas de homicidio (Art. 324 del C. P. de 1980)".

"Ahora bien, como las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena sólo pueden ser deducidas por el juez de derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, aquellas a las que se refiere el artículo 535 *ibidem* y que el jurado tiene la facultad de reconocer cuando no se mencionan en el cuestionario, son las específicas —atenuantes o agravantes— aunque se hallen reiteradas como genéricas, y las que se integran a elementos del tipo —*lato sensu* entendido— por el cual se llamó a juicio".

"Si observamos la adición hecha por el jurado en su respuesta, se hallará que ella se refiere al reconocimiento de grave anomalía psíquica, en los procesados al momento de cometer el homicidio por el que fueron llamados a responder y se encontrará, igualmente, que tal fenómeno aparece en el artículo 29 del Código Penal como factor de inimputabilidad".

"Sin entrar en disquisiciones sobre el sitio que ha de ocupar la imputabilidad dentro de la estructura del delito, pero considerándola como capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión y reconociendo consecuencialmente, que es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud ni de determinarse conforme a tal comprensión por causas jurídicamente reconocidas, síguese que este fenómeno es por tal modo trascendente en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia".

"El recurrente fundamenta esta parte de su alegato sobre el supuesto de que el jurado sí tiene facultad para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado; pero olvida que el artículo 498 de la codificación original del C. de Procedimiento Penal que le concedía tal atribuo fue derogado por el artículo 1º del Decreto 3347 de 1950 y que el actual estatuto, como ya se indicó, no le permite tal pronunciamiento. Así lo reconoció esta Corporación en providencia del 8 de julio de 1966 (G. J. CXVII 2282, p. 358) en la que expuso: 'Si de acuerdo con el Decreto 3347 de 1950 (Art. 1º, ordinal 6º), la intervención de los jueces de conciencia quedó suprimida «en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía psíquica», es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del Juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario' ".

"Dice el recurrente que si el juzgador no compartía la respuesta del jurado ha debido declarar contraevidente el veredicto pero no desechar la

referencia a la inimputabilidad de los procesados. Respóndese a este planteamiento con la siguiente consideración: la declaración sobre inimputabilidad hecha por el jurado nada tiene que ver con la materialidad de la conducta de los enjuiciados y con la imputación que de ella surge probatoriamente en forma incuestionable, tanto que el propio jurado la reconoció al responder afirmativamente la pregunta sobre su responsabilidad, por donde no había lugar a declarar contraevidencia alguna".

"La incompetencia del jurado para decidir sobre la inimputabilidad del procesado tiene, además, expreso fundamento en el numeral 5º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal en el que se indica que los jueces superiores tienen competencia para conocer en primera instancia, sin intervención del jurado, entre otros, el delito de homicidio 'cuando el imputado se hallare en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal' ". (C. S. de J. Casación de octubre 14 de 1980. M. P. doctor Alfonso Reyes Echandía).

En aquella oportunidad salvó su voto el honorable Magistrado, doctor Gustavo Gómez Velásquez con los siguientes razonamientos:

"1. No existe una definición legal que zanje la controversia sobre la locución circunstancia y si es lo mismo circunstancia del hecho, como dice el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, que circunstancia del delito. Generalmente se la toma como aquello que está en torno del delito *(circumstat)*, de donde suele estimarse como algo accesorio, secundario, siendo lo principal el delito. 'Mientras la falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, la ausencia de una circunstancia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito. La circunstancia puede existir o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual *(accidentalia delicti)*. Pero lo que caracteriza a la circunstancia en sentido técnico es el hecho de que determina normalmente una mayor o menor gravedad del delito, y, en todo caso, una modificación de la pena (agravación o atenuación)' ".

"Pero hasta dónde penetra una circunstancia, hasta dónde puede entenderse como tal, es el aspecto que la ponencia no cuestiona y que resuelve en forma unilateral adscribiéndose a un concepto general que no suele ser unánime ni en la doctrina ni en la legislación. Pero la complejidad acrece cuando se trata de fijarle rigor científico a una expresión legal que carece de él y ha sido objeto de fluctuaciones legales que no han considerado el sistema, para introducir modificaciones acordes, y que a la postre no pueden tener una interpretación tan armoniosa y exacta como se quiere en la sentencia, siguiendo para ello un individual modo de pensar".

"Acogiendo el rigor de esta tesis, así sea en gracia de discusión, puede razonarse así: Si lo que caracteriza a la 'circunstancia' en su 'accidentalidad' o 'accesoriedad', dejando inmune lo 'principal' o 'esencial', o sea el delito, la agregación que hace el jurado de conciencia sobre la anormalidad del agente activo del hecho, no puede dejarse de estimar como circunstancia, ya que este reconocimiento suyo no hace desaparecer al delito, no hace perder al hecho esta naturaleza jurídica. Y si se piensa en que tal respuesta repercute en la sanción, pues hace pasar la pena a medida de seguridad, el criterio no se modificará por ser una de las características de la 'circunstancia' incidir sobre la sanción".

"Pero algo más de fondo. Cuando se insiste en que no hay una determinación legal rígida, absoluta, incontrovertible sobre el alcance de la noción 'circunstancias', se dice una gran verdad. Observe cómo las circunstancias, dentro de la doctrina o la legislación, no se reduce en su clasificación al rubro de 'agravantes y atenuantes', pues se tienen por categorías válidas de las 'objetivas y subjetivas', 'reales y personales', 'comunes y especiales', pudiéndose insertar dentro de algunas de éstas el aspecto de la normalidad o anormalidad del procesado".

"El Código Penal Italiano, con el cual nuestros estatutos penales guardan tanto nexo, dice en su artículo 70: 'circunstancias objetivas y subjetivas'. Para los efectos de la ley penal:"

"1. Son circunstancias objetivas las que se refieren a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y toda otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro, o las condiciones y calidades personales del ofendido;"

"2. Son circunstancias subjetivas las que se refieren a la intensidad del dolo o al grado de culpa, o a las condiciones y calidades personales del culpado, o las relaciones entre el culpable y la persona agraviada, o las que son inherentes a la persona del culpable".

"Las circunstancias inherentes a la persona del culpable se refieren a la imputabilidad y a la reincidencia".

"Guillermo Sauer, anota de la legislación alemana, que: 'La responsabilidad personal debe existir sólo, según la antigua y la moderna redacción del número 50 en «las especiales cualidades o circunstancias personales» que agravan, atenúan o excluyen la pena' ".

"2. La interpretación que se da al Decreto 3347 de 1950 y particularmente al artículo 34 del Procedimiento Penal, no es la que corresponde a su letra y finalidad. Se le hace decir cuestión bien distinta a la que esta norma fija y se le enlaza con hipótesis que la misma no considera. Lo que esa disposición señala, y léase cuantas veces se quiera su texto, es que cuando en el sumario está demostrada suficientemente la insanidad mental del procesado y así lo entiende y determina el juez de derecho, no es dable su juzgamiento por el jurado de conciencia sino disponerlo con prescindencia de éste; pero la situación que no se indica allí y que la mayoría pretende advertir, es que ocurre otro tanto cuando, por ejemplo, el juez de derecho desconoce una pericia indicativa de anormalidad, o se inclina por la normalidad síquica del imputado a pesar de los elementos probatorios recogidos en la sumaria o en la etapa de la causa y de las controversias que las mismas han originado antes o durante la audiencia. En estos casos, la comentada norma ya no dice que se excluye e impide un pronunciamiento del jurado de conciencia sobre tal aspecto. Y si no lo dice, ni la prohíbe expresamente, quiere decir, que el jurado está facultado para reconocer una cualquiera de las circunstancias personales del enjuiciado, quedando al juez de derecho admitir la veredicción y aplicar consiguientemente medidas de seguridad, o declarar contraevidente tal veredicto. Pero lo que no puede hacer es lo que patrocina la Sala en su impresionante mayoría: tener la respuesta por afirmativa de normalidad y de responsabilidad y

desechar la otra parte del veredicto (lo relacionado con la enajenación, anomalía psíquica o intoxicación crónica) por ser cuestión vedada al jurado".

"3. Pero la tesis que propicia la mayoría ofrece contrasentidos insoslayables. Cuando se descubren vacila su rigor lógico-jurídico. Nadie niega que el jurado pueda admitir una causal de justificación. Las mismas no pueden tomarse como 'circunstancias de delito', porque si algo evidencia aquélla es la desaparición del delito. Mal puede ser circunstancia —aspecto accesorio— lo que tiene la virtud de hacer desaparecer lo principal —el delito—. Entonces, si esta cuestión, que roza con la antijuridicidad misma, es atributo del jurado, no siendo circunstancia ni de agravación ni de atenuación específica, ¿por qué no puede serlo la inimputabilidad?".

"El jurado, nadie lo discute, puede convertir un delito intencional de homicidio, en culposo o preterintencional. Como tesis predominante, y más en el sistema actual del Código Penal, se entiende que sólo los procesados de mente sana son susceptibles de experimentar actividades psíquicas de conocimiento y voluntad, de obrar dolosa o culposamente; que los anormales están impedidos para dirigir su acción u omisión conforme a estas fuerzas, impulsos o situaciones espirituales. Entonces, si el jurado, para poder afirmar aspectos de culpabilidad tiene que reconocer la normalidad mental del procesado, ¿cómo se puede, en el veredicto que se analiza, aceptar esa perfección mental cuando el jurado expresamente dijo que se trataba de un anómalo psíquico? ¿De dónde puede deducirse el fenómeno intención, si el jurado lo negó explícitamente? ¿Cómo se admite que un jurado agregue lo relacionado con una intención de matar, o de lesionar, o de conducta culposa si no se le tolera que defina la capacidad de conocer y querer del procesado?".

"Si como lo dice la conmovedora mayoría de la Sala, al jurado sólo se le consiente y llama para que diga si el hecho existió y si el enjuiciado, físicamente, materialmente, lo cometió o no lo cometió ¿quién es el que está reconociendo la responsabilidad? Dentro de este planteamiento no es el jurado y sí el Juez, porque con base en tan precarias funciones, aquél no puede penetrar tanto ni comprometerse a tanto. Cuando se entiende, y esta es la opinión dominante, que el jurado responde sobre la 'responsabilidad' es porque ha aceptado, en términos actuales, que la conducta es típica, antijurídica, culpable y se ha realizado por un imputable. Ninguno de estos elementos, circunstancias, presupuestos, condiciones, etc., le son ni pueden serle ajenos".

"No alcanzo a imaginarme qué clase de solución acuñará la Sala cuando se enfrente a un veredicto redactado en esos términos: 'Sí, pero la conducta es atípica'. ¿Mantendrá o impondrá una condena porque lo atinente a la tipicidad no es 'circunstancia' específica de atenuación o agravación? ¿O dirá que la sola afirmación colma vacíos y elimina contradicciones?".

"4. La incontrastable mayoría de la Sala cree justo, técnico y correcto indicar que cuando un jurado de conciencia extralimita sus facultades (v. gr. pasar las discutibles e inasibles fronteras de 'las circunstancias del hecho'), la sanción no debe ser para el jurado, sino para el procesado, así se elimine la garantía del debido proceso. Como el jurado admitió una

grave anomalía psíquica, y no podía hacerlo, lejos de convocar a otro jurado para que realice sus funciones adecuadamente y ofrezca un completo y legal veredicto, se elimina esa parte, así se incurra en contrasentidos como los que atrás se anotaron, y se concluye que el jurado tuvo por normal y responsable al enjuiciado. Se produce un no deseable milagro jurídico: aunque no hay veredicto o éste resulta contraevidente, se apoya en él una sentencia condenatoria, acogiendo, sin los condicionamientos de la respuesta, la afirmación que allí aparece. No toda afirmación implica responsabilidad. La Corte ha explicado que dos veredictos, uno de ellos: 'Sí, pero en legítima defensa', llevan a distintas conclusiones. El primero es absolutorio (la afirmación apenas reconoció la ocurrencia del hecho pero no la responsabilidad, la cual aparece negada con la justificante); el segundo es contradictorio, incompatible en su contexto: sí es responsable pero no es responsable".

"5. El veredicto cuestionado también sería incompleto, confuso, incierto, aún dentro de la tesis de la incostrastable mayoría. En efecto, si la parte que de él se excluye (la grave anomalía psíquica) se elimina con razón y válidamente, sólo queda una afirmación, pero no de responsabilidad sino de reconocimiento del suceso material, fáctico: la muerte de una persona. Falta el fenómeno intencional. El jurado nada dijo al respecto, porque así no se admita la adición, ésta tiene que repercutir en el aspecto fundamental de la culpabilidad. Hay tantas alternativas de lo que pudo querer el jurado si no se le aceptaba lo de la anomalía psíquica, tantas explicaciones para el simple hecho material, que no es posible entender, en estas condiciones, que exista veredicto apreciable de responsabilidad".

"Estos interrogantes son suficientes para sembrar inquietud y mirar al menos con desconfianza un veredicto como el que se comenta. La solución estaría en su aceptación tal como está expresado. Corrigiéndose la desueta interpretación que se viene dando al artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, o reconocer la inexistencia del veredicto, si se persiste en la idea de enteder que el jurado invadió una órbita procesal ajena a sus funciones. En ambos casos el recurso de casación debió prosperar".

2º *La responsabilidad penal de los inimputables.* Desde la vigencia de la precedente codificación penal (Ley 95 de 1936) y aún luego de la expedición del actual Código Penal (Decreto 100 de 1980), se ha discutido y se continúa polemizando sobre la responsabilidad penal que corresponde al inimputable que ha realizado conducta descrita en la ley penal. El tema no ha sido tratado con absoluta claridad en la ley y su solución no es pacífica en la doctrina.

Durante la vigencia del Código Penal de 1936, de corte marcadamente positiva, la responsabilidad se basaba en la actividad psicofísica del agente con un criterio de defensa social y con fundamento en la peligrosidad del procesado. Ciertamente que en aquella codificación no se empleaba el término imputabilidad, aun cuando este concepto y el de inimputabilidad se deducían de la interpretación lógica de algunos de sus textos. En efecto, en el artículo 29 se disponía que quienes al momento de la realización del hecho se encontrasen en estado de enajenación mental, de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, se les aplicaría medidas de seguridad. A su vez el artículo 30, derogado por

la Ley 83 de 1946, establecía similares medidas cuando quien realizaba el hecho era menor de 18 años (16 años, a partir de la expedición de la Ley 75 de 1968).

Por su parte el artículo 12 de la citada codificación preceptuaba que las infracciones cometidas por personas no comprendidas en las previsiones del artículo 29 son intencionales o culposas, de donde se infiere que con relación a los inimputables no era dable el estudio de la culpabilidad, o más exactamente no procedía analizar el dolo o culpa de su actuar. A su vez el artículo 11 estatuía que "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal es responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código", de modo que como los casos en los cuales estaban consagradas las excepciones de responsabilidad eran los artículos 23 y 25 (causas de justificación y de inculpabilidad) y dichas causas eran pertinentes frente a todo el que realizara conducta legalmente descrita, resultaba obvio entender que también las personas a quienes aludía el artículo 29 podían actuar justificada o inculpablemente.

Conclúyese de lo dicho que *a la luz de la legislación penal de 1936 los imputables respondían penalmente y, por lo tanto, se hacían acreedores a una pena, cuando realizaban conducta típica, antijurídica y culpable.*

Con relación a los inimputables, la imposición de medidas de seguridad procedía cuando realizaban conducta típica, antijurídica y no concurría causal de exclusión de la culpabilidad.

La nueva legislación penal adopta una terminología diferente a más de que emplea distinto sistema en relación con la imputabilidad, aun cuando sustancialmente las soluciones que ofrece son bien semejantes a las de la anterior codificación.

En efecto, en la parte general consagra un capítulo en donde trata de la inimputabilidad de la cual da una noción al atribuir esta característica a quien, al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. Destácase de esta concepción 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 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 aun 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 justificadametne 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 inimputabilidad 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 de 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.

El caso planteado: A pesar de que con frecuencia se ha indicado que no es propio que el jurado de conciencia se refiera a la inimputabilidad del procesado, en algunas ocasiones los jueces de hecho suelen hacer referencia a este tema dando con ello lugar a algunas dificultades interpretativas que deben ser objeto de aclaración.

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 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 psicológica, requiérase 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 antijuridicidad 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 permite deducir claramente situación de inimputabilidad sólo conduce a inferir que el sujeto es responsable como imputable, 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.

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 éstos 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 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).

Pero puede acontecer que el jurado reconozca claramente una situación de inimputabilidad que carezca de todo apoyo en la realidad probatoria. En estos casos la jurisprudencia mayoritaria de la Corte ha señalado, como atrás quedó indicado con la transcripción correspondiente, que habida cuenta de que el jurado de conciencia invadió una órbita legalmente reservada al juez de derecho, éste puede válidamente hacer caso omiso de aquella parte del veredicto que suponga intromisión en temas que la ley le ha vedado. Esta postura jurisprudencial reclama nuevo planteamiento conforme a los cargos formulados en la demanda y las juiciosas apreciaciones del Procurador Delegado.

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 aceptara 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 aun cuando se acepte su incompetencia para juzgar a los inimputables, lo que no puede desconocerse es qué 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 sustento 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 la 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.

Tomados los razonamientos precedentes para resolver el caso concreto que ahora ocupa a la Sala, se tiene que ante un cuestionario por la comisión de un homicidio voluntario, el jurado respondió: "Sí es responsable, pero en estado de enajenación mental transitoria". 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, porque enajenación mental no es sinónimo de 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.

Esta nulidad de carácter constitucional aparece claramente insinuada en la demanda y el Ministerio Público la reclama con razones que la Sala prohija.

Es evidente que la solución ahora planteada supone en alguna medida una pequeña corrección en relación con la anterior postura jurisprudencial que no obstante permanece inmodificable en otros aspectos.

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.

Edgar Saavedra Rojas, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, con salvamento parcial, *Jaime Giraldo Angel,* con salvamento de voto, *Gustavo Gómez Velásquez,* salvedad parcial de voto, *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Disentimos de la decisión adoptada por la mayoría, en los siguientes puntos:

1. Se dice en la ponencia que "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".

Dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980 no hay culpabilidad sin imputabilidad (Art. 36 del C. P.), no hay delito sin culpabi-

lidad (Art. 5º del C. P.), y no hay pena (responsabilidad) sin delito (Art. 2º del C. P.).

Esto no implica, claro está, que el juez no pueda sobreseer definitivamente a un inimputable cuando actúe dentro de algunas de las causales de exculpación del hecho, pero esto es un problema muy distinto a lo aseverado en la ponencia.

2. Partiendo de la misma definición que se da en la doctrina de la Corte citada en la ponencia, del concepto de "circunstancias" como "aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuye a la descripción de un tipo legal", ya sea integrándose a la conducta, "como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual", o mencionándose separadamente para atenuar o agravar la sanción punitiva sin afectar la estructura del tipo al cual se refieren, consideramos que dicho término incluye tanto las circunstancias que inciden en la existencia o tipo de delito cometido, y las que sólo afectan aspectos secundarios del mismo. Bien podría agregar el jurado en el veredicto circunstancias tales como la legítima defensa y la insuperable coacción ajena, que excluyen la responsabilidad penal del sindicado; o que el hecho lo realizó con "sevicia", modificando la especie delictiva; o que en la conducta hubo "preparación ponderada del hecho punible", estableciendo una simple circunstancia de agravación específica de la pena.

Hay sin embargo algunos de estos campos que le son absolutamente vedados al jurado, como son los relacionados con las circunstancias genéricas de agravación y atenuación punitiva (Art. 534 del C. de P. P.), o el referente a la inimputabilidad del sindicado.

Como el caso *sub examine* hace relación específicamente a este último punto, nos referimos más ampliamente al mismo.

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, 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 29, 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 C. de P. P.), y dispondrá que el proceso se adelante sin intervención de jurado (Art. 34, num. 5 de la 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. No puede el juez de hecho, por consiguiente, decidir sobre la inimputabilidad del sindicado, porque la ley no le ha dado atribuciones para ello, como no puede hacerlo con ninguna de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, por mandato expreso del artículo 534 del Código de Procedimiento Penal.

3. No compartimos la tesis de la providencia de que por razón de la incompetencia del juez de hecho para decidir sobre la inimputabilidad, el remedio adecuado cuando ello ocurre es la declaratoria de nulidad "a partir del auto que fijó fecha para el sorteo de jurados".

La razón de ello es bien clara: El artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento penal por disposición expresa del artículo 8º de este estatuto, dispone que "al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto del procedimiento es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".

Por esta razón, al decretar una nulidad se deberá tener cuidado de no afectar actuaciones extrañas a ella, así formen parte de un acto procesal complejo. Tal ocurre por ejemplo al adelantar un proceso contra varios sindicados o por varios delitos, en los que la nulidad que se presente con relación a uno de ellos no tiene por qué afectar las decisiones tomadas con relación a los otros, así aparezcan consignadas en la misma providencia. Igual para cuando en una misma providencia se toman diferentes decisiones con relación a un mismo sindicado, alguna de las cuales puede ser declarada nula, sin que esta determinación afecte las demás.

En el caso en estudio en el que el jurado responde: "Sí es responsable, pero padecía trastorno mental", se tienen dos decisiones sobre un mismo sindicado, la segunda de las cuales es claramente anulable por carencia absoluta de competencia para hacer tal declaración, debiéndose haber circunscrito la anulación a esta sola parte y disponiendo reponer únicamente las actuaciones que dependan directamente de la decisión afectada, si a ello hubiere lugar. Conviene reiterar el mandato imperativo del artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el juez "decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal", y no desde etapas muy anteriores a ella.

Hacer lo contrario es desconocer el principio de la economía procesal, y desconocer el derecho sustantivo deshaciendo situaciones jurídicas consolidadas, y que no fueron afectadas por el vicio de nulidad que dio origen a la correspondiente declaratoria.

Jaime Giraldo Angel.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

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, esto es, porque el fallo está en desacuerdo con el veredicto emitido por el Jurado; en consecuencia, debió haberse dictado la sentencia de sustitución (Art. 583-1 *ibidem*), determinándose la medida de seguridad que habría de imponerse al procesado.

La anterior conclusión, como es obvio deducirlo, descansa sobre la premisa de que el Jurado sí tiene competencia para pronunciarse sobre la

inimputabilidad del procesado. 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 C. de P. P.).

La tesis que hoy acoge la Sala, disponiendo que se convoque a un nuevo Jurado para que vuelva a pronunciarse 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 inimpūtabilidad 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.

Guillermo Duque Ruiz.

Se adhirió el doctor *Gustavo Gómez.*

APODERADO

Durante el sumario el debate probatorio no se ha abierto a pesar de que se conservan los principios de publicidad y contradicción de la prueba y pueden ser ejercidos por el procesado o por el apoderado que no es abogado, pero en el juicio es indispensable la asistencia de un profesional, so pena de constituir causal de nulidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 105.

Bogotá, D. E., 29 de octubre de 1986.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de oficio del procesado Leopoldino Arias Machado, contra la sentencia de fecha veintitrés (23) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, que confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad el día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y por medio de la cual se impuso al procesado la pena principal de dieciséis (16) y veinticuatro (24) años de prisión al no recurrente Santiago Monsalve González, como responsables del delito de homicidio en la persona de Alberto de Jesús Montoya Agudelo (alias Bambaleo), y lesiones personales en la persona de Eydi Mosquera Orejuela.

El recurso fue admitido por providencia de fecha diez (10) de febrero del año en curso, y dentro del término legal el apoderado del recurrente presentó demanda de casación que fue declarada ajustada a las prescripciones de ley mediante providencia calendada el veintisiete (27) de mayo del corriente año.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que dieron origen a esta actuación fueron relatados en el auto de proceder en la siguiente forma:

"Narran los autos que Alberto de Jesús Montoya, conductor de profesión, salió de Quibdó, en las horas de la tarde del día nueve (9) de marzo del año próximo pasado, con destino a la ciudad de Medellín. En el retén de esta ciudad, donde funciona el Resguardo de Rentas Departamentales, recogió a una persona de nombre Eydi Mosquera Orejuela, y con ella emprendió el viaje, hasta el punto de la carretera, paraje El Diez, en donde encuentran un obstáculo, o sea atravesada una piedra grande. Como el vehículo en que viajaban (camión), no pasaba por los espacios que quedaban al lado y lado de la piedra, su compañera de viaje se bajó del camión con el fin de quitar ésta, al no poder ella sola moverla, llama al conductor y entre los dos empezaron a mover la aludida piedra. Cuando escucharon un disparo que hizo blanco en Alberto de Jesús Montoya Agudelo y lo tumba al suelo, al ver esto Eydi corre nuevamente al carro, cuando se encuentra con dos sujetos, uno de ellos apuntándole con una escopeta, por lo cual ella se traba en lucha con él, quien al verse vencido solicita ayuda a su compañero, el que se hace presente en forma inmediata y propina a la compañera de viaje del occiso varios machetazos en diferentes partes del cuerpo. Esta, es decir la herida, sale corriendo en busca de auxilio hasta cuando cae a un fango o abismo, por lo que los atacantes creyeron que estaba muerta, dejan de perseguirla".

Es preciso anotar que en esta reseña, el juzgador omitió hacer mención al hecho de que el hoy occiso Montoya Agudelo fue también atacado con arma cortocondundente (machete), luego de haber sido herido a consecuencia del disparo que se le hizo con arma de fuego, a más de que los autores de los hechos sustrajeron la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), unas herramientas y ropa de propiedad del occiso.

El Juzgado Promiscuo Municipal de El Carmen de Atrato inició la correspondiente investigación penal, y luego de recoger abundante prueba testimonial y de practicar algunas otras diligencias como la de reconocimiento en fila de personas, ordenó la vinculación procesal del señor Leopoldino Arias Machado, quien a su turno hizo acusaciones de participación en el ilícito en contra de Santiago Monsalve González, a quien igualmente se recibió indagatoria. Contra ellos se decretó la detención preventiva, como sindicados de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio en proveído de fecha ocho (8) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Ante manifestaciones en tal sentido hechas por el procesado Arias Machado, el Juzgado Segundo Superior de Quibdó ordenó la captura de Jairo Rincón como presunto partícipe del delito investigado en lugar de Santiago Monsalve González, a favor de quien ordenó su libertad provisional. Posteriormente, el mismo Arias Machado se retractó de sus afirmaciones, y acusó nuevamente a Monsalve González como partícipe del delito investigado, razón por la cual le fue revocado el beneficio de excarcelación que se le había concedido.

Practicadas algunas otras diligencias procesales, entre ellas testimonios, reconstrucción de los hechos, nuevo reconocimiento en fila de presos y ampliaciones de indagatoria, así como confrontaciones, el Juzgado Segundo Superior declaró cerrada la investigación el día seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro. Luego de oído el alegato de la Fiscalía, el mismo juzgado llamó a responder en juicio criminal con la intervención del jurado a los procesados Leopoldino Arias Machado y Santiago Monsalve González por los delitos de *homicidio* y *lesiones personales*.

Realizada la diligencia de audiencia pública, y ante la respuesta afirmativa del jurado para la responsabilidad de los enjuiciados, el Juzgado Segundo Superior dictó sentencia condenatoria el día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en contra de Leopoldino Arias Machado, por el delito de *homicidio agravado*, y de Santiago Monsalve González, por los delitos de *homicidio agravado* y *lesiones personales* (tentativa).

Recurrida en apelación esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, confirmó la sentencia de primera instancia, con la modificación de la sanción, siendo ésta de veinticinco (25) años de prisión para cada uno de los enjuiciados. Contra esta sentencia, se recurre en casación.

La demanda de casación

Al amparo de las causales primera, segunda y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula los siguientes cargos contra la sentencia, así:

Causal primera. Cargo primero. El recurrente en casación plantea en este evento que la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustancial por infracción directa por falta de aplicación de los artículos 64 del Código Penal y 519 del Código de Procedimiento Penal. Argumentó así sus alegaciones:

"Lo primero, por cuanto que el Tribunal, al elevar la sanción dejó de tener en cuenta como causal de atenuación de la pena, la buena conducta anterior de mi defendido. En cuanto a lo segundo, se tiene que se violó en forma directa el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto que esta norma ordena dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto que diere el jurado respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate.

El jurado de conciencia al responder el cuestionario número 1 dijo que Leopoldino Arias Machado era responsable de haberle causado heridas con arma cortocontundente y de fuego (escopeta de fisto y machete) con intención de matar a Alberto de Jesús Montoya, consumado el delito con ánimo de lucro y aprovechándose de la indefensión de la víctima. Así mismo dijo al responder el cuestionario número 3 de que el mismo acusado era responsable de haberle causado múltiples heridas en diferentes partes del cuerpo con arma cortocontundente (machete) con intención

de matar a la joven Eydi Mosquera Orejuela. En ninguno de los casos sometidos a su consideración el jurado de conciencia dijo porque entre otras cosas, no se le preguntó, que Leopoldino Arias Machado fuera responsable de homicidio. La responsabilidad de Arias Machado en el veredicto quedó establecida en cuanto a heridas causadas con el propósito de matar en las personas de Alberto de Jesús Montoya y de Eydi Mosquera Orejuela, pues así se le preguntó al jurado de conciencia y así contestó éste a lo preguntado. El sentenciador no podía ir más allá de lo que dijo el jurado. No podía por consiguiente el Tribunal condenar a 25 años de prisión por homicidio agravado y lesiones personales, con propósito de matar, cuando el veredicto del jurado fue simplemente por lesiones personales, con propósito de matar, y no estar contemplada esta sanción en el Código Penal, por lo cual resulta manifiesto y notorio el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, con lo que queda establecido que se violó sustancialmente el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal al fallar en segunda instancia''.

Causal primera. Cargo segundo. En este punto, el censor alega violación de la ley sustancial por interpretación errónea debida a apreciación equivocada y falta de evaluación de algunas de las pruebas recaudadas en el proceso. En cuanto a este cargo, sostiene que se incurrió en error de derecho al haberse interpretado equivocadamente el contenido de los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal. La primera de las disposiciones resulta violada, a juicio del casacionista, por haberse tomado como debidamente comprobada la responsabilidad penal del procesado, cuando en verdad los medios probatorios solamente apuntan a demostrar la existencia del hecho por el cual se llamó a juicio; empero, se abstuvo de hacer un análisis preciso de los argumentos que le llevarían a demostrar la validez del cargo formulado.

La segunda de las normas aludidas resulta violada, dice el defensor, al no haberse reconocido la existencia de dudas no eliminables dentro del proceso penal, lo que trajo como consecuencia la no aplicación del principio del *favor rei.*

La violación del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal la reputa unida a la infracción de la norma 264 del mismo ordenamiento, arguyendo al respecto que la confesión del procesado Leopoldino Arias Machado no puede ser considerada como plena prueba en su contra, porque así lo manda la segunda de las disposiciones citadas, a más de que tal confesión fue obtenida mediante el apremio del juramento que le fue recibido al mismo procesado.

Finalmente, considera que en la sentencia atacada se incurrió en error de hecho ''al darse por aprobado lo que los medios utilizados como prueba no alcanzaron a probar. Se distorsionaron pruebas, que bien pudieron aclarar la responsabilidad del inculpado, como aquella afirmación de la ofendida Eydi Mosquera Orejuela de que había herido en la frente con la escopeta a quien la portaba, y habiéndose examinado a mi protegido no se le encontró cicatriz alguna. Se desechó este hecho como una prueba de su inocencia''. No obstante el planteamiento, nada hizo el censor en bien de la demostración del cargo formulado.

Causal segunda. Cargo único. Manifiesta el recurrente que la sentencia fue dictada en desacuerdo con el veredicto del jurado, y al respecto sostuvo:

"El Juzgado de Instancia sometió al jurado de conciencia en relación con Leopoldino Arias Machado dos cuestionarios: el número 1 y el número 3. En el primero se le preguntó 'si el acusado Leopoldino Arias Machado era responsable sí o no, de haberle causado heridas con arma cortocontundente y de fuego (escopeta de fisto y machete) con intención de matar a Alberto de Jesús Montoya..., consumado para ocultar otro delito, con ánimo de lucro y aprovechándose de la indefensión de la víctima, según hechos ocurridos en el paraje «El Diez», jurisdicción del Municipio de El Carmen de Atrato, en este departamento' y en el cuestionario número 3 se le preguntó si 'el acusado Leopoldino Arias Machado era o no responsable de haberle causado múltiples heridas en diferentes partes del cuerpo con arma cortocontundente (machete) con intención de matar a la joven Eydi Mosquera Orejuela'. En ambos casos, el jurado contestó que sí era responsable.

El jurado entonces, estableció responsabilidades para Leopoldino Arias Machado por heridas causadas con intención de matar a Alberto de Jesús Montoya Agudelo y a Eydi Mosquera Orejuela y a ello debió acogerse el sentenciador. Nunca se estableció responsabilidades, porque nunca se le preguntó, por muerte de alguien. Si en el veredicto no se estableció responsabilidad alguna por homicidio, el sentenciador no podía establecer pena por este delito, y el establecerla es obrar por fuera de los límites fijados por el jurado de conciencia. Como en este caso se establece una sentencia por un delito cuya responsabilidad no fue establecida en el veredicto, ocurre un típico desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, motivo éste de la segunda causal de casación contemplada por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Causal cuarta. Cargo primero. Adujo el casacionista que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, como quiera que durante la etapa del sumario el procesado Arias Machado no contó con un apoderado idóneo que lo representara, sino que fue asistido en las diferentes diligencias procesales por un ciudadano honorable que, no siendo abogado titulado, no pudo ejercer debidamente las funciones que le fueron encomendadas; agregó además que en el distrito judicial en donde se produjo el juzgamiento existen múltiples abogados en capacidad de aceptar el cargo de apoderado de oficio, pese a lo cual nunca se recurrió a ellos para adelantar adecuadamente la ritualidad de la investigación. Trajo en su auxilio citas de jurisprudencia de esta misma Corporación, que señalan el vicio de nulidad por él alegado como causal supralegal. Al efecto expuso:

"Tampoco se cumple con la plenitud de las formas propias del juicio cuando el juzgado para salir del paso se limita a designarle como apoderado al procesado para cada diligencia a cualquier ciudadano. El apoderado o defensor debe ser persona idónea en las actividades judiciales, debe estar en condiciones de asistir y representar jurídicamente al procesado con el mayor de los éxitos, por ello la ley exige que tales actividades sean desempeñadas por abogados que hayan cumplido todos los requisitos deter-

minados por las normas establecidas por el Estado y salvo excepciones especiales, el apoderado, defensor o vocero del procesado debe ser abogado inscrito (Art. 124 del C. de P. P.) y para ser inscrito se requiere ser titulado.

"De conformidad con el artículo 40 de la Constitución Nacional, 'nadie puede litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito', norma ésta reglamentada por el artículo 24 del Decreto 196 de 1971, el cual dispone que: 'No se podrá ejercer la profesión de abogado ni anunciarse como tal sin estar inscrito y tener vigente la inscripción'. De tal manera que si se designa como apoderado o defensor del procesado a quien no es abogado inscrito o a quien siéndolo no tenga vigente su tarjeta, no se habrá cumplido con la garantía constitucional establecida por el artículo 26 de la Constitución Nacional y se originaría una nulidad, causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Causal cuarta. Cargo segundo. Igualmente, el recurrente plantea la existencia de algunas otras nulidades, señalando las irregularidades procesales en que se incurrió durante la etapa del sumario. Ellas son el no haber designado específicamente apoderado para el procesado durante una diligencia de reconocimiento en fila de personas, el haber juramentado al procesado durante su diligencia de inquirir, sin advertir que la gravedad del juramento lo ataba solamente con relación a los cargos por él formulados a terceras personas, y finalmente, una relacionada con el auto vocatorio a juicio, que sustentó con los siguientes argumentos:

"Por otra parte, debe hacerse notar que además, el proceso contiene otra nulidad de carácter absoluta, de conformidad con lo establecido en el artículo 210, numeral 5 del Código de Procedimiento Penal. Conforme a esta norma y su numeral, es nulo el proceso cuando en el auto de proceder se haya incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido. A folio 248 se observa en la parte motiva del auto de proceder al relacionarse los hechos, que el juzgado hace la afirmación de que los hechos ocurrieron el día 9 de marzo de 1984, pues se afirma que en esa fecha en las horas de la tarde partió el occiso de la ciudad de Quibdó, con destino a la de Medellín. Está demostrado en el proceso que dicho viaje se inició como antecedente de los hechos en que perdió la vida el desafortunado conductor, el día 9 de mayo en las horas de la tarde, y no el 9 de marzo como erróneamente se afirma en el auto de proceder. Esta sola circunstancia bastaría para comprobar la nulidad del proceso, el cual en estas condiciones sirvió de base para la sentencia que impugno, del honorable Tribunal del Chocó".

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, analiza solamente los cargos que en la demanda se presentaron como fundamento de la causal cuarta de casación, haciendo advertencia previa que de prosperar alguno de ellos, carecería de sentido entrar a hacer consideraciones sobre los demás ataques formulados. No separó el

Agente del Ministerio Público los diversos cargos que se pueden deducir de la demanda, porque el propio casacionista los presentó sin especificación alguna, y como constitutivos todos ellos de una misma causal y un mismo vicio de nulidad, incurriendo en un protuberante error de técnica. Empero, sobre las alegaciones del recurrente se pronunció separadamente.

Con relación a la nulidad que en esta providencia se reseñó como causal cuarta cargo primero, dijo el Procurador que no está llamada a prosperar, toda vez que si bien el procesado no fue asistido en la etapa del sumario por un apoderado abogado, sí se le brindó una defensa adecuada en el trámite de la investigación porque un ciudadano de reconocida honorabilidad asumió la defensa del acusado, interviniendo la misma persona en la mayoría de las diligencias que debieron practicarse con presencia de Arias Machado. Citó algunos conceptos de esta Corporación, según los cuales el debate probatorio se abre realmente en la etapa del juicio, fase ésta en la cual el procesado sí estuvo asistido por un profesional del derecho, que es precisamente el casacionista. Por lo demás, la falta de abogado titulado que defendiera a Arias Machado en la etapa de recolección de pruebas, en nada afectó la situación procesal del enjuiciado, ni tuvo incidencia en la sentencia condenatoria que contra él se pronunció, requisito éste necesario para afirmar que se ha incurrido en causal de nulidad supralegal.

Restó importancia el señor Procurador, igualmente, al error que se cometió en el auto de proceder en torno a la fecha en que sucedieron los hechos, y con buen criterio señaló que del texto del auto enjuiciatorio puede claramente establecerse la época precisa en que ellos tuvieron ocurrencia. El simple error en uno de los apartes de la providencia, no puede tomarse como causal de nulidad, ya que en nada afecta la posibilidad de defensa del procesado quien, por los demás medios, puede establecer precisamente cuando tuvo ocurrencia la conducta típica.

Al estudiar el cargo de nulidad formulado con base en el juramento que se tomó al procesado durante su diligencia de indagatoria, se pronunció en contra de la declaración de tal nulidad, considerando al efecto que el juramento recibido en aquella diligencia se ajustó a los cánones legales, tal como se consignó en el acta respectiva, en la cual se puede establecer claramente que el funcionario instructor hizo expresa manifestación de que la gravedad del juramento solamente ligaba al indagado en cuanto su versión, espontánea en un comienzo, vinculada con los hechos a una tercera persona hasta ese momento ajena al proceso penal.

Por estos aspectos, pues, el Ministerio Público solicitó a la Corte desechar el recurso planteado.

Sin embargo, el mismo Procurador Delegado planteó otros cargos de nulidad contra la sentencia recurrida. Al efecto, manifestó:

"En efecto, el auto de proceder es nulo por las siguientes razones:

"1º Los cargos se presentaron de manera ambigua y, en parte, contradictoria. Todo ello porque no se individualizó la responsabilidad de cada reo respecto de cada conducta antijurídica, ni se concretaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada acción típica, ni se llevó

a cabo un proceso de adecuación típica preciso; además se utilizó una denominación jurídica que el Código Penal no prevé para la conducta sufrida por Eydi Mosquera Orejuela.

"2º No obstante existir conexidad sustancial entre los delitos contra la vida y un delito contra el patrimonio económico, la misma que fue reconocida en el llamamiento a juicio a través de la deducción de la circunstancia agravante contenida en el artículo 324.2, se omitió toda consideración en torno al hurto calificado agravado de que fue víctima el occiso Montoya Agudelo. La calificación jurídica fue entonces incompleta y el cargo por su homicidio devenía contradictorio porque a pesar de reconocerse e investigarse la comisión de un hurto, este delito no fue objeto de imputación en el llamamiento a juicio.

"En cuanto al primer punto debe observarse cómo el auto de proceder reconoció dentro de su parte motiva que las lesiones que le fueron inferidas a Eydi Mosquera Orejuela constituían un medio de comisión de un delito de homicidio, pues que ese era el propósito que animaba a los asaltantes. Sin embargo, al llevar a cabo la adecuación de la conducta a la norma, aquélla fue referida a los artículos 333 y 22 del Código Penal, cuando debió hacerse a los artículos 323, 324 y 22 del Código Penal. No sólo existió este notable yerro que creaba incertidumbre en la formulación del cargo porque jurídicamente correspondería a una aberrante tentativa de lesiones personales, sino que al momento de presentar la nominación de la infracción se le llamó 'tentativa y lesiones'; y trascendió tanto esa ambigüedad, que al momento de elaborar los cuestionarios hubo más interés por la descripción de las lesiones que por los hechos constitutivos de la tentativa de homicidio (Cfr. Fls. 273 y 274).

...

"No es sólo el derecho de defensa aquel principio tutelado en los formalismos que rigen el proceso penal; otros bienes jurídicos son protegidos por este conjunto de reglas, tales como la seguridad jurídica, la integridad del orden jurídico, en fin, la posibilidad real de aplicar el derecho en la sentencia. De ahí que cuando la ambigüedad en la formulación de los cargos, producida por la vaguedad de conceptos o por las contradicciones del raciocinio constitutivo de la motivación del llamamiento a juicio, conduzcan a desconocer cualquiera de estos postulados generales del derecho, se produce quebranto del artículo 26 de la Carta, porque se violentan las formas propias del juicio; éstas, entonces, no tienen como función la garantía *pro reo* de modo exclusivo, sino que también cubren la integridad del principio *pro societates* como quiera que en nuestro sistema penal los cargos, los delitos, la imputación, no están marcados por poderes de disposición en favor del Estado, sino ceñidas a su obligatoria deducción".

Con relación a este mismo cargo, argumenta el Ministerio Público que en el auto de proceder se incurrió en varias contradicciones originadas en un tratamiento genérico que se dio a las conductas investigadas, sin individualización de sus características ni particularización de las circunstancias que influyeron en la calificación concreta de los hechos respecto de cada procesado. Estos errores, influyeron definitivamente en el juzgamiento y por tanto se impidió la correcta aplicación del derecho positivo en la sentencia.

Además, agregó el concepto del señor Procurador:

"El otro tópico toca la violación de principios procesales y sustanciales: trasciende al desconocimiento del debido proceso y a la inaplicación íntegra del sistema jurídico. Se desconoció el principio de unidad procesal en cuanto rige para la actividad juzgadora de los delitos conexos. De contera, propicia la violación del postulado de legalidad de la pena que da tratamiento de acumulación jurídica al concurso material de delitos".

A este respecto reconoció la tradicional reacción de la Corte en aceptar como causal de nulidad la incompleta calificación; empero, argumentó que el tratamiento que se debe dar a los delitos conexos depende principalmente de si dicha conexidad es procesal o sustancial; en esta última, cuando no ha aparecido circunstancia alguna que rompa por sí misma el fenómeno —como sucede en el caso de estudio—, debe reconocerse la nulidad cuando el auto calificatorio no abarca la totalidad de las conductas constitutivas de infracción. En su apoyo, trascribió reciente jurisprudencia de esta Corporación, y concluyó:

"El nexo de conexidad existente entre ambas infracciones de la ley penal se origina en la circunstancia agravante del homicidio y en la coincidencia del elemento violencia que califica el hurto. Por eso se puede sostener que con varias acciones se infringieron varias disposiciones de la ley penal (Art. 26 C. de P. P.) y que, en consecuencia concurren efectivamente.

"Esa omisión implica entonces la presencia del otro motivo de nulidad supralegal que propone la Procuraduría Delegada a la honorable Corporación para que case el fallo impugnado declarando oficiosamente la nulidad del proceso a partir del auto de proceder...".

Consideraciones de la Corte

Habiéndose planteado ataques de nulidad contra la sentencia recurrida, débese ocupar la Corte de analizar si los mismos están llamados a prosperar, porque de ser así, el estudio de los demás cargos carecería de sentido.

En la demanda de casación, pese a que se argumentó que el juicio se encuentra viciado de nulidad, el casacionista no precisó desde qué momento debe declararse ésta; empero, la presentación de los cargos permite establecer que se solicita la declaratoria de nulidad desde la etapa misma del sumario, como que en ella se incurrió en las irregularidades señaladas por el censor. Frente a los cargos allí formulados, responde la Corte:

Es verdad que el principio constitucional del derecho de defensa no tiene limitaciones con relación a la fase del procesamiento que se esté adelantando; es garantía que abarca tanto la fase instructiva como el adelantamiento de la causa, y de verse en cualquiera de ellas violación al derecho de defensa, su nulidad se deberá declarar desde el momento mismo en que se viole la garantía constitucional. Empero, no quiere decir ésto que cualquier irregularidad pueda reputarse como violación al derecho

de defensa. En el caso sometido a estudio, la instrucción del sumario se adelantó dentro de los límites propios de garantía para los procesados porque éstos estuvieron asistidos, durante todas y cada una de las diligencias investigativas, de un apoderado de oficio. La condición de que tal apoderado no fuera abogado titulado, si bien limitó eventualmente la defensa de los procesados, tal recorte de garantías no alcanza la entidad de una nulidad supralegal.

Como bien lo señala el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, las condiciones materiales del país, su grado de desarrollo institucional, hace imposible que en todo municipio existan abogados titulados y que éstos se encuentren en capacidad de encargarse de la defensa de todos los procesados que en dicha circunscripción territorial se encuentren. Por ello, la misma ley permite que en eventos especiales el cargo de apoderado de oficio recaiga en personas honorables y conocidas de la región, a fin de garantizar a través de ellas, como miembros de la comunidad, la absoluta imparcialidad del juzgamiento, la ausencia de medios coercitivos que se puedan emplear en contra de los sometidos a la acción de la justicia, la posibilidad de asistir a la práctica de las diligencias correspondientes, la acción procesal encaminada a la defensa de los intereses del procesado y, en fin, garantizar en forma completa el derecho consagrado en la Constitución Nacional. Durante la investigación de los hechos —sumario— el debate probatorio no se ha abierto a pesar de que se conservan los principios de publicidad y contradicción de la prueba; estas condiciones de los medios probatorios, si bien son importantes, pueden ser ejercidos por el procesado directamente y aún por su apoderado que no es abogado titulado; solamente en la etapa del juicio el debate probatorio nace en toda su intensidad, y de ahí que durante esta fase sí sea indispensable —so pena de constituir causal de nulidad—, la asistencia de letrado para el enjuiciado; es en este evento cuando el acusado debe enfrentarse a la acusación estatal, y es aquí donde procede la infirmación real de las pruebas recogidas durante el sumario.

Por lo anterior, preciso es concluir que durante la etapa investigativa no se lesionó el derecho de defensa de los procesados por ausencia de apoderado, máxime si se tiene en cuenta que en todas las diligencias actuó como tal una persona de reconocida honorabilidad en la región, aún en aquéllas que el casacionista señala como diligencias practicadas con ausencia total de defensor. Es verdad que el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, cuando faculta al juez a designar apoderado "a cualquier ciudadano honorable siempre y cuando no sea empleado público", solamente hace referencia al momento de la diligencia de indagatoria; empero, no quiere ello decir que se prohíba el mismo procedimiento para las demás diligencias judiciales en los lugares en donde no hubiere abogado inscrito, porque sería tanto como limitar la instrucción de los procesos a la mera indagatoria del procesado, o establecer legalmente una causal que generaría indefectiblemente la nulidad de todos aquellos procesos adelantados en los alejados municipios en donde no ejercen habitualmente abogados titulados.

La existencia de la defensa por parte del profesional del derecho, se estableció como protección para los mismos abogados, y como garantía

de defensa técnica para las personas sometidas a proceso, lo que no obsta para que, en ausencia de tales profesionales, pueda un ciudadano honorable asumir la defensa de terceras personas, cuando así se lo solicite el funcionario instructor, obviamente, con la limitación atrás señalada de que la intervención en estas circunstancias no puede ir más allá del momento mismo en que se abre el debate probatorio, y se requiere, por tanto, el dominio de una ciencia determinada para poder hacer efectiva la defensa de los acusados.

Examinada la actuación sumaria, se observa que la pretendida ausencia de apoderado no vulneró los intereses del sindicado, quien pudo cuantas veces lo consideró conveniente, intervenir en el proceso, hacer declaraciones en el sentido que así lo quiso, e incluso tratar de desviar la investigación en defensa de sus propios intereses. El cargo relativo a la ausencia total de apoderado que presentó el censor con relación a la diligencia de reconocimiento, y posteriores confrontaciones con la ofendida, no solamente carece de demostración en la demanda presentada, sino que además está ausente de fundamento porque con la sola revisión de la actuación se observa que a todas y cada una de las diligencias en que interviniera el sindicado, un apoderado de oficio le fue designado, y fue posesionado en los casos en que así se requería, a más de que su firma aparece en las actas correspondientes.

El cargo no prospera.

A la causal cuarta, cargo segundo: Ya se advirtió cómo la ausencia de apoderado en algunas de las diligencias investigativas no tiene alcance ni trascendencia algunos, como quiera que para todas ellas se designó y posesionó en debida forma al apoderado. Por lo que atañe al juramento recibido al sindicado dentro de su indagatoria, y que el censor pretende convertir en una causal de nulidad, la Corte desestima el ataque ya que, como bien lo señala el señor Procurador Delegado en lo Penal, en la oportunidad de la indagatoria se precisó exactamente que la gravedad del juramento que se recibía al indagado era solamente vinculante con relación a los cargos por él formulados en contra de una tercera persona —Santiago Monsalve—, lo cual se expresó claramente con la siguiente fórmula:

"En estos momentos la suscrita juez procede a recibirle juramento al indagado, ya que viene formulando cargos a terceras personas; lo anterior conforme lo establece el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal. En tal caso, la suscrita juez, por ante la señora secretaria y conforme a los artículos 157 y 158 del Código de Procedimiento Penal, con imposición del 172 del Código Penal, le recibió al indagado el juramento de rigor legal, y por la gravedad del acto, *prometió y manifestó que ha dicho la verdad en los cargos que ha formulado en contra de Santiago Monsalve; que todo es cierto.* Contestó de la siguiente manera: *Sí juro y me ratifico en lo que he dicho en contra de Santiago Monsalve*".

Con esta precisión, pues, no cabe duda alguna de que el Juzgado solamente juramentó al procesado con relación a los cargos por él elevados en contra de Santiago Monsalve, y así lo entendió el procesado, quien luego de esta actuación continuó respondiendo el interrogatorio en la misma forma voluntaria y espontánea como lo venía haciendo antes del

juramento. En consecuencia, mal puede hablarse de una violación al derecho de defensa, y de la existencia de una causal de nulidad.

La otra nulidad planteada dentro de este mismo cargo, se refiere a la equivocación en la que incurrió el juzgador en el auto de proceder, al señalar como fecha de ocurrencia de los hechos el día nueve (9) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), cuando éstos en verdad sucedieron el mismo día nueve, pero del mes de mayo del citado año. No solamente es pobre la argumentación del censor en este sentido, sino que además carece de sustento dentro del proceso. Si bien es cierto que en algunos apartes de la providencia enjuiciatoria se incurrió en el yerro señalado, en otros del mismo auto se corrigió la equivocación al señalar la fecha del nueve (9) de mayo como aquélla en la que tuvieron ocurrencia los hechos investigados. Baste con examinar el cuerpo de los resultandos del proveído, para encontrar allí la precisión del día aludido. Por lo demás, débese destacar que la causal de nulidad alegada por el casacionista se refiere al error en *la época* en que sucedieron los hechos, y no a la fecha precisa de ellos. La época, siendo un término más amplio que el de fecha, permite al juzgador hacer referencia a un período de tiempo más o menos largo dentro del cual ocurrieron los sucesos sometidos a su consideración; su necesaria precisión, hace referencia a posibilitar al procesado la ubicación temporal de los hechos, a fin de que se le garantice su defensa de las acusaciones que contra él se efectúan. En el caso en estudio, así se hubiere incurrido en el mismo error de señalar como fecha de los hechos el día nueve (9) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) a lo largo de todo el auto enjuiciatorio, muy dudosa resultaría la causal de nulidad alegada, toda vez que de los autos se puede colegir la equivocación, y a más de ello, no se impidió con este error al procesado su ubicación temporal para identificar los hechos por los cuales fue llamado a responder en juicio criminal, al punto que el mismo acusado fue quien suministró los detalles de sus comportamientos, con la fecha y hora aproximadas de ellos.

El cargo no prospera.

A las argumentaciones del Ministerio Público:

Corresponde ahora examinar las causales de nulidad planteadas por el señor Procurador Delegado en lo Penal. El primero de los cargos descritos por el Ministerio Público, fue anotado así en su concepto:

"1º Los cargos se presentaron de manera ambigua y, en parte, contradictoria. Todo ello porque no se individualizó la responsabilidad de cada reo respecto de cada conducta antijurídica, ni se concretaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada acción típica, ni se llevó a cabo un proceso de adecuación típica preciso; además se utilizó una denominación jurídica que el Código Penal no prevé para la conducta sufrida por Eydi Mosquera Orejuela".

Si se examina en este aspecto el auto vocatorio a juicio, se encuentra que efectivamente el juzgador de primera instancia, en su auto calificatorio del mérito del sumario, en el acápite de resultandos se limitó a describir una serie de pruebas practicadas y a unos breves conceptos sobre el

valor que a cada medio asignó dentro del acervo probatorio. En cuanto a los considerandos, realmente se incurrió en errores de técnica y lenguaje jurídico; se ve, por ejemplo, en su primer párrafo, lo siguiente:

"De conformidad con el anterior acervo probatorio, la investigación versa de los delitos de *homicidio,* agotado en la persona de Alberto de Jesús Montoya Agudelo (a. Bambaleo) y el de *tentativa y lesiones* agotado en la humanidad de Eydi Mosquera Orejuela, hechos ocurridos en la noche del nueve (9) de mayo del año próximo pasado, en el paraje 'El Diez' de la carretera Quibdó-Medellín".

Efectivamente, esta alusión al delito de *tentativa y lesiones,* ha podido contribuir a una oscura formulación de cargos para los procesados, así oportunamente no hubiere el juzgador corregido la expresión, a través de la cita de las correspondientes normas sustanciales. Empero, resulta claro de las consideraciones posteriores, que el juzgado de primera instancia formuló cargos en contra de los procesados por el delito de *homicidio,* agravado según lo prescrito en los numerales 2º, 4º y 7º del artículo 324 del Código Penal, y por el delito de *lesiones personales,* descrito en el artículo 333 del mismo ordenamiento, delito este último que el juzgador no consideró agotado, sino que se quedó en el campo de la *tentativa,* ya que hizo expresa referencia a este dispositivo amplificador del tipo consagrado en el artículo 22 del ordenamiento penal. Esta última consideración, así resulte absurda, no permite delimitar claramente los cargos formulados en contra de los dos procesados, y en consecuencia, orientar adecuadamente la defensa de los mismos.

Débese sí tener en cuenta que esta misma adecuación típica del delito de lesiones personales al contenido del artículo 333 del Código Penal, resulta arbitraria frente a las pruebas recaudadas en el proceso. En efecto, durante la ritualidad del mismo solamente se practicó un reconocimiento médico legal a la ofendida Mosquera Orejuela, y dentro de él simplemente se describieron las heridas sufridas y la incapacidad que se elevó a dos meses; empero, ningún señalamiento se hizo con relación a las consecuencias de dichas lesiones, y por tanto mal puede deducir el juez que las mismas ocasionaron una deformidad física, menos aún delimitar si la misma es permanente o transitoria, o fue causada en el rostro de la víctima.

Otra grave falta presenta la redacción del auto de proceder. Como ya lo anotara el Ministerio Público, no se ocupó el juzgador de individualizar la responsabilidad penal de cada uno de los procesados, ni en el auto de proceder, ni en la sentencia misma. En efecto, en el vocatorio a juicio se llamó a los dos inculpados a responder en juicio, en forma casi genérica, como autores de los delitos de homicidio y tentativa de lesiones personales; posteriormente, en los cuestionarios a los jurados, se preguntó por la responsabilidad de cada uno de los enjuiciados por el delito de homicidio consumado en Alberto de Jesús Montoya Agudelo y tentativa de homicidio en Eydi Mosquera Orejuela, variando de esta forma la calificación originariamente dada a los hechos, para finalmente en la sentencia de primera instancia, acoger el veredicto de jurado con relación a la responsabilidad por homicidio de los dos procesados, pero el de lesiones personales solamente con respecto a uno de ellos. Este error, si bien fue corregido luego

por el *ad quem,* carece de fundamento en la sentencia de segunda instancia porque no se hacen allí mayores consideraciones con relación a la individualización de la responsabilidad penal de los acusados.

Por lo demás, se omitió en el auto de proceder señalar en forma precisa las circunstancias que modificaron la inicial calificación de los hechos como homicidio voluntario, y simplemente se hizo alusión —prácticamente que sólo a través de la cita de las normas— a la presencia de unas circunstancias de agravación que no fueron precisadas por el juzgador. En efecto, se dedujo que se encontraba frente a las causales de agravación contempladas en los numerales 2º, 4º y 7º, del artículo 324 del Código Penal, pero no se determinaron los hechos que ellas constituían. Ni siquiera advirtió el juzgador que las causales 2ª y 4ª, en el caso en estudio, se acomodan a una misma acción comportamental de los procesados. A más de lo anterior, tanto en el auto de proceder como en las sentencias de primera y segunda instancia, se olvidó el funcionario de los hechos constitutivos del delito de *hurto,* los cuales fueron ignorados en todo momento, salvo —como se anotó— para deducir una causal de agravación para el delito de homicidio.

Todas estas graves incorrecciones en el auto de proceder, llevan a la conclusión que el mismo se encuentra viciado de nulidad constitucional, porque no solamente limitan la acción de defensa de los procesados, sino que atentan contra la seguridad jurídica, los intereses de la administración de justicia, y el interés general de la comunidad con relación a las normas que se deben seguir en los procesamientos penales. La importancia del auto vocatorio a juicio, sobra resaltarlo, está constituida por ser esta pieza procesal la que determinará el juzgamiento y, por tanto, debe tratarse de una decisión que no presente ambigüedades, contradicciones o incorrecciones que dificulten a tal grado la defensa de los intereses particulares o sociales, que hagan inaplicable correctamente el derecho, o que violen flagrantemente los intereses que se pretenden tutelar con el juzgamiento. Ya en sentencia de 28 de marzo de 1985, esta Corporación se pronunció al respecto, con ponencia del doctor Luis Enrique Aldana Rozo:

"El auto de proceder es pieza fundamental dentro del esquema procesal previsto en el ordenamiento vigente, como que representa el pliego de cargos que formula el Estado al procesado para que de ellos se defienda en el plenario. La trascendencia del citado auto que es a la vez el trasunto de la realidad probatoria que arroja la etapa investigativa y la base necesaria de la sentencia, ha llevado al legislador a rodearlo de exigencias sustanciales y formales cuyo desconocimiento puede entrañar señalado agravio a las formas propias del juzgamiento con menoscabo del derecho de defensa.

"Una de las mayores deficiencias que puede ostentar un auto de proceder radica en la inapropiada formulación de cargos, porque no se concretan debidamente o porque se presentan en forma ambigua o contradictoria de modo que no existía certidumbre sobre la acusación, con lo que se impide o dificulta en grado sumo la defensa del enjuiciado, a más de que la sentencia carece de un presupuesto básico, ya que ella debe dictarse en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder (Art. 580 del C. de P. P.).

"Es requisito de fondo para proferir auto de llamamiento a juicio 'que en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito', el cual a su vez da origen a una exigencia de carácter formal indispensable dentro de la redacción de esta pieza procesal, pues en la motivación de esta providencia debe hacerse 'el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito'. Por su parte el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, enseña que los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal, constituyen el cuerpo del delito, de donde se infiere que para que pueda dictarse auto de proceder debe aparecer la prueba completa de que se ralizó una conducta tipificada en el ordenamiento penal.

"Ahora bien, como es perfectamente posible que dentro de un mismo proceso deban formularse distintos cargos, bien por la realización de diversas conductas punibles conexas entre sí, o por la presencia de diversos procesados contra quienes aparezca suficiente prueba de imputación, es necesario que los cargos aparezcan debidamente especificados, pues cada hecho punible tiene independencia y sobre cada uno de ellos debe tomarse alguna providencia en la sentencia. En orden a garantizar la debida precisión y separación de los cargos, demanda el artículo 483 que en la motivación debe hacerse la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, esto es, que es imprescindible que el cargo tenga la necesaria concreción para garantizar el derecho de defensa.

"Un auto de proceder que adolezca del grave vicio de la indefinición y de la ambigüedad en la formulación de los cargos que imposibilite la defensa e impida la aplicación del derecho en la sentencia, viola las formas propias del juzgamiento y, por lo tanto, será nulo".

En el auto de proceder que sustenta la acusación dentro del presente caso, se encuentra que la indefinición de los cargos no solamente se refiere a las figuras típicas mismas, sino que abarca también el grado de responsabilidad individual de cada uno de los procesados. No puede establecerse con precisión si ambos enjuiciados han de responder al mismo nivel de participación en los delitos que se reputan probados, o si para cada uno de ellos varía el grado de responsabilidad. A tal extremo se llegó en este punto, que el propio juzgador de primera instancia, sin análisis alguno, desechó en principio la responsabilidad de Arias Machado con relación al delito de lesiones personales en grado de tentativa.

Igual indefinición e imprecisión en los cargos, se aprecia en la adecuación típica de las conductas que serán sometidas a juzgamiento. Obsérvese cómo el delito de hurto quedó incluido simplemente como una causal de agravación para el de homicidio, sin delimitación de las conductas constitutivas de él, sin especificidad alguna en el vocatorio a juicio, y sin concreción de ninguna naturaleza en la etapa del juicio o en la propia sentencia.

La nulidad del auto de proceder, entonces, aparece incontrovertible dentro de este proceso, porque indudablemente se limitó a los procesados el derecho a su defensa, y aun cuando los resultados finales de la sentencia misma pueden serles eventualmente más favorables, no es éste el criterio

con el que se debe mirar la actuación procesal; sus resultados de simple favorabilidad al reo no tienen el poder de subsanar las irregularidades insalvables, ni pueden justificar *a posteriori* el atropello del derecho. En sentencia de fecha nueve (9) de septiembre de mil novecientos setenta y seis (1976), se pronunció esta Corporación al respecto, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez:

"La jurisprudencia no cesa en reiterar que es 'acto procesal de innegable trascendencia y necesario para la posibilidad de la defensa, pues él contiene el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda, por tanto, si dicho pliego no se formula al acusado, difícilmente sabrá éste de qué tiene que defenderse, y en consecuencia cómo podrá defenderse'; 'en la parte motiva del enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al punible'; 'en la parte motiva del auto de proceder se consignan los elementos constitutivos del delito, los de la responsabilidad y las modalidades específicas que le dan al hecho punible una característica especial'; debe formularse un cargo claro y determinado, sin que aparezca algo que pueda reputarse como vago e impreciso que diere lugar a dificultades en el derecho de defensa.

"...

"Recortada y perjudicial perspectiva es la de entender que la fundamentalidad del auto de proceder sólo dice relación a los derechos y prerrogativas del procesado y defensor. Con frecuencia se insiste de modo preferente en esta parcializada consecuencia, en razón de que las más de las veces, suele repercutir su deterioro procesal en el derecho de defensa del enjuiciado. Pero esta tendencia no da margen para restringir a marco tan estrecho, inarmónico y antitécnico, el ámbito de este efecto. Ya se ha visto cómo los eventuales cambios que puedan sobrevenir a esta resolución, afectan por igual a diversos sujetos. El procesado tiene que conocer, con certidumbre, el cargo formulado, cuáles son sus modalidades fácticas y jurídicas y específicamente, la manera como quiere comprometerse su responsabilidad; el Ministerio Público, como organismo de equilibrio en la búsqueda de la justicia, debe disponer de idéntica oportunidad de conocimiento, para procurar la liberación del inocente, la represión del culpable y poder velar porque los derechos concedidos a las partes en lucha, no se desvíen, ni deterioren, ni el juez abuse de sus facultades y poderes; la parte civil, porque de la orientación y perfil de esos cargos depende la eficacia de su actuación; y el juez, porque su conducta decisoria tiene que ceñirse y concordar con el pliego de cargos. Cuando el auto de proceder afecta, por desconocimiento o quebranto de las normas legales que lo regulan de modo sustancial, a cualquiera de estas partes o sujetos, es necesario aplicar el remedio de la invalidación, para que retrotrayendo la actuación se salven los derechos del procesado, de la parte civil o de la sociedad".

En consecuencia, con lo anterior, la Corte casará el fallo impugnado, y declarará la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha veinticuatro (24) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferido por el Juzgado Segundo Superior de Quibdó y por medio del cual se llamó a responder en juicio criminal a los procesados Leopoldino Arias Machado y Santiago Monsalve González, y ordenará la remisión del expediente al

Tribunal de origen, para que se proceda en la forma indicada en el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

La nulidad que se deja analizada y que fue propuesta por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, es situación real en el proceso. No es dable desconocer la eficacia de su argumentación. La aceptación de esta causal de casación, lleva a la Sala a prescindir de las otras alegaciones.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, obrando de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado, CASA el fallo recurrido y dispone devolver el proceso por conducto del Tribunal Superior de Quibdó, al Juzgado Segundo Superior de esa misma ciudad, para que se REPONGA el procedimiento a partir del auto de fecha veinticuatro (24) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CASACION

Técnica.

No es posible hacer pronunciamiento de fondo, cuando la demanda adolece de protuberantes fallas de técnica en la presentación y fundamentación de los cargos, que le impidan a la Sala desentrañar el alcance y contenido de la impugnación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 105.

Bogotá, D. E., 29 de octubre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de tres de junio de 1985 reformó la dictada por el Juzgado 17 Penal del Circuito de esta ciudad, condenando a los procesados Oscar Alberto Ramírez Montoya, José Armando Pérez Pérez y Luis Enrique Vivas González a la pena principal de seis (6) años, seis (6) meses de prisión cada uno, como coautores del delito de secuestro extorsivo y la revocó, absolviéndolos del delito de hurto por el que fueron convocados a juicio, decisión contra la que el defensor del segundo de los nombrados interpuso recurso de casación que la Corte procede a resolver, agotada la correspondiente tramitación.

HECHOS

La noche del nueve de junio de 1982, en momentos en que el ciudadano Celiano Contreras Hidalgo manejaba un carro-tanque de su propiedad por los alrededores de la Estación de Servicio "Timiza" de esta ciudad, fue

interceptado por tres individuos que viajaban en un campero rojo: dos de ellos vestidos con uniformes de la Policía y el tercero de civil, quienes después de requisarlo e intimidarlo lo despojaron de la suma de cien mil pesos en efectivo que llevaba consigo, conduciéndolo a un hotel del centro de la ciudad donde lo tuvieron como rehén hasta el día siguiente, en que acompañado por uno de ellos regresó a la misma gasolinera cambiando un cheque de doscientos mil pesos por dinero en efectivo el que entregó a sus secuestradores no sin antes recibir amenazas de muerte en caso de que los denunciara a las autoridades.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en denuncia formulada por el ofendido, el servicio de contrainteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad, DIPEC, adelantó las averiguaciones pertinentes dentro de las que Contreras Hidalgo logró reconocer sobre un álbum fotográfico que le fue puesto de presente a Luis Enrique Vivas González como la persona que vestía de civil, manejaba el campero y con quien le tocó pernoctar en un hotel de la ciudad y a Oscar Alberto Ramírez Montoya quien se hacía pasar por Teniente de la Policía y le hizo una llamada telefónica a su casa para reclamarle por haber denunciado el hecho a las autoridades (Fls. 11, 12, 35 y 36 del Cuad. principal).

El mismo querellante en diligencia de reconocimiento en fila de personas señaló a los ya nombrados y a José Armando Pérez como los autores del delito, éste último era la persona que lucía uniforme de Sargento de Policía (Fl. 14 *ibidem*).

Los tres incriminados, para la época de los hechos investigados, prestaban sus servicios a la Policía Nacional: Vivas González y Ramírez Montoya en su carácter de agentes y Pérez Pérez como Sargento de la misma institución, adscritos todos a la Subestación de Policía de Fontibón.

El perito en comparación de voces del DAS, reconoció la voz del agente Oscar Alberto Ramírez Montoya como la persona que según grabación magnetofónica, cuya transcripción obra a folios 22 y 23, llamó por teléfono al denunciante para reclamarle por haber formulado denuncia sugiriéndole arreglar el asunto.

Los sindicados a través de sus intervenciones en el proceso negaron cualquier participación en los hechos denunciados dando diferentes versiones sobre las actividades por ellos desarrolladas la noche de nueve de junio y las primeras horas del día diez.

El sargento José Armando Pérez, manifestó que la noche de autos, en su condición de segundo Comandante de la Subestación de Policía de Fontibón puso en ejecución un plan denominado "Retén" sin salir a "ninguna parte, ni de día ni de noche". Advertido luego, por el funcionario instructor respecto a la contradicción en que incurría con lo relatado sobre el particular ante la DIPEC, explicó que salió a las siete de la noche en compañía de un Suboficial y varios agentes a poner en ejecución el citado plan, regresando a las once de la noche para salir nuevamente a las cuatro de la mañana en cumplimiento al plan llamado "Rueda", hasta las seis de la mañana, hora en la que regresó a la Subestación. Admite el indagado

ser propietario de un vehículo "Carpati" color rojo, de placas UI-7019 (Fls. 59 y s. *ibidem*).

El Juzgado 40 de Instrucción Criminal practicó inspección judicial a los libros de entradas y salidas del personal adscrito a la Subestación de Policía de Fontibón estableciendo que la noche del nueve de junio de 1982 el Sargento Armando Pérez Pérez, en cumplimiento al plan "Retén" salió a las siete y cuarto regresando a las once y veinticinco minutos de esa misma noche y que a las cuatro de la mañana del día siguiente (10 de junio), salió nuevamente en desarrollo del plan "Rueda 0-1-9 AG", regresando a las seis de la mañana (Fls. 121 y 124 *ibidem*).

El denunciante Contreras Hidalgo fue confrontado con cada uno de los sindicados, oportunidades en las que categóricamente les sostuvo los cargos formulados (Fls. 352, 377 y 464).

A petición del sindicado José Armando Pérez Pérez, el Juzgado 40 de Instrucción Criminal revocó el auto de detención dictado en su contra, pronunciamiento apelado por el Agente del Ministerio Público y revocado a su turno por el Tribunal Superior (Fls. 161 *ibidem*).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado 17 Penal del Circuito de Bogotá, por auto de 18 de abril de 1983, calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio de los procesados por el delito de secuestro extorsivo en concurso con el de hurto, decisión apelada por la defensa y confirmada por el Tribunal Superior mediante la suya del 16 de diciembre del mismo año (Fls. 528 y 638).

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública sin la presencia del ex Sargento Armando Pérez Pérez, declarado reo ausente, y del agente Luis Enrique Vivas González que se fugó del lugar de reclusión (Fl. 688), el Juzgado del conocimiento puso fin al proceso condenando a los acusados a la pena principal de nueve años de prisión cada uno, fallo consultado con el Tribunal Superior de Bogotá y por éste confirmado, con algunas reformas, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de Casación

En el marco de la causal primera de casación se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial y se formulan en su orden, seis cargos a saber:

1. Error de hecho manifiesto "al darle validez de cargo al reconocimiento hecho por el ofendido, en la persona de mi representado, pues los datos que dio Contreras Hidalgo sobre la fisonomía y demás detalles físicos del señor Pérez Pérez, no corresponden a éste" con lo que se desconoció el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, en la parte que exige a quien incrimina a persona determinada la previa descripción física a fin de que no pueda dudarse sobre su identidad, quebrantándose en tal forma, por la vía indirecta, el precepto que reprime el delito de secuestro.

2. Error de derecho por dársele "validez probatoria" a la misma diligencia de reconocimiento en fila de personas, llevada a cabo en las depen-

dencias de la Policía Judicial, a pesar de haberse practicado sin que el inculpado estuviera asistido de apoderado, incumpliéndose así uno de los requisitos exigidos por el artículo 407 *ibidem*.

3. Error de hecho manifiesto que condujo a la aplicación indebida de la ley sustantiva que define y sanciona el delito de secuestro consistente en habérsele reconocido "crédito probatorio al reconocimiento en rueda de personas de mi mandante, no obstante que el reconocedor no identificó a Pérez Pérez en las fotografías que le fueron presentadas, a pesar de que en ellas estaba la de mi asistido recurrente".

4. Error de hecho manifiesto, por falta de apreciación de la inspección judicial a los libros de Minuta de Guardia de Vigilancia que se llevan en la Subestación de Policía de Fontibón, conforme a la cual, el Sargento Pérez Pérez estuvo prestando servicios la noche de autos en dichas dependencias por lo que "no podía participar en acontecimientos realizados en otro distinto lugar de la ciudad de Bogotá, pues no puede aceptarse esa posibilidad de ubicuidad de mi asistido para estar, a un mismo tiempo en lugares diferentes".

5. Error de hecho manifiesto "al dar credibilidad al señor Celiano Contreras, cuando imputa a mi representado la participación en el secuestro de que aquél fue víctima, no obstante las fallas en el reconocimiento fotográfico y la prueba de inocencia que arroja la diligencia de inspección judicial ya mencionada, ausencia de crédito que le negaron al señor Contreras tanto el Juez 40 de Instrucción Criminal, como el Fiscal del Tribunal Superior, al ocuparse de la situación jurídica de mi asistido, yerro manifiesto que... llevó a infringir el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal".

6. Error, al parecer de hecho, por falta de apreciación de los testimonios rendidos por los agentes de la Policía Nacional Manuel Antonio Castro Salguero y Miguel Hernández Lancheros, quienes dan cuenta que el procesado recurrente estuvo ocupado en labores de patrullaje y de servicios especiales, con otros compañeros, para la fecha y hora en que el denunciante se encontraba bajo la acción delictiva de sus secuestradores, pruebas tenidas en cuenta por el Juzgado Cuarenta de Instrucción Criminal "para declarar la inocencia de mi asistido".

Termina, solicitando invalidar el fallo recurrido a fin de que se profiera uno de absolución a favor del recurrente, "por no existir prueba de su coparticipación en el delito de secuestro que se averiguó".

Respuesta del Ministerio Público

El Ministerio Público, representado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, pide desestimar el recurso interpuesto "porque en suma ningún error de hecho o de derecho aparece manifiesto en los autos".

Opina que los tres primeros cargos no están llamados a prosperar "porque el pleno conocimiento efectuado por el ofendido en la diligencia de careo sostenido con Pérez Pérez, con manifestaciones de seguridad absoluta, o sin titubeos, subsana toda informalidad o falla que haya podido

presentarse en los reconocimientos fotográficos y en fila de personas, dada la mayor fuerza probatoria y de convicción que arroja un careo, donde el ofendido cuenta con mejores condiciones o circunstancias para identificar fácilmente a su agresor... De suerte que los errores señalados por el censor resultan verdaderamente inocuos, carentes de toda incidencia en el fallo atacado, porque no quedó la menor duda sobre el pleno reconocimiento o señalamiento del agresor y su identidad física".

Expresa que el cuarto cargo resulta igualmente inocuo pues no obstante que el Tribunal Superior omitió referirse a la inspección judicial (sic), sin embargo, esa misma Corporación al dejar sin efectos la providencia que revocó la medida cautelar que pesaba sobre el Suboficial de la Policía "dejó dilucidado que dicha inspección en manera alguna demostraba la inocencia de éste, ya que contradecía su planteamiento exculpativo de que no se había retirado de allí, cuando la misma ponía de presente que la noche de autos, se ausentó en dos ocasiones y por varias horas, amén de la cercanía existente entre Fontibón y Timiza".

Ningún error de hecho se presentó en la apreciación del testimonio rendido por el denunciante, toda vez que "el juzgador sopesó correctamente tal testimonio a la luz de las normas de la sana crítica testimonial y conforme al sistema de la persuasión racional, más no de la tarifa legal, para otorgar absoluta credibilidad a la misma y descartar la buen fe (sic) que acompañó al acusador".

Y refiriéndose al último cargo, razona que a pesar de haberse hecho caso omiso en la sentencia, de las declaraciones de los agentes Castro y Hernández tal yerro es inocuo, porque desde el enjuiciamiento fueron desestimadas las manifestaciones de los deponentes "por su vaguedad e imprecisión".

Consideraciones de la Corte

La demanda presentada a nombre del procesado José Armando Pérez Pérez, *adolece de protuberantes fallas de técnica en la presentación y fundamentación de los cargos formulados a la sentencia bajo el ámbito de la causal primera de casación por errores de hecho y de derecho en la apreciación de los medios de convicción, aducidos al proceso, que impiden a la Sala desentrañar el alcance y contenido de la impugnación, haciendo imposible un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión del actor.*

En efecto:

La misma diligencia probatoria (reconocimiento en fila de personas), llevada a cabo por la Policía Judicial en el marco de las atribuciones señaladas a este cuerpo auxiliar de la justicia por el artículo 289, literal c), numeral 12, del Código de Procedimiento Penal, es simultáneamente atacada por errores de hecho y de derecho, planteamiento que implica un desatino técnico insuperable, pues las dos clases de error no pueden alegarse respecto a la misma prueba, porque el error de hecho hace referencia a un falso juicio de existencia o identidad del medio probatorio, ora porque se da por existente una prueba que no existe, o se ignora o desconoce la que existe,

o porque se falseó o distorsionó el contenido del hecho que revela la prueba, mientras que el error de derecho alude a un falso juicio de legalidad o de convicción ya porque se negó validez a una prueba legalmente producida o se le otorgó mérito probatorio a la que no reúne los requisitos formales, legalmente obligatorios, es decir, que los postulados en que se apoyan estos yerros probatorios resultan excluyentes e inconciliables.

El error de hecho, versa sobre la existencia material de la prueba en el proceso, al paso que el error de derecho recae sobre la legalidad de la prueba o su valor de convicción.

En manera alguna el demandante precisó o determinó las disposiciones instrumentales reguladoras de la producción de las pruebas que en su opinión fueron equivocadamente apreciadas o valoradas por los falladores de instancia, ni mencionó la norma o normas sustanciales que pudieron resultar quebrantadas con los errores que plantea y en cuanto al concepto de violación de las mismas se limita a decir que fue aplicada en forma indebida la que describe y sanciona el delito de secuestro olvidando que, conforme a reiteradas enseñasdas jurisprudenciales, la violación indirecta implica necesariamente un doble planteamiento de la censura: la enunciación y demostración de la violación medio o violación de las normas probatorias y la plena comprobación de la violación fin o quebranto de la ley sustancial por inaplicación o aplicación indebida, vacíos que no pueden ser llenados oficiosamente por la Corte en sede de casación.

Y en aquello, que se relaciona con la incidencia que los errores aducidos pudieron tener en las conclusiones de la sentencia de condena, es aspecto del cual se ocupó el Procurador Delegado para manifestar que resultaban inocuos e intrascendentes a dicho fin por no revestir las características de manifiestos u ostensibles. Al respecto, la Sala, se permite hacer las siguientes observaciones.

En orden a la identificación de los inculpados, los funcionarios de Policía Judicial que conocieron de la denuncia y adelantaron las primeras averiguaciones, interrogaron previamente al ofendido sobre la identidad de los agresores y del vehículo en que se movilizaban la noche de autos, suministrando datos tan concluyentes sobre el particular, tales como que el individuo que se hacía pasar por Teniente presentaba una cicatriz en la frente, el que vestía uniforme de Sargento era de acento boyacense y la placa del automotor tenía la letra J y el número 19, informaciones que tuvieron cabal comprobación en la diligencia de reconocimiento en fila de personas (Fl. 14) y con las explicaciones rendidas por los propios sindicados en sus respectivas indagatorias (Fls. 1v. 6v. y 10).

Si a ello se agrega, que el denunciante valerosamente les sostuvo los cargos en su presencia, que uno de ellos fue identificado como la persona que lo llamó por teléfono para intimidarlo, que los tres prestaban servicio en la Subestación de Policía de Fontibón, que conforme resulta de la inspección judicial practicada a los libros de control que allí se llevan, el Sargento Pérez Pérez salió en dos oportunidades a la calle por razones del servicio y que el condueño de la bomba de gasolina le cambió a Contreras Hidalgo un cheque de doscientos mil pesos por dinero en efectivo, conclúyese sin

mayor esfuerzo que estos hechos indicadores valorados en su conjunto y concordancia constituyen graves indicios que hacen plena prueba de la infracción por la que fueron llamados a juicio y de la culpabilidad que en ella les cabe a los acusados según las voces del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

A estos presupuestos fácticos tenidos como soporte de la sentencia impugnada, antepone el censor su personal criterio al del fallador respecto a la valoración probatoria de dichos elementos de convicción, sin lograr demostrar el error mismo, ni la fuerza incontrastable que pudo tener en las conclusiones del fallo cuya remoción se pretende.

Volviendo sobre las fallas de orden técnico que ostenta la demanda, a través de sus múltiples reproches, cabe advertir, que el pretendido error de hecho manifiesto por falta de apreciación de la inspección judicial, no se vislumbra en absoluto porque los sentenciadores se ocuparon de examinar su contenido dándole un alcance probatorio distinto al pretendido por el demandante, sin distorsionarla o tergiversarla.

La circunstancia de asignarle credibilidad al dicho del ofendido, siguiendo en ello las reglas de la persuasión personal y dentro del arbitrio de que goza el Juez en la valoración del testimonio, no constituye error de hecho ni de derecho, según claras doctrinas sobre la materia.

La falta de apreciación de los testimonios rendidos por los agentes de la Policía Nacional, Castro Salguero y Hernández Lancheros quienes dan cuenta que el ex Sargento Pérez Pérez estuvo ocupado la noche de autos, en labores propias de patrullaje y vigilancia tampoco resulta manifiesta o trascendente, puesto que tales afirmaciones aparecen desvirtuadas por otros medios probatorios y porque la sentencia de primera instancia confirmada por el Tribunal Superior conforma una unidad jurídica inescindible que debió ser cuestionada por el impugnador, y en ella dichas probanzas fueron analizadas descontándoseles el valor exculpatorio que se les atribuye.

Las razones ofrecidas por el Juzgado de Instrucción Criminal para revocar la medida cautelar que pesaba contra el incriminado y las expuestas por el Fiscal del Tribunal Superior, como fundamento de su petición absolutoria, fueron examinadas y desestimadas en su oportunidad procesal por dicha Corporación.

Así pues, las fallas de técnica en la presentación y sustentación de los cargos formulados a la sentencia, hacen inepta la demanda impidiendo que prospere.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —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 defensor del procesado José Armando Pérez Pérez contra la sentencia de fecha y origen consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

HURTO

El apoderamiento en el hurto requiere la voluntad que se caracteriza por querer la cosa con disponibilidad, por manera que si el fin propuesto es diverso, la adecuación típica se desplaza.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 104.

Bogotá, D. E., 29 de octubre de 1986.

Vistos

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de 15 de agosto de 1984, del Tribunal Superior de Buga, por la cual se confirmó adicionando la de primera instancia proveniente del Juzgado Primero Penal del Circuito de Roldanillo y condenó a Aquileo Valdés Posso, a la pena principal de 18 meses de prisión por el delito de extorsión en el grado de tentativa.

Hechos

El 8 de febrero de 1984, sujetos desconocidos irrumpieron en el campamento de Santa Rita, Municipio de Roldanillo, quienes ejerciendo violencia sobre el celador Fernando Osorio, procedieron a desvalijar un buldozer sustrayéndose la bomba hidráulica, el dínamo y el aparato que permite el paso del combustible que hace funcionar el automotor.

En ese mismo momento los asaltantes dejaron con el vigilante una carta dirigida a los directivos de la firma "Eléctricas Medellín", propietarios del campamento, por medio de la cual exigían $ 500.000 por la devolución de dichos implementos.

Con posterioridad fueron enviadas con el señor Antonio Flórez Galvis, trabajador de esa empresa, distintas comunicaciones manuscritas en las

que se continuó con las exigencias económicas para entregar los objetos sustraídos, hasta rebajar a la suma de $ 80.000, dinero que convino Carlos Arturo Rivera Saldarriaga en representación de la empresa afectada, en conversación directa con Aquileo Valdés Posso, con quien determinó las condiciones en que se iba a entregar el dinero en cambio de los aparatos quitados al buldozer.

Fue así como el 19 de marzo del mismo año, en las inmediaciones del Municipio del Toro, con intervención de miembros de la Policía del Distrito de Cartago, se obtuvo la recuperación de los referidos objetos, los cuales fueron encontrados en poder de Aquileo Valdés Posso, quien fue capturado cuando se le hizo creer que se le iba a entregar el dinero exigido al camuflar papeles recortados de igual tamaño que el de los billetes.

En esa oportunidad también fue capturado Antonio Flórez Galvis, quien acompañaba a la Policía y específicamente al agente que hizo las veces de enterante de la exigencia económica a que aludían las cartas.

ACTUACIÓN PROCESAL

Iniciada la correspondiente investigación por el Juzgado Penal Municipal de Roldanillo fue enviada la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma localidad, a quien le correspondió en reparto y decretó nulidad de todo lo actuado a partir del auto cabeza de proceso al considerar que el procedimiento aplicado no era el pertinente, pues por tratarse de un delito de extorsión era aplicable la tramitación especial consagrada en la Ley 2ª de 1984 y por ende, así lo dispuso.

Vinculados mediante indagatoria los capturados, éstos se mostraron como inocentes de los hechos que se les imputaban: Mientras Flórez Galvis explicó que las misivas las había entregado ignorando su contenido y en cumplimiento de sus funciones cuando para tal fin se las dio Valdés Posso, y que si concurrió al lugar donde se recuperaron los referidos objetos, fue por mandato de sus superiores. Entre tanto, Valdés Posso, refirió que por su mala situación económica, pero de todas formas desconociendo los hechos, se hizo presente, en el sitio donde fue capturado, a entregar un paquete que dos individuos desconocidos le habían dado, ordenándole, a su turno, que debía recibir el dinero que le entregarían y que por esa labor le pagaban $ 15.000.

Recepcionados varios testimonios y practicada la diligencia de inspección judicial al aparato desvalijado al igual que el avalúo de los implementos sustraídos, el cual fijó su valor en suma inferior a los $ 300.000, el Juzgado de conocimiento declaró cerrada la investigación mediante auto de fecha 3 de mayo de 1984.

El 26 de mayo del mismo año, se citó a audiencia a Aquileo Valdés Posso por el delito de extorsión en el grado de tentativa, de acuerdo con los artículos 355 y 22 del Código Penal, entre tanto, que se abstuvo de tomar igual determinación para Antonio Flórez Galvis.

No se practicaron pruebas en la etapa respectiva y se señaló fecha para la celebración de la audiencia pública, la cual se llevó a efecto el 6 de julio de 1984.

El 11 de julio del año citado, se profirió la consiguiente sentencia de primera instancia, condenando a Aquileo Valdés Posso a la pena de 14 meses de prisión por el delito por el cual fue citado a audiencia. En el mismo fallo se decidió tener como pena cumplida el tiempo que Valdés Posso llevaba privado de su libertad.

Surtido el grado de consulta, el Tribunal Superior de Buga, mediante decisión de 15 de agosto de 1984, confirmó la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad, adicionándola únicamente en cuanto a la pena principal, imponiendo 18 meses de prisión en lugar de 14 que fijó el *a quo*.

La demanda de casación

El actor, Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Buga, dentro del término legal interpuso recurso extraordinario de casación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por dicho Tribunal, en el proceso seguido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Roldanillo contra Aquileo Valdés Posso, en virtud de la cual se le condenó a la pena aludida en acápites anteriores.

El censor sustenta el recurso invocando la causal cuarta de casación, por cuanto la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, que califica de legal.

Así el demandante se refiera al "cargo único contra la sentencia", se comprende claramente de su contenido, que son dos cargos en los que fundamenta la nulidad incoada.

El primero lo hace consistir en haberse dictado la sentencia recurrida en un juicio viciado de nulidad, "porque la infracción fue calificada erróneamente en el auto de citación para audiencia", lo que hace aplicable la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma el casacionista, que el fallador de segunda instancia adecuó la conducta investigada en el tipo penal de extorsión desechando el delito de hurto "mediante simples apreciaciones subjetivas", pues "al señalar que el propósito de los delincuentes que materializaron la apropiación no era otro que ejecutar seguidamente la coacción para que la empresa comercial afectada les entregara el dinero exigido por medio de las misivas manuscritas que hicieron llegar en forma poco menos que ingenua, se está confundiendo ostensiblemente los elementos tipificadores de una y otra delincuencia...", concluyendo así, que en este caso existió hurto calificado, pues "...tal hecho punible se consumó en el mismo momento en que los implementos del tractor de oruga salieron de la vigilancia del trabajador colocado para tal fin por la empresa propietaria de dicho aparato", y "las actividades que con posterioridad a la susodicha apropiación idearon y ejecutaron los delincuentes, deben considerarse solamente como las tendientes a la obtención adecuada del provecho del hurto...".

El segundo cargo, lo remite a la competencia por cuanto al haberse avaluado los referidos objetos en suma inferior a los $ 300.000, el cono-

cimiento del proceso radica en los juzgados penales municipales; por tal motivo al haberlo hecho el Juzgado Primero Penal del Circuito, se incurrió en la nulidad legal consagrada en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, con fundamento en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, consideró no necesario ampliar la demanda; aclaró sí, que de los autos "...aparece, que el propósito fue efectivamente el de exigir a través del medio indicado, sustracción o apoderamiento de la parte ... de la máquina, que la entidad perjudicada pagara determinada cantidad de dinero...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Se ha alegado la causal cuarta de casación, sosteniéndose la existencia de dos nulidades legales, razón por la cual carecería de validez la sentencia impugnada, debiendo casarse para retrotraer la actuación hasta el auto que declaró cerrada la investigación, inclusive, por cuanto además de haberse calificado erróneamente el delito, el proceso fue conocido por un juez que carecía de competencia.

2. En estas condiciones, la decisión que se tome respecto al primer cargo, determinará la del segundo, ya que al concluir que se trata de un delito de extorsión, es incuestionable que la competencia para conocer de este proceso radicaba en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Roldanillo aplicando el trámite de la Ley 2ª de 1984, pues no admite duda el artículo 30 de dicho estatuto cuando dispone que: "Cuando por cualquier circunstancia no intervenga el juez especial a que se refiere este capítulo será competente para instruir el juez de instrucción y para fallar el juez del circuito quienes aplicarán el procedimiento aquí señalado".

3. *Primer cargo*: Todo error en la denominación jurídica de la infracción supone la existencia de un delito distinto al que determinó el auto de proceder, que para los efectos de la Ley 2ª de 1984, es su equivalente el auto de citación para audiencia, y la sentencia cuestionada.

De ahí que, como lo ha sostenido la Sala, cuando se aduce esta clase de nulidad, sea necesario 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. (Casación de octubre 5 de 1982).

Corresponde, entonces, establecer si en este caso, con fundamento en la prueba, la conducta que se le imputa a Valdés Posso es constitutiva del delito de extorsión o de hurto, como lo alega el censor. En efecto:

A. Afirma el demandante que no existe delito de extorsión porque el de hurto "se consumó en el mismo momento en que los implementos del tractor de oruga salieron de la vigilancia del trabajador colocado para tal fin por la empresa propietaria de dicho aparato", con lo cual está implicando que para la tipificación de este delito bastaría tener en cuenta

la objetividad de la conducta, dejando de lado la voluntad de su autor, lo que no es posible porque además de desconocerse con tal forma de pensar la esencia y estructura propia de la conducta, se estaría haciendo lo mismo con la descripción del artículo 349 del Código Penal, pudiendo llegarse a una responsabilidad objetiva proscrita por el artículo 26 de la Constitución Nacional cuando consagra un derecho penal de acto, y legalmente por el artículo 5º del Código Penal, que como se sabe, corresponde a uno de los principios rectores de la ley penal.

B. *La descripción típica del delito de hurto en la modalidad básica del artículo 349 del Código Penal, hace consistir la conducta prohibida en el* apoderamiento *de una cosa ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, con lo que no deja duda que para su consumación no basta sacar el bien de la esfera de vigilancia de su propietario, poseedor o tenedor,* sino que es imperativo tener en cuenta la voluntad de apoderamiento.

Como ya lo sostuvo esta Sala: "El verbo rector empleado por el artículo 349 del Código Penal, apoderar, tiene un mayor valor descriptivo que sus similares 'tomar' o 'sustraer'; y suele entenderse en el sentido de despojar de una cosa para someterla al propio poder y llegar a disponer de ella, así sea por breve término de tiempo". Y agregó: "La acción expresa una nítida correspondencia entre tomar la cosa ajena, la cual supone potenciales atributos de dueño o poseedor, y quitársela a quien la tenía, lo que equivale a pérdida de esas atribuciones, o sea, un apoderamiento y un desapoderamiento". (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Julio 18 de 1984).

Pero como no es suficiente la objetividad de la conducta, pues ésta no puede existir sin voluntad, ya nadie cuestiona que la voluntad siempre tiende a un fin determinado. Causalistas y finalistas así lo reconocen y sus diferencias radican es en su análisis frente al campo conceptual en la teoría del delito; de ahí que tenga plena vigencia la consideración de Welzel respecto a que "la voluntad consciente del fin" es "la columna vertebral de la acción", pues, "ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente", y agrega: "Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, ya que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior". (Derecho Penal Alemán. Edit. Jurídica de Chile. Pag. 54).

C. *El apoderamiento en el hurto, en consecuencia, además de su materialidad, requiere la voluntad de hacerlo; por esto en la decisión ya citada, expresó esta Sala:*

"De sobra está indicar que la voluntad del autor del punible debe caracterizarse como querer ese apoderamiento y lo que ésta implica, vale decir, atribución de disponibilidad, o lo que el artículo prevé como ingrediente subjetivo ('con el propósito de obtener provecho para sí o para otro')".

Se ve, entonces, que a pesar de que del análisis del verbo "apoderarse", la conducta requiere lo subjetivo y lo objetivo, la descripción nor-

mativa recurre a los denominados "elementos subjetivos del tipo" para enfatizar sobre dicha exigencia, que con el preciso alcance ya referido, únicamente sirve para enriquecer la descripción del comportamiento, pues el dolo debe estar dirigido a "despojar de una cosa para someterla al propio poder y llegar a disponer de ella, así sea por breve término de tiempo", y si el fin propuesto es diverso, la conducta se desplaza a otra adecuación típica conforme sucede en este caso.

D. *No corresponde a la realidad procesal la afirmación del casacionista, cuando expresa que una vez "consumado el hurto" se procedió por parte de los delincuentes a hacer la exigencia del dinero.* El proceso demuestra lo contrario. Una vez los sujetos irrumpieron en el campamento y desvalijaron el buldozer hicieron entrega al celador de la carta por medio de la cual exigían a las directivas de la empresa la entrega de $ 500.000 para devolver los aparatos sustraídos y acto seguido, en forma continua siguieron enviando las misivas, inclusive, hasta en forma personal cuando se llegó al convenio de rebajar hasta quedar en la suma de $ 80.000. Pero además, cuando llegó la fecha fijada, efectivamente Aquileo Valdés Posso concurrió con los citados implementos para devolverlos y reclamar el dinero pactado.

En estas condiciones, aparece claro cómo, nunca existió en esos sujetos la voluntad de apoderarse de los implementos sustraídos: Ya la carta la llevaban hecha y mantuvieron su voluntad inicial, que no era otra que la de quitar esos aparatos para tomarlos como medio para llevar a cabo la exigencia económica.

La conducta realizada, por tanto, se adecua en el artículo 355 del Código Penal como extorsión, pues de otra parte, tampoco cabe duda que el medio utilizado fue idóneo para constreñir y prueba de ello es que se vieron obligados, los directivos de la citada empresa, a negociar la devolución de tales implementos.

E. Aspecto diverso, ahora, es el de establecer si se consumó o no la extorsión. Ya esta Sala ha fijado su criterio al respecto, al concluir que este delito admite la tentativa. Así se pronunció en aquella oportunidad, en lo pertinente:

"Para la mayoría de la Sala debe tenerse presente un imprescindible punto de partida: la extorsión es un delito pluriofensivo, ya que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos, la libertad de autodeterminación y el patrimonio económico.

"En otros términos, lo que diferencia este delito del *constreñimiento ilegal* (Art. 276) es precisamente la finalidad económica. Bien sabido es que este ilícito se asemeja notablemente a la extorsión, ya que se describe mediante la fórmula 'constreñir a otro, a hacer, tolerar u omitir alguna cosa' sin darle una connotación específica, ni añadir ningún ingrediente subjetivo.

"Pero el solo hecho de amenazar a alguien para que haga o tolere alguna cosa, no significa que el delito se consume, si no se obtiene tal conducta.

"Precisamente, lo que distingue el tipo del delito contra la autonomía personal descrito en el citado artículo 276, del ilícito de extorsión, es el elemento subjetivo del tipo contenido en la expresión 'con el propósito de obtener provecho ilícito'. La referencia subjetiva traslada la misma conducta del campo de la autonomía personal, además al del patrimonio económico. Así pues, este elemento subjetivo del tipo, tiene como finalidad simplemente diferenciar la extorsión, del constreñimiento ilegal".

Y se agregó en ese pronunciamiento: "En el momento en el cual la víctima o alguien a él vinculado, hace, omite o tolera algo, de connotación patrimonial, se ofenden ambos bienes jurídicos protegidos: la libertad individual y el patrimonio económico", y se concluyó: "Si solo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logre el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa". (Casación de 8 de abril de 1986. M.P. Dr. Lisandro Martínez Z.).

Debe colegirse, en consecuencia, que en este caso la extorsión llegó al grado de tentativa de acuerdo al artículo 22 del Código Penal, dado que la finalidad de los delincuentes no fue otra que la económica y el resultado perseguido con el constreñimiento no se obtuvo. Por tanto si el juez de primera instancia así lo consideró y bajo esa decisión se tramitó el proceso hasta proferirse la correspondiente sentencia, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Buga, obvio es que este cargo no prospera.

4. *Segundo cargo*: Como ya se anotó, al no acogerse el primer cargo, el segundo tampoco puede prosperar, debido a que por mandato expreso del artículo 30 de la Ley 2ª de 1984, aplicable a este caso, es clara al fijar la competencia para conocer del delito de extorsión a los juzgados penales del circuito, conforme sucedió en este proceso.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida de fecha 15 de agosto de 1984, proveniente del Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual se condenó a Aquileo Valdés Posso, a la pena principal de 18 meses de prisión por el delito de extorsión en el grado de tentativa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, con salvamento de voto, *Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Por estar completamente de acuerdo con los argumentos expuestos por el recurrente en su demanda, considero que la sentencia impugnada debió casarse, toda vez que los hechos cometidos por el procesado Aquileo Valdés P. configuran un delito de hurto, que no de extorsión como se

determinó en el fallo cuya legalidad aceptó la mayoría de la Sala, en decisión que no comparto por las siguientes razones:

1. Bien conocidas son las discrepancias históricas, doctrinarias y legislativas a que ha dado lugar la interpretación de la palabra "contrectatio", utilizada por Paulo en su clásica definición del delito de hurto; esto ha llevado al legislador moderno a intentar precisar en qué consiste la acción material de tal ilícito. El Código de 1936 (Ley 95) acogió como verbo rector de esta figura el de "sustraer", que en la codificación vigente (Decreto 100 de 1980) se cambió por el de "apoderar", el cual implica una mayor complejidad en la conducta típica, pues sustraer una cosa significa únicamente hacerle perder al dueño o tenedor de ella la posibilidad de ejercer el derecho que tenga sobre la misma, sin que sea indispensable que el autor de la sustracción adquiera de hecho dicho poder, al paso que el apoderamiento sí exige que quien sustrae el bien ajeno consiga de hecho el poder que perdió el sujeto despojado. Por ello escribe Fontan Balestra en su Tratado de Derecho Penal, que "la idea de apoderarse importa adquirir el poder de hecho sobre la cosa y al mismo tiempo, privar de él a quien lo tenía" (Ediciones Glem S. A., Buenos Aires, 1969; Tomo V. pg. 434).

Acorde con la anterior concepción, que es igual a la acogida por la mayoría de la Sala para llegar a la conclusión que no comparto, no cabe duda de que el procesado Valdés Posso sí se apoderó de varias cosas muebles y ajenas. La misma Corte, en su sentencia, al narrar los hechos, expresamente acepta que Valdés y sus acompañantes "ejerciendo violencia sobre el celador Fernando Osorio, procedieron a desvalijar un buldozer *sustrayéndose* la bomba hidráulica, el dínamo y el aparato que permite el paso del combustible que hace funcionar el automotor". Si ésta *sustracción* se produjo el 8 de febrero de 1984 y los bienes sustraídos sólo se recuperaron por las autoridades de policía el 19 de marzo subsiguiente, cuando "fueron encontrados en poder de Aquileo Valdés Posso", es forzoso admitir que durante un término aproximado de cuarenta (40) días éste adquirió de hecho el poder que sobre las cosas sustraídas no pudieron ejercer en ese lapso los propietarios de las mismas.

2. Algunas legislaciones exigen para que el apoderamiento de cosa mueble ajena tipifique el delito de hurto, la presencia de un elemento o ingrediente (como otros prefieren llamarlo) subjetivo. El Código Penal Alemán, por ejemplo, requiere que el sujeto agente obre con "*intención de apropiarse*" del bien (*animus rem sibi habendi*), mientras que otras codificaciones, como la colombiana, la vigente y la inmediatamente anterior a ésta, se limitan al simple "propósito de obtener provecho para sí o para otro" (*animus lucrandi*). Es evidente que cuando la ley reclama el ánimo de "apropiarse" de la cosa, el autor debe apoderarse del bien con el propósito de hacerse dueño del mismo, de apropiárselo, en cambio cuando basta el ánimo de lucro, el hurto se tipifica a pesar de que el agente no busque adueñarse del objeto material, sino únicamente servirse de él, aprovecharlo o disfrutarlo en cualquier sentido, con la intención de devolverlo a su propietario.

Analizando el delito de robo que describía el artículo 402 del derogado Código Penal de 1936, en el cual se utilizaba el mismo verbo rector que

define el hurto en la legislación hoy vigente, dijo la Corte Suprema de Justicia de Colombia: "El *apoderamiento no tiene el alcance de apropiación.* Y bien puede darse el ánimo de lucro, a los fines del delito de robo, cuando el sujeto activo busca sólo usar la cosa para luego restituirla o dejarla bajo el poder de quien fue desposeído, si con ello obtiene una ventaja económica, como sería la de servirse del bien mueble ajeno sin que tenga que hacer erogación alguna... y dentro de ese ánimo de provecho cabe comprender la sustracción y el apoderamiento de cosas, para buscar con ellas, inclusive, una satisfacción intelectual o moral, si se evita una erogación económica al obtenerlas. Tal el caso de quien hurta o roba un libro para leerlo, así se proponga devolverlo más tarde a su propietario o poseedor" (casación del 18 de abril de 1970).

Y más recientemente (19 de octubre de 1978), al abstenerse de casar la sentencia que condenó por el delito de hurto al empleado de un parqueadero de Bogotá, que retiró uno de los vehículos automotores allí dejados con el único propósito de utilizarlo en el perímetro de la capital, la Corte reiteró la anterior doctrina: "... *no es discutible que el 'aprovechamiento' comprende lo mismo el uso que la apropiación de la cosa mueble ajena,* sustraída sin el consentimiento de su dueño. *El hurto atribuido por el sentenciador al sindicado, se consumó no cabe duda, así el propósito del agente no hubiese sido apropiarse del vehículo, sino aprovecharse de él,* propósito que, agregado a sus restantes caracteres compositivos, es suficiente para la consumación del hurto, al tenor del artículo 397 del Código Penal, no mal interpretado por el fallador".

En otros términos, frente a la ley colombiana se tipifica el delito de hurto cuando el apoderamiento de cosa mueble ajena va acompañado del propósito de obtener provecho (para sí o para otro). Este ánimo de aprovechamiento puede consistir en querer hacerse dueño del bien, para conservarlo, consumirlo, enajenarlo o realizar cualquier otro verdadero acto de disposición, o en el simple propósito de servirse o disfrutar momentáneamente de la cosa, inclusive buscando una mera satisfacción intelectual o moral, para restituirla posteriormente a su dueño. En todas estas hipótesis se estructura el delito de hurto.

Y para que no quede la más mínima duda sobre la exactitud de la tesis que se viene exponiendo, es el mismo legislador quien dentro del capítulo que trata del delito de hurto y con la denominación de "hurto de uso", previó la posibilidad de que "el apoderamiento se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa y se restituyere en término no mayor de veinticuatro horas", para consagrar una rebaja de pena (art. 352).

3. En este orden de ideas, no puedo aceptar como verdadero y suficiente argumento para rechazar la existencia del delito de hurto, el único que se brinda por la mayoría de la Sala: Que nunca existió en Valdés Posso y sus compinches "la voluntad de apoderarse de los implementos sustraídos", porque "su voluntad inicial" que siempre "mantuvieron... no era otra que la de quitar esos aparatos para tomarlos como medio para llevar a cabo la exigencia económica".

Considero, y esto lo digo respetuosamente, que en forma equivocada se equipararon los términos "apoderamiento" y "apropiación", o que,

equivocadamente también, se confundió el dolo del sujeto activo (conocimiento del hecho punible y voluntad de realizarlo) con el ingrediente subjetivo requerido por el tipo penal (propósito de aprovechamiento).

Por todas estas razones, sigo convencido de que el hecho protagonizado por Valdés Posso y sus acompañantes y al cual se contrae este proceso, tipifica, incuestionablemente, un delito de hurto calificado (art. 350). Jamás una extorsión. Sobre este último aspecto podría extenderme mucho más, demostrando cómo no es posible hablar de "constreñimiento" cuando la oferta (no exigencia) que se hace es favorable al supuesto compelido. En el caso *sub examine,* los bienes objeto del apoderamiento fueron avaluados en suma que no sobrepasaba los trescientos mil pesos ($ 300.000.00), por supuesto que esta cifra no incluye el valor de los perjuicios de todo orden que este hecho produciría, y por devolverlos, poniendo así fin al lucro cesante, sólo se pedía en cambio la cantidad de ochenta mil pesos ($ 80.000). Lo que se ofrecía no era un mal que doblegara la voluntad, sino un buenísimo negocio que la inclinaba a aceptarlo. Se proponía, simplemente, la restitución del objeto material del hurto, pidiendo como contraprestación por ello una suma muy inferior a su valor. Esta fue la manera ideada por los autores del ilícito, para materializar o hacer efectivo el lucro que desde un principio buscaron con el apoderamiento.

Son estas las razones de mi disentimiento.

Guillermo Duque Ruiz.

Fecha, *ut supra.*

NULIDAD

La nulidad de una decisión únicamente afecta las actuaciones que dependan de ella, por manera que si la validez de ésta no era requisito para la existencia de las pruebas practicadas, éstas conservan todo su valor.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 107.

Bogotá, D. E., 5 de noviembre de 1986.

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de Alfonso Agustín Bernal Reyes, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Aduanas el 17 de septiembre de 1985, mediante la cual condenó a éste a las penas principales de diez (10) meses de prisión y multa por valor de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), al hallarlo penalmente responsable del delito de contrabando de segundo grado.

HECHOS

Los relata así el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"En comprensión territorial del Departamento de Antioquia, retén del Municipio de Valdivia, miembros del Resguardo de Aduanas aprehendieron 4.362 pantalones de corduroy y 424 pantalones de gabardina, confeccionados con tela extranjera, que de Barranquilla habían sido despachados para los señores Luis Leal y Gerardo Quiceno, vecinos de Bogotá, y Hely Tessone, residente en Medellín, los remitía la fábrica de confecciones Baretta, cuyo propietario resultó ser Alfonso Agustín Bernal Reyes,

sujeto que a través del proceso admitió siempre que sus productos eran elaborados con telas no nacionales y que adquirió en remates de Aduana o de entidades que las importaban legalmente. El valor de las mercaderías fue cuantificado así: Los pantalones de corduroy costaban $ 1.308.600, y los de gabardina $ 127.200''.

ACTUACIÓN PROCESAL

Al proceso fueron vinculados mediante indagatoria, Hely Tessone, Gerardo Quiceno y Alfonso Agustín Bernal Reyes, no así Luis Leal, de quien únicamente se conocía una supuesta dirección suya, que aparecía en uno de los comprobantes de la empresa transportadora de las mercancías, pero en la cual nunca dieron información sobre su persona. Cuando el Juzgado de conocimiento, Primero Superior de Aduanas de Medellín, negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal solicitada por el procurador judicial de los procesados, éste apeló, y el Tribunal Superior de Aduanas, al resolver el recurso, ordenó la cesación de procedimiento pero únicamente en relación con Hely Tessone, por concurrir en él la circunstancia prevista en el artículo 5º de la Ley 22 de 1980 (Fls. 3 a 7 del cuaderno del Tribunal).

Posteriormente, el 14 de febrero de 1983, el Juzgado del conocimiento decidió sobreseer en forma definitiva a los otros dos sindicados que aún continuaban vinculados al proceso, mas el Tribunal, al conocer por consulta de estas determinaciones, declaró la nulidad de lo actuado desde el proveído fechado el 5 de noviembre de 1980, por considerar que no podía solicitarse concepto fiscal sobre el mérito del sumario, mientras todos los implicados no hubieran sido legalmente vinculados al proceso en calidad de sindicados. Para llegar a esta conclusión, tuvo en cuenta la falta de indagatoria o de emplazamiento de Luis Leal, que se había dispuesto.

Reanudada la actuación después del decreto de nulidad, el Juzgado instructor que fue comisionado para este efecto, obtuvo que los peritos Jorge Eduardo Vargas Báez, Darío Calle Jaramillo y Eduardo Holguín Rueda, ratificaran los dictámenes que antes habían rendido dentro de este mismo proceso. También consiguió del aforador Abelardo Francis Walters, un peritazgo sobre la posición arancelaria de las telas que sirvieron para confeccionar los pantalones, experticio éste que fue cuestionado por el apoderado, quien solicitó su ampliación (Fls. 482 y 485). Más tarde se envió el proceso al Fiscal para concepto, y éste solicitó el archivo del expediente con base en el artículo 53 del Estatuto de Aduanas. No aceptó el Juzgado esta petición y ordenó la ampliación prevista por el artículo 46 del mismo Estatuto. Practicadas algunas diligencias se corrió nuevamente traslado a la Fiscalía, que reiteró su anterior concepto. El Juzgado, entonces, apartándose del criterio de su colaboradora Fiscal sobreseyó definitivamente a los sindicados Bernal Reyes y Quiceno Gómez, ordenó la entrega de la mercancía y dispuso que se compulsara lo necesario para identificar a Luis Leal e investigar su posible relación con los hechos.

Al revisar por consulta el Tribunal Superior la decisión que acaba de reseñarse, la confirmó en relación con Gerardo Antonio Quiceno Gómez,

pero la revocó respecto de Alfonso Agustín Bernal Reyes, a quien en su lugar llamó a responder en juicio por los delitos de contrabando de segundo grado y falsedad en documento privado. Así mismo revocó la entrega de la mercancía y dispuso que quedaría vinculada a la causa abierta contra Bernal Reyes.

Rituada la etapa del juicio sin ninguna modificación probatoria, el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Medellín absolvió a Bernal Reyes, pero el Tribunal Superior al revisar la sentencia por consulta, la confirmó en lo referente a la absolución por el delito contra la fe pública, pero la revocó en relación con el delito de contrabando de segundo grado, por el cual lo condenó, imponiéndole las penas principales de diez (10) meses de prisión y multa por valor de doscientos mil pesos ($ 200.000.00).

De la demanda

Al amparo de las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, dos son los cargos que se formulan a la sentencia.

En primer lugar y como es lógico hacerlo, se pide la nulidad del fallo impugnado, porque en sentir del censor el auto de proceder emitido por el Tribunal Superior de Aduanas es impreciso y falto de claridad, lo cual va en detrimento de los derechos del procesado e implica "una clara violación de sus derechos constitucionales a ser sometido a un proceso con el lleno a plenitud de las formas legales, artículo 26 de la Constitución Nacional, que así resulta flagrantemente vulnerado en detrimento del acusado".

Para demostrar este cargo, el casacionista destaca que en el auto de llamamiento a juicio el Tribunal, en su parte motiva, había determinado que el acusado debía responder por "poseer mercancías introducidas al país sin los requisitos legales o reglamentarios (numeral 1º, Art. 6º, de la Ley 21 de 1977)", mientras que en la parte resolutiva del mismo precisó que el hecho imputado era el definido en el artículo 4º de la Ley 21 de 1977. "La imprecisión que se resalta —dice el memorialista—, no es cuestión meramente circunstancial o intrascendente. Jamás podría hacerse tal afirmación ya que una y otra norma legal precisan dos tipos totalmente diferentes de infracción sancionables. En el uno, el artículo 4º, se sancionan las ilicitudes que se cometen en el comercio internacional, importación o exportación, al paso que en el artículo 6º se sancionan otras conductas totalmente diferentes como la simple posesión de mercaderías introducidas al país sin el lleno de los requisitos exigidos para su importación".

El segundo cargo se formula a la sentencia, por ser ésta, en sentir del recurrente, violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, como consecuencia de los siguientes errores de hecho y de derecho en que incurrió el fallador:

a) "Estimar válidamente reproducidos los peritazgos de folios 235, 175, 176, 280, 281 y 395... mediante los testimonios jurados de folios 523, 526 y 527", correspondientes a los autores de tales dictámenes, dándole así a la prueba testimonial el valor correspondiente a la pericial.

b) Como quiera que con base en la prueba anterior, mal valorada según el casacionista, se "desechó el mérito probatorio que se deducía de la confesión del procesado", se incurrió en "un manifiesto error de derecho al no darle a tal confesión el mérito probatorio que le confiere el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, que así resulta violado claramente".

Concluye el recurrente afirmando que "de no haberse incurrido en los errores anteriormente precisados, si el Tribunal hubiere tenido por inválidos dichos peritazgos por falta de las formalidades propias para la formación de los mismos conforme a la ley procesal, habría tenido que reconocer que no se probó ni la responsabilidad penal del acusado ni que el material de que se confeccionó los pantalones fuera indebidamente importado al país, lo cual lo habría conducido a una conclusión totalmente contraria a la que adoptó en la sentencia acusada en casación".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que los dos cargos deben desecharse, porque ninguno de ellos se configura. Sobre el primero afirma que "la imputación que se formuló a Bernal Reyes fue precisa; de manera expresa se produjo la adecuación típica de su comportamiento al tipo penal que describe el contrabando de segundo grado. Se dijo que se le incriminaba por la posesión consciente y voluntaria de mercancías introducidas al país sin los requisitos legales o reglamentarios. Y se dijo qué medios probatorios permitían deducir la acusación". Agrega que "tanta precisión y claridad hubo en el auto de proceder y en el concepto fiscal que lo precedió, que durante la audiencia pública, acta parcial de la que hay fotocopia entre folios 600 y 602, varias veces el defensor —que es el mismo casacionista— hizo referencia al contrabando de segundo grado, que no al de primero".

En relación con el otro cargo, violación indirecta de la ley por errores de hecho y de derecho, manifiesta que tampoco se presenta, porque la nulidad decretada, equivocadamente en su concepto, no tenía por qué afectar la validez de las pruebas practicadas, citando al efecto doctrinas en tal sentido de esta Corporación. Además, agrega, aun en el supuesto de que la prueba pericial hubiera quedado sin valor, bien podía el Tribunal, ante la libertad probatoria prevista por el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, acudir a los testimonios de Jorge Eduardo Vargas Báez, Eduardo Holguín Rueda y Darío Calle Jaramillo, quienes "declararon bajo juramento que las explicaciones, mensuras y conclusiones que existían procesalmente en unas actas que documentaban la prueba pericial, eran correctas y conservaban vigencia".

En cuanto al otro error dentro de este mismo cargo planteado, expresa el delegado que es contradictorio, porque "pretende que a la indagatoria de su asistido se otorgue valor probatorio de confesión no desvirtuada, o sea de presunción de veracidad, a sabiendas que viene negando que en el proceso esté comprobado el cuerpo del delito", lo cual es indispensable para que a la confesión se le dé el valor previsto en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo. Afirma el recurrente, como ya se anotó, que el auto de proceder fue impreciso y carente de claridad, lo cual en su sentir, violó la garantía constitucional del debido proceso, incurriéndose así en una nulidad supralegal o jurisprudencial.

Indudablemente, como en forma reiterada lo ha sostenido esta Sala, el auto de proceder es un acto fundamental cuyo contenido ha sido específicamente reglamentado por el Código de Procedimiento Penal (Art. 483). Es indispensable que la acusación hecha al sindicado "esté debidamente delimitada, como mecanismo instrumental para que el hecho imputado y su significación sean conocidas y, por lo tanto, garantizado el punto de partida del derecho de defensa. De manera que la necesidad de que los cargos sean claros y precisos no se satisface con la simple denominación genérica de la infracción, ya que la propia ley demanda que en la motivación se determinen las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho, es decir, aquéllas que, acreditadas en el sumario, tienen la posibilidad de incidir en el plano de la punibilidad" (7 de junio de 1983, Magistrado ponente: doctor Aldana Rozo).

De ahí que cuando este trascendental acto procesal sea ambiguo y no permita delimitar con claridad el cargo formulado, entorpeciendo así la defensa y comprometiendo por ende los intereses del acusado, la Sala ha admitido que se configura una nulidad jurisprudencial: "La Corte ha reconocido como causal supralegal o de origen constitucional, por quebrantamiento del debido proceso y del derecho de defensa, la formulación anfibológica de los cargos imputados al procesado en el auto de proceder, de manera que no le resulte posible a la defensa, en tales circunstancias, determinar con precisión los medios adecuados tendientes a desvirtuar la acusación, ni saber, a ciencia cierta, cuál de las varias posibles interpretaciones ha de acogerse en la sentencia, con el riesgo de que la actividad profesional del defensor se haya encaminado hacia la demostración de la inocencia del procesado por una de tales interpretaciones y este resultar condenado, a la postre, a causa de una diferente, de origen judicial" (Casación de 13 de noviembre de 1980; Magistrado ponente: doctor Dante L. Fiorillo Porras).

Pero sucede que en el caso *sub judice* el auto de proceder no produce perplejidad alguna; basta con leer su texto para entender con claridad en qué consistió el cargo formulado, el cual aparece descrito de manera precisa y categórica en la parte motiva de dicha providencia: "De consiguiente, es incuestionable la materialidad del reato de contrabando, sin que al incriminado Bernal Reyes quepa atribuirle modalidad distinta a la de segundo grado como lo predica el concepto de la Fiscalía Asistente, pues en verdad sólo puede atribuírsele la conducta de *poseer mercancía introducida al país sin los requisitos legales o reglamentarios* (numeral 1º, artículo 6º, Ley 21 de 1977)". Y el artículo 6º de la citada ley, en su numeral 1º, dispone que "...Incurrirá en prisión de seis (6) meses a cinco (5) años y multa hasta por el precio de la mercancía, quien: 1º Transporte, almacene, *posea,* enajene, oculte, dé o reciba en depósito, destruya

o transforme *mercancía introducida al país sin los requisitos legales o reglamentarios...*". Mayor claridad y precisión son imposibles.

En tales circunstancias, no puede aceptarse que un simple error del Tribunal al citar una norma equivocada (Art. 4º de la Ley 21 de 1977) en la parte resolutiva del auto de proceder, impidiera comprender los alcances del cargo tan nítidamente formulado, máxime cuando el Tribunal acogía los planteamientos de su Fiscal, quien de manera inequívoca y expresa había hecho alusión a un contrabando de segundo grado: "Se reúnen, pues, los requisitos exigidos por el artículo 48 del E. P. A. para dictar auto de proceder contra el sindicado Alfonso Agustín Bernal Reyes, *por el delito de contrabando de segundo grado, tipificado en el artículo 6º de la Ley 21 de 1977*". Por lo demás, no sobra agregar la observación del Procurador Delegado, en el sentido de que durante la audiencia, el defensor de Bernal Reyes, que es el mismo casacionista, siempre se refirió al contrabando de segundo grado, que no al de primero —Fls. 600 a 602—. (Subraya la Sala).

Como consecuencia de lo anterior, este cargo se desechará.

Segundo cargo. Mediante providencia del 14 de febrero de 1983, el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Medellín sobreseyó definitivamente a las únicas dos personas vinculadas a este proceso en calidad de sindicados: Alfonso Agustín Bernal Reyes y Gerardo Antonio Quiceno Gómez. Cuando el Tribunal Superior de Aduanas revisó por consulta esta decisión, declaró la nulidad del proceso porque no se había vinculado a él a un sujeto conocido únicamente con el nombre de Luis Leal y de quien se ignoraban tanto sus datos personales como su paradero. La actuación se declaró nula "desde el proveído de 5 de noviembre de 1980".

Es conveniente anotar, como lo destaca el señor Procurador Delegado, que no había ninguna razón legal para decretar la precitada nulidad, pues la identidad física de Luis Leal era por completo desconocida, y en estas circunstancias no es procedente el emplazamiento previsto por el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, ya que ninguna persona en particular se afectaría con cualquier decisión que se tomara.

Consideró el Tribunal que la remisión del expediente al Fiscal que prevé el artículo 43 del Decreto-ley 955 de 1970 era equivalente al cierre de la investigación reglado por el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal, y por ello decidió anular lo actuado a partir del día en que se pidió el concepto fiscal, que fue el 5 de noviembre de 1980.

Pero *es obvio que la nulidad de una decisión únicamente afecta a las actuaciones que dependan de ella, porque requieran de su validez para poder existir. Pero cuando el acto declarado nulo no es requisito indispensable para la existencia de otros posteriores que tienen vida propia e independiente del anulado, no hay ninguna razón para que su invalidez los afecte. "Si el defecto no se comunica a todos los actos del proceso, o a un conjunto de ellos, o a un acto en sí mismo completo, como sucedería, valga el ejemplo, con los realizados por un juez incompetente, no se ve la necesidad de anular la totalidad de la actuación cumplida... La reposición del proceso, o la renovación del acto procesal, procede entonces cuando*

todos los actos que lo integran o un conjunto de ellos o un acto en sí mismo completo, se encuentran afectados por la nulidad", ha dicho esta Sala (Cas. de 13 de noviembre de 1980).

En este orden de ideas, para la Corte resulta claro que la nulidad decretada por el Tribunal afectaba el auto del 5 de noviembre de 1980, al igual que el fechado el 14 de febrero de 1983, en virtud del cual los procesados fueron sobreseídos definitivamente, pues la providencia expresamente invalidada era requisito indispensable para la existencia del auto calificador del sumario. Mas las pruebas que habían sido válidamente practicadas, por el juez competente y con la plenitud de las formalidades legales, conservaron todo su valor, pues para su existencia y validez no requerían de la vigencia del auto anulado. No era entonces necesario, como equivocadamente lo consideraron Juzgado y Tribunal, repetir o convalidar las pruebas que habían sido válidamente practicadas con posterioridad al 5 de noviembre de 1980. En este mismo sentido se había pronunciado esta Sala, como lo recuerda el Procurador Delegado, cuando decidió al declararse una nulidad por error en la denominación jurídica del delito hecha en el auto de proceder: "Las diligencias probatorias realizadas en la fase instructiva del proceso y aun aquéllas que se practicaron en el plenario conservan su valor intrínseco aun después de decretada esta clase de nulidades, como que el reconocimiento de una equivocación respecto de la denominación del delito que se imputa al procesado no afecta la validez de tales diligencias cuando ninguna tacha de ilegalidad pueda caberles en particular" (Auto del 18 de febrero de 1983).

De tal suerte que los dictámenes rendidos por Jorge Eduardo Vargas Báez, Eduardo Holguín Rueda y Darío Calle Jaramillo, nunca han perdido su valor y conservan su vigencia, a pesar de la nulidad decretada el 18 de abril de 1983, por el Tribunal Superior de Aduanas. Para su validez no era necesario que los citados peritos los ratificaran bajo la gravedad del juramento, pero si ello sucedió, bien podía el fallador para sustentar la condena, valorarlos como pruebas periciales (Art. 278 del C. de P. P.) o estimarlos en su carácter testimonial (Art. 236 del C. de P. P.), toda vez que conforme a lo prescrito en el artículo 336 *ibidem*, "los elementos constitutivos de la infracción, cualquiera que ésta sea, podrán demostrarse con los medios ordinarios de prueba". Téngase en cuenta, además, que en el auto de proceder el Tribunal se había referido expresamente a esta prueba en su carácter de pericial, y que en la sentencia impugnada de manera explícita acogió de nuevo tal planteamiento: "De manera que no existe razón valedera para suponer siquiera la ausencia de la plena prueba de la materialidad del reato de contrabando, *admitida, como ya quedó visto, en el pliego de cargos*".

No se presentó, pues, el error que aduce el casacionista.

Y como quiera que el segundo error planteado, no haberle dado a la confesión el valor que le otorga el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, dependía de la existencia del aducido en primer término, al no haberse configurado éste la argumentación pierde todo su valor, porque con base en los dictámenes cuya validez ya se dijo por qué se conservó a pesar de la declaración de nulidad, bien podía el juzgador, sin incurrir en

yerro alguno, dar por desvirtuada la presunción de veracidad que acompaña a la confesión.

El cargo, en consecuencia, también será desechado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —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.

SABOTAJE

Daño.

Es nítida la distinción entre los delitos de sabotaje y daño. Este tiene una connotación rígidamente privada que hace compatibles el delito y la composición pecuniaria, mientras que el sabotaje involucra valores superiores, como la libertad de trabajo y asociación, que no permiten esos acuerdos y transacciones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 107.

Bogotá, D. E., 10 de noviembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de 25 de septiembre del año próximo pasado, impuso a Jaime Castilla Barón, Germán Humberto Rojas Chinchilla y Ezequiel Mora Ortiz, por el delito de "sabotaje", cometido en perjuicio de Ecopetrol, dieciocho (18) meses de prisión y quince mil pesos ($ 15.000.00) de multa, así como las accesorias de ley. A los procesados se les concedió el beneficio de la condena de ejecución condicional.

En debida oportunidad se interpuso recurso de casación, admitido en auto de diez de febrero del año en curso. Luego, en proveído de dos de julio del citado año, se declararon ajustadas a las formalidades del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, las 3 demandas presentadas en favor de los sentenciados, las cuales, conviene anotar como explicación de la respuesta conjunta que se da a las mismas, fueron presentadas por el mismo apoderado y contienen una común e idéntica formulación de cargos.

La *versión que de los hechos* ha venido figurando en este proceso, es la siguiente:

"De autos se desprende que el día 18 de marzo del año pasado a eso de las once y treinta de la mañana, se presentaron algunos miembros del sindicato Unión Sindical Obrera de Ecopetrol, a la bodega de Facilidades, ubicada en el corregimiento de El Centro de esta localidad y allí se dedicaron a pinchar con lezna algunas llantas de equipos propios para la explotación de petróleo. Hechos los anteriores que motivaron la paralización de la maquinaria afectada así como también el cese de las actividades de los obreros encargados de su manejo, lo que originó para la empresa estatal ofendida perjuicios de orden material y económico.

"Como posibles autores del suceso descrito se vincularon desde un principio a estas sumarias los señores Jaime Castilla Barón, Germán Humberto Rojas Chinchilla y Ezequiel Mora Ortiz, todos ellos al momento de los hechos miembros del sindicato atrás mencionado (fl. 164)".

Actuación procesal

Esta a grandes rasgos. Se compendia de este modo:

La denuncia la formuló el señor Gustavo Adolfo Ortiz Nieto, empleado oficial al servicio de la Empresa Industrial y Comercial del Estado denominada Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol), el 23 de marzo de 1983 y a ella se agregó el informe levantado por este mismo funcionario conforme a las noticias de los hechos, comunicadas por el celador Alirio Castro Osma, trabajador ocasional y quien presenciara de manera directa y personal las acciones cumplidas por Castilla, Rojas y Mora, dirigentes sindicales (USO). La investigación la adelantó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja, sumario que fue calificado mediante resolución de 9 de febrero de 1984, con un vocatorio a juicio para responder del mencionado delito contra la libertad de trabajo y asociación. Surtido el trámite de audiencia se profirió sentencia absolutoria el dos de agosto del mismo año, providencia que fue revocada, en la forma preindicada, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

La opinión del procurador tercero delegado en lo penal

No afronta las censuras del casacionista porque entiende que el proceso adolece de "un vicio de nulidad a raíz de la equivocada adecuación típica con que el fallador valoró el hecho punible", el cual invoca "a través de la causal por incompetencia (Art. 210.1 C. de P.P.) y no por yerro en la denominación jurídica de la infracción (210.5 C. de P.P.)".

Al efecto señala que la conducta delictiva ["se inutilizó equipo destinado a la producción de crudo, con el fin de suspender o paralizar el trabajo, y como consecuencia de ello sobrevino la paralización parcial de la empresa —fl. 59—... los tres condenados eran directivos de la Unión Sindical Obrera y cuando esa entidad discutía un pliego de peticiones con

la Empresa Industrial y Comercial del Estado para la cual laboraban, pincharon los neumáticos de unos camiones (4) que estaban destinados a la actividad productiva —fls. 57/58—... fueron un total de diecinueve, los que quedaron inservibles" —fl. 68—], puede mirarse inicialmente en la forma como lo hizo el fallador de la segunda instancia —art. 291 C.P.—, pero también, y es la adecuación típica que prefiere y encuentra acertada, conforme al artículo 370 *ibidem*.

La Delegada observa que el Tribunal, no obstante estar ante un concurso aparente de tipos o colisión de normas penales, omitió dilucidar el problema. Luego intenta señalar las posibles soluciones, con base en los principios de consunción, subsidiariedad, alternatividad, especialidad y de mayor gravedad punitiva, inicialmente explicados en los folios 60, 61 y 62. Comenta la renuencia del legislador a regular expresamente los concursos aparentes de normas penales, llegando apenas a enunciar algunos criterios, con las fórmulas "cuando el hecho no constituya otro delito... cuando el hecho no esté sancionado con pena mayor... en cuanto no hayan sido previstas (las circunstancias) de otra manera".

Incursiona en los trabajos preparatorios del Código Penal y censura a quienes magnifican la interpretación histórica o espíritu del legislador (historia de su establecimiento), al punto de convertirla en único factor, dejando de lado aspectos tan importantes como el tenor literal, la valoración sistemática, la doctrina constitucional y su base política.

Al confrontar los artículos 291 y 370 afirma que ambos son tipos subsidiarios o de reserva respecto de disposiciones más graves. "Su aplicación está diferida a que el hecho juzgado no se subsuma dentro de una norma que lo contiene pero lo penaliza más drásticamente". No obstante reconocer la especificidad de los elementos constitutivos del delito de "sabotaje", afirma, por la mayor pena del delito de "daño", que aquél es de reserva en relación a éste y por tanto este último prevalece, conclusión que asume pues la reconocida gravedad no desaparece por obra del benigno tratamiento de poderse prescindir de la pena, pues esta posibilidad es circunstancia extraña a su objetividad.

Antes había anotado que, por la mayor pena dispuesta para el delito de "daño", resultaban intrascendentes los elementos especializantes del delito de "sabotaje", aspectos "que son los que llevan al fallador, de entrada, a preferir este tipo penal respecto de su genérico desde el punto de vista naturalístico, el daño en bien ajeno".

Y sobre el punto de la especialidad recalca: "Podría objetarse a lo expuesto que la existencia de elementos especializantes en el delito de sabotaje permita inferir un determinado querer del legislador para que el tipo penal del 291 fuese reserva de cualquier otro delito de mayor gravedad objetiva, salvo del de daño en bien ajeno que es su género. Sin embargo, a ese querer del legislador se pueden oponer otras intenciones del mismo que también pueden deducirse del sistema. Una de ellas, la del absurdo que comportaría consagrar una pena menos grave para un delito pluriofensivo, como el de la libertad de trabajo; y en cambio consagrar una pena más severa para el hecho que sólo produce daño al bien jurídico del patrimonio, es decir, el ilícito monofensivo. O desconocer, finalmente, la aplicación de

una norma más favorable por circunstancias ajenas a la consideración del hecho mismo (la indemnización), querer que no es sólo del legislador sino además del constituyente, cuya voluntad es punto de partida no sólo de la elaboración de la ley sino también de la valoración e interpretación del sistema".

Por último expone que "el sistema de consunción no puede servir para predicar que el artículo 291 del Código Penal prima sobre el 370 porque la sola consideración de la pena del hecho impide predicar que la función punitiva o el disvalor del primero excluye los del segundo. La relación entre uno y otro no es entonces de mayor gravedad y por ende el fundamento sustancial del delito complejo no está presente. Tanto el daño en bien ajeno como el sabotaje prevén su inaplicabilidad en caso de que exista otra figura que sancione el hecho con mayor intensidad; ambos son tipos de reserva o subsidiarios respecto de disposiciones más graves. Pero pese a la especificidad de los elementos constitutivos del sabotaje, por la mayor gravedad del delito de daños, de la pena del hecho, aquél es de reserva respecto de éste, que prevalece. Y ello independientemente de la inconsistencia relativa a que estando conminado con pena más severa el hecho típico de daños, resulte a la postre con régimen punitivo más benigno aunque por circunstancias extrañas a su objetividad.

"Entre ambas conductas no hay relación de alternatividad, ante la ausencia de valoración penal igual o semejante, pues que hay divergencias entre las dos, no resultando intrascendente la escogencia de una cualquiera de ellas, luego el principio de alternatividad no rige el asunto. En cuanto a la relación de especialidad, a la que ya aludimos en parte en otros párrafos de este concepto, debe destacarse que la circunstancia de no proteger ambos tipos penales el mismo bien jurídico, y la subsiguiente ausencia de relación género-especie entre los artículos 370 y 291 del Código Penal impide que el aparente conflicto sea solucionado por esta vía. Finalmente, el principio de mayor gravedad punitiva sería también impredicable en el *sub lite* ante la ausencia de igual descripción fáctica que es lo que constituye el supuesto de este medio de solución del concurso aparente. Queda pues, como dijimos atrás, la relación de subsidiariedad con fundamento en la expresa remisión que hizo el legislador en la parte final del artículo 291, incluso contra lo que podría ser su querer originario.

"Sobre los anteriores supuestos se concluye que la adecuación típica de la conducta de los procesados es la que corresponde al delito contra el patrimonio denominado daño en bien ajeno, cuya competencia estaría regida ante todo por el factor cuantía que, para la época del cierre de investigación, se desconocía"; sin que sirva el avalúo de folio 63 vuelto, porque esta pericia "englobó dentro de una misma suma los valores del daño propiamente dicho, de la inactividad de los equipos complementarios y de la actividad dejada de realizar por los operarios cuya labor se paralizó".

La demanda

Con base en la causal primera, cuerpo segundo, numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formula un único cargo: "error de derecho en la apreciación de las pruebas que puntualizaré luego,

individualizándolas, y de las normas pertinentes que regulan su producción y aducción al proceso, y las normas sustanciales que fueron violadas por el sentenciador, y el concepto específico de su violación así:

"a) No podía el sentenciador conceder valoración alguna a los siguientes medios probatorios:

"I. Al informe que rinde el celador de la Empresa Colombiana de Petróleos, diligencia que aparece al folio cuatro (4) del cuaderno principal. ['Art. 220 y numeral once (11) del ordinal c'] del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal.

"b) Tampoco podía el sentenciador valorar judicialmente, con efectos probatorios, los documentos que en el expediente figuran a folios 30, 31 y 32, del cuaderno principal, donde la Empresa Colombiana de Petróleos, en documentos privados, no ratificados por su firmante ni autenticados legalmente, asegura que Alirio Castro Osma —el único testigo de cargo— sí cumplía funciones de celador el día y hora de los acontecimientos que como delictuosos se atribuyen a mi poderdante. (Art. 262 del Código de Procedimiento Penal).

"c) Así mismo el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación del testimonio de Alirio Castro Osma —único testigo de cargo— y le dio un alcance probatorio contrario al que ostensiblemente ofrece a la consideración del juzgador, precisamente como consecuencia de haberlo valorado con independencia de las implicaciones que lo atan, inequívocamente al informe que el testigo rindió a la Empresa Colombiana de Petróleos (folio 4 del cuaderno principal). Artículo 252 del Código de Procedimiento Penal.

"Las normas anteriores —reguladoras de los medios de prueba reseñados en los artículos que anteceden— en armonía con los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal, cuyos requisitos formales fueron omitidos en la aducción de aquéllas, hicieron incurrir al sentenciador en error de derecho en la apreciación de las mismas y dieron paso a la violación indirecta de la norma sustancial contenida en el artículo 291 del Código Penal, que se aplicó indebidamente".

De lo relacionado en el aparte primero, afirma que este es documento "inauténtico, no decretado como prueba por ningún funcionario competente (Art. 220 C.P.P.) y que se aparta de las prescripciones del reconocimiento fotográfico (Art. 289, literal c, numeral 11 *ibidem*)". Sin embargo, el sentenciador lo estimó como prueba de identidad de los sindicados, quebrantándose lo dispuesto en los artículos 215 (aplicación indebida) y 216 (falta de aplicación) dando paso a la infracción indirecta del artículo 291 del Código Penal.

De los señalados en el aparte segundo, anota similar conclusión, agregando que se trata de prueba no ratificada en el proceso ni autenticada por ningún medio probatorio de orden legal, y, destando (sic) su importancia porque con ellos se trató de demostrar que Alirio Castro Osma "sí era celador de la empresa y que sí estuvo en ejercicio de sus funciones el día y hora de los acontecimientos".

También anota que el testimonio de Castro Osma (Fl. 21 vto.) no puede sobrevalorarse al punto de ser considerado como ratificación del informe rendido a Ecopetrol. Pero sí sirve para apreciar la forma cómo se produjo el reconocimiento de los sentenciados: exhibición de formularios de los dirigentes de la USO, por parte del abogado Castañeda, quien en la foto de Ezequiel Mora *(como que es el nombre)* le requirió si tenía el pelo largo (en la foto lo tenía corto); y, en la de Germán Humberto Rojas Chinchilla, le dijo si tenía barba (en la foto carecía de ella).

Sobre este mismo tema destaca: "4º Decir el casacionista que dicha narración testimonial ante el Juez competente carece de validez como reconocimiento de la identidad de los sindicados, sería poco decir, y soy consciente de que Alirio Castro Osma reconoció por sus nombres y apellidos a Jaime Castilla y a sus presuntos acompañantes, en forma progresiva, comenzando en la diligencia cumplida en las oficinas de Ecopetrol (folio 4), cuando se afirma que se pusieron a su disposición diez fotografías de los directivos del sindicado de la USO, pasando por su ya comentada declaración (folios 21 v. y sucesivos), para, por fin, llegar a su reconocimiento pleno en distintas diligencias de careo con los sindicados, que tuvieron efecto en agosto dos de 1983, cinco meses después de la ocurrencia de los hechos y cuando ya el testigo de cargo había adquirido conocimiento pleno de sus reconocidos (folios 49 y sucesivos)".

Todo esto, reitera el censor, constituye violación de los preceptos 220, 289 (11-c), 252, 262, 263, 215, 216, formalidades que fueron omitidas en la práctica de las pruebas pertinentes, lo cual no impidió al sentenciador, incurriendo en notorio error de derecho, que les otorgase valor de plena prueba.

Finaliza con estos párrafos: "8º Toda la prueba reseñada en este ya largo alegato de sustentación del recurso extraordinario de casación interpuesto por mi mandante contra la sentencia de condena, demuestra que la identidad de Ezequiel Enrique Mora Ortiz y la de sus presuntos acompañantes proviene del 'error de derecho' padecido por el sentenciador al haberlos tenido como autores de los hechos delictuosos que se les atribuye, con fundamento sólo en el reconocimiento fotográfico que hiciera el celador Alirio Castro Osma, extraproceso, en las oficinas de la Empresa perjudicada —Ecopetrol—, bajo la dirección del Jefe de Grupo de Extracción y Recolección, en las condiciones que dice el testigo de cargo, insinuado y guiado por el abogado de la Empresa, de apellido Castañeda. Esta comprobación o reconocimiento, viciado en su forma e intrínsecamente, trasciende a la declaración que posteriormente rinde el celador ante el juez competente —que sí advirtió sus defectos de formación— y luego a los careos, informando con sus defectos patentes la totalidad de la prueba de cargo contenida en las plurales versiones del testigo único. Sospechoso reconocimiento de los sindicados, cuyo valor preponderante en las conclusiones de la sentencia de condena, se ofrece manifiesto.

"9º Dejo demostrado así que con sustento en un 'error de derecho', que se contrae a la valoración, por el sentenciador, de la prueba documental, no autenticada ni ratificada en el proceso, cuyos vicios de fondo trascienden a la prueba testimonial, en sus diversas manifestaciones, la sentencia de condena otorga valor de plena prueba o completa a las tantas

veces citada diligencia de reconocimiento y haciendo pie en ella y en sus repercusiones ciertas y evidentes en las versiones del único testigo de cargo, condena a Ezequiel Enrique Mora Ortiz y a sus presuntos acompañantes como autores culpables del delito de *sabotaje*, cometido en perjuicio de la Empresa Colombiana de Petróleos, previa revocatoria de la sentencia de primer grado, que absolvió a los sindicados, concediéndoles el beneficio de la duda. —La sentencia condenatoria recurrida se muestra, a ojos vista, en contraevidencia con la duda razonable. Error manifiesto, en el que no estaría incurso el sentenciador de segundo grado, si hubiera restado de la prueba viciada el alcance probatorio 'indubitable' a ella otorgado y que en ella brilla por su ausencia—. El discurso de la sentencia de condena excluye a los sindicados del beneficio de la duda y de sus consecuencias —tasadas legalmente—, que no son distintas del valor de 'plena prueba *pro reo*', con violación evidente de las prescripciones reguladoras de la misma, contenidas en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, que dejó de aplicarse, y aplicación indebida del artículo 215 del mismo estatuto, y, finalmente, del artículo 291 del Código Penal que violó indirectamente, por aplicación indebida''. (Relaciones tomadas de la demanda de Ezequiel Enrique Mora Ortiz).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No obstante el esfuerzo dialéctico desplegado por el Ministerio Público, su propuesta y demostraciones resultan improcedentes. Al respecto, sintéticamente, conviene indicar:

1. Resulta obvio cuestionar el interés legítimo de la Procuraduría Delegada para presentar la objeción que ha explicado prolijamente. El Ministerio Público de instancia se conformó con la sentencia proferida y de ahí que acallara toda voz de disentimiento. Mal puede aceptarse, ahora, que la Delegada, a quien se le corrió el traslado de rigor para opinar sobre los planteamientos de los recurrentes Castilla, Rojas y Mora, se desentienda por completo de la argumentación presentada y, por su cuenta y riesgo, sin tener aquélla y éstos la más mínima nota de afinidad, invoque razones totalmente distintas y propias, las mismas que conducen eventualmente a agravar la situación de los sentenciados puesto que busca, con la restauración del proceso seguido, un llamamiento a juicio y un fallo de condena, de más graves características y de más señalados efectos. Esto sería admisible, se repite, de haber sido impugnador el Ministerio Público; pero ausente este supuesto, no es admisible el sesgo que pretende darle la Delegada a su concepto.

2. Pero a más de ésto, que constituye una consideración definitiva para no ser escuchado, hay reparos a la tesis que sustenta, pudiéndose anotar al respecto lo siguiente:

El criterio de la mayor punibilidad exige que las varias figuras delictivas llamadas a gobernar un determinado comportamiento, produzcan una fundamental comunidad en sus elementos típicos. De ahí que su ocurrencia más frecuente y que más se aviene con este tema del concurso aparente de disposiciones, se dé con normas dirigidas a la protección de un mismo bien jurídico, usualmente reglado en idéntico título o capítulo del corres-

pondiente estatuto. En situación tal, resulta aconsejable la solución del criterio de la mayor punición. Pero desde el momento en que la norma va dirigida a tutelar interés distinto, ya no puede hablarse de identidad de tipos ni menos de comportamientos, porque éste y aquél, por las características que el *nomen juris* irradia sobre ellos, les da contenidos y esencias diferentes. Uno y otro aparecen más enriquecidos en su realidad óntica. Es aquí, entonces, donde suele operar con mayor énfasis, dándole al sistema penal coherencia y unidad, el principio de la especialidad.

Por eso en el caso examinado, no es dable hablar del delito de "daño", como instituto propio al atentado contra el patrimonio económico, sino de daños en bienes muy especificados, concretamente *equipos* (aunque la figura delictiva contempla otros de análoga índole: herramientas, instalaciones, materias primas), realizados para causar no sólo menoscabo del bien afectado sino, primordialmente, para "suspender o paralizar el trabajo".

Esta es interpretación que respeta la voluntad objetiva de la ley (tan diferente de la voluntad particular de sus creadores) como que la primera es la permanente y plena eficacia que ella representa en cualquier momento, y la segunda, la intención armónica o desarticulada, corta o amplia, etc., que pudo tener en mientes el que intervino en su redacción. No hay duda alguna que el legislador, tomado en esta forma impersonal y omnipresente, quiso la coexistencia de los delitos de "sabotaje", como resguardo a los atentados contra la libertad de trabajo y asociación, y de "daño", como amparo al patrimonio económico de cualquiera persona. Esta resulta deducción más clara y benéfica que la de suprimir del elenco de los delitos el de "sabotaje", sobre la hipótesis de una disminución del mínimo determinado para esta infracción. Ni en su origen, redacción o estructura se ha pensado nunca en auspiciar la absorción del delito de "sabotaje" por el de "daño". Lo deseable es que aquél representara, y en forma muy sensible, una intensificación de pena, al mirarse su naturaleza de delito pluriofensivo y de involucrar valores superiores a los del simple patrimonio material. *La sola consideración de advertir marcada inconsecuencia en penar más severamente el reato monofensivo, no amerita la eliminación del "sabotaje" para dejar operante únicamente el delito de "daño", porque la solución resultaría en mayor contrasentido, más plena de contradicciones y censura. Y menos que por la menor sanción de un delito pluriofensivo, como lo es el de "sabotaje", se llegue a conclusión todavía más severa e inarmónica.*

Pero, además el criterio de la mayor gravedad del delito, no es aspecto que resulte tan obvio como lo pretende, en parte de su concepto, el Procurador Delegado. Empezando porque las normaciones básicas, que son las que viabilizan este criterio, o al menos las agravantes que por su objetividad y hasta fatalidad aparezcan como indiscutibles, no dan margen a la conclusión de la Delegada. Conjeturar una mayor sanción por el eventual y hasta aleatorio juego de un agravante, no es regla válida y segura para apoyar esta clase de comparaciones. Como tampoco es el mínimo de la pena, sino su máximo, el punto de partida para este contraste. De ahí que el delito de "sabotaje" tenga una nítida posibilidad de causar una sanción hasta de ocho años de prisión; y, en cambio, el de "daño", en su dosificación básica, de cinco años de prisión, que a lo sumo, con la notoria agra-

vante de haberse afectado bienes del Estado, estaría a lo sumo en siete años y medio de prisión.

Pero es tan incierta esa deducida mayor gravedad del delito de daño, que la propia Procuraduría tiene que neutralizar la muy manifiesta benignidad de este delito ("Si el responsable resarciere el daño ocasionado al ofendido o perjudicado, ¿podrá el Juez prescindir de la aplicación de la pena" —Art. 370 Inc. 2º—, antes, durante y después del proceso?), porque estima esta circunstancia como ajena "a la consideración del hecho mismo", cuando es imposible separar conducta, sanción y posibilidad de sustraerse a ésta. Precisamente esto es lo que causa una distinción nítida con el delito de "sabotaje". Aquél tiene una tal connotación rígidamente privada, que permite compatibilizar delito y composición pecuniaria; al legislador, en este caso, le interesa no tanto la indefectibilidad de la pena como sí el arreglo particular, la recuperación del bien dañado, el resarcimiento del mal económico causado. Pero cuando se involucran valores superiores a los simplemente domésticos y de área reducidamente patrimonial, cuando se trata de la libertad de trabajo y asociación, no permite estos acuerdos y transacciones. Este aspecto, tan importante como visible, hace ver al delito de daño como más benévolamente reprimido que el de sabotaje.

De otro lado, si se quiere advertir el verdadero influjo del caracter subsidiario o de reserva de los delitos de sabotaje y daño, habría que destacar su benignidad en comporación con otras figuras afines que reclaman tratamiento penológico más intenso, tales las conductas relacionadas con la seguridad pública (Arts. 189 y ss.) o con el orden económico social (Arts. 234 y 246). Claro que llevando las cosas al paso que le imprime la tesis de la Delegada, no resultaría extraña la eliminación de estos gravísimos delitos, a expensas del delito de daño.

Contestada esta argumentación, se pasa a analizar lo concerniente con la *demanda:*

1. Al informe de Alirio Castro Osma, se le adjudica un valor que la sentencia no recoge en el sentido que destaca el casacionista. Estima que el fallo proferido tiene fundamento esencial en este documento y se advierte que para poder haber representado este valor, se requiere un decreto de pruebas que lo ordenase y la demostración de su autenticidad. Para apreciar el mérito de esta crítica y más todavía la entidad de las consecuencias que sobre la misma se construyen, basta observar lo siguiente: Castro Osma fue contratado como trabajador ocasional de celaduría, por Ecopetrol, función que debía cumplir en el lugar en donde las acciones delictuosas tuvieron su ocurrencia. Rendir un informe, a sus superiores, una vez sucedidos los hechos que dijo haber presenciado, no constituía ni actividad caprichosa, desusada o ilícita. Y menos debía esperar para este cometido, a que un funcionario de investigación judicial se lo solicitase. Resulta apenas lógico que toda persona con una relación laboral de esta índole y ante eventos como los realizados, deba y pueda rendir una información de esta clase y que luego ella espontáneamente, o los destinatarios de la misma, por actividad propia o mediante requerimiento, estén en condiciones de aportar como elemento de comprobación un informe de esta naturaleza, sin que se requiera para su validez, como informe, esto es como

primera noticia de los sucesos que propiciara la búsqueda posterior de pruebas testimoniales, indiciarias, periciales o documentales, etc., sobre los hechos. Esta atestación privada tendrá el valor que, por sí o por concomitantes elementos de convicción, logre adquirir. Su autenticidad deberá establecerse si se duda razonablemente de la misma o se la impugna. Y ni uno ni otro es el caso de autos. Tanto valor representa, en esta limitada esfera, que el propio censor se apoya en su contenido para deducir deficiencias testificales en su autor (Castro Osma), en el declarante Ortiz, y, para censurar el reconocimiento efectuado sobre las fotografías mostradas.

Pero se reitera que esta probanza no es la única, ni siquiera la más significativa como apoyo jurídico de la sentencia, ni tampoco para evaluar la credibilidad del testimonio de Castro Osma. Cabe advertir que éste, en declaración rendida bajo juramento —Fl. 23— alude a que informó inicialmente a Pedro Castro, quien lo confirma a folio 14 y agrega que aquél lo dio "más detallado al jefe de grupo", y éste, Gustavo Ortiz Nieto, como informado, aparece firmándolo, junto con su secretaria y el propio informante. Conviene advertir que Ortiz y la señorita Herrera, son empleados oficiales, lo cual como se demostrará enseguida, establece la autenticidad del documento. De otro lado, con el testimonio citado, así como con las diligencias de confrontación de folios 49, 51 y 53, bien podría prescindirse de este informe para conocer en debida forma el sentido y mérito de la acusación que a lo largo de este proceso hizo Castro Osma.

2. Como se discutiera, como medio defensivo, la existencia de Castro Osma y más todavía que hubiera estado presente, como celador, en el lugar de los hechos, por eso se produjo la documentación de folios 30, 31 y 32. Como a estos elementos de juicio se les hace la misma tacha, debe decirse:

a): Que ellos se enviaron como respuesta al oficio número 148 de 27 de mayo de 1983 —Fl. 30—, apareciendo a folio 23 vuelto, la siguiente constancia del Secretario del Juzgado 2º Penal del Circuito de Barrancabermeja:

"En la fecha se libró el oficio número 148, al señor Gerente del Distrito de Producción de Ecopetrol, El Centro, en solicitud del nombre de las personas que se encontraban en el sitio o bodega La Cira, el 18 de marzo de 1983, entre las 10½ y las 12 del mismo día. Barrancabermeja, mayo 27 de 1983";

b) No sólo estos documentos sino prueba testimonial abundante, demuestran que Castro Osma sí se desempeñaba como celador en el lugar, hora, día y mes mencionados;

c) Que la exigencia del casacionista, sobre la autenticación echada de menos en cuanto a estos documentos y también al de folio 4 resulta legalmente improcedente y debe darse por establecida en forma fehaciente. No sólo por lo dicho sino por lo preceptuado por el Decreto 1024 de 1982. En efecto, nadie niega la condición de ente estatal que tiene Ecopetrol, ni la calidad de funcionarios públicos de su Gerente, interventores, jefes de departamento y de grupo. Pues bien, éstos, que aparecen suscribiendo tales

documentos, por cierto aportados en original al expediente, lo que afirma más su bondad, tenían derecho a suscribirlos y denotan suma eficacia en el sentido mencionado. El aludido decreto, en su artículo 1º señala que "ningún documento suscrito por un funcionario público en ejercicio de sus funciones requiere autenticación". (Sentencia de 23 de julio de 1986. M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

3. Si lo anterior es cierto, como se deja demostrado, los demás aspectos críticos montados sobre este supuesto corren su misma suerte y es manifiesta su improcedencia.

Pero la Sala quiere agregar las siguientes reflexiones:

a) Lo que en el fondo se cuestiona es la veracidad del dicho de Castro Osma. En este punto lo máximo que podría reconocerse es que el casacionista presenta muy personales observaciones para dudar de su credibilidad. Pero, el Tribunal, por su parte, expone razonados, abundantes y verídicos argumentos para llegar a conclusión distinta. Se trataría, entonces, de dos criterios, de dos formas de estimar ese testimonio, situación que no puede resolverse en favor de lo que anota el recurrente sino en apoyo y respaldo de lo que dice el juzgador de la segunda instancia. Y esto habría que anotarlo, conforme a reiterada y pacífica doctrina de la Corte, por la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña al fallo emitido, y, además, porque la crítica de la Corporación resulta más exhaustiva, integrada y convincente que la ofrecida por el impugnador.

Basta repasar el fallo del Tribunal para advertir que éste recogió, como análisis propio y digno de ser mantenido, lo anotado por su colaborador fiscal y por el juzgado de primera instancia, cuando éste emitió la pieza enjuiciatoria.

Del primero tiene oportunidad de recordar, en relación al testimonio de Castro Osma, que "se mantuvo impertérrito en su dicho inicial, posiblemente ni el calificativo de esquirol, ni las amenazas pudieron contra su honradez y afán de verdad. Siempre con firmeza, con claridad, señaló a su conocido Jaime Castilla Barón y a dos acompañantes que luego reconoció fotográficamente como Germán Humberto Rojas Chinchilla y Ezequiel Mora Ortiz, en calidad de autores del daño a la maquinaria propiedad de Ecopetrol. Su testimonio, no constituye solamente una acusación sino un alarido silencioso de protesta contra el cinismo y la cobardía que embarga a algunos trabajadores de la empresa estatal".

También, que todo lo anotado por Castro Osma, en cuanto a los daños, resultó plenamente demostrado. Igualmente alude al aspecto de los reconocimientos fotográficos, para otorgarles validez y agrega otros indicios de responsabilidad cuando destaca: "Es que aun hipotéticamente, descartando la presencia del celador Castro en el escenario, la prueba reúne las exigencias del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal; porque en todo caso a lo comprobado plenamente se sumarían los indicios de la oportunidad para delinquir, el *modus operandi* y el móvil delictivo; pero no, es que el celador, eventual en el lugar, sí estuvo presente, lo dice Linares Suárez (16), con reticencias lo acepta José Eusebio Jiménez: 'el señor que está presente, me informó de los daños a los vehículos mencionados' (29).

Existe el contrato (31), la hoja de reporte de tiempo (32) y certificación, sobre su ubicación para el momento del acaecer (30). Al respecto, muy curioso, por decirlo de alguna manera, la forma de valorar la prueba el Cognoscente declarando un empate, 'equilibrio probatorio', rechazando la prueba documental porque debido a su negligencia, no se ratificó en el proceso. Entonces ¿para qué la solicitó? (23v.). Si obra en el proceso no puede utilizarse como 'tapa-ojo' ". Así mismo Bill Cabrales, Antonio Galán Avellaneda, Jorge Santos Núñez, Francisco Rueda y Juan Bautista Santana, para los cuales se solicitó y obtuvo expedición de copias para averiguar el posible delito de falso testimonio.

El Tribunal, después de sesudo análisis, afirma sobre Castro Osma:

"Y es que en las varias veces que el atestante Castro Osma ha intervenido en este diligenciamiento, sus afirmaciones ostentan la sencillez, naturalidad y énfasis de quien expone con entera sinceridad, con el único deseo de hacer honor a la verdad, con ánimo desprevenido y sereno, buscando sólo la aplicación de la justicia, hechos y particularidades absolutamente verosímiles, dignos de fe, pues guardan estrecha relación con las circunstancias constatadas en desarrollo de la averiguación sumaria, lo que permite inferir fidelidad en su narración y en el recuerdo que conserva de los acontecimientos, tanto más cuando su versión, se reitera, encuentra decidido respaldo en las demostraciones iniciales precedentemente comentadas".

Se agrega que la versión acusatoria de Castro Osma *"ofrece un alto coeficiente de credibilidad,* es digna de fe por lo categórica, enfática, clara, expresa y evidente, como tinosamente y en extraña paradoja con lo consignado en la sentencia que se revisa, lo expresara el *a quo* en el proveimiento calificatorio del sumario, mediante convocatoria a juicio". Y se citan extensamente las apreciaciones contenidas en el llamamiento a juicio, debidas al juzgador de primer grado debiéndose destacar conceptos de la siguiente entidad: "Este testimonio hace una sindicación clara y precisa de Jaime Castilla Barón, Germán Humberto Rojas Chinchilla y Ezequiel Mora Ortiz como los autores de los hechos investigados; a Jaime Castilla lo reconoció inmediatamente, pues lo conocía de antemano y a los otros dos aunque en ese momento de los hechos no los conocía, sí se pudo grabar una imagen perfecta de ellos, pues tuvo el tiempo necesario para ello, hablaron con él y por la misma razón cuando le presentaron sus fotografías no vaciló en señalarlos como autores del proceder delictivo".

"El dicho de Castro Osma nos merece respeto y credibilidad no sólo desde el aspecto objetivo sino también subjetivo; objetivamente porque presenció los hechos a plena luz del día, con él hablaron los infractores, pudo verlos en forma clara y precisa y subjetivamente porque no vemos en él ningún interés en perjudicar a ninguno de los implicados y menos si tenemos en cuenta de que este ciudadano no es trabajador de base sino transitorio de la Empresa y que por ello en ningún momento puede entrar a competir con las posiciones que ocupan los implicados en la Empresa perjudicada, concluyéndose entonces que su *exposición es creíble* bajo el punto de vista objetivo y subjetivo y por ello le tenemos que dar el valor que se merece esta clase de prueba".

"Posteriormente y en *diligencia de careo* sostenida por Alirio Castro Osma con cada uno de los incriminados *los reconoce y les sostiene* sin vacilación alguna como los personajes que en el día de autos ocasionaron los daños a los equipos a que nos hemos referido".

"*La anterior sindicación halla pleno respaldo* probatorio en el denuncio presentado por Gustavo Adolfo Ortiz Nieto, quien lo ratificó bajo juramento en estas diligencias y en donde sostiene que después de haber hecho la investigación interna de la Empresa se concluyó que los autores de los hechos investigados no eran otros que Jaime Castilla, Germán Humberto Rojas Chinchilla y Ezequiel Mora Ortiz, quienes fueron sancionados por la Empresa en forma disciplinaria por dicho proceder; investigación interna que en fotocopias obra en el proceso".

"Igualmente en el plenario surge una prueba indiciaria o indirecta en contra de los aquí implicados cual es el *indicio de lugar u oportunidad para el delito;* esto en base a las mismas versiones de los incriminados quienes sostienen que a la hora y día de autos sí estuvieron en el lugar de los hechos, confesando así su oportunidad para delinquir, confirmado también por los testigos Edilberto Antonio Mejía Robles y Fidel Peña Robles, quienes hablan de la presencia de los imputados en el día y hora de autos en la bodega de Facilidades o de Producción".

"Es un hecho cierto que para el momento en que ocurrieron los hechos el sindicato de cuya directiva forman parte los tres implicados estaba discutiendo un pliego de peticiones con la directiva de la Empresa y como es de conocimiento público las formas empleadas por los sindicalistas para obtener solución favorable a sus peticiones es el saboteo, el impedir la marcha normal del trabajo, cosas éstas que también sucedieron en otras instalaciones de la Empresa surgiendo aquí otro indicio de culpabilidad cual es el *móvil para delinquir* y para obtener tal finalidad buscaron como modo de ocultar sus verdaderas intenciones el hecho de que su presencia en la bodega de Facilidades obedecía al solo interés de reparar un vehículo de la USO que allí se encontraba, disculpa ésta o contraindicio que se halla totalmente desvirtuado en el proceso con las pruebas ya anunciadas". Y en cuanto a las manifestaciones de Castilla, Rojas y Mora, se afirma: "Estas disculpas no son nada creíbles, porque no hallan ningún respaldo probatorio, porque son contradictorias, amañadas y cargadas de subjetividad".

Se termina con esta transcripción:

"Analizadas de la anterior (sic) *la prueba* en el plenario que obra en contra de los sindicados y sus disculpas, *vemos que hay la suficiente en calidad y cantidad para que estos señores se les considere en forma certera como autores de los hechos*".

Lo anotado es suficiente para desechar la censura.

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

RESUELVE:

No CASAR el fallo reseñado ya en su fecha, origen y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

AUTO CABEZA DE PROCESO

La orden de vincular a una persona mediante indagatoria, cumple, por sí sola, sustancialmente la función iniciadora de la investigación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 109.

Bogotá, D. E., 11 de noviembre de 1986.

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, por el defensor de la doctora Eustaquia Copete de Pino, contra el auto de proceder que por el delito de detención arbitraria le dictó el Tribunal Superior de Quibdó el día 8 de julio del presente año.

Hechos

Para mayor comprensión estima la Sala conveniente hacer una relación cronológica de ellos:

1. El sábado 4 de septiembre de 1982, siendo la una de la tarde aproximadamente, se presentó ante las oficinas del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, de la ciudad de Quibdó, el señor Rubén Darío Lozano Gamboa "al parecer aún en estado de embriaguez", informando que había herido con arma cortopunzante a un muchacho y que lo estaban persiguiendo. Inmediatamente según lo informan dos detectives del DAS (Fls. 3 a 5), se dejó a tal ciudadano en estas dependencias en calidad de "retenido e incomunicado". Horas más tarde llegó al DAS la denuncia por el delito respecto al cual por voluntad propia había informado Lozano Gamboa. A las veintidós y treinta de ese sábado, se presentó a las mismas oficinas del DAS, Dionisio Mena Hurtado, quien dijo ser

padre de Fulton Mena Mena, la persona lesionada por Lozano e informó que su hijo, había fallecido.

2. Septiembre 6. Tal es la fecha del informe de los detectives a que se hizo referencia en el acápite anterior (Fls. 3 a 5). Ese mismo día se ordenó por el Departamento Administrativo del DAS del Chocó, enviar el informe en original y copia al Juez de Instrucción Criminal radicado, poniendo a su *disposición* el retenido Rubén Lozano Gamboa. Ese día la Secretaría del Juzgado Segundo de Instrucción, informó del arribo de las diligencias con el sindicado, en calidad de retenido, y a renglón seguido el Juzgado Segundo de Instrucción a cargo de la procesada Eustaquia Copete de Pino, ordenó que mientras se verifica el Reparto, se indague al sindicado Lozano. Tal diligencia se practicó ese mismo día y el procesado reconoció de "haber sacado su cuchillo, chuzado a uno y haber salido corriendo".

A las seis y media de la tarde de ese día, se libró la boleta de detención número 005 para la dirección de la Cárcel Distrital.

3. Septiembre 8. La Secretaría informa que el Reparto verificado por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal, correspondió al Segundo de abrir la investigación. Ese mismo día se dictó un auto mediante el cual "se abre la investigación y se ordena practicar todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad...", etc.

4. Septiembre 9. Se solicitaron copias, un oficio al DAS, la práctica de la necropsia, el Acta Civil de Defunción a la Notaría, se comunicó a la Seccional de Instrucción, a la Procuraduría Regional y al Juzgado Primero Superior, la apertura de la investigación. Igualmente se pidieron los antecedentes del sindicado.

5. Septiembre 10. Se recepcionaron declaraciones de varias personas y se decretó la detención preventiva de Lozano, sin beneficio de excarcelación, se ordenó al director de la cárcel, mantener a Lozano en ese centro por habérsele dictado auto de detención.

6. A partir de esa fecha anotada como 10 de septiembre, se adelantó la investigación, practicándose entre otras diligencias, la reconstrucción de los hechos. El Juez Primero Superior de Quibdó el día 11 de enero de 1983, declaró cerrada la investigación. En vista fiscal de 10 de febrero de 1983, el Agente del Ministerio Público, solicitó llamamiento a juicio, para Lozano, el cual se dictó el día 21 del mismo mes, por el delito de homicidio agravado.

Como el defensor de Lozano interpuso el recurso de apelación, el Fiscal del Tribunal, solicitó la confirmación de tal proveído.

7. Pero por auto del 19 de abril de 1983, el Tribunal por razones que se explicarán adelante, decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto cabeza de proceso, dispuso la libertad incondicional de Lozano y ordenó expedir copias de lo actuado para que se investigase lo concerniente con el procedimiento observado por la pérdida de la libertad de Lozano.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, se compulsaron las copias, se ordenaron las diligencias preliminares, se practicó una inspección en el sumario contra Lozano, se le recibió certificación juramentada a la doctora Eustaquia Copete de Pino, y el 20 de octubre de 1983, se ordenó abrir la investigación contra ella.

2. En la indagatoria, la ya ex Juez, aceptó haber cometido un error procedimental consistente en haber invertido el orden de las diligencias. Debe anotarse que en la declaración juramentada, había puesto de presente que el reparto solamente se realizaba cada ocho días y la incertidumbre de saber si el negocio le iba a corresponder, provocó la investigación. En la indagatoria califica de irónico el que quien mata y se entrega, deambule tranquila y dulcemente por los lugares donde cometió el ilícito y al Juez se le llame a rendir indagatoria.

3. Cerrada esta investigación, la procesada pidió sobreseimiento definitivo por falta de dolo, mientras el agente del Ministerio Público, basándose en la no necesidad de existencia de dolo específico del delito de detención arbitraria, pidió "auto de vocación a juicio como responsable de abuso de autoridad por retención arbitraria" (sic).

4. En la providencia ya aludida, el Tribunal Superior de Quibdó, abrió causa criminal por detención arbitraria contra la citada ex Juez a la vez que decretó su detención.

5. Su apoderado interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Sostiene el Procurador Judicial que la Juez de buena fe legalizó la anómala situación procesal, cita jurisprudencias y autores para sustentar que no existió culpabilidad que la providencia recurrida trata de revivir la responsabilidad objetiva y tangencialmente se refiere al error invencible.

Debe anotarse que curiosamente el apoderado de la doctora Copete, en la causa es el mismo que representó al sindicado Lozano en la investigación por homicidio, pero que la Corte no encuentra que se presenten intereses encontrados entre la situación de esos diversos sindicados.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El Procurador Tercero, solicita se revoque el llamamiento a juicio, porque la sindicada incurrió en error atribuíble a culpa y que por ende descarta su responsabilidad; al respecto se fundamenta en citas jurisprudenciales de esta Corporación, cuyas fechas por cierto no concreté como sería aconsejable y usual.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. *Aproximación al tema.* Dentro de las tres grandes categorías de las modalidades constitutivas de los delitos dolosos comisibles por acción, esto es, la violencia, el engaño y el abuso, la que ha dado lugar a mayores

dificultades, definición y delimitación, es la última, ya que tiene más connotaciones jurídicas y culturales, que las otras dos enunciadas, donde priman postulados fácticos.

El delito de detención arbitraria, es una forma específica del abuso de autoridad, respecto a cuya materialidad y efectos, se atrevió a decir Carrara que era algo indefinido e indefinible por la dificultad de hacer enumeración aproximada o taxativa de sus formas.

Se ha configurado un tipo especial de los abusos de autoridad en cuanto con este tipo delictivo se agrede también la libertad individual, bien precioso tutelado no solamente en la Constitución Nacional, sino en el artículo 9 de la declaración universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1948, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos convertido en nuestra Ley 74/68 y por la Convención Americana de los Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972.

Con estos presupuestos debe partirse de la base para una adecuada interpretación, que para el estudio de las normas sobre detención arbitraria, debe estarse en correlación permanente con aquellos que regulan los abusos de autoridad.

II. *Las formas delictivas a subsumir.* La legislación colombiana dedica cuatro normas para definir las diversas formas de detención arbitraria: la primera, artículo 272, describe una conducta dolosa eminentemente comisiva por acción, y según el auto apelado y el concepto del Fiscal de primera instancia, sería la norma a subsumir en el presente caso.

En el artículo 273, la acción no es tan exigentemente comisiva por acción, ya que el verbo rector prolongar, no es tan terminante, como el de privar. La Sala manifiesta de una vez, de que subsidiariamente entrará al análisis de la posible tipificación de esta conducta en el caso a estudio.

Las dos formas del ilícito de los artículos 274 y 275, sobre detención arbitraria especial y desconocimiento del *habeas corpus,* nada tiene que ver con el caso materia de la alzada. Se contraerán las referencias pues a la posible privación ilegal de la libertad y a la prolongación ilícita de ella.

De una vez debe advertirse que el delito de detención arbitraria, es un delito propio o *ad intraneus,* esto es, de sujeto activo cualificado: el empleado oficial, y que en este caso está plenamente demostrado que la procesada Eustaquia Copete de Pino, reunía esta calidad en su condición de Juez Segunda de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Quibdó, para la fecha de autos.

III. *La privación ilegal de la libertad.* Son elementos de este delito los siguientes:

A. *Conducta típica:* Está definida por un verbo rector comisivo por acción, cual es el de *privar* de la libertad.

B. *Elemento normativo:* Pocos ilícitos como éste, son tan contentivos de ingredientes normativos, o sea aquéllos de expresiones que requieren una valoración jurídica o cultural.

La circunstancia de determinar en nuestra legislación la detención arbitraria como forma especial de abuso de autoridad, exige esta modalidad con las calificaciones de injusta y arbitraria. La última se refuerza además con el rubro mismo del título.

C. *Culpabilidad:* La privación ilegal de la libertad es un delito doloso y descarta las modalidades culposas y preterintencionales.

IV. *Simples irregularidades.* La Sala estima que, si se hace una justa valoración de los hechos atribuidos a la procesada, ellos constituyen simplemente una irregularidad procesal, pero no tienen la entidad para calificarlos como detención arbitraria en ninguna de sus modalidades, ni siquiera para invalidar el proceso.

En efecto:

Es cierto que nuestra legislación como lo anota el auto recurrido, *tiene una secuencia predeterminada en cuanto que primero debe dictarse auto cabeza de proceso (Arts. 318 y 319), después indagarse y sólo después de este supuesto o la declaración de reo ausente (Art. 436) podrá dictarse auto de detención.*

Pero la Sala recuerda que en varias ocasiones esta Corporación ha sostenido que el auto cabeza de proceso no "está sujeto a requisitos especiales de forma", ni a fórmulas sacramentales o curialescas, ni a una enumeración rigurosa y exacta del orden de las diligencias que han de practicarse, y menos aún da orden cronológico, en el cual deben llevarse a cabo.

Basta que en sustancia el instructor exprese, que tiene conocimiento de hechos delictivos e inicie su impulso sin que sea menester las exageraciones formales.

Así lo expresó esta Corporación en providencia de 25 de marzo de 1982 (Magistrado ponente, doctor Velásquez Gaviria):

"El auto que ordena la iniciación del proceso, como de trámite que es a pesar de su enorme importancia, no está sujeto a requisitos especiales de forma.

"Su esencia radica en la clara manifestación que hace el Estado, por intermedio del funcionario competente, de que unos hechos presumibles delictuosos deben ser investigados en orden a establecer su existencia e ilicitud penal, ¿quiénes son sus autores y cuál su responsabilidad?

"Esos objetivos están demarcados en los artículos 319 y 334 del Código de Procedimiento Penal, que son precisamente las normas a las que aludió el Juez instructor al disponer la apertura del sumario.

"En esas condiciones, las investigaciones quedaron igualmente iniciadas y obligado el instructor a reconstruir, por los medios probatorios pertinentes, el hecho motivo de las mismas con todas las implicaciones a que apuntan las diversas cuestiones relacionadas en los preceptos procesales citados.

"No se niega que mejor habría sido que el Juez hubiese especificado todas y cada una de las pruebas que debían ser practicadas".

Y en otra ocasión se sostuvo:

"Para que la investigación se abra por el Juez, preciso es que en la mente de éste, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse.

"Es obvio desde luego, que no se trata de aquel conocimiento que es fruto de operaciones mentales, así sean ellas las más simples, porque, de lo contrario, se le abrirían a la impunidad numerosos caminos, sino del que surge espontáneamente, sin dejar la menor duda, de la confrontación del hecho denunciado con las disposiciones legales dentro de las causales se dice o podría decirse comprendido: de aquel acto propio de la inteligencia que se llama intuitivo cuando con él, al decir del filósofo Bertrand, 'se quiere designar el conocimiento inmediato, sin intermediarios por visión directa del espíritu', por contraposición al denominado discursivo con que 'se quiere indicar el conocimiento indirecto y demostrado'; de aquella acción y efecto de conocer, en fin, en que este verbo se toma para significar lo mismo que 'percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él', según la acepción del Diccionario de la lengua española".

Dentro de este orden de ideas puede aceptarse que aun cuando el auto de 6 de septiembre de 1982 que ordenó la indagatoria de Rubén Lozano, no reúne la totalidad de las referencias formales del artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, la orden de vincular a alguien mediante indagatoria, cumple sustancialmente la función iniciadora de la investigación.

Según el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, se recibirá indagatoria a quien el funcionario considere autor de la infracción penal o partícipe de ella.

Significa ello que se investigará lo tocante con la mayoría de los temas del artículo 319, esto es, el descubrimiento de los autores, su personalidad y los motivos determinantes. Tal vez quedaría por fuera lo referente con la naturaleza y la cuantía de los perjuicios. Todo lo demás es tema de la indagatoria.

Esta aceptación de la posibilidad de un fraccionamiento del auto cabeza de proceso, no significa que tal sistema sea ideal o recomendable; es irregular, defectuoso, pero de allí a calificarlo como arbitrario e injusto, hay un abismo conceptual.

En el caso a estudio, se dictó el 6 de septiembre, una irregular y limitada providencia pero que dejó constancia procesal del conocimiento que a la mente del instructor había llegado de la comisión de un hecho delictivo investigable de oficio y atribuible a persona determinada. Se realizó así una simple operación mental, casi intuitiva, formalmente incompleta, pero con inferencia suficiente para tratar de establecer factores de autoría, responsabilidad, personalidad y motivos determinantes.

Con base en tan precario presupuesto formalista, se recibió la indagatoria donde se inquirieron tales temas. Sólo una vez practicada la indaga-

toria, se usaron las fórmulas rutinarias de "ábrese la investigación" y "practíquense todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia del proceso".

En la tardanza en usar tan mágicas expresiones, en su ausencia en el auto previo a la indagatoria radica en sustancia todo el arsenal acusatorio contra la procesada.

El haber usado tales términos sólo después de la indagatoria y no al ordenarla, ha tenido el efecto de metamorfosear una simple omisión, una mera irregularidad, una trasposición cronológica, una tardanza formalista, en conducta abusiva, arbitraria e injusta, dentro del enfoque del auto de proceder.

El rigor de estas conclusiones, lleva a la Sala a disentir de las anotadas resoluciones y estimar que la conducta atribuida a la Juez Eustaquia Copete de Pino, no puede calificarse de típica, antijurídica y menos de culpable. No lo considera por ende la ley como infracción penal y se impone un sobreseimiento definitivo a su favor.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

1. REVOCAR en todas sus partes la providencia recurrida.

2. SOBRESEER DEFINITIVAMENTE a la doctora Eustaquia Copete de Pino, en razón de los cargos que se le hacen en estas diligencias.

3. ORDENAR la cancelación y devolución de la caución prestada para disfrutar del beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y archívese el expediente.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

No obstante estar de acuerdo con la mayoría de la Sala en la parte resolutiva de la providencia, considero necesario hacer constar mi disentimiento con la motivación de la misma, pues no puedo aceptar que el auto mediante el cual únicamente se dispone escuchar en declaración indagatoria a una persona, sea equivalente al auto cabeza de proceso.

En el caso *sub examine* se tiene lo siguiente: El 6 de septiembre de 1982, la Secretaría del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de

Quibdó, pasó a despacho de la Juez las diligencias recibidas ese mismo día del Departamento Administrativo de Seguridad "con el sindicado Rubén Darío Lozano Gamboa en calidad de retenido y por el delito de homicidio". De inmediato, la citada funcionaria, resuelve: "Visto el informe secretarial que antecede *y por mientras se verifica el reparto con el Juzgado Primero de Instrucción Criminal radicado en esta ciudad, indáguese al sindicado del delito de homicidio señor Rubén Darío Lozano Gamboa* y líbrese la correspondiente boleta de retención". En cumplimiento de lo anterior, se escucha en indagatoria a Lozano Gamboa ese mismo día.

Dos días más tarde, 8 de septiembre, la secretaría pasa nuevamente las diligencias al despacho de la juez, "con la información de que el reparto verificado con el Juzgado Primero de Inscriminal en el día de hoy, correspondió a este Juzgado abrir la presente investigación". Y en esa misma fecha, 8 de septiembre, la doctora Copete de Pino, Juez Segundo de Instrucción Criminal de Quibdó, dispone: "Vista la anterior información secretarial, *ábrese la correspondiente investigación penal,* en la denuncia formulada por el señor Dionicio Mena Hurtado, por el delito de homicidio. *En consecuencia, se practicarán todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia del proceso; y especialmente se practicarán* (sic) *lo señalado en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal".*

En mi sentir, no queda la más mínima duda de que el sumario se inició con la providencia que se acaba de transcribir, que es en realidad el auto cabeza de proceso y que está fechado el 8 de septiembre, esto es, dos días después de haberse escuchado a Lozano Gamboa en declaración sin juramento. Admito con la mayoría de la Sala que la providencia mediante la cual se inicia la investigación no está sujeta a ninguna formalidad especial, pero precisamente por ello y en atención a su enorme trascendencia, es menester analizar su contenido, porque solamente él, que no la forma, permitirá identificarla sin vacilaciones ni perplejidades. La seguridad jurídica exige que sobre este asunto, si existe o no proceso penal, deba haber certeza.

No puedo aceptar, con la mayoría de la Sala, que "la orden de vincular a alguien mediante indagatoria, cumple sustancialmente la función iniciadora de la investigación", porque otra cosa muy distinta es la que dispone el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal: *Se recibirá declaración indagatoria al que en virtud de antecedentes y circunstancias consignados en el proceso,* y bien es sabido que no hay proceso sin auto que ordene su iniciación cualquiera que sea la forma que a éste se le dé. Y otra cosa muy distinta, también, consta en el expediente, pues frente a él es innegable que sí hubo auto cabeza de proceso, que se identifica no por su forma, sino por su inequívoco contenido.

Y si el sumario se inició el 8 de septiembre, fecha del auto cabeza de proceso dictado por la doctora Copete de Pino, resulta incuestionable que la indagatoria a que fue sometido Lozano Gamboa, dos días antes, carecía de un presupuesto indispensable para su validez: la existencia del proceso. En estas condiciones, no podía la funcionaria instructora ordenar su detención, como efectivamente lo hizo, porque Lozano no había sido

válidamente vinculado al proceso; no había adquirido todavía su carácter de sindicado, y esto es requisito ineludible del auto de detención: "*No se podrá dictar auto de detención, sin que previamente se le haya recibido al procesado declaración indagatoria* o se le haya declarado reo ausente, conforme al artículo 382..." (Art. 436 del C. de P. P.). A Rubén Darío Lozano Gamboa no se le escuchó en declaración indagatoria en el proceso dentro del cual se le dictó auto de detención, sino antes de que este proceso hubiera principiado a existir, y como en tales circunstancias dicha indagatoria fue inválida, la detención que lo afectó resultó de esta manera ilegal, por lo cual se tipificó el delito de detención arbitraria, aunque estoy seguro de que la doctora Copete de Pino no obró con dolo, y sobre estas bases acepto el sobreseimiento definitivo con el cual se le amparó.

Guillermo Duque Ruiz.

Fecha *ut supra*.

CAUSALISMO

Los doctrinantes se plantean el interrogante si nuestro Código Penal tiene orientación causalista o si admite la posibilidad de interpretarlo bajo la estructura de la acción final. Fundamentos de una y otra posiciones.

FAVORABILIDAD

El Decreto 1853 de 1985 sobre captura, detención preventiva, excarcelación, etc., traduce una legislación más benigna que la Ley 2ª de 1984 e impone así su inmediata vigencia, la cual debe producir efectos en los casos que recibieron o debieron recibir su influjo, sin incertidumbre que pretenda subordinar tal riesgo a los resultados del control constitucional.

EXCARCELACION

El Decreto 1853 de 1985 artículo 14-3 y el artículo 469 del Código de Procedimiento Penal buscan impedir que en proceso por delitos dolosos excarcelables, cometidos con posterioridad a procesos en los que se haya dictado auto de detención (o caución), se continúe con el mismo benéfico criterio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 109.

Bogotá, D. E., 11 de noviembre de 1986.

VISTOS

El 26 de noviembre último, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, llamó a responder en juicio criminal al sindicado Silvio Alirio

Caicedo Burgos, como autor responsable del delito de prevaricato. Contra tal determinación interpuso recurso de reposición y, subsidiariamente, de apelación el Agente del Ministerio Público. Esa la razón por la cual se encuentra ahora, el presente proceso, a consideración de la Corte.

ANTECEDENTES

El recurrente, según cita de la providencia apelada, anota:

"a) Que el Tribunal, al calificar el mérito de la actuación sumarial, no tuvo en cuenta el hecho de que el procesado en cuestión, 'abusando de sus funciones, en dos oportunidades profirió sobreseimiento temporal, expresando argumentaciones y análisis probatorios manifiestamente contrarios a la ley..., eventos éstos que se enmarcan dentro del dispositivo amplificador del concurso de delitos, no teniendo en cuenta dentro de la resolución recurrida'. Y, puntualiza:

"En cada una de las resoluciones de sobreseimiento se realizó un comportamiento o una acción independiente y en cada acción se cumplieron los elementos del hecho punible... La Sala únicamente precisó el delito de prevaricato por acción y acorde a la historia probatoria y procesal recogida, se trata de dos delitos (de prevaricato), en concurso material, sucesivo y homogéneo, y que deben incluirse en la determinación calificatoria". Y,

"b) Que debe revocarse el numeral segundo de la parte resolutiva del auto recurrido (Fl. 166, Cdno. original), donde se decreta la detención preventiva del acusado, pues, en su sentir, esta medida no es procedente teniendo en cuenta la interpretación que debe darse al artículo 14 del Decreto 1853 de 1985, el cual debe regir hacia el futuro, de conformidad con el principio de favorabilidad, vale decir, que cuando contra el procesado se hubiere dictado en otro proceso diferente, auto detentivo o caución vigentes por los delitos allí señalados, con *posterioridad* a la vigencia de la normatividad en mención y no antes, lo que equivaldría a interpretar la ley en 'forma exegética y gramatical'. Además, agrega, la disposición contenida en el aludido artículo, 'tiene carácter restrictivo'. Y,

"Sólo podrá decretarse la detención del procesado según lo dicho por la primera parte del artículo 14, cuando después de la vigencia del Decreto 1853, se hubiesen presentado o hubiese surgido la situación allí consignada que por odiosa y restrictiva no puede aplicarse a situaciones acaecidas antes de entrar a regir el Decreto 1853, cuya filosofía es bien conocida".

Razones del Tribunal para la no reforma del llamamiento a juicio.

Al desatar el recurso de reposición se expresó así el Tribunal:

"1. Con relación al primer punto central de la cuestión reseñada, es preciso tener en cuenta que la finalidad de la providencia calificatoria

regulada en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, no es otra diferente a la de permitirle al juez evaluar las pruebas o los medios de convicción recogidos dentro del ciclo sumarial, a fin de conocer si existe certeza sobre la realización de la conducta punible, de un lado y de la consiguiente responsabilidad que le cabe al autor de la misma. De otra parte, sabido es que la finalidad del proceso es llegar a su culminación mediante una sentencia y el paso previo a ella, es, justamente, la calificación aludida, que puede hacerse por las vías señaladas en la norma procesal indicada".

"2. En la situación *sub judice,* el procesado Caicedo Burgos, optó por sobreseer temporalmente a los sindicados en la investigación que le correspondió, como juez de instancia calificar y lo hizo, como lo estimó el Tribunal, en forma ilegal, buscando, justamente, favorecer, de manera ostensiblemente injurídica, la suerte procesal de los implicados. Dio a la prueba una interpretación forzada y acomodada a sus reprochables propósitos. Esa decisión no fue recurrida y, consecuencialmente, hubo de esperarse la segunda oportunidad procesal, una vez vencido el término del nuevo ciclo de reapertura de la investigación, para reiterar su decisión, la cual, *ope legis,* debía consultar con la Corporación".

"Desde un marco meramente formal-mecánico, cierto es que el procesado, como lo anota el señor Fiscal, realizó *dos comportamientos procesales, pero no diferentes,* pues recayeron sobre el mismo *objeto* y *sujetos* procesales, frente a los cuales se tenía el deber *jurídico-funcional,* de emitir un juicio valorativo acerca del mérito, de conformidad con lo dispuesto en la norma procedimental arriba anotada. El segundo pronunciamiento, no fue, en súma, sino la reproducción del primero, sobre un *objeto y sujetos* se insiste, idénticos y frente a la misma situación procesal probatoria que le correspondía evaluar, para calificar su mérito jurídico".

"3. Pretender fraccionar la acción, en la forma propuesta por la Fiscalía, para atribuirle valor y alcance jurídico diferente y conformar el concurso material homogéneo y sucesivo invocado, que, técnicamente no es dispositivo amplificador, cuya finalidad, dentro de la dogmática, es muy diferente a la norma que regula el instituto concursal, equivaldría, sin más, a desconocer el concepto *unitario-totalizador* (normativo) del delito, que puede estar integrado por multiplicidad de acciones de *estructura compleja.* No de otra manera podrían entenderse los denominados tipos complejos, permanentes, progresivos o el reato único con pluralidad de acciones o, ya, los actos copenados, ya previos, bien posteriores, hipótesis todas en las cuales se predica la *unidad delictiva,* mas no el concurso".

"En síntesis: el legislador exige que toda acción penal iniciada, siguiendo el *iter* procesal, sea calificada, para establecer su valor y alcance jurídico procesal, a fin de colocarla en condiciones de poder emitir la correspondiente sentencia que le ponga fin. Si para el cumplimiento de dicho objetivo, debe calificar en dos oportunidades tal acción, debe entenderse, en sana lógica, que se trata de *un solo acto procesal,* de naturaleza compleja, que no puede fraccionarse, como se pretende, dadas las razones jurídicas ya anotadas".

"4. Finalmente, con relación al segundo pedimento del señor Fiscal colaborador, relativo a la revocatoria del numeral segundo del proveído atacado, observa el Tribunal:

"a) Claros principios de hermenéutica jurídica, enseñan que las leyes rigen hacia el futuro y, en materia penal se consagra la excepción a dicho postulado constitucional (Art. 26), al través del principio conocido como retroactividad y aun la misma ultra-actividad, cuando la ley ha sido derogada y resulta más favorable a los intereses del procesado *sub judice,* con relación a la nueva normatividad que regula la conducta por la cual se le juzga".

"Pero, al mismo tiempo, se tiene el claro apotegma, según el cual 'donde el legislador no distingue, no le es dable al intérprete hacerlo' y al estudiar el contenido del numeral 3º, artículo 14 del Decreto 1853 de 1985, se tiene, claramente, que la proposición lingüístico-normativa allí plasmada, en primer lugar, no hace diferencia alguna, en el sentido de que el auto detentivo de que allí se habla, debe dictarse con *posterioridad* a la vigencia de dicho texto legal; sólo utiliza el verbo 'tuviere' en forma condicional y si la ley rige luego de su promulgación, debe entrar a cobijar las situaciones ya creadas en ese momento, vale decir, si con relación a un sindicado que tuviere vigente auto de detención, al momento de la nueva vigencia normativa y cometiere, bajo ésta, nuevo hecho punible, estima la Sala que, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 14, en su numeral citado, pues si ello no fuere así, el legislador lo hubiese dicho expresamente y mal puede el intérprete, se insiste, ir más allá, máxime si se tiene en cuenta el principio de hermenéutica contenido en el artículo 27 del Código Civil, que categóricamente prohíbe desatender el 'tenor literal' de la ley, cuando su sentido sea claro, y la forma condicional en lingüística abarca acciones o hechos, eventual o hipotéticamente sucedidos en el pasado. De ahí por qué cabe aplicar, así mismo, el *principio* general recogido, igualmente, en el artículo 28 *ibidem*. En segundo término, si bien es cierto que el 'telos' legislativo contenido en el nombrado estatuto, es el de favorecer y propiciar, ante todo, la libertad, debe quedar claro que ella no puede alcanzarse y otorgarse sino dentro de los parámetros y condiciones señalados en el texto respectivo y la permisividad o favorabilidad características del aludido cuerpo legal, debe entenderse en relación con las normas legales que regulaban, con anterioridad, la materia específica y dentro del entendimiento tiene cabida procesal, el principio rector contemplado en el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal o sea, en otros términos, que la favorabilidad debe deducirse y confrontarse, con relación al régimen anterior que regulaba la materia concerniente con la libertad provisional (Art. 453 del C. de P. P., en armonía con la Ley 2ª de 1984)".

"5. Consta de autos (Fl. 153 *ib.*), que el procesado Caicedo Burgos, tiene vigente auto de detención preventiva por delito similar al que se le atribuye en este asunto y en el proceso correspondiente se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional; en consecuencia, no le es aplicable la medida de aseguramiento diferente a la detención, como lo reclama el señor Agente Fiscal. Habrá de negarse, por lo mismo, la petición que, en tal sentido, ha hecho".

"6. *Decisión:* Dadas las razones que se han dejado expuestas, la conclusión se impone, en el sentido de confirmar, integralmente, la providencia objeto del recurso. Como quiera que el señor Fiscal, en forma subsidiaria, interpuso el de apelación, se concederá el mismo, en el efecto suspensivo, ante la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— a quien, dada la naturaleza, dada la naturaleza del hecho punible porque se procede, corresponde conocer en segunda instancia".

CONCEPTO DE LA DELEGADA

"...Los hechos, en la sistemática de nuestro Código Penal encajan dentro del concurso de delitos (Art. 26), puesto que con varias acciones se infringe varias veces la misma disposición. No cabe sostener, en nuestra estimativa, la tesis del delito unitario que ha querido imponerse en nuestra jurisprudencia a costa de desvertebrar el sistema lógico imprimido (sic) al injusto en el Decreto 100 de 1980, como que se origina en una ambiciosa inteligencia del concepto de acción final ya que allí se identifican culpabilidad psicológica y acción, como unidad. La tesis del delito unitario ocurre, a nuestro modo de ver, en petición de principio, porque argumenta como apoyo de su conclusión una tesis que es precisamente la que está por demostrarse, y ésta es la de unidad de delito. Se ha planteado que se trata de un solo delito ejecutado por parcialidades, cuotas, etapas o fracciones, bajo un designio común o continuado, en aprovechamiento básicamente de una misma oportunidad que se reitera o prolonga, para concluir que si es una sola la acción y una sola la culpabilidad psicológica, no tiene por qué ser múltiple el injusto típico. (Cfr. Dr. Juan Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental y prov. de noviembre 25 de 1985, Tribunal Superior de Medellín)".

"..."

"Imponer ahora dicho pensamiento —el delito unitario por unidad de acción— equivale a pensar en una idea metajurídica de acción, aislándola del concepto que en derecho estructura la garantía de libertad como es el de la tipicidad que la califica o describe. Por eso estimamos que no cabe en nuestro estatuto una idea de acción penalmente relevante, por encima o por fuera de la que realiza el tipo; siendo varias las acciones que adecuan al tipo de injusto, y admitiendo todas ellas la prédica de que concurren los factores constitutivos del dolo al tenor de la fórmula del legislador (Art. 36 del C. P.), lo mismo que su dañosidad o capacidad de daño (Art. 4º C. P.), cada una de ellas es constitutiva de injusto típico y culpable y concursante con las demás".

"Tanto lógica como ontológicamente las dos conductas plenamente demostradas en este expediente (el proferimiento de dos providencias manifiestamente contrarias a derecho y en oportunidades procesales por supuesto diferentes), son separables e individualizables. Lo único que les es común es el ánimo de favorecer a los inculpados y esta es una circunstancia extraña a su tipicidad (Art. 149 del C. P.), a su antijuricidad (Art. 4º del C. P.) y a su culpabilidad (Arts. 5º y 36 del C. P.). Tanto así que para la elaboración de cada providencia ilegal fue preciso esperar

oportunidades procesales diversas, cada una de ellas produjo daño al bien jurídico tutelado, y con respecto a cada actuación funcional contraria a la ley existía, por parte del acusado, conocimiento de que se profería proveído ilegal y voluntad de hacerlo''.

''Tan separables son ambos comportamientos, tan individualizables y autónomos uno y otro, que en cualquiera de ellos podía haberse presentado complicidad sin que necesariamente la hubiese en el otro, o, aún más, uno podía resistir concurso con delito de cohecho sin que éste se produjese en el otro, o, finalmente, realizado el primer prevaricato bien podía el procesado actuar conforme a derecho y a sus deberes funcionales al calificar por segunda oportunidad el mérito del sumario y, consecuencialmente, llamar a responder en juicio a los incriminados por la violación del estatuto de estupefacientes, sin que esta conducta posterior, ajustada a la ley, demeritara, atenuara o desvertebrara, los elementos del injusto cometido cuando sobreseyó por primera oportunidad a los señores Bernal Rodríguez y Zanabria Rincón''.

''La Procuraduría Delegada, entonces, comparte con el recurrente sus apreciaciones en torno al concurso de delitos de prevaricato. Y propone a la honorable Corporación que atendiendo esa súplica modifique el llamamiento a juicio del ex Juez Caicedo Burgos''.

''Desde el punto de vista de la naturaleza procesal del auto calificatorio, nosotros no compartimos con el honorable Tribunal Superior de Bogotá la idea de que se trate de un solo acto procesal de naturaleza compleja y que no pueda fraccionarse habida consideración de que su objetivo sea permitirle al Juez 'evaluar las pruebas o los medios de convicción recogidos dentro del ciclo sumarial'. Ese concepto cabe aplicarlo a aquellos actos o resoluciones del funcionario en que es necesario tomar diversas determinaciones, y vale para predicar —como lo ha hecho la Corte—, que trátase de una o trátase de varias violaciones de la ley en una misma providencia, el prevaricato es uno. Y la razón es simple en la medida en que el tipo penal no distingue, para efectos de su adecuación típica, entre el número o la calidad de decisiones contrarias de modo manifiesto a la ley, sino que aglutina dentro del concepto o elemento normativo de resolución o dictamen, la acción ilícita''.

''Es la ley procesal la que de manera expresa y categórica, con plenitud normativa, establece la independencia procesal de los actos de calificación; como ya habíamos observado, se profieren en oportunidades procesales distintas; pueden ser producidas por diversos funcionarios, en circunstancias en que se presente solución de continuidad en el servicio o por obra de otros fenómenos procesales (cambios de competencia, advenimiento de causales de impedimento y recusación, etc.); los recursos del segundo no penden de los que caben contra el otro, ni significan siquiera la necesaria modificación de las determinaciones del primer calificatorio; las determinaciones accesorias del primero no coinciden con las del segundo, pues mientras el auto de detención se mantiene incólume por regla general después del primer sobreseimiento, debe ser revocado por razón del segundo. En fin, que entendido el acto procesal como aquella manifestación de cualquiera de los sujetos o intervinientes procesales, desti-

nada a producir efectos jurídicos, y estando diseñado en el procedimiento penal un momento, unas consecuencias y unos efectos distintos para cada uno de los calificatorios, institucionalmente hay que llegar a la conclusión de que el proferimiento ilegal es independiente y delictual tanto respecto del uno como del otro y, consecuencialmente, reuniéndose respecto de ambos el conjunto de elementos que los hacen punibles, el juicio de reproche debe formularse a la luz del artículo 26 del Código Penal que no como si se hubiese cometido un solo delito''.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Se ha dado a entender, por la instancia y la Delegada, que la decisión que debe dictarse depende del criterio que se tenga acerca de cuál de las formulaciones de la teoría del delito fue la consultada por nuestro Código Penal. *Doctrinariamente se plantea si tiene él una inspiración o proyección causalista inmodificable o si, cuando menos, admite la posibilidad de interpretarlo bajo la estructura universalmente conocida como de la acción final o de la teoría de la acción final.*

2. *El fundamento de la primera posición se contrae a los siguientes razonamientos:*

a) *La creación de la ley (elemento histórico), debido a que, por constancia de los comisionados, se tomaron como base algunas de las decisiones llevadas a efecto cuando se elaboró el Código Penal Tipo para América Latina y así mismo el Código Penal Italiano de la década del 30 y el Código Brasileño, estatutos éstos —los dos últimos— que contienen normas específicas con las cuales se regula el fenómeno de la causalidad;*

b) *Que, en el nuevo Código Penal, se consagró el fenómeno en cuestión, así:*

''Artículo 21. Causalidad. *Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión''.*

''Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo'';

c) *Que la interpretación sistemática de la ley penal no puede, en consecuencia, dejar de lado esa norma básica y, por tanto, así el Código no acoja una determinada teoría sobre la causalidad, lo cierto es que no puede desconocerse, y es a la doctrina a quien le corresponde determinar en casos concretos, qué alcance le da a dicha disposición, pero siempre teniendo en cuenta que se encuentra normativamente regulada, más cuando se afirma que no se trata de una regulación insular, sino que forma parte de toda la estructura del delito, de acuerdo con los principios universales aceptados para quienes acogen esta tendencia y que, por tanto, aceptarla o no, no depende de la voluntad del intérprete, so pena de desconocer el mandato legal.*

Además, porque en el actual Código Penal la culpabilidad tiene una ubicación propia y en ella se incluyen como formas de la misma el dolo,

la culpa y la preterintención, no siendo posible, entonces, concluir una concepción normativa pura, entendiendo la culpabilidad como un mero juicio de reproche, más aún cuando la fuerza irresistible se encuentra establecida como causal de inculpabilidad y no de ausencia de acción, como lo propusiera vanamente uno de los comisionados. Por ende, carecería de validez pretender ubicar el dolo, la culpa y la preterintención en otro elemento del delito.

Se admite, pues, la concepción jurídica de acción, como quiera que la que es objeto de sanción es únicamente la típica, es decir, la establecida por el legislador, sin que interese el denominado concepto real de la acción, como se pretende de los artículos 2 y 3 del Código Penal. Y, en esta forma, no existe duda que la conducta se encuentra integrada por la intención y el resultado, siendo necesaria, entonces, la causalidad. Y no otra interpretación puede darse al artículo 21 del Código Penal cuando en él se estatuye en forma clara la causa humana al afirmar que el resultado "depende" de la acción u omisión.

Se está limitando por ende, la cadena causal y, a su turno, fundamentando la responsabilidad penal en la culpabilidad, pues esa acción u omisión debe ser consecuencia de un actuar humano voluntario; de ahí el porqué, tanto en las normas rectoras como en el desarrollo de los diversos elementos que integran analíticamente el delito, se haya dispuesto en forma determinante que no hay delito sin culpabilidad, y ésta no se puede atribuir si se carece de un elemento vinculante para imputar a determinada persona un resultado típico y antijurídico. Se trata, entonces, de no crear un terreno de inseguridad en cuanto al fundamental aspecto de la imputación.

No fue, pues, inopinada la consagración de la causalidad, siendo que, como se afirmó en la relación explicativa del proyecto del Código Penal de 1979, por el Presidente de la comisión, "no se tomó partido en torno a la controversia suscitada por Welzel con su teoría de la acción finalista, no sólo porque todavía su evolución doctrinaria no ha culminado, sino porque los antagonismos conceptuales son ahora más agudos";

d) *Que la doctrina nacional acoge dichos fundamentos sin beneficio de inventario, más aún cuando esta misma Corporación en decisión de 16 de junio de 1981, siendo Magistrado ponente el doctor Alfonso Reyes Echandía, manifestó que "..., a menos que se acepte la concepción finalista de la acción que no tiene cabida, ciertamente, en nuestro ordenamiento penal";*

e) *Que la abolición por el legislador del 80 del denominado "delito continuado", constituye otra razón para colegir que la prohibición de la conducta y la consiguiente sanción, no tiene como fundamento la voluntad final del agente, porque ésta correspondería a la concepción óntica de la acción, sino al momento que el propio legislador consideró como consumativo de la misma, es decir, el concepto jurídico de acción, pues la unidad de designio a que se refería el derogado artículo 32, no estaba implicando nada distinto al reconocimiento de la realización del propósito del fin. De ahí por qué en la actualidad la posición mayoritaria considera que, en estos eventos, hay concurso de delitos.*

3. *A su turno, el sustento de la segunda posición doctrinaria, sería:*

a) *Que el legislador no puede crear conductas o acciones, debido a que la labor de éste se remite, únicamente, a prohibir la ejecución de alguna de ellas y específicamente aquellas que considera vulneradoras de bienes jurídicos fundamentales para la pacífica coexistencia de los asociados;*

b) *Que el legislador debe respetar la naturaleza de la acción conforme existe en la realidad y, por tanto, no puede idealista o arbitrariamente fraccionarla, tomando actos constitutivos de la conducta para convertirlos en acción autónoma;*

c) *Que es incuestionable —lo admiten finalistas y causalistas, actualmente— que el fundamento de la acción es la voluntad y que no puede existir aquélla sin un* fin específico, *pues, de lo contrario, no existiría* voluntad *y, por tanto, si la* voluntad es final, *así debe tomarla el legislador;*

d) *Que, en estas condiciones, cuando la ley penal se refiere, en el artículo 19, a la acción, afirmando que "el hecho punible puede ser realizado por acción u omisión", no está tomando partido causalista, sino que se refiere, indudablemente, a la* acción, *la que, bajo los presupuestos anteriores, es* final.

Existiendo, en el decurso de la acción, la dirección causal, cuando el artículo 21 la consagra, se refiere es a la causalidad material y, en esas condiciones, integra el concepto de acción del 19, admitiendo que la acción es final. Además, porque al reconocerse en el numeral 1 del artículo 40 la fuerza mayor, que, como es sabido, debe ser irresistible, se está aceptando que la voluntad es fundamento de la acción, sin que sea cortapisa el encontrarse estatuida como causal de inculpabilidad, como quiera que no puede existir acción sin voluntad y, por tanto, en estos eventos, nos encontraríamos frente a ausencia de acción, más aún, cuando el propio artículo 2, correspondiente a las normas rectoras, exige *para la existencia del hecho punible que, en primer lugar, exista una conducta;*

e) *Que el elemento histórico de interpretación de la ley es únicamente un auxilio, tenido como tal por la doctrina, porque, en ningún momento, obliga su consideración al intérprete, como quiera que la norma positiva, una vez expedida y promulgada, se independiza totalmente de su propio creador, como que, si así no fuera, la voluntad del comisionado se encontraría en forma permanente condicionando la aplicación de la ley y, en estas circunstancias, el principio de permanencia de la ley en el tiempo y hacia el futuro perdería su sentido, desconociéndose, además, la evolución del fenómeno social y la función del intérprete, quien debe aplicar la norma precisamente en tiempo posterior a aquel en que se elaboró;*

f) *Que carece de fundamento la crítica respecto a que esta posibilidad interpretativa no tiene sentido, porque, de una parte, el "código es causalista" y, de otra, por cuanto se estaría creando un nuevo Código Penal. En efecto, el legislador no puede establecer por ley la estaticidad del derecho, obligando al intérprete a afiliarse a una determinada tendencia o a la que pretendieron exactamente los comisionados. No hay que olvidar la experiencia histórico-jurídica: en el siglo pasado, en Alemania, ante un Código Penal causalista, cuando ni siquiera se vislumbraba el finalismo al momento de elaborarse el estatuto, la doctrina terminó construyendo*

la teoría finalista de la acción, no para solucionar únicamente los problemas interpretativos de ese país, como suele equivocadamente afirmarse, sino porque se consideró que la posición causal carecía de razón al explicar los fenómenos jurídicos. Esta misma concepción viene teniendo eco en otros países como Argentina. Y, esa experiencia histórica es más reciente y elocuente en nuestro país: ante un Código Penal como el del 36, fundamentado en las tesis bio-psicológicas italianas, los doctrinantes elaboraron la teoría técnico-jurídica del delito, cuando la verdad es que ese estatuto no fue ideado bajo esa tendencia, pues aún en nuestro país ni siquiera se comentaba tal posición.

4. *Como se desprende de las premisas expuestas las dos posiciones encuentran fundamento en serios razonamientos jurídicos, sin que exista duda respecto de que la decisión objeto de apelación encontró sustento en la segunda posición, mientras que la Procuraduría Delegada lo hace en la primera para pregonar el concurso.*

En efecto, el Ministerio Público disiente de las apreciaciones del a quo, *debiendo la Sala hacer las siguientes precisiones:*

a) *La tesis fundamental del Procurador es la de desechar la unidad de acción y, por ende, el concepto ontológico de la misma, que denomina metajurídico. Pero, del contexto de sus argumentaciones, se coligen contradicciones que fácilmente podrían darle la razón a la providencia que no comparte;*

b) *Así, toma como punto de partida el tipo de injusto, olvidando que, precisamente, este fenómeno jurídico se constituye en una de las piedras angulares del finalismo y no puede utilizarse como un sinónimo de delito, como al parecer se pretende hacer, pues mientras en los planteamientos causalistas se trata de elementos del delito, a saber: tipicidad (tipo), antijuricidad y culpabilidad, incluyendo la conducta como elemento integrador del tipo, la posición finalista lo estructura así: tipo de injusto, compuesto por la acción, el tipo y la antijuricidad y, de otra parte, la culpabilidad; por tanto, el tipo de injusto corresponde únicamente a una parte del delito y queda claro que el dolo está en el tipo, en tanto que la culpabilidad se remite al juicio de reproche.*

c) *Ahora, para reconocer la existencia del tipo de injusto, se debe hacer lo propio con la acción óntica, de ahí la contradicción interna en el concepto de la delegada;*

d) *Pero, además, tampoco se acierta cuando se comenta que el finalismo desconoce el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, pues constituye tesis suya, en la actualidad, exigir que el legislador respete el concepto real de acción, no pudiendo hacerlo, pero sí prohibir la realización de algunas conductas y, cuando lo hace, indudablemente que el principio de la legalidad encuentra plena vigencia, sin discusión alguna. En síntesis: el principio de la legalidad no es patrimonio exclusivo de ninguna de las dos tendencias y, por el contrario, es acatado por unos y otros doctrinantes;*

No puede ser, entonces, que el caso sub examine *se resuelva por esa vía;*

e) *Se advierte, de otra parte, que tampoco es atinado afirmar que en el finalismo "se identifican culpabilidad psicológica y acción", pues es de*

advertir que el finalismo desconoce la culpabilidad psicológica y se fundamenta en la normativa, como quiera que aquélla no soluciona situaciones como la tentativa, porque, en este último fenómeno no se obtiene el resultado querido y la relación causal no se podría establecer. Recuérdese que la unidad de acción de la teoría de la acción final consiste en tomar ésta como existe en la realidad y, por tanto, en todo el desarrollo de la acción, se encuentra la voluntad que no puede separarse arbitrariamente para pasarla a la culpabilidad; de ahí que ésta se entienda como juicio de reproche, sin ningún elemento psicológico.

5. *La instancia decidió considerar que el funcionario acusado sólo había cometido un delito de prevaricato, fundamentando primordialmente su determinación en el criterio doctrinario de unidad de acción, sin enfrentar esta concepción con la normatividad, es decir, el mandato del artículo 21 del Código Penal, trayendo como premisas la existencia del delito complejo, del permanente, del progresivo y de los actos copenados, todos los cuales corresponden a estructuraciones de la doctrina, en la búsqueda de soluciones a casos concretos, pero que, dicho sea desde ya, no pueden asimilarse a prescripciones legales, pues bien sabido es que las posiciones doctrinarias son encontradas en tratándose de estos fenómenos jurídicos.*

6. *Con fundamento en los anteriores apartes, considera la Corte:*

a) *Aparentemente y de acuerdo con la providencia impugnada y el concepto del Procurador Delegado, la decisión por asumirse se encontraría supeditada al reconocimiento del concepto óntico o del jurídico de acción y, por ende, a la toma de posición respecto de las teorías del delito que se desprenden de ellas. Pero, como se verá, esto no era necesario, pues cuanto sucedió fue que no se analizó, en su exacta magnitud, el real comportamiento del procesado, estándose exclusivamente a las concepciones teóricas;*

b) *El finalismo en ningún momento pretende unificar idealmente acciones que, en la realidad, son independientes, porque, si así fuera, estaría desconociendo su propia esencia, que, como es sabido, corresponde al realismo edificado en las denominadas estructuras lógico-objetivas o lógico-reales.*

La problemática en cuestión se finca en no desconocer la naturaleza de la acción, cuando su fase interna y externa ha logrado la culminación del fin propuesto. De ahí que un fin pueda ser aparentemente igual a sus resultados, pero no corresponder las dos acciones a una misma. Así, en el caso de autos, el resultado obtenido al proferirse los dos sobreseimientos temporales, formalmente es el mismo, la obtención de una resolución abiertamente contraria a la ley; pero, obsérvese que son dos acciones que lograron su consumación independientemente pues, el funcionario no podía proponerse un fin indeterminado en el tiempo, cuando ni siquiera le era previsible cuál podía ser la actuación procesal subsiguiente a su primera acción arbitraria; así es como ignoraba si iba a ser impugnada y revocada por el superior, o si durante la etapa de reapertura, se habría de modificar la prueba, o para, recordar algunas hipótesis mencionadas por la Delegada, se trata de pronunciamientos con caracterización general distinta, que "pueden ser producidos por diversos funcionarios, en circunstancias en que se presente solución de continuidad en el servicio o por obra de otros fenómenos procesales (cambios de competencia, advenimiento de causales de impedi-

mento y recusación, etc.); los recursos del segundo no penden de los que caben contra el otro, ni significan siquiera la necesaria modificación de las determinaciones del primer calificatorio; las determinaciones accesorias del primero no coinciden con las del segundo, pues mientras el auto de detención se mantiene incólume (sic) por regla general después del primer sobreseimiento, debe ser revocado por razón del segundo. En fin, que entendido el acto procesal como aquella manifestación de cualquiera de los sujetos o intervinientes procesales, destinada a producir efectos jurídicos, y estando diseñado en el procedimiento penal un momento, unas consecuencias y unos efectos distintos para cada uno de los calificatorios, institucionalmente hay que llegar a la conclusión de que el proferimiento ilegal es independiente y delictual tanto respecto del uno como del otro y, consecuencialmente, reuniéndose respecto de ambos el conjunto de elementos que los hacen punibles, el juicio de reproche debe formularse a la luz del artículo 26 del Código Penal que no como si se hubiese cometido un solo delito''.

No hay que olvidar que el fin propuesto debe ser objetivamente realizable, pues la voluntad no puede dirigirse hacia algo que no se conoce o que, por lo menos, no existe la posibilidad de su conocimiento como oportunidad de acción. En esas condiciones, aun en la hipótesis sustentada por el a quo, *la solución no podía ser la de considerar que el sindicado realizó una sola acción, pues no puede el juzgador crear a posteriori ni las condiciones del delito, ni mucho menos presumir una voluntad perdurable cuando se carecía de objeto cierto para que ésta pudiera operar. Si no le era dado al sindicado dirigir una sola acción cuando la posibilidad causal de su segunda conducta no podía conocerla, dada su no existencia, menos le es dado ahora al juzgador suplir esa voluntad para unificar las dos acciones;*

c) Lo procedente es, entonces, habida consideración de ser cuestionable que exista prueba suficiente para llamar a responder en juicio criminal a Silvio Alirio Caicedo Burgos, confirmar el auto de proceder impugnado, adicionándolo en el sentido de que debe ser por el delito de prevaricato en concurso material sucesivo y homogéneo.

7. *El artículo 26 de la Constitución Nacional, desarrollado por el artículo 6º, tanto del Código Penal como del de Procedimiento Penal, consagra el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley criminal, cuando una conducta o un proceso sean susceptibles de ser regidos por varias normatividades, presentándose el fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo. En virtud del mismo, la benignidad de una ley abrogada, derogada o declarada inexequible, proyecta sus efectos más allá de esta pérdida de vigencia (ultra-actividad), o la ley posterior, con estas características, retrogada sus consecuencias (retroactividad), para cubrir situaciones pasadas, en vía de definición o ya juzgadas.*

Conviene anotar como casos más sobresalientes en los cuales entra en juego el principio de favorabilidad, los relacionados con la prescripción de la acción o de la pena, con las condiciones de procedibilidad, la definición o estructura típica de los delitos o contravenciones, la naturaleza y mérito de los elementos de prueba que incidan en la emisión de una medida transitoria (detención preventiva, enjuiciamiento) o en una resolución definitiva (fallo de condena), o, en fin, los aspectos referentes a la libertad del procesado.

La inmediata aplicación de la norma favorable no constituye tema de discusión y el texto constitucional es lo suficientemente claro como para evitarla, pues al ordenar tanto la vigencia de normas posteriores (retroactividad) como la inalterabilidad de los efectos benignos de la disposición derogada, está señalando esa imperatividad insoslayable. Lo que se suela cuestionar son dos puntos fundamentales que guardan íntima vinculación con el asunto comentado. El uno consiste en la inmodificabilidad de la decisión favorable, aun antes de producirse el real fenómeno de la cosa juzgada, y, el otro en determinar si la regla enunciada no admite excepciones, especialmente cuando se trata de declaratoria de inconstitucionalidad de un precepto, en virtud de la cual la ley anterior, afectada transitoriamente por la que es objeto de inexequibilidad, revive automática e integralmente. En este segundo evento no deja de anotarse que reconocer el principio de favorabilidad en cuanto a la ley que ha desaparecido por obra del artículo 214 de la Carta, sería admitir su perpetuación no obstante haber surgido a la vida legal quebrantando la Constitución.

El Decreto 1853 de 1985, en sus artículos 4º (Ns. 2 y 3), 14 (Ns. 1, 2 y 3) y 15, fue declarado inexequible (sentencias de 22 de mayo y 25 de junio de 1986), decisión que también se tomó respecto de la totalidad de los textos del Decreto 056 de 1986 (julio 17/86). La Sala de Casación Penal de la Corte, se manifestó (julio 9/86, M. P. Dr. Hernando Baquero Borda) por la inaplicabilidad de la parte restante del articulado del Decreto 1853 de 1985 y, la Corte mediante sentencia de 9 de octubre del corriente año (M. P. Dr. Hernando Gómez Otálora) declaró la inexequibilidad del resto del decreto en cita.

Relacionando lo dicho con este último decreto, aunque sin tratar concretamente el punto cuestionado por el Ministerio Público de la primera instancia sobre la interpretación del artículo 14-3, debe decirse que este estatuto sobre captura, detención preventiva, excarcelación, etc., traduce, en estos aspectos, una legislación más benigna que su antecedente, la Ley 2ª de 1984; de allí su inmediata vigencia, la cual debe perdurar en los casos que recibieron o debieron recibir su benigno influjo, por encima de reformas posteriores que vuelvan al mismo o más riguroso tratamiento del acordado por la citada Ley 2ª. Y la conclusión es la misma así se haya declarado inexequible el mencionado Decreto 1853. Esto porque la Constitución Nacional no distingue, para imponer el dictado de la ley favorable, en cuanto a esta eventualidad, ni debe aceptarse incertidumbre sobre la libertad o el favor reconcedido, al subordinar tal riesgo a los resultados del doble control de constitucionalidad (excepción y acción).

De otro lado, piénsese en que este beneficio, así se base en un dispositivo contrario a la Carta, nunca puede comportar suspensión u obstáculo para adelantar y culminar el proceso en la forma prevista por la ley de procedimiento. No es dable, en materia tan fundamental y que recibe un especial tratamiento del constituyente, cargar al procesado los errores del Legislador, tanto por la expedición de las normas como por la lentitud de la administración de justicia. Por último, no debe perderse de vista que los problemas delincuenciales que encara el ordenamiento legal y que cíclicamente se resuelven con una acentuación del rigor penal, no tienen por mira al pasado,

para alterar una libertad concedida de más bajo el auspicio de ciertos preceptos que vinieron a menos, sino los futuros comportamientos (principio de reserva legal) que son el objeto de las enmiendas.

Es necesario parear, pues, a los fines de lo que se ha llamado el segmento de libertad, o sea el respeto que se debe a toda solución favorable que propicie la recuperación de este inestimable bien, tanto la situación que se crea con la derogatoria o reforma normal de la ley, como el caso de reposición de vigencia de la ley derogada mediante la norma declarada inconstitucional.

Así mismo conviene expresar otra variación jurisprudencial y es la relacionada con el medio procedimental para hacer efectivas las incidencias de un fallo de inconstitucionalidad sobre la cosa juzgada. Se venía sosteniendo que lo aconsejable, para este fin, era acudir al artículo 584-5 del Código de Procedimiento Penal, al asimilar la decisión de la Corte Plena al "hecho nuevo". No debe mantenerse esta interpretación porque decisión de tal índole no es indicio grave de inocencia o irresponsabilidad, ni menos puede considerarse adecuado y expedito camino, para remediar los perjuicios ocasionados, el ofrecimiento de un nuevo juicio, después de lograr éxito en la formulación de ese extraordinario recurso. Mejor acudir a las previsiones del artículo 7º ibidem, *porque, obviamente, los resultados favorables al sentenciado sobre disminución de pena o desaparición de ésta, dimanan de una providencia que ha afectado directamente a la sanción o anulado su origen, cual sería el desconocimiento de la estructura típica del delito que se tuvo en cuenta para la condena. Además, su oficiosidad y rapidez, vienen a constituir parlamento definitivo en favor de esta tesis.*

Para poderse modificar esta situación de libertad creada, es necesario que el mismo ordenamiento aplicable contenga prescripciones al respecto, como sería el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el excarcelado, o reiteraciones o pluralidad de conductas delictivas que susciten nuevas medidas detentivas, o la ejecución de la sentencia discernida, etc.

Viniendo a la cuestión planteada por el recurrente y el Tribunal (aparte 5º del llamamiento a juicio), ya transcritas en el comienzo de este proveído, debe decirse que el punto considerado por uno y otro (Art. 14-3 del Decreto 1853/85), no constituye una innovación que se deba mirar como odiosa y restrictiva. Y la demostración de este aserto puede sintetizarse así:

El dispositivo que tuvo en cuenta el Tribunal, no corresponde a consagración exclusiva del Decreto 1853 de 1985, pues ya el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 469 lo había señalado y desde entonces a la fecha de expedición del mencionado decreto ha conservado ininterrumpida vigencia. Para advertir esta realidad, basta transcribir los dos preceptos. El artículo 469 decía: "Prohibición de excarcelar a quienes se hallen gozando de este beneficio por delito doloso. *Quienes sean sumariados por un delito doloso mientras estén gozando de excarcelación por otro de la misma naturaleza, no tendrán derecho a este beneficio en el proceso que se adelante por el nuevo delito". Y el artículo 14 del Decreto 1853 de 1985 señalaba:* "Casos en que procede la detención preventiva. *La detención preventiva procede en los siguientes casos: ... 3. Cuando el procesado tuviere auto de*

detención o caución vigentes por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena de arresto".

Las dos normatividades, en esencia, tienen un mismo contenido y finalidad: impedir que, procesos por delitos dolosos excarcelables, de ser valorados en forma aislada y autónoma, cometidos con posterioridad *a procesos en los cuales se dictó auto de detención (o caución) continuasen con este régimen de benignidad; se quiso, por el contrario, mudar este benévolo criterio hacia una mayor drasticidad, pues de suyo aparece la imposibilidad de conceder idéntico tratamiento a quien, ocasionalmente y por una vez, comete una infracción que aquél que se muestra inclinado a violar la ley. En este caso el legislador, con admirable lógica y justicia, reconoce que el magnánimo miramiento de dispensarle la libertad, nada hace para contenerle en la comisión de infracciones y por tanto debe buscarse su reducción física, circunstancia final más válida para lograr ese cometido.*

El artículo 14-3, sólo procuró dilucidaciones legales que se cuestionaban en la práctica y podían sembrar cierta confusión. Una, el que por el solo hecho de iniciarse otra investigación ("sean sumariados") se llegase a entender que en ésta no era necesaria la existencia de la prueba de incriminación requerida para un auto de detención preventiva. En otras palabras, que el antiguo proceso relevaba o servía de prueba en el nuevo expediente. En cambio la norma comentada exige ese doble requisito (reconocido por la doctrina en su tiempo), o sea, que en ambos se demandaba esa suficiencia probatoria: en el primero, porque allí, como lo recalca la norma, debe prefigurar "auto de detención o caución"; y en el segundo (y siguientes), que se pueda dictar resolución análoga, la cual, de no mediar este condicionamiento, llevaría a otorgar la libertad. Otra, que el homicidio preterintencional, por lo mismo que responde en parte a un ingrediente de culpa, se pudiera tener por no doloso y por tanto hacer inaplicable, mediante esta interpretación, la restricción de libertad consagrada.

Para los efectos anotados es necesario, y en esto tiene razón el impugnante, que el segundo proceso con el cual va a realizarse la hipótesis del artículo 14-3 del Decreto 1853 (o 469 del C. de P. P.), debe corresponder a conducta cometida después *de definir la situación jurídica en el primero de los procesos. Basta observar a este fin, por ser más notoria, la redacción del artículo 469: "quienes* sean sumariados... MIENTRAS *estén gozando de excarcelación...". Y en el 14-3: "...tuviere auto de detención o caución vigentes... en* otro *proceso...". La exasperación criminosa, caracterizada por el endurecimiento del delincuente y por la impotencia de las medidas tomadas como respuesta a su delito, al punto que se va aumentando la severidad del tratamiento al mismo paso que el procesado reitera su conducta, no se entienden sin el requisito de la "posterioridad", o sea, que los hechos no sean simultáneos aunque se ventilen en procesos diferentes. Es necesario, pues, que la conducta que origina la privación de libertad, aunque aisladamente la mereciera, se realice después de haberse tomado la medida de aseguramiento (detención o caución) en proceso antecedente.* Mutatis mutandis *ocurre aquí lo que acontecía con el extinguido fenómeno de la reincidencia.*

En conclusión se tiene:

a) El Tribunal no debió dar aplicación al artículo 14-3 del Decreto 1853 de 1985, no porque fuera norma más desfavorable, sino porque no se daba un sustancial supuesto para su aplicación: este proceso no correspondía a conducta cometida con posterioridad a los procesos por delitos dolosos anteriores, en los cuales se hubiera dictado auto de detención (con o sin beneficio excarcelatorio);

b) El Tribunal, entonces, atendiendo las reglas del Decreto 1853 de 1985, debió imponer a Silvio Alirio Caicedo Burgos, caución (Art. 10); y,

c) No es necesario hacer referencia a la posibilidad de la condena condicional (Art. 15), por lo anteriormente anotado, aunque conviene precisar, a este respecto, que la pena imponible se muestra, en un juicio de anticipación eminentemente transitorio, superior a los tres años (Art. 68-1 C. P.), pues cuenta como gravamen para el procesado la trascendencia del hecho, su personalidad (Art. 61 C. P.), las intensificaciones punitivas de los numerales 1, 3, 4 y 11 del artículo 66 *ibidem,* y el concurso material de infracciones (Arts. 26 a 28 *ejusdem*).

8. Finalmente el *a quo* decretó "...el embargo y secuestro preventivos de sus muebles (los del sindicado) en cantidad suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hallan ocasionados con la infracción. El embargo y secuestro se ordena en abstracto por ignorarse cuáles son los bienes del procesado". Tal determinación no es procedente. En efecto, el artículo 138 del Código de Procedimiento Penal, que es el que contempla esta situación, debe interpretarse en el sentido de que sólo cuando se conocen específicamente bienes de propiedad del sindicado, procede el embargo de los bienes inmuebles y el embargo y secuestro de los muebles, pero exclusivamente en la cantidad suficiente para el pago de los perjuicios. Disponer un embargo y secuestro de bienes muebles desconocidos, es mandar en el vacío, ordenándose lo que tendrá que ser, por fuerza de las circunstancias, inoperante. Si los bienes muebles se secuestran precisamente para sustraerlos del poder del sindicado, no se ve cómo si se desconocen se pueda realizar esa separación del propietario, evitando que los distraiga. Y, de otra parte, tal ordenamiento está marcando con la injusticia, como quiera que si, en gracia de discusión, llegare a tener alguna repercusión práctica, se corre el riesgo de que la medida afecte bienes que sobrepasen con creces los perjuicios ocasionados, lo cual está terminantemente prohibido.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRMA parcialmente el auto apelado, ya señalado en su fecha, origen y naturaleza, con las siguientes reformas:

1º El llamamiento a juicio criminal es por el delito de prevaricato, en concurso material, sucesivo y homogéneo.

2º Se revocan los numerales segundo y tercero, y

3º Fijar caución por la suma de veinte (20) salarios mínimos mensuales, con la suscripción, por parte del enjuiciado de los compromisos de ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, con salvamento de voto, *Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

ACLARACIÓN DE VOTO

A pesar de que en términos generales estoy de acuerdo con la determinación tomada, considero necesario hacer algunas precisiones, en relación con los efectos del Decreto 1853 de 1985, con posterioridad a la fecha en que fue declarado inexequible.

1. Acepto que una ley declarada inexequible, tuvo plena validez desde el día en que principió su vigencia, hasta el momento de dicha decisión. Por tanto, durante ese lapso fue derecho vigente y afectó las situaciones que por su naturaleza podía afectar. Así, si esa ley le quitó el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, considero que quienes durante la vigencia de tal ley realizaron el hecho por ella desincriminado, jamás delinquieron, y esto sería necesario reconocerlo así, no obstante que para el momento de tomar esa determinación ya estuviera rigiendo la declaración de inexequibilidad. Admito también, que quienes hubieran ejecutado el hecho en vigencia de la ley anterior que lo consideraba punible, tienen derecho a acogerse a la nueva ley, por ser más favorable, pero siempre y cuando el hecho lo hubieren cometido antes de ser declarada inexequible, aunque el fallo judicial que le dé aplicación retroactiva a la norma se dicte con posterioridad a esta fecha. Solución similar habría de darse, si la nueva ley, posteriormente declarada inexequible, hubiera rebajado la pena prevista en la legislación anterior. Pero es importante destacar que en estos dos casos no se está reconociendo efectos a la ley después de haber sido sacada del ordenamiento jurídico, sino que únicamente se están reconociendo los efectos que produjo durante su vigencia, así este reconocimiento se haga después de declararse su inexequibilidad.

2. Otro asunto muy distinto, y aquí estriba mi disentimiento con la mayoría de la Sala, es pretender que la ley, retirada expresamente de la vida jurídica por ser contraria a la Constitución Nacional, pueda seguir teniendo efectos después de su retiro, porque ello equivale a permitirle que siga contrariando la Carta, con claro desconocimiento de la sentencia que declaró su inexequibilidad. Muy clara y pacífica al respecto es la doctrina cuando sostiene que el fallo de inexequibilidad no tiene efectos retroactivos, sino hacia el futuro. El profesor Luis Carlos Sáchica enseña que "inexequible no quiere decir otra cosa que inaplicable en lo sucesivo, para todos y en forma obligatoria" (Constitucionalismo Colombiano; Temis, VII Edición; Pág. 102), lo cual es idéntico a lo que sostiene Vidal Perdomo: "La sentencia tiene efecto para todos los habitantes del país *(erga omnes)* y la ley queda para el futuro despojada de toda eficacia

jurídica'' (Derecho Constitucional General; Universidad Externado de Colombia; Tercera Edición; Pág. 47).

Acorde con las anteriores consideraciones y en relación con este tema, escribe el profesor Páez Velandia: ''Prorrogar la vigencia de una norma declarada inconstitucional es asumir la función no de legislador, sino de constituyente, porque cada vez que se expida una norma contraria a la Constitución —y prorrogar su vigencia es tanto como producirla—, se está reformando esa Constitución''.

''Si una norma jurídica es inconstitucional, y ya fue declarada así por quien tiene tal autoridad, nada justifica el permitir que continúe violando la Constitución. Una cosa es o no es pero no puede ser y no ser al mismo tiempo, nos enseña la lógica. Declarada inconstitucional, el efecto inmediato es su retiro del ordenamiento jurídico; cualquier disposición en contrario es no solamente ilógica, sino opuesta a la Constitución y terminaría con el propio control de constitucionalidad'' (El Control de la Constitucionalidad en los Estados Latinoamericanos y Fundamentalmente en la República de Colombia; Ed. Revista de Derecho Colombiano; 1985; Pág. 137).

La libertad provisional, que es una situación no consolidada ni firme, requiere para poderse mantener de la existencia de una norma vigente que le sirva de sustento; si la norma que la hacía viable es retirada del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución Nacional, la libertad provisional, válidamente otorgada en un principio mientras la norma jurídica existía, queda huérfana de fundamento legislativo. Pretender amparar esa liberación provisional con la ley retirada del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución Nacional, es perpetuar su agravio, reconociéndole prioridad a supuestos derechos a costa de la indiscutible supremacía de la Constitución.

No se trata, pues, de ''...cargar al procesado los errores del legislador'', como se sostiene en la providencia de la que parcialmente disiento, sino de impedir que esos errores del legislador, que violan la Constitución Nacional, puedan perpetuarse sin correctivo alguno. Con toda razón escribe el profesor Páez Velandia en su obra ya citada: ''Si el legislador mejora un derecho de la persona, desconociendo o violando la Constitución, esa mejora podrá ser ciertamente plausible y muy conveniente pero no válida jurídicamente'' (Pág. Cit.).

Guillermo Duque Ruiz.

Fecha, *ut supra.*

ACLARACIÓN

Comparto las decisiones de la ponencia, pero por razones diferentes, las cuales paso a exponer:

1. *El enfoque interpretativo.*

Dice la ponencia: ''1. Se ha dado a entender, por la instancia y la Delegada, que la decisión que debe dictarse depende del criterio que se

tenga alrededor de cuál de las formulaciones de la Teoría del Delito fue la consultada por nuestro Código Penal. Doctrinariamente se plantea si tiene él una inspiración o proyección causalista inmodificable o si, cuando menos, admite la posibilidad de interpretarlo bajo la estructura universalmente conocida de la acción final o de la teoría de la acción final". La ponencia desarrolla a continuación los argumentos para sustentar una u otra de las hipótesis planteadas, y de alguna manera hace referencia a ellas para sustentar la decisión que se propone, aunque su razonamiento se funda básicamente en el análisis de la problemática concreta del caso en estudio, enfoque que compartimos.

En nuestra opinión, el plantear la interpretación de una norma en función de la filosofía que informa el Código en donde está consagrada, es utilizar el método sistemático de interpretación, sin haber dado antes las razones para preferirlo con relación a los otros dos métodos que autoriza nuestro ordenamiento jurídico, el exegético y el sociológico. Por esta razón es necesario fijar primero una postura con relación al método de interpretación que se debe aplicar.

2. *Métodos de interpretación en la legislación colombiana.*

Bien sabido es que nuestro ordenamiento jurídico prevé tres métodos de interpretación de la ley, así: El exegético, según el cual al juez le corresponde, al interpretar la ley, desentrañar el espíritu del legislador, que es el único, según la teoría de las tres ramas del Poder Público de Montesquieu, que posee capacidad jurídica para regular la conducta de los asociados. A este propósito se orientan los artículos 27, 28 y 29 del Código Civil, que dicen:

"Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de interpretar su espíritu.

Pero bien puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Artículo 29. Las palabras técnicas de cada ciencia o arte se tomarán en el sentido que le den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

El segundo método que acepta nuestro ordenamiento es el sistemático, según el cual el derecho es una totalidad inescindible, en la cual cada parte sólo tiene sentido en función del todo al que pertenece. Este método en la actualidad ha adquirido mucha relevancia entre los juristas gracias a Kelsen, y a los trabajos de la dogmática jurídica. El se encuentra consagrado en los artículos 30 y 32 del Código Civil, que dicen:

"Artículo 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Artículo 32. En los casos en que no puedan aplicarse las normas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación...".

El tercer método es el sociológico, que se funda en el postulado del historicismo de Savigny, de que el derecho es uno de los productos culturales de una sociedad, encaminado a darle solución a los problemas que tienen para ella un mayor interés, por lo que su interpretación debe hacerse a partir de la comprensión de la problemática social que da origen a la norma. Nuestra legislación lo consagra en el mismo artículo 32 atrás citado cuando dice que podrá recurrirse también a la "equidad natural" para desentrañar el contenido y alcance de la ley.

Cada vez va teniendo el método sociológico mayor relevancia dentro del mundo del Derecho, a medida que los juristas van adquiriendo mayor conciencia de la función instrumental de éste como herramienta para el cambio social. En el proyecto de Código Civil del doctor Arturo Valencia Zea, en su Libro I, Parte General, se consagra este método cuando expresamente se dice: "Artículo 1. En la interpretación de la ley se tendrá en cuenta el fin perseguido por el legislador. Si del texto se deducen varios fines, el intérprete debe escoger el que produzca el resultado más razonable y justo en el momento de aplicación de la ley" (Pág. 13). En la exposición de motivos del mencionado proyecto dice el doctor Valencia: "Se propugna un método científico de interpretación, en contraposición a los viejos métodos de exégesis, según los cuales, debía tenerse en cuenta, ante todo, el sentido gramatical de las palabras...". "Los jueces nacionales, agrega, en estos últimos años, desprendiéndose del tenor literal de los textos legales y persiguiendo sus fines, han hecho posible el progreso del derecho; han comprendido que el sentido de las palabras evoluciona lo mismo que las ideas y pensamientos originarios de la ley" *(Idem, Ibidem)*.

3. *La interpretación de la ley en el Derecho Penal.*

En nuestro ordenamiento jurídico hay tres estatutos que imponen normativamente, y por su propia naturaleza, la aplicación del método sociológico. Son ellos el Código Laboral, el de Procedimiento Civil y el Penal.

Con relación al Código Laboral, éste dispone en sus artículos 1 y 18:

Artículo 1º La finalidad de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Artículo 18. Para la interpretación de este Código debe tenerse en cuenta su finalidad, expresada en el artículo 1º.

Por su parte el Código de Procedimiento Civil en su artículo 4º expresa:

Artículo 4º Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los proce-

dimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...

Aunque se supone que nuestro Código Penal obedece a los postulados de la dogmática jurídica, lo cierto es que en él sigue gravitando la idea de que no puede hacerse justicia sino teniendo en cuenta las condiciones personales de los presuntos responsables, y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que los hechos se desarrollan. En el artículo 61 del Código, en el cual se definen los criterios para señalar las penas, se dice: "Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación y la personalidad del agente". En estas frases están incorporadas todas las características situacionales de los hechos, y la problemática existencial de su autor.

Igual criterio tiene el Código cuando crea beneficios para los responsables de los ilícitos: Cuando habla de la condena de ejecución condicional supedita este beneficio, entre otros requisitos, a "que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario" (Art. 68); y cuando consagra la libertad condicional la supedita a "que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social" (Art. 72). Y es que la finalidad del Derecho Penal es la de tratar de combatir el delito, castigándolo, previniéndolo, y resocializando a quienes han delinquido. Por eso el Código Penal en su artículo 12 dice: "La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora".

Las normas penales deben, por consiguiente, interpretarse en función de estas metas, y de los medios que en cada caso es necesario emplear para alcanzarlas, lo que implica una permanente referencia a la realidad concreta para definir tanto la naturaleza de los fenómenos regulados, como el contenido empírico de los fines y de los medios, según las condiciones témporo-espaciales en que ellos se dan. Desde el punto de vista de los hechos, éstos no pueden considerarse como abstracciones normativas sino como realidades concretas: El delito es un comportamiento humano que se da dentro de circunstancias de tiempo, modo y lugar, y por ciertos motivos, que es necesario conocer para poder juzgarlo. Desde el punto de vista de los fines, su contenido va cambiando con el desarrollo progresivo de los pueblos: El ideal de justicia de finales del siglo pasado, cuando se definió nuestra actual estructura jurídica, estaba cargado de connotaciones individualistas propias de la época, mientras que el de hoy está fincado fundamentalmente en un cúmulo de reivindicaciones sociales. Desde el punto de vista de los medios, hay que juzgar cada norma como un instrumento cuya adecuación al fin varía según las distintas condiciones de tiempo, modo y lugar en que se vaya a aplicar: La privación de la libertad puede ser un mecanismo eficaz para lograr la represión del delito cuando se trata de delincuentes que actúan sin ninguna constricción social o económica que los conduzca a ello, pero puede ser absolutamente contraproducente cuando se trata de personas que sólo encuentran en el delito el único medio que la sociedad les ha dejado para atender a su subsistencia.

De aquí se deduce que el juicio que debe conducir la validación del proceso hermenéutico no es el de establecer su adecuación con el pensamiento del legislador, ni su consistencia lógica con la teoría general que se construya alrededor de la normatividad, sino su eficacia para alcanzar los fines sociales que se propone, habida consideración de los objetivos que se pretenden alcanzar y de la interpretación de las normas como instrumentos eficaces para ello, dentro de los cambiantes contenidos culturales de los pueblos, y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tienen lugar los hechos que se juzgan.

4. *La decisión sobre los problemas planteados por la sentencia.*

4.1. El problema que nos interesa para los efectos de la presente aclaración de voto, hace relación a si el hecho de que el sindicado haya expedido dos autos calificatorios, violatorios ambos en forma manifiesta de la ley, constituye uno o varios delitos.

Lo primero que es necesario reiterar es que dentro de una interpretación sociológica del Derecho, el delito es un fenómeno fáctico y no jurídico. Desde este punto de vista la conducta humana es por naturaleza, e independientemente de que este planteamiento coincida con el hecho por alguna escuela penal, teleológico. La vieja concepción causalista de la Escuela Positiva (causalismo en sentido naturalístico y no normativo, aclaramos), no es aceptada en la actualidad por ninguna corriente antropológica. La conducta humana no se explica, es decir, no se puede reducir a causas eficientes; la conducta humana se comprende en la medida en que se reduce a causas finales. Ningún científico puede decir cuáles son las causas biológicas, psíquicas, físicas, sociales, telúricas, etc., de un comportamiento humano, pero es fácilmente comprensible su existencia en función de los propósitos que lo generan.

El acto humano adquiere su plenitud óntica al alcanzar el resultado que lo origina; es, en términos jurídicos, un acto consumado. Si no logra ese resultado se convierte en un acto fallido, que jurídicamente corresponde a las figuras de tentativa, la frustración, el desistimiento y el delito imposible. Esto no implica que el agente que lo realiza no pueda tener fines más remotos, con relación a los cuales el acto inicial sea un acto medio: voy a casa para comer, por ejemplo.

En el mundo de lo jurídico puede haber también conductas relacionadas entre sí, pudiendo ser todas delictivas, o sólo algunas de ellas. Por ejemplo, un juez puede dictar una providencia manifiestamente contraria a la ley para lograr la libertad de un sindicado, caso en el cual sólo la primera conducta es delictiva; o por el contrario, puede dictar una providencia manifiestamente contraria a la ley para privar de la libertad a un ciudadano, siendo ambos comportamientos delictuales, caso en el cual se da el fenómeno jurídico del concurso material de delitos.

En el caso en examen el sindicado dictó dos autos calificatorios manifiestamente contrarios a la ley. En cada uno de ellos se consumó el hecho delictivo al alcanzarse el propósito, pues la ley tipifica como delito esta sola conducta, independientemente que ella sea realizada para lograr un objetivo posterior. Es más, por los pocos elementos de juicio que tene-

mos a través de la providencia que se comenta, entre ambos autos no hay ninguna relación de conexidad sustancial, pues como atinadamente lo dice la Delegada en concepto que acoge el proyecto, "...se profieren en oportunidades procesales distintas: pueden ser producidos por diversos funcionarios, en circunstancias en que se presenta solución de continuidad en el servicio o por obra de otros fenómenos procesales (cambios de competencia, advenimiento de causales de impedimento y recusación, etc.); los recursos del segundo no penden de los que caben contra el otro, ni significan siquiera la necesaria modificación de las determinaciones del primer calificatorio...". En una palabra, se trata de dos delitos distintos, a los que sólo une una conexidad procesal. Por consiguiente, se trata de dos conductas delictivas que deben juzgarse en el mismo proceso por la conexidad procesal que hay entre ellas.

Jaime Giraldo Angel.

PRESCRIPCION

Acción.

Interrumpido el término de prescripción de la acción penal por el auto de proceder o su equivalente, el nuevo lapso es igual a la mitad del que corresponda a cada disposición penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal.

Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 109.

Bogotá, D. E., 11 de noviembre de 1986.

VISTOS

El defensor de los procesados Eugenio Mosquera y Jesús Antonio Rodríguez solicita la prescripción de la acción penal en estas diligencias y, consecuencialmente, la libertad inmediata e incondicional de los acusados, pues, desde la ejecutoria del auto de proceder han transcurrido más de diez (10) años, es decir, que debe la Sala dar aplicación al artículo 84 del Código Penal vigente, por ser disposición más favorable a los intereses de sus poderdantes.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal ha emitido concepto desfavorable respecto de la petición de cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, en los siguientes términos:

"Estima esta Delegada que la finalidad del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, no es otra que la de limitar y sancionar, por decirlo así, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado por tardanza en su efectividad; y obviamente cuando se profiere sentencia condenatoria de segunda o última instancia antes de que se agote el término prescriptivo, la pretensión punitiva del Estado se ha realizado oportunamente y, por lo mismo, pierde su razón de ser o de existir la prescripción de la acción, para dar paso a otro fenómeno jurídico muy diferente, cual es el de la prescripción de la pena".

"El recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia y por ello resulta contrario a la lógica jurídica que dentro de su trámite se pretenda la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, única vía procedimental para la declaratoria de prescripción de la acción o conformación de la pertinente causal de improseguibilidad (sic), amén de que resulta absurdo el predicado de que cese un procedimiento ya o previamente agotado".

"De suerte que interrumpido el término prescriptivo por virtud del enjuiciamiento, la nueva cuenta comienza desde la fecha de su ejecutoria y termina o llega hasta la sentencia de segundo grado. Luego, para el caso concreto que nos ocupa y aceptando en gracia de discusión el término prescriptivo de diez años a que alude el peticionario, vemos que debe contarse desde julio de 1976 y a diciembre de 1985 o enero de 1986, aún no se había cumplido".

"De otro lado, cabe observar que el principio de la favorabilidad fundamentalmente juega con respecto a las penas aplicables en cada caso concreto o en relación con la despenalización, y no propiamente en tratándose de términos prescriptivos. Es decir, opera frente a la ley sustancial y no a la adjetiva, como son las normas sobre prescripción, aunque por su importancia se ubican en el Código Penal. De ahí que la Ley 153 de 1887 distingue claramente entre la regla general de la preferencia de la ley preexistente sobre la expost facto, en materia penal y a propósito del tránsito de legislación o del llamado conflicto de leyes, es la excepción de la aplicación de la ley posterior sólo cuando es favorable, y por separado dilucida el problema atinente a la prescripción de la acción penal bajo el mismo supuesto, ya que en su artículo 41 advierte:

"La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiese empezado a regir".

"En este orden de ideas surge que en la situación jurídica de los procesados Mosquera y Rodríguez no es aplicable la ley posterior por ser desfavorable, pues la pena máxima para el homicidio agravado llega a treinta años (Art. 324), mientras que en el Código del 36 alcanzaba los 24 años (Art. 363). Y si se aplica el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 rigiendo el término prescriptivo de la nueva ley, de diez años, como lo invoca el peticionario, debe contarse desde el 23 de enero de 1981, fecha en la cual entró en vigencia el actual estatuto represivo, amén que de acuerdo con el artículo 105 del derogado Código el término se extendería hasta los treinta años".

Consideraciones de la Corte

1ª *De la favorabilidad:*

La Constitución Nacional en su artículo 26, inciso 2º enseña que: "En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Este principio constitucional, el legislador lo desarrolla, en idéntica forma, en el artículo 6º del Código Penal y en el 6º del estatuto procedimental penal. Solamente exceptúa lo referente a las disposiciones sobre jurisdicción y competencia o procedimentales que determinen la ritualidad del proceso y lo concerniente a la sustanciación del mismo, las cuales, se aplicarán desde el mismo momento en que entre a regir la nueva ley.

No existiendo excepción alguna, constitucional o legal, respecto de la prescripción de la acción penal, debe la Sala confrontar las disposiciones que sobre la materia consagra la Ley 95 de 1936, bajo cuya vigencia se realizó la conducta por parte de los acusados y, las contempladas en el Código Penal vigente, para determinar, cuál de ellas, por ser más favorable a los procesados, debe aplicarse en su caso.

El artículo 105 del Código Penal anterior, tenía previsto como lapso prescriptivo:

a) Treinta (30) años, para las infracciones que tengan señaladas una pena privativa de la libertad de veinte (20) años o más;

b) Un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones con pena privativa de la libertad mayor de cinco (5) y menor de veinte (20) años;

c) En cinco (5) años para los demás delitos.

De la anterior disposición se concluye que el delito de homicidio "asesinato" previsto en el artículo 363 de la citada legislación, prescribe en un lapso de treinta (30) años, pues la sanción privativa de la libertad, en su máximo, era de veinticuatro (24) años, es decir, que le sería aplicable en inciso 1º del artículo 105 citado.

Por su parte el artículo 80 del Código Penal actual consagra como término prescriptivo para la acción penal, un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años o *superior a veinte (20)*.

Si para el delito de homicidio agravado previsto en el artículo 324 el legislador sanciona la conducta con una pena máxima de treinta (30) años de prisión, para los efectos de prescripción de la acción, los veinte (20) años que determina el artículo 80 del estatuto represivo, resultan más favorables a los intereses de los procesados, razón por la cual, es esta última norma la aplicable en el caso presente.

Además, como contra los procesados se dictó auto de proceder y la citada decisión judicial causó ejecutoria, la prescripción de la acción tiene sustancial diferencia en su tratamiento en las dos legislaciones.

El artículo 107 del Código Penal de 1986 enseña que el término prescriptivo se interrumpe con el auto de proceder, pero, el nuevo lapso de prescripción de la acción penal, en ningún caso podrá exceder al señalado en el artículo 105 *ibidem*, el cual, comenzará a correr desde el mismo día de la interrupción. Es decir, que para el caso concreto, la acción penal, prescribiría en treinta (30) años, contados a partir de la ejecutoria del auto de proceder.

Por el contrario, el artículo 84 del Código Penal vigente hace tratamiento distinto respecto de la prescripción de la acción cuando se ha interrumpido por ejecutoria del auto de proceder o su equivalente. En todos los casos, el lapso prescriptivo no puede ser mayor de la mitad de la sanción privativa de la libertad, señalado máximo, respectiva disposición penal, en su máximo, pero, tampoco inferior a cinco (5) años.

Para el homicidio agravado previsto en el artículo 324, el término de prescripción de la acción penal será el de *quince (15) años,* es decir, la mitad del máximo señalado como pena privativa de la libertad que es la de treinta (30) años de prisión.

En esta hipótesis, resulta igualmente favorable a los intereses de los acusados la aplicación de las normas sobre prescripción previstas en el Código Penal actualmente vigente.

2ª *De la ejecutoria de las decisiones judiciales en el proceso penal:*

Es importante hacer claridad sobre la ejecutoria de las decisiones judiciales en el proceso penal, pues, tal circunstancia incide sustancialmente en la aplicación de las normas sobre prescripción de la acción o de la pena, según el caso. De ahí que el señor Procurador Delegado en su concepto que en lo pertinente se dejó transcrito, expone interesante tesis, que debe ser analizada en este caso.

Advierte el representante del Ministerio Público que el término prescriptivo, una vez ejecutoriado el auto de proceder, empieza a correr desde el día siguiente hasta cuando se dicta sentencia de segundo grado, pues, no siendo el recurso extraordinario de casación una tercera instancia, una vez notificada la decisión del *ad quem,* nace un nuevo fenómeno jurídico cual es la prescripción de la pena.

El artículo 209 del Código de Procedimiento Penal enseña que: "Toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal y no debe ser consultada".

Al decir la norma que solamente causa ejecutoria la decisión judicial que no es impugnada en su oportunidad, por quien tiene facultad legal para hacerlo, o, por la naturaleza de la misma y la sanción prevista para el delito investigado, no tiene consulta (artículo 199 del Código de Procedimiento Penal), excluye de esta circunstancia específica a las *providencias* (autos interlocutorios o sentencias) que han sido impugnadas dentro del término legal (recursos ordinarios y extraordinarios) y aquellas que no siendo recurridas, por mandato legal deben ser consultadas.

Solamente adquieren firmeza, cuando se surte la consulta o cuando se desatan los recursos interpuestos y la respectiva decisión de segundo grado ha sido notificada en legal forma.

En el caso concreto, la sentencia de 9 de diciembre de 1985, proferida por el Tribunal Superior de Cali fue recurrida en casación dentro del término legal por el apoderado de los procesados, de ahí que la citada Corporación haya concedido el recurso en providencia de 7 de febrero

del corriente año y admitido por esta Sala por auto de 18 de marzo siguiente.

Si la sentencia de segundo grado fue recurrida y la Corte no se ha pronunciado sobre su mérito, no puede hablarse de ejecutoria de la misma y, consecuencialmente, de interrupción de la prescripción de la acción penal para dar paso al fenómeno jurídico de la prescripción de la pena prevista en el artículo 87 del Código Penal, máxime que el artículo siguiente precisa que el término prescriptivo de la pena se principiará a contar desde la *ejecutoria de la sentencia.*

3ª *El término de prescripción:*

Conforme quedó consignado en consideraciones anteriores, en el presente caso, por serles más favorables a los procesados las normas sobre prescripción de la acción penal que tiene previstos el nuevo estatuto penal, procede la Sala a determinar si la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal es procedente.

Si la acción penal se pone en movimiento por parte del Estado, cuando un hecho coincide aparentemente con una descripción delictiva, no importa que sus autores sean o no conocidos, para averiguar si existió o no una conducta punible, tal facultad no puede sobrepasar un determinado lapso de tiempo, pues, el procesado o procesados, vinculados legalmente al proceso, tienen derecho a que se les libere de persecución penal, cuando el Estado, por medio de sus jueces, ha sido incapaz de establecer la existencia del hecho delictuoso y la responsabilidad de ellos.

Y, si bien es cierto que para los delitos más graves el lapso prescriptivo es sustancialmente mayor [treinta (30) años para los delitos cuya sanción privativa de la libertad excede de veinte (20) años], ejecutoriado el auto de proceder el término prescriptivo fue reducido en la mitad, pues, una vez concretados los cargos al procesado en el auto calificatorio, no existe razón para que el Estado permanezca inactivo durante tanto tiempo sin concretar en sentencia definitiva la responsabilidad de quien resultó comprometido en juicio.

El artículo 80 del Código Penal enseña que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). *Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*

Es decir, que si la respectiva disposición penal contempla circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, debe el juez previamente determinar cuál es el tiempo máximo de pena privativa de la libertad que puede imponer al procesado por su concreta conducta.

Por ejemplo, si un empleado oficial se apropia en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, en cuantía superior a quinientos mil pesos ($ 500.000) el término prescriptivo será de quince (15) años, si no reintegrare lo apropiado (artículo 133, inciso 2º), incrementado dicho término en una tercera parte, es decir, en cinco (5) años (artículo 82),

o sea, veinte (20) años, lapso que no supera el máximo previsto en el artículo 80 ibidem.

En cambio, delitos como "Menoscabo de la Integridad Nacional" (Art. 111); homicidio agravado (Art. 324), cuya pena máxima es treinta (30) años de prisión; "Hostilidad Militar" (Art. 112); "Instigación a la guerra" (Art. 114) y "Secuestro extorsivo" (Arts. 268 y 270) con las circunstancias concurrentes, exceden de veinte años de prisión, para los efectos de la prescripción de la acción penal, el juez debe considerar como tiempo máximo para su declaratoria, veinte (20) años *a la voz del artículo 80 del Código Penal y la mitad de su máximo respecto del artículo 84* ibidem, *luego de interrumpida por ejecutoria del auto de proceder.*

En el presente caso, el auto de proceder causó ejecutoria el *31 de julio de 1976,* o sea que para los cómputos de la prescripción solicitada por la defensa, principió a correr de nuevo el lapso prescriptivo el *primero de agosto del citado año,* es decir que la acción prescribiría el *31 de julio de 1991,* fecha en la cual se cumplirían los *quince (15) años,* equivalentes a la mitad de la sanción máxima prevista para el delito que se le imputa a los procesados que es la de treinta (30) años de prisión.

Resulta inadmisible el criterio expuesto por el señor Defensor de los acusados en el sentido de tener como término de la prescripción de la acción penal, una vez ejecutoriado el auto de proceder, el de diez (10) años, equivalentes a la mitad del lapso prescriptivo máximo previsto en el artículo 80 del Código Penal para los delitos más graves.

El artículo 84 del mismo estatuto enseña que una vez interrumpido el término de la prescripción de la acción penal, por el auto de proceder o su equivalente, debidamente ejecutoriado, el nuevo lapso prescriptivo será igual a la mitad del señalado en el artículo 80, es decir, el que corresponde a cada disposición penal, o sea, el máximo de la pena fijada en la ley.

Como el término de *quince (15) años* es igual a la mitad del máximo previsto en el artículo 324 del Código Penal y no excede de *veinte (20) años,* es en este término y no en otro que prescribe la acción penal cuando se ha interrumpido con el auto de proceder o su equivalente debidamente ejecutoriado. De modo alguno puede considerarse, como lo hace la defensa, la mitad de veinte (20) años para la nueva prescripción, pues, la norma no hace referencia al tiempo máximo de prescripción ordinaria, sino al tiempo máximo de la pena previsto en la respectiva disposición penal.

Como aún no han transcurrido quince (15) años desde la ejecutoria del auto de proceder, el pedimento de la defensa resulta improcedente.

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 DECLARAR que la acción penal en estas diligencias no ha prescrito y, consecuencialmente, niega la cesación de procedimiento solicitada por el defensor de los procesados Eugenio Mosquera y Jesús Antonio Rodríguez.

2º En firme esta providencia vuelvan las diligencias al Despacho del Magistrado sustanciador para la calificación de las demandas de casación presentadas por el señor apoderado de los procesados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, con salvamento de voto, *Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z.,* con salvamento de voto, *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

No estamos de acuerdo con la decisión mayoritaria por considerar que ya prescribió la acción penal desarrollada en este proceso, al tenor de lo dispuesto por los artículos 80 y 84 del Código Penal.

Según el artículo 80 citado, "la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, *pero en ningún caso,* será inferior a cinco años ni *excederá de veinte...*". Significa lo anterior, que la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la pena privativa de la libertad, siempre y cuando este máximo no exceda de veinte años ni sea inferior a cinco, porque en estos casos la norma general se rompe y entran a operar los topes señalados por la misma ley: "En ningún caso —el término de prescripción— será inferior a cinco años ni excederá de veinte...". No existen, pues, términos de prescripción de la acción mayores de veinte años, así el máximo de la pena sea de treinta años.

Entendido así el artículo 80, resulta de meridiana claridad que cuando la prescripción ha sido interrumpida por la ejecutoria del auto de proceder o de su equivalente, el nuevo término no puede jamás ser superior a diez años, al tenor de lo dispuesto por el inciso final del artículo 84: "*...interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80...*". Si el término máximo para la prescripción de la acción penal es, como quedó expuesto, de veinte años, el nuevo lapso prescriptivo nunca podrá exceder de su mitad, vale decir, de diez años.

Consideramos que cuando el artículo 84 remite al "...tiempo... *señalado* en el artículo 80...", debe entenderse el término de prescripción y no "...el tiempo máximo de la pena previsto en la respectiva disposición penal...", como se afirma en la providencia que no compartimos. La razón es simple: el artículo 80 no *señala* la duración máxima de ninguna pena, sino, como lo indica expresamente su epígrafe, el "*Término de prescripción de la acción*"; es cierto que la norma en comento hace alusión a un "...tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley...", pero

señala otro, y es a éste, al *señalado,* al que remite el artículo *84.* Y el tiempo *señalado* es, se repite, el necesario para que la acción penal prescriba, cuyo máximo quedó tasado en veinte años.

Como en el caso *sub examine* el auto de proceder causó ejecutoria el 31 de julio de 1976, resulta claro que la acción penal ya prescribió y así debió de declararse.

Guillermo Duque Ruiz, Lisandro Martínez Zúñiga.

Fecha, *ut supra.*

PREVARICATO

El prevaricato por acción es un delito doloso y requiere, por consiguiente, en el agente la capacidad de conocer y de querer ser contrario a la ley.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 109.

Bogotá, D. E., 11 de noviembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal de Valledupar, Sala de Decisión Penal, por sentencia de 25 de abril del presente año condenó al doctor Jorge Eliécer Soto Roca a la pena de un (1) año de prisión como autor y responsable del delito de *prevaricato por acción,* y a las accesorias del caso. Concediéndole además el subrogado penal de la condena de ejecución condicional por un período de prueba de dos (2) años.

El condenado en su debido tiempo interpuso el recurso de apelación y concedido legalmente, corresponde a la Sala decidir la alzada una vez oído el concepto del Ministerio Público.

HECHOS

En el auto de proceder quedaron narrados así:

"El Juzgado Promiscuo Municipal de El Copey, a cargo del doctor Jorge Eliécer Soto Roca, inició la correspondiente investigación penal en contra de Robinson Castrellón Castrellón y Alfredo Enrique Yepes Meza por el delito de hurto de ganado mayor, según hechos ocurridos en el corregimiento de San Francisco de Asís, jurisdicción del municipio de El Copey. Adelantadas las diligencias propias de la investigación el titular de dicha

oficina judicial en providencia de enero nueve (9) del año próximo pasado (1982) decretó la detención preventiva de Robinson Castrellón Castrellón y Alfredo Enrique Yepes Meza ordenando 'la suspención (sic) del señor Catalino Rodríguez en su calidad de Inspector de Policía del corregimiento de San Francisco de Asís, al efecto ofíciese al Alcalde Municipal de esta municipalidad a que proceda a la destitución de dicho funcionario, ofíciese al señor Comandante del puesto de Policía de San Francisco de Asís y al Comandante del Puesto Tercer Distrito de El Copey a que se coadyuve a la vigilancia y seguridad necesaria para que el sindicado no eluda la acción de la justicia de conformidad a lo establecido en el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal y vincúlese al proceso mediante indagatoria'.

"Atendiendo la petición anterior la Alcaldía Municipal de la citada localidad por medio de Decreto número 083 de enero 18 de 1982 declaró insubsistente a partir de la fecha al señor Catalino Rodríguez del cargo de Inspector de Policía del corregimiento de San Francisco de Asís, designando en su reemplazo al señor Alvaro Vergel Jiménez.

"Las explicaciones proporcionadas por Catalino Rodríguez Cantillo en el curso de su injurada fueron desatendidas por el titular del Juzgado Instructor quien en proveído de febrero 4 de 1982 ordenó su detención preventiva como cómplice del delito de hurto de ganado mayor, revocando la medida detentiva en interlocutorio de fecha febrero 22 del mismo año en donde dispuso su libertad en la forma indicada en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal". (Fls. 115, 116, Cuad. Tribunal).

Narración que corresponde a la situación fáctica establecida en el plenario a través de las distintas pruebas acreditadas.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El doctor Jorge Eliécer Soto Roca en su condición de Juez Promiscuo Municipal de El Copey, al instruir sumario por hurto a Robinson Castrellón y otros dictó en su contra auto de detención el 9 de enero de 1982. A la vez, en la misma providencia, solicitó la suspensión del cargo de Inspector de Policía de Catalino Rodríguez, al considerarlo incurso en posible delito de falsedad en documento por autorizar el sacrificio de un semoviente que a la postre resultó hurtado.

2. Debe hacerse hincapié en que Catalino Rodríguez hasta ese instante no había sido indagado y únicamente se le había recibido declaración. Y que en la providencia precautelar indicada, se advertía que como era funcionario público se solicitaría al Alcalde Municipal para "... la suspención (sic) en el ejersicio (sic) del cargo..." y vincularía al proceso mediante indagatoria.

Petición atendida por Decreto de 18 de enero de 1982 al declarar insubsistente a Catalino Rodríguez del cargo de Inspector de Policía del corregimiento de San Francisco de Asís.

3. Y en efecto sometido a injurada el señor Rodríguez fue ordenada su detención por auto de 4 de febrero de ese año. Se adujo en esta ocasión que era cómplice del delito de hurto de ganado mayor (Fl. 111).

El siguiente día 22 el Juez, doctor Soto Roca, revocó la detención, empero como consideró que existen indicios en contra de Catalino Rodríguez le impuso la obligación de presentarse cada ocho días al Juzgado, conforme a lo estipulado en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

4. Llamado el funcionario judicial a explicar su proceder manifestó inicialmente que al dar aplicación al artículo 449 del Código de Procedimiento Penal en la forma como lo hizo, pensó estar obrando correctamente y sin ánimo de perjudicar a nadie y menos de violar la ley.

Sin dejar de advertir —como bien lo sostiene el Procurador— que en el transcurso del proceso dio "... diferentes versiones no acordes con la realidad...", como se recordará más adelante.

5. Preguntado Catalino Rodríguez el motivo que pudo tener el Juez Soto Roca para proceder de esa manera, es decir, para solicitar la suspensión del cargo de Inspector de Policía y privarlo de libertad, afirmó que se debió a cuestiones de orden político. Toda vez que el jefe de turno no vio muy bien su nombramiento y como pensaba abandonar el grupo al que pertenecía por eso lo persiguieron (Fl. 71).

6. Durante la diligencia de audiencia pública tanto el agente del Ministerio Público como el defensor y el procesado, aunque esgrimiendo distintos argumentos pero todos enfocados a desconocer ilicitud en la conducta, pidieron el pronunciamiento de sentencia absolutoria.

Así, la Fiscal, en síntesis requirió la absolución del ex Juez Municipal por cuanto la conducta se concertó a "la equivocada interpretación del artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, al disponer la suspensión de Catalino Rodríguez sin vincularlo legalmente al proceso", contingencia —continúa— prevista en el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal. Posición totalmente opuesta a lo expuesto en su concepto de 4 de octubre de 1982 al decir "todo ello muestra un deliberado propósito de apartarse de la ley, es decir, aplicar incorrectamente las normas legales de rigor en el caso mencionado, cometió en consecuencia el delito de prevaricato que consiste esencialmente, en no dar aplicación a lo que se sabe debe ser aplicado, procediendo en ejercicio de funciones oficiales y al dictar, en este caso un auto dentro de un proceso penal" (Fl. 111).

El incriminado, por su parte, insistió en que su proceder si bien equivocado estuvo exento de malicia. Al respecto hizo análisis del dolo a la luz de la legislación colombiana y dijo que al reconocer su acción confesó el hecho tratándose entonces de una confesión indivisible, la que tiene que aceptarse conforme a su dicho, vale decir reconociendo la buena fe. Para respaldar sus argumentos citó a varios autores nacionales y extranjeros.

En esta ocasión aludió a la "crisis sicológica que estaba viviendo en ese entonces al tener conocimiento que mi señor padre, estaba hospitalizado" y por cuanto tenía que ser operado era necesario "mi presencia" (Fls. 178 y ss.).

7. En turno el defensor reprodujo los planteamientos hechos a la Sala de Casación Penal de la Corte al sustentar la apelación del auto de proceder. Aceptó el prevaricato objetivamente pero negó su existencia en cuan-

to al elemento subjetivo para condenarlo. Pues atendiendo el momento de confusión que padecía el doctor Soto Roca "...él creyó que había obrado conforme a la ley", esto es "error de tipo ... o sea causal de inculpabilidad consagrada en el artículo 40 numeral 4º del Código Penal".

En conclusión, afirma, que su defendido lo que "hizo fue aplicar la ley o su modo de entender y él consideró que estaba obrando bien de acuerdo a sus conocimientos jurídicos y a la interpretación de la norma" (Fl. 186).

8. El Procurador Delegado sostiene que la actuación del procesado se halla exenta de dolo, ya que la ignorancia demostrada por éste "no sólo en materia de derecho, sino en relación a los hechos" son más bien claro indicio de inculpabilidad que de ilicitud. En respaldo a sus reflexiones transcribe algunos párrafos de reciente pronunciamiento de esta Sala, para pedir que la sentencia sea revocada y en su lugar se absuelva al encausado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La condición de funcionario judicial de Jorge Eliécer Soto Roca, al tiempo de acontecer los hechos denunciados, se halla plenamente establecida por Acuerdo de 26 de julio de 1979 originario del Tribunal Superior de Valledupar nombrándolo Juez Promiscuo Municipal de El Copey, copia del acto de posesión y certificado sobre el tiempo de servicios expedidos por el Alcalde de aquel lugar.

Así mismo agregado al informativo se encuentra copia de la providencia de 9 de enero de 1982, tantas veces citada, por la cual se solicita suspensión y destitución de Catalino Rodríguez como Inspector de Policía lo que se produjo de inmediato.

2. Antecedentes que deben ser estudiados para saber si la sentencia, materia de la protesta es legal.

En primer lugar, *débese recordar que el prevaricato por acción tiene vigencia cuando el empleado oficial profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley (Art. 149 Código Penal). Se trata, por lo tanto, de un delito doloso, lo que supone capacidad de conocer y de querer en el agente que la resolución o dictamen es contrario a la ley en una palabra que la conducta desplegada es ilícita. O como claramente lo enseña el Código de la materia: "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" (Art. 36).*

Por consiguiente no hay discusión —conforme lo pregonan la defensa, el procesado y el Ministerio Público— que si el agente actúa bajo algunas de las causales previstas en el artículo 40, ibidem, *no es culpable precisamente por la falta de dolo. De igual manera si procede por ignorancia excusable.*

Es este punto el que conviene examinar para saber si realmente el comportamiento del procesado es doloso o por el contrario —tal como se alega— ajeno de culpabilidad. Debe insistirse, de una vez, que el hecho

punible en su aspecto material no tiene ningún reparo, por encontrarse ampliamente comprobado en el presente caso.

Conviene también, así sea brevemente, memorar que la nueva legislación penal (Decreto 100 de 1980) suprimió algunos ingredientes de carácter subjetivo como la simpatía o animadversión previstos en el prevaricato del Código de 1936. Circunstancia que ha dado pábulo a que incorrectas interpretaciones de la ley o separación de la misma, sean esgrimidas como conductas cobijadas por supuesta buena fe, error o ignorancia del funcionario y por consiguiente exentas de dolo. Pues bien, hay que afirmar que no cualquier pretexto sirve para reconocer inculpabilidad.

3. A propósito la Sala al revisar el auto enjuiciatorio dijo:

"Las explicaciones que ha dado el enjuiciado enderazadas a estructurar la causal 4ª de inculpabilidad, prevista en el artículo 40 del Código Penal, no son de recibo en la medida en que ha puesto de presente que no ordenó la detención del Inspector por no haber sido indagado, pues de haberla dispuesto, expresa que habría incurrido en delito de detención arbitraria o de prevaricato; y sostiene que el numeral 2º de la parte resolutiva de su providencia, mediante la cual definió la situación jurídica de los sindicados del delito de hurto, fue nulo, precisamente por no haber sido indagado ni detenido el señor Catalino Rodríguez.

"A propósito cabe anotar que esa parte de la resolutiva es la constitutiva de delito contra la administración pública, pues no solamente está en ostensible oposición con las normas que gobiernan el proceso penal en relación con funcionarios públicos, sino que fue agotada con la separación del Inspector de su empleo.

"Comprometida la responsabilidad del sindicado, doctor Jorge Eliécer Soto Roca en el grado exigido por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y demostrado plenamente el cuerpo del delito, se hallan satisfechos los requisitos previstos en esta disposición para llamarlo a responder en juicio criminal como autor del ilícito de prevaricato, razón por la cual se impartirá aprobación al auto recurrido" (Fls. 23, 24 C. de la Corte).

4. En verdad, conforme lo expresa la Sala, no son aceptables las explicaciones suministradas por el funcionario judicial, doctor Soto Roca, menos aún si en la injurada de manera expresa reconoce que pudo incurrir en "detención arbitraria o prevaricato" si detiene a Catalino Rodríguez antes de ser indagado. Lo cual presupone no sólo conocimiento de estos delitos sino también de las repercusiones que implicaban los mismos.

Lo anterior es motivo suficiente entonces para desechar "la ignorancia ... en materia de derecho" del encausado, argumentada por el Procurador Delegado y el incriminado, quien, en posteriores alegatos, denota que no es el indocto que pretende ser.

Si ciertamente —conforme lo expresa la norma— la ignorancia de la ley no sirve de excusa, porque no todos conocen las normas legales, es apenas elemental que tratándose de jueces, por potísimas razones, no pueda

predicarse la misma reflexión, ya que para éstos el conocimiento de la ley es la regla y su excepción la ignorancia, a menos que ésta sea invencible.

5. En el caso del ex Juez Soto Roca, además, es fácil suponer que cuando profirió el auto cuestionado (1982) tenía experiencia judicial, si se repara que el Tribunal Superior lo había elegido Juez, en propiedad, tres años antes (1979). Nombramiento que debió hacerse teniendo en cuenta la idoneidad para desempeñar el cargo, que no puede ser otra que la adquirida al obtener el título de doctor en derecho o abogado.

De otra parte la norma (Art. 449 del C.P.P.) no tiene complejidades, ni su texto es confuso, es claro, tan claro que lo entendió demasiado bien para pedir la suspensión de Rodríguez y solicitar las medidas de vigilancia a fin de que no se sustrajera de la acción de justicia.

6. Es indiscutible que cada providencia judicial requiere diferentes presupuestos probatorios para su pronunciamiento. En efecto no son los mismos para llamar a juicio que para fulminar sentencia de condena, pues, en ésta se tornan más exigentes como que es la culminación del proceso judicial. Sin embargo, en muchas ocasiones la prueba recaudada en el sumario y valorada para el enjuiciamiento resulta de suyo insuficiente para condenar.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, nada especial, que pudiera rectificar la situación del procesado, se aportó durante la etapa del juicio, a no ser la insinuación que por los días en que acontecieron los hechos investigados, tuvo problemas de índole familiar que en cierta forma alteraron su estado anímico que influyó en la determinación irregular tomada. Situación no alegada antes, que induce a pensar en la inconsistencia de las explicaciones dadas, propio de cuando no se dice la verdad o simplemente se busca un pretexto justificativo.

Conclusión de lo antedicho es que tan plenamente aparece comprobado el prevaricato en su aspecto objetivo o material como subjetivamente. Y que a pesar de los esfuerzos dialécticos hechos para demostrar la inculpabilidad de Jorge Eliécer Soto Roca, su responsabilidad emerge sin la menor hesitación, toda vez que nada evidencia la ignorancia, el error o la buena fe, con carácter de invencibles, dadas las circunstancias de la claridad de la norma aplicada, la sencillez del caso resuelto y la experiencia del funcionario.

Si lo esencial en el reato de prevaricato por acción es que la resolución sea injusta, la proferida por el doctor Soto Roca adquiere con creces esa condición al apartarse de manera ostensible del derecho. "...Sin que importe los motivos que el empleado judicial tenga para ello...", como lo dijo esta Sala en providencia de 16 de junio de 1981 siendo ponente el Magistrado Romero Soto.

Entonces si se cumplen a cabalidad los requisitos del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia impugnada es acertada y merece su aprobación.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR en todas sus partes, la sentencia condenatoria apelada.

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.

SUSTENTACION

La exigencia de sustentación del recurso de apelación, así se haya hecho a uno solo de los cargos o por uno solo de los procesados, proporciona al funcionario de segunda instancia facultad para revisar toda la providencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 109.

Bogotá, D. E., 11 de noviembre de 1986.

VISTOS

Reconstruido como ha sido este sumario, por virtud del recurso de apelación oportunamente interpuesto y legalmente tramitado, conoce la Sala del auto de 6 de octubre de 1984, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva llamó a responder en juicio al doctor Abraham Castro Anacona, ex Juez Tercero Civil Municipal de dicha localidad, por los delitos de prevaricato y cohecho.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los siguientes son los hechos imputados al doctor Castro Anacona, cometidos como titular del precitado juzgado, y concretamente dentro del proceso ejecutivo en el que figuró como demandado Luis Alberto Charry Vargas, y como demandante José Alejandro Ramírez Cortés:

a) Haber nombrado como perito al señor Eurípides Manchola Trujillo, que no figuraba en las listas de auxiliares de la justicia y quien resultó ser persona de confianza del demandado, a quien favoreció con su dictamen, pues con base en él se declararon posteriormente probadas las excepciones que propuso, determinación que fue revocada por el Juez de segunda

instancia, Tercero Civil del Circuito. Dicha designación se hizo mediante providencia de 8 de febrero de 1983.

b) Haber recibido del demandado la suma de cuarenta mil pesos en las siguientes fechas: 3 de mayo, 11 de julio y 3 de agosto de 1983. El perito intervino en la inspección judicial llevada a cabo el 10 de mayo, y la providencia que admitió las excepciones tiene fecha 28 de julio. El 2 de agosto el mismo Charry Vargas giró al perito un cheque por tres mil setecientos pesos.

2. El defensor del procesado interpuso recurso de reposición, y en subsidio apelación, con el fin de que se revocara el procesamiento por cohecho, ya que —argumenta— no aparece probada "la relación causal entre dádiva y conducta del Juez".

El Tribunal respondió que precisamente el cargo que se ha formulado es el de cohecho impropio, el cual logra tipificarse con la sola recepción de dinero u otra utilidad, "sin que exija la ley para este caso la realización u omisión de cualquier acto relacionado con sus funciones", y concedió el recurso de apelación.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal empieza por decir que el Juez procesado también incurrió en delito de falsedad ideológica, ya que afirmó una mentira al consignar en el auto prevaricador que el señor Manchola Trujillo hacía parte de la lista de auxiliares de la justicia. Respecto al cohecho conceptúa que no se trata de cohecho impropio sino propio, toda vez que "el dinero recibido de manos del demandado Charry Vargas dentro del proceso ejecutivo, sólo tuvo como objeto el facilitar por parte del ex Juez investigado la violación de los deberes propios del cargo, a través de la ejecución de actos contrarios a sus deberes oficiales, de perfecta y completa ocurrencia en el caso de estudio". Solicita, consecuentemente, la confirmación del auto impugnado en lo que se refiere a los dos delitos contra la administración pública, y que se le modifique en lo que concierne al procesamiento por el mencionado delito contra la fe pública.

Se considera

1. El defensor del procesado admitió expresamente el cargo por prevaricato y, en consecuencia, no sustentó sino la impugnación relacionada con el cohecho. Esta *exigencia de sustentación, que nació con la Ley 2ª de 1984 (Art. 57), podría dar lugar a pensar que el juzgador de segundo grado no podría revisar la providencia sino en lo que atañe a las impugnaciones debidamente sustentadas. Mas no: debe la Sala reiterar que el recurso de apelación proporciona al juzgador de segunda instancia competencia para "decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada" (Art. 197 Bis del C. de P. P.), y ya frente a la obligación de sustentar, basta que así se haya hecho respecto a uno solo de los cargos o por uno solo de los procesados, para que el funcionario de segunda instancia pueda revisar toda la providencia y no únicamente la parte no compartida que es objeto del recurso.*

La sustentación es, entonces y en ese sentido, el camino procesal para que el Juez de segundo grado adquiera la posibilidad de revisar la totali-

dad de la providencia impugnada. La parte, al hacer uso de esta carga, debe saber que corre con el riesgo de que se le desmejore su situación, no sólo respecto al cargo combatido, sino a los que ha aceptado sin protesta alguna, y debe saber también que su inconformidad, sí es debidamente argumentada, puede comprometer, con los mismos riesgos, a las demás partes que no impugnaron la providencia, tal como lo dispone el artículo 197 Bis ya citado. Es decir, que en principio y dentro de una sana interpretación integrada de los artículos 57 y 197 (Bis) del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación impone al ad quem *únicamente la obligación de revisar y pronunciarse sobre la parte de la providencia impugnada que fue objeto de sustentación, pero no le restringe la posibilidad legal de afectar con su determinación otros puntos de la decisión protestada, que el recurrente, por voluntad o descuido, no incluyó en su memorial sustentador.*

En este orden de ideas, la Sala revisará el pliego de cargos apelado y sustentado sólo parcialmente.

2. El 8 de febrero de 1983 el Juez procesado ordenó la práctica de una inspección judicial, prueba que había sido solicitada precisamente por la parte demandada, y agregó en el respectivo auto que "para que intervenga como perito en esta diligencia se designa al señor Eurípides Mancholla Trujillo quien se encuentra de turno en la lista de auxiliares de la justicia" (Fl. 238); se le comunicó este nombramiento, tomó posesión del cargo, y luego emitió el correspondiente dictamen (Fls. 48 a 50).

Mediante inspección judicial practicada en el proceso ejecutivo (Fls. 7 y ss.) se probó que el perito designado no hacía parte de la lista de auxiliares de la Justicia. Y los artículos 9º del Código de Procedimiento Civil y 1, 2, 15 y 24 del Decreto 2265 de 1969 ordenan que la designación de perito la hará el juez *exclusivamente* de la lista citada, siendo también muy claros y contundentes en las sanciones en que incurre el juez que no observe estos mandatos. La destitución fue la sanción que le impuso el Tribunal (Fls. 142 y ss.).

Oportunamente el apoderado del actor le hizo ver al juez la irregularidad cometida al nombrar como perito al extraño (Fl. 247), pero aquél persistió en la designación y negó la petición de nulidad (Fl. 248), reiterando así su voluntad de desconocer la ley, la cual también había exteriorizado ante sus empleados Pedro Antonio Ochoa (Secretario) y Ramiro Martínez Vásquez (Oficial Mayor), quienes declararon (y luego lo reiteraron en careos) que fue el doctor Castro Anacona quien ordenó designar el perito, elaborando el respectivo borrador de la providencia, a pesar del reparo que le hizo Ochoa sobre su no inclusión en la lista de auxiliares. Y el Escribiente Luis Alberto Puentes va incluso más allá al expresar que prácticamente el perito fue "nombrado entre los dos", refiriéndose al Juez y al demandado Charry Vargas (Fls. 185 y ss.), y refrendando lo que el sumario dice respecto de las continuas visitas que este último le hacía al sindicado.

No tiene, pues, ningún respaldo procesal el dicho del sindicado, cuando repite que el perito fue designado por el Oficial Mayor del juzgado, Ramiro Martínez, quien tenía asignada esa función. Además, recuérdese

que el perito resultó ser persona de confianza de la familia del demandado (admite que ha realizado trabajos en establecimientos de la esposa de éste —Fls. 293 y ss.—), y que este último le giró un cheque apenas 4 días después de que el proceso se decidiera a su favor (Fls. 171 y 175).

La Sala debe anotar que tiene razón el Procurador cuando señala que el prevaricato se extiende a esa providencia del 28 de julio de 1983, que aceptó las excepciones del demandado Charry Vargas (Fls. 62 y ss.). El nombramiento ilegal del perito no resulta ser sino el primer paso para arribar al auto favorecedor, que, desde luego, fue revocado con reiteradas observaciones a la manera forzada como el Juez había fallado (Fls. 187 y ss.). La recepción del dinero, antes y después de esta decisión —que dio origen a otro delito, como más adelante se verá—, corrobora el conocimiento que el acusado tenía sobre la ostensible ilegalidad de las indicadas providencias, con cuya expedición incurrió en el delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 149 del Código Penal, puesto que el sindicado, empleado oficial (su desempeño como Juez, a la sazón delictual, está probado con la documentación de Fls. 110 y ss.), profirió providencias manifiestamente contrarias a la ley, sin circunstancia alguna justificativa, y con conciencia y voluntad de su deslealtad con la Administración Pública.

Resulta claro que la providencia mediante la cual se designó ilegalmente al auxiliar de la justicia comporta no más que el primer paso para arribar a la sentencia favorecedora y que puso fin al proceso en primera instancia, como que ésta se fundamentó en el dictamen del perito.

En tales condiciones los dos autos forman un todo jurídico, una misma decisión ilegal, fraccionada en dos actos. Esta unidad objetiva aparece también sostenida por un único propósito: absolver al demandado. Precisamente esto es lo que quiere significar la Delegada cuando advierte que el prevaricato "se extiende" a la decisión definitiva y concluyente, la cual, recuerda la Sala, fue revocada "por *ostensible* falta de asidero probatorio", según se lee en el fallo de segundo grado (Fl. 192, se subraya). En igual sentido se había pronunciado esta Sala, cuando resolvió un proceso en el cual ilegalmente, dentro de un juicio ejecutivo, se habían hecho dos pronunciamientos (mandamiento de pago y decreto sobre medidas cautelares). En aquella oportunidad sostuvo esta Corporación, que dichas determinaciones "se integran en el aspecto jurídico y aparecen, en el caso que se estudia, como una sola manifestación de la intención del procesado de beneficiar a la parte actora" (sentencia de 15 de octubre de 1985; Magistrado ponente: doctor Velásquez Gaviria).

Pero la Sala se aparta del criterio del Ministerio Público consistente en que dicha prevaricación concurre con el delito de falsedad ideológica en documento público (Art. 219 del Código Penal).

En efecto. El prevaricato por acción se tipifica, desde el punto de vista objetivo, al proferir providencia manifiestamente opuesta a la solución jurídica que impone el derecho vigente para el caso concreto y que el funcionario está en la obligación de aplicar. La ilegalidad de la resolución puede provenir de aplicar al caso la norma que no le era aplicable, o de aplicar la pertinente, pero dándole una torcida interpretación que

manifiestamente distorsiona su sentido y alcance, o de alterar la situación fáctica citando hechos falsos u omitiendo otros verdaderos que sirvan de fundamento a la resolución y le dé a ésta apariencia de legalidad. Mas la citación de hechos falsos que sirven de fundamento para la ilegal determinación, no siempre da lugar a un delito contra la fe pública. En el caso *sub judice,* por ejemplo, donde la afirmación falsa se limitó a aseverar que el señor Eurípides Manchola Trujillo se encontraba "de turno en la lista de auxiliares de la justicia", no puede admitirse la configuración de una falsedad documental, toda vez que esta aseveración era totalmente superflua, como que no necesitaba hacerse para proceder al nombramiento del perito, y no dañó ni puso en peligro el bien jurídico tutelado con esta norma.

Sólo existe, pues, por este aspecto, el delito de prevaricato que se le imputó al ex Juez.

3. En relación con el cohecho, está probado que el sindicado recibió los dineros. Así no sólo lo acepta él, sino que se constató tanto en la inspección judicial en el Banco de Colombia donde tiene la cuenta el girador Luis Alberto Charry Vargas, como en la llevada a cabo en el Banco del Comercio, donde la posee el sindicado (Fls. 170 a 178).

No puede admitirse la afirmación del doctor Castro Anacona, respaldada en lo sustancial por el demandado Luis Alberto Charry Vargas, su hermano Juan, Alba Luz Beltrán de Castro y Rosalba León Charry (esposas del receptor y del dador, respectivamente), en el sentido de que recibió los cuarenta mil pesos como "delegante" de su esposa, que era, dice, acreedora del hermano del demandado. Aparte de que no hay acuerdo respecto a las circunstancias que rodearon esa supuesta negociación del televisor, es una evidencia que el dinero se lo entregó el demandado al sindicado en un lapso que va desde pocos días antes de que el perito interviniera, hasta el 3 de agosto, o sea a los cuatro días de que Castro Anacona fallara el proceso en favor de Charry Vargas.

Este aspecto es el que lleva a afirmar a la Sala, de acuerdo con la Procuraduría, que la relación causal entre la recepción del dinero y las providencias manifiestamente ilegales, aparece nítida en los autos. Y entonces, si Castro Anacona recibió (para sí) dinero para ejecutar un acto "contrario a sus deberes oficiales", incurrió en cohecho propio, delito que el artículo 141 del Código Penal sanciona con prisión de uno a cinco años.

En la modalidad de cohecho (impropio), por la cual viene llamado a juicio el sindicado —Art. 142.2 C. P.— está ausente esa promesa del empleado oficial de retardar u omitir un acto propio del cargo o de ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales. De suerte que este cargo será modificado por la Sala en los términos antedichos.

Huelga anotar que dicho comportamiento es antijurídico y culpable, naturalmente a título de dolo, y también está comprobado en los términos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

La modificación introducida al auto de proceder no impide que prosiga válido el otorgamiento de la libertad provisional que se resolvió por el Tribunal, pues no obstante la gravedad de los hechos que motivan este

llamamiento a juicio, es lo cierto que al procesado le es aplicable, según providencia de esta Corporación del día de hoy (proceso contra Silvio Alirio Caicedo Burgos), que no fue compartida por el suscrito Magistrado sustanciador, lo previsto en el artículo 15 del Decreto 1853 de 1985.

Se incrementará, sí, el valor de la caución fijada, en una suma igual a la señalada en el ordinal segundo de la parte resolutiva de la providencia impugnada, es decir, en $ 56.490.00, los cuales deberán ser consignados a órdenes del Tribunal Superior de Neiva.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, parcialmente de acuerdo con el Ministerio Público,

RESUELVE:

1. MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutiva de la providencia apelada, en el sentido de imponer al procesado Abraham Castro Anacona, como caución prendaria para continuar disfrutando de libertad provisional, el doble de la allí señalada.

2. CONFIRMAR dicho proveído en todo lo demás, con las aclaraciones hechas en la parte considerativa del presente auto.

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.

CAUSAL PRIMERA

Técnica.

Cuando la impugnación se fundamenta en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de una prueba, la ley exige que se explique con claridad si obedece al quebrantamiento de normas o a la carencia de sindéresis lógica de la sentencia. (Error de derecho o de hecho).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 110.

Bogotá, D. E., 12 de noviembre de 1986.

VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada Rosalina Ortega Bejarano contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 23 de enero de 1986, que confirmó la de primera instancia, en la cual se le impone la pena principal de 18 meses de prisión como responsable de uso de documento público falso, habiendo participado en su falsificación.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 26 de agosto de 1983 fue capturada Rosalina Ortega Bejarano en el Ministerio de Relaciones Exteriores cuando gestionaba la expedición de su pasaporte, al advertirse que la cédula de ciudadanía que presentó para el efecto era apócrifa, y además tenía adulterada la fecha de nacimiento de su portadora.

En el curso de la investigación se estableció que a Rosalina Ortega le fue expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil la cédula

de ciudadanía número 41519457 el 2 de abril de 1973, en la que constaba como fecha de su nacimiento el 31 de julio de 1947. En su indagatoria dijo que tal documento se le extravió hacia 1980, y para volver a obtenerlo contrató los servicios de un abogado, quien días después le presentó uno nuevo en el que no advirtió que su fecha de nacimiento había sido cambiada y que comenzó a utilizar hasta cuando en 1983 le fue decomisado.

La procesada fue llamada a juicio y condenada por uso de documento público falso, habiendo participado en su falsificación, según las previsiones del inciso 2º del artículo 222 del Código Penal de 1980.

La demanda

Un cargo se hace a la sentencia de segunda instancia con invocación de la causal 1ª inciso 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por considerar el censor que es violatoria de la ley sustancial en forma indirecta, por error de hecho resultante de la errada apreciación de las "pruebas fundamentales del proceso", lo que llevó a la aplicación indebida de los artículos 222 inciso 2º, 2, 5 y 36 del Código Penal y 215, 217 y 230 del Código de Procedimiento Penal.

Considera que el Tribunal apreció erradamente las siguientes pruebas:

a) Los informes rendidos por el DAS sobre captura de la procesada cuando tramitaba el pasaporte;

b) El documento apócrifo decomisado a la misma;

c) El dictamen pericial de los laboratorios de identificación del DAS y los anexos de folios 135 y ss. del proceso;

d) El informe número 23677 del 26 de agosto de 1983;

e) Las declaraciones de los agentes Enrique Ruiz y Antonio Quintero;

f) La exposición rendida por la procesada ante la Policía Judicial el 26 de agosto de 1983;

g) La indagatoria de la procesada, y

h) Las declaraciones de Miryam Sánchez, Hernando Ortega y Rosario Bejarano; y afirma que a través de tales elementos de juicio el Tribunal dio por plenamente demostrados el cuerpo del delito, la autoría y la responsabilidad penal de la acusada a título de dolo.

Estima que de las pruebas referidas se deducía claramente que el documento incautado no era un documento público por no haber sido expedido por funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su autorización, pues fue elaborado por particulares, luego no se podía condenar a su patrocinada por uso de documento público falso.

Advierte luego que el Tribunal trascendió (sic) en su yerro valorativo del campo de la tipicidad al de la culpabilidad, y por este medio a la aplicación indebida de los artículos 2, 5 y 36 del Código Penal, pues terminó por responsabilizar a la procesada de una conducta inocua cual fue la de adulterar su fecha de nacimiento para disminuirse la edad, situación

ésta que no ocasionaba perjuicios y que además no se hizo para perseguir algo ilícito. Solicita en definitiva la casación del fallo y la absolución de la sentenciada.

El Ministerio Público

Considera el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que "los cargos" (sic) formulados a la demanda deben desecharse y en su lugar, a través de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, casar el fallo de segundo grado por haber sido dictado en juicio viciado de nulidad de orden constitucional por desconocer el principio de legalidad de los delitos y de las penas, debido a que cuando se profirió, la acción penal se hallaba prescrita.

Argumenta partiendo de la base de que la procesada adquirió la cédula de ciudadanía apócrifa en marzo de 1979 y que por tanto su conducta debió subsumirse por los sentenciadores en el artículo 244 del Código Penal de 1936, porque esta norma "consagraba como hecho punible contrahacer pases, licencias, pasaportes, *cédulas de ciudadanía*... o cualquier otro documento análogo, que legalmente deba ser expedido por las autoridades nacionales o extranjeras, o los alterare de cualquier manera en su fecha o sentido, con el fin de que sirvan a personas o en tiempo *o en circunstancias* diferentes de aquellas a que verdaderamente se refieren; o a sabiendas hiciere uso de esos documentos falsificados o alterados, o los entregare a otro para que haga uso de ellos". Observa que la pena máxima privativa de la libertad para cualquiera de las conductas descritas era de dos años, es decir, que de conformidad con el artículo 105 de tal estatuto la acción prescribía en cinco años.

Estima que el verbo rector de la norma mencionada es contrahacer, y como éste describe una conducta de consumación instantánea el término de prescripción de la acción pertinente comenzaba a correr desde el día de su ocurrencia, que se sitúa, en el caso concreto, en marzo de 1979, y sólo podía ser interrumpido por la ejecutoria del auto de proceder, evento éste que no llegó a ocurrir, porque para cuando quedó firme dicho pronunciamiento —febrero de 1985—, ya la acción había prescrito, y así debió declararse.

Considera que el uso de la cédula apócrifa en 1983 cuando fue decomisada no tenía virtualidad de incidir en el tipo penal y "desplazarlo a otro hecho descrito como delito, menos aún para trasladar a otra época el momento consumativo de la infracción, pues que ello... sólo podría predicarse de los llamados tipos penales de dos actos como el consagrado en el artículo 221 del estatuto actual".

Añade que el auto calificatorio de segunda instancia fue el que desconoció el principio de la legalidad, porque a su ejecutoria ya la acción había prescrito, y sugiere su anulación por virtud de la casación de la sentencia y la aplicación simultánea de la orden de cesación del procedimiento. Seguidamente discurre sobre los fundamentos lógico-procesales de su petición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *El cargo formulado por el demandante adolece de tales defectos de técnica, que lo hacen inepto para el propósito absolutorio que persigue. En efecto, dice el recurrente que invoca la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal "por violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia de errores de hecho cometidos por el honorable Tribunal en la valoración de pruebas fundamentales del proceso, que lo llevaron a aplicar indebidamente los artículos 222, inciso 2º, 2, 5 y 36 del Código Penal y los artículos 215, 217 y 310 del Código de Procedimiento Penal". Al fundamentar su acusación se limita a mencionar las pruebas que obran en el proceso, a través de las cuales "el Tribunal dio por plenamente demostrados el cuerpo del delito, la autoría y la responsabilidad penal de la acusada a título de dolo". Luego concreta los que considera como errores de la sentencia al definir como público un documento que según él es privado por haber sido elaborado por particulares, y haber considerado como dolosa una conducta que no tenía este carácter por ser inocua, pero en ninguna parte aparece el análisis de la apreciación errada de las pruebas para demostrar cómo emana de ella las fallas que imputa a la sentencia y cómo tales fallas violan el ordenamiento jurídico en previsiones normativas precisas, para reconstruir luego el proceso diciendo con precisión de qué manera debieron interpretarse, y cuáles normas se debieron aplicar en sustitución de las indebidamente aplicadas.*

Toda sentencia ya acompañada de una presunción de juridicidad, por lo que la ley es muy rigurosa en la manera como se debe obtener el quebrantamiento de la decisión en ella proferida. En el caso de fundarse la impugnación en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de una prueba, la ley exige expresamente "que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca manifiesto en los autos".

Ello implica que el discurso jurídico en este caso tiene que desenvolverse en el análisis de la apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas, explicando con claridad si ello obedece al quebrantamiento de normas legales que regulan este proceso, o a la carencia de sindéresis lógica de la sentencia (error de derecho o de hecho), la relación de causalidad entre tales fallas y las normas sustanciales indebidamente aplicadas, la forma como el proceso de análisis de las pruebas se debió realizar correctamente, y cuáles son las normas sustanciales que se deben aplicar en sustitución de aquéllas.

En el caso en estudio se quebrantaron todas estas reglas de técnica, lo que bastaría para desechar el recurso.

A pesar de ello quiere la Corte hacer dos comentarios sobre el contenido de lo manifestado por el casacionista en su demanda:

a) Afirma él que por haber sido elaborado por particulares el documento objeto del delito de falsedad a que se refiere la demanda es privado y no público.

Como lo enseña el artículo 218 del Código Penal, documento público es el que emana de empleado oficial en ejercicio de sus funciones. De modo

que en principio se tiene el origen como criterio para determinar si un documento es público o privado. Pero hay documentos que por mandato de la ley sólo pueden ser expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de funciones, como son las providencias judiciales, los actos administrativos, o, como en el caso presente, la cédula de ciudadanía. Estos documentos son en todos los casos, y por mandato de la ley, públicos, y su falsificación está contemplada como tal en el artículo 220 del Código Penal que dice:

Artículo 220. *Falsedad material de particulares en documento público.* El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

b) Luego en una confusa redacción, pretende el recurrente impugnar la sentencia porque el Tribunal, según él al apreciar erróneamente todas las pruebas que obran en el proceso, consideró que había una conducta dolosa, cuando la falsedad realizada era inocua, pues sólo lo hizo la procesada para disminuirse años.

Este punto, el de la inocuidad de la falsedad, fue ampliamente discutido durante el proceso, y sobre él dijo expresamente el Tribunal:

"La falsedad que se pregona de la cédula de ciudadanía portada por la procesada, y que usó en procura de los trámites del caso para la consecución de su pasaporte ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no debe entenderse solamente en relación al cambio de la fecha de nacimiento de la titular, haciéndose aparecer en el documento con edad inferior a la real, sino en sí de todo el documento de identificación, puesto que, según obra prueba en el proceso, la entidad estatal encargada de expedirlo no lo hizo, y la elaboración de la misma corrió a cargo de terceros particulares. De modo pues que el documento de identificación mencionado es falso íntegramente, en su totalidad, y en tales condiciones nada importaría si la cédula así conseguida y exhibida por la procesada coincidiera en todos sus datos con la original u oficial".

3. La Procuraduría Delegada por su parte solicita que se disponga la cesación de procedimiento por el delito de falsedad en documento público, y simultáneamente se case el fallo, por haberse dictado en un proceso prescrito.

El delito por el cual se dictó sentencia condenatoria a la procesada Rosalina Ortega fue el contemplado en el inciso 2º del artículo 222 del Código Penal que dice: "Si quien usa el documento a que se refiere el inciso anterior, fuere el mismo que lo falsificó, la pena se aumentará hasta la mitad".

Este es un tipo de los que la doctrina denomina como complejos, pues subsume dos conductas delictivas: la falsedad en documento público, y el uso del mismo. En este caso concreto, cada uno de ellos puede tener vida independiente, y existir sin ninguna conexidad entre sí, por lo que los términos de prescripción pueden ser completamente distintos. Es esto lo que ocurre en el caso en estudio, en el que el delito de falsedad parece haberse realizado en el año de 1979, mientras que el del uso del documento público falso se consumó el 26 de agosto de 1983. Por consiguiente, con

relación a este delito no ha ocurrido el fenómeno de la prescripción, pues no han transcurrido los cinco años que exige la ley para ello. En cuanto a la falsedad, en los acápites siguientes explicaremos cómo esta conducta no fue objeto del presente proceso.

4. Como atrás lo dijimos, la conducta por la cual se le dictó sentencia condenatoria a la procesada Rosalina Ortega subsume dos tipos delictivos, la falsedad en documento público y el uso de él. En el caso concreto, el proceso se adelantó exclusivamente por el uso de documento público, habiéndose excluido expresamente la indagación por el delito de falsedad. En el auto de proceder expedido por juzgado de instancia se dice:

"Desde ya es indispensable hacer claridad sobre la existencia de hechos separados, que si bien fueron objeto de análisis en decisiones pretéritas dentro de este proceso, lo cierto es que los mismos han de separarse a efectos de ocupar el presente protocolo exclusivamente en lo atinente al delito de falsedad en documento público que hizo con la aprehensión de la señora Ortega Bejarano, esto es, cuando hacía trámites para su pasaporte ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y utilizó la cédula inauténtica que tantas veces se ha relacionado en el cuerpo de la presente calificación. Los hechos restantes tienen que ver con la conducta que sirvió para adulterar en las oficinas de la Registraduría Nacional del Estado Civil la tarjeta de preparación del documento legalmente expedido a Rosalina,...".

Este planteamiento fue acogido expresamente por el Tribunal en el auto que confirmó el enjuiciatorio. No hay lugar, por tanto, a hacer ninguna declaración con relación a esta conducta delictiva.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra Rosalina Ortega Bejarano.

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.

CONEXIDAD

Cuando no sea posible adelantar conjuntamente el juzgamiento de los delitos conexos, el rompimiento de esa unidad no lleva a la invalidación del proceso.

CONCURSO

Hay concurso efectivo de hechos punibles en el fraude procesal y la estafa, aun en el caso de que el segundo se quede en el terreno de la tentativa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 110.

Bogotá, D. E., 12 de noviembre de 1986.

VISTOS

Compete a la Corte —Sala de Casación Penal—, conocer del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá el veintitrés de enero de 1986, por la cual se confirmó la del Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de la misma ciudad que condenó a José David Daza Camargo a la pena principal de veinte meses de prisión y las accesorias de rigor, como responsable penalmente del delito de fraude procesal consumado en los meses de junio a julio del año de 1982.

En la sentencia de segunda instancia se adicionó el fallo, ordenando tomar copias de lo actuado para investigar por separado un posible delito de estafa en grado de tentativa.

La demanda fue formulada en tiempo hábil por el abogado titulado que asumió la defensa del procesado.

Hechos

Aparecen relatados en la sentencia de primera y segunda instancia en estos términos:

"Ocurrieron en esta ciudad en el año de 1982 entre los meses de junio y julio, cuando Jorge Mayorga Díaz entregó al sindicado Daza Camargo el cheque número 1136810 del Banco Royal Colombiano por la suma de $ 664.500.00 girado por Mario de Incalci, título valor que al ser presentado para su pago al banco respectivo fue devuelto por fondos insuficientes, motivo por el cual fue entregado al sindicado otro por el mismo valor girado por Jorge Mayorga Salamanca para reemplazar el primero, y en poder de Daza Camargo los dos cheques procedió a ejecutar su cobro ante dos juzgados diferentes (18 y 19 Civil del Circuito) por intermedio de un abogado...".

Demanda de casación

Dos causales de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal invoca el recurrente: la cuarta porque se produjo sentencia en un juicio viciado de nulidad y la primera porque en concepto del impugnante se violó la ley sustancial de manera directa por aplicación indebida de la norma penal.

En relación con la causal cuarta, dos cargos formula el impugnante. El primero, por incompetencia del juez y el segundo, por inobservancia en la sentencia de la plenitud de las formas propias del juicio.

Fundamenta la primera objeción manifestando el demandante, con apoyo en el artículo 26 de la Carta, que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes y ante tribunal competente. Desarrollando este principio, expresa que los hechos imputados al sentenciado sólo generan la responsabilidad civil patrimonial de indemnizar perjuicios por haber iniciado una acción temeraria o de mala fe al cobrar por la vía judicial una obligación no debida. Agrega que, "el conflicto entre denunciante y procesado es de naturaleza civil y que por tanto el Tribunal Sentenciador no tenía competencia para pronunciarse sobre ellos, por no ser de su naturaleza el conflicto planteado...".

Sostiene, "que el conflicto entre denunciante y sindicado es la existencia o inexistencia de una obligación que la jurisdicción penal probó desnaturalizando el fin de su proceso, con declaraciones de existencia de instituciones propias del Derecho Adjetivo Civil, como excepción, pago, novación...".

Concluye la censura afirmando que el sentenciado sólo procedió con dolo civil porque la intención sólo estaba encaminada hacia "la transgresión de un derecho civil".

El segundo cargo contra esta causal cuarta la formula el demandante por inobservancia de las formas propias del juicio "por cuanto la sentencia ordena incongruentemente compulsar copias para que se investigue un hecho punible basado en los mismos hechos investigados y fallados, violen-

tando el artículo 26 de la Constitución Nacional, al no observar lo preceptuado en el artículo 168 del Código Penal Adjetivo".

Sostiene el censor, que de los hechos imputados al acusado, no puede deducirse la existencia de dos hechos punibles y que al disponer tomar copia de la actuación por fraude procesal, para investigar por separado un posible delito imperfecto de estafa, se quebrantó el debido proceso y desconoció el principio de la cosa juzgada. Así razona el impugnante:

"Cuando por medio del fraude procesal se defrauda un patrimonio económico, no se cometen dos delitos, sino que con la misma acción se ofenden dos bienes jurídicos... Por otra parte olvidó la honorable Sala Sentenciadora, que el principio de la cosa juzgada y del debido proceso son garantías sustanciales contenidas en el Código Penal como normas rectoras...".

Causal primera. Ataca el casacionista la sentencia afirmando que se violó directamente la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 182 del Código Penal. Sostiene el censor, que el comportamiento imputado al acusado no tipifica un delito de fraude procesal, porque no se ofrecen a la vista del juzgador los elementos descriptivos, normativos y subjetivos que integran el ilícito y porque además en lo esencial, no fue la intención del condenado producir una decisión judicial contraria a la ley.

Así razona el impugnador en su demanda:

"...Si la decisión obtenida por alguna de las partes, fuere contraria a la ley (contrario al sentido jurídico de la norma vigente) en razón a actividad fraudulenta (deferente de acción infundada), imputable a alguna de las partes, estaríamos ante el punible de fraude procesal aclarando que esa actividad tiene que ser fraudulenta y procesal. Pero si ninguna de las partes hubiese intervenido para obtener esa decisión contraria a la ley, estaríamos ante el punible de prevaricato.

"De manera que si una de las partes, se presenta con pretensión infundada en acción o excepción y obtiene sentencia de acuerdo a derecho probatorio y lógicamente sustancial, pero alejada de la realidad histórica o verdad verdadera, no ha cometido ningún punible, ni siquiera ha obrado con temeridad o mala fe, pues la verdad esencial no podrá ser conocida por los hombres.

"Pues bien:

Aceptando los hechos probados, como lo manda la técnica del recurso, tendremos:

"*Que el ajusticiado José David Daza Camargo con la acción interpuesta por medio de apoderado, no pretendió obtener sentencia contraria a la ley, sino conforme a derecho, pues sería la consecuencia del proceso probatorio, sin que se pueda instituir el resultado de la acción intentada.*

Aceptar lo contrario, sería entronizar un extraño prejuzgamiento y un 'método de extorsionar legalmente' a la contraparte, obligándola a abandonar su derecho por miedo a la reacción punitiva y, 'deregando' (sic) el

sagrado derecho de petición fundamento del derecho subjetivo de 'acción'; fundamento de la concordia ciudadana''.

APRECIACIONES DE LA PARTE NO RECURRENTE

El apoderado de la parte civil, obrando como no recurrente en alegato apreciatorio sobre los cargos formulados a la demanda, pone de presente los evidentes errores de técnica de ésta, que llevarían a desechar el recurso y se opone a las pretensiones del recurrente que considera infundadas. Rechaza la pretendida incompetencia del juez afirmando por estar en presencia de un innegable dolo penal, encaminado a obtener mediante el fraude procesal un enriquecimiento ilícito y en relación con el segundo cargo con fundamento en la causal cuarta, manifiesta lo siguiente en importante pasaje de su alegación:

''...En otras palabras, y sin más comentarios, se denota la nueva carencia técnica sobre este punto, ya que el simple hecho de compulsar copias para que se investigue por separado *la posible comisión de otro hecho punible,* no podía ni puede invalidar un acto de naturaleza completamente diferente, de esencia distinta en cuanto a su legalidad, pues haciendo eco en lo expuesto por el señor Procurador Delegado en lo Penal, las copias compulsadas, señalarán previo estudio, si es procedente o no proferir el correspondiente auto cabeza de proceso, mas no, que por ese solo hecho se deba abrir investigación''.

En relación con la objeción por la causal 1ª, la parte no recurrente sostiene la existencia del hecho punible ''porque inequívocamente se demostró que el procesado valiéndose de mandatario judicial, pretendió y así obtuvo decisión judicial, provocando error, apreciación falsa en el señor Juez 19 Civil del Circuito, ante quien se instauró demanda ejecutiva con uno de los dos cheques...''.

Concluye la parte no recurrente, expresando que en proceso adelantado contra José David Daza Camargo no se violaron las formas propias del juicio, ni en su estructura ni en su forma y que en consecuencia, se deben desestimar los cargos formulados contra la sentencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de hacer una serie de disquisiciones sobre el concurso de hechos punibles en el fraude procesal y la estafa y de brindar su parecer sobre el juzgamiento de los delitos conexos, estima que no se debe casar la sentencia que ha sido objeto del recurso, porque no prosperan los ataques formulados contra ella.

Respecto al primer cargo, observa el señor Procurador que: ''La naturaleza del derecho penal impide la disponibilidad del objeto procesal, precisamente, por su carácter público. Esa la razón para que uno de los fines de la investigación sea constatar si el hecho presuntamente delictivo encuentra o no adecuación típica (Art. 334 del C. de P. P.). Del carácter

del derecho penal, se desprenden consecuencias para la normatividad a través del cual se actúa o se hace efectivo y por eso surge la nítida diferenciación entre la pretensión civil y la llamada pretensión punitiva".

Y agrega:

"Los argumentos a través de los cuales el casacionista busca demostrar la errada valoración que a los hechos otorgó el fallador, no son entonces susceptibles de examinarse a la luz de este preciso cargo, porque en el evento de prosperar el efecto no sería aquel que propone sino otro bien distinto, la casación del fallo y el proferimiento de sentencia absolutoria que lo reemplace. No puede prosperar el ataque por este motivo".

En relación con el segundo motivo sobre violación del principio de la cosa juzgada, por disponer el Tribunal en su sentencia la orden de compulsar copia de lo actuado para que se determine si es el caso de iniciar nuevo proceso por un posible delito de estafa anota el Ministerio Público que "el casacionista utiliza el término orden de apertura de investigación cuando su sentido y alcance no es estrictamente ése; porque compulsadas las copias, que constituirán los documentos a través de los cuales se pone el hecho en conocimiento de la autoridad competente, es a ésta a quien corresponde definir si lo noticiado reúne las condiciones para provocar el proferimiento de auto cabeza de proceso. De este modo la tipicidad o atipicidad de la conducta noticiada debe ser decidida por fuera de la instancia, porque entra a constituirse en materia de conocimiento y en objeto procesal de otra investigación. Tampoco acierta a nuestro modo de ver, cuando desentrañando los términos del principio de unidad procesal propone que allí se consagra el fenómeno de la indivisibilidad o inescindibilidad del objeto procesal. Es el principio de cosa juzgada, en cuanto prohíbe el doble juzgamiento, el que regula dicho postulado.

"La simple orden de compulsar copias, para la investigación separada de otro delito, no tiene entonces la virtualidad de invalidar un acto procesal por violación de las formas propias del juicio y concretamente, por desconocimiento del principio *ne bis in idem*" (sic).

En relación con el segundo cargo, por violación directa de la ley, opina el señor Procurador, que el Tribunal procedió con acierto al considerar como constitutivo del delito de fraude procesal, el comportamiento del sentenciado, quien mediante maniobra fraudulenta, llevó a engaño al Juez con el innegable propósito de obtener el pago por vía judicial de una obligación inexistente. Por tanto, la norma penal fue debidamente aplicada.

Consideraciones de la Corte

Antes de pronunciarse la Sala sobre las objeciones formuladas por el recurrente a la sentencia, considera indispensable precisar algunos conceptos sobre la conexidad, el rompimiento de ésta y la unidad procesal y sus efectos en el juzgamiento, así como sobre el concurso de hechos punibles en relación con la estafa y el fraude procesal. Lo anterior, para satisfacer las inquietudes del señor Procurador y porque estos aspectos tienen fundamental importancia en la decisión que se ha de adoptar.

JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS CONEXOS

Delitos conexos, son aquellos que guardan entre sí estrecha relación por vínculos causales o de ocasión. Esa conexidad puede ser teleológica *o* ideológica, *cuando entre dos o más delitos existe una relación de medio a fin, como falsificar un documento público para estafar;* consecuencial, *cuando se comete el delito para ocultar otro, asegurar el resultado u obtener la impunidad;* ocasional, *cuando hay coincidencia de tiempo o de lugar de modo que la comisión de un delito sirve ocasionalmente al agente para consumar otro;* cronológica, *cuando en el mismo tiempo y lugar se cometen varios delitos;* jurídica, *cuando se integran los elementos constitutivos de los diversos delitos, para constituir uno solo o para agravarlo, etc.*

Además de esta conexidad, que podemos llamar jurídica, existe la denominada conexidad procesal que proviene de la acumulación de procesos.

Cuando se encuentra el juzgador en presencia de delitos conexos es lo debido y conveniente, que éstos se fallen en un solo proceso para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal como lo anota el señor Procurador Delegado. Con esta medida, se procuran entre otros fines, impedir las decisiones contradictorias, conseguir una apreciación en conjunto de la prueba y obtener en las penas la acumulación jurídica.

Pero cuando por diversas razones, no fuere posible adelantar el juzgamiento de los delitos conexos en forma conjunta, el rompimiento de esta conexidad no puede llevar necesariamente a la invalidación del proceso, porque la nulidad supralegal sólo procede cuando se quebrantan de manera cierta las garantías propias del debido proceso y en especial cuando se vulneran de manera evidente los derechos de defensa. Si estas circunstancias no se presentan, el contenido del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal conserva todo su vigor.

En sentencia del 24 de noviembre de 1983, dijo al respecto esta Corporación:

"...Tampoco puede dejarse a un lado que una de las penalidades que la doctrina asigna a la conexidad es la de evitar fallos contradictorios, lo cual puede obviarse de mejor manera, si un mismo funcionario conoce de los delitos relacionados entre sí, como ocurren en el encubrimiento y el reato encubierto. No obstante esto, si en determinado caso las investigaciones por delitos conexos cursaren por separado, ello no constituye causal de nulidad pues aunque es un desideratum *su adelantamiento conjunto, lo contrario no está erigido en causal de nulidad (Art. 210 del C. de P. P.) ni conculca garantías de las que la Constitución Nacional ampara en su artículo 26...".*

Tal criterio fue ratificado en providencia del primero de septiembre del mismo año con ponencia del Magistrado Enrique Aldana Rozo y mantenido en forma uniforme y constante como doctrina de esta Corporación.

Este modo de pensar de la Corte, se repite una vez más en providencia del 17 de noviembre de 1983, cuando se dijo:

"...A causa de que el procedimiento penal colombiano admite tales excepciones, la Corte ha considerado tradicionalmente que el quebranta-

miento de la unidad de aquél no implica en modo alguno nulidad de orden legal, ni tampoco, desde luego, de orden constitucional o supralegal...".

"...No hay nulidad (...) cuando se trata de dos delitos conexos de los cuales se sindica una misma persona, y se dicte primero fallo por uno de dichos delitos y luego por el otro, cuando esto se debe a que, al calificar el sumario, se llamó a responder en juicio al procesado por una de las infracciones y se lo sobreseyó (...) por la otra..." (Sent. 15 de marzo 1955, LXXIX, 887).

"...El admitir o desestimar la competencia por conexión es cuestión cuya dilucidación corresponde primariamente al juez pues la decisión en uno u otro sentido envuelve una apreciación de hecho y sujeta a su vez a la apreciación del superior, según las razones de oportunidad que se encuentren en cada caso..." (Sent. 9 agosto 1957, LXXXVI, 150).

"...A su turno la jurisprudencia italiana ha sostenido que la unidad de procedimiento por conexidad de los delitos no puede servir de obstáculo para la oportuna definición de la instrucción o del juicio respecto de los que aparezcan demostrados...".

"...Los efectos procesales de la conexión son de orden relativo y, por tanto, no hay una atracción *ipso jure* inderogable entre los procedimientos conexos, sino que la unión de ellos se deja al poder discrecional del Juez, quien debe tener presente, tanto en la instrucción (...) como en el juicio (...) que ella debe aportar retardo a la definición de la instrucción para ninguno de los imputados ni de los delitos..." (Cas. 12 de enero de 1949, cit., Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. 1, pág. 405).

"...Y el propio Leone, a quien dice no convencerle esa orientación doctrinaria (por estimar que la reunión de los procedimientos por delitos conexos es obligatoria), advierte, no obstante, que 'es claro que la no reunión de los procedimientos instructorios conexos no puede ser objeto de reclamación, ni puede dar lugar a nulidad (ob. cit. pág. 406).

"La Sala reitera esa doctrina, sin que pueda considerarse fundamento atendible para menguar su validez el hecho de que aún no se haya dispuesto la investigación del delito que el recurrente estima conexo con los investigados, juzgados y fallados, omisión que puede aún subsanarse, ni el de que 'los elementos probatorios que sirvieron para calificar los delitos del acceso carnal violento y del calificado, (sean) exactamente los mismos que determina el delito de las lesiones personales', porque la nueva investigación de estimarse procedente, no tiene por qué comprender la totalidad del sumario, sino, apenas, las diligencias relacionadas exclusivamente con el delito de lesiones personales que el recurrente estima que no debe quedar impune. (C. S. de J. Sala de Casación Penal. Casación de noviembre 17 de 1983. M.P. Dr. Dante L. Fiorillo Porras".

Quiere decir lo anterior, de que aún en el supuesto de que se hubiese roto la alegada conexidad ideológica entre el delito por el cual fue sentenciado el acusado y el presunto o posible delito de estafa que se pretende examinar con base en las copias del proceso y de conformidad con lo dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia recurrida, tal irregularidad no resta validez al conjunto de actos que componen el presente proceso, ni compromete su legalidad.

CONCURSO DE HECHOS PUNIBLES

Fraude procesal y estafa.

El concurso de hechos punibles o concurso efectivo de tipos se presenta cuando el hecho humano que el juez examina conformado por uno o varios comportamientos del mismo agente, se subsume en diferentes tipos penales sin excluirse el uno al otro. Si un ilícito excluye al otro como consecuencia del desarrollo de los principios jurídicos de la especialidad, la subsidiaridad o la consunción, el concurso es apenas aparente y en este caso no se aplican simultáneamente los dos tipos penales al caso investigado.

Existe concurso ideal efectivo de tipos penales, cuando un mismo comportamiento humano se encuadra en dos o más tipos penales que no se excluyen entre sí. Es clásico al respecto el ejemplo del padre que viola sexualmente a su hija, y con el mismo comportamiento quebranta las normas que tutelan la libertad sexual y la familia (violencia carnal e incesto).

El concurso es material, cuando con varias acciones realizadas por el mismo agente con intenciones diversas, se quebrantan diversas normas del Código Penal, o varias veces el mismo tipo.

Considera el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en meritorio estudio, que tratándose de fraude procesal y estafa, el concurso es efectivo, cuando se encuentre el juzgador en presencia de delitos consumados. Pero, que ante delitos imperfectos, por el principio de la consunción el delito de estafa se integra al delito de fraude, constituyendo un concurso aparente de tipos y una sola violación penal.

No comparte la Corte esta apreciación del distinguido colaborador fiscal, porque es indudable que el fraude procesal puede estar íntimamente vinculado al delito de estafa, en cualquiera de sus modalidades de consumado o tentado y hallarse por ello el juzgador en presencia de un concurso efectivo de tipos. Tal cosa puede ocurrir, cuando mediante la maniobra fraudulenta se induce en error a un funcionario judicial para que produzca una decisión contraria a la ley encaminada a obtener un beneficio ilícito; y en este supuesto es indiferente para los efectos del concurso, que el agente logre o no el resultado económico o que la estafa se quede en el terreno de la tentativa.

La Corte, con ponencia del Magistrado Aldana Rozo realizó un jurídico y profundo estudio sobre la materia y sería inoficioso acudir a diferentes razonamientos para exponer y sostener el mismo criterio que hoy la Sala ratifica.

Se dijo entonces:

"Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos, pues realmente sólo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada: tal sería el caso de la madre que da muerte a su hijo, fruto de acceso carnal violento, por cuanto esta conducta se adecua, en principio, a los preceptos de los artículos 323, 324 y 328 del Código Penal, pero sólo éste sería aplicable en virtud del

principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión, detención arbitraria y otras conductas delictivas predicables de los servidores públicos, que también se adecuan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiaridad.

"La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo, que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo, ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica tasada en la regla fundamental del *non bis in idem* que no permite que una misma infracción dé lugar a doble imputación, y en el principio de que *lex primaria derogat legi subsidiariae* que exige que sólo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

"De modo que el delito complejo sólo existirá en la medida en que el hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte, sólo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal es el caso del hurto agravado por la violación del domicilio, numeral 3º del artículo 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales, Art. 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva" (Cas. Sept. 15 de 1983).

"En este mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con la ponencia del honorable Magistrado, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez (G. J. CXXXIX, Nos. 2346 a 2351, pág. 355).

"De conformidad con la precedente apreciación jurisprudencial resulta obvio que la estafa no es una forma especial de fraude procesal, ni el fraude una simple modalidad de estafa, así ésta pueda cometerse eventualmente por medio de la inducción en error de empleados oficiales. Si eso es así, no es del caso hacer referencia, por este aspecto, a un concurso aparente de tipos que pueda resolverse a través del principio de la especialidad.

"Tampoco hay razón alguna para afirmar que el fraude procesal es un tipo subsidiario, aplicable sólo en la medida en que el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor, porque cuando el legislador ha querido que una disposición penal tenga este limitado alcance, generalmente así lo ha consignado expresamente (Arts. 152, 198, 246, 247, 357, 370). Además la subsidiariedad sólo se presenta cuando los dos tipos penales se excluyen, de modo que no pueden aplicarse en forma concurrente.

"De otra parte, la estafa no es un tipo de aquellos que la doctrina ha llamado complejos, porque ninguno de sus elementos integrantes constituye a su vez conducta típica diferente, característica que tampoco ostenta el fraude procesal, de manera que por esta razón no es aplicable el

principio de la consunción en el evento de que la defraudación patrimonial se logre por razón del fraude procesal.

"Se destaca la independencia de los dos tipos mencionados, por el hecho de que no todo fraude procesal constituye estafa, ni toda estafa representa un fraude procesal. Si bien es cierto que por medio de este atentado contra la administración de justicia, se busca ordinariamente la obtención de una ventaja de carácter patrimonial, esta circunstancia sólo se presenta de manera eventual, ya que pueden darse muchos casos de fraude procesal sin pretensiones económicas de ninguna especie. En efecto, los medios fraudulentos pueden ser empleados ante la autoridad que tramita la nacionalización de un extranjero; pueden ser utilizados esos medios artificiosos en acciones civiles que no tienen contenido patrimonial, como cuando se intenta el reconocimiento de filiación natural luego de precluida la oportunidad para hacer la petición de herencia; también puede desplegarse actividad engañosa dentro de un proceso penal del cual no se derive indemnización de perjuicios, con la pretensión de obtener una sentencia injusta; en fin, como no toda la actividad del Estado se orienta a resolver sobre acciones de contenido patrimonial, y en éstas puede darse actividad engañosa del particular, son muchos los casos en que ninguna concomitancia tienen los dos hechos punibles mencionados.

"En estas condiciones, y al amparo de la nueva codificación cuando por medio de un fraude procesal se comete o se intenta cometer un delito de estafa, debe darse aplicación al artículo 26 del vigente Código Penal que prevé el concurso de hechos punibles cuando con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se infringen varias disposiciones de la ley penal.

"De manera que como el hecho que dio lugar a esta actuación procesal ocurrió dentro de la vigencia de la Ley 95 de 1936, sus disposiciones resultan aplicables. En efecto, la nueva codificación no puede aplicarse retroactivamente al caso en estudio, porque sus previsiones son más desfavorables para el procesado, no sólo porque la estafa se sanciona ahora con mayor rigor, sino, porque a la luz del nuevo ordenamiento sería necesario aplicar las normas del concurso".

Bien puede presentarse en consecuencia, el concurso efectivo ideal y heterogéneo del delito de fraude procesal y estafa en grado de tentativa, cuando el agente pretendiendo la obtención de un provecho económico ilícito, induce en error a un funcionario judicial (fraude procesal) y obtiene una providencia que facilite la realización de su designio, sin que pueda obtener este segundo resultado por causas ajenas a su voluntad.

Aclarado este aspecto, se ocupará la Sala de las censuras formuladas en la demanda contra la sentencia recurrida.

No obstante la extensión de la demanda y los múltiples cargos que en ella se formulan, es lo cierto que el señor apoderado no demuestra ninguno de los motivos de impugnación e incurre como lo anota el señor Procurador, en claros errores de técnica en el manejo del recurso de casación.

Empieza el impugnante afirmando con fundamento en la causal cuarta de casación, que el proceso está viciado de nulidad por incompetencia ab-

soluta del juez, por haber conocido la justicia penal de una acción de exclusiva competencia de la justicia civil y en seguida acepta la validez del proceso y sostiene que el juez en actuación válida, incurrió en error de derecho por indebida aplicación de la ley.

Causal cuarta. El cargo formulado por el casacionista, por incompetencia del Juez, carece de todo fundamento. Es indudable, que determinado comportamiento pueda dar lugar a la vez a una acción civil por indemnización de perjuicios y a una penal por quebrantamiento de la norma punitiva, caso en el cual debe primar la acción penal, cuya finalidad fundamental es de eminente carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de carácter privado. Por eso piensa Alimena, que el delito es por la necesidad misma de las cosas una ilegalidad civil, pues concebir un hecho criminoso sin el daño resarcible, es más bien una abstracción que una realidad.

Hecho punible es todo comportamiento que se acomoda a una determinada descripción de la ley penal y que se sanciona con pena. Culpa civil es todo hecho que ha inferido daño a otro y que obliga a indemnización.

En el delito la conducta está precisamente fijada en un tipo, de acuerdo a la norma rectora de la tipicidad del derecho penal. La culpa civil está constituida por cualquier conducta que cause daño a otro, aunque el evento no esté contemplado expresamente.

Pero, la diferencia fundamental entre estas conductas está en el aspecto subjetivo, en el factor de la culpabilidad, pues en el hecho punible el agente obra con "...la reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a la realización de la conducta antijurídica" como lo expresa Antolisei.

En el caso que se examina, ese aspecto subjetivo esencialmente doloso es evidente en el comportamiento imputado al acusado. Para la Sala, es innegable que José David Camargo procedió con la intención de inducir en error a la justicia con el propósito de obtener con la acción judicial un beneficio patrimonial indebido. Y obró con plena conciencia de la ilicitud del acto porque a sabiendas de que la obligación consignada en el título valor era inexistente, endosó el instrumento para su cobro, obteniendo mediante esa actividad fraudulenta y el error del funcionario, una resolución (mandamiento de pago) contraria a la ley.

La conducta realizada por el acusado fue además típica, porque se subsume dentro del artículo 182 del Código Penal y fue antijurídica, porque lesionó el bien jurídico de la administración de justicia y puso en peligro otro bien tutelado por el Estado como lo es el patrimonio económico. De ahí, que es contraria a la realidad y al derecho la afirmación en el sentido de que el acusado no fue juzgado por el Tribunal competente.

Tampoco es posible sostener con fundamento en los reparos que se formulan en el segundo aspecto de la causal cuarta, la existencia de la nulidad supralegal, por violación de las formas del debido proceso y por el hecho de que se hubiese ordenado en la sentencia tomar copia de lo actuado para determinar si es el caso de iniciar la acción penal contra el sentenciado por un presunto delito imperfecto de estafa.

En primer lugar, no se puede afirmar, que con esta decisión se quebranten los principios del *non bis in idem* o de la *res judicata*, como lo afirma el recurrente. Ya expresó la Sala, cómo en el concurso formal de delitos, una sola acción puede quebrantar diversos bienes jurídicos tutelados por el Estado en diferentes tipos penales. Y cuando esos tipos penales no se excluyen entre sí, la conducta puede dar origen a dos o más violaciones de la ley penal.

En segundo lugar, la decisión que deba formarse sobre la iniciación de otra investigación de carácter penal es aspecto que debe adoptarse en diferente proceso, y no se ve cómo esta actuación pueda afectar la sentencia recurrida. El error o la irregularidad para que constituya nulidad supralegal, debe ser substancial, atinente a la sentencia que se impugna y siempre que lesione además la esencia misma del juicio o disminuya las garantías del procesado.

Por estas razones, no prospera la causal alegada.

Causal primera. Por indebida aplicación del artículo 182 del Código Penal censura el impugnante la sentencia del Tribunal, pues sostiene que los hechos establecidos en el proceso no ponen en evidencia un delito de fraude procesal.

Si bien, el casacionista afirma aceptar los hechos, es lo cierto que los desconoce al analizar extensamente la prueba, con una orientación propia de la violación indirecta de la ley. Así por ejemplo, critica el valor probatorio que el juzgador dio al título valor imputando sin pregonarlo un error por falso juicio de convicción, niega la intención dolosa del acusado desconociendo la prueba indiciaria y testimonial que el juez analizó con detenimiento en su oportunidad, dando en definitiva un enfoque diferente a los hechos que dieron fundamento a la sentencia.

Al impugnar la sentencia, por violación directa de la ley no se puede en forma alguna distorsionar los hechos y menos, imputar al fallador una equivocada valoración de la prueba. Al proceder así se incurre en errores de técnica, que llevan a desechar el recurso. Se agrega a lo anterior, que la conducta ilícita imputada al sentenciado, como lo expresa el señor Procurador, y lo sostuvo la Sala en el curso de esta providencia, se encuentra acreditada en forma plena en el proceso.

Por estas razones la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal y de acuerdo con la petición de la Procuraduría Delegada en lo Penal, NO CASA la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el veintitrés de enero de mil novecientos ochenta y seis.

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.

DOLO

Específico.

La dogmática moderna ha demostrado que no hay delitos con dolo específico, sino algunas modalidades típicas que incluyen la finalidad o motivación que guía al agente a actuar intencionalmente contra derecho ajeno.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 110.

Bogotá, D. E., 12 de noviembre de 1986.

VISTOS

Por auto del veintitrés (23) de mayo de este año la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali abrió proceso penal contra el doctor Humberto Messa Aristizábal, por hechos realizados en su calidad de Juez Noveno de Instrucción Criminal de esa ciudad.

La decisión fue oportunamente recurrida y se sustentó el recurso interpuesto. Tramitada la segunda instancia en esta Corporación, se escuchó el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien solicitó la confirmación de la providencia protestada.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes hechos:

RESULTANDOS

Se demostró la calidad de funcionario judicial del procesado por medio de la copia de los acuerdos de nombramiento y confirmación como Juez

Noveno de Instrucción Criminal (F. 84) y con la copia del acta de posesión en el mismo cargo (F. 25).

El hecho que se imputa al procesado es haber dictado un auto en el proceso que se adelantaba en su despacho contra Esperanza Inés Marín Uribe de Quintero por el delito de hurto, en el que decretó el secuestro pre... (sic) del premio que la sindicada había ganado en una rifa sin que previamente la hubiera indagado y le hubiese dictado auto de detención.

El proceso en el cual ocurrieron los hechos que son motivo de investigación tuvieron su origen en la denuncia instaurada por un profesional del derecho el cinco (5) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982) y ratificada por el mismo el siete (7) del mismo mes y año. El ocho (8) de mayo el mismo denunciante, en su calidad de apoderado de la parte civil según su afirmación solicitó el embargo y secuestro preventivo de bienes de la sindicada; en dicho memorial el solicitante afirma sustentado en una presunta doctrina de la Corte que esta medida no requiere que la persona imputada haya rendido indagatoria o se la haya emplazado; ese mismo día el funcionario procesado dictó el siguiente auto:

"Tal como lo solicita el apoderado de la parte civil, se ordena el secuestro preventivo del premio a que se refiere la boleta número 1433 de la Rifa Ciudad de Palmira y que jugó el pasado 28 de abril de 1982, para lo cual se oficiará al Gerente de la citada entidad, para que se abstenga de efectuar el pago de éste, hasta que el Despacho o el Juez del conocimiento dé orden diferente".

Se allegó fotocopia de la diligencia de indagatoria rendida por la sindicada Esperanza Inés Marín Uribe de Quintero, realizada el once (11) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), continuada el día siguiente. Se allegó copia del auto de detención dictado por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal el dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) contra la señora Uribe de Quintero en el que se decreta el embargo y secuestro del premio a que se había hecho acreedora en la rifa antes mencionada.

Ese auto al ser apelado fue confirmado por el Tribunal de Cali, pero ordenó compulsar copias por la actuación anterior, en previsión de una posible violación de la ley penal por parte del titular del Juzgado de Instrucción Criminal. El ponente de la referida providencia dictada el dieciséis (16) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982) fue el actual Magistrado ponente.

Sometido a indagatoria el doctor Messa Aristizábal, al ponérsele de presente la fotocopia del auto que motivó este proceso manifestó que el Juzgado había dictado el auto pero que considera que existió alguna confusión porque el término que ha debido utilizarse fue el de embargo preventivo, por cuanto el término secuestro podría prestarse a un mal entendido en el sentido que hubiera un dinero retenido en la empresa que debía pagar el premio. De todas maneras cualquiera de los dos términos utilizados se entendía como una medida preventiva de carácter provisional. Más adelante al contestar una pregunta de por qué no había otorgamiento de

caución contestó que en el sumario debió existir prueba suficiente que justificara la medida preventiva y por ese mismo hecho no consideró necesaria la presentación de la caución porque la denuncia estaba muy lejos de ser falsa o temeraria. Finalmente consideró que no cree haber actuado con dolo en el proferimiento de la decisión aludida.

CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitó la confirmación del auto recurrido argumentando lo siguiente:

"El artículo 149 del Código Penal describe el comportamiento humano denominado prevaricato por acción, que se imputa formalmente por el Tribunal Superior de Cali al ex Juez Messa Aristizábal bajo la forma de enjuiciamiento criminal en la providencia objeto de la impugnación y materia de revisión en esta instancia, en los siguientes términos:

'El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá...'.

Determinación que, dicho sea desde un principio, resulta inobjetable como que encuentra pleno sustento probatorio y jurídico tanto en el panorama procesal como en las propias disposiciones penales sustantivas.

En efecto, probado aparece en autos que el entonces juez Messa Aristizábal profirió y suscribió una providencia dentro del proceso penal contra la señora Marín de Quintero, desconociendo y contrariando totalmente no sólo una sino varias disposiciones procedimentales tanto de la legislación penal como de la civil aplicable al procedimiento penal. Veámoslas:

La célebre 'orden de secuestro preventivo' expedida por Messa Aristizábal, en primer lugar, resulta absolutamente desnaturalizada, toda vez que no se concibe la práctica de un secuestro sin la previa declaratoria judicial de su embargo, que da validez legal al aprehendimiento material del bien. Y en este evento, es claro que el decreto de embargo no existía aún. Además, tampoco se tuvo en cuenta la norma 138 del Código de Procedimiento Penal que tácitamente exige la antecedente o coexistente medida que ordena la detención preventiva del sindicado como prerrequisito para el decreto de embargo y secuestro de bienes. Es que ni siquiera la acusada había sido oída en diligencia de indagatoria, única manera de dar vía libre al auto detentivo cuando, como en este caso, la denunciada estaba identificada y localizada, tal como reza el artículo 436 del mismo estatuto procedimental. Se desatendió, de igual manera, la disposición 141 de la misma codificación, que exige expresamente la constitución de caución cuando la determinación de embargar y secuestrar bienes no es oficiosa, que es el caso presente. Finalmente, es ostensible la inobservancia de lo mandado por los artículos 138, 308 y 349 del mismo Código de Procedimiento Penal, toda vez que el objeto material a secuestrar ni era propiedad del sindicado, ni poseía la calidad de arma o instrumento con el que se cometiera la ilicitud, ni resultaba ser cosa aprehendida durante la investigación.

Además, aunque no está claramente demostrado en autos, tal como lo registra la primera instancia, pareciera ser que en el irregular proceso contra la señora Marín de Quintero no se había proferido auto cabeza de proceso ni existía tampoco providencia reconociendo la constitución de la parte civil.

Como se puede ver, son varias, gravísimas y muy notorias contravenciones a lo ordenado por normas vigentes en materia penal en que incurrió el funcionario Messa Aristizábal, que bajo ningún punto de vista pueden serle toleradas, máxime si se tiene en cuenta que no se trata de la razonada interpretación y aplicación de textos de índole sustantivo que se presten para distintas apreciaciones, y que lo resuelto por el ex Juez sea el buen producto de un previo examen lógico del material procesal y legal, que le indujo a plasmar ese razonado criterio al respecto, sino que estamos es en presencia de la inobservancia de muy claras y expresas disposiciones de simple trámite e impulso procesal que no requieren interpretación alguna. y que, teniendo de presente las funciones propias del juez instructor, *deben* ser conocidas a la perfección por Messa Aristizábal, sobre todo si se recuerda que, en la práctica, las providencias sobre detención preventiva —con o sin medidas de embargos— y sobre aceptación de parte civil, son casi que las únicas interlocutorias a cargo de los Jueces de Instrucción.

Bajo el peso de las anteriores consideraciones no pueden ser de recibo las confusas explicaciones que pretende hacer valer Messa Aristizábal en apoyo de su ligero proceder, menos aún cuando el propio memorial de la famosa 'parte civil' en que se pedía el embargo y secuestro del dinero del premio se encargó de resaltar lo diferente y desusado del procedimiento que se pedía del Juez Instructor, por lo que necesariamente debe concluirse que éste se hallaba advertido de lo irregular de dicho proceder. A pesar de lo cual, no vaciló en acceder inmediatamente a tan extraña impetración, toda vez que lo hizo el mismo día del petitum, y a través de un simple auto de sustanciación. Aquí sí que cabe aseverar que enfrentamos una voluntaria, consciente e intencional discrepancia entre el Derecho a aplicar por Messa Aristizábal y el realmente aplicado por él mismo.

En consecuencia, acreditada la manifiesta contradicción entre el proveído suscrito por el señor Juez Instructor Messa Aristizábal y las normas procedimentales atinentes al punto sometido a su decisión judicial, es claro que el ex funcionario ha tipificado con su actitud el comportamiento ilícito que el artículo 149 del Código Penal denomina prevaricato, por el cual ha de responder en juicio criminal de tramitación ordinaria, visto que se trata de persona imputable en cuyo favor no obra ninguna de las circunstancias a que aluden las normas 29 ni 40 del Código Penal. Siendo así la determinación emanada de la primera instancia, fuerza decir que ella merece aprobación''.

Las alegaciones de la defensa

Pese a que el recurrente no alegó en segunda instancia considera la Sala oportuno hacer una breve reseña de las argumentaciones presentadas en el memorial por medio del cual sustentó la apelación, en el que critica la posi-

ción del Tribunal cuando descarta la presencia del dolo específico para el delito de prevaricato, al sostener que lo único que desapareció fue el elemento secundario de obrar el funcionario por simpatía o animadversión. Sostiene que el requisito imprescindible en el tipo analizado es que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley y que como puede hacerse tal calificación en el caso *sub judice* cuando la Corte ha tenido varios pronunciamientos en el mismo sentido de la actuación que ahora se reprocha al funcionario judicial y para los efectos cita el aparte del auto de diecisiete (17) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961), publicado en la página 398 de la *Gaceta* LCVII, agregando que con anterioridad la Sala, había hecho un pronunciamiento similar (27 de febrero de 1953, LXXIV, 99) y que la existencia de tales pronunciamientos lleva a concluir que la decisión criticada no puede ser manifiestamente contraria a la ley.

Argumenta también que la decisión reprochada no decretó el secuestro de bienes en estricto sentido, pues no basta decir en un auto que se decreta el secuestro de un bien, para entender que la medida cautelar se encuentra perfeccionada. Sostiene que la orden dada no fue ni secuestro, ni éste se consumó jamás, pues se trató "de una medida de prevención, de cautela, para congelar el pago de un premio, mas no de un secuestro de bienes. Y con posterioridad, al resolver la situación jurídica de la incriminada, se dispuso 'el embargo y secuestro' de una suma de dinero, y allí sí se tomó una determinación sobre la medida cautelar, que en efecto constituye un embargo de la suma de dinero".

Refuerza su argumentación sosteniendo que esta medida estuvo ceñida a la ley y que así lo expresó el Tribunal de Cali en auto del dieciséis (16) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982) cuando expresó:

"En realidad dicho embargo ha sido decretado conforme a la ley y no queda otra alternativa que confirmar igualmente esta decisión...".

Posteriormente sostiene que la medida estaba vigente en razón del auto posterior que resolvió la situación jurídica de la sindicada, indicando que el auto inicial no tuvo vigencia jurídica.

Sostiene igualmente que la medida no puede calificarse de secuestro preventivo, pues no se cumplieron los requisitos exigidos para la expedición de esta medida de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 682 del Código de Procedimiento Civil.

Critica igualmente el auto recurrido sosteniendo que se cae en una lastimosa confusión entre las figuras del embargo y el secuestro preventivo, criticando igualmente la providencia por hablar de caución de saneamiento que es una figura diferente, especialmente considerada en el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil, puesto que la caución establecida en el artículo 141 es diversa a la que se menciona en la providencia protestada.

Considera desacertada la posición de la Sala del Tribunal cuando sostiene que el secuestro se había decretado sobre bienes que ni siquiera formaban parte del patrimonio de la sindicada, considerando que las expectativas también hacen parte del patrimonio personal.

Finalmente manifiesta su preocupación por lo sostenido en el auto criticado que cita textualmente:

"...no porque con ella se causara lesión patrimonial a la sindicada como parece entenderlo el acusado al rendir indagatoria, sino porque con ello se atacó la organización adoptando procedimientos no autorizados por la ley, *así estuvieran ellos inspirados por la buena fe*".

Y sigue el recurrente con su crítica de manera textual:

"Y es para nosotros motivo de preocupación, saber que se reconoce que el sindicado obró de buena fe, es decir, con total ausencia de dolo, y sin embargo se le enjuicia distorsionando sus palabras e interpretando desacertadamente las normas procesales respectivas, solamente porque el Tribunal cree que el procedimiento no estuvo ajustado a la ley, es decir, porque hubo error de procedimiento".

Concluye solicitando la revocatoria e invocando para su poderdante sobreseimiento de carácter definitivo.

Consideraciones de la Corte

El delito de prevaricato por el cual se encuentra llamado a juicio el ex Juez Noveno de Instrucción Criminal del Valle *requiere que la decisión cuestionada sea manifiestamente contraria a la ley* y sobre tal base típica se hace indispensable analizar la conducta que es motivo de juzgamiento. Está demostrado que el Juez hoy procesado dictó un auto el ocho (8) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) por medio del cual y atendiendo solicitud del apoderado de la parte civil decretó el secuestro preventivo del premio que la sindicada había ganado en una rifa, ordenando a la entidad respectiva para que se abstuviera de hacer el pago del premio, hasta tanto no recibiera orden judicial en contrario.

La decisión antes comentada puede ser considerada como manifiestamente contraria a la ley si se tiene en cuenta, que está demostrado que en el momento de tomarse la decisión que se reprocha no se había indagado a la sindicada y menos aún se había dictado auto de detención en su contra y de esta manera se contraviene lo dispuesto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Penal que dispone de manera expresa: "El juez, en el mismo auto en que ordene la detención, decretará el embargo..." y en el segundo inciso se dispone que "si en ese momento se desconocen los bienes del sindicado... tanto el Ministerio Público como la parte civil *desde el momento de dictarse dicho auto,* tendrá el derecho a denunciarlos..." textos legales sumamente claros que llevan a la exacta conclusión que el embargo de bienes inmuebles y el embargo y secuestro de los muebles solo podrán ser decretados a partir de la existencia del auto de detención; es tal la claridad del precepto que si existiese alguna duda en relación con el primer inciso, en el segundo se reafirma la exigencia al estipularse que podrán ser denunciados los bienes "desde el momento de dictarse dicho auto".

Autores tan conocidos como García Herreros y Timoleón Moncada explican la existencia legal al sostener el primero de los nombrados:

"La razón para escoger el auto de detención como punto de partida en la garantía de los resultados de la acción civil es obvia. Como sabemos la

acción de reparación nace del delito y se ejerce contra el ofensor, o sus herederos; por tanto, únicamente puede pensarse en que ella se hace posible a partir del instante en que aparece un principio de prueba bastante para creer en la existencia del hecho como responsabilidad del sindicado. Este mínimum probatorio es el señalado por el artículo 379 citado, como base para dictar el auto de detención". (Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Litográfica, Bogotá, 1945, pág. 104).

Moncada por su parte sostiene en relación al mismo punto:

"Arbitrario sería que el embargo preventivo pudiera decretarse sin que existiera un principio de prueba de responsabilidad. Así como en relaciones puramente civiles no es permitido embargar preventivamente bienes sin que se compruebe siquiera sumariamente la existencia de una obligación de pagar, así en asuntos penales tampoco debe prosperar esa acción sin que haya algunos elementos probatorios suficientes para considerar que una persona se ha hecho responsable de indemnizar perjuicios. Por ello la ley ha asociado el embargo preventivo al auto de detención. Desde que haya prueba legal suficiente para dictar auto de detención se justifica el mandamiento de embargo. Más aún, la misma providencia que contiene aquella orden, debe decretar éste. El auto de detención enseña, por consiguiente, el momento en que debe realizarse el embargo preventivo. Mas como no en todas las violaciones penales hay detención, pues ésta sólo se realiza en la investigación de delitos que tengan señalada pena de presidio o de prisión (Art. 379), hízose necesario reglamentar estos casos, disponiendo para ello que el embargo se verificará cuando aparezca por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave de que el procesado es responsable penalmente, como autor o partícipe, del hecho que se investiga. Es esta precisamente la prueba requerida para decretar la detención preventiva en los casos en que ésta sea ordenada". (Comentarios al Código de Procedimiento Penal Colombiano, Bogotá, 1940, p. 49).

Este sano criterio legislativo se ha mantenido inmodificable desde el Código de Procedimiento de 1938 y doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido una interpretación uniforme en cuanto a las exigencias legales para que se pueda decretar el embargo de bienes en el proceso penal.

El defensor posiblemente influido por la cita que de la Corte hace el apoderado de la parte civil, le irroga a nuestro más alto Tribunal de justicia interpretaciones que jamás han sido hechas, por lo menos en el sentido en que las hace tanto el uno como el otro, porque los abogados citan una doctrina de la Corte del diecisiete de octubre de mil novecientos sesenta y uno que en la parte citada dice:

"La orden de embargo y secuestro preventivos de bienes, no requiere que la persona imputada haya rendido indagatoria o se le haya emplazado".

Porque en el aparte transcrito no está sosteniendo de ninguna manera que se pueda decretar el embargo de bienes sin la existencia previa o paralela de un auto de detención. El auto citado es una decisión por medio de la cual se niega la reposición de un auto por medio del cual se había sobre-

seído definitivamente a unos magistrados del Tribunal de Bogotá y en el auto calificatorio que da lugar al auto de reposición que se cita por el defensor, se sostiene exactamente lo contrario de lo que el recurrente pretende que la Corte afirmó. En auto de siete (7) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno con ponencia de Barrera Domínguez la Corte dice:

"...más como tales embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado sólo es pertinente dentro de la providencia que dispone la encarcelación preventiva o después de ordenada ésta..." (Pág. 254).

En otro aparte de la misma providencia sostiene la Corte igual criterio al decir:

"Bien sabido es que ese embargo y secuestro preventivos de bienes del sindicado, cuando a éste se le imputa un delito reprimido con pena privativa de la libertad, dolo puede disponerse en el auto que ordene su detención preventiva o después de proferido ese auto de encarcelación". (Pág. 288). (Gaceta citada por el recurrente).

Se observa pues, que la Corte en el aparte citado no sostiene lo que dice el recurrente y que por el contrario la posición de la Corporación con auto del mismo ponente y de la misma Corte es clara en cuáles son los requisitos legales para que se pueda decretar el embargo de bienes.

Tampoco acierta el censor en la otra jurisprudencia citada (27 de febrero de 1953), porque examinada exhaustivamente la integridad de la providencia no hace relación a la temática que se discute en este proceso y allí lo que sostiene la Corporación es que "mientras no se haya proferido fallo condenatorio en el proceso penal, el que tenga el carácter de parte civil en dicho proceso, carece de interés jurídico para demandar en juicio la declaración de que es simulado un contrato que el procesado celebró y mediante el cual determinado bien salió de su patrimonio".

En las condiciones anteriores la primera argumentación de la defensa en el sentido que la decisión no puede ser considerada como manifiestamente contraria a la ley, puesto que la Corte ha sostenido similar criterio en dos jurisprudencias, se cae por ser afirmaciones que riñen con la realidad, puesto que se ha demostrado que esta Corporación, en las dos decisiones citadas por el recurrente no sostuvo posición parecida a la del juez que ahora es procesado.

La decisión que ahora es motivo de reproche es manifiestamente contraria a derecho, porque se tomó en un auto de sustanciación y es evidente que cuando se decide sobre el embargo y secuestro de bienes de un procesado se está tomando una determinación trascendental dentro del proceso y por ello este tipo de autos deben tenerse como interlocutorios, porque es análogo en cuanto a la importancia de la decisión que se toma a los que aparecen enumerados en el artículo 169 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal.

El auto es manifiestamente contrario a derecho, porque no fijó la caución expresamente establecida en el artículo 141 para cuando se decrete el embargo o secuestro de bienes denunciados por la parte civil y está perfectamente establecido que la providencia se dictó precisamente por petición expresa en este sentido formulada por la parte civil, que de antemano

se apresuró a decir en su memorial petitorio que no era del caso prestar caución, pues también actuaba como denunciante, como si éstos fueran parte del proceso.

Es evidente que el delito de prevaricato es eminentemente doloso, pero es que la intencionalidad que es un elemento subjetivo de la conducta humana, es imposible de ser percibido materialmente y se concluye en su existencia precisamente del propio comportamiento de la persona, porque la intención homicida se revela por el arma ofensiva utilizada, por la región anatómica interesada o por el número de golpes infligidos; y en el prevaricato esa intencionalidad se demuestra de la ostensible contradicción existente entre lo decidido y lo estipulado por la ley y no podrá pensarse en la existencia de la ignorancia o del error, como defectos trascendentales del intelecto, porque si se observa la hoja de vida del procesado que se aportó al expediente se demuestra que para la época de los hechos, llevaba como juez de la República desde diciembre de 1975, es decir que se trataba de un funcionario experimentado que en ese momento llevaba más de seis (6) años en el ejercicio de la judicatura y más de dos como Juez de Instrucción Criminal.

Las explicaciones dadas en su indagatoria no tienen sentido y en nada aclaran su conducta, porque sostener simplemente que no tuvo intención de realizar la conducta ilícita, no pone en claro su actuación. Por la conducta objetivamente realizada es posible concluir que probablemente el procesado actuó con intención de emitir una decisión manifiestamente contraria a la ley.

En las condiciones anteriores y estando en un todo de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal se habrá de confirmar la providencia motivo del recurso.

Es confusa la afirmación del recurrente cuando sostiene que la medida reprochada en el ex juez procesado fue aprobada por el Tribunal de Cali; argumentación que no corresponde a la realidad porque esa Corporación confirmó el auto interlocutorio por medio del cual el juez acusado decretó la detención preventiva de la sindicada y el embargo y secuestro de bienes de la misma, que dictó diez (10) días después del auto que se le reprocha por su ilegalidad.

Pese a lo decidido, no puede la Sala pasar por alto algunas afirmaciones que se hacen en la providencia que se revisa porque constituyen protuberantes errores teóricos que deben corregirse, pues tales planteamientos ocasionan desconcierto y enrutan equivocadamente el quehacer de los jueces en sus concepciones doctrinarias.

El elemento "a sabiendas" contenido en el tipo penal del Código de 1936 y reiterado en el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, no se suprimió en la actual codificación porque fuera de imposible comprobación como lo sostiene la providencia revisada, sino porque simplemente se trataba de una antitécnica reiteración del dolo, porque si dentro de la técnica utilizada por nuestro legislador se definen las diversas modalidades de culpabilidad en la parte general, y en la especial de manera precisa se indican qué delitos pueden ser cometidos culposa o preterintencionalmente, lógico es concluir que todos aquéllos que no tengan esa específica exigencia son dolosos

y de allí que no sea necesario incluir un nuevo elemento en la estructura del tipo que haga relación al elemento subjetivo, puesto que constituye una repetición inútil que sólo confusión produce en el intérprete. La demostración de que se trata de una indebida reiteración del dolo surge clara si del tipo que contiene el elemento "a sabiendas" se suprime y en nada se modifica su estructura pues la conducta allí definida continúa siendo dolosa. El tipo original del Código de 1936 con la supresión propuesta quedaría de la siguiente manera: "El funcionario público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que ... dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros..."; como puede observarse de la lectura anterior no se podría afirmar que con la supresión propuesta el delito dejó de ser doloso.

Tampoco puede aceptarse la afirmación que hace la Sala Penal del Tribunal de Cali cuando sostiene que la fórmula "manifiestamente contrarios a la ley", agrupa lo objetivo y subjetivo del tipo y por ello no es necesaria la presencia del dolo específico, porque la expresión comentada en la providencia que se revisa es un elemento normativo del tipo y nada tiene que ver con la culpabilidad, porque el equívoco surge precisamente del desconocimiento de la técnica legislativa empleada porque si por las reglas generales ya comentadas por exclusión se sabe cuáles son los delitos dolosos no es indispensable o necesario que en la estructura típica se incluyan elementos que tengan que ver con la culpabilidad. Es cierto que algunas de las más famosas doctrinas relacionadas con las diversas clasificaciones del dolo tienen un profundo raigambre histórico que se remonta a autores tan importantes como Carrara, pero algunas de estas concepciones están ostensiblemente equivocadas y es lo que sucede con el famoso dolo específico del que no se puede decir que sea una expresión especialísima de una forma de la culpabilidad, sino que se trata de una errada interpretación de los doctrinantes, que hoy está ampliamente superada y corregida porque la dogmática moderna ha demostrado que no existen delitos que estructuralmente contengan un dolo específico, sino simplemente que determinadas modalidades típicas, para distinguirlas de otras figuras ilícitas con conducta similar, o para diferenciarlas de conductas inocuas han incluido en su estructura, por voluntad del legislador, determinados elementos subjetivos del tipo que deben demostrarse para poder llegar a la conclusión que el delito se perfeccionó. Es decir que el tipo penal incluye la finalidad o motivación que guía al agente a actuar intencionalmente contra derecho ajeno. Todos los delincuentes actúan con una motivación especial pero sólo unos pocos delitos contienen en su estructura típica esa exigencia de carácter subjetivo que por ninguna razón puede ser confundida con el dolo. Es el caso del propósito de aprovechamiento en el hurto que no es una forma de la culpabilidad que en este delito consiste en apoderarse de bien mueble sabiendo que es ajeno, esto es actuar con la intención de atentar contra el patrimonio de terceros, sino simplemente una especial finalidad que debe acompañar al designio del agente, que si no se da no produciría el perfeccionamiento del delito, porque si alguien se apodera de bien mueble ajeno sin ese propósito, posiblemente no estaría cometiendo ilícito alguno o incurriría en otro tipo de infracción. Es la situación que presentaba el Código de 1936 donde existían dos delitos, con una misma

conducta —secuestro y rapto— pero que se diferenciaban por el elemento subjetivo del tipo, puesto que si la finalidad eran los propósitos matrimoniales o actividades erótico-sexuales, se configuraba delito de rapto; pero si la privación de la libertad era el aprovechamiento económico o cualquier otro tipo de finalidad, era secuestro. En ambos delitos, por ser un mismo el bien jurídico tutelado —la libertad— y una misma acción comportamental, la única forma de poder diferenciarlos era el objetivo específico buscado por el sujeto activo de la conducta, pero es evidente que la culpabilidad en ambos es la misma, desconocer la libertad de autodeterminación.

De la misma manera que el recurrente, debe la Sala reprochar la afirmación que hace la Sala Penal del Tribunal de Cali cuando sostiene "...nace justamente la antinomia que conduce a calificar de ilícita aquella apresurada medida, no porque con ella se causara lesión patrimonial a la sindicada como parece entenderlo el acusado al rendir indagatoria, sino porque con ello se atacó la organización judicial adoptando procedimientos no autorizados por la ley, *así estuvieran ellos inspirados por la buena fe...*" (subraya la Sala); porque ni siquiera en planteamiento hipotético puede aceptarse la afirmación anterior, porque es apenas obvio que si demuestra una actuación de buena fe no resistiría culpabilidad y obviamente estaríamos ante la inexistencia de la figura delictiva por ausencia de uno de los elementos que la conforman y por lógicas razones no podría abrirse causa criminal contra el procesado, cuando de manera perfectamente contradictoria se hace en la providencia analizada.

Tanto en primera instancia como en el trámite de segunda se ha hecho una serie de afirmaciones en el sentido de que en el momento de proferirse el auto cuestionado no se había dictado auto cabeza de proceso o no se había admitido la demanda de parte civil; es conveniente que para dilucidar esta situación, que no es clara con los medios probatorios existentes, en el período de pruebas de la causa se realice una inspección judicial al proceso en el que se dictó este auto, o se alleguen las copias pertinentes para determinar la fecha del auto cabeza de proceso, de la demanda de parte civil y del auto que aceptó ésta.

En la providencia que se confirma, en vigencia del Decreto 1853 de 1985, se le había dictado diligencia de caución, que no se modificará pese a la declaratoria de inexequibilidad de la referida norma, pues en auto de segunda instancia el once (11) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), con ponencia del honorable Magistrado Gómez Velásquez se sostuvo que no sólo se conservaban inmodificables las decisiones tomadas, en vigencia de la ley más favorable declarada inexequible, sino que también quedaban incluidas dentro de este beneficio. "Los casos que recibieron o debieron recibir su benéfico influjo por encima de reformas posteriores que vuelvan al mismo o más riguroso tratamiento del acordado por la citada Ley 2ª y la conclusión es la misma así se haya declarado inexequible el mencionado Decreto 1853 de 1985. Esto porque la Constitución Nacional no distingue para imponer el dictado de la ley favorable, en cuanto a esta eventualidad, ni debe aceptarse incertidumbre sobre la libertad o el favor *rei* concedido, al subordinar tal riesgo a los resultados del doble control de constitucionalidad (excepción y acción)" (fallo citado).

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:

CONFIRMAR la providencia recurrida con las aclaraciones y adiciones que aparecen en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

IMPEDIMENTO

Cuando el Juez se ha declarado impedido, puede y debe reconocer la parte civil porque no es acertado negar que constituye un acto urgente de instrucción y en relación con la situación jurídica del procesado su obligación es perentoria para resolverla después de que lo haya oído en indagatoria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 110.

Bogotá, D. E., 12 de noviembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto recurrido en apelación por la apoderada de la parte civil y fechado el nueve (9) de mayo del año en curso, ha dado aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal (los hechos denunciados no constituyen infracción a la ley penal), en favor de la doctora Luz Marina Gutiérrez de Silva, Juez Cuarenta y Seis de Instrucción Criminal, a quien se le imputa la comisión de los delitos de prevaricato por acción y por omisión.

HECHOS

Sin intitularlos, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, así los consigna:

"Lo que ocurrió fue que la doctora Gutiérrez de Silva, después de oír en indagatoria al señor Francisco Ruiz Mosquera en una investigación por falsedad, profirió al día siguiente de la injurada dos autos interlocutorios que, sostiene su denunciante, no podían coexistir, se excluían, uno u otro resultaba manifiestamente contrario a la ley; porque en una de las provi-

dencias se declaraba impedida para continuar conociendo del asunto e invocando íntima amistad respecto de la apoderada del sindicado; y en la otra decisión admitía la constitución de parte civil que quien se decía ofendido con la conducta del indagatoriado, había presentado ante su despacho. También se imputa a la acusada una omisión: que no resolvió situación jurídica al señor Ruiz no obstante constituir acto urgente de instrucción. La denuncia contiene otros puntos respecto de los cuales no se pregona por quién la presentó —precisamente por quien defendía al señor Ruiz— adecuación típica; tales como negar la existencia de la causal de impedimento; haber sido ocultada la decisión que admitió la intervención de la parte civil, toda vez que no le fue notificada; proferir inmediatamente llegó el proceso al Juzgado de Instrucción, auto cabeza de proceso y orden de captura; y soterradamente primero, pero de modo abierto después, se deduce que la orden de captura fue entregada a los familiares del denunciante de Ruiz Mosquera o en todo caso a interesado en su captura.

"La impugnación se sustenta en lo siguiente:

"1º La denunciante, que además es testigo y apoderada de parte civil, e incluso ya parece que enemiga acérrima de la acusada, cree firmemente que la providencia en que fue aceptada la constitución de parte para la indemnización de perjuicios, se profirió después de la declaratoria del impedimento; y entonces era contraria a la ley porque a través de la institución impediente la funcionaria quedaba separada del conocimiento del asunto.

"2º La resolución de la situación jurídica del encartado era un acto urgente de instrucción y fue omitida. Esa omisión causó perjuicios a su poderdante, y la decisión que se impetraba tenía prelación porque debía resolver sobre la libertad de un sindicado.

"3º El Tribunal sustentó la inexistencia de delito sobre un análisis del contenido de ambas providencias cuando el ataque que formula a la conducta de la juez radica en la manera como se produjeron.

"4º Se aceptó que la providencia que admitía la constitución de parte civil fue dictada con anterioridad a la que declaró el impedimento. Y si ello hubiese sido así no se explica cuál era la razón para que ambas no fuesen notificadas simultáneamente al detenido, o para que se le ocultara la primera a ella. Sostiene que esa es la prueba de que se encubría una conducta delictual y de que existía interés en causar perjuicios al reo.

"5º Critica la exculpación de la juez incriminada en cuanto aduce como motivo de su conducta haber buscado garantizar el equilibrio de las partes con la admisión de la demanda civil.

"6º Y pregona que la medida es apresurada porque no ha habido investigación, porque el dicho de la sindicada no está ratificado por otras pruebas; que los requisitos del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal no están plenamente probados; que esa providencia no se puede proferir por la presencia de causales que nieguen la antijuridicidad o la culpabilidad; y finalmente que su defendido, el señor Ruiz Mosquera fue

exonerado de toda responsabilidad en decisión que criticó la actitud de la instructora y de la juez que conoció el asunto a raíz del impedimento de aquélla".

El apoderado de la sindicada, en el memorial donde solicita confirmar la decisión impugnada, recapitula así sus argumentos:

"...Si como lo hemos demostrado plenamente en nuestros memoriales anteriores, cuya apretada síntesis es el presente, existía una causal de orden legal para la manifestación de impedimento; si la resolución de la situación jurídica implicaba un juicio de valor jurídico probatorio vedado para el funcionario que se ha declarado impedido; si existía un término para resolver la situación jurídica del señor Ruiz Mosquera y éste no se había vencido; si la admisión de la parte civil es un acto que lo puede ejecutar el funcionario que se ha declarado impedido, porque únicamente presupone el estudio de los requisitos formales mencionados en la ley; si la admisión de la parte civil, en punto a establecer si violó o no la ley penal, no se puede examinar de manera aislada e independiente de las pautas señaladas en la ley; ¿cómo sostener, nos preguntamos, que la conducta de la doctora Gutiérrez de Silva es 'ostensible', 'manifiesta', 'evidente', 'inconcebible', 'absolutamente repudiable', 'grosera con la ley' (expresiones todas éstas felizmente utilizadas por la honorable Corte en su auto de 10 de diciembre de 1982, Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez, en Extractos, para subrayar las notas características del tipo penal que se dice violado), y, por tal razón, típica del delito de prevaricato en las modalidades de acción y omisión denunciadas?".

Concepto de la Delegada

"...

"La Procuraduría tampoco considera que aquí se haya violado la ley penal. Pero tampoco le parece muy trascendente que las providencias alrededor de las cuales se origina este proceso, hayan sido dictadas una después de otra, con intervalos de minutos o de segundos, o simultáneamente por la funcionaria y por un empleado, para después ser firmadas por la primera. La ley penal busca sancionar conductas dañosas, e intencionadamente dañosas cuando las prevé como reprochables por dolo. En el proceso no hay constancia de que el impedimento declarado por la Juez Gutiérrez de Silva, hubiese producido retardo en la definición de la situación jurídica del señor Ruiz Mosquera. Ni existe indicio alguno, inferido o inferible de un acto de la procesada, de que quisiese perjudicar la garantía de libertad del señor Ruiz Mosquera. Antes bien revela otra cosa: que la Juez actuó como un ser humano cuyas decisiones son influidas por circunstancias afectivas que llevan a las gentes a dudar entre dos conductas probables. La estructura de los impedimentos en el Código de Procedimiento Penal es muy fría y rígida. Pero los jueces que los sufren o en quienes se presentan no son como el texto legal; por eso muchas veces reflexionan sobre la procedencia, adecuación y reacciones que puede generar la existencia de un hecho impeditivo. Y mientras realizan ese trabajo de depuración intelectivo y afectivo, no pueden paralizar el proceso porque

prevaricarían o denegarían justicia. Esas situaciones deben comprenderse porque la naturaleza humana siempre rebasará las previsiones de los textos legales; y es tan apodíctica esa afirmación que una de las canteras más numerosas de la jurisprudencia está en la institución de los impedimentos y las recusaciones.

"Si la amistad invocada por la Juez denunciada fuese tan clara, tan manifiesta, lo más probable es que se hubiese abstenido incluso de recibir indagatoria al notar la presencia de la apoderada de Ruiz Mosquera; esta reflexión tiene significado para nosotros porque permite inferir la oscilación de sus sentimientos y su intelecto entre declararse o no impedida. Y porque confirma entonces que sí existieron influencias externas, incluso sobre sus mismas convicciones sobre la profundidad del sentimiento que tenía respecto de la abogada que la denunció, y sobre dónde se adecuaba mejor. De todas formas el impedimento está concebido para evitar motivos de perturbación en el ánimo de quien está llamado a administrar justicia en un asunto concreto. Y la conducta de la doctora Gutiérrez de Silva pretendía no más evitar la interferencia de esos factores que le impedirían plena objetividad.

"Desde esa perspectiva, la circunstancia de declararse impedida no puede reprochársele como delictiva. Dice que le debía gratitud a la doctora Gómez de Castellanos, desde cuando ésta fue Magistrada; y que la parte civil le había anunciado que podía ser recusada por eso. No es necesario traer a la parte civil para que confirme eso, porque hubiese bastado que la juez sopesara esa posibilidad para que se sintiera forzada a manifestar el impedimento, porque así lo deja entrever su carácter y porque aunque ese no es el ideal en la conducta que sobre estos tópicos deben asumir los jueces, por lo menos hay que aceptar como hecho notorio que no todos los falladores gozan de la misma firmeza y reciedumbre de carácter, de la misma estructura de personalidad que sería deseable en el prototipo del buen juez.

"Ahora bien, la ley dice que dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito de demanda de parte civil debe resolverse sobre su admisión (Art. 130 C. de P. P.); y que dentro de los cinco días siguientes a la indagatoria se debe resolver situación jurídica. Cuando se produjo el impedimento, aun aceptando que fuera antes de la admisión de la demanda, corría el penúltimo día para admitirla; y corría el primer día para resolver situación jurídica. Ambas decisiones son actos de instrucción, pero el primero era más urgente que el otro, porque ya se iba a vencer su plazo. Entonces no importa tanto, en nuestro concepto, cuál de los dos está foliado en precedencia, ni cuánto tiempo transcurrió entre una decisión y otra. Desde ese punto de vista la conducta no es ilegal.

"La angustia de la Juez, ya dijimos que la produjo el sentimiento de gratitud para con su acusadora. Y dijimos por qué creemos en eso. También manifestamos cómo refluyó hacia la prevención que podía tener su actividad procesal en el personaje parte civil. Entonces estaba en un dilema porque si no resolvía la constitución de parte civil y de pronto tenía que dejar en libertad al procesado decidiendo su situación jurídica, iba a ser denunciada por los mismos delitos por el apoderado de la parte

civil. Y si actuaba distinto, como lo hizo, iba a ser denunciada por la apoderada del sindicado. Y si no hacía nada la denunciaban los dos. Para nosotros, ante su situación personal, hizo lo que debía hacer, precisamente porque la naturaleza del impedimento, o de la recusación que se avecinaba, iba a influir su buen criterio para decidir con objetividad la situación jurídica del reo; optó por no resolverla; para eso produjo el impedimento en el instante en que lo hizo, y en tiempo que permitiera al Juez que le seguía en turno estudiar el asunto con detenimiento. Por eso no creemos que omitir ese acto, consistente en pronunciarse sobre la detención o libertad del procesado, fuese típico. Y que la decisión del Tribunal Superior también debe ser confirmada".

Breves consideraciones de la Sala

1. Sucintamente el principal asunto que llevó a la apoderada del sindicado a formularle cargos a la Juez Cuarenta y Uno de Instrucción Criminal, Luz Marina Gutiérrez de Silva, es el de que, habiéndose declarado impedida, no hubiese resuelto la situación jurídica del capturado (acto urgente de instrucción) y sí aceptado la demanda de constitución de parte civil. No se discute, se acepta más bien, que tanto la declaratoria del impedimento, como la otra determinación, en el fondo responden a los requisitos de ley. "Nunca he atacado el contenido de las providencias, sino la forma como fueron producidas, su simultaneidad", precisa la impugnante de la decisión que ahora revisa la Corte.

Debe decirse que la Juez acusada, ante la presencia de un factor (amistad-agradecimiento) que podía perturbar su libre determinación, procuró dejar a salvo su imparcialidad. Es necesario entender el desarrollo de sus vivencias: en un principio (y esto lo ha analizado acertadamente la Delegada), se mostró dubitativa e incierta y pudo controlar sus sentimientos. Por eso actuó como lo hizo, diligenciando la indagatoria y reconociendo la parte civil; pero, a la postre, la vacilación inicial adquirió certidumbre y lo que fue inquietud o ansiedad devino en impresión ingobernable y hubo de admitir su turbación de ánimo y la fuerza de sus sentimientos. Presentó entonces la excusa y se inhibió para seguir actuando.

La ley permite estas ondulaciones afectivas. No demanda que al primer impulso de ella se defina la cuestión en el sentido del impedimento. Da espera y abre campo a la reflexión. El precepto, muy sabiamente, indica la obligatoriedad de la separación "tan pronto como se *advierta su existencia*" —de la causal—, es decir cuando realmente tome entidad, cuerpo, significado y pueda identificarse y sentirse su peso e influencia.

No hay nada reprochable en el hecho de que la Juez, llevada por su elevado sentimiento de gratitud hacia la apoderada del sindicado, quien anteriormente como Magistrada la distinguió para postularla y prodigarle su amistad, haya considerado, con posterioridad a la recepción de la indagatoria y el reconocimiento de la parte civil, que aquel estado afectivo terminaba por desestabilizar su ánimo y tendía a comprometer el cabal y debido ejercicio de sus ulteriores funciones. Tenía, pues, la Juez el deber

de declararse impedida, sin reticencias ni pretextos. Y como eso fue precisamente lo que hizo, no hay lugar por este aspecto a pensar siquiera en una posible violación de la ley penal.

2. El proceso demuestra que la Juez acusada recibió la indagatoria de Francisco Ruiz Mosquera y, antes de declararse impedida, aceptó la demanda de constitución de parte civil. Luego sí se declaró impedida. Esta es la verdad que arroja el proceso, como se desprende de la inspección judicial. En este sentido hay que reconocer que nada ilícito se desprende de su proceder, como quiera que tal determinación fue acto procesal cumplido con el lleno de los requisitos legales. Esto lo acepta, se recalca, la propia denunciante.

Pero, contra lo que prueba el proceso, igualmente afirma que tal actuación se realizó con posterioridad a la declaratoria del impedimento. En gracia de discusión, y sólo en tal virtud, analicemos este aspecto:

Puede decirse que, en ocasiones, reconocer una parte civil implica un juicio de valor jurídico probatorio que no siempre resulta fácil y expedita su comprensión. Pero tampoco puede negarse que, en ciertas circunstancias, constituye un acto urgente de instrucción sobre todo cuando se exterioriza en afanes de aportar elementos de convicción. Esto indica que su reconocimiento puede y debe hacerse así se haya declarado un impedimento, porque a más de lo dicho, la ley le da una perentoriedad a su admisión cuando señala que debe resolverse en el término de tres días —Art. 130 C. de P. P.— y mantiene la validez de lo actuado a pesar de su ulterior revocatoria —Art. 133 ibidem—. *De ahí que la Corte haya reconocido como facultad propia del comisionado esta clase de pronunciamientos. Se percibe, pues, un propósito de preservar la igualdad de las partes y aparece de bulto, con su reconocimiento, la oportunidad para quien representa al ofendido o perjudicado de conocer las intimidades del proceso y hacer valer sus derechos —Art. 134* ibidem—.

3. *Consecuencialmente, es lógico entender que, siendo la resolución de la situación jurídica un acto urgente de instrucción (y no puede menos de serlo, pues dice referencia a un bien de tan inestimable valor como el de la libertad, cuyo disfrute o negativa no puede retrasarse, sin desmedro de su importancia y de la prioritaria tutela que el mismo legislador le otorga), no es dado considerar que, por el hecho de haberse el funcionario declarado impedido, no esté en la obligación de pronunciarse al respecto, pues ello iría en contra de la misma ley.*

Aquí no caben argumentaciones como la de que por comportar un análisis jurídico del material probatorio, para deducir o no factores tan definitivos que tocan con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, el funcionario que se declara impedido está de suyo imposibilitado para realizarla, porque la ley espera de quien tiene la delicada misión de juzgar que en circunstancias tan singulares responda a esta nobilísima y trascendente función. Y será, entonces, el pronunciamiento en sí el que sea objeto de la valoración correspondiente, para deducir si se ha violado o no la ley. Con o sin impedimento, y tal vez con mayor ponderación en la primera hipótesis, el funcionario tiene que aplicar el derecho conocido, porque si manifiesta e inopinadamente se aparta de la ley, responde penalmente

a título de prevaricato o abuso de funciones. No deja pues ella al capricho del juzgador o al arbitrio de su confesado impedimento, definición tan importante como la de disfrutar o no de libertad. Al contrario, si bien espera que cumpla con su deber, al propio tiempo le hace saber que, de no hacerlo, deberá atenerse a las severas consecuencias legales.

El hecho de que aún le quede tiempo al funcionario a quien llegue a corresponder el proceso, para la resolución de la situación jurídica, no es argumento de recibo, como quiera que por tratarse de un acto urgente de instrucción, la perentoria obligación, con tiempo o sin tiempo, para el funcionario impedido es la de asumir él mismo tal determinación. La Corte ha sido enfática en significar que, los cinco (5) días a que se refiere la ley, es un término máximo que no puede dejarse transcurrir siempre, de manera fatal. Y, en tal orden de ideas, así sea el primer día el que esté corriendo, ya es imperiosa e indelegable la obligación para el Juez que oyó en indagatoria de resolver, salvo factores adversos, la situación jurídica del implicado. Un pensar en contrario equivaldría a colocar al sindicado en posición desventajosa, con riesgo de que se prolongue indebidamente la privación de su libertad o de que se le niegue el derecho a saber, en su momento, el resultado de tan trascendental definición.

4. No obstante lo dicho, para la Corte aparece claro, según se desprende de las circunstancias que la Juez acusada plantea, que todo obedeció a un error, a una inadecuada interpretación (fortunosamente sin consecuencias sensibles considerables) y al afán de revestir a todas las partes de extremas garantías. Así las cosas, es imposible hallar dolo en la conducta juzgada, la que, a lo sumo, daría para adelantamiento de proceso disciplinario. En este sentido, el Tribunal asumirá las disposiciones del caso en orden a que la Procuraduría adelante la correspondiente averiguación.

5. En cuanto a los otros aspectos a que hace alusión la apelante, la Corte, por estar de acuerdo con la Delegada, se limita a transcribirla:

"...Ninguna otra de las afirmaciones tangenciales que se hicieron en la denuncia ostenta, en nuestro parecer, características concretas que ameriten continuar la investigación. Lo de la orden de captura quedó dilucidado con la fotocopia que obra en el sumario. Lo de la velocidad en abrir investigación es un ideal de la justicia y mal se haría en reprocharla. Lo de las notificaciones envuelve un problema de secretaría, y con la manera como se desenvolvieron tales actos procesales no se afectó ningún derecho de las partes. Lo demás son productos afectivos; rencores, prevenciones, deducciones, sugestiones".

6. La interpretación acordada por el *a quo* a los hechos, ciertamente daba margen a considerar la pertinencia del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. La que ahora enuncia la Sala, que reconoce más bien un motivo de inculpabilidad, da lugar según reiterada doctrina de la Corte, al sobreseimiento definitivo.

De ahí, entonces, que se revocará la decisión comentada y se procederá a devolver estos autos al Tribunal, para que éste proceda a cerrar la investigación y aplicar el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, REVOCA el auto de cesación de procedimiento, dictado en favor de la doctora Luz Marina Gutiérrez de Silva, mencionado ya en su fecha y origen. Devuélvanse estas diligencias al Tribunal Superior de Bogotá, para que proceda conforme a lo indicado en la parte motiva.

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.

PRESCRIPCION

La Corte reitera su tesis de auto 21 de mayo de 1985, en cuanto el lapso de prescripción de la acción penal tiene relación con el máximo de la pena señalado en la respectiva disposición, disminuida en el mínimo si concurren circunstancias de atenuación y aumentada en el máximo para el caso de circunstancias agravantes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*

Aprobado: Acta número 110.

Bogotá, D. E., 12 de noviembre de 1986.

VISTOS

Se pronuncia la Sala respecto de la solicitud de cesación del procedimiento, por prescripción de la acción penal, presentada por la procesada Leonor Romero de Ovalle, a quien en sentencia emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de febrero del año que transcurre, que se encuentra recurrida en casación, se condenó por los delitos de falsedad en documento y estafa en grado de tentativa.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Abraham Aparicio Romero estuvo casado con María de los Angeles Martínez, pero en su unión no procrearon hijos. Habiendo fallecido ésta a finales de 1976, aquél, que años antes de contraer matrimonio había procreado una hija con otra mujer, otorgó ante la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá una escritura aclaratoria en la que afirmó que la verdadera madre de su hija —a quien se llamó Leonor— había sido su difunta esposa y que la concepción había ocurrido en soltería. Seguidamente Romero gestionó la pertinente corrección de la partida de bautismo de

aquélla, quien ya casada y bajo el nombre de Leonor Romero de Ovalle tramitó la obtención de la cédula de ciudadanía, y apareció entonces como única heredera de los cuantiosos bienes dejados por la causante María de los Angeles Martínez, lo que ocasionó denuncia penal en su contra por quien se consideraba verdadera heredera.

A consecuencia de la investigación Abraham Aparicio Romero y su hija Leonor Romero de Ovalle fueron comprometidos en juicio por auto del Juzgado Quince Superior de Bogotá del 16 de junio de 1980, por los delitos de falsedad en documento y estafa en grado de tentativa. A aquélla se le atribuyó la falsedad tipificada en el artículo 245 del Código Penal de 1936.

El auto de proceder se notificó a doña Leonor a través de su defensor de oficio el 3 de septiembre de 1980, pero como la pieza procesal se produjo con error en el nombre del otro encausado, el apoderado de la parte civil interpuso el recurso de reposición, el cual se desató en proveído del 29 de septiembre de 1980. Este pronunciamiento se consideró complementario del calificatorio y por tanto sujeto a notificación personal, la cual se surtió el 29 de abril de 1981. Vale decir, la ejecutoria del auto de proceder ocurrió el *4 de mayo de 1981,* fecha ésta a partir de la cual ha de computarse el tiempo para efectos de la prescripción que se aduce (Fls. 412 a 414, 382, 421 a 422, 422 v., 491, 492, 501 Cdno. Ppal.).

Consideraciones

La cesación del procedimiento puede impetrarse en cualquier estado del proceso según lo prescribe el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y como éste sólo termina con la ejecutoria de la sentencia respectiva, es el juez que esté conociendo del mismo en el momento en que la petición se formule o en que el propio funcionario encuentre dada una cualquiera de las causales consagradas en dicha norma y tenga la competencia para decidir, el que ha de pronunciarse al respecto. Corresponde entonces a la Corte en su Sala de Casación Penal, y puesto que la sentencia recurrida extraordinariamente no ha causado ejecutoria y por tanto el proceso no ha culminado, resolver la solicitud de cesación del procedimiento de que se trata.

La prescripción de la acción es un fenómeno de naturaleza sustancial e implica que el poder sancionador del Estado no puede alcanzar al acusado, aunque exista certeza de su responsabilidad, cuando se ha operado antes de iniciado el proceso, o cuando se presenta en el curso de éste y el imputado no renuncia a ella.

No obstante, el lapso ordinario de prescripción se interrumpe por mandato del Código Penal, con el auto de proceder debidamente ejecutoriado, evento éste a partir del cual recomienza la oportunidad procesal del Estado para ejercitar su potestad punitiva.

En el caso presente, por favorabilidad en la aplicación de la ley, habrán de atenderse los preceptos del Código Penal de 1980 y no los del de 1936, en cuanto al término prescriptivo de la acción por el delito de estafa en grado de tentativa —pese a que los delitos por los cuales se hizo el

enjuiciamiento ocurrieron ambos en la vigencia de éste—, por razón de la pena fijada en la ley para tal hecho punible y porque en el actual régimen penal el nuevo lapso prescriptivo a partir de la interrupción generada en la ejecutoria del auto de proceder se reduce a la mitad del ordinario, situación ésta de favor que no existía en la legislación derogada. Respecto de la falsedad en la modalidad que ocasionó el enjuiciamiento el término de que se habla es igual en ambas legislaciones, y por lo tanto la definición al respecto se entiende adoptada al amparo de la ley vigente al momento de su comisión.

El cómputo del tiempo requerido para la prescripción deberá hacerse teniendo en cuenta el máximo de la pena señalado en la respectiva infracción, disminuida en el mínimo si se presentan circunstancias de atenuación, y en el máximo aumentada para el caso de circunstancias agravantes, según lo tiene decidido la Corte en auto de mayo 21 de 1985, que dice:

Para comprobar el lapso de prescripción penal, se repite una vez más, no se toma la cantidad de pena que se puede aplicar en una sentencia de condena —que es precisamente lo que ha hecho el Tribunal Superior de Cartagena en el caso concreto—, sino la que aparece indicada como máxima en la correspondiente norma sustantiva en que pueda ubicarse la delincuencia en examen, con las adiciones y disminuciones que surjan de las circunstancias específicas de agravación o de disminución, sin que pueda excederse del tope de treinta (30) años y del mínimo de cinco (5) si se aplican las normas pertinentes del Código Penal de 1980. Además, y como de prescripción se trata, debe tenerse en cuenta que las adiciones llegan hasta el punto máximo que la circunstancia de agravación permite y hasta el mínimo de la disminución en caso de atenuación... (Auto 21 de mayo de 1981).

La pena máxima contemplada en la ley para el delito de falsedad en la modalidad cometida era de un año de arresto en aquel estatuto, vale decir que según los artículos 105 y 107 del mismo en concordancia con el 245 *ibidem*, el término de la prescripción era (y también en el actual), de cinco años, que desde la fecha de ejecutoria del auto de proceder —4 de mayo de 1981— a la de hoy, han transcurrido en exceso.

Para la tentativa de estafa, la pena máxima contemplada en la ley era de 9 años y 4 meses, así: para el delito tipo: 7 años de prisión, disminuida por tratarse de conato en una tercera parte y aumentada hasta en otro tanto por razón de la cuantía. El nuevo término prescriptivo a partir de la ejecutoria del auto de proceder, reducido como lo ordena el artículo 84 del Código Penal de 1980 no alcanza el mínimo de 5 años para la ocurrencia del fenómeno, por lo que para el efecto, ha de tenerse en cuenta esta quántum.

En consecuencia, los delitos que se imputaron a la peticionaria en este proceso no pueden ser objeto de pronunciamiento definitivo por parte de la Sala por haberse operado respecto de ambos la prescripción de la acción, conclusión ésta a la que también ha llegado el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Se hará el pronunciamiento pertinente.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, declara la prescripción de la acción por los delitos de falsedad en documentos y estafa en grado de tentativa atribuidos a Leonor Romero de Ovalle y ORDENA la cesación del procedimiento en contra suya.

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.

VEREDICTO

Con apoyo en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, la Corte ha recordado que son frecuentes las respuestas del jurado que hacen calificaciones o adiciones cuyo alcance y significado pueden ser difícilmente precisados, por lo que al Juez le corresponde establecer de manera exacta el sentido de la veredicción.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 110.

Bogotá, D. E., 12 de noviembre de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior de Bucaramanga en sentencia de enero 30 del presente año confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Sexto Superior de dicha ciudad en la cual condenó a Anselmo Niño Camacho y a Anselmo Niño González a la pena principal de cuarenta (40) meses y diez (10) años de prisión respectivamente y a las accesorias de ley por el delito de homicidio. El segundo de los nombrados y su defensor interpusieron contra el fallo de segundo grado, 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 las horas de la mañana del nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y se concretan a la muerte del joven Alvaro Sarmiento Ruiz, ocurrida en el sitio conocido como Vega

Rica, comprensión municipal de Lebrija, como consecuencia de las lesiones causadas por proyectil de arma de fuego que en contra del occiso accionara Anselmo Niño Camacho por orden de su progenitor Anselmo Niño González (Fls. 1 y ss.).

ACTUACIÓN PROCESAL

1º La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Lebrija y posteriormente continuada por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de la localidad, despachos que escucharon en indagatoria a los implicados, profirieron auto de detención en su contra y practicaron las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación (Fls. 2 y 18).

2º El conocimiento de los hechos se atribuyó al Juzgado Sexto Superior de Bucaramanga, que en providencia de junio doce (12) del año inmediatamente anterior dictó auto de proceder contra los acusados por el delito de homicidio (Fls. 87 y 182).

3º Tramitada la causa y sorteados los miembros del jurado se practicó luego, en octubre diez (10) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), la diligencia de audiencia pública al término de la cual los jueces populares respondieron afirmativamente y por mayoría el cuestionario que por el delito de homicidio les fue sometido a su consideración respecto al procesado Anselmo Niño González, en los siguientes términos:

Cuestión segunda:

"¿El procesado Anselmo Niño González, de las condiciones personales y sociales registradas en el expediente, es responsable, sí o no, de haber determinado a su hijo Anselmo Niño Camacho a causar la muerte de Alvaro Sarmiento Ruiz, mediante herida ocasionada con arma de fuego, descrita por el médico legista en la diligencia de autopsia vista al folio 22 del cuaderno original del expediente, hecho acaecido aproximadamente a las nueve (9) de la mañana del domingo nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en el sitio denominado 'La Renta', vereda 'Vega Rica', Municipio de Lebrija (S.), jurisdicción de este Distrito Judicial de Bucaramanga?".

Propuesta de la defensa al jurado:

"a) Principal: No es responsable";

"b) Subsidiaria: Sí es responsable pero de instigación a delinquir (Art. 188 del Código Penal)".

Respuesta de los jueces de conciencia:

"*Sí es* responsable pero no con intención de instigar a matar" (Fls. 230, 234 y 240)".

4º El 29 de octubre del año inmediatamente anterior, el juez del conocimiento dictó la sentencia, mediante la cual condenó a Anselmo Niño Camacho y a su padre Anselmo Niño González a la pena principal de cuarenta meses y diez años de prisión, más las accesorias de ley por el delito materia del procesamiento, en su calidad de autores material y determinador respectivamente. Apelada esta decisión, fue aprobada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Bucaramanga (Fls. 267 cuaderno 1 y 7 cuaderno 2).

La demanda de casación

Dentro del marco de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante ataca la sentencia recurrida por haber sido proferida en juicio viciado de nulidad.

El actor fundamenta su pretensión en que se infringieron los artículos 26 de la Carta Política y 1º y 6º del Código de Procedimiento Penal por desconocimiento de las formas propias del juicio, pues no cabe duda que la sentencia impugnada se apoyó en un veredicto que por ser "ininteligible, indescifrable, enigmático, confuso y generador de múltiples interpretaciones" debe calificarse como inexistente.

Afirma que la respuesta del jurado "Sí es responsable pero no de instigar a matar", armonizada en su contenido integral conduce a que los miembros del Tribunal Popular estimaron que su representado no actuó a través de conducta dolosa sino culposa, y, si bien, tal respuesta que no fue lo suficientemente clara trató de ser explicada por sus autores aunque fallidamente ante la negativa del presidente de la audiencia, mal puede tomarse la misma con la interpretación que le otorga el fallador de segundo grado, cuando es claro por otra parte que el Agente del Ministerio Público despertó grave confusión en su intervención entre los aspectos determinar e instigar.

Solicita en consecuencia el demandante se invalide la actuación en lo que concierne a su representado a partir del momento procesal de la convocatoria del jurado, con el fin de corregir el desacierto a través de un nuevo veredicto en el que se haga un claro pronunciamiento sobre los extremos del cuestionario que deberá someterse a su apreciación.

Concepto del Ministerio Público y consideraciones de la Corte

Es notoria la falta de técnica del censor al invocar la causal cuarta de casación, cuando su ataque ha debido realizarse a través de la causal segunda en su segunda parte, esto es cuando la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado, sin que pueda predicarse violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 1º y 6º del Código de Procedimiento Penal.

Además, le asiste razón al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal cuando enfatiza acerca de las equivocadas afirmaciones del deman-

dante para proclamar la inexistencia del veredicto en el cual se apoyó la sentencia de segundo grado que impugna por la vía del recurso extraordinario de casación. En verdad, el texto de la decisión popular es inequívocamente demostrativo del querer popular, encaminado a responder sin dubitación y de manera afirmativa la cuestión que respecto a Anselmo Niño González se sometió a su consideración.

Tal como se desprende del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, en los procesos donde interviene el jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate.

Dispone igualmente el artículo 535 ibidem, *que los jurados contestarán los cuestionarios con un sí o un no; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en su contenido, podrán señalarlo así brevemente en la contestación.*

En su permanente labor de orientación ha recordado la Corte, que es frecuente con apoyo en la última disposición citada, que las respuestas del jurado hagan calificaciones o adiciones, cuyo alcance y significado en algunas ocasiones pueden ser difícilmente precisados, por lo que, al juez corresponde una tarea de hermenéutica a fin de establecer de manera exacta el sentido de la veredicción, para luego acomodar la respuesta a las disposiciones legales.

En este caso el Tribunal Popular contestó: "Sí es responsable", y, agregó con el único fin de clarificar las inquietudes de la defensa durante el debate de la audiencia, "pero no con intención de instigar a matar", con lo que, consignó una adición de suyo intrascendente, pues, el núcleo central de la innegable afirmación de responsabilidad que hizo para el procesado Niño González, permaneció como ahora ocurre, incólume.

Este fallo de los jueces populares no puede interpretarse de manera diversa al sentido que le quisieron imprimir sus autores, como en forma ilógica e inaceptable lo propone el impugnante, pues con su criterio simplemente se edificará una caprichosa apreciación personal de su texto, se traicionaría la voluntad plasmada en la veredicción y se desconocería la legitimidad de ésta que, hoy se levanta como lógico e indispensable sustento de la sentencia atacada.

Incurre el actor en contradicción, cuando durante el trámite propio de las instancias aceptó la validez del veredicto en la búsqueda de una sentencia absolutoria en favor de su representado, y, ahora en sede de casación con argumentaciones similares lo tacha de inexistente para lograr la anulación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

Carece así mismo *de fundamento la conclusión del censor cuando señala que la determinación del jurado suscita perplejidad, descarta el propósito homicida y relieva la posibilidad de un delito culposo a través de términos que hacen imposible desentrañar su real significado, pues frente a las alternativas que el mismo profesional le planteó a los jueces de conciencia en forma escrita, clara y precisa durante la audiencia pública, éstos no*

hicieron cosa distinta de responder con meridiana claridad y de manera afirmativa la cuestión que respecto a Niño González les planteó el juzgador de derecho, "Sí es responsable", sin que la agregación "no con intención de instigar a matar" tenga los alcances que sugiere el recurrente, pues la realidad procesal indica que, la ingeniosa pretensión del abogado dirigida a cambiar la denominación jurídica del delito materia del procesamiento y respecto del cual no hizo reproche alguno en su oportunidad (auto de proceder), no encontró eco en el veredicto en cuyos límites innegablemente se desechó el ilógico planteamiento, y, nada se dijo, como era obvio, respecto a la comisión de un hecho punible culposo, pues tal modalidad que no fue presentada o debatida en la audiencia, sólo aparece en boca de la defensa con posterioridad a su celebración.

No sobra insistir que, la comentada adición carece de importancia respecto a la primera parte de la veredicción, pues, ésta, con o sin ninguna consideración a aquélla tiene vida propia e independiente, con una connotación claramente afirmativa de la responsabilidad de Niño González en los términos ejemplificados por la defensa de los cuales, fueron simple y llanamente desatendidos.

Entonces, al dictar la sentencia que se ataca, por el camino de la causal cuarta del artículo 580 del Estatuto Procesal Penal, el *ad quem* no hizo cosa distinta, como en su oportunidad lo hizo el juez de primer grado, de ubicar el veredicto tachado de inexistente en su más justo y exacto significado, el cual, no sólo se advierte de su propio sentido literal sino de la realidad probatoria contenida en el proceso, del auto de proceder, de las intervenciones en audiencia pública (etapas donde se relievó incluso de manera didáctica la calidad de determinador de Niño González en los hechos de la investigación), y fundamentalmente de la deliberación del jurado que se tradujo claramente en la forma como emitió su contestación (dos de sus integrantes rechazando la fórmula de la instigación para delinquir, y, uno de ellos aceptándola fuera de toda duda), con lo que, se entiende sin dificultad que, el tema presentado por el defensor del acusado fue internamente debatido por los mismos, resultando a la postre triunfante el criterio de afirmar la responsabilidad de éste dentro de los parámetros del cuestionario, es decir, como determinador del delito de homicidio objeto de procesamiento.

Por las anteriores consideraciones no prosperan los cargos de la demanda.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 30 de enero del presente año, en la causa adelantada contra Anselmo Niño González, por el delito de homicidio.

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.

JURADO DE CONCIENCIA

El acto de prestar el juramento por parte del jurado de conciencia no constituye intervención de fondo y, en consecuencia, no hay violación a las normas legales o constitucionales cuando se efectúa el sorteo parcial, luego de prosperar la recusación a alguno de ellos, propuesta en ese momento de iniciar la audiencia pública.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 111.

Bogotá, D. E., 19 de noviembre de 1986.

VISTOS

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis María Torres Briceño, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco, la cual confirmó en su totalidad la sentencia de primera instancia pronunciada por el Juzgado Veintiséis Superior de esta ciudad el dieciocho (18) de julio del mismo año y según la cual se condenó al enjuiciado a la pena principal de diez (10) años de prisión como responsable del delito de homicidio.

HECHOS

Con ocasión de una vieja disputa por una servidumbre entre predios del señor Luis María Torres Briceño y de los poderdantes del doctor José Miguel Rincón Solano, el día diecinueve (19) de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981) el procesado Torres Briceño y el occiso Rincón Solano se trabaron en una discusión en el sitio denominado "San-

tuario", vereda de Hatochico, jurisdicción del Municipio de Simijaca, cerca de las siete y media de la mañana.

Durante tal disputa, el acusado Luis María Torres Briceño disparó su arma de fuego en contra del señor José Miguel Rincón Solano, quien murió a consecuencia de las heridas que le ocasionara el proyectil.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación penal correspondiente fue iniciada el día 19 de febrero de 1981, por parte del Juzgado Promiscuo Municipal de Simijaca; cumplida la fase investigativa, el Juzgado Veintiséis Superior de Bogotá llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado de conciencia, al procesado Luis María Torres Briceño, por el delito de homicidio en la persona de José Miguel Rincón Solano.

Luego de realizado el sorteo de jurados, se celebró la audiencia pública el día veintiocho (28) de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983); oídas las alegaciones de las partes, el jurado de conciencia, por unanimidad, rindió veredicto de no responsabilidad a favor del enjuiciado. Este veredicto, a solicitud de la fiscalía fue declarado contraveniente por el juzgado en providencia calendada el ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983), decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en auto de diecisiete (17) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Así las cosas, se practicó nuevo sorteo total de jurados el día doce (12) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), habiendo sido escogidos al azar como miembros del tribunal popular las siguientes personas: Número 127 de Restrepo G. Oscar A.; número 31 de Borde Flor M. Parra de; la número 134 de Rodríguez Rincón Absalón; la número 19 de Ayala Archila Pedro Ignacio; la número 37 de Calderón Rodríguez Luis A., y la número 131 de Rincón T. Jorge, los tres primeros como principales, y los siguientes como suplentes, los cuales fueron reconocidos como jurados de conciencia, sin que se haya presentado objeción alguna por las partes.

De estos miembros, no fue posible la localización y comparecencia de Absalón Rodríguez Rincón, Pedro Ignacio Ayala Archila y Calderón Rodríguez Luis A., quienes fueron reemplazados, en su orden y dentro de un nuevo sorteo parcial, por los señores Francisco Guáqueta, Alicia Espinosa de Baquero y Emiro Parra Trujillo. El primero de los nombrados tampoco fue localizado, y se le reemplazó por Antonio Hoyos, de quien tampoco se logró su presencia en el juzgado, por lo cual dentro de un nuevo sorteo se seleccionó como miembro del Tribunal popular a Rafael Gallardo Rodríguez, a quien no se pudo notificar y se reemplazó por Julio Pérez Acevedo.

El día veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) se instaló la audiencia pública, concurriendo a ella como jurados los señores Alicia Espinosa Baquero, Emiro Parra Trujillo y Julio Pérez Acevedo; aun antes de dar lectura al auto de proceder y demás piezas

procesales, y de iniciar el debate público, el apoderado de la parte civil recusó al señor Julio Pérez Acevedo, a quien vio momentos antes de la instalación de la vista pública en conversación con el señor Esteban Torres Rincón, hijo del procesado. A tal recusación, adhirió la fiscalía y por ello el juzgado inició el trámite incidental correspondiente, el cual concluyó con la decisión del nueve (9) de agosto de mil novecientos ochènta y cuatro (1984) que ordenó la separación del miembro recusado del conocimiento del asunto, y su reemplazo a través del sorteo parcial.

Ante esta determinación, el defensor del procesado solicitó al Juzgado la realización de un sorteo total de jurados, porque consideró que al momento de instalarse la diligencia de audiencia pública, antes de la recusación que luego prosperara, ya se había dado comienzo a la diligencia y en consecuencia tenía plena aplicación el contenido del artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "el jurado con el cual se inicie la audiencia actuará hasta la terminación de ella"; en caso de no procederse a la selección completa del jurado —advirtió—, se incurrirá en causal de nulidad porque el jurado que inició la audiencia se desintegró, y por ello no puede ser el mismo que finalice la diligencia.

Esta petición de selección total de los jurados fue oportunamente negada por el juzgador de primera instancia, quien continuó con el diligenciamiento de la actuación y sorteó el miembro que aún faltaba para la integración del Tribunal popular.

Luego de otras incidencias, finalmente se celebró la diligencia de audiencia pública en la cual actuaron como jurados de conciencia los señores Jorge Rincón Triviño, Oscar Augusto Restrepo Garay y Flor Marina Parra de Borda, quienes rindieron su veredicto de responsabilidad al finalizar la diligencia.

El defensor del encausado propuso a continuación la declaración de nulidad del proceso, basándose para ello en la causal que él mismo había advertido con anterioridad, esto es, que el jurado que inició la diligencia de audiencia no fue el mismo que la terminó. Al efecto la Secretaría del Juzgado Veintiséis Superior de Bogotá, dejó constancia con fecha veintiséis (26) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) que se comunicó con el teléfono que según la lista de jurados remitida por el Tribunal correspondía al señor Restrepo C. Oscar A., verificando que la línea estaba instalada en la dirección que correspondía a la misma información de la lista, que allí era la oficina del señor Oscar Augusto Restrepo Garay, que en la misma no había trabajado ningún otro Oscar Restrepo, y que, por lo tanto, Oscar Augusto Restrepo Garay era la misma persona que Restrepo C. Oscar A., quien fuera sorteado como jurado dentro de la causa.

Con esta aclaración de la Secretaría, el Juzgado Veintiséis Superior profirió sentencia condenatoria en contra de Luis María Torres Briceño el día dieciocho (18) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), y negó la declaratoria de nulidad propuesta por el defensor del enjuiciado. Contra esta determinación apeló el defensor e insistió en la declaratoria de nulidad, la cual fue nuevamente negada por el Tribunal Superior de esta ciudad mediante providencia de veintiséis (26) de septiembre de mil

novecientos ochenta y cinco (1985), en la cual así mismo confirmó la sentencia condenatoria apelada.

El recurso de casación, oportunamente interpuesto y concedido por el Tribunal Superior, fue declarado admisible el día dieciocho (18) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986) y presentada la demanda, ésta fue declarada ajustada a las prescripciones legales mediante auto de veintinueve (29) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986).

La demanda de casación

El defensor del procesado Luis María Torres Briceño, demandó la casación del fallo condenatorio con base en la causal cuarta, y para ello formuló dos cargos contra la sentencia.

Cargo primero. La sentencia condenatoria "se dictó en un proceso viciado de nulidad insubsanable, que la hago consistir, en que figuró como miembro del jurado de conciencia una persona que no aparecía en la lista correspondiente", dijo el censor, alegando el motivo de nulidad consagrado en el numeral 2º del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal.

En aras de demostrar el cargo formulado, argumentó el demandante que durante la diligencia de sorteo de jurados realizada el día doce (12) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), resultó elegido como miembro del Tribunal popular el señor Restrepo C. Oscar A., y que finalmente quien intervino en la diligencia de audiencia pública lo fue el señor Oscar Augusto Restrepo Garay, persona diferente a la escogida al azar; manifestó que tal hecho puede comprobarse con la no correspondencia de direcciones entre el sorteado y quien realmente intervino en la vista pública. Sus planteamientos, textualmente, fueron en lo pertinente:

"d) Respetable, pero no verdadero lo que se afirma por el honorable Tribunal, digo lo anterior por lo siguiente: La dirección que le figuró a Oscar A. Restrepo C., es la carrera 7ª Nº 13-63, según copias de telegramas obrantes a los folios 486, de septiembre 26 de 1983, 533 de mayo 11 de 1984 y 589 de enero 29 de 1985. Pero ya al folio 630, el 23 de mayo de 1985, le es enviada comunicación a la calle 26 Nº 36-52.

"Anotando que ninguno de los telegramas anteriormente enviados fuera devuelto, no hay ninguna constancia, en consecuencia no es la misma dirección.

"...

"No es lo mismo Restrepo C. Oscar A., nombre que correspondió al jurado sorteado y reconocido que Oscar Augusto Restrepo Garay, ciudadano que actuó en la audiencia pública. Por tal motivo la causal que invoco debe prosperar".

Cargo segundo. El segundo de los cargos lo fundamenta el censor en la violación de las formas propias del juicio consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque, según criterio, al instalar la audiencia el día veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro

(1984) comenzaron a actuar como jurados de conciencia los señores Alicia Espinosa Baquero, Emiro Parra Trujillo y Julio Pérez Acevedo, constituyéndose ellos, en consecuencia, en miembros del Tribunal Popular con el que se ha debido terminar la diligencia respectiva; no obstante, ante la recusación que se hizo del jurado Julio Pérez Acevedo, el Juzgado lo reemplazó mediante un sorteo parcial, siendo tal medida improcedente porque los demás integrantes del jurado previamente sorteados habían perdido su calidad de tales ante la actuación asumida por los tres anteriormente nombrados. Aceptó el recurrente que la denuncia de la nulidad aquí planteada fue discutida en las instancias, pese a lo cual considera que el Tribunal equivocó sus apreciaciones al respecto. En torno a estos temas, el demandante expresó:

"En efecto, se tuvo como causa eficiente una estructura violatoria del esquema procesal que la prospecta, predetermina o condiciona, como fue el que la audiencia pública, en lo que hace relación al jurado de conciencia, se hubiera compuesto por personas que ya habían perdido su calidad de tales, porque es entendido que el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, en lo pertinente reza: 'Reunido el jurado, puestos de pie los concursantes, el juez exigirá juramento a los miembros de aquél, con la fórmula siguiente...'.

"Vemos cómo, si la audiencia se había iniciado, se había tomado juramento a las personas que intervenían como jurados, naturalmente a partir de ese momento, las demás personas perdían su calidad de jueces de hecho, y por lo mismo debió hacerse un sorteo general, como reiteradamente lo pidió la defensa sin haber sido escuchada. La observancia de la norma penal, o de las normas constitucionales, es la garantía del ejercicio de la actividad jurisdiccional en un proceso, en este caos en el proceso penal, que como todo fenómeno jurídico se produce entre hombres, que son los que intervienen en él, dándole una orientación determinada, observando los procedimientos y las formas de cada juicio.

"...

"A más de los planteamientos que he venido haciendo, en esta demanda de casación, vuelvo a insistir en que no se hizo por parte del Tribunal en la sentencia de segunda instancia el 26 de septiembre de 1985, la interpretación sistemática de la ley procesal penal frente a la nulidad planteada y que está consagrada en el artículo 211, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal, violando por tanto el artículo 26 de la Constitución Nacional, por ser un error en el procedimiento, que vicia la relación procesal y que por tanto compromete la validez del juzgamiento, porque conculcó el principio de legalidad del mismo y de los actos procesales, socabando (sic) la estructura vital del proceso, por violación del ordenamiento jurídico procesal y por ende el ordenamiento constitucional que lo disciplina, por eso, al no observarse las formas propias del proceso, lo repito, se quebrantó el orden constitucional.

"En síntesis al quebrantarse los procedimientos de los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, al violarse el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, necesariamente no se observaron los procedimientos propios del juicio, razón suficiente para que, prospere la

demanda de casación, en contra de la sentencia de segundo grado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó al señor Luis María Torres Briceño a la pena principal de diez años de prisión''.

La opinión del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en su concepto de dieciocho (18) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), considera que ninguno de los cargos formulados por el demandante contra la sentencia de segundo grado que se revisa en casación está llamado a prosperar. Con relación al primero de los cargos, a más de analizar la constancia secretarial de fecha veintiséis (26) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) que ya se dejó reseñada, y la discusión que con relación a él se hizo en las instancias, señaló el Procurador Delegado:

''Desde el momento del sorteo de jurados y a lo largo del debate público, siempre existió la certeza de que la persona que resultó elegida como Restrepo C. Oscar A., fue la que en definitiva concurrió a la mencionada diligencia.

''Verificada la efectiva presencia del defensor del procesado que posteriormente recurre en casación (Fl. 482) en el acto del sorteo, y estimadas como ciertas las afirmaciones del juzgador de instancia respecto a la falta de nitidez de la lista de jurados de conciencia, considera este Despacho que pese al esfuerzo desplegado por el censor, no logra demostrar la existencia de la causal de nulidad invocada.

''...

''Una vez practicado el sorteo y elegido Oscar A. Restrepo C., fue constatada su identidad en presencia del defensor del encausado, con los datos obrantes en el juzgado. En el momento de la notificación éste no realizó ninguna observación en cuanto a la falta de coincidencia entre la inicial de su segundo apellido y la verdadera, sin que dudase por lo tanto de su real designación.

''Para la última citación el juzgado dirigió el cablegrama a la dirección para ese momento actual, circunstancia que explica su concurrencia a la audiencia pública. (Fl. 630).

''...

''Resta agregar que no aparece acreditada en la lista la existencia de otro jurado de conciencia con los apellidos Restrepo Garay, situación que habría podido originar una equivocación. La lista fue revisada por el juzgado con ocasión del pedimento de nulidad, advirtiéndose allí solamente la dificultad para precisar si en realidad la inicial correspondía a la letra G. o C., en virtud del estado de deterioro que ésta ofrecía''.

Con relación al segundo de los cargos formulados, el Procurador Delegado en lo Penal aseveró que, tal como lo consideró el juzgador de instancia, la audiencia pública instalada y dentro de la cual se produjo la recusación del jurado de conciencia Julio Perea Acevedo, no puede

entenderse como la iniciación real de la diligencia porque allí no se dio comienzo al debate público, ni se dio lectura a los autos del proceso, ni se interrogó al encausado, actividades todas ellas que deben realizarse al comienzo de la vista pública y que dan origen real a la diligencia, que hacen surgir la controversia y que constituyen el señalamiento de los hechos mismos del juzgamiento, para lo cual se exige la intervención del mismo jurado de conciencia.

Siendo que entonces no se dio comienzo a la diligencia, y el trámite de la recusación no fue realizado dentro de un término de suspensión de la misma, mal puede hablarse de un reemplazo anormal de jurados de conciencia y por ello, la pretendida irregularidad señalada por el censor no constituye motivo alguno de nulidad.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta. Cargo primero. La norma que consagra el motivo de nulidad alegado por el censor, es el numeral 2º del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, que textualmente señala: "Figurar como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente"; sobre ello, dice el demandante, que el sorteado Oscar A. Restrepo C. es persona diferente a Oscar Augusto Restrepo Garay, quien en definitiva intervino en la diligencia de audiencia pública y quien, por lo mismo, es persona que no aparece como elegible en la lista de jurados de conciencia elaborada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Es evidente que en torno a este asunto las argumentaciones del demandante corresponden a un loable ánimo de defensa de los intereses que le han sido confiados; empero, es un intento que no tiene vocación alguna para prosperar como motivo de casación de la sentencia recurrida. En múltiples oportunidades esta Corporación ha señalado la trascendencia de la nulidad dentro del proceso penal, advirtiendo enfáticamente que no toda irregularidad puede originar una nulidad, figura ésta que está reservada a ser denunciada y declarada cuando en verdad el vicio en que se haya incurrido sea de tal importancia que vulnere las garantías constitucionales o se adecue perfectamente a una de las descripciones contenidas en el estatuto procesal penal. Evidentemente, la dificultad de identificar la letra inicial del segundo apellido de uno de los jurados sorteados, no significa que éste no pertenezca a la lista de tales, elaborada por los Tribunales correspondientes. A todas luces se ve dentro de esta actuación, que el señor Oscar Augusto Restrepo Garay es la misma persona a la que se identificó como Oscar A. Restrepo C. al momento del sorteo de jurados, no solamente porque Restrepo Garay no manifestó su inconformidad con el sorteo o su extrañeza por su inclusión como juez de hecho, aceptando de esta forma y tácitamente que está incluido en la lista elaborada por el Tribunal, sino porque según la actuación procesal que quedó reseñada, en especial la constancia secretarial de fecha veintiséis (26) de junio de mil novecientos ochenta y cinco, se estableció sin lugar a dudas que Oscar A. Restrepo C. tenía la misma dirección y número telefónico de Oscar Augusto Restrepo Garay, su identidad verdadera, y que en la misma dirección

y teléfono no existía persona alguna que permitiera la confusión en cuanto al individuo sorteado para intervenir en la diligencia de audiencia pública.

Pretender erigir en motivo de nulidad la simple equivocación en la letra inicial del segundo apellido de uno de los jurados sorteados, cuando los demás datos que a él corresponden coinciden y han sido comprobados por los procedimientos que más acertados parecieron al juzgador, es desnaturalizar la esencia misma de la nulidad, reservada, como se dijo, a vicios graves en el procedimiento. La nulidad es la sanción a la violación de las formas propias del juicio, si se trata de aquéllas establecidas con relación a actos propios del juzgamiento, y como tal, su declaración ha de ser sometida a la valoración de la alteración que se haya producido en el procedimiento. El numeral 2º del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, quiere preservar justamente una de las formas válidas de procesamiento, específicamente la relativa a la selección del jurado de conciencia para que éstos no sean libremente elegidos por el juzgador sino de aquéllos que se han indicado luego de un proceso selectivo realizado por los Tribunales Superiores. En el caso en estudio, la pretendida irregularidad no responde al capricho del juez de primera instancia, a la escogencia del jurado por parte de él, sino a una simple equivocación en cuanto a una de las letras iniciales del segundo apellido de uno de los miembros del Tribunal popular, yerro que fue suficientemente explicado por el juzgado, explicación que además permitió establecer que la persona escogida efectivamente se encuentra dentro de las incluidas en las listas elaboradas por el Tribunal. Por consiguiente, con ello no se vulneró el principio de legalidad del proceso, parámetro irremplazable en la evaluación de las causales de nulidad.

Ya en anterior oportunidad, y con ocasión de un error más representativo en cuanto a los apellidos de uno de los miembros del jurado de conciencia, se pronunció esta Corporación en casación de veintiocho (28) de junio de 1983, con ponencia del doctor Darío Velásquez Gaviria:

"Para reforzar la convicción que tuvo que haber asistido al juzgado para estimar que Ruby Otero Jiménez era en verdad la jurado que el Tribunal seleccionó, entre otras personas, para ese despacho, debe destacarse también el hecho de que en la lista no figuraban simultáneamente los nombres de Ruby Otero Jiménez y Ruby Ortega Jiménez, pues, de haber ocurrido así, la situación no podría tener solución diferente de la declaratoria de nulidad, ya que, en ese supuesto, sí habría entrado una persona distinta a la sorteada a actuar como miembro del Tribunal popular.

"Luego, se trata de un simple error en cuanto al primer apellido de la jurado, sin incidencia en su identidad física.

"...

"Conviene recordar que en materia, si no más, por lo menos igualmente delicada, establece el legislador como causal de nulidad el haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo 'al nombre o apellido de la persona responsable' (artículo 210, numeral 5º), y sobre el alcance de ese motivo de anulación ha dicho esta Sala lo siguiente, que también podría aplicarse por similitud de materia al caso que se debate:

" 'Como ya lo ha dicho la Corte, no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable lo que causa la nulidad del proceso si por otra parte el agente del ilícito está identificado físicamente con precisión, porque el legislador no pudo establecer ese motivo con el necio propósito de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de las causas criminales... Lo esencial en esta causal, es que no se pueda obtener la identidad física del inculpado, supuesto que el nombre y apellido de las personas es apenas uno de los medios de identificarlas, aunque es uno de los principales' (sentencias de 6 de diciembre de 1945, LIX 1027 y 15 de octubre de 1955. LXXI, 526)".

Ahora bien, el día doce (12) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), fecha de realización del sorteo de jurados, en el acta correspondiente se consignó que fue elegido al azar al señor Restrepo C. Oscar A., cuya ficha es la número 127, incluida en las listas que al Juzgado Veintiséis Superior remitiera el Tribunal Superior de Bogotá; bajo este nombre, se remitieron los telegramas de citación al jurado, a la dirección de la carrera 7ª Nº 13-63, con fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) (folio 486), once (11) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) (folio 533), veintinueve (29) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) (folio 589) y veinticinco (25) de abril del mismo año (folio 618); un último telegrama se envió al señor Oscar Restrepo C. a dirección diversa (calle 26 Nº 36-52), el día veintitrés (23) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), pero esto luego de haber sido convocada la audiencia pública para el día dos (2) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), la cual no se pudo llevar a efecto por la no comparecencia de los jurados de conciencia, oportunidad en la cual, según la constancia de la misma fecha, se llamó telefónicamente a ellos sin poder lograr su comparecencia.

Es evidente, entonces, que en aquella ocasión (2 de mayo de 1985), el juzgado hubo de enterarse de la nueva dirección del señor Oscar A. Restrepo y por tal razón el nuevo marconigrama de citación lo envió a la dirección ya anotada en la calle 26 Nº 36-52; ciertamente que el procedimiento que observó el Juzgado al respecto no es el más adecuado para estos eventos, en donde ha debido dejar constancia de la forma como se enteró de la nueva dirección del jurado de conciencia, pero sí resulta claro que no existía duda alguna con relación a la identidad de la persona que debería intervenir como integrante del Tribunal popular, identidad de la que tampoco dudaba el defensor del encuestado, porque ninguna manifestación hizo al respecto.

Suficientemente claras resultan las consideraciones hechas por el Juzgado Veintiséis Superior en su sentencia del dieciocho (18) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), cuando afirmó:

"Desde ya, este Despacho debe manifestar al distinguido defensor que no es cierta tal afirmación, ya que no cabe la menor duda, que la persona que aparece sorteada como jurado de conciencia es la misma que actuó como tal en la diligencia de audiencia pública y la misma que aparece figurando en la lista, pues por el hecho de que en dicha lista no figure con los nombres completos sí aparece que es la misma persona, ya

que se pudo establecer que la residencia y número telefónico de dicha persona corresponden a las que obran en la lista de jurados enviados por el honorable Tribunal Superior, Dice el distinguido defensor que consta en el acta que obra al folio 482, aparece que con la ficha 127 fue sorteado como jurado principal el señor Restrepo C. Oscar A. Ciertamente así aparece en dicha diligencia, pero si observamos la lista de jurados allí no se puede apreciar si la letra correspondiente al apellido de dicho jurado es una 'C o G', porque la copia no es muy nítida, pero ello no implica que la dirección teléfono (sic) que allí le figuran a dichas personas no correspondan a la realidad. Algo más, en dicha diligencia de sorteo estuvo presente el defensor del procesado en esa fecha, doctor Alberto Pulido Pineda, quien también aparece firmando el acta. Al doctor Pulido Pineda le debe constar que ese juzgado al hacer el sorteo ha verificado telefónicamente la existencia de los jurados que salieron sorteados, ya que así lo exigió no solamente él sino el propio procesado, y este despacho acostumbra a verificar telefónicamente la dirección teléfono (sic) de los jurados y desde luego sus nombres".

Viendo la última parte del auto que se transcribe, menos explicación encuentra la Corte para la proposición de la causal de nulidad planteada por el recurrente. Es verdad que el procedimiento empleado por el Juzgado Veintiséis Superior no resultó el más adecuado para la claridad procesal, porque de las comprobaciones telefónicas que realizó ha debido dejar constancia escrita, pero ello no obsta para que las afirmaciones hechas por el juez en su providencia, y no rebatidas por las partes en el proceso, sean consideradas como dignas de crédito y por tanto, comprobadoras una vez más de la inexistencia de una causal de nulidad como lo quiso plantear el censor.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Causal cuarta. Cargo segundo. Comparte la Sala el criterio del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, cuando respecto a este cargo afirma:

"Es evidente que el fundamento del cargo de nulidad jurisprudencial esgrimido por el censor, según el cual los jurados que intervinieron en la diligencia de audiencia pública celebrada el 7 de junio de 1985 habían perdido tal condición por cuanto ellos no habían concurrido para una primera oportunidad (25 de mayo de 1984), cuando el debate hubo de suspenderse, parte de un supuesto falso como el de considerar que los actos realizados en la ocasión inicial, constituían el inicio real y verdadero de la audiencia y, por consiguiente, su desarrollo posterior debería entenderse como continuación perfecta del debate, situación que no tuvo ocurrencia".

La diligencia de audiencia pública, en verdad, *es un acto complejo en el cual claramente pueden diferenciarse etapas diversas; su instalación, el debate público, la práctica de pruebas en ocasiones, la deliberación de los miembros del jurado de conciencia, la emisión del veredicto. Todos ellos, deben ocurrir de preferencia sin interrupción de alguna naturaleza; empero, la misma ley autoriza la suspensión de dicho acto complejo cuando*

las circunstancias así lo ameriten, suspensión que se encuentra limitada por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal que señala que la misma no podrá ser por un lapso mayor de dos días.

Ahora bien, el artículo 556 del mismo estatuto procesal establece que "el jurado con el cual se inicie la audiencia actuará hasta la terminación de ella"; y antecedentemente, habla el artículo de la forma de reemplazar a uno de los miembros del Tribunal Popular al momento de iniciarse la audiencia. La redacción de esta norma, obviamente, dio pie a las consideraciones hechas por el censor, quien consideró además violados los preceptos respecto de la exégesis de las leyes. Sin embargo, la interpretación exegética de la norma, es lo que lleva al errado concepto de que una vez instalada la audiencia pública todos los integrantes del jurado que comenzaron a actuar en ella deben continuar hasta el final sin posibilidad de cambio por causa alguna.

La ley lo que quiso preservar fue la íntegra percepción del debate público por los mismos integrantes del Tribunal Popular, no la presencia de los mismos sujetos por el simple afán de imponer a ellos la carga de asistir a todos los actos de la diligencia. Y el debate público solamente comienza una vez leído el auto de proceder, porque hasta ese momento, ninguna intervención de fondo han tenido las partes, ni ninguno de los jurados sorteados está en posesión de mayores datos del proceso que el otro, porque a todos ellos —principales y suplentes— se les ha repartido copia del auto de proceder.

Así las cosas, cuando —como en el caso presente—, antes de dar comienzo al debate público alguno de los miembros del jurado es recusado por una de las partes que están llamadas a enfrentar la confrontación procesal durante la audiencia, el reemplazo de jurados se deberá efectuar de acuerdo a lo normado en el artículo 543 del Código de Procedimiento Penal, que es el que señala la forma de actuar frente a las eventualidades del impedimento o la recusación, y en consecuencia, como ninguno de los miembros sorteados ha adquirido la plena capacidad para ser jurado (no ha enfrentado el debate), ninguno de ellos ha perdido tampoco la capacidad para serlo. La simple toma del juramento no constituye intervención de fondo del Tribunal popular.

Nuevamente se recalca que la protección de las formas propias del juicio no está constituida por principios aislados y que den origen a una vena abierta por la cual se escapan los límites de la legalidad. Tal protección es preciso mirarla con relación a las condiciones materiales específicas y a la vulneración efectiva que con las irregularidades se haya causado de los derechos constitucionales consagrados en nuestra carta fundamental y en las leyes que la desarrollan; es preciso tener en cuenta, pues, no solamente que existe una irregularidad que da margen para alegar una pretendida violación de los derechos del procesado, sino también si dicha violación realmente se efectuó, qué incidencia tuvo dentro del proceso, y qué entidad tiene la misma con relación a la estructura procesal y al interés supremo de la sociedad.

En el caso bajo estudio, el reemplazo del jurado luego de instalada la audiencia no tiene siquiera el carácter de irregularidad; ni siquiera

contrarió preceptos legales, menos aún constitucionales; no tuvo trascendencia de ningún tipo en cuanto a la defensa del encausado o la integridad de las formas propias del juicio, porque al juzgado se le escuchó por parte de tres personas sorteadas públicamente con antelación, posesionadas de sus cargos en legal forma, aptas para ser jurados de conciencia, y quienes escucharon en su totalidad no solamente la lectura de las piezas procesales, sino también las alegaciones de una y otra parte, sobre las cuales dieron su veredicto. Fueron los mismos miembros del jurado quienes tomaron autónomamente su decisión, y cumplieron así con lo taxativamente señalado en la ley.

Han sido tan claramente observadas las formas propias del juicio, que el propio demandante no puede precisar el concepto de la violación; es verdad que el casacionista señaló los diversos pasos que se dieron en torno a la integración del jurado, narró las incidencias de tales diligencias y de la propia audiencia pública, pero no atinó a precisar en qué forma se violó el debido proceso con el vicio, para él y por él señalado; menos aún apuntó la relievancia de la presunta alteración de las formas propias del juicio en cuanto a los resultados del mismo, ni la vulneración de los intereses de su patrocinado.

El relevo de los jurados Alicia Espinosa Baquero y Julio Pérez Acevedo que se dio dentro de esta actuación, no tuvo ingerencia alguna en la desintegración total del jurado de conciencia integrado previa selección pública de los mismos; se trató, simplemente, de una de las eventualidades del artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, planteada en oportunidad diversa a la allí señalada, y no por el capricho del juzgador, sino porque, precisamente momentos antes de iniciarse la audiencia, surgieron las causas que motivaron la separación del cargo para Pérez Acevedo; y solamente el día treinta y uno (31) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), la señora Espinosa Baquero notificó al juzgado su exclusión del cargo por parte del Tribunal Superior.

Dice el demandante que la actuación ya reseñada del Juzgado Veintiséis Superior desfiguró la estructura del proceso, "llevándose de calle derechos fundamentales y desconociendo garantías constitucionales y legales que la sociedad estableció para salvaguardiar su propia seguridad", sin que logre, como se anotó, demostrar el desconocimiento de las garantías constitucionales que alega. Por lo demás, lo cierto es que la estructura del proceso no sufrió alteración alguna como quiera que la audiencia pública se desarrolló en presencia de tres ciudadanos escogidos de acuerdo a las normas procesales que regulan la materia, de la lista de elegibles, y ellos emitieron su veredicción en la forma prevista en las normas, sin que se recortase o impidiese la concreción de las garantías que la Constitución Nacional consagra a favor de los procesados.

Las normas sobre interpretación de la ley que reputa violadas el censor, tampoco presentan este carácter, porque si bien es cierto que los juzgadores de las instancias no se hallan de acuerdo con el análisis que de las disposiciones legales hace el demandante, su interpretación consulta el espíritu mismo de la ley, su integración dentro del contexto procesal al que sirve, y el sentido de la institución del jurado de conciencia, llegando a la conclusión, como ya se anotó, que ninguna violación se causa

a las normas legales o constitucionales al realizar el sorteo parcial de jurados luego de prosperar la recusación hecha a uno de ellos, y antes de iniciarse el debate público de la audiencia, en concordancia con las precisiones hechas atrás.

En consecuencia, 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 recurrida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CAUSAL PRIMERA

Casación.

La ley es especialmente exigente en torno a los requisitos de fondo y de forma que debe reunir la demanda, cuando se ataca el fallo por la causal primera de casación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 112.

Bogotá, D. E., 25 de noviembre de 1986.

VISTOS

Se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del condenado por los delitos de acceso carnal violento e incesto, señor José Antonio Martínez Arias. La condena se produjo mediante sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, de fecha diciembre 3 de 1985 que confirmó la de primera instancia que había dictado el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Fue Rosa Emilda Gómez, quien denunció los hechos que dieron lugar a esta investigación el 17 de abril de 1985. Ella dijo ser la abuela de la menor Claudia Patricia Tami.

Relató cómo el 6 de abril, notó que su nieta no podía caminar, ya que le dolían las nalgas; por ello la envió al médico a quien le contó que su propio padre José Antonio Martínez Arias, le había introducido el miembro por el ano, en el terminal de buses. Detalle que Martínez, le había dicho a la niña que se sentara en las piernas y le enseñaría a manejar y

que no contara a nadie lo acaecido. En la denuncia no se hace referencia a ningún empleo de violencia o amenaza y fue provisionalmente calificada como acceso carnal abusivo en menor de catorce años.

2. En el expediente aparece agregado un reconocimiento médico-legal practicado el día anterior a la denuncia, esto es el 16 de abril, donde se expresa que Claudia Patricia Tami, tiene una edad aproximada de nueve años y que presenta el orificio anal enrojecido y con presencia de fisuras infectadas, edema y heses líquidas. Tales lesiones son sugestivas de corresponder a complicaciones de una violación anal.

3. Aparecen en el proceso, igualmente la declaración de la ofendida, donde inicialmente no alude al empleo de fuerza o amenazas, después sí se refiere a ella; de todas maneras reitera la existencia de acceso anal.

4. El indagado José Antonio Martínez Arias, acepta ser el padre de Claudia Patricia Tami; en cuanto a los hechos investigados atribuye su origen a venganza de la madre de la niña, por no auxiliarla económicamente.

5. Carmen Cecilia Tami, madre de la ofendida, manifestó no saber nada de los hechos por los cuales Martínez Arias, se encuentra detenido, que su hija no la informó al respecto y que su propia madre "fue la que hizo todo".

6. Sometidos a confrontación, Martínez y su hija, ésta aceptó que aquél le "hizo grosería", pero al preguntársele si utilizó violencia respondió terminantemente con el monosílabo negativo.

Lo expresado por la ofendida permite colegir que elude concretar la existencia de acceso anal y se limita a referirse a actos sexuales diversos de él.

7. Cerrada la investigación, Martínez fue enjuiciado por los delitos de violación (acceso carnal violento) e incesto en concurso.

El defensor del procesado interpuso recurso de apelación contra la providencia vocatoria a juicio, mas por no haberlo sustentado se declaró desierto.

8. Cerrada la investigación el apoderado del sindicado impetró sobreseimiento temporal, fundándose en contradicciones en lo afirmado por ella inicialmente en la diligencia de careo.

9. A la audiencia pública no concurrió el agente del Ministerio Público. El defensor por su parte recalcó la existencia de contradicciones en el dicho de la ofendida, calificándolo como sospechoso y no digno de credibilidad. Insistió en la existencia de duda favorable al procesado.

10. La sentencia de primera instancia, analizó detenidamente los argumentos de la defensa y recalcó que la ofendida aun cuando en la confrontación silenció algunos detalles que antes había relatado, no dudó en el señalamiento de su padre, como autor.

Por ende, se condenó a Martínez a treinta y ocho (38) meses como responsable de los delitos por los cuales se le enjuició.

11. Tramitado el recurso, el Tribunal, de acuerdo con su colaborador fiscal, confirmó el proveído de instancia. En tal proveído se hizo un nuevo análisis probatorio reforzándose el punto de vista del *a quo*.

Contra la sentencia aludida se interpuso el recurso extraordinario de casación.

Demanda

La demanda no es un dechado de técnica, ya que no hay una clara exposición de los diversos cargos en capítulos separados.

Sin embargo en vía de amplitud, ellos, pese a tal falla formal, pueden separarse y delimitarse como lo hizo la Procuraduría. Todos los cuatro cargos son por la misma causal: la primera del artículo 580 en la modalidad de error de derecho.

El primer cargo. A la circunstancia de haberle dado valor a la manifestación de José Antonio Martínez A., de ser padre de la menor. Al no existir otra prueba del parentesco, no la hay de la infracción del incesto.

Segundo cargo. Haber aceptado los dictámenes periciales como prueba del acceso anal, cuando de ellos podría inferirse que el estado de la menor podía ser secuela de una enfermedad.

Tercer cargo. En el fondo complementa la primera. Se refiere a la carencia de Registro Civil de nacimiento de la menor, diligencia de reconocimiento de la paternidad, a providencia de juez competente que la declaran. Cítanse normas civiles al respecto.

Cuarto cargo. Se sostiene que no está probada la edad de nueve (9) años y por ende no podía aplicarse la agravante del artículo 366 del Código Penal.

Para sustentar esta causal, se sostiene que hay error de derecho, al darle valor de plena prueba al dictamen médico, prescindiendo del Registro Civil de nacimiento o en subsidio la Partida Eclesiástica y completo dictamen sobre la edad, ello porque se esboza que el dictamen allegado no se fundamentó.

Concepto de la Procuraduría

El colaborador fiscal después de un esfuerzo para interpretar los cargos, hace un examen global y no separados de ellos parte de la base de que en el proceso penal no existe sistema cerrado respecto de los medios probatorios e impera un principio de libertad limitado por la condición de que el medio esté consagrado por la ley; sostiene que no sólo la aceptación del procesado es la base para aceptar la condición de ascendiente de la víctima, sino los testimonios de la madre y abuela; de ésta tacha por ende los cargos primero y tercero por formulación parcial, por alcance recortado y por carencia de razones.

Respecto a los cargos segundo y cuarto, tocantes con el dictamen pericial, se citan el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal y se sostiene que son correctas las conclusiones de aceptar el acceso carnal y la edad de la víctima.

Consideraciones de la Corte

1. *Orden de estudio.* La jurisprudencia ha aceptado que la Corte puede estudiar los cargos en orden distinto a aquel en el cual se presentaron; dentro de tal esquema se estudiará inicialmente el cargo primero y después el tercero, ya que ambos enfocan el mismo aspecto de no existir plena prueba del parentesco entre el sindicado y víctima; después se enfocará lo tocante con los cargos segundo y cuarto, ya que ambos se vinculan con los dictámenes *periciales.*

2. *Primer cargo. Si por algún aspecto la ley procesal es exigente en torno a los requisitos de forma y fondo que debe reunir una demanda, es precisamente en lo tocante con la Causal Primera de Casación.*

El inciso segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, exige mediante la terminante expresión "es necesario" no sólo simples alegaciones, *sino, aún más,* demostraciones *sobre el error de derecho; no nos encontramos por tanto ante un mero formalismo jurisprudencial, sino ante un exigente mandato legal.*

El legislador colombiano no usa la elemental expresión "enunciar", al referirse a los cargos, sino que considera necesaria *la* alegación *y la* demostración. *Conviene* aclarar y delimitar tales conceptos.

Según el Diccionario de la Academia Enunciar *es "expresar (uno) breve y sencillamente una idea". Trátase de una simple aproximación al tema. El alegar, implica una concepción formal y puede tener características verbales o escritas. En este caso concreto la ley exige esta última calidad. Es algo más que enunciar y mucho menos que* demostrar; *es una exposición de razones que no necesariamente deban ser convincentes. En cambio mucho más exigente es la expresión* Demostrar.

Trátase de una concepción lógica, esto es, como lo dice el mismo Diccionario "hacer ver, que una verdad particular está comprendida en otra universal de la que se tiene entera certeza". Requiérese, pues, la existencia de un silogismo con premisa mayor, menor y conclusión.

La alegación es, pues, el medio que usa el censor para obtener un fin de convicción intelectual en la mente del juzgador. Lo ideal sería que una demanda ceñida a la técnica, en lo tocante con el inciso 2º de la causal primera, dedicase acápites separados para enunciar el cargo, alegarlo y demostrarlo.

En el caso a estudio, el censor presenta este cargo en 8 lánguidos renglones, que ya se consignaron en el acápite referente a la demanda.

No basta decir que hubo error de derecho al aceptar la confesión de José Antonio Martínez, sobre la paternidad y que no hay plena prueba

de tal calidad, para concluir que ello cumpla las características de alegación y menos de demostración. Ello encaja sólo en una enunciación fragmentaria del cargo.

La correcta interpretación del mandato legal, su cabal comprensión ha hecho que la jurisprudencia exija que para demostrar el cargo se haga una precisión específica de su sentido determinando la modalidad de la violación de la ley.

Bien sabido es, que reiteradamente se ha sostenido que "se infringe la ley sustancial de modo directo, cuando sin consideración a las pruebas que hayan servido al sentenciador para formar su juicio deja de aplicar al caso en litigio, el precepto que lo regula, cuando entiende erróneamente la norma legal y cuando se aplica a ese caso otra disposición que es extraña".

La violación directa se origina en la falta de aplicación, en la interpretación errónea, en aplicación indebida de un precepto sustancial. Trátase pues de errores sobre la existencia, la selección y el sentido de la norma. (G.J., Casación Penal, febrero 20/85). Todo ello aparte de la consideración relativa a las pruebas sobre las cuestiones de hecho (Sala de Casación Civil, providencia de marzo de 1966, Gaceta Judicial, Tomo CXV, Nº 2.280, página 184).

Y explayándose en el mismo tópico, ha dicho esta Corporación: "Habrá de concretar el actor si se alegara la violación directa en el sentido en que se produjo el quebranto: por omisión, por la aplicación indebida, o por interpretación errónea, demostrando respectivamente, que se dejó de aplicar en el caso de autos norma sustantiva pertinente, o que se utilizó la que no contempla el evento debatido, o finalmente que no obstante a ser la disposición adecuada, se la entendió en un sentido distinto al que se halla en la mente de la ley". (Casación Penal, octubre 7 de 1969, *Gaceta Judicial,* Tomo CXXII, Nos. 2.318-20, página 303).

En el caso a estudio, la precisión específica del cargo, ni siquiera se insinúa ninguna de las hipótesis de violación directa; por ende se reitera que el cargo no alcanzó a plantearse, ni en el terreno de la alegación, ni mucho menos el de la demostración.

Ante tales circunstancias, sí cabe recordar aquí, que la Corte en esta causal no puede suplir las alegaciones y demostraciones no presentadas por el censor, ya que se desvirtúa la calidad del recurso extraordinario de casación y se transformaría en una instancia más.

Se rechaza consecuencialmente este cargo.

Segundo cargo. Es el alegado por el censor en tercer término; la verdad es que este cargo es complementario del antes estudiado y encajaría dentro de él, ya que ambos tratan de demostrar lo mismo: la no existencia de la plena prueba del parentesco.

Aunque la presentación pueda ser más amplia y explicativa, este cargo debe ser tachado por las mismas razones del anterior; por tanto si en

vía de hipótesis se tratase de hacer un estudio complementario, se violaría el principio de autonomía de las causales, según el cual "ninguna está sujeta a las resultas de otra o de otras". Si el censor decidió desmembrar este cargo, mal puede la Corte emprender una labor de integración para hacerlo intelegible. No es posible, pues, que la Sala se dedique a combinarlos para estructurar de ambos, un solo cargo.

Tal planteamiento es aceptado tanto por la Sala de Casación Penal, como por la Civil.

Aún con el temor de repetir, debe expresarse, pues, que lo manifestado respecto al cargo anterior es aplicable, guardadas proporciones en torno a éste; en verdad aquí sí se alcanzó a penetrar en el campo de la alegación, al explayarse la manera de pensar del recurrente, pero no se hizo ningún esfuerzo demostrativo, ni se concretó el sentido en el cual fue violada la ley. Corresponde por tanto también en este caso, abstenerse de deducir las bases de la alegación y de suplantar la función del recurrente.

Por tanto el cargo se desechará.

Tercer cargo. Es el expuesto en segundo lugar por el recurrente, que como ya se vio, se sintetiza en la afirmación de que el dictamen médico sobre la objetividad del acceso anal es ambiguo, ya que solamente se usa la palabra sugestiva para relacionar las lesiones con violación anal. Tampoco se toma la molestia el censor de demostrar en cuál de los sentidos de violación directa encaja su censura, en qué consiste concretamente el error de lógica jurídica, cuál es su naturaleza y característica.

Tampoco podrá por este aspecto la Corte, suplir la deficiencia de la demanda; por tanto, también se desechará este cargo.

Cuarto cargo. Respecto a este último cargo, deben hacerse extensivas las anteriores consideraciones.

El recurrente se limita a esbozar, que el dictamen pericial no es plena prueba para demostrar la edad de la víctima, ya que se requiere el Registro Civil de nacimiento o un dictamen completo y fundamentado.

La Corte acepta que este punto ha sido motivo de profundas discusiones en la jurisprudencia y en la doctrina tanto nacional, como extranjera y que dista mucho de ser pacífico.

Sin embargo la escueta enunciación que se hace del cargo, la sucinta aproximación a alegación y la falta de demostración y ubicación en las diversas formas de error ya referidas, obliga a la Sala a abstenerse de analizar tan trascendente cuestión.

Dentro del orden de ideas planteado, se desechará este cargo.

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 del Tribunal Superior de Cúcuta, de fecha diciembre 3 de 1985, que confirmó la de primera instancia, dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa ciudad y por medio de la cual se condenó a José Antonio Martínez Arias, a la pena principal de treinta y ocho (38) meses de prisión, por los delitos de *acceso carnal violento* e *incesto.*

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 Z., Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar O.
Secretario.

NOTIFICACION

Las normas del Estatuto Penal Aduanero no contienen reglamentación completa sobre notificaciones, pero son claras en cuanto a la remisión para suplir vacíos que en primer lugar corresponde al Estatuto Penal, porque consagra materias semejantes y requiere su observación por ser de orden público.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 113.

Bogotá, D. E., 26 de noviembre de 1986.

VISTOS

Dentro del término de traslado ordenado por providencia anterior, el apoderado del procesado Miguel Luis Delgado Montoya presentó escrito para sustentar el recurso de hecho dirigido a que se le conceda el de casación contra la sentencia del Tribunal de Aduanas de 19 de junio de 1984, petición esta última rechazada por la Corporación citada, por auto de 15 de julio de 1986. Denegada la revocatoria de esta providencia en auto de mayo 5 de 1986, se ordenó expedir las copias pedidas subsidiariamente y remitidas a la Secretaría de esta Sala.

ANTECEDENTES

En la sentencia señalada, el Tribunal de Aduanas confirmó, con la modificación de revocar la gracia de ejecución condicional de la pena impuesta al procesado, el fallo condenatorio de primera instancia dictado por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín.

La sentencia del Tribunal de Aduanas se notificó personalmente al señor Fiscal Segundo de la Corporación en 20 de junio de 1984 y en 22

de junio siguiente se fijó edicto para notificar al procesado, el que fue desfijado —conforme a las anotaciones correspondientes— el 29 de este mismo mes. Dejándose constancia de que a partir del 30 corría el término para interponer el recurso de casación.

En escrito presentado el 7 de junio de 1986 ante el Juzgado de primera instancia, cuando el condenado había sido capturado para el cumplimiento de la pena, solicitó el señor apoderado se concediera el recurso de casación, con el argumento de que al ser irregular e inválida la notificación del fallo condenatorio de segunda instancia, se hallaba en tiempo para interponer dicho recurso extraordinario, con los mismos fundamentos aducidos en su escrito de sustentación del recurso de hecho ante esta Sala.

El Tribunal de Aduanas en auto ya mencionado de 15 de julio de este año, negó tal petición, por considerar que era extemporánea, toda vez que la notificación era válida por haberse cumplido debidamente, conforme al Código de Procedimiento Penal, cuyas normas eran aplicables como supletorias, ya que se fijó el edicto pasados dos días de la fecha del fallo, como lo contempla este estatuto, sin que se requiriera que transcurrieran cinco días según el Código de Procedimiento Civil, como lo pretendía el peticionario.

Recurrida tal decisión en reposición con solicitud de copias para recurrir de hecho, con alegaciones semejantes a las indicadas, se negó la revocatoria y se ordenó remitir las copias. Enviadas éstas antes de notificarse la providencia que las ordenaba, se dispuso por esta Sala correr nuevamente el término, para garantizar el derecho al recurrente, término dentro del cual éste sustentó su petición.

Alegación del recurrente

Estima el señor apoderado que aunque la sentencia de segunda instancia se dictó "hace aproximadamente dos años", no se halla ejecutoriada porque los términos "...no han empezado a correr, y por ende no se ha vencido el lapso establecido en el artículo 573 del Código de Procedimiento Penal". Se refiere a las finalidades de la notificación, "acto de comunicación sometido al principio de la legalidad de las formas", pues deben tenerse en cuenta determinadas reglas. La notificación se entiende surtida con la observancia de las ritualidades legales o por el conocimiento de la parte pertinente, y en el primer caso requiere que el acto se haya cumplido legalmente para poder presumir que el destinatario conoce la providencia respectiva.

Transcribe el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil conforme al cual la notificación por edicto se cumple corridos cinco días de la fecha del acto sin poderse notificar personalmente a las partes. Si no cumple las formalidades, la notificación debe repetirse y hace inválida la actuación posterior cuando se afecten las garantías procesales, y, advierte que la notificación por conducta concluyente es aplicable en el procedimiento aduanero (art. 330, inc. 1º, C.P.C., art. 23 L. 21/77) y efectúa la convalidación correspondiente.

En el presente caso la notificación de la sentencia fue irregular, pues de acuerdo con los antecedentes reseñados, sólo se dejaron transcurrir dos días para hacerla personalmente antes de fijar el edicto, cuando se requerían cinco (art. 323, C.P.C.). Esto porque al no contener norma al respecto el Procedimiento Penal Aduanero, debe acudirse a los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil al tenor de los artículos 89 del Decreto 955 de 1970 y 23 de la Ley 21 de 1977 y considera que para el efecto debe atenerse al estatuto procesal civil, porque en el penal "...no se regula íntegramente la notificación por edicto", ya que remite a "la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil..." y así "no tendría sentido" que en materia aduanera se aplicara "estatuto que a su vez tiene lagunas".

Lo anterior, porque si regula el plazo en que debe hacerse la notificación, la forma "es de trascendental importancia" y así "...no resulta lógico que para llenar los vacíos del Procedimiento Penal Aduanero, acudamos al Procedimiento Penal ordinario...", pues "...la remisión debe hacerse al estatuto que regula integralmente el tema, es decir, al Código de Procedimiento Civil...". Además éste es más favorable al procesado, por dar mayor término para notificar personalmente y ampliar el señalado para recurrir en casación.

Al no haberse cumplido debidamente, el acto de notificación debe repetirse o tenerse surtido por conocimiento concluyente, siendo procedente en cualquiera de estas situaciones la petición mencionada.

SE CONSIDERA

Funda el recurrente su sustentación en la procedencia del recurso de casación, toda vez que por ser irregular e inválida la notificación por edicto, sin poder por tanto tener efecto legal, debe repetirse para dar a las partes el debido conocimiento de la providencia, o bien entenderse ésta notificada por el conocimiento que admite su representado, con lo que la petición resulta formulada oportunamente.

La irregularidad aducida *se refiere a que el edicto para notificación se fijó dos días después de la fecha de la sentencia y no de cinco, conforme al Código de Procedimiento Civil.*

Si bien como lo afirma el recurrente, la ley prevé en forma precisa la manera como deben llevarse a cabo las notificaciones a las partes, para que las providencias puedan entenderse conocidas por éstas y producir plenos efectos, se necesita que efectivamente se demuestre para poder afirmar su invalidez con las consecuencias correspondientes, que los requisitos legales no tuvieron cumplimiento.

Ya se ha hecho referencia a la actuación procesal, la que demuestra que el edicto para notificar la sentencia del Tribunal de Aduanas se fijó dos días después de la fecha de la providencia al no poderse realizar personalmente al procesado ausente. Y a este punto concreta el recurrente su inconformidad para alegar la invalidez del acto y sus consecuencias.

Como lo anota el mismo peticionario, si bien las normas del Estatuto Penal Aduanero no contienen una reglamentación completa de ésta y otras materias, son claras en cuanto a la remisión para suplir vacíos a otras normas, cuales son las de los Códigos Procesal Penal y Civil, en primer término el estatuto penal, por consagrar materias semejantes (arts. 89, Decreto 955/70, y 23, L. 21/77), normas que deben ser precisamente observadas, por ser de orden público (art. 6º, C. P. C.).

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y como ya se ha expresado reiteradamente en este proceso, las notificaciones a los apoderados y procesados no detenidos "se harán personalmente si se presentaren a la Secretaría dentro de los dos días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal las sentencias se notificarán por edicto y los autos por estado..." (art. 180).

Los términos de este precepto son de absoluta claridad, sin que pueda admitirse la interpretación que pretende el recurrente, para aplicar el estatuto procesal civil, en cuanto a que deben dejarse transcurrir cinco días (art. 323), porque tal interpretación conduciría a dejar sin efecto la disposición primeramente citada, desconociendo su obligatoriedad e ignoraría la expresa remisión que contienen las normas pertinentes.

Por otra parte, los planteamientos que se aducen para llegar a tal conclusión, carecen de solidez. Porque el hecho de que el Código Procesal Penal remita al Procesal Civil sobre la forma de dichas notificaciones (art. 181, C.P.P.), no representa dificultad ante la claridad del reglamento, ni obstáculo alguno para elaborar los edictos, por lo que es posible que el acto se cumpla en forma regular, con pleno reconocimiento de los derechos de las partes, sin que éstos sufran quebranto, motivo de la nulidad.

Tampoco puede por las mismas razones consignadas, alegarse una favorabilidad inadmisible, pues el legislador a través de los preceptos indicados ha señalado términos precisos y exactos que deben ser observados. Lo contrario llevaría a considerar oportuno un recurso sobre providencia dictada con dos años de anterioridad y cuya notificación se surtió válidamente, sin haberse interpuesto recurso.

Son estos argumentos en el fondo similares a los expresados por el Tribunal de Aduanas, cuya decisión se encuentra fundada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

DECLARAR BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto en estas diligencias.

Devuélvase la actuación al Tribunal de Aduanas para agregarse al proceso respectivo.

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.

AUTO DE PROCEDER

El artículo 483-3 del Código de Procedimiento Penal, indica cómo se ha de dar la calificación jurídica de la infracción, con la indicación de las circunstancias que la especifiquen, sin que el juzgador deba hacer referencia al artículo que describe la modalidad de la conducta, porque así se exigiría una calificación no genérica sino específica.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 114.

Bogotá, D. E., 2 de diciembre de 1986.

VISTOS

Reconstruido en lo posible el presente proceso, entra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado del procesado Laureano Fandiño en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día diecinueve (19) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por medio de la cual modificó a diez (10) años y quince días de prisión la pena principal que en providencia de primera instancia impusiera el Juzgado Diecinueve Superior de esta misma ciudad al procesado Laureano Fandiño como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales.

HECHOS

Fueron relatados por el Tribunal Superior de Bogotá en el fallo que es objeto del recurso extraordinario, de la siguiente forma:

"El 28 de enero de 1984 José Miguel León Aguilar y otros amigos se encontraban en las primeras horas de la noche ingiriendo licor en una

tienda ubicada en el perímetro urbano del Municipio de Ubaté después de haber jugado al tejo. En esos momentos entró al establecimiento Laureano Fandiño al igual que los anteriores en estado de embriaguez, e hizo algunos reproches a León Aguilar, al parecer por cuestiones de política e inclusive se tiraron del pelo y se golpearon en la cabeza con las botellas de cerveza que tenían en su poder. Así las cosas, un hijo del dueño de la tienda sacó a Laureano Fandiño y lo recriminó por su proceder. Mientras tanto José Miguel León Aguilar y compañeros siguieron tomando cerveza y comentando el incidente. Minutos después salió de allí León Aguilar y detrás sus amigos y compañeros de libación, pero ocurrió que a la salida estaba Laureano Fandiño y nuevamente se trenzaron en pelea dentro de la cual en circunstancias algo confusas José Miguel León Aguilar recibió varias puñaladas en los miembros inferiores que determinaron su muerte".

Omitió el Tribunal mencionar, sin embargo, que dentro de la misma riña que se suscitó entre León Aguilar y Fandiño, resultó con heridas de carácter leve el señor Angel María Florián, las cuales le ocasionaron una incapacidad médico-legal de cinco días.

Actuación procesal

Sucedidos los hechos atrás descritos, el Juzgado Penal Municipal de Ubaté inició la correspondiente investigación penal, y luego de practicadas algunas diligencias decretó la detención preventiva del acusado Laureano Fandiño por el delito de homicidio, en providencia calendada el siete (7) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Posteriormente, el día dieciséis de agosto del mismo año mencionado, el Juzgado Diecinueve Superior calificó el mérito del sumario, formulando pliegos de cargos por los delitos de homicidio y lesiones personales en contra del mismo procesado Laureano Fandiño. Esta decisión no fue discutida por las partes, y dio paso a la diligencia de audiencia pública que se celebrara el día trece (13) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). En el curso de esta diligencia, la fiscalía solicitó al jurado de conciencia responder los cuestionarios con la fórmula "sí es responsable", en tanto que el defensor del enjuiciado alegó a favor de su mandante la presencia de una legítima defensa, y subsidiariamente requirió del Tribunal popular una respuesta de "sí es responsable, pero sin intención de matar", planteando de esta forma un homicidio preterintencional, diverso del simple por el que se formulara el pliego de cargos. Los miembros del jurado, respondieron con un "sí es responsable" a los cuestionarios que le fueron formulados por el Juzgado.

De esta forma se llegó a la sentencia de primera instancia, proferida por el mismo Juzgado Diecinueve Superior el día veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en la cual se condenó a Laureano Fandiño a la pena principal de diez (10) años y tres (3) meses de prisión como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, cometidos en contra de la vida y la integridad física de los ciudadanos José Miguel León Aguilar y Angel María Florián Florián.

El defensor del acusado interpuso el recurso de apelación en contra de la condena proferida por el Juzgado, y luego del trámite de rigor, oído

el concepto favorable de la fiscalía correspondiente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de diecinueve (19) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) confirmó la sentencia de primera instancia con una leve modificación en cuanto al total de la pena impuesta, descartando con sus argumentos la posibilidad de sancionar de acuerdo con la fórmula del homicidio preterintencional, por considerar que no era tal la norma aplicable al hecho juzgado.

Interpuesto el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, éste fue declarado admisible en proveído de quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), y luego de presentada la demanda por el recurrente, ésta fue declarada ajustada a las prescripciones legales, debiéndose luego reconstruir el proceso que se incineró a consecuencia de los hechos violentos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

La demanda de casación

Al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor solicita la casación del fallo de segunda instancia por cuanto considera que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, irregularidad procesal que remite al numeral 5º del artículo 210 del Código Procesal Penal.

Al efecto alegó el defensor que a dos hechos ocurridos dentro de circunstancias iguales, con los mismos protagonistas, dentro de un mismo contexto situacional, el juzgador le dio calificaciones diferentes porque mientras el resultado "muerte" fue encuadrado en la descripción del homicidio simplemente voluntario, las lesiones personales se adecuaron precisamente a esa figura, desconociendo el fallador que el mismo ánimo que acompañó al procesado al causar las heridas que finalmente ocasionaron la muerte de José Miguel León Aguilar, asistía al enjuiciado cuando causó las lesiones personales a Angel María Florián Florián; de allí deduce que las heridas primeras se hicieron igualmente sin ánimo de matar, y por ello ha debido formularse el pliego de cargos por homicidio preterintencional, y no simplemente voluntario. Presenta también el otro extremo de su tesis, al afirmar que si al momento de ocasionar las heridas a León Aguilar el encausado estaba guiado por el propósito homicida, así también estaba orientado al momento de lesionar y, en consecuencia, el pliego de cargos ha debido formúlarse por homicidio simplemente voluntario y tentativa de homicidio.

Luego de citar profusamente algunos apartes de las pruebas recaudadas en el plenario, expuso:

"La ubicación de las heridas del occiso, el desarrollo de los hechos, las manifestaciones de los testigos, la confesión del procesado de haber sido el causante de dichas heridas, 'pero sin intención', demuestra muy a las claras, sin necesidad de acudir a más argumentos, que debió calificarse no con base en el artículo 323 del Código Penal, sino conforme lo establece el artículo 325.

Lo contrario nos haría predicar, que de igual manera como hubo razón para elevar pliego de cargos por homicidio simplemente voluntario en

José Miguel León, existiría para elevarlo por tentativa de homicidio en Angel María Florián Florián y no por lesiones, como se hizo, puesto que los hechos fueron en el mismo teatro, bajo las mismas circunstancias y con los mismos protagonistas''.

La respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero, Delegado en lo Penal, realizado el análisis del cargo formulado, concluye:

''Examinado el cargo en la forma expresada, esto en cuanto a que no se trataría de homicidio voluntario sino preterintencional, no existiría la nulidad pretendida, porque no existe error en cuanto a la denominación genérica de la infracción, cual es la de homicidio, conforme al capítulo 1º, Título XIII del Código Penal, habiéndose producido la muerte de un hombre, lo cual no ha sido puesto en duda, ni se rebate por el actor, calificándose el proceso en estos términos genéricos, como lo contempla el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, con plena observancia de las normas legales, sin que en consecuencia pueda existir la nulidad impetrada''.

Así mismo, concluye el Procurador Delegado que los anteriores razonamientos son suficientes para desestimar el recurso, pese a lo cual hace algunas breves consideraciones acerca de la forma como presuntamente ha debido plantearse el cargo, cosa que resulta igualmente imposible de hacer porque la violación indirecta de la ley sustancial —causal que se debería alegar— no puede proponerse contra sentencias que tengan por base un proceso en que ha intervenido el jurado de conciencia. Finalmente, el colaborador fiscal cita los planteamientos del Tribunal fallador para afirmar que las pruebas recaudadas concurren a demostrar que la conducta se adecua a la descripción del homicidio simple, no al preterintencional, y que ello no obsta para que el autor del delito haya tenido diversos propósitos dirigidos a conductas desarrolladas independientemente ante dos personas distintas, quienes intervinieron en la riña a título diferente también.

Consideraciones de la Corte

La causal de casación planteada por el libelista, referida al motivo cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, no está llamada a prosperar porque el fundamento mismo de la nulidad no tiene ocurrencia en el caso en estudio. En efecto, el numeral 5º del artículo 210 del ordenamiento procesal penal dispone que existirá nulidad de la actuación cuando se haya incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción; esta alusión, supone una errada calificación y por ello preciso es referirse a los requisitos del auto de proceder en este aspecto.

El artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 3º señala la forma como se ha de dar la calificación jurídica de la infracción, y exige que ésta sea de carácter genérico, con la precisión de las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho imputado. La calificación ge-

nérica del hecho no es, entonces, la ubicación exacta del artículo que recoge la conducta imputada al sujeto agente, sino aquella referencia al bien jurídico que se vio afectado (señalamiento del título del Código Penal en el cual se halla ubicada la figura) y la modalidad especial como se produjo la vulneración o puesta en peligro de ese mismo bien jurídico (precisión del capítulo correspondiente dentro del título ya mencionado) como sería el caso de calificar como "estafa" un delito de esta naturaleza, porque con dicha asignación se precisa que el bien jurídico afectado lo fue el patrimonio económico (Título XIV del C. P.), y que la modalidad especial fue el engaño (Capítulo III del mismo Título XIV), diferenciándolo de esta forma de las demás consagradas en el mismo título. Así, ante el hecho de la muerte de una persona, la calificación genérica es la de "homicidio", porque ella señala que el bien jurídico afectado fue el de la vida y la integridad personal (Título XIII Capítulo I), y permite diferenciarlo de las demás conductas consagradas dentro de esa misma sección del Código Penal (Lesiones Personales y Aborto).

Las circunstancias conocidas que lo especifique, se refieren obviamente a aquellas condiciones que aportadas al proceso a través de las pruebas recaudadas, sirvan para encuadrar la conducta juzgada a la descripción precisa que recoja el hecho; estas circunstancias, sin embargo, no obligan ni pueden obligar al juzgador a calificar el mérito del sumario con referencia al artículo que describe la modalidad de la conducta, porque entonces se exigiría por el ordenamiento procesal una calificación no genérica, sino específica. Tales circunstancias simplemente orientan al juzgador y a las partes en el posterior debate probatorio y en la decisión final que deba tomarse al momento de la sentencia; incluso, pueden variar en la fase subsiguiente a la calificación del sumario, y así se puede válidamente sentenciar por ejemplo por el delito de homicidio preterintencional, pese a que en el auto de proceder no se haya hecho alusión alguna de esta especial forma de homicidio; por ello, no perderá concordancia el auto de proceder con el veredicto del jurado, ni con la sentencia.

En el caso *sub examine* el juzgador formuló pliego de cargos por el delito genérico de homicidio, y tal calificación fue presentada oportunamente a las partes sin que recibiera objeciones de éstas; en tales circunstancias se llegó a la etapa probatoria del juicio sin que las condiciones que especifican el hecho cambiaran, y el cuestionario, en consecuencia, fue formulado a los jurados en concordancia con el auto de proceder; en la audiencia pública el defensor del acusado planteó la calificación específica del homicidio preterintencional, y sustentó la misma como a bien lo consideró, pese a lo cual el jurado de conciencia dio su veredicto de responsabilidad de acuerdo con el cuestionario que se pretendió defender el apoderado del enjuiciado. En consecuencia, la sentencia se pronunció sobre la base del homicidio simple porque acogió plenamente la veredicción del tribunal popular. No se ve, entonces, causal alguna de nulidad en la actuación.

La hipótesis de preterintencionalidad del homicidio fue rechazada por el jurado de conciencia, luego por el juzgador de primera instancia, y posteriormente también por el fallador de segunda instancia, quienes expusieron suficientemente las motivaciones que los llevaron a considerar la conducta como constitutiva del homicidio simple por el que se produjo la

condena. Acertada a este respecto nos parece la argumentación del Tribunal Superior de Bogotá cuando señala que aun dentro de una misma situación general la conducta del autor de dos ilícitos distintos puede estar orientada a causar diversas lesiones a un mismo o a diversos bienes jurídicos; la unidad de circunstancias no supone la unidad de propósitos, menos aún cuando siendo uno el autor de la conducta, dos son los sujetos pasivos, dos las conductas desplegadas, y dos, en realidad, las condiciones que ligaron a los sujetos pasivos con el sujeto agente, como ocurre en el caso que se analiza.

En efecto, la relación que vinculó a Laureano Fandiño con José Miguel León Aguilar fue la de una riña directa, entre ellos, posterior al cambio de opiniones adversas y a la mutua agresión lo que hizo nacer en la voluntad del agente la intención de causar la muerte a su contrincante. Por su parte, la relación fáctica entre el mismo Fandiño y su segunda víctima —Angel María Florián Florián— fue solamente ocasional cuando éste intervino tratando de apaciguar los ánimos y evitar la pelea que ya sostenían los anteriores; ante esta eventualidad, el procesado simplemente dirigió su conducta a causar una lesión corporal a su ocasional opositor, quien no era realmente un contrincante en su lucha, y por ello no se ve incompatibilidad alguna entre las dos diversas orientaciones de la voluntad del sujeto agente.

Por ello no se aludió en el auto calificatorio a la figura del homicidio preterintencional, ni el jurado aceptó tal planteamiento de defensa, ni se condenó con base en tal descripción; la calificación genérica del hecho —homicidio— se ajustó completamente a las prescripciones legales, porque efectivamente se causó la muerte de una persona; las circuntancias conocidas que lo especificaron, fueron igualmente consignadas al momento de la calificación, salvo que ahora, bajo la óptica del actual defensor del acusado, éste las ve como constitutivas de la figura específica del homicidio preterintencional en tanto que los juzgadores de instancia y el mismo jurado de conciencia vieron en la conducta sometida a juzgamiento un homicidio simple, a más, lógicamente, de las lesiones personales que se imputaron al mismo procesado.

No existiendo la causal de nulidad alegada, ni alguna otra que pueda viciar el trámite del proceso o que justifique la casación del fallo recurrido, la Corte se abstendrá de casar la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

CAUSAL PRIMERA

Violación directa.

Si se alega violación directa de la ley, deben aceptarse los hechos como fueron reconocidos por el juzgador y con censura de estricto derecho plantear la exclusión evidente de la norma sustancial, su indebida aplicación o su equivocada interpretación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 114.

Bogotá, D. E., 2 de diciembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de ocho de febrero postrero, confirmó la dictada por el Juzgado Décimo Primero Penal del Circuito de esa ciudad que condenó al procesado Hugo León González Naranjo a la pena principal de dieciséis meses de prisión y multa de un mil quinientos pesos como responsable del delito de abuso de confianza, decisión contra la cual su defensor interpuso recurso de casación que la Corte entra a resolver, agotada como se encuentra la correspondiente tramitación.

HECHOS

Los que dieron origen al proceso aparecen fielmente reseñados por el *a quo,* de la siguiente manera:

"Como representante legal y socio mayoritario de 'Central de Crédito Ltda.', a comienzos de 1983 Hugo León González Naranjo recibió de 'Enka de Colombia S. A.' el encargado de cobrar a 'Industrias Saga Ltda.', extra-

judicial o judicialmente, $ 21.059.928.56 correspondiente a capital e intereses sobre obligación vencida en un pagaré (Fls. 430-431). Por virtud de este acuerdo, 'Enka' se obligó a reconocer a 'Central de Crédito' el 10% de los dineros efectivamente recaudados, a título de honorarios. El 4 de febrero de ese año Hugo León requirió por escrito al gerente de la firma deudora. Samih Ghanem, para que pagara $ 23.059.928 discriminados así: $ 21.059.928 valor de capital e intereses liquidados por 'Enka' y $ 2.500.000 por concepto de 'honorarios y viáticos' (Fl. 97). Poco después (febrero 22) Hugo León recibió de 'Saga' la suma de $ 2.500.000 como abono a cuenta de Enka de Colombia (Fls. 6, 8, 48), pero se abstuvo de comunicar a su mandante ese primer pago''.

''El 22 de marzo del mismo año, el procesado y Samih Ghanem acordaron que la obligación pendiente se cancelaría así: $ 15.000.000 en doce cheques de $ 1.125.000 cada uno (sic), pagaderos mensualmente a partir de abril, girados por el deudor; $ 3.500.000 representados en facturas endosadas por 'Saga' a 'Enka' y los restantes $ 2.500.000 hasta completar el saldo convencionalmente situado en $ 21.000.000 con dación en pago de dos vehículos (ver fotocopia de transacción a folios 49 y 432)''.

''La parte deudora cumplió a medias ese convenio, efectuando pagos por valor aproximado a $ 12.000.000. Cuando 'Enka' retiró el mandato a Hugo León para otorgar poder al abogado Francisco Jaramillo A., éste al verificar con Samih Ghanem el estado de la cuenta, se enteró con sorpresa de ese primer abono por dos y medio millones de pesos que el procesado había ocultado a 'Enka'. Dado que esta empresa no logró que se le restituyera esa suma, pues Hugo León mantuvo su posición de haberla recibido para sí o su firma por concepto de 'viáticos y honorarios', el contralor de la sociedad afectada formuló denuncia penal (Fls. 1-4)''.

Actuación procesal

Ratificada la acusación, el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Medellín, inició la investigación oyendo en declaración a los directivos de la empresa ''Enka de Colombia'' (gerente financiero, tesorero, jefe de crédito y cobranzas y presidente de la misma) sobre las condiciones del mandato verbal confiado al sindicado y las gestiones que éste se comprometió a realizar, coincidiendo en manifestar que los honorarios convenidos por el cobro de la obligación fueron del 10% sobre sumas o valores efectivamente recaudados negando haber acordado o menos autorizado, doble cobro de comisión (Fls. 33, 34, 66 y 240, entre otros).

Sometido a indagatoria González Naranjo confesó el recibo de los dos millones y medio de pesos de manos del gerente de la empresa deudora Samih Ghanem explicando que correspondían a ''viáticos y honorarios'' pactados con él dentro de la transacción a que llegaron iniciadas las gestiones de cobranza, suma que le pertenecía y de cuyo recaudo no dio noticia a la empresa acreedora por la citada razón.

Insiste el sindicado en afirmar que el representante de Saga entendió perfectamente que ese primer desembolso se imputa íntegramente al cubrimiento de sus viáticos y honorarios, acudiendo para justificar el ingreso,

a la costumbre mercantil conforme a la cual era lícito exigir comisión tanto al acreedor como al deudor (Fls. 37, 86 y 130 entre otros).

Llamado a declarar Samih Ghanem no pudo o no supo aclarar, si el primer abono hecho a González Naranjo por dos millones y medio de pesos estaba destinado a cubrir capital e intereses del crédito u honorarios y viáticos del cobrador, limitándose a relatar que con el representante de "Central de Crédito" se acordó una "cuenta global" por veintitrés millones y medio de pesos incluyendo en ella dichos factores y sobre la que, posteriormente se realizaron diferentes abonos (Fls. 187 y 303).

Perfeccionada en lo posible la investigación, el Juzgado Décimo Primero Penal del Circuito de Medellín, por auto de 22 de febrero de 1985 comprometió en juicio al procesado por el delito de abuso de confianza agravado por la cuantía de la defraudación (Arts. 358 y 372-1 del C. Penal), pronunciamiento consentido por las partes.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado del conocimiento puso fin al proceso condenando al acusado a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de un mil quinientos pesos, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, fallo apelado por la defensa y confirmado sin ninguna variación por el Tribunal Superior de Medellín, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Fundamentos de la sentencia impugnada

El Tribunal Superior, luego de examinar los extremos de la controversia relacionados con la posición adoptada por el sindicado y las manifestaciones hechas por los directivos de la empresa afectada, dando por establecido que aquél "rebasó los límites de encargo" al cobrar a terceros honorarios o comisión no autorizados, rechazó con fundadas razones los planteamientos de su colaborador fiscal que pedía la absolución del procesado por tratarse de conducta penalmente irrelevante, argumentando que "González Naranjo incorporó sin derecho a su patrimonio una suma de dinero a título no traslaticio de dominio con ánimo de lucro y perjuicio para su mandante".

Y confrontando las explicaciones rendidas por éste con las pruebas obrantes en el proceso llegó a las siguientes conclusiones:

"...resulta claro que ese primer desembolso de 2.5 millones de pesos hecho por Samih Ghanem el 22 de febrero de 1983 no tuvo la destinación específica de cubrir viáticos y honorarios del procesado, como éste lo pretende, sino la natural y lógica de amortizar la obligación de 'Saga Ltda.' con 'Enka de Colombia'. Así consta en el comprobante de egreso extendido por la firma deudora, indicativo de que el pago se produjo como 'abono a cuenta Enka de Colombia' (Fl. 6) y en la comunicación de Samih Ghanem a sus acreedores fechada el 23 de julio de 1984 (Fl. 8). Y tal es lo que este último expresó al doctor Francisco Jaramillo, no una sino muchas veces, a raíz de la verificación del crédito propiciada por ese abogado al comienzo de su gestión (Fls. 487 - 491)".

"Elementos de juicio estos mucho más confiables que las elusivas revelaciones del deudor al rendir testimonio, inspiradas en su comportamien-

to ambivalente de agradar a González Naranjo sin quedar mal con 'Enka' y sin perjuicio para sus intereses. Por eso dice que el sindicado le presentó una cuenta global de 23.5 millones de pesos y que él hizo pagos parciales sin puntualizar a qué rubros se aplicaban (Fls. 182, 188, 303 - 304)''.

''Por mandato del artículo 1653 del Código Civil, empero, dicho pago debe entenderse imputado a los intereses que 'Saga' adeudaba a 'Enka' por esa época y así tuvo que comprenderlo González Naranjo sin la más mínima duda, merced a sus siete años de experiencia en esta clase de gestiones, a su condición de ingeniero y a sus estudios de derecho en una de las universidades locales''.

''Para que se vea hasta qué punto es artificiosa la exculpación ideada por el acusado, basta observar que la transacción entre 'Saga' y 'Central de Crédito' sólo se produjo el 2 de marzo de 1983, como consta en el documento del folio 49, y que ya desde el 2 de febrero anterior aquél se había embolsillado los primeros $ 2.500.000.00 obtenidos de Samih Ghanem (Fls. 6, 8, 48). Entonces no pudo suceder que pretendiera con ello pagarse sus viáticos y honorarios, como lo afirma en tono de disculpa (Fls. 39 y 43), por la potísima razón de que la derivación del dinero se produjo cuando ese supuesto acuerdo no se había realizado''.

''Lo que indica a las claras la prueba aportada al proceso, sobre todo si se la examina con perspectiva armónica o de conjunto, sobre que el justiciable se apropió del primer abono y que posteriormente, para cubrir apariencias, relacionó unilateralmente y a su talante la millonaria suma bajo el rubro de 'viáticos y honorarios' (ver documento de folios 47). Pero esta maniobra no desdibuja el típico abuso de confianza por apropiación que entraña la conducta cumplida por cierto con pleno conocimiento de su antijuridicidad y voluntad libre dirigida a su realización [C. Penal, Arts. 36 y 528 (sic), Inc. 1º]''. (Fls. 642 a 644 del expediente).

Demanda de casación

Comenzando por aceptar integralmente los fundamentos del fallo acusado aduce el impugnador que el reproche a su patrocinado se hizo consistir en haber rebasado los límites del encargo, contra la clara restricción de ''cobros a terceros'', no estando facultado para descontar sino únicamente el 10% ''por abonos reales y efectivos'' hechos a ''Enka de Colombia''.

Pero conforme a documentos visibles a folios 47 y 48 del expediente, concernientes a la cuenta de cobro presentada el 4 de febrero de 1983 a ''Industrias Saga'' representada por Samih Ghanem en la que claramente se determinan las partidas a cobrar por distintos conceptos y a la forma como ''Central de Crédito'' acreditó contablemente el recibo de la suma de dos millones y medio de pesos, aunados al hecho de que el arreglo definitivo se llevó a cabo el 2 de marzo del mismo año, acordándose un saldo pendiente de veintiún millones de pesos, significa necesariamente que la suma primeramente indicada ''era por concepto de honorarios y viáticos'' como se había acordado en documentos anteriores. ''Si a ello se agrega, la aceptación por parte de Ghanem de haber cancelado tal cantidad por dicho

concepto, infiérese que si alguna conducta se le puede atribuir a González Naranjo es la de haber realizado ese cobro" en exceso de las autorizaciones, con perjuicio, obviamente de "Industrias Saga".

Luego agrega:

En este caso particular, fehacientemente se ha demostrado que el señor Ghanem, por actividad desplegada por mi poderdante, de cuyo contenido no es del caso hacer análisis en este momento, tuvo que pagar una suma de honorarios y gastos que la justicia no ha considerado equilibrados, sino excesivos. No puede decirse que el señor González Naranjo recibió a título no traslaticio de dominio, sino que se apoderó de esa suma. Reiteró que el análisis sobre ciertos hechos, como los relacionados con la posibilidad que tenía González de cobrar viáticos (no expresamente autorizados, pero tampoco prohibidos) sobra en este momento, dado el rigor del recurso.

"Si lo anterior es así, como en efecto parece serlo, el juzgador violó directamente la ley al dar aplicación al artículo 358 del Código Penal, que trata del delito de abuso de confianza, porque la conducta desplegada por mi poderdante no se verificó en la forma típica descrita por tal norma. Si toda la prueba transcrita tiende a demostrar que los dineros objeto de la controversia se dieron a título traslaticio de dominio, como viáticos, como honorarios o como cobro excesivo en favor de González, es obvio que su conducta no se subsume en esta disposición. Se aplicó indebidamente esta norma".

Señala igualmente como infringido el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, precepto que "se dejó de aplicar" al darse por demostrada, sin estarlo, la prueba plena o completa del delito imputado solicitando en consecuencia la infirmación de la sentencia para que en su lugar, se profiera una de carácter absolutorio.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, dando por cierto que el señor Samih Ghanem reconoció al procesado la cantidad de dos millones y medio de pesos por concepto de viáticos y honorarios se identifica con el argumento cardinal de la demanda respecto a la atipicidad relativa de la conducta endilgada, pero a renglón seguido expresa que el acusado al transigir con Ghanem por la suma de $ 21.000.000 de los $ 21.059.928.56 que se comprometió a recaudar según los términos del mandato recibido "dejó por fuera la cantidad de cincuenta y nueve mil novecientos veintiocho pesos y cincuenta y seis centavos, que a términos del artículo 2173 del Código Civil se traduce en apropiación que excede al beneficio del mandatario, toda vez que esta cantidad debía deducirse de los dos millones y medio de honorarios, amén de que no logró la recaudación de la totalidad de la acreencia".

Agrega, que tal hecho "desdibuja el esquema de la sentencia" en lo atinente a la exclusión de la circunstancia de agravación punitiva relativa a la cuantía del ilícito "pero como ello no fue alegado y por fuerza del principio de la limitación o rigor del recurso extraordinario de casación,

oficiosamente no es posible jurídicamente suplir la omisión (Art. 581 del C. de P. P.), resulta nugatoria la impugnación''.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es indudable, que el fallo acusado se fundamentó en los siguientes hechos tenidos como probados por el Tribunal Superior luego de razonado examen crítico del haz probatorio: el procesado Hugo León González Naranjo, según los términos del mandato verbal conferido por la empresa ''Enka de Colombia'' no podía cobrar en ningún caso, por concepto de honorarios profesionales más del 10% de las sumas o valores efectivamente recaudados que ingresaran a la tesorería de la firma acreedora, como tampoco realizar ''cobros a terceros'' con ocasión de la cobranza. A pesar de tales limitaciones, obrando a espaldas de su mandante se apropió del primer abono de dos millones y medio de pesos hecho por ''Industrias Saga'' con la específica finalidad de amortizar a la obligación pendiente con ''Enka de Colombia'', aduciendo haber recibido dicha cantidad del gerente de la empresa deudora no con ese carácter sino a título de ''viáticos y honorarios'' por las gestiones realizadas, excusa que el sentenciador rechazó, basado en las conclusiones lógicas que se desprenden de la valoración conjunta del testimonio rendido por Samih Ghanem y los demás elementos de convicción incorporados al proceso.

Sobre estas premisas fácticas se sustentó la condena, dándose por plenamente comprobada la materialidad del delito de abuso de confianza por el que se hizo el llamamiento a juicio y la culpabilidad que en el mismo tuvo el acusado.

El demandante acogiéndose expresamente a la violación directa de la ley afirma que el artículo 358 del Código Penal que describe y sanciona dicha ilicitud, fue indebidamente aplicado en la sentencia porque la conducta desplegada por su representado no se subsume en esa disposición, conclusión a la que se llega haciendo un replanteamiento de los hechos procesales en orden a demostrar, contra lo establecido por el fallador, que el dinero recibido por González Naranjo a manera de viáticos u honorarios lo fue a título traslaticio de dominio y no a título precario o de simple tenencia con lo que el comportamiento imputado sería atípico por ausencia de uno de los elementos estructurales del delito de abuso de confianza.

Cuando se alega violación directa de la ley, en cualquiera de sus hipótesis, es deber del recurrente aceptar explícita o implícitamente los hechos en la forma como fueron reconocidos por el juzgador y sobre esa base plantear la censura con razonamientos de estricto derecho criticando únicamente la exclusión evidente de la norma sustancial al caso concreto, su indebida aplicación, o su equivocada interpretación.

Razones de técnica impiden que la impugnación por esta vía se haga cuestionando las pruebas o los hechos que de ellas se derivan con miras a que éstos se enjuicien de manera diversa a como lo fueron en la sentencia pues por ese equivocado camino se corre el riesgo de desviar el ataque hacia la violación indirecta de la ley, creando confusión en el entendimiento de la demanda.

En el presente caso, *es evidente que el censor desatendiendo tales requerimientos de orden técnico incurrió en el error de plantear y sustentar el reproche a la sentencia desconociendo los hechos que sirvieron de premisa a las conclusiones del fallo de condena haciendo una presentación de los mismos, diferente a la plasmada por el sentenciador, con alcances opuestos y consecuencias jurídicas distintas a las que éste le atribuyó, desacierto del que no se salva el Procurador Delegado al apoyar su réplica a la censura sobre un supuesto de hecho no tenido en cuenta en el auto enjuiciatorio ni en la sentencia.*

Pero si estas fallas de técnica no fueran suficientes para desestimar el recurso, cabría anotar que el Tribunal Superior fundamentó su decisión en elementos persuasivos reales que pueden interpretarse con cierta libertad y de los cuales dedujo la existencia de graves y coherentes indicios que valorados en su conjunto y armonía constituyen plena prueba de la infracción y la culpabilidad del procesado, es decir, que por este aspecto, aparecen satisfechas las exigencias del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, norma que el impugnador estimó quebrantada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del 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 Hugo León González Naranjo, 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.

IMPEDIMENTO

El cambio de apoderado como causal de impedimento no admite que sea el mismo funcionario quien tenga la iniciativa para separarse del conocimiento del proceso. La Corte reitera su criterio de providencias de 7 de diciembre de 1979 y 27 de abril de 1982.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 114.

Bogotá, D. E., 2 de diciembre de 1986.

VISTOS

Decide la Corte si declara o no fundado el impedimento manifestado por el doctor Antonio J. Ardila de León, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el proceso que se sigue respecto de William Naranjo Ramos y otros, por el delito de secuestro.

El Tribunal recibió ese proceso del Juzgado Penal del Circuito de Sahagún en consulta de la sentencia condenatoria, correspondiéndole en reparto al doctor Ardila De León, quien el 10 de octubre último se declaró impedido, arguyendo que la nueva defensora del procesado Carlos John Ovalle Márquez, doctora Flor Marina Achury, mantiene con él amistad íntima (Fl. 5 del cuaderno número 18).

Por considerar que el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal prohíbe el impedimento cuando el motivo se origina en cambio de apoderado, y que la defensora además, no se había posesionado del cargo, la Sala Dual rechazó los planteamientos del Magistrado Sustanciador.

SE CONSIDERA

Consta en el proceso (Fls. 152-3) que el doctor Jorge Escobar Avilez intervino hasta la audiencia pública como defensor del justiciable Ovalle

Márquez, y que fue cambiado por la doctora Flor Marina Achury de Cárdenas inmediatamente el expediente arribó al Tribunal y fue repartido al señor Magistrado Ardila De León (cuaderno 18).

Fue dicha mutación la que dio origen a que el funcionario invocara la causal de recusación prevista en el artículo 78-5 del Código de Procedimiento Penal, manifestación que, como lo recuerda la Sala Dual, está vedada por el artículo 86-2 ibidem, *en los términos siguientes:*

"No habrá lugar a recusación cuando el motivo se origine en cambio de apoderado de una de las partes, a menos que la formule la contraria".

Con esta prohibición la ley ha querido que si el motivo de recusación nace con el cambio de apoderado, la remoción del juez o magistrado pueda intentarse exclusivamente por iniciativa de "la parte contraria" (entendiendo por ésta, a todas las demás que intervienen en el proceso, y que son ajenas al cambio de apoderado), siéndole, por tanto e igualmente, prohibido al funcionario realizar lo propio, pues esta concesión desfiguraría y haría nugatorio el profiláctico objetivo que el legislador se propone con ese mandato: impedir que la parte interesada salga airosa en lo que busca con el relevo de apoderado, esto es, la separación del funcionario.

Es más: Si se tolerara el impedimento en este evento, quien generó el cambio de apoderado, en la práctica se vería excusado de recusar, pues simplemente le bastaría esperar la forzosa declaración de impedimento, la cual no podría tener fundamento legal distinto a la causal de recusación. Con esta posición cómoda y nada riesgosa, la misma ley estaría premiando a quien, por el contrario, debería gravar de alguna manera por esa clara traición a la lealtad y buena fe procesales.

Son, pues, obvias las razones para que el impedimento, como tal, no se mencione en el texto legal comentado.

Ese ha sido el criterio de esta Sala. Así, en providencia del 7 de diciembre de 1979 (luego reiterada en la de abril 27 de 1982) dijo al respecto:

"Que no puede este específico motivo invocarse como impedimento, pues por mandato de la ley opera exclusivamente como recusación. Y la demostración de este aserto resulta fácil. En efecto, si lo que la ley precave es que no se cumpla el propósito buscado por quien origina esta situación, o sea, provocar innecesaria y artificiosamente la separación del juez o magistrado, mal pueden éstos contribuir a este logro presentando excusación. De otro lado, cuando la ley hace la reserva de poderse invocar como recusación y a instancia de un determinado sujeto procesal ['no habrá lugar a recusación... a menos que la formule la (parte) contraria'], no es dable extender el fenómeno al campo del impedimento porque así se desvirtúa la prohibición y los fines perseguidos por el legislador. Por eso la ley fija motivos de recusación que pueden alegarse como tales o como impedimentos, siempre y cuando no se señale una restricción o salvedad. Porque si el legislador ha querido que sólo la 'parte contraria' pueda obtener la remoción del juez o magistrado, por el motivo que se analiza, éstos, de obrar en oposición a este dictado, abusivamente invaden esta atribución y se anticipan a la determinación que pueda tomar esa 'parte contraria', o

imponen su voluntad por encima de quien ha sido reconocido por la ley, de manera especial, para accionar en este sentido''.

El impedimento entonces no se admitirá.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal, declara INFUNDADO el impedimento manifestado por el doctor Antonio J. Ardila De León, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

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.

DICTAMEN PERICIAL

Imputabilidad.

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal impone al funcionario instructor la obligación de ordenar el reconocimiento médico del procesado, cuando observe indicios de que obró en estado de perturbación mental o sin capacidad para comprender la ilicitud de su acto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 115.

Bogotá, D. E., 3 de diciembre de 1986.

VISTOS

El Tribunal Superior de Barranquilla en fallo de 15 de febrero de 1986, confirmó en su integridad la sentencia del Juzgado Segundo Superior de ese Distrito de fecha 30 de octubre de 1985, por la cual condenó al procesado Rodrigo de Jesús Herrera Vélez a la pena principal de diez (10) años y dos (2) meses de prisión como responsable conforme al veredicto del jurado, de homicidio en la persona de Jesús Hernández Contreras y lesiones causadas a Hernando Rojas Jaimes, en hechos ocurridos en esa ciudad el 8 de diciembre de 1982.

Interpuesta casación por el defensor del acusado, se concedió debidamente. Cumplido en la Corte el trámite propio del recurso y recibido el concepto del Ministerio Público con solicitud de negar las peticiones de la demanda, es procedente dictar el correspondiente fallo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia y la realidad procesal, los relata la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, así:

"En la madrugada del 9 de diciembre de 1982, en un kiosko situado en la carrera 38 con calle 32 de la ciudad de Barranquilla, los amigos Jesús Hernández Contreras y Hernando Rojas Jaimes decidieron tomarse unas cervezas, entrando en conversación con otro cliente a quien Hernández le propuso que enviara una tanda y luego él pagaría la siguiente, invitación que fue rechazada por el aludido con el argumento de '...que no gustaba de costeños...' Aclarado el equívoco por la pareja ('paisano, nosotros no somos costeños') Jesús reiteró el ofrecimiento de tandas recíprocas al que el desconocido replicó con fin 'usted me está mamando gallo'. En vista de la actitud inamistosa del sujeto, Rojas le propuso a Hernández que se sentaran en otro lado, pero cuando éste fue a despedirse con un abrazo, el individuo sorpresivamente le propinó una herida mortal en el pecho con arma blanca y a Rojas otra en el antebrazo izquierdo, emprendiendo una huida que fue frustrada por la presencia ocasional de varios agentes del orden, quienes establecieron que el aprehendido respondía al nombre de Rodrigo de Jesús Herrera Vélez".

Cumplidas las primeras diligencias por la policía judicial, inició investigación funcionario de instrucción, quien oyó en indagatoria al sindicado manifestándole que el día de los hechos había tomado bebidas alcohólicas sin recordar nada más, y en la cárcel se rasuró la barba y el bigote. Fue reconocido en diligencia judicial por el denunciante, quien amplió su testimonio. Decretada con tal base la detención de Herrera Vélez, prosiguió la instrucción con la práctica de las pruebas pertinentes, entre éstas las declaraciones de los miembros de la policía que efectuaron la captura y conforme a los cuales, el sindicado presentaba signos de embriaguez y admitió ser autor de los hechos por haber recibido ofensas.

Cerrada la investigación se calificó, de acuerdo con el Ministerio Público, con enjuiciamiento contra el procesado por homicidio simplemente voluntario y lesiones en las personas del occiso y del denunciante, respectivamente, providencia que apelada por el procesado y su defensor, fue confirmada por el Tribunal.

Tramitado el juicio se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada por el superior, con negación de nulidad propuesta en esta oportunidad por el defensor por no haberse sometido al procesado al examen médico psiquiátrico de conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, fallo éste recurrido en casación.

La demanda

Se invoca contra la sentencia la causal cuarta —por nulidad— conforme al artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y con base en la misma propone el cargo que se cita a continuación.

Consiste *el cargo único,* en que al no practicarse examen médico al procesado para establecer su estado mental en el momento de los hechos, según el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, se incurrió en nulidad constitucional (artículo 26) por quebrantamiento de las formas propias del juicio.

Conforme a las pruebas —señala el actor— se halla demostrado que el procesado al momento de los hechos se encontraba en estado de ebriedad, lo cual le produjo "...alteraciones psicosomáticas y por lo tanto debió practicársele un examen pericial para establecer su estado mental, existen elementos que hacen pensar que estamos frente a un sujeto inimputable, que debía darse un tratamiento procesal conforme a las normas que lo rigen...".

Razonamiento que fundamenta en las explicaciones del procesado y su versión inicial ante la policía, en cuanto a que por haber tomado bebidas alcohólicas y encontrarse en avanzado estado de embriaguez, no se dio cuenta de los hechos y sólo al día siguiente advirtió que se hallaba detenido, lo que reiteró en su indagatoria anotando el efecto que le produce el alcohol al decir: "...a mí el ron me hace mucho daño, estaba tomando ron desde las ocho de la mañana..." y lo volvió a repetir en la audiencia.

Menciona los testimonios del sargento de la policía y del agente quienes practicaron la captura, en cuanto a que el acusado se encontraba en estado de embriaguez y a la narración del denunciante de la forma como ocurrieron los hechos. Así, debió admitirse que aquél estaba ebrio, lo que le produjo "alteraciones psíquicas" y por lo tanto aplicar el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante estos antecedentes, unidos a la inexistencia de motivo para cometer el ilícito, se abstuvo el fallador de ordenar el examen referido, para establecer su estado de inimputabilidad, con violación del artículo 26 de la Constitución, pues "...una vez establecido que el sindicado actuó como sujeto inimputable, de acuerdo con el artículo 312 del Código Penal, el trámite procesal tendría que ser necesariamente distinto del actual...", ya que habría sido juzgado sin jurado para aplicársele medida de seguridad y así se desconoció el debido proceso.

Concepto del Ministerio Público

Anota la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal que la embriaguez no determina inimputabilidad a menos que origine trastorno mental que impida al agente comprender la ilicitud de su comportamiento (sentencia noviembre 6 de 1984) y el juez debe disponer de suficientes elementos de juicio para ordenar el examen, y expresa:

"...En el caso que nos ocupa se estableció que el procesado había ingerido bebidas alcohólicas aunque el plenario no obtuvo el grado de beodez ni la prueba pericial que estableciera o desechara una pasajera obnubilación. Aunque este vacío podría generar alguna duda al respecto, ella se despeja con los testimonios de los agentes aprehensores y con el dicho mismo de la víctima, que nos indican el grado de embriaguez simple en que se encontraba, incapaz de alterar sus esferas intelectiva y volitiva y por ende, causar el trastorno mental que lo ubicara como inimputable.

"Si ello nos indica que el procesado en todo momento conservó su lucidez, su posterior huida y la apresurada afeitada de la barba y bigote en la cárcel municipal en donde se encontraba privado de su libertad en espera de la recepción de su indagatoria, nos confirman el aserto...".

SE CONSIDERA

El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, invocado por el demandante como fundamento de la nulidad que alega por quebrantamiento de las formas propias del juicio y consecuentemente del debido proceso, *es claro en disponer que desde el momento de la captura "...y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el proceso indicios..." de que obró en estado de perturbación mental o sin poder comprender la ilicitud del acto o determinarse de acuerdo con ese conocimiento (Art. 31 Código Penal) debe ordenar su reconocimiento médico para poder llegar a una conclusión cierta al respecto.*

Impone por tanto la norma a los funcionarios tal obligación, cuya pretermisión ocasiona nulidad, toda vez que supone una forma propia del juicio de consecuencias sustanciales, no sólo en cuanto al juzgamiento, que se cumple directamente por el juez de derecho, dadas las especiales condiciones existentes, sino en cuanto a la imposición de las medidas correspondientes de muy especial naturaleza y destinadas a corregir el estado de anormalidad del procesado.

Si bien tal es el alcance de la norma, como lo han precisado reiteradas jurisprudencias, entre éstas las que cita el actor, debe aclararse que para poder afirmar la existencia de la nulidad, se requieren indicios ciertos y concretos que lleven a deducir con seriedad la posibilidad de que el agente del hecho delictuoso obró en uno de los estados previstos en la norma que lo hacen inimputable y por lo visto requiere el examen pertinente.

Por manera que no es, en términos generales, la omisión de la prueba referida lo que genera la nulidad por el quebrantamiento de la garantía procesal, sino el hecho de existir elementos de juicio que demuestren su procedencia, para así evitar que se pueda aplicar pena a sujeto inimputable.

En tal sentido existen constantes pronunciamientos de esta Sala.

En sentencia de 26 de julio de 1983 se expresó:

"Como reiteradamente lo ha venido sosteniendo la Corte en numerosas providencias, si bien es cierto que de conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, 'desde el momento mismo de la captura y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el proceso indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentra en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia, ordenará su examen por los peritos médicos', también lo que es en principio, la ordenación de tal examen se deja al prudente criterio del funcionario, según observe en el procesado aquellas manifestaciones objetivas que le permiten ordenar, fundadamente, su reconocimiento psiquiátrico.

"Las solas manifestaciones del procesado o de su apoderado, tendientes a sustraerle del régimen de las penas, so pretexto de que se cometió el hecho en cualquiera de las circunstancias de los artículos 29 del Código Penal anterior o 31 del vigente, o que se encontraba en estado de embriaguez, intoxicación aguda o fingiendo, por ejemplo, 'que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga' (sentencias de 4 de julio de 1950,

LXIII, 583 y 5 de julio de 1966, CXVII, 339), no es de suyo, motivo legal suficiente para ordenar su reconocimiento psiquiátrico, ni de la observación personal del funcionario de policía judicial o del instructor, ni de su propia clara, circunstanciada, bien orientada y razonada declaración de indagatoria, ni de su comportamiento antes y después de haber ejecutado el hecho, ni de otros elementos procesales, es posible suponer la veracidad y atendibilidad de sus manifestaciones". (Sentencia de 15 de noviembre de 1983).

Y en sentencia de 26 de junio de 1985 se dijo sobre el mismo punto:

"Para que se pueda ubicar el comportamiento de un procesado dentro del marco de la inimputabilidad se precisa acreditar que al momento de realizar el hecho no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez psicológica o a trastorno mental (artículos 29 del anterior Código Penal y 31 de la nueva codificación).

"Una tal situación, que acarrea consecuencias de carácter punitivo y procesales de significación, como que el procesado no sería sujeto de penas sino de medida asegurativa y su juzgamiento no podría hacerse con intervención del jurado de conciencia, cuando el caso requiere esta ritualidad, debe ser cabalmente comprobada, sin que basten para su reconocimiento simples afirmaciones o meras alusiones en relación con su existencia.

"Desde luego que la forma idónea para esa verificación es la del examen psiquiátrico y de allí la previsión, en ese sentido, del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal.

"Pero, a su vez, para que sea imperioso el ordenamiento de la pericia médica, tampoco es suficiente la simple afirmación de la existencia del trastorno, sino que su posibilidad debe emanar de pruebas atendibles de donde surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del presunto inimputable y a la manera como normalmente se exterioriza a través de su usual comportamiento. Así lo ha venido reiterando la Corte". (Sentencias de noviembre 15/83, octubre 13/82, octubre 25/83, auto de junio 6/85).

Examinados los antecedentes procesales, se concluye que el funcionario instructor y el del conocimiento, al abstenerse de disponer la prueba mencionada, por no estimarla necesaria en razón de los mismos y en uso de la facultad que le otorga la norma legal, no incurrieron en irregularidad, ni se produjo nulidad, pues conforme a lo manifestado por el procesado en su indagatoria se encontraba en estado de normalidad y no se advirtió la existencia de anomalía alguna. Tampoco existían antecedentes familiares al respecto, sin que sea suficiente para demeritar tal afirmación la de que el alcohol le impide recordar, manifestación que debe relacionarse con su declaración posterior, en la cual radica su explicación o descargo ante las acusaciones formuladas.

Por el contrario, existen elementos de juicio que permiten llegar a conclusión contraria, como son las declaraciones de los agentes del orden que efectuaron la captura, que si bien se refirieron al estado de embriaguez

en que se hallaba el sindicado en ese momento, también afirman que aceptó ser el autor del hecho. Así, el Sargento Segundo José Arrieta dice que el procesado "...manifestó que lo había apuñaleado porque lo había ofendido de palabras..." e igualmente lo admitió ante otras personas. En el mismo sentido declaró el agente Hipólito Rodríguez Guerrero, quien aseveró que el acusado interrogado señaló, refiriéndose al occiso "...que si se moría él no tenía la culpa, ya que él lo provocó y tuvo que hacer uso del arma, ya que le había ofendido su honor en varias oportunidades ...él se hacía responsable de pagar esa muerte..." y ambos declarantes expresan que no obstante la embriaguez, el capturado se hallaba lúcido. Además de haberse rasurado el bigote y la barba encontrándose ya detenido y antes de la diligencia de reconocimiento por el lesionado.

Frente a lo que resulta demostrado, según se anota, carecen de incidencia las alegaciones del demandante en cuanto a la inexistencia de motivo, la embriaguez y las circunstancias en que ocurrió el hecho. Debiendo concluirse, como lo estimaron los falladores que el procesado actuó en estado de embriaguez, pero sin que esto significara que se requería el examen médico psiquiátrico, y fue precisamente con base en los antecedentes procesales que se abstuvieron de disponer de acuerdos con las facultades legales. Por tanto no se desconocieron ni las formas propias del juicio, ni el debido proceso, ni se incurrió en nulidad constitucional.

Así, la invalidez del proceso por el motivo expresado, fue rechazada por el fallador con razones suficientes.

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

RESUELVE:

DESECHAR la casación solicitada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el proceso 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.

JURADO

El legislador sanciona con severidad la inhabilidad del jurado cuando éste o el Juez no la tomen en cuenta, pero las excusas relativas o absolutas no las mira en igual sentido, ni impone en estos casos el correctivo de la nulidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 115.

Bogotá, D. E., 3 de diciembre de 1986.

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de noviembre de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual, por el delito de homicidio en Ovidio Moreno, se impuso a Alfredo Jiménez López, fuera de las accesorias de ley, once (11) años de prisión.

Recurso y demanda se aceptaron en autos de 8 de abril y 2 de julio del año en curso, respectivamente.

Hechos

Sucedieron el 13 de diciembre de 1982, a eso de la una de la tarde, fecha y hora en la cual el citado Jiménez López, quien había tenido algunas diferencias con Moreno, un joven de 19 años, penetró a la residencia de éste, ubicada en la vereda de "Sotoma", jurisdicción de Villapinzón, y tras vociferar "qué es lo que les pasa a estas culebras que me la quieren velar... dónde está esta talla para matarlo", disparó su arma de fuego

no sólo contra el citado Moreno, a quien hirió de muerte, sino a la progenitora de éste. Cumplido el hecho, desapareció del lugar.

Actuación procesal

De ésta basta reseñar que el Juzgado Segundo Superior de Bogotá, convocó a juicio con intervención de jurados, a Jiménez López, para responder de un delito de homicidio simplemente intencional (mayo 17 de 1983), decisión confirmada integralmente por el Tribunal (agosto 18 de 1983). En la primera de las audiencias, por mayoría, se negó la responsabilidad del procesado (Fl. 251), manifestación declarada contraevidente por el Juzgado (junio 15 de 1984) y ratificada por el fallador de la segunda instancia (agosto 29 de 1984). El segundo jurado, por unanimidad, afirmó la responsabilidad —Fl. 369—, respuesta sobre la cual el citado juzgador de primera instancia dictó la sentencia de condena (once años de prisión, etc.), confirmada en su total contenido, en la providencia ya indicada, por el Tribunal.

La demanda

Con invocación de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y recurriéndose al instituto de las nulidades constitucionales, se trata de advertir el desconocimiento de las formas propias del juzgamiento por haberse sustituido, mediante sorteo parcial, al jurado principal de nombre Luis Camacho, por superar éste la edad considerada en el artículo 526 del Código de Procedimiento Penal, pues el citador del juzgado, el 15 de febrero de 1985, dio como razón para abstenerse de llevar la noticia de esta designación el "ser mayor de 60 años, según la cédula de ciudadanía número 1299 de Bogotá, donde consta que nació el 23 de noviembre de 1911".

El casacionista tiene ocasión de recordar que "la nulidad fue planteada ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, quien en la sentencia de segunda instancia, expuso su criterio en el sentido de que ella carece en absoluto de fundamento legal y que por tanto comparte en su integridad el estudio jurídico realizado por la colaboradora fiscal y agrega el honorable Tribunal: 'Al respecto para concluir a través del cotejo de las diferentes normas de procedimiento que gobiernan la materia que los jurados Luis Camacho y Arcesio Guerrero, inicialmente sorteados, no fueron reemplazados por el *a quo* de manera ilegal, ya que está establecido en los autos que el primero no concurrió a que le notificaran la designación, y en cuanto al segundo de los nombrados, tampoco se notificó en razón a que no fue posible encontrar la dirección que como suya aparecía en la respectiva lista de jurados. En aras de una pronta y cumplida justicia, el Juez amparándose en precepto legal, dispuso nuevos sorteos parciales de jurados. Esta facultad se la otorga el artículo 550 de nuestro Estatuto Procedimental, que a la letra dice: *Sorteo Parcial por ausencia de jurado.* Si practicadas las diligencias necesarias para la notificación de la designación, de lo cual quedara constancia en el expediente, no se

encontrare alguno de los jurados, el Juez ordenará un sorteo parcial para reemplazarlo''''.

''De lo expuesto por el Tribunal se concluye, que para esta alta corporación, la notificación de los jurados, no se requiere que se efectúe en forma personal, sino que el jurado *debe comparecer al juzgado con el fin de notificarse, pero tal concepto respetable no es de recibo legal puesto que viola el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal.*

''En mi concepto no puede el juez cambiar un jurado que ha salido sorteado, sin que éste haya sido notificado y haya expresado y probado alguna causal de excusa, salvo lo dispuesto en el artículo 550 del Código de Procedimiento Penal, es decir, cuando practicadas las diligencias necesarias para la notificación de la designación, de lo cual quedará constancia en el expediente, no se encontrare alguno de los jurados.

''No es el caso que nos ocupa, puesto que en relación al jurado de conciencia Luis Camacho, no existe constancia en el expediente como lo ordena el artículo 550 del Código de Procedimiento Penal, de que este jurado no hubiese sido encontrado, sino simplemente de que no se le notificó por ser mayor de 60 años.

''A Luis Camacho ha debido notificársele la designación que se le hizo como jurado de conciencia, y era al jurado a quien correspondía presentar y probar cualquier excusa legal que quisiera alegar.

''El debido proceso en los juicios en que interviene el jurado de conciencia establece que éstos se designan por sorteo, la suerte conforma el Tribunal que debe juzgar en conciencia al encausado.

''Practicado el sorteo de jurados, la suerte o el destino ha querido, en ese momento, que determinados ciudadanos sean los que determinen sobre la responsabilidad o inocencia del reo.

''Determinada en esta forma la suerte y el destino del encausado, en cuanto a las personas que deben juzgar, no es posible procesalmente violentar el acto del sorteo, o cambiar las reglas del juego, a no ser que exista motivo legal, pero sin éste se estaría violando el debido proceso en circunstancias que podrían calificarse de tramposas.

''En el caso que nos ocupa, el derecho de defensa fue cercenado, puesto que si bien es cierto que la defensa actuó en la audiencia pública, su actuación se llevó a cabo ante un jurado de conciencia que no le había correspondido en suerte al encausado en el momento del sorteo inicial.

''Con el cambio ilegal del jurado de conciencia éste quedó integrado, finalmente de manera distinta a como la suerte por disposición procedimental lo había indicado. En consecuencia queda la incertidumbre y la posibilidad de que al haberse llevado a cabo la audiencia pública con el jurado inicialmente sorteado, el resultado le hubiese podido ser favorable, o por lo menos distinto, al encausado, como ocurrió en la primera audiencia en la cual mi defendido fue absuelto por mayoría de votos.

''No estoy fundamentando la nulidad legal, establecida en el artículo 211 numeral 3º, ni numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, puesto

que el reemplazo ilegal del jurado, *no se llevó a cabo* en el acto del sorteo, *sino posteriormente, por esta última circunstancia es que afirmo que la nulidad es constitucional porque afecta en grave ofensa el debido proceso''.*

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Refiriéndose al caso del jurado Luis Camacho V., afirma que ''quien así fue designado se encontraba dentro de la situación prevista en el artículo 526 del Estatuto Procedimental, disposición que prescribe esa específica circunstancia como causal de 'excusa absoluta' para servir el cargo de jurado.

''Tiénese entonces que la alegada falta de notificación legal se sustituyó por el informe del empleado del juzgado cuyo texto, de suyo diciente, le permitió al Juez continuar oficiosamente el trámite de rigor, esto es la integración final del Tribunal Popular hasta la realización de la propia audiencia pública.

''Confunde el casacionista dos aspectos sustancialmente distintos: los motivos que generan excusa en los jurados y aquellos que permiten alegar su impedimento y bajo esa indebida asimilación conceptual edifica la censura.

''Las circunstancias generadoras de los impedimentos en los jurados de conciencia (Arts. 528, 529, 531 y 532) tienen por finalidad mantener el principio de imparcialidad absoluta que debe regir los juicios que se tramitan con su intervención y evitar o remover cualquier motivo que perturbe su conciencia o íntima convicción respecto de los extremos en que se desarrolla el debate; en tanto que aquéllas que permiten afirmar las excusas absolutas o relativas, dicen relación únicamente con la existencia de factores de naturaleza física o psíquica que de modo definitivo o transitorio imposibilitan o dificultan el correcto y normal ejercicio de ese delicado cargo.

''No puede entonces válidamente pretenderse que de la circunstancia determinante de la excusa absoluta de un jurado de conciencia se adelante el trámite obligado y legalmente previsto para el caso de los impedimentos. En el primer evento y probado el hecho de la edad o enfermedad permanente, resulta superfluo o simplemente formalista exigir la notificación personal y cualquier otro trámite distinto al de su pronto reemplazo mediante el mecanismo del sorteo parcial señalado en los artículos 540 y 548 del Código de Procedimiento Penal.

''Por manera que, consultada por el Juez la finalidad básica de las disposiciones legales que regulan la designación e intervención de los jurados de conciencia y la celeridad del procedimiento, debe concluirse que se observó la plenitud de las formas propias del juicio, se respetó el esquema rector del proceso y, por lo mismo, no hay lugar al reproche de nulidad jurisprudencial aducido en la demanda''.

APRECIACIÓN DE LA SALA

No se remite a duda que la intervención de los jurados de conciencia en los juzgamientos en los cuales deben intervenir, se considera tan funda-

mental que la ley de procedimiento, en forma escrupulosa, procura una selección lo más acertada y detalla circunstancias consideradas necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones. No es preciso recordar ni comentar cada uno de estos aspectos. A los fines de la demanda es suficiente advertir el obligante propósito del legislador por asegurar "la absoluta imparcialidad de los jueces de hecho... y evitar que haya en ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de su conciencia", como se expresa en el artículo 544, *in fine,* del Código de Procedimiento Penal. A este logro se encaminan de manera eficaz los factores que física y espiritualmente pueden desconocer, obstaculizar o mermar tan delicada misión.

El Código de Procedimiento Penal, a partir del artículo 525, determina no pocas situaciones como propias a la separación de los jurados de esta su peculiar función. Agrupa las mismas en excusas (Art. 525) que pueden ser relativas (Art. 526) y absolutas (Art. 527) y en impedimentos (Arts. 528, 529, 531, 532), debiéndose anotar que estos últimos pueden corresponder a una noción inhabilitante para desempeñar el cargo, pues la cuestión trasciende en tal forma que no es posible que la persona en la cual recae una previsión de esta índole, pueda silenciarla o tratar de desconocerla. Está comprometida a manifestar esta circunstancia que le impide desempeñar el cargo y el juez, por su parte, está igualmente en la obligación de ordenar su separación, bien mediante la intervención de un jurado suplente, bien por sorteo parcial si entre los principales y suplentes no queda un número total de tres. Es más, en el evento de haber actuado una persona sobre la cual incide este gravamen indudablemente hay que declarar la nulidad de lo actuado y ordenar la repetición de la audiencia de juzgamiento con personas idóneas. La apreciación es tan cierta que el legislador, en el caso de lo que él llama impedimento, ordena la inmediata *actuación del juez para procurar la remoción de la persona que se encuentre en tales condiciones.*

En el evento de las excusas *debe anotarse lo siguiente: éstas por lo mismo que se consagran preferencialmente en favor de la persona para la cual cuenta el posible factor que lleva a la eliminación de la lista de jurados o a su exclusión en un determinado caso, deben alegarse por quien tiene derecho a gozar de un beneficio. Pero puede darse el caso de que un jurado quiera prescindir de la excusa (edad o enfermedad) y manifieste su interés por actuar al considerarse en situación apta para este desempeño. El Juez, estudiado el caso, si no encuentra que tales circunstancias impliquen una desmejora sensible de la eficiencia de la persona para cumplir con tan trascendente tarea, debe autorizar la intervención y estar a la voluntad del jurado. Pero, si advierte situación contraria, no debe vacilar en impedir su participación, profiriendo el auto en que tal apreciación consigne y en que asuma esa determinación, para permitir la acción de los suplentes, o en caso necesario, por no quedar un número de tres entre titulares y suplentes, proceder al sorteo de rigor. En la solución acordada para esta segunda hipótesis, alienta el respeto y vigencia del espíritu del legislador que, como se dejó visto, quiere a todo trance preservar el idóneo ejercicio de institución de tan señalada importancia, al menos en el campo de la legislación positiva. Es obvio que la ley quiere y manda que intervención tan importante no se comprometa por factores como los señalados en los artículos 526 y 527, de índole sico-fisiológica.*

Por eso el Delegado acierta cuando destaca que ellos "de modo definitivo o transitorio imposibilitan o dificultan el correcto y normal ejercicio de ese delicado cargo".

No puede aceptarse, entonces, que dada una circunstancia objetiva de excusa relativa o absoluta, el juez tenga que esperar a que se cumpla la notificación de la designación y se invoque por el jurado la excusa. Debe, como se ha indicado, procederse a esta sustitución o a permitir, si es el caso, la actuación de un suplente.

Nada vale, contra lo expuesto, la suposición que presenta el casacionista, dirigida a convencer de que sólo la exclusión del jurado Luis Camacho, impidió la posibilidad de un veredicto favorable. Esta es una gratuita y caprichosa argumentación, pues la forma como ha previsto el legislador la composición del jurado permite deducir que todos están en iguales condiciones morales y psicofísicas para entender en debida forma del asunto y pronunciarse sobre él. No se insinúa preferencia ni por edad, ni por sexo, ni por capacitación especial profesional, ni por posición social, etc. Entonces, lo único que el legislador sanciona severamente es el caso de la inhabilidad (llamada impedimento) del jurado, cuando éste o el juzgador la desconoce.

Pero las remociones por excusas absolutas o relativas, o por dificultades en la comparecencia del jurado, no las mira en igual sentido de gravedad ni impone, a este respecto, los correctivos de la nulidad. Tan solo puede percibirse, para fines simplemente disciplinarios, las remociones precipitadas, sin fundamento válido y ajenas por completo al sentido de la legislación. Pero dándose un motivo plausible o al menos aceptable, la legislación se desentiende de la cuestión, al menos, repite, en el campo de las anulaciones.

No quiere la Sala terminar este análisis sin anotar un punto que puede interpretarse en forma más favorable al mantenimiento, por correcto, de la actuación censurada, y es el siguiente: en la lista de jurados no queda ni copia, ni fotocopia ni anotación de la cédula de ciudadanía de los jurados de conciencia. Se suele contar, como elemento de identificación, sus nombres, apellidos, ocupación y dirección. Excepcionalmente puede aparecer el número de tal documento. Pues bien, como se advierte a folio 313, el citador comunicó el número de la cédula del señor Luis Camacho y la fecha de nacimiento, de la cual dedujo y acertadamente, su mayor edad de sesenta años. No cree la Sala, dentro de una lógica interpretación, que el mencionado citador, al recibir la orden de notificar al señor Camacho, se dirigiera como primera intención a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para indagar por el número de esa cédula y para determinar su fecha de nacimiento. Lo deducible es que al entrar en contacto con el señor Camacho éste le hizo saber tal situación, lo cual le permitía excusarse de servir el cargo, y así debió decírselo al citador. A éste se le creyó tal versión porque fue presentada bajo la gravedad del juramento —Fl. 314—, suficiente demostración para este resultado. Faltó precisar en mejor forma esta fuente de conocimiento y la razón de ser la misma. Pero es lo colegible.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No CASAR la sentencia, mencionada en su origen, fecha 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.

NULIDAD

El desconocimiento de la unidad procesal, conveniente, entre otras razones, para evitar fallos contradictorios, no siempre ocasiona nulidad de carácter supralegal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 115.

Bogotá, D. E., 3 de diciembre de 1986.

VISTOS

En memorial que antecede, los doctores Eduardo Matson Figueroa y Manuel Sierra Navarro, procesados por un delito de prevaricato, consumado cuando desempeñaban las funciones de Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, solicitan a la Corte, se decrete la nulidad de todo lo actuado en este proceso, desde el auto calificatorio, inclusive.

Las siguientes son las razones en las cuales apoyan su pedimento:

a) Que se quebrantó en el juzgamiento la unidad procesal que consagra el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal al no vincularse en el auto calificatorio al doctor Jaime Benito Haydar Ordage, Fiscal del Tribunal, quien en opinión de los Magistrados, fue el determinador del hecho punible que a ellos se les imputa, al haber emitido concepto favorable para el pronunciamiento de la providencia que luego fue calificada de manifiestamente ilegal. Sostienen los memorialistas, que esa incompleta calificación acarrea la nulidad de la actuación;

b) Que se incurrió en incongruencia o desarmonía en el auto de proceder, pues si bien en su parte resolutiva se les llamó a juicio por un delito de prevaricato, se ubicó este comportamiento en el Título III, Capítulo V del Libro 2º del Código Penal, que en sentir de los acusados versa sobre el tráfico de influencias, lo cual "se convierte en error en la denominación jurídica de la infracción, dada la anfibología que se presenta entre el *nomen juris* de la ilicitud designada en las motivaciones

de esta providencia y la ubicación en el Capítulo V que se refiere al tráfico de influencias...";

c) Que se desconoció el principio de la favorabilidad que consagra la Constitución Nacional y el Código de Procedimiento Penal al aplicar el Código Penal de 1980 al caso objeto de juzgamiento, más restrictivo y desfavorable en relación con el Estatuto Penal de 1936, vigente por la época de los hechos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se acusa a los Magistrados Sierra Navarro, Matson Figueroa y Bettin Vergara, de haber proferido una decisión manifiestamente ilegal, al decretar la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, dentro del sumario que se adelantaba contra el ex Juez Luis A. Barba Fontalvo por un delito contra la Administración Pública.

Sostienen los procesados, que el señor Fiscal del Tribunal que emitió concepto favorable a la declaratoria de la prescripción de la acción penal, es tan responsable como ellos de la conducta ilícita que se les imputa y que al dejarlo por fuera del proceso, se han pretermitido las formas propias del juicio, lo cual genera nulidad de rango constitucional, por quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal.

Es verdad, que el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, dispone que para la investigación de cada delito se formará un solo proceso "cualquiera que sea el número de autores o partícipes". Es igualmente cierto, que los agentes del Ministerio Público como empleados oficiales pueden incurrir en prevaricato, cuando emitan dictamen o concepto manifiestamente injusto en ejercicio de la función pública.

Pero no es menos cierto, que la unidad del proceso exigida por economía procesal, conveniente para evitar fallos contradictorios y facilitar el examen completo de la prueba, no puede siempre en la práctica realizarse, por factores de hecho o de derecho y su desconocimiento no siempre ocasiona la nulidad de los procesos.

La finalidad perseguida por aquella disposición (Art. 167 del C. de P.P.) ha dicho esta Corporación: "...Sólo puede realizarse en la práctica, en efecto, cuando se dan los presupuestos probatorios, procesales o temporales necesarios para que el hecho cometido en concurso pueda ser simultáneamente juzgado y fallado en la misma oportunidad procesal; cuando se presentan factores de hecho o de derecho que impiden la calificación o fallo conjunto de la delincuencia, el principio de la economía procesal que inspira la unidad del procedimiento, como ya lo ha dicho la Corte:

"...Ha de ceder su lugar a otros fines y principios procesales de análogo valor, algunos de los cuales se refieren a la oportuna calificación y fallo de los hechos demostrados, a la conveniencia de que los procesados puedan defenderse prontamente de los cargos que existen en su contra tan pronto aparezca la prueba necesaria para formularlos y a la necesidad

de que el adelantamiento del proceso cuando es posible, no quede indefinidamente postergado a la espera de la prueba necesaria sobre los otros u otros hechos o de la requerida para la formulación de la acusación, o del fallo, por todos ellos...'' (Cas. marzo 8 de 1981) (M. P. Dante Luis Fiorillo, Sept. 17/81).

Debe tenerse en cuenta además, que la nulidad alegada es de aquellas denominadas constitucionales o supralegales, en que sólo prospera cuando la irregularidad o el error, imposibilitan o dificultan el derecho de defensa o desfiguran el esquema del proceso y socavan las bases del juzgamiento.

Ha sostenido la Corte que ''...Las llamadas nulidades constitucionales o supralegales, de creación jurisprudencial, suponen no solamente que la irregularidad procesal en que se haya incurrido no esté sancionada de esa manera por la ley, sino que configuren ostensibles violaciones de los principios de legalidad del juicio y de la jurisdicción, del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del derecho de defensa. No basta, pues, la existencia de cualquier anomalía en la ritualidad de la actuación procedimental no prevista legalmente como causal de nulidad, para que pueda reclamarse con éxito esta excepcional categoría de remedio jurídico o para que éste sea oficiosamente reconocido por la Corte. La vulneración de uno cualquiera de aquellos supremos principios que orientan el proceso penal y garantizan una recta y equitativa administración de justicia, ha de ser por tal modo evidente que se imponga como ineludible la extrema solución de nulidad, es decir, el expreso reconocimiento del error y la remoción del obstáculo procesal que hasta el momento de su declaratoria impedía repararlo. Por eso no pueden tener éxito las demandas de nulidad supralegal en las que no se demuestre fehacientemente lesión verdadera a uno de aquellos principios, o en las que se aleguen simples informalidades que han dejado incólume el derecho de defensa, que no han desquiciado las reglas sustanciales del proceso o que no han vulnerado las garantías de que normativamente gozan las partes en el decurso de la actuación procesal...''. (M. P. Alfonso Reyes Echandía, mayo 4 de 1982).

Con fundamento en las anteriores premisas, forzoso es concluir, que el pretendido desconocimiento de la unidad procesal que atribuyen al juzgador los memorialistas, no puede en forma alguna configurar una nulidad de carácter supralegal, porque no constituye una irregularidad que vulnere, limite o dificulte el derecho de defensa de los procesados, ni quebranta las garantías del debido proceso. No se ve en qué forma la no vinculación al juicio penal del señor Fiscal del Tribunal pueda dificultar la defensa de los procesados o disminuirles las garantías propias del juzgamiento.

Segundo y tercer motivo de nulidad:

Se alega por los enjuiciados, anfibología e incongruencia en el auto de proceder y desconocimiento del principio de favorabilidad en el tránsito de legislaciones, cargos que en el supuesto de estar demostrados, podrían acarrear la nulidad del juzgamiento.

Sin embargo, los razonamientos de los memorialistas, no responden a la realidad procesal y carecen de todo fundamento como se verá en seguida:

La parte resolutiva del auto de proceder, imputa a los Magistrados Matson Figueroa y Sierra Navarro responsabilidad penal por el delito de prevaricato, de que trata el Capítulo V, del Título III, del Libro 2º del Código Penal.

Es verdad, que el Capítulo V del Título III del Libro 2º del Código Penal vigente, se ocupa del delito de tráfico de influencias. Pero, el delito de prevaricato, se encontraba definido en el Capítulo V, del Título III del Libro 2º del Código Penal de 1936, que era el vigente por la época de realización de los hechos y que se aplicó con preferencia al Código de 1980, teniendo en cuenta precisamente el aspecto de favorabilidad que ahora reclaman los procesados.

Luego, lógico es concluir, que la pretendida anfibología en el auto de proceder, es inexistente y que la Corte tuvo en cuenta con prontitud y equidad la aplicación de la ley favorable, que ahora reclaman los procesados.

No encuentra en consecuencia la Corte, vicio o irregularidad alguna, que quebrante las garantías del debido proceso o el derecho de defensa y por ello, decidirá desfavorablemente la petición que ha originado este incidente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NIEGA la nulidad de lo actuado en este proceso.

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.

CAUSAL SEGUNDA

El desacuerdo entre el pliego de cargos y la sentencia en cuanto a las circunstancias de agravación, cuando los hechos han sido valorados en la primera providencia en una menor entidad, es suficiente para demostrar la causal segunda de casación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 117.

Bogotá, D. E., 10 de diciembre de 1986.

VISTOS

Por sentencia del doce (12) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986) la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga se condenó a Mauricio Martínez Martínez a la pena principal de dos (2) años de prisión como autor del delito de extorsión.

Presentado oportunamente el recurso extraordinario de casación fue declarado admisible, y ajustada la demanda interpuesta por el Fiscal 4º del mencionado Tribunal.

Escuchada la coadyuvancia de la demanda presentada por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, debe la Sala resolver lo pertinente luego de los siguientes

HECHOS

El veinte (20) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) un desconocido llamó a la residencia de Humberto Rueda Rey para exigir la suma de dos y medio millones de pesos ($ 2.500.000.00) so pena de correr peligro de muerte una pequeña criatura. En esa misma madrugada

se repitió la llamada, siendo en esta ocasión recibida por Jaime Rueda Díaz, hijo del anteriormente nombrado, dos días después nuevamente se repitió la llamada, ocasión en la cual la misma fue grabada de acuerdo a instrucciones recibidas de las autoridades. Al día siguiente se recibió la cuarta llamada, ocasión en la cual se dieron las indicaciones del sitio donde debería ser llevado el dinero.

Cumpliendo las instrucciones y nuevamente alertadas las autoridades el veintitrés (23) de agosto se dejó en el sitio indicado el paquete donde debería estar el dinero solicitado. A los pocos minutos llegó un individuo que luego de reconocer los alrededores recogió el paquete, para ser capturado poco después, el hoy procesado Mauricio Martínez Martínez.

Actuación procesal

Por auto del veintiséis (26) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) se abrió proceso penal.

Se dictó auto de detención por el delito de extorsión contra Mauricio Martínez Martínez el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

El veintidós (22) de octubre del mismo año se dictó auto de citación a audiencia contra el indagado por el delito de extorsión en grado de tentativa.

Por sentencia del dieciséis (16) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986) se dictó sentencia condenatoria contra el procesado por el delito de extorsión en grado de tentativa, imponiéndosele sanción de dieciocho (18) meses de prisión.

El doce (12) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986) se dictó sentencia de segunda instancia, por medio de la cual se confirmó la de primera, pero modificando la sanción a veinticuatro (24) meses de prisión, puesto que la condena se profirió por extorsión consumada y no tentada como se habían formulado los cargos en el auto de citación a audiencia.

La demanda de casación

Se plantean dos cargos contra la sentencia impugnada, uno al amparo de la causal primera, inciso primero y otro por la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

En relación con la causal segunda sostuvo el recurrente que en la sentencia impugnada se

"... incurrió en un grave error procedimental, que rompe la continencia de la causa, al condenar a Mauricio Martínez Martínez, a dos años de prisión, por el delito de extorsión consumada, cuando el pliego de cargos se formuló por tentativa adelantándose el debate en torno a esa figura sin modificación alguna, luego la sentencia que es una sola, se

repite, tenía que ceñirse estrictamente a ese juzgamiento, sin apartarse de él, irguiendo nueva tesis, que por más sabias y acertadas que sean, son violatorias del principio de la lealtad procesal, que también vincula al juez, que las hace inaceptables ante un debate juzgativo ya precluido con tránsito a cosa juzgada''.

En relación con la causal primera propuso violación directa de la ley sustancial, por errónea interpretación del artículo 355 del Código Penal, que originó la no aplicación del artículo 22 del mismo ordenamiento. Sus razonamientos fueron los siguientes:

''El concepto de la violación consiste en haberse dado en la sentencia una equivocada interpretación jurídica al verbo rector 'constreñir', que es un elemento sustancial en la valoración del hecho punible. Del alcance que se le dé a dicho verbo descriptivo de la acción comportamental, depende la tipicidad, la tentativa y la consumación.

El momento consumativo de la extorsión ha sido muy controvertido, no sólo en nuestro país, sino en derecho comparado. La Fiscalía impugnante, por razones de política criminal muy bien explicadas, fue cautivada por la doctrina del 'tipo de resultado cortado o anticipado', que califica el comportamiento extorsivo de 'mera conducta', sin tener en cuenta para los efectos de la consumación, la realidad objetiva del aprovechamiento patrimonial en detrimento del ofendido.

Sin embargo, como la honorable Corte Suprema de Justicia, que es la que tiene la misión de unificar la anárquica interpretación jurisprudencial, en sentencia de casación de fecha 8 de abril de 1986, apelando a la logicidad formal clásica del *intercriminis,* sostuvo que en la interpretación del artículo 355 del Código Penal, para los efectos de la tentativa o la consumación, había que estar a la realidad objetiva de la naturaleza pluriexistente de la acción que se dirige a la obtención efectiva de un provecho ilícito que al no alcanzarse obviamente deja la acción en la mitad del camino proyectado y consiguientemente en el campo de la tentativa, a ella hay que estar, no por sumisión, sino porque realmente consulta con tino los postulados de la realidad objetiva de la acción cumplida, que son imputables, a diferencia de las razones de política criminal invocadas, que por depender de factores psicoculturales están expuestas a modificaciones, lo que no ocurre con la doctrina de la Corte, cuyo rigor lógico jurídico, la hace justa y equitativa, en la sanción de quien logra el provecho y hasta el disfrute de lo ilícitamente obtenido, del que simplemente intenta obtenerlo, lo que sería injusto, antipático y violatorio de la ley, el sancionarlo con el mismo rigor, eso causaría la burla de los delincuentes que logran resultados millonarios, los cuales por lo regular, son los más avezados que no se dejan identificar, ni menos capturar''.

Y más adelante luego de citar reciente doctrina de la Corte sobre este punto:

''Demostrado en autos se encuentra que el justiciable dio principio a la ejecución del hecho tendiente a obtener la suma de dos millones y medio de pesos, mediante actos idóneos y equivocadamente dirigidos a obtener esa suma de dinero, consistentes en reiteradas llamadas amenazantes

a la casa de la víctima, sin que hubiese podido lograr el resultado por la oportuna intervención de las autoridades que le tendieron un operativo dándole captura después de recoger el aparente producto extorsivo, que fue lo que dejó el comportamiento, a la luz del artículo 22 del Código Penal, en grado de tentativa, disposición que no aplicó la sentencia impugnada, al considerarlo consumado interpretando erróneamente el artículo 355 del Código Penal.

Todo lo anteriormente expuesto, deja demostrada la causal primera de casación, inciso primero, por cuanto la sentencia impugnada interpretó erróneamente el artículo 355 del Código Penal, al darle un alcance que no tiene, y consiguientemente no aplicó el artículo 22 *ibidem* que consagra la tentativa plenamente demostrada en autos.

Como en este caso el prosperar la casación la Corte adquiere las facultades de juzgador de instancia que permite individualizar la pena, muy respetuosamente sugiero la sanción que legalmente le correspondería a Mauricio Martínez Martínez, de acuerdo con los artículos 355 y 22 del Código Penal, disposiciones aplicables: *dos años*, que es el mínimo estipulado en la norma básica, menos un año, que es la mitad prevista que puede ser reducida, al tenor del tipo amplificador, quedando la pena total a pagar en *un año*, que es la que solicita el Ministerio Público, en razón a que el justiciable carece de antecedentes judiciales y de policía, de trabajo y de toda fuente de fortuna, lo que pudo haber sido el estimulante que lo condujo a esa locura desprogramada y sin vestigio de peligrosidad para la vida y bienes del ofendido.

Con base en todas las anteriores consideraciones, respetuosamente, pido a la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador, CASE la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bucaramanga y en su lugar resuelva:

Condenar a Mauricio Martínez Martínez a la pena principal de *un año de prisión* y demás accesorias pertinentes''.

El concepto del Procurador delegado en lo penal

El Fiscal de la Corporación coadyuvó la demanda presentada por el Fiscal del Tribunal de Bucaramanga al sostener:

''La demanda de casación hace un estudio en donde con suficiencia y claridad se plantea la función procesal del auto de citación a audiencia, que es similar al del auto de proceder en el proceso ordinario. La Procuraduría comparte íntegramente los planteamientos del censor tanto desde la perspectiva de la función de dicha providencia como de los efectos que en el ámbito del principio de congruencia y de delimitación fáctica y jurídica del objeto procesal de la causa resulta prestando. El argumento traído por el Tribunal para desconocer las peticiones del fiscal en cuanto solicitó se confirmara la sentencia por tentativa, realmente no convence. La Procuraduría ha venido insistiendo en algunos conceptos emitidos con anterioridad al presente, que en Colombia se ha venido dando una trascendencia tal, al llamado espíritu del legislador, que ha terminado por

distorsionar los sistemas de hermenéutica y por establecer en Colombia una reserva de interpretación en favor de grupos de personas naturales que vienen interviniendo en la redacción de códigos a través de mecanismos de las facultades extraordinarias. Puede haber pretendido una comisión redactora en materia procesal la supresión de garantías vertebrales al juzgamiento; pero si legisló de modo incompleto o inconsecuentemente con su voluntad individual, no puede ser ella la llamada a llenar los vacíos de la legislación a través de artículos de índole académica, de foros y seminarios, como desafortunadamente para el país ha venido sucediendo. Y hemos presentado como tesis que rebate esta clase de argumentos aquélla en virtud de la cual el sentido de la ley suele ser aún más rico 'de lo que los legisladores habían pensado al elaborarla, si es que pensaron en algo...' (Karl, Engisch; Introducción al pensamiento jurídico, p. 118).

Y es que en verdad el problema que se produce con esta forma de interpretar la ley estriba en su peligro político, tanto porque afecta el principio de igualdad como el postulado de la seguridad jurídica, todo ello con desconocimiento de que la generalidad y abstracción de la ley son una necesidad de la sociedad democrática.

El sistema de juzgamiento en dos etapas tiene por objeto en la teoría procesal escindir el método de reconstrucción histórica del ejercicio del contradictorio. Por eso se delimitan sumario y juicio para que el uno concrete el objeto de la imputación en sus contornos de hecho y de juri, y para que el otro permita el debate sobre el juicio de reproche. Esas dos etapas se reconocen porque entre ambas media un acto jurisdiccional que no se explica existente si no tuviese esa función delimitadora, esa función de garantía. El procedimiento para juzgar los delitos de extorsión, como el que rige en general en los juicios de tipo abreviado, no se sale de ese esquema. Poco importa cómo se denomine por el legislador el respectivo acto jurisdiccional. Desconocer la función de tal acto es llevar al ámbito de lo civil lo que es propio de la guerra; y eso, sencillamente, nos parece intolerable en un estado de derecho.

Por estas razones la Procuraduría plantea a la honorable Corporación unas breves consideraciones que de cierta manera coadyuvan y amplían la petición que formula el Fiscal 4º del Tribunal Superior de Bucaramanga cuando depreca que sea casada la sentencia. Y aunque se aparta de la Corte en su tesis de que esta clase de hechos deben ser calificados como tentativa, acepta que por fuerza del principio de legalidad que rige el ordenamiento, y de la función de garantía que es necesario deducir del pronunciamiento penal, la sentencia no puede rebasar un planteamiento beneficioso al reo que, aún siendo equivocado, adquirió firmeza material y formal, se convirtió en ley de proceso, y no puede ser desconocido sino a través del instituto de la nulidad que para este tipo de eventos no resulta procedente.

Por eso mismo, porque no se comparte la posición de la honorable Corporación sobre el delito tentado de extorsión, no resulta procedente la ampliación de la demanda en cuanto al segundo cargo relativo a la violación directa de la ley sustancial y concretamente de los artículos 22 y 355 del Código Penal".

LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA

En la demanda se presenta primero el cargo correspondiente a la causal segunda, debiendo entonces la Sala respetar el orden propuesto por el censor y en tales circunstancias se debe proceder a hacer un análisis del cargo presentado en primer lugar. *Sostiene el demandante que la sentencia se dictó en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, porque el juez competente al tenor del contenido del artículo 14 de la Ley 2ª de 1984, dictó auto de citación a audiencia, formulándole cargos al procesado por el delito de extorsión en grado de tentativa, mientras que el Tribunal en segunda instancia desconoció la formulación jurídica presentada como cargos en el auto de citación a audiencia, al agravar la penalidad impuesta por el de primera instancia, puesto que rechazó la extorsión en grado de tentativa y condenó por el delito de extorsión consumada.*

Es evidente como lo sostiene el censor que dentro del procedimiento especial contemplado en la Ley 2ª de 1984 no existe auto de proceder, que es reemplazado por uno similar denominado auto de citación a audiencia, que desde el punto de vista de los requisitos formales y sustanciales debe regirse por lo dispuesto en los artículos 76 y 79 del Decreto 522 de 1971. Si bien la denominación es diversa, ha de concluirse que se trata de dos autos muy similares, porque mediante ambos el Estado formula los cargos a la persona justiciable para que en el período de la causa se defienda de los mismos y por ello en este tipo de procesos especiales, o en los que corresponden a la jurisdicción militar, el auto de citación a audiencia o el auto de convocatoria a consejo de guerra se identifican y entre ellos y la respectiva sentencia debe existir acuerdo y correspondencia, porque de no ser así se quebranta la relación lógica que debe existir en el proceso de causa a efecto entre los cargos formulados y la sentencia condenatoria producida, con el intermedio de las argumentaciones defensivas planteadas en el debate público, referidas de manera necesaria a las acusaciones formuladas en el pliego de cargos. Esa armonía que se requiere entre una y otra decisión jurisdiccional, es la que garantiza que en la sentencia se resuelva en relación con los hechos que se tuvieron en cuenta en el pliego de cargos y con la calificación jurídica que a ellos se le dio; lo contrario significaría el tener que aceptar que sería posible que se dictara sentencia por hechos o calificaciones jurídicas diversas a las contenidas en el auto por el cual se abrió causa criminal.

No comparte la Sala la argumentación que hace la Corporación de instancia en la sentencia cuyo quebranto se pretende con la censura, cuando se sostiene que, al modificar en la sentencia la calificación de extorsión tentada a consumada, no se desconoció el derecho a la defensa, porque los hechos desde el punto de vista naturalístico fueron los mismos y que la calificación jurídica es secundaria puesto que lo que juzga es la imputación fáctica; y no se comparte el anterior criterio, porque en tratándose de unos mismos hechos, la diversa calificación jurídica es fundamental para realizar la tarea defensiva y es aún de mucha mayor trascedencia cuando los asuntos son valorados jurídicamente en el auto de cargos con calificaciones de menor entidad, porque es evidente que la intensidad de la defensa se

realiza en consonancia con los cargos existentes y la modificación de los mismos en el momento de la sentencia deja sin posibilidades y recursos defensivos a quien se preparó y defendió de cargos de menor entidad.

La Corte, ha sostenido este último criterio, obviamente en discordancia con lo argumentado por el Tribunal de instancia porque siendo unos mismos los hechos, pero diversas las calificaciones en cuanto a los agravantes por ejemplo, se ha sostenido que el desacuerdo entre pliego de cargos y sentencia, es suficiente para dar por demostrada la causal segunda de casación por desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia. En providencia de nueve (9) de junio de mil novecientos sententa y ocho (1978) se dijo:

"No cabe duda alguna que la censura responde a la realidad procesal, pues el fallador de segunda instancia, por acción, incurrió en incongruencia relativa de carácter sustancial al dictar sentencia en desacuerdo con el pliego de cargos, por haber imputado contra el procesado circunstancias específicas de agravación que en forma expresa no se le imputaron allí, ni se probaron en la causa".

"Justamente la causal segunda tiende a mantener la estructura jurídica del proceso dentro de una armonía conceptual rígida, para garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa y para evitar que el sentenciador sorprenda a las partes con determinaciones inesperadas, no previstas en el auto enjuiciatorio o no comprendidas por el veredicto del jurado.

"Si en este caso, como queda demostrado, el Tribunal quebrantó las reglas básicas del juzgamiento, por este modo, rompió la lealtad procesal que le imponen la Constitución y la Ley, su decisión debe ser invalidada en lo pertinente".

Criterio similar se sostuvo en sentencia del veintiséis (26) de febrero de mil novecientos ochenta, al sostenerse:

"Es indudable que auto de proceder y sentencia se encuentren en relación de causa a efecto. Bajo esta premisa, forzosamente hay que concluir que los cargos que se concretan en el auto de proceder tienen que ser los mismos que se definen en la sentencia. Entonces, cualquiera que sea el resultado del debate probatorio que se suscita en la causa, la sentencia debe considerar cada uno de los cargos formulados en el auto de proceder y todos aquellos que aparezcan en esa etapa del proceso para declararlos probados o improbados, según el caso.

En consecuencia:

La impugnación se funda en que la relación lógica y jurídica entre el auto de proceder y el fallo se quiebra, rompiéndose la estructura básica del proceso, y como lo señala la Corte, descansa en la garantía del ejercicio pleno del derecho de defensa al evitar, por este medio extraordinario, que el sentenciador sorprenda a las partes con determinaciones inesperadas no previstas en el auto enjuiciatorio, no surgidas en el debate probatorio de la causa o no comprendidas en el veredicto del jurado".

Es entonces evidente que si la formulación de los cargos fue por el delito de extorsión tentada, al condenarse en segunda instancia por el mismo delito pero consumado, se afectó esa estructura lógica entre los cargos y la sentencia y por tanto ha de concluirse que se da plenamente la causal segunda de casación por existir desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia.

En las condiciones anteriores el cargo ha de prosperar y en consecuencia se debe dictar el fallo de reemplazo.

En segundo lugar el censor plantea la causal primera, inciso primero del artículo 580, al considerar que en la sentencia se violó de manera directa la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 355 del Código Penal, que generó la no aplicación del artículo 22 del mismo estatuto, pero habiendo prosperado el cargo presentado en primer lugar no tiene sentido, ni efecto práctico de ninguna naturaleza que la Sala hiciera su análisis y por esta circunstancia se abstendrá de hacer cualquier consideración en relación con él.

Debiéndose dictar el fallo que debe reemplazar al que se ha casado, deberá hacerse la correspondiente tasación punitiva en relación con el cargo formulado en el auto de proceder. La extorsión definida en el artículo 355 del Código Penal señala una pena de dos a diez años de prisión.

En la sentencia de primera instancia dedujo como causal de agravación la prevista en el inciso segundo del artículo antes citado, cuando la amenaza extorsiva se hace consistir en ejecutar acto del cual pueda derivarse calamidad, infortunio o peligro común, pero esta agravación deducida en la sentencia de primera instancia fue equivocada en criterio de la Sala, porque se ha de entender el contenido del inciso mencionado cuando las amenazas extorsivas se dirigen a la realización de un acto que afecte simultáneamente a varias personas; y no a otra conclusión se puede llegar si se verifica que en el Diccionario de la Academia el significado del vocablo calamidad: "Desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas"; conclusión interpretativa que se reafirma con las expresiones gramaticales utilizadas a continuación, esto es: "infortunio o peligro común".

Si se tiene en cuenta que en la denuncia se dice que "En la llamada se nos amenazó, en que si no cumplíamos con tal exigencia correría peligro de muerte una pequeña criatura que creo que pueda ser mi sobrino que está ahí con nosotros" circunstancia que es ratificada en el testimonio de Carlos Humberto, Luisa Alexandra y Janeth Rueda Díaz, se ha de concluir que la tasación de la pena imponible al procesado debe ser la mínima prevista para la infracción, esto es dos años, disminuida en la mitad por tratarse de una tentativa, pero aumentada en ocho meses más teniendo en cuenta las causales de agravación punitiva previstas en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 66 del Código Penal, pues es evidente que actuó por motivos innobles, por el modo de ejecución del hecho que revela una mayor insensibilidad y por la preparación ponderada que este tipo de ilícitos requiere.

La pena definitiva a imponer será de veinte (20) meses y se negará la concesión de la condena condicional por la gravedad de la ilicitud. Se

lo condenará por el mismo período a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Se lo condenará igualmente al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, esta condenación se hará en abstracto por no haberse hecho un avalúo de los mismos.

Son suficientes las consideraciones anteriores, 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:

PRIMERO: CASAR parcialmente la sentencia condenatoria, dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga contra Mauricio Martínez Martínez como responsable por el delito de extorsión consumada.

SEGUNDO: CONDENAR a Mauricio Martínez Martínez a la pena principal de veinte (20) meses de prisión como responsable del delito de extorsión, en grado de tentativa por la cual ha sido llamado a juicio (artículos 355 y 22 del Código Penal).

TERCERO: CONDENAR a Martínez Martínez a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

CUARTO: CONDENAR a Martínez Martínez al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, condenación que se hace en abstracto por no haberse avaluado los mismos.

QUINTO: NO CONCEDER la condena de ejecución condicional.

SEXTO: DÉSE cumplimiento a las previsiones de los artículos 668 y 677 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto me permito disentir del voto de la mayoría con relación al alcance que se le pretende dar a la causal segunda de casación, por las razones siguientes:

1. Según el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, habrá lugar a casar una sentencia cuando ella "no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Este numeral ha sido interpretado por la Corte tradicionalmente en el sentido de que entre el auto de proceder en todos sus elementos (parte motiva y parte resolutiva) y la sentencia, debe existir una clara correspondencia. En algunos fallos se ha aceptado la tesis de que durante la etapa probatoria del juicio pueden variar algunas circunstancias modificadoras del delito, aunque la tendencia general es la de que dichas circunstancias no pueden ser más gravosas para el procesado, pues ello vulneraría el derecho de defensa de éste. En el presente fallo se dice textualmente:

"Esa armonía que se requiere entre una y otra decisión jurisdiccional (entre el auto de proceder y la sentencia, aclaramos), es la que garantiza que en la sentencia se resuelva en relación con los hechos que se tuvieron en cuenta en el pliego de cargos y con la calificación jurídica que a ellos se les dio; lo contrario significaría el tener que aceptar que sería posible que se dictara sentencia por hechos o calificaciones jurídicas diversas a las contenidas en el auto por el cual se abrió la causa criminal".

Nosotros consideramos que esta interpretación tan restringida y formalista no tiene asidero en el pensamiento del legislador cuando se elaboró la norma, y no tiene tampoco razón de ser en el momento actual, en el que el derecho está superando la etapa del formalismo jurídico para orientarse más a la búsqueda de soluciones concretas a los conflictos sociales.

2. Uno de los puntos que suscitó un debate amplio entre los miembros de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, fue precisamente la forma como se debería redactar el auto de proceder, y las implicaciones que dicha redacción tendría sobre el desarrollo futuro del proceso. Vamos a referirnos en particular a lo concerniente a la calificación del delito y a la determinación de las circunstancias especificadoras del mismo, que es el punto que nos interesa en este momento.

El doctor Timoleón Moncada, ponente del artículo correspondiente, presentó a la Comisión para su estudio el siguiente texto: "Artículo. El auto de proceder contendrá una parte motiva y otra resolutiva. La motiva debe contener: (...) 3. La definición del hecho punible que se pretende imputar al procesado con todas las circunstancias que lo especifiquen, y la indicación de las disposiciones legales que se estimen violadas".

Al entrar a discutir este numeral se hicieron algunas observaciones sobre la expresión "se pretende imputar", cuyo análisis no nos interesa en este momento, para entrar luego a estudiar lo relacionado con la definición del delito y de sus circunstancias especificadoras. Aunque es un poco extensa, creemos de la mayor importancia transcribir la parte correspondiente a este debate:

"*Doctor Escallón.* Pero se le imputa precisamente para que pueda defenderse de ella; si la desvanece, no se le deducirá la responsabilidad inherente; si, al contrario no la desvirtúa, entonces será responsable.

"Hay otro aspecto del artículo que me parece sumamente peligroso: es el de obligar a citar todas las disposiciones legales que se consideren violadas en la parte motiva del auto de proceder.

"*Doctor Moncada.* Porque el auto de proceder no es otra cosa que el cargo o conjunto de cargos que la sociedad formula al procesado: esto supuesto, me parece que la más elemental equidad impone que la sociedad deba proceder con absoluta lealtad en este sentido, es decir, que de una vez debe concretar claramente cuáles son esos cargos, y para ello, como es obvio, una cuestión muy importante es la de citar todas las disposiciones legales que se consideren violadas.

"*Doctor Escallón.* Esta parte está íntimamente relacionada con la frase anterior del inciso 'con todas las circunstancias que lo especifiquen'. Como recordará el doctor Moncada, en sesión anterior se discutió largamente el punto de lo que debía contener el auto de proceder, tanto en su parte motiva y en su parte resolutiva; entonces la Comisión no llegó a ningún acuerdo, y por solicitud del mismo doctor Moncada se dejó el problema para cuando se llegara al presente capítulo.

"Con el fin de que aclaremos las ideas, yo le hago esta pregunta al doctor Moncada: ¿Qué efecto produce en la organización del juicio el que las circunstancias de que habla el inciso se mencionen en la parte motiva y no se mencionen en la parte resolutiva?

"*Doctor Moncada.* Lo que pretendo ante todo es que el procesado sepa claramente de cuáles cargos tiene que defenderse. La mención de las circunstancias en la parte motiva tiende a eso: a orientar al procesado sobre los puntos de que deberá defenderse.

"*Doctor Escallón.* Supongamos que se ha seguido una investigación por un delito de homicidio, y en el auto de proceder no se menciona para nada la premeditación, es decir, hasta allí el homicidio aparece como simplemente voluntario. Luego, en el curso del juicio, por pruebas del Fiscal o de la parte civil, la premeditación queda clarísimamente demostrada. Según el inciso que se discute, querría decir que sería necesario dictar un nuevo auto de proceder, en cuya parte motiva se mencionara la circunstancia de la premeditación.

"En este momento llega a la sesión el doctor Jorge Eliécer Gaitán, quien, como se informó en el acta anterior, fue nombrado nuevamente como Vocal de la Comisión, en reemplazo del doctor Luis Rueda Concha. El doctor Moncada explica brevemente al doctor Gaitán el problema que se discute, y continúa así:

"*Doctor Moncada.* En mi concepto, es en la investigación donde deben quedar comprobados todos los elementos y circunstancias del delito que se investiga. No es en el juicio. De esta investigación deben desprenderse las diferentes circunstancias en que fue cometido el hecho delictuoso, y la sociedad debe proceder con absoluta y entera lealtad respecto del procesado, diciéndole en el auto de proceder cuáles son, en concepto de ella, las circunstancias que arroja la investigación que ha verificado. De modo que si en dicha investigación no aparece por parte alguna la premeditación, y ésta, por lo tanto, no se menciona en el auto de proceder, debe quedar definitivamente excluida, por ese solo hecho, del debate en el juicio, y no podrá proponerse, por ejemplo, al jurado. Proceder en forma distinta constituiría una deslealtad clarísima, un verdadero asalto al procesado.

"*Doctor Escallón.* Pero tiene esa tesis el inconveniente gravísimo de restringir demasiado el debate judicial. Para efectos de hacerlo un poco amplio, en todas las legislaciones de hoy se dictamina que el auto de proceder sólo debe hacer la calificación genérica del delito, no la especial. En otros términos, se hace la distinción de que ya en otra ocasión trató la Comisión, o sea, entre elementos constitutivos del delito y circunstancias del mismo.

"*Doctor Moncada.* En la parte resolutiva del auto de proceder, estoy de acuerdo. Y esto lo propongo en mi artículo. Pero en la parte motiva debe hablar de las circunstancias.

"*Doctor Escallón.* Pero entonces se incurre en una palpable contradicción. Porque al mismo tiempo que se restringe mucho la parte motiva, no se restringe la resolutiva.

"*Doctor Gaitán.* ¿Y cuál es la ventaja que el doctor Escallón encuentra en que no se mencionen las circunstancias del delito en la parte motiva del auto de proceder?

"*Doctor Escallón.* Que se sigue un ordenamiento técnico en las diversas etapas del proceso. La división generalísima entre elementos constitutivos del delito y circunstancias del mismo, trae como consecuencia que en el auto de proceder sólo deben mencionarse los primeros, no las segundas. El delito se define en su género, por la denominación del capítulo; después del término probatorio, al Jurado se le someterá en el cuestionario estos mismos elementos, y, además, las circunstancias específicas, o sea, aquellas expresadas en los distintos artículos del capítulo del Código Penal por el que se llamó a juicio. Aun faltarían todavía las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, mencionadas no en el capítulo especial, sino en la parte general del Código Penal; respecto de ellas, tendremos que estudiar si se dejan al Juez de derecho o se dan también al Juez de hecho.

"Pero me parece que en otra forma la restricción de los límites del debate judicial lo haría francamente estrecho. Supongamos el caso de la premeditación que antes planteaba: no habiéndose mencionado ella en el auto de proceder y apareciendo luego en el término probatorio del juicio, si aquí exigimos que el delito se defina con todas sus circunstancias, es claro que luego la premeditación, aun plenamente demostrada, no podría proponerse al Jurado y se haría necesario un nuevo auto de proceder por homicidio con premeditación.

"El juicio se abre a prueba para que la investigación se modifique en pro o en contra. Pregunto yo al doctor Moncada: el artículo que propone, exige la mención de todas las circunstancias; ¿quiere esto decir que la circunstancia que no se mencione en el auto de proceder no puede luego proponerse al Jurado?

"*Doctor Moncada.* Como he dicho, lo esencial en este caso es que la sociedad proceda lealmente, que concrete de una manera clara cuáles son los cargos que hace.

"*Doctor Rey.* Yo encuentro perfectamente lógico lo propuesto por el doctor Moncada, pero ignoro si estemos de acuerdo en cuanto a la conclu-

sión que se desprenda del inciso discutido. Me parece muy acertado que en la parte motiva se mencionen las circunstancias y que en la resolutiva se califique únicamente por el género: ¿con qué objeto? Lo primero, para que la sociedad diga cuáles son los cargos que hasta ese momento se desprenden en contra del procesado, lo cual no quiere significar que en el curso del juicio no se pueda probar que fueron otras muy distintas las circunstancias en que se cometió el hecho. Tanto el Fiscal como el defensor podrán probar que son distintas esas circunstancias, de las previstas en la parte motiva del auto de proceder. Lo segundo, para circunscribir los límites dentro de los cuales, se desarrollará el debate judicial, determinando el delito en su género.

"*Doctor Gaitán.* Encuentro razones de lado y lado. La manera como está redactado el inciso puede prestarse a interpretarlo en una forma que dé lugar a algunas de las objeciones propuestas por el doctor Escallón. Considero que desde el momento en que el artículo habla de 'todas las circunstancias', significa que posteriormente no se le podrá agregar ninguna, lo que evidentemente no podría aceptarse. El problema, por este aspecto, estriba en el empleo de la palabra 'todas'.

"Pero, al mismo tiempo, el doctor Moncada tiene razón al mencionar la lealtad con que la sociedad debe proceder en la formulación de los cargos al procesado. Y pongo el mismo caso de la premeditación o de circunstancias de asesinato. Supongamos que en el auto de proceder para nada se haya hablado de la premeditación, la cual, como es claro, es una circunstancia del delito; bien, ¿la premeditación, en realidad, agrava la pena enormemente? Claro que sí, porque se traduce en un aumento considerable de los años de presidio que debe cumplir el procesado.

"El Juez que calificó el sumario, bien por descuido o por cualquier otra circunstancia, no la mencionó en el auto de proceder, ni en su parte motiva, ni en su parte resolutiva; el defensor, que no la ve incluida en dicho auto, como es natural, no se preocupa de ella, ni produce ninguna prueba para desvirtuarla. Viene luego el cuestionario y el Juez resuelve incluirla en el cuestionario al Jurado: ¿cuál es el tiempo que se da al abogado para defenderse de esa circunstancia? Ninguno, y tenemos entonces que se ha suprimido para el procesado un medio de defensa preciso. El término probatorio ha perdido su finalidad esencial, puesto que él se ha destinado más para el procesado que para el Fiscal.

"Por las razones anteriores, pido que el inciso se modifique en el sentido de suprimir el vocablo 'todas' y de agregar a 'circunstancias' la palabra 'conocidas'. O sea, que el inciso quede en la siguiente forma: 'La calificación del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen'.

"*Doctor Escallón.* Yo aceptaría esa fórmula con tal de agregar después de calificación la palabra 'genérica'.

"*Doctor Moncada.* Muy bien. Pero insisto en que en el auto de proceder no se puede hablar todavía de 'imputación'; apenas se pretende imputar".

La fórmula acordada finalmente fue la siguiente: "3. La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen". Es precisamente esta redacción la que hoy está vigente.

Como se puede observar, la fórmula formal y rígida del ponente, doctor Timoleón Moncada, no fue acogida por la Comisión. Dentro del numeral aprobado y actualmente vigente hay dos planteamientos un tanto disímiles, que son los siguientes: El del doctor Gaitán, según el cual en el auto de proceder deben consignarse todas las circunstancias conocidas hasta ese momento, sin perjuicio de que durante el plenario se puedan agregar otras, sean o no favorables para el procesado. El del doctor Escallón, para quien en la parte motiva del auto de proceder sólo deben incluirse los elementos constitutivos del delito, que son precisamente los que dan el soporte empírico al tipo delictivo que se incluirá en la parte resolutiva en forma genérica, pues las circunstancias que lo especifican no deben aún ser incorporadas a la providencia. De modo pues que aun siguiendo las reglas más ortodoxas de la interpretación exegética se llega a la conclusión de que no es adecuada la doctrina formal y rígida que sostiene la Corte en la actualidad.

3. El derecho es un instrumento para la solución de los conflictos que una sociedad tiene en un momento histórico determinado, y no un conjunto de postulados metafísicos que deben ser aceptados en su rigorismo formal, así sus efectos sean contrarios a la problemática que pretenden resolver. Este principio es todavía más válido para el derecho procesal, cuya función es, por mandato del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil aplicable al derecho penal, la de garantizar la eficacia del derecho material.

El derecho procesal constituye el desarrollo de una serie de garantías encaminadas no sólo a tutelar los derechos de los sindicados, sino también los de la sociedad y los de las víctimas del delito. Cualquiera interpretación de sus normas debe tener como pauta de acierto la eficacia en el logro de estos objetivos, los que constituyen la razón misma de su existencia.

En el caso concreto, la norma que erige en causal de casación la discordancia entre el auto de proceder y la sentencia debe entenderse circunscrita a los elementos constitutivos del delito enunciado en forma genérica en la parte resolutiva de la providencia, y a la manera como el procesado ha sido llamado a responder en juicio (como autor o partícipe, o por determinado delito de entre los varios que pueden haber sido materia del proceso). En otras palabras, debe entenderse delimitada por los aspectos jurídicos contenidos en la parte resolutiva de la providencia en cuanto al tipo delictivo y participación en el hecho delictuoso.

De lo contrario, ¿qué sentido tiene abrir el juicio a pruebas si no se puede modificar lo que ya está dicho en el auto de proceder? Se dirá que esa etapa probatoria está establecida únicamente en favor del procesado para que aporte la prueba encaminada a desvirtuar los cargos que en aquél se le formulan, de tal manera que la sentencia debe orientarse a analizar si lo fueron o no, pudiendo el Juez tener en cuenta únicamente los que apunten en esta dirección.

Esta interpretación no es ni siquiera compatible con el sistema acusatorio del derecho anglosajón, en donde la investigación se hace a espaldas del sindicado, y en donde el juicio se inicia con la formulación de los cargos a éste, y de las pruebas en que ellos se apoyan, pues allí la sentencia puede estar totalmente en discordancia con dichos cargos. Si ello es así en el sistema acusatorio, con menos razón puede considerarse que en el sistema inquisitivo que preside nuestro procedimiento penal los cargos que se formulan en el auto de proceder son absolutamente rígidos. En nuestro derecho el sindicado conoce los hechos y las pruebas que obran en su contra desde cuando se le vincula a la investigación, y continuamente está haciendo uso de su derecho de defensa controvirtiendo las pruebas y pidiendo la práctica de las que se encaminen a desvirtuar las que lo perjudiquen. El proceso no es sólo la acusación que formula el Estado a un posible infractor, sino la búsqueda de la verdad material hecha simultáneamente, y a través de todo su desarrollo, por el Juez, el sindicado con su apoderado o defensor, los perjudicados con la infracción con sus apoderados, y el Ministerio Público, búsqueda que se prolonga a lo largo de toda la actuación.

En el proceso se hacen varias aproximaciones sucesivas al tipo delictivo y a los responsables a fin de definir competencias y viabilidad de ciertas medidas procesales, como son las formuladas en el auto cabeza de proceso, en el de detención y en el calificatorio, hasta llegar a la sentencia, en donde deben estar completamente definidos el delito cometido con todas sus especificaciones, y los autores y partícipes del mismo, con las circunstancias personales que modifiquen su responsabilidad.

Dentro de este proceso de definición progresiva el auto de proceder tiene como función establecer el tipo delictivo en su denominación genérica, y la forma como se vinculan a él los posibles autores y partícipes, y son estas definiciones las que se consignan como definitivas en la parte resolutiva de la providencia. Las consideraciones que integran el cuerpo de la parte motiva mantienen su carácter precario, pues sobre ellas sigue produciéndose el debate probatorio, previsto no sólo en favor del sindicado, sino también en favor de la víctima y de la sociedad, pues estamos dentro de un sistema inquisitivo en el cual predomina la búsqueda de la verdad material sobre la formal.

La doctrina de la equivalencia formal entre la sentencia y el auto de proceder, y entre éste y el cuestionario en los juicios con jurado que para los efectos que aquí se analizan son iguales, ofrece también dificultades prácticas insalvables. En efecto, si un Juez omite mencionar alguna circunstancia especificadora del delito en el auto de proceder, ni él mismo en la sentencia, ni el superior en la revisión de ésta, podrían incorporarla a su decisión porque ella se haría casable. Este solo planteamiento muestra lo equivocado de esta rigidez formal, y su contradicción con la funcionalidad que debe orientar la interpretación de las normas procesales.

4. Se arguye que esta delimitación interpretativa reduce la causal segunda de casación al fenómeno contemplado como causal de nulidad en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (errónea denominación jurídica de la infracción), haciéndola inútil. Esto no es cierto, por dos razones:

En primer lugar, la errónea denominación jurídica de la infracción en el auto de proceder implica la discordancia entre ésta y los supuestos fácticos que estén debidamente establecidos en el momento de la calificación, y no con los que se prueben durante la etapa del juicio. Si al calificarse el mérito del sumario aparece probado que quien se apropió del bien mueble ajeno lo tenía a título no traslaticio de dominio, la denominación jurídica que se debió dar a estos hechos en la parte resolutiva del auto vocatorio debe ser la de abuso de confianza; pero si durante el juicio se demuestra que lo tenía en su poder porque indujo a la víctima en error mediante artificios o engaños, posiblemente habrá variado un elemento constitutivo de la infracción, y no sería posible dictar una sentencia sobre supuestos fácticos distintos de los establecidos en el auto de proceder. Aquí operaría ampliamente la causal de casación analizada.

Igualmente operaría la causal de casación por discordancia entre la sentencia y el auto de proceder cuando alguien fuera condenado como cómplice habiendo sido llamado a juicio como coautor, o viceversa, o cuando a alguien se le deduce responsabilidad por varios de los delitos investigados en un mismo proceso, cuando sólo había sido llamado a juicio por uno de ellos, eventos éstos que no están contemplados como causales de nulidad en el artículo 210 antes mencionado.

Consideramos útil aclarar, sin embargo, que en nuestra opinión no es necesario esperar hasta el trámite del recurso de casación para buscar la forma de subsanar las posibles discordancias entre la sentencia y el auto de proceder por factores omitidos o sobrevinientes, pues el Juez debe declarar la nulidad por razón de fallas en el debido proceso, ya que dentro del sistema inquisitivo que nos rige, él no sólo tiene la responsabilidad de velar por el oportuno impulso procesal, sino también la de precaver o subsanar las irregularidades que afecten su adecuado desarrollo.

5. Es posible que la segunda causal alegada por el censor hubiera prosperado, teniendo en cuenta las últimas jurisprudencias de la Corte sobre la tentativa en el delito de extorsión, pero como ella no fue objeto de análisis por la Sala, no puedo compartir la decisión adoptada con fundamento en la causal a que se refiere este salvamento de voto.

Bogotá, D. E., 12 de diciembre de 1986.

Jaime Giraldo Angel
Magistrado.

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Emergencia judicial.

Para que se pueda dar aplicación al artículo 5º de la Ley 22 de 1980, el funcionario debe hacer un juicio sobre el material probatorio existente y concluir si hay mérito para dictar auto de detención.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 117.

Bogotá, D. E., 10 de diciembre de 1986.

VISTOS

Se conoce del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (marzo 5 de 1985), mediante la cual se le impuso a Hernando Morales Vivas, por el delito de "concusión", la pena de treinta y seis (36) meses de prisión, así como las accesorias de ley.

La procedencia de la impugnación se reconoció en auto de marzo cuatro del año en curso y la demanda fue admitida, como ajustada a derecho, en proveído de catorce (14) de mayo del susodicho año.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Así los consigna la Delegada:

"Cuentan los autos que Hernando Morales Vivas, en su condición de funcionario de la Aduana, venía exigiendo dinero en forma reiterada a guardas de esa institución cuando ellos regresaban de alguna misión a la que él los enviaba, prodigando además instrucciones al personal subal-

terno, relacionadas con el paso de mercancías de contrabando, mediando el pago de sumas de dinero".

"Igualmente se señalaron hechos relacionados con exigencias indebidas de dinero al personal bajo su dirección, como condición para el relevo a sitios claves en el manejo del contrabando".

"Avocada la instrucción por el Juzgado 91 de Instrucción Criminal, el sindicado Hernando Morales Vivas fue oído en diligencia de indagatoria el 21 de noviembre de 1978, resolviéndose su situación jurídica en auto en donde no se encontraron reunidos los requisitos para decretar su detención preventiva".

"Mediante auto del 23 de mayo de 1979, el Juzgado del conocimiento (25 Penal del Circuito) sobreseyó en forma temporal al sindicado Morales Vivas. En la etapa de reapertura de la investigación fue resuelta negativamente una solicitud presentada por el agente del Ministerio Público, en relación con la expedición de medida preventiva contra el procesado, con fecha octubre 22 del mismo año".

"Sin que la anterior situación hubiese sufrido variación alguna, la investigación fue cerrada el 19 de septiembre de 1980, calificándose el mérito del sumario, el 29 de octubre del mismo año, con un segundo sobreseimiento temporal".

"Con fecha 3 de marzo de 1981 y encontrándose en consulta la decisión de primera instancia, el apoderado del implicado presentó un memorial del siguiente tenor:

"...comedidamente solicito al señor Magistrado ordenar el cese de todo procedimiento contra mi patrocinado, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, en razón a que el mismo fue indagado hace más de dos (2) años y en esa ocasión, como ahora, no existe la prueba para decretar su detención, ni ha existido mérito para llamarlo a juicio".

"El Magistrado Sustanciador, en auto del 6 de marzo del mismo año consignó en relación al pedimento transcrito, concretamente lo siguiente:

"Cuando se recibió el anterior memorial del doctor Fermín Ospina Torres, ya se había registrado el proyecto, como consta en las respectivas actas y estaba en discusión de la Sala respectiva. Como hoy fue aprobado el proyecto, estése a lo resuelto en Sala".

"En esa misma fecha (6 de marzo de 1981), fue revocado por el Tribunal Superior, el segundo sobreseimiento temporal recaído en favor del procesado y residenciado en juicio por los delitos de concusión múltiples y cohecho".

"Rituada la etapa de la causa, el juzgador de instancia profirió sentencia de primer grado en la cual se condenó al enjuiciado a la pena principal de 27 meses de prisión, decisión modificada por el *ad quem* al elevar el *quantum* punitivo a 36 meses de prisión, sentencia impugnada ahora en sede de casación".

La demanda

Así la resume el Agente del Ministerio Público:

"Acusa la sentencia por haberse dictado en juicio viciado de nulidad de carácter jurisprudencial e invoca, en consecuencia, la causal cuarta de casación, consagrada en el artículo 580, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal".

"Concreta la impugnación por inobservancia del principio de favorabilidad, en el hecho de que el Tribunal Superior omitió en su oportunidad dar aplicación al artículo 5º de la Ley 22 de 1980, inciso 2º normatividad vigente para la época en que se solicitó y que resultaba evidentemente favorable a los intereses del procesado, como quiera que hubiera permitido la cesación de procedimiento, en virtud de haber transcurrido más de dos años desde que el sindicado fuera escuchado en diligencia de indagatoria, sin haberse proferido en su contra auto de detención, circunstancia que ciertamente constituyó conculcamiento manifiesto de los derechos civiles y garantías sociales, consagrados en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

"El demandante desarrolla el cargo precisando que transcurridos más de dos años y cuando consecuentemente se encontraba consolidado el derecho de la cesación extraordinaria pretendida por el procesado, tal pedimento fue desechado por el Tribunal de instancia sin impartirle el trámite correspondiente, pretextándose el registro de la ponencia del auto de proceder, circunstancia que por ningún motivo tendría la facultad de hacer nugatorio el derecho, por cuanto el lapso previsto por la ley de emergencia judicial para la ocurrencia del fenómeno invocado, había transcurrido en exceso y sólo procedía entonces como sanción a la ineficacia judicial, la declaratoria de cesación del procedimiento".

"Tal omisión a criterio del recurrente, quebrantó el esquema rector que debía regir el proceso, por manera que el juzgamiento y la sentencia en esta forma producidos resultan viciados de nulidad, imponiéndose por lo tanto tal declaratoria por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia".

"Luego de otros planteamientos tendientes a demostrar la razón que le asiste, solicita la infirmación del fallo".

Consideraciones de la Corte y del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

1º Ciertamente que, la demanda de casación, invoca como su fundamento una nulidad de rango constitucional, por violación del principio de favorabilidad. Se trata, pues, de que el censor solicita la aplicación ultractiva de una ley temporal por resultar ella más favorable a los intereses del procesado. Este principio sobre vigencia de la ley en el tiempo, verdaderamente, como lo anota la Delegada, consulta la equidad y la justicia, "en cuanto permite que los efectos benéficos de la ley se extiendan aún después de su fenecimiento, por cuanto de tal manera cumple cabalmente la finalidad para la cual fue creada".

2º La Ley 22 de 1980, cuya vigencia se inició el 30 de septiembre del mismo año, dejando de regir el 12 de abril de 1982, dispuso en su artículo 5º:

"Los procesos en que hayan transcurrido más de dos (2) años de iniciada una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables, el juez ordenará cesar todo procedimiento mediante auto interlocutorio y archivará el expediente, siempre que se trate de delitos cuya pena máxima imponible en la respectiva disposición penal sea inferior a ocho (8) años".

"Así mismo cuando transcurridos más de dos (2) años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva 'o esta hubiere sido revocada', el Juez procederá de oficio, y sin el previo concepto del Agente del Ministerio Público, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado".

3º Y, al respecto apunta la Delegada:

"Los anteriores presupuestos que difieren de los consagrados para la adopción ordinaria de tal medida en el Código de Procedimiento Penal, obedecen precisamente al carácter extraordinario previso para esta clase de cesación, en procura de la más breve y rápida definición jurídica de la situación, liberándose así la administración de justicia de un número de expedientes que restan a los juzgadores tiempo y capacidad que podrían dedicar a otras investigaciones en donde si resultara factible su culminación normal".

"En el presente caso, resulta claro que el sindicado Hernando Morales Vivas fue oído en diligencia de indagatoria el 21 de noviembre de 1978 y que en su contra a lo largo del extenso período de investigación sumaria no fue dictado auto de detención, a pesar de que en varias oportunidades fue estudiada tal posibilidad por parte del juez del conocimiento. El agente especial del Ministerio Público, solicitó el proferimiento de la medida preventiva y el juzgador exclusivamente se ocupó de tal circunstancia para desecharla, por cuanto en su criterio y luego del estudio de rigor, no estimó reunidos los requisitos de ley establecidos para su adopción".

"Por manera que encontrándose ya en período de vigencia la Ley 22 de 1980, y manteniéndose invariable la anterior situación, el solo transcurso del tiempo, consolidaba para el procesado el derecho al reconocimiento de la cesación extraordinaria, debiendo proceder aun de oficio el juzgador sin previo concepto del representante de la sociedad, a dar aplicación a la citada disposición, como quiera que desde el mes de noviembre de 1980 se encontraban reunidos los presupuestos legales para proceder a decretarla".

El implicado fue sobreseído temporalmente por el *a quo* en dos oportunidades y con ocasión de esta última decisión fue enviado en consulta el negocio al Tribunal Superior, en donde el apoderado de Morales Vivas presentó solicitud en procura de la adopción de la medida prevista por la Ley 22 de 1980, artículo 5º, inciso 2º, absteniéndose el Magistrado Sustanciador de dar el trámite correspondiente al pedimiento, con el argu-

mento de que en esa fecha se había registrado proyecto del auto de proceder, que efectivamente está calendado en 6 de marzo de 1981".

"En estas condiciones para esta Procuraduría Delegada resulta evidente que con anterioridad al escrito presentado por el mandatario del implicado, ya se habían operado las condiciones que hacían viable el decreto de cesación y éste no había sido reconocido de oficio en su oportunidad por el juez del conocimiento, de conformidad al texto de la norma en cita. Luego de solicitado en forma expresa, éste fue denegado, con argumentos que no pueden aceptarse, como quiera que la fecha cierta del auto de proceder es posterior a la operancia del fenómeno que facultaba el derecho al reconocimiento de la cesación pretendida y aun a la del memorial presentado en la Corporación que revisaba por consulta el segundo sobreseimiento temporal".

"Así las cosas debe entenderse que en su oportunidad se contrarió la aspiración y finalidad del legislador al omitirse dar aplicación a una disposición vigente para entonces y que resultaba en forma clara más benigna para los intereses del sindicado, procedimiento que se torna violatorio de este principio de rango constitucional y que origina menoscabo de las formalidades propias del juicio, como quiera que el decreto de cesación era la medida procedente a aplicar, y a tal normatividad debía regirse el procedimiento, de conformidad a lo expuesto por el censor y que este despacho acoge en su integridad".

4º *No comparte la Sala las* anteriores *consideraciones de la Delegada, que se oponen a lo sostenido mayoritariamente por esta Corporación el 30 de abril de 1981, con ponencia del honorable Magistrado, doctor Fabio Calderón Botero, oportunidad en la que se afirmó que "para que el funcionario pueda dar aplicación al artículo 5º de la Ley 22 de 1980, primeramente deberá hacer un juicio del material probatorio existente en el sumario para determinar si hay mérito para dictar auto de detención, que de resultar afirmativo excluirá la aplicación de dicha norma". Este criterio de la Corte expresado en esa oportunidad se desprende nítidamente del texto del inciso 2º del artículo 5º, cuando dice: "...así mismo cuando transcurrido más de dos (2) años de haber sido oída una persona en indagatoria,* no existiendo prueba suficiente *(subraya la Sala), para decretar su detención preventiva, o esta hubiere sido revocada, el Juez procederá de oficio y sin el previo concepto del Ministerio público, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado", y pretender la aplicación mecánica de tal disposición sin referencia al material probatorio y ateniéndose sólo al factor cronológico allí señalado, implicaría festinar la norma y desconocer su propia literalidad y sentido histórico y procesal.*

En efecto, la Ley 22 de 1980, normatividad de carácter temporal, surgió como una medida extraordinaria para hacerle frente en el país a lo que se llamó, "la emergencia judicial", y que pretendió aliviar los despachos judiciales de la asfixiante acumulación de trabajo en que se encontraban.

En ese aspecto es claro entonces, que la Ley 22 de 1980 fue un mecanismo creado en favor de la administración de justicia, que le permitió evacuar con mayor rapidez los negocios penales y si bien sus normas ge-

neraron beneficios indudables para los procesados, nunca pretendió ser instrumento sancionador de la inactividad del Estado, como ocurre con la prescripción de la acción de la pena.

En cuanto al artículo 5º de la Ley 22, se tiene que el inciso primero ordena cesar todo procedimiento en situaciones aquellas en las cuales no se logró en un término superior a dos años de iniciada la investigación penal identificar o determinar a los presuntos responsables *a las hipótesis delictivas que tuvieran una pena máxima imponible no inferior a 8 años, al tiempo que el inciso 2º dispone tal medida en los casos en que habiendo sido vinculado al proceso una persona mediante indagatoria, hubiese transcurrido dos años sin que existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva o esta hubiese sido revocada.*

Esta última hipótesis legal, requiere como se ha señalado, el análisis probatorio y el juicio valorativo que sobre él debe emitir el juzgador, y sólo ante la inexistencia de la prueba suficiente es que se impone la cesación de procedimiento.

Para estarse sólo al factor cronológico, como lo pretende el censor y lo prohija la Delegada, el texto de la norma hubiera tenido que ser diferente, en tal caso le hubiese bastado decir al legislador "si transcurridos dos años a partir de la iniciación de la investigación no se hubiese dictado auto de detención o este hubiese sido revocado...", pero la realidad es que allí se hace la referencia a la prueba, referencia que implica la valoración respectiva antes de tomar tal decisión.

5º Por ello en el presente caso la no aplicación del inciso 2º del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, no constituyó violación al principio de favorabilidad, generante de nulidad constitucional ya que en el momento en que hubo de decidirse por el Tribunal sobre el asunto, la conclusión de esa Corporación respecto a la valoración probatoria era la de que no sólo existía prueba suficiente para dictar auto de detención, sino también para llamar al procesado a responder en juicio criminal como efectivamente lo hizo al revocar el segundo sobreseimiento temporal dictado por el *a quo*.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR 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.

SALVAMENTO DE VOTO

La mayoría de la Sala reitera, una vez más, su criterio sobre el artículo 5º de la Ley 22 de 1980. Nuevamente debo decir que respeto el contenido de los argumentos de la providencia de la cual me aparto porque los mismos representan una forma de entender el contenido y finalidad de la citada ley, llamada de emergencia judicial, y en cierta forma se muestran coherentes. Pero, por lo que a mí toca, debo insistir en el disentimiento que desde tiempo atrás, respecto de este tema, vengo presentando, primero en asocio del fallecido y nunca olvidado maestro doctor Darío Velásquez Gaviria, y ahora con el apoyo de los ilustres Magistrados Lisandro Martínez Zúñiga y Guillermo Dávila Muñoz.

No encuentro referencias dialécticas que me lleven a mudar de opinión y estimo más atinadas las expuestas en anteriores salvamentos de voto y que se afincan en la razón de ser de la citada disposición.

Valga, entonces, repetir lo apuntado en esas ocasiones pasadas:

"Disentimos respetuosamente del pensamiento mayoritario de la Sala respecto de la interpretación que hizo del inciso segundo del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, para deducir de ella que cuando se trata del caso del indagatoriado a quien, después de dos años de haberlo sido, no se le ha dictado auto de detención, se precisa, para ampararlo con la cesación de procedimiento que establece la Ley 22, hacer previamente por el juez 'un juicio del material probatorio existente en el sumario para determinar si hay mérito para dictar auto de detención que de resultar afirmativo excluiría la aplicación de dicha norma' ".

"Esta manera de entender la disposición no consulta, a nuestro juicio, los objetivos que se buscaron con la ley, y establece, además, un tratamiento diferente para la otra hipótesis de cesación de procedimiento que considera ésta en un mismo inciso del artículo segundo, o sea la referente al auto de detención revocado.

"Los fines perseguidos por la Ley 22, según se desprende de la historia de su expedición, fueron los de fenecer, por un medio extraordinario, que así no se la hubiera querido calificar equivale a una especie de prescripción de corto tiempo, todas aquellas investigaciones en las que ningún otro resultado aparente podía esperarse fuera del de hacerlas figurar indefinidamente en las estadísticas judiciales y mantener vinculada a la persona a una sindicación sin más esperanza que la prescripción.

"De allí que preceptúase que cuando hubieren transcurrido más de dos años de haber sido oída una persona en indagatoria sin que "existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva"; o cuando habiéndose proferido se revocó y hubieran transcurrido más de dos años desde la revocatoria, el juez procediera de oficio y sin el previo concepto del ministerio público a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado.

"El Ejecutivo y el Legislativo tuvieron que haber partido, al concebir esta norma, del supuesto indiscutible de que, en presencia de los términos

precarios que tiene el juez para resolver la situación jurídica de un indagatoriado y de la exigua prueba que se requiere para sustentar un auto detentivo, el transcurso de dos años, contados desde la indagatoria o la revocatoria, sin haber sido o vuelto a ser detenido el sindicado, según el caso, evidencia, salvo excepciones que tienen el correctivo de la responsabilidad penal del funcionario, que no había mérito para adoptar una medida encarcelatoria.

"En otros términos, sometió la causal de cesación a la comprobación de requisitos naturales puramente objetiva, no a la verificación de índole jurídica de la existencia en ese momento de prueba suficiente para ordenar la detención.

"Quizás por eso, por tratarse del simple examen del transcurso de tiempo sin que se hubiera producido la detención, ordenó que el juez procediera de oficio y sin el previo concepto del Ministerio Público.

"Con el criterio contrario, la aplicación de la ley se va a circunscribir únicamente a los casos en que exista solicitud de parte, pues no es de esperarse que oficiosamente se dediquen los despachos judiciales a examinar procesos sin detenido para ver si hay prueba para detenerlos, y hacerlo, o si no la hay para pasar a aplicar la Ley 22. Se perderá, en buena parte la meta propuesta por la ley de no mantener en 'supuesta' actividad procesos sin éxito.

"Estas consideraciones, unidas a la ausencia en la norma de la exigencia de valorar la prueba cuando se trata de la hipótesis del auto de detención revocado, nos llevan a estimar que la expresión 'no existiere prueba suficiente para decretar la detención', empleada para el otro supuesto, hay que entenderla en el sentido de que han transcurrido los dos años después de haber sido revocada la detención contra una persona, sin que hubiera sido nuevamente privada de su libertad en razón del mismo negocio. Respecto de este supuesto nada exige la norma, diferente del transcurso del tiempo y la ausencia de un nuevo auto detentivo, para decretar la cesación de procedimiento.

"Como se trata de dos hipótesis que se encuentran en un mismo inciso, que es el segundo del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, y tienen sus principales elementos en común y persiguen una misma finalidad, no se advierte la razón para que en un caso haya que examinar la prueba y su mérito para detener y en el otro no.

"Viniendo al caso concreto que se analiza, resulta más difícil comprender la tesis de la mayoría de la Sala, pues partiendo de un supuesto innegable, cual es el de que no puede subsistir un auto de detención dentro del marco de un segundo sobreseimiento temporal, niega no obstante la aplicación de la Ley 22 de 1980, porque, aunque han transcurrido más de dos años de haber sido indagatoriado el procesado sin haber sido detenido, existe mérito para detenerlo, aunque dicha medida no pueda adoptarse porque se está dentro de la situación procesal anotada.

"Se mantendrá, de esa manera, indefectiblemente vinculada a una persona a una investigación sin posible éxito, hasta tanto se produzca el fenómeno de la prescripción".

"Así se desprende el siguiente párrafo de la providencia que se comenta, en el cual se analizan las eventualidades que puedan presentarse cuando el proceso se encuentra en estado de archivo como consecuencia de un segundo sobreseimiento temporal:

"Si del estudio de la prueba llegare a concluir que existe mérito para dictar auto detentivo pero no la suficiente para calificar el sumario con auto de proceder, ordenará seguir la investigación hasta agotar el tiempo señalado por el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal pero, vencido éste, sin que hubiere cambiado la situación jurídica del inculpado, suspenderá la investigación mediante resolución motivada, previo concepto del respectivo agente del Ministerio Público".

"Si la ley no permite dictar auto de detención dentro del marco de un segundo sobreseimiento temporal, tanto que ordena revocar el que existiere con anterioridad al pronunciamiento de esta providencia (artículo 494 del C. de P. P.), ello equivale jurídicamente a que no existe prueba para dictarlo y se debe dar, por tanto, paso a la aplicación de la Ley 22 de 1980 si se reúnen, como en el presente caso, los demás requisitos que contempla el artículo 5º de la misma.

"Es que si hay un marco propicio para la aplicación de esta norma es cabalmente el del segundo sobreseimiento temporal, cuando han disminuido notoriamente las posibilidades de sacar avante una investigación y sólo subsiste la pasiva vinculación del sindicado con su proceso.

"Por todo ello estimamos que se debió haber dado aplicación, dentro de las circunstancias anotadas, a la Ley 22 de 1980, y esa la razón para no compartir la decisión adoptada respecto de este punto, por la mayoría de la Sala".

Conviene insitir que el aspecto práctico que alentó la redacción de norma tan especial, o sea, la inmediata y expedita descongestión de los despachos judiciales, con el fin de no retener la atención de sus funcionarios en hechos pasados de obstaculizada averiguación, con perjuicio del debido control de los posteriores volúmenes de delincuencia, desaparecería con la interpretación auspiciada de nuevo por la mayoría de la Sala, pues queriendo tal dispositivo facilitar la rápida definición de procesos consultando simples circunstancias de tiempo, impondría la carga de intentar la revisión de todos los procesos para ver cuáles consentirían una hipotética detención preventiva. En otras palabras, buscándose aligerar la faena judicial, ésta se vería agravada por el supuesto llamado a un estudio dispendioso de aspectos probatorios. Es notoria la contradicción entre ese querer de la ley y la interpretación que censuro.

Tendría que destacarse, además, que la legislación posterior a la Ley 22 de 1980, muy desentendida del auto de detención preventiva, hasta el punto de disminuir sus posibilidades, vendría a revestirse de una tan sensible importancia que llegaría a impedir la prevista cesación de procedimiento a expensas de una ilusoria eventualidad de haberse podido dictar esa medida precautelar. Adviértase cómo, en el peor de los casos, la ley exigiría la existencia del auto detentivo, con reales alternativas de impugnación y revocatoria, y la mayoría de la Sala estima como suficiente la imaginada y retrospectiva situación de haberse insinuado esa posibilidad.

La lógica demanda que realidades se opongan a realidades y suposiciones a suposiciones, pero no éstas a aquéllas. La ley ha pretendido definiciones y de ahí su orden de cesación de procedimiento, desentendiéndose de lo que pudo hacerse y no se hizo. Pero la decisión de mayoría prefiere mantener la vigencia de los procesos sobre diferentes condicionamientos. Y, entonces, cabría preguntar, si es aceptable dar por dictado el auto de detención, ignorándose su contenido y forma y remitiendo su evaluación no al funcionario que tenía el expediente al cumplirse el tiempo señalado por la ley sino por otros posteriormente intervinientes.

Afin con este tema debe recalcarse la ninguna correspondencia entre ese aleatorio auto de detención, para impedir la medida que se comenta, y el mantenimiento y éxito de la investigación. Diferente sería la consideración de preverse un auto de proceder, que al menos abre camino al juzgamiento. Pero esa otra medida, repito, se presenta como esencialmente inestable y carente de relación con la permanencia de la acción penal, bastando recordar, a este fin, su ninguna incidencia en la prescripción.

Por último, no está por demás anotar que medidas de esta naturaleza, que excitan desde el punto de vista abstracto un categórico repudio, puesto que en cierta forma estimulan la delincuencia y causan mayor agravio a las víctimas, deben surgir muy de tiempo en tiempo, aupadas por inocultables necesidades y para evitar males mayores; pero cuando se dan, deben aplicarse con toda su prevista intensidad, sin el más ligero ánimo de enervar sus propósitos ni de desmejorar, negar o desconocer sus resultados. La cuestión está en determinar la necesidad de la medida, el cómputo mayor de sus beneficios, los cuales, una vez asumidos por el legislador, orientan la labor del intérprete en el sentido de secundar su efectividad y no malograr su alcance. Por eso, se repite, es cuestión de política criminal establecer no tanto el eventual estado probatorio del proceso, como si la realidad de su estado actual de indefinición, el tiempo transcurrido sin obtener los necesarios resultados que aconsejen el mantenimiento del magisterio penal, y por sobre todo, la índole de las infracciones, para que los delitos de calderilla, que por su secundaria importancia y abundante número constituyen de tarde en tarde una impedimenta anulante de la justicia, no arrastren infracciones de suma gravedad que el Estado no está en condiciones de permitir (salvo lo relacionado con el indulto o la amnistía) su inmerecido desaparecimiento sino cumplida averiguación.

Sirvan estas razones comedidas para fundamentar el apartamiento de la decisión de mayoría.

Gustavo Gómez Velásquez.

Adhesión:

Guillermo Dávila Muñoz, Lisandro Martínez Zúñiga.

JUSTICIA PENAL MILITAR

Procedimiento.

En el juzgamiento de los jueces de instrucción penal militar por el Tribunal Superior Militar, se aplicarán las normas que rigen el procedimiento penal ordinario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 117.

Bogotá, D. E., 10 de diciembre de 1986.

VISTOS

Por apelación revisa la Corte la sentencia de agosto primero del presente año, en cuyo texto el Tribunal Superior Militar condenó al capitán abogado Manuel Vicente Danderino Moreno a la pena principal de treinta y siete (37) meses de prisión y a las accesorias de ley por el delito de falsedad, cometido cuando se desempeñaba como Juez 28 de Instrucción Penal Militar adscrito al Batallón de Infantería Nº 6 "Cartagena" con sede en Riohacha.

Dentro de la tramitación propia de la instancia la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, encontró en su concepto de rigor ajustada a derecho la providencia objeto de revisión, y, en consecuencia solicitó su confirmación.

HECHOS

Fueron resumidos por la Sala en anterior oportunidad de la siguiente manera:

"Los que generaron el proceso tienen que ver con la afirmación de que en los meses de abril y mayo del año de 1983, varias piezas procesales que hacían parte de la investigación adelantada en el Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar, contra el Subteniente del Ejército Nacional Alejandro Céspedes Camacho, por los delitos de homicidio y lesiones personales fueron suprimidas y sustituidas por otras o alteradas en su contenido, con el fin de modificar los medios probatorios de tal manera que favorecieran al oficial acusado". (Fol. 125, cuaderno Nº 2).

RESULTANDOS

Para el momento procesal de los actos calificatorios del sumario, se concretaron así:

"1º Se allegaron al proceso constancias de nombramiento, acta de posesión y certificado sobre el ejercicio del cargo del doctor Manuel Vicente Danderino Moreno como Juez 28 de Instrucción Penal Militar. (Fols. 183 y ss. Cdno. 2)".

"2º Se recaudó la versión del denunciante y del implicado quienes en lo fundamental sostienen:

"a) El Brigadier General Enrique Varón Valencia sostiene bajo la gravedad del juramento, que fue informado sobre la presencia de algunas irregularidades en el proceso adelantado contra el Sub-teniente Céspedes Camacho, en el Juzgado 28 de Instrucción Criminal a cargo del doctor Danderino Moreno, que ameritaban urgente esclarecimiento. (Fols. 1, 5, 9 y 24, cuaderno Nº 1)".

"b) El ex juez acusado, por su parte, sostuvo en su indagatoria la autenticidad de todas las diligencias adelantadas contra el mencionado oficial, negó toda participación de su parte en el delito denunciado del cual ignora su realización. Narra que los cargos contra Céspedes Camacho, que en su oportunidad dieron lugar a que se profiriera auto de detención en su contra, se reducían a que, encontrándose al mando de una patrulla en el sitio conocido como Puente Bomba (Guajira), por indicación de los tripulantes del bus de la empresa 'Rápido Ochoa', persiguieron a unos sujetos que habían intentado atracarles. En esta actividad se presentó un cruce de fuego iniciado por quienes emprendían la huida, como resultado del cual quedaron lesionados los dos pasajeros del vehículo, uno de los cuales falleció. (Fols. 17, 91, 206 y 209, cuaderno Nº 1, y, 7, cuaderno Nº 3)".

3º Con el fin de verificar lo manifestado en las precedentes exposiciones, aparecen incorporadas al sumario las siguientes pruebas:

a) De carácter testimonial

Las que respaldan la queja: Se recibieron por una parte las declaraciones de Mario Vivero Amador (Auditor Principal de Guerra de la 2ª Brigada de Barranquilla), Águeda Torres Rojas (Auditora Auxiliar 27 de Guerra) y Alfonso Navarro Visbal (Secretario de la Auditoría Auxiliar 7ª de Guerra), quienes bajo la gravedad del juramento sostienen que, en el mes de abril de 1983, procedentes del Juzgado 28 de Instrucción Penal Mi-

litar se recibieron las diligencias mencionadas contra Céspedes Camacho y estudiadas fueron remitidas en comisión a esa Oficina Judicial. Que en mayo 19 del mismo año regresó el proceso, observándose de la lectura del mismo la sustitución o alteración de varios de sus folios. *Fueron cambiados integralmente;* El informe rendido por el Oficial implicado con ocasión de los hechos; la diligencia de ratificación y ampliación del mismo; uno de los folios de la indagatoria y los testimonios de los soldados Leocadio José Muñoz Quintana y José Wilder Galindo. *Fue adulterada:* La versión del soldado Oglier Rivera Díaz.

A la conclusión anterior llegaron los declarantes por la lectura inicial que habían realizado de las diligencias, por las discrepancias que entonces existían entre lo dicho por el implicado y lo expuesto por los soldados declarantes —las cuales desaparecieron en la nueva revisión—, porque la firma del secretario que actuó, señor Heladio Camargo Medina, no correspondía a la suya en las nuevas diligencias, y, por los notorios errores ortográficos que se cometieron en la redacción de las piezas procesales falsificadas, al igual que la burda enmienda del testimonio adulterada.

Agregan estos declarantes que la modificación de la prueba estaba destinada a cambiar el sentido original de las versiones respecto al momento culminante del operativo en el "caserío de Puente Bomba", así:

Inicialmente se decía que cuando el vehículo de los sujetos perseguidos detuvo la marcha, uno de los ocupantes descendió del mismo y pretendió huir (desarmado) por lo que el oficial a cargo de la patrulla ordenó dispararle causándole posiblemente la muerte a consecuencia de la lesión recibida.

La anterior versión fue cambiada sustancialmente por elementos de juicio uniformes que pretendían demostrar que cuando el sujeto abandonó el vehículo, dio unos pocos pasos y cayó muerto, seguramente por las heridas que recibió en el cruce de disparos durante su persecución. (Fols. 9, 11 y 28, cuaderno Nº 1).

También se recibieron las declaraciones de Heladio Camargo Medina (secretario del Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar) y Héctor Antonio González Henao (secretario *ad hoc* por el traslado del primero y quien desempeñaba sus funciones cuando se realizó el hecho), quienes señalan, el primero, que la firma que como suya aparece en las diligencias objeto de censura, no la estampó, como tampoco es legítimo el contenido de las versiones, pues antes se encaminaban a narrar lo ocurrido en forma muy diversa. El segundo, que en sus primeras intervenciones negó la comisión de toda irregularidad en la instrucción del sumario y destacó la autenticidad de las diligencias incorporadas de manera legal, finalmente decidió contar lo ocurrido (descargos ante la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y declaración dentro del proceso), señalando que luego de su posesión, cuando la actuación llegó a la oficina —en comisión—, el entonces Juez doctor Danderino Moreno le dictó las diligencias tachadas de falsas y las incorporó al expediente con la fecha de las originales que fueron suprimidas, con la aclaración de que en su realización no estuvieron presentes los soldados declarantes ni el secretario que figura en las mismas. (Fols. 33, 99, 63 y 195, cuaderno Nº 1, y 220, cuaderno Nº 2).

Las que respaldan al acusado: Se recibieron por otra parte las declaraciones de José Alejandro Céspedes Camacho (Sub-teniente procesado), Leocadio José Muñoz Quintana, José Wilder Galindo, José Inés López Doria, Fredy Vargas Chávez y Ojier Rivera Díaz (soldados al mando del citado oficial en los hechos de Puente Bomba), quienes bajo la gravedad del juramento sostienen que las versiones obrantes al informativo corresponden a las suministradas por ellos y que se acomodan justamente a la realidad de lo ocurrido. (Fols. 15, 21, 82, 72, 79, 85, 74 y 199, cuadernos 1 y 2).

b) De carácter documental

Se trajo al expediente la actuación administrativo-disciplinaria adelantada contra el procesado en la cual se incorporaron copias de varias de las diligencias que sustituyeron a las originales (con sus protuberantes yerros ortográficos), así como las conclusiones adoptadas a través de la Resolución 224 de julio 19 de 1984, en la cual la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares no aceptó los descargos que el inculpado presentó por los hechos esbozados y solicitó a la Presidencia de la República, a través del Ministerio de Defensa, su destitución. (Fols. 234 y 245, cuadernos 1 y 2).

c) Inspección judicial

Se practicó revisión al proceso objeto de la referida conducta y en ella se estableció:

Que la actuación fue iniciada el 5 de marzo de 1983 y radicada bajo el número 343 ante el Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar. Que en abril 5 del mismo año se remitieron las diligencias al Comando de la Segunda Brigada con sede en Barranquilla, oficina que el 15 siguiente le comisionó para la práctica de algunas pruebas (radicación 4958). El comisionado finalmente con auto de mayo 17 regresó el proceso al despacho de origen.

Que durante el lapso en que la averiguación estubo bajo la responsabilidad del doctor Danderino Moreno, actuaron como secretarios Heladio Camargo Medina (iniciación) y Héctor A. González Henao (etapa de comisión). Que las piezas procesales sustituidas a diferencia de las demás presentan manifiestos errores de ortografía (sujeto con "G") reiteradamente, tienen la apariencia de nuevos en relación con los demás, no aparecen repisados en la foliatura y la firma que en algunos de ellos existe como Heladio Camargo Medina no corresponde a la de esta persona. (Fols. 25, cuaderno 1, y 212, cuaderno 2).

d) De carácter pericial

Al expediente se incorporaron las diligencias que sirvieron de fundamento para que el Instituto de Medicina Legal (laboratorio de grafología), hiciera los estudios del caso, con los siguientes resultados:

Que Héctor A. González Henao en los dictados dactilográficos que se le hicieron, incurrió en los desaciertos de ortografía de la magnitud de los existentes en las piezas procesales dubitadas.

Que Heladio Camargo Medina no tuvo ninguna participación en las firmas materia de la presente investigación.

Que por las imprecisiones ya destacadas en las diligencias sustitutivas o enmendadas, se concluye su ilegitimidad o adulteración. (Fols. 38, 69, 70, 71, 81, 84, 87, 90, 95, 102, 114, 140 y 201, cuadernos 1 y 2).

DE LA AUDIENCIA PÚBLICA

Durante el desarrollo de esta diligencia, y dentro del trámite propio de la segunda instancia, el defensor del procesado presentó las siguientes manifestaciones de importancia:

1. La prueba obrante al proceso carece de la idoneidad necesaria para apoyar en ella una sentencia condenatoria, pues si bien, dio base al auto de proceder en contra de su asistido, respecto a aquella decisión no pueden gravitar dudas que en la actuación afecten la responsabilidad como ocurre en esta investigación adelantada contra el Capitán Danderino Moreno. Señala entonces que, no existen medios de convicción que permitan sostener la determinación adversa que ahora se revisa, y, que, si en gracia de discusión se aceptara que su cliente cometió el delito de falsedad que se le atribuye, este hecho carece de trascendencia en el campo penal, pues, lo burdo y notorio de las adulteraciones etc., le restan toda potencialidad de daño al comportamiento, y, consecuencialmente resquebrajan la estructura del hecho punible.

2º Que, el proceso se encuentra afectado de nulidad, por haberse realizado el juzgamiento conforme al procedimiento penal ordinario y a través de una Sala del Tribunal Militar en consideración a que el hecho que se le atribuye al procesado lo cometió cuando se desempeñaba como juez de Instrucción Penal Militar. Tal manera de adelantar la investigación, entraña desconocimiento de la organización institucional militar (Decreto 0250 del 11 de julio de 1958) y vulnera el artículo 26 de la Carta Política. Que si bien, el artículo 324 de la citada norma, señala que el conocimiento de los delitos cometidos por jueces de instrucción penal militar, radica en primera instancia en el Tribunal Castrense, sin que disposición alguna haga alusión al procedimiento a seguir en cada caso concreto, ello no significa la existencia de vicios que permitan por la vía del artículo 299 *ibidem* la aplicación de los ordenamientos comunes del Código de Procedimiento Penal.

Concluye de lo anterior que el procesado ha debido ser juzgado por las normas del consejo de guerra, con mayor razón si se tiene en cuenta que, el acusado era militar en servicio activo para el momento de los hechos. Se impone entonces, dice, la declaratoria del vicio alegado "pues se genera la duda de saber si el resultado del juicio habría sido el mismo de haberse acatado la ley".

SE CONSIDERA

Los artículos 223 (modificado por el 3º de la Ley 43 de 1982) y 219 del Código Penal que describen el delito de falsedad, tipifican la conducta del

empleado oficial que en ejercicio de sus funciones "suprima" o, "falsifique", documento público que pueda servir de prueba, o, "consigne" una falsedad al extenderlo.

Los medios de prueba atrás relacionados y analizados por la Sala en el momento procesal de los actos calificatorios del sumario hoy permanecen inmodificados, pues, en la etapa de la causa no se allegó elemento de juicio alguno tendiente a desvirtuarlos. Aquellos medios de convicción que superaban en abundancia las exigencias para dictar auto de proceder, hoy, permiten al margen de toda duda sostener que, la faz objetiva y subjetiva de los delitos materia del procesamiento, se muestran de manera plena a la luz del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, siendo entonces acertado el pronunciamiento del Tribunal Superior Militar al finalizar el desarrollo de la primera instancia con sentencia condenatoria contra el Capitán Danderino Moreno, como jurídicos fueron sus planteamientos para desatender las inquietudes de la defensa.

Es, en consecuencia de lo anotado, suficiente, para determinar la legalidad del fallo recurrido, relacionar lo argumentado por la Corte con anterioridad, como se hace a continuación:

"1º La calidad de juez del acusado para la época de los hechos se encuentra demostrada.

2º El 4 de marzo de 1983 por comisión de la Base Militar de Mingueo, se instaló en el caserío Puente Bomba (Guajira) una patrulla comandada por el Sub-teniente Alejandro Céspedes Camacho. El personal fue avisado por los tripulantes de un bus de la empresa 'Rápido Ochoa', sobre el asedio de un vehículo que a disparos pretendía 'atracarles'. El Oficial dispuso que los soldados bajo su mando iniciaran la persecución de los sujetos señalados que en la fuga abrieron fuego contra los militares que respondieron de manera similar. Aquéllos finalmente detuvieron la marcha del vehículo en que se desplazaban y de su interior descendieron Alberto Caicedo Medina, quien falleció, y Miguel Angel González Urina, quien resultó lesionado.

3º Por los hechos anteriores se inició investigación penal contra Céspedes Camacho, correspondiendo la investigación al Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar a cargo del doctor Danderino Moreno, en cuyo desenvolvimiento inicial se contó con varias pruebas (informe del implicado, ratificación y ampliación del mismo, indagatoria, y, declaraciones de los soldados Muñoz Quintana y Wilmer Galindo y Rivera Díaz) las que sin uniformidad total se encaminaban a significar que, cuando Alberto Caicedo Medina descendió del vehículo, desarmado, (pues la pistola fue encontrada después en el asiento del carro), *trató de huir pero fue alcanzado por los disparos que ordenó hacer el sub-teniente comprometido.*

4º El ex-juez investigado, luego de recibir en comisión el proceso, con el innegable deseo de favorecer al oficial incriminado, de manera consciente y voluntaria y sin razón justificativa alguna, realizó las siguientes conductas:

a) Suprimió total o parcialmente las piezas procesales objeto de cita, al privarlas de su existencia material dentro de la actuación;

b) Alteró el testimonio de Rivera Díaz, al cambiar o permitir que tal hecho ocurriera, parte fundamental del documento, con lo cual se afectaba

uno de sus extremos esenciales a la luz del conjunto probatorio hasta entonces allegado; y,

c) Creó totalmente las diligencias llamadas a reemplazar las suprimidas, para lo cual contó con la imposición de las firmas auténticas de Alejandro Céspedes Camacho, Leocadio José Muñoz Quintana y José Wilder Galindo e impuso o permitió que otro lo hiciera mediante el proceso de la imitación, la firma del secretario Heladio Camargo Medina.

En el texto de las pruebas nuevas se faltó a la verdad en la narración de los hechos, al armonizar las versiones que antes eran confusas y contradictorias en el sentido de hacerlas acordes y demostrativas de que, cuando Alberto Caicedo Medina abandonó el vehículo, *dio unos pasos y cayó muerto, sin que en tales instantes se hiciera disparo alguno.*

Cada una de las conductas señaladas tiene independencia, de modo que se presenta un concurso de hechos punibles, los cuales se demuestran con los medios probatorios precedentemente relacionados".

Por razón de los análisis de orden jurídico y legal que han sido objeto de transcripción, carecen de toda aceptación los planteamientos de la defensa, pues, la pluralidad de elementos de juicio de carácter testimonial, documental, pericial e indicial que obran legalmente producidos dentro de la averiguación, obligan de su examen uniforme y concatenado a concluir que, su texto, claro y preciso, es, como lo fue para el *a quo,* sólido fundamento para una condena.

Con relación a la petición de nulidad presentada por el defensor del acusado, acertados son igualmente los planteamientos del *a quo* con apoyo en cita jurisprudencial, por lo que, es bueno reiterar:

1º *En desarrollo de lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 320 del Decreto 1958, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento en segunda instancia de los juicios que falle en primera el Tribunal Superior Militar.*

2º *Por mandato de los artículos 324 (ordinal 1º) y 353 del mismo estatuto, compete al Tribunal Superior Militar, el conocimiento en primera instancia de los juicios que se adelantan contra los jueces de instrucción penal militar, con acatamiento a las precisiones hechas por la Corte en fallo de inconstitucionalidad respecto a los civiles en época de normalidad, en cuyo caso, su juzgamiento radica en los jueces ordinarios. (Sentencia de noviembre 1º de 1984, Sala Plena).*

3º *Dispone el artículo 299* ibidem *que, son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en el código castrense o en leyes especiales y en cuanto llenen vacíos, las disposiciones contenidas en el Código Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil.*

4º *De la revisión del articulado que conforma el Código de Justicia Penal Militar aparece que, no se señaló el procedimiento que debe seguir el Tribunal Superior Militar en el juzgamiento de los jueces de instrucción en ese ramo, por lo que, debe concluirse como se hizo por la Corte en*

pasada oportunidad, que son aplicables las normas que rigen el procedimiento penal ordinario. (Providencia de noviembre 23 de 1972).

A lo anterior no sobra agregar que, el mecanismo del Consejo de Guerra que reclama el recurrente, es dentro de nuestro sistema, como aparece de las diferentes disposiciones del Código Militar, y, del régimen ordinario, (jurado de conciencia), trámite obligado respecto de los órganos de la jurisdicción unipersonales y no colegiados, para los casos expresamente señalados en la ley.

5º Es claro entonces que el procedimiento adelantado contra el Capitán Manuel Vicente Danderino Moreno, es correcto, e inantendible el planteamiento del defensor que representa sus intereses, pues no se puede alegar la nulidad de otra parte, sobre la base de simples generalidades (ante la duda de saber si el resultado del juicio hubiera sido el mismo de haberse integrado el Consejo de Guerra que solicita), pues obviamente, a través de tales argumentaciones no concreta cuál de las cuatro garantías previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional fue la que se vulneró, y, menos de ello se podría eventualmente deducir menoscabo al derecho de defensa.

No concuerda la Sala con la forma como el Tribunal Militar tasó la pena al procesado, por las siguientes razones:

a) El acusado fue llamado a juicio y condenado como responsable de los delitos de falsedad concretados en las tres conductas claramente delimitadas en el auto de proceder;

b) El Tribunal para medir la pena imponible partió del mínimo previsto en el artículo 223 del Código Penal (modificado por la Ley 34 de 1982), esto es, tres (3) años de prisión, teniendo en cuenta que es el delito base para los efectos del concurso.

c) El *a quo*, "para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 26 del Código Penal", adicionó el mínimo anotado en un (1) mes, para imponer finalmente al implicado la pena principal de tres (3) años y un (1) mes más, como responsable del hecho punible materia del procesamiento.

d) El incremento hecho por el *a quo* de un mes, en cumplimiento del artículo 26 del Código Penal, conlleva desconocimiento de tal norma y de los criterios dosimétricos generales del estatuto penal, que si bien buscan con la norma evitar la suma aritmética de las penas, aspira a una justa y equilibrada tasación, en la que el intérprete debe tener en cuenta lo dispuesto en el cuerpo segundo del artículo 61, cuando se señala por parte del legislador que "además de los anteriores señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y *en el concurso, el número de hechos punibles*", es por ello que conforme a tales normas, se incrementará la pena un (1) año, con lo que la pena principal quedará cuantificada, en suma, en cuatro (4) años de prisión.

En lo demás se confirmará la sentencia apelada.

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 MODIFICAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior Militar en contra de Manuel Vicente Danderino Moreno por el delito de falsedad, para imponer al procesado la pena de cuatro (4) años de prisión, a cambio de la de tres (3) años y un (1) mes señalada por el *a quo* en la providencia impugnada.

2º CONFIRMARLA en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario.

VIOLACION DIRECTA

Dosimetría penal.

Para impugnar la sentencia condenatoria con el argumento de que la dosimetría penal violó directamente la ley, es necesario particularizar la forma del agravio dentro de las tres hipótesis de falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada: Acta número 117.

Bogotá, D. E., 10 de diciembre de 1986.

VISTOS

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Fideligno Ropero contra la sentencia de 22 de junio de 1985 que condenó a la pena de catorce (14) años de prisión como autor de homicidio y lesiones personales en Milciades y Jesús Alberto Castillo Torres, respectivamente.

HECHOS Y ACTUACIÓN

1. El 13 de abril de 1983 en Sasaima, el procesado y su hermano Luis Ariosto, lesionaron en una tienda con una botella a Luis Alberto Castillo. Después de cometer el acto huyeron y se refugiaron en el taller de un hermano suyo y armados de escopeta esperaron el presumible reclamo de los hermanos del lesionado.

Efectivamente llegaron Jorge y Leonidas Castillo. Este último esgrimió una pistola, pero se produjo un acertado disparo con escopeta, tipo perdigón, que le causó la muerte.

2. El Juzgado 27 Superior, llamó a responder a juicio a ambos como autores de homicidio y lesiones en las personas citadas; pero a Luis Ariosto Ropero, sólo en el grado de complicidad por el homicidio.

3. Celebrada la vista pública, el jurado respondió afirmativamente para ambos delitos en cuanto a Fideligno Ropero, lo mismo que para las lesiones incriminadas a Luis Alberto, mas lo absolvió por el homicidio.

4. El Juez de primera instancia, condenó a Fideligno Ropero a la pena de catorce (14) años, fallo que fue confirmado.

Demanda

Se invoca un único cargo: ser la sentencia violatoria de la ley sustancial; por tanto se invoca la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Se fundamenta la censura en que podía imponerle penalidad superior a doce años que es la suma de las sanciones mínimas de los dos delitos, conforme a los artículos 61 y 67 del Código de Procedimiento Penal. Por tanto se violaría el artículo 28 del Código Penal, por excederse el límite estricto de esa disposición. El recurrente hace cálculos para sostener que se debía partir de la pena mínima de diez años y no de once (11).

Se critica lo afirmado en el fallo de primera instancia sobre supuesta indefensión de la víctima ya que ella sí se encontraba armada con una pistola.

Por tanto se impetra se case el fallo acusado "revocando" la penalidad impuesta e imponiéndole solo doce (12) años.

Concepto de la Procuraduría

Solicita que no se case esgrimiendo razones de técnica, ya que no se señala la forma de violación de la ley sustancial, si directa o indirecta y tampoco se señala la modalidad específica, esto es, falta de aplicación indebida o interpretación errónea.

Por ende mal podría la Corte, asumir el examen del fondo del caso y sustituir al recurrente en su función. Sucintamente sostiene que la dosimetría penal fue ceñida a las pautas legales.

Consideraciones de la Corte

1. *El recurso de casación, está sujeto entre nosotros a determinadas exigencias formales que lo diferencian de las alegaciones de instancia.*

Tal formalismo se torna más exigente en lo tocante con la causal primera de Casación.

La norma contiene posibilidades de acusar el fallo por violación directa se afronta un problema de fondo; la aplicación de la norma sus-

tancial bajo tres sentidos diferentes: su falta de aplicación o su aplicación indebida o su interpretación errónea.

En la violación indirecta se afronta un problema de forma: la contemplación del hecho y de su prueba bajo dos aspectos diferentes. Sentencia de octubre 27 de 1977.

En tales condiciones, la jurisprudencia reiterada exige que se concrete por el censor en qué forma se estima violada la ley sustancial.

En la demanda a estudio, ni siquiera se hace tal aproximación, pues no se especifica si la violación fue directa o indirecta.

Tan sucinta concreción es presupuesto elemental de cualquier demanda. Ella ubica el punto de partida para el estudio del caso por parte del juzgador.

Difícil, por no decir imposible, se vuelve entonces la función de la Sala, al buscar escudriñar la recóndita intención del censor para determinar en qué forma se violó la ley sustancial y en cuál de las hipótesis se ubica.

La Procuraduría, insinúa la posibilidad de que el censor se refiriese a un quebranto por la vía directa. Tal vez se fundamenta para tal insinuación, en el hecho de que la jurisprudencia ha aceptado que cuando se impugna la dosimetría penal, se está ante la hipótesis de violación directa, ya que no se enfoca controversia sobre los hechos los cuales se aceptan; se discute sólo el enfoque "del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustancial al caso juzgado o la interpretación jurídica de su contenido". (Sentencia de septiembre 26 de 1974).

Para impugar la dosimetría penal como violatoria, no basta que se citen las normas positivas que se estiman violadas, ni que se haga un cálculo personal, en sustitución de la sentencia recurrida. Debe demostrarse que se violó la ley en forma evidente, por ejemplo, por aceptar circunstancias de agravación no contempladas procesalmente, por exceder el máximo imponible, etc.; pero debe particularizarse la forma del agravio dentro de las tres hipótesis citadas.

En cuanto a los parámetros para la dosificación de la pena, debe partirse de bases normativas concretas; los artículos 61, 64, 65, 66 y 67 del Código Penal, ellos establecen una libertad limitada del juzgador de instancia para individualizar la pena. Tales normas no hacen señalamientos rígidos o matemáticos. El artículo 67, fija un límite mínimo y uno máximo, a los cuales debe atenerse el fallador.

Dentro de tal órbita, debe el juzgador aplicar la pena, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación y de atenuación punitivas; pero al lado de ellas desempeña igualmente función preponderante, la estimación de la gravedad y modalidades y el grado de culpabilidad, etc. En tal estimación hay cierta libertad para el juzgador.

2. Dentro de tal orden de ideas, no basta afirmar que se ha debido partir del mínimo para la determinación de la pena. Se necesita demostrar

que al partirse de base diferente, se violó la ley directamente en cualquiera de las modalidades expuestas. Tal concreción no se cumplió aquí. Es débil pues la base que sustenta la operación matemática sustitutiva del censor.

Este tema de individualización de la pena, ha sido reiteradamente estudiado por esta Corporación tanto a la luz del Código de 1936, como del vigente.

Así pueden recordarse providencias publicadas en las *Gacetas Judiciales* LIX, página 457, año 1945; *Gaceta Judicial*, Tomo XCV, páginas 949 y 950, año 1961; *Gaceta Judicial*, Tomo LXVIII, página 196, año 1950; *Gaceta Judicial*, Tomo LXXVIII, página 754, año 1954. Ya dentro de la vigencia del actual Código, se han aceptado los criterios enunciados.

Así en providencia de 23 de marzo de 1982, ponente doctor Darío Velásquez Gaviria, se sostuvo:

"Es cierto como lo anota el recurrente, que la sanción establecida para cada tipo penal refleja en sí misma la gravedad que el legislador quiso asignarle. Es la llamada 'individualización legislativa de la pena', la cual consulta la gravedad abstracta del reato. Pero al lado de ella, opera la denominada 'individualización judicial de la sanción', que está a cargo del Juez en el momento en que hace la valoración jurídica del caso concreto en orden a determinar la específica sanción para el mismo, y es entonces cuando tiene que acudir, para hacerlo, a los criterios señalados en las citadas normas. Es que, ya dentro del marco de su realización, el hecho adquiere una concreta y propia gravedad que es la que el Juez tasa dentro de los límites mínimo y máximo fijados en el respectivo dispositivo penal".

Con base en la jurisprudencia transcrita, queda fácil colegir, que la afirmación del actor de que el Tribunal acepta que la modalidad del hecho no reviste gravedad superior a la que encierra en sí mismo, no es suficiente ni mucho menos para deducir, que el incremento de la pena carece de fundamentación real e implique error manifiesto.

El censor dentro de las hipótesis de la violación, ha debido señalar las bases de lo afirmado, determinar o explicar la carencia de la fundamentación real y demostrar el error manifiesto previa identificación en su aparente condición de error de derecho.

Por tanto mal puede la Corte acceder a lo pedido en torno a subsanar errores tan lánguidamente planteados.

Con estas débiles bases, no puede la Corte deformar su función del Tribunal de Casación, con desmedro de su labor unificadora de la jurisprudencia, cuando el mismo recurrente no señala las bases de su pensamiento en un tema tan exigente, cual es el de la causal invocada.

Ante las fallas anotadas, ante la falta de delimitación y de sustentación de la violación de la ley, mal puede esta Sala, pues, acudir a "sondeos ideales" para suplir lo que se propuso el recurrente. Por tanto no es el caso de casar la sentencia recurrida.

Por 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.

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 Z., Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar O.
Secretario.

INDICE

SEGUNDO SEMESTRE DE 1986

Págs.

APELACION. *El auto por el cual se concede o niega el recurso de* apelación, *debe ser interlocutorio, porque la decisión incide sobre un derecho y exige su conocimiento por los sujetos procesales.* Auto. Segunda instancia. 2 de julio de 1986. *Se abstiene* de resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual negó la cesación de procedimiento seguido a *José Eduardo Cordero Villamizar* en el proceso adelantado por el delito de hurto. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 5

COMPETENCIA. Justicia Penal Militar. *La destinación de que trata el Decreto 612 de 1977 y que permite asignar a un Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar, es un acto administrativo, que al no ejecutarse, hace radicar la competencia en el superior respectivo para la época en que ocurrieron los hechos.* Auto. Colisión. 2 de julio de 1986. *Dirime* la colisión de competencias entre el Comandante de la Base Naval de Coveñas y el Inspector General de la Armada. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.* 8

FALSEDAD. *Es típica la conducta que se concreta en la destrucción de un documento original, aun cuando existan copias del mismo.* Sentencia. Segunda instancia. 8 de julio de 1986. *Revoca* la providencia del Tribunal Superior Militar, por medio de la cual absolvió al Mayor (r) Pedro Elías Jiménez Rojas —Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada en la Guarnición de Cali— y en su lugar lo condena por el delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 13

PROCESO. Reconstrucción. *La reconstrucción del expediente penal no depende de la facultad de las partes que intervienen, sino que, en la gran mayoría de asuntos, está confiada a la autoridad jurisdiccional que conocía del mismo y en el caso concreto de los que fueron destruidos en el Palacio de Justicia, deben reconstruirse las actuaciones en las que con anterioridad no se produjo decisión.* Auto. Unica instancia. 8 de julio de 1986. *No acepta* la renuncia a la reconstrucción del proceso adelantado en contra del doctor Jorge Dangond Daza, Gobernador del Departamento del Cesar por el delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 21

APELACION. Sustentación. *Como norma de carácter general el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, al hablar de recurso de apelación en materia penal y del*

Págs.

requisito de la sustentación, necesariamente incluye el que se interponga ante los Jueces Penales ordinarios y ante la Justicia Penal Aduanera y la Justicia Penal Militar. Sentencia. Casación. 9 de julio de 1986. *Casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar que confirmó sin modificaciones la de primera instancia, por medio de la cual condenó al Agente de la Policía Nacional Nelson Alfonso Hernández por el delito de abandono del puesto. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 24

INAPLICABILIDAD. La ley frente a la Constitución. *De acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Nacional y lo decidido por la Sala Plena en dos sesiones anteriores, estima inaplicables los restantes artículos del Decreto 1853 de 1985, aún no acusados de inconstitucionalidad y el Decreto 56 de 1986.* Auto. Segunda instancia. 9 de julio de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual comprometió en juicio criminal por el delito de prevaricato al doctor Gorgonio Palacios Cuesta, Juez Civil del Circuito de esa ciudad. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda* 32

INIMPUTABILIDAD. Nulidad. *El Juez está obligado a hacer un análisis suficiente del proceso para concluir, de conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, si se requiere el examen psiquiátrico del procesado sobre su normalidad mental al realizar el hecho punible, si concluye que no se presenta esta situación no hay razón para ordenarlo y su negativa no genera nulidad.* Sentencia. Casación. 9 de julio de 1986. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Armenia, por medio de la cual condenó a Artemo Ramírez López, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 45

ABUSO DE AUTORIDAD. *El embargo de un inmueble que soporte gravamen hipotecario, porque no constituye garantía cierta ni suficiente, permite al Juez, en su deber oficioso de limitar las medidas cautelares, que éstas se amplíen a otros bienes sin que así pueda considerársele incurso en el delito de abuso de autoridad.* Sentencia. Segunda instancia. 16 de julio de 1986. *Confirma* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual absolvió al doctor Luis Felipe Bottía Martínez ex Juez Veintidós del Circuito de Bogotá, quien había sido llamado a responder en juicio criminal por el delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 50
Salvamento de voto: doctores *Hernando Baquero Borda* y *Gustavo Gómez* 56

PROCESO CIVIL. *Por medio del procedimiento civil se pueden vulnerar derechos de las partes o de terceros y en tales circunstancias el Juez puede revocar su determinación, sin necesidad de que exista recurso propuesto contra la providencia injusta.* Auto. Segunda instancia. 16 de julio de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal en contra de la doctora Floralba Galvis Conde, Juez Primero Civil Municipal de esa ciudad, acusada de un delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 60

SITUACION JURIDICA. Término. *Si el legislador fue expreso al tratar sobre la recepción de indagatoria ampliando el término cuando haya dos o más cap-*

Págs.

turados, ha debido serlo también para el caso de la resolución de la situación jurídica, sin que ello signifique que existe un vacío normativo insalvable, porque, para estos eventos opera la interpretación sistemática. Auto. Segunda instancia. 16 de julio de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del Universitario Germán Alberto Becerra Rodríguez, Juez Promiscuo Municipal de Sotaquirá del delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 75

JUEZ. *Es deber del Juez verificar y confrontar los informes rendidos por los Secretarios con las piezas procesales y establecer si está o no de acuerdo, para apoyar su decisión.* Auto. Segunda instancia. 22 de julio de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal a la doctora Elsa Jiménez Robayo, Juez Décimo Civil del Circuito de esta ciudad, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Hernando Baquero Borda* 82
Salvamento de voto: doctores *Luis E. Aldana Rozo, Lisandro Martínez Zúñiga* y *Edgar Saavedra Rojas* 93

CASACION. Técnica. *Fundamentación de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley.* Sentencia. Casación. 23 de julio de 1986. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual condenó a Javier Alvarez Alvarez y Bernardo Vélez Acevedo, por el delito de estafa. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 96

COMISIONADO. Competencia. *En los procesos de competencia de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Superior, el Magistrado sustanciador será el instructor y el funcionario que sea comisionado tiene amplitud suficiente para practicar las pruebas y tomar las desiciones que convengan para el desarrollo de la investigación, con las limitaciones que el competente de manera expresa se reserve.* Auto. Segunda instancia. 23 de julio de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual sobreseyó definitivamente a la doctora Gladys Evelia Mendieta Monroy, Juez Treinta y Tres Civil Municipal de esta ciudad. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 103

DETENCION ARBITRARIA. *No hay prolongación ilícita de la privación de la libertad, a pesar de que se hayan vencido los términos legales, cuando esto no obedeció a intención torcida del funcionario, sino a una imposibilidad física de iniciar el procedimiento debido.* Auto. Unica instancia. 23 de julio de 1986. *Se abstiene* de iniciar investigación penal contra el doctor Gustavo Esguerra Gutiérrez, Gobernador del Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 121

EXTRADICION. Reciprocidad. *La Constitución Política de la República del Ecuador prohíbe la entrega de sus propios nacionales como consecuencia de un proceso de extradición, por manera que, de conformidad con el principio de reciprocidad, el Estado requerido está facultado para hacer iguales restricciones ante una solicitud concreta.* Concepto. Extradición. 23 de julio de 1986. *Desfavorable* a la solicitud de extradición del colombiano Gabriel Ri-

Págs.

cardo Tovar Brizneda, presentada por el Gobierno del Ecuador. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 126

FUNCIONARIO PUBLICO. *El Código Penal de 1980 en su artículo 63, para evitar confusiones en los diferentes significados con respecto al concepto de funcionario público, estableció una igualdad, bajo el genérico nombre de "empleados oficiales"*. Sentencia. Casación. 23 de julio de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Popayán, por medio del cual condenó a Humberto Paz Idrobo, por los delitos de falsedad y peculado. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 132

PREVARICATO. *La discrepancia de criterios entre funcionarios, así existiere entre ellos una relación de jerarquía sobre asuntos eminentemente controvertibles, no configura abuso de autoridad ni prevaricato.* Auto. Segunda instancia. 23 de julio de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación contra la doctora Gloria Marina Leiva Ayala, Juez Treinta y Siete de Instrucción Criminal de esta ciudad. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 141

JUEZ. Actividades. *La Sala recomienda a los Jueces abstenerse de actuar como amigables componedores en las desaveniencias domésticas o civiles, que ocurran en su jurisdicción.* Auto. Segunda instancia. 12 de agosto de 1986. *Ordena* que las diligencias adelantadas contra Ramiro Guardias Mier, quien desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Tamalameque (Cesar), se envíen a ese mismo Despacho para que se adelante la investigación sin involucrar el fuero, por el delito de abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 144

PREVARICATO. Por omisión. *Cuando la labor del servidor público, en un lapso determinado, denota imposibilidad física para evacuar todos los asuntos dentro de los términos del ordenamiento procesal, no puede pregonarse que de manera dolosa haya incumplido sus deberes.* Auto. Segunda instancia. 12 de agosto de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Valledupar, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora Cecilia Corrales de Rocha, Juez Tercero Civil del Circuito de esa ciudad, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 147

ADMINISTRACION DE JUSTICIA. *Los delitos de falsas imputaciones ante las autoridades y falso testimonio vulneran el bien jurídico de la administración de justicia y no es posible que concurran cuando se trata de una sola conducta, porque ante un conflicto aparente de normas se impone el principio fundamental del* non bis in idem. Auto. Segunda instancia. 20 de agosto de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual ordenó la cesación de procedimiento adelantado contra el doctor Carlos Arturo Vásquez Sánchez, Juez Promiscuo de Anzoátegui denunciado por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 152

AUTO DE PROCEDER. *Es de excepcional comportancia la armónica correlación entre el auto de proceder y la sentencia, y, en los procesos con intervención*

Págs.

del jurado de conciencia, el auto de proceder, el veredicto y la sentencia. Sentencia. Casación. 20 de agosto de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio del cual condenó a Alvaro Martínez Maestre, por el delito de acceso carnal violento. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 158

CONEXIDAD. Competencia. *La conexidad ideológica hace necesario el juzgamiento de los diferentes delitos en un solo proceso y la competencia corresponde a prevención.* Auto. Colisión. 20 de agosto de 1986. *Resuelve* colisión entre los Juzgados Cuarto Superior de Barranquilla y Veintitrés de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 164

FALSEDAD. *No es típica la conducta del funcionario que en una providencia emplea una denominación errónea, porque el delito de falsedad exige, además, la intención de faltar a la verdad.* Auto. Unica instancia. 27 de agosto de 1986. *Se abstiene* de iniciar investigación penal contra el doctor Abelardo Rivera Llano, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 167

IMPEDIMENTO. *No es causal de impedimento la orden anterior del funcionario, para que se expidan copias que busquen la verificación de una situación que consideró irregular y que, originaron el proceso, del que conoce posteriormente.* Auto. Impedimento. 27 de agosto de 1986. *No acepta* el impedimento manifestado por el doctor Luis Alfonso Montoya Cadavid, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 176

VEREDICTO. *Cuando la respuesta del jurado de conciencia suscita perplejidades es imperioso fijar su alcance, de acuerdo con su contenido literal, a la realidad probatoria y a las intervenciones de la audiencia pública.* Sentencia. Casación. 27 de agosto de 1986. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de la cual condenó a Alvaro Rojas Gil, por autor del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 180

ABOGADO. Actividad. *Al abogado litigante no puede exigírsele que su criterio personal coincida con el del funcionario ante el cual aboga, ni limitarle peligrosamente su actividad forense sancionándolo por el fiel y legítimo ejercicio de esa profesión liberal.* Auto. Segunda instancia. 2 de septiembre de 1986. *Revoca* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se abstuvo de iniciar proceso contra la doctora Dolores Margarita Quiñones, Juez Octavo Penal del Circuito de esta ciudad, en su lugar ordena la iniciación del sumario. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 185

FIRMA. Actas. *Con la disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal se pretende que la firma empleada en los actos oficiales sea el producto de la actividad manuscritural de quien la estampa y la misma que acostumbra, para evitar que se utilicen iniciales, sellos o medios mecánicos.* Sentencia. Casación. 2 de septiembre de 1986. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Carlos Alirio Pérez o Carlos Alirio Orjuela Pérez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 197

Págs.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Jerarquía. *La jerarquización es principio esencial de la organización judicial, por manera que el instructor no puede válidamente calificar la conducencia o fundamento de lo ordenado.* Auto. Segunda instancia. 2 de septiembre de 1986. *Revoca* la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal al doctor Luis Alfonso Lozano González ex Juez Noveno de Instrucción Criminal de ese Distrito, en su lugar lo sobresee definitivamente de los cargos por el delito de prevaricato 203

CONCURSO. *En los tipos penales de conducta alternativa cuando hay unidad de sujeto activo y éste realiza varias hipótesis, según los verbos rectores, no se presenta la figura del concurso delictual y su solución se traslada al campo de la dosimetría penal.* Sentencia. Casación. 2 de septiembre de 1986. *Casa* el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Graciano Ramírez Maldonado, como infractor del Decreto 1188 de 1974 y decreta la nulidad de lo actuado para que el proceso continúe adelantándose por la justicia ordinaria. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* ... 207
Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 217

COMPETENCIA. Justicia Penal Militar. *El artículo 46 de la Ley 30 de 1986 es de inmediato cumplimiento, por manera que no continúa la competencia de la Justicia Penal Militar con el argumento del régimen de normas dictadas bajo el estado de sitio.* Sentencia. Casación. 2 de septiembre de 1986. *Casa* el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Graciano Ramírez Maldonado, como infractor del Decreto 1188 de 1974 y decreta la nulidad de lo actuado para que el proceso continúe adelantándose por la justicia ordinaria. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 207
Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 217

NULIDAD. *Cuando una misma conducta se ha dividido, otorgándole la apariencia de dos cargos para hacer un doble encuadramiento, se incurre en nulidad de carácter constitucional, porque se viola el derecho de defensa.* Sentencia. Casación. 2 de septiembre de 1986. *Casa* el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Graciano Ramírez Maldonado, como infractor del Decreto 1188 de 1974 y decreta la nulidad de lo actuado para que el proceso continúe adelantándose por la justicia ordinaria. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 207
Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 217

DENUNCIA. Ratificación. *La apertura de investigación o el auto inhibitorio no requieren de la ratificación bajo juramento.* Auto. Segunda instancia. 2 de septiembre de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Valledupar, por medio de la cual se abstuvo de iniciar sumario contra el doctor Alfredo del Toro Núñez, Juez Tercero Penal del Circuito de ese Distrito, denunciado por los delitos de prevaricato, asesoramiento ilegal y abuso de autoridad. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 221

REVISION. *Procede la* REVISIÓN *del proceso cuando, proferido el fallo de condena, se presentan pruebas que fueron desconocidas por los juzgadores en las ins-*

Págs.

tancias, que hagan presumir la inocencia o irresponsabilidad del condenado. Auto. Revisión. 2 de septiembre de 1986. *Ordena* la revisión de la causa seguida contra Germán Chacón Antía y otros por violación al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 226

AUTO DE PROCEDER. *La denominación genérica del delito exigida en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal en la parte resolutiva del auto de proceder, no puede extenderse a la motiva que debe precisar clara y detalladamente los cargos.* Sentencia. Casación. 9 de septiembre de 1986. *No casa* el falló del Tribunal Superior de Valledupar, por medio del cual condenó a Erasmo López Suárez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 238

CAUSAL PRIMERA. Casación. *En la violación directa no se impugna la prueba porque el quebranto de la ley se produce de inmediato, mientras que en la violación indirecta se requiere discurrir en ese aspecto como elemento mediato en el desconocimiento de la norma sustancial.* Sentencia. Casación. 9 de septiembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a Jorge Gustavo Arenas Matéus, por los delitos de homicidio y hurto. Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Aldana Rozo* 245

NULIDAD. Unidad procesal. *La violación del principio de la unidad procesal en acciones conexas que debieron investigarse y fallarse conjuntamente, ha sido desestimada como factor de nulidad.*

La Corte reitera su tesis. (Sentencias de 26 de septiembre de 1979, 14 de febrero de 1984, 16 de julio de 1986 y 30 de julio de 1986). Sentencia. Casación. 9 de septiembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a José Ignacio Briceño Cañón, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* ... 251

PREVARICATO. *La conducta abusiva del funcionario que profiere resolución o dictamen manifiestamente ilegales, se subsume dentro del tipo de prevaricato y no en el de abuso de autoridad.* Sentencia. Segunda instancia. 9 de septiembre de 1986. *Declara* parcialmente la nulidad del fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y la confirma en cuanto condenó a Julio Alberto Hernández Sandoval, por los delitos de doble peculado y concusión, por hechos ocurridos mientras ejerció el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Hato Corozal (Casanare). Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 260

REO AUSENTE. Nulidad. *Si se desconoce la identidad física de una persona y así se procede a su emplazamiento y a la declaratoria de reo ausente, la falta de pronunciamiento posterior en cuanto a su situación procesal, no configura nulidad legal ni constitucional.* Sentencia. Casación. 9 de septiembre de 1986. *No casa* la sentencia del Tribunal Superior Militar, mediante la cual condenó a Luis Alejandro Caro López, como infractor del Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 267

VIOLACION INDIRECTA. *En los juicios con intervención del jurado de conciencia, no es posible desestimar su pronunciamiento para dictar sentencia por*

Págs.

una especie de delito no afirmada en el veredicto, posición que equivaldría a invocar la causal primera por violación indirecta de la ley. Sentencia. Casación. 17 de septiembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Julio César Romero Granados, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 272

CASACION. Contradicción. *La demanda de casación contradictoria en los cargos formulados, no cumple los requisitos del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, que exige indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal o causales invocadas.* Sentencia. Casación. 23 de septiembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Luis Arturo Arenas Ayala, por el delito de concusión. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 277
Aclaración de voto: doctores *Guillermo Dávila Muñoz* y *Lisandro Martínez Zúñiga* 284

FUERO. *El Presidente de la República y el Encargado del Poder Ejecutivo deben ser juzgados de conformidad con el artículo 131 de la Constitución Nacional, por hechos que se les atribuyan ocurridos en el ejercicio del cargo o con anterioridad, mientras que los demás funcionarios mencionados en los artículos 20, 96, 97 y 102 gozan sólo de un fuero relativo para que se les juzgue por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo.* Auto. Segunda instancia. 23 de septiembre de 1986. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual sobreseyó definitivamente al doctor Julián Rojas Otálora, Juez Sexto Penal del Circuito de esta ciudad por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, en su lugar lo sobresee temporalmente. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* ... 292
Aclaración de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 300

IMPEDIMENTO. *La causal 5ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es una de las que más profundamente tocan el fuero interno del funcionario, debiéndose atender su manifestación cuando considere que la amistad con alguno de los apoderados sea capaz de conturbar su serenidad de dispensador de justicia.* Auto. Impedimento. 23 de septiembre de 1986. Declara fundado el impedimento manifestado por el doctor Rafael Labrador Buitrago, Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta. Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel* 302

DERECHO PENAL. Finalidad. *El derecho penal ha sido creado para consagrar los derechos de todos los ciudadanos, independientemente de su estructura moral, por manera que la libertad, el patrimonio, la vida, la integridad personal o cualquiera otro de los que están tutelados, no pueden ser proscritos para quienes actúan con motivos torcidos.* Sentencia. Casación. 30 de septiembre de 1986. *Casa* la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual absolvió a Willy Alberto Puerta Trujillo, Alberto González J., John Jairo Vélez Pineda y Jesús María Palacio Pineda, en su lugar la Corte los condena por el delito de estafa. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 305

SECUESTRO. *El impúber arrebatado de su hogar es sujeto pasivo de secuestro simple, porque no está en capacidad de prestar su consentimiento en forma*

Págs.

válida. Auto. Colisión. 30 de septiembre de 1986. Resuelve colisión entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Neiva y Primero Promiscuo del Circuito de Granada. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 315

DOCUMENTO PUBLICO. Militar. *No existe una especie particular de documentos militares, porque los miembros de las Fuerzas Armadas son funcionarios públicos y por consiguiente todos los documentos que expidan en el ejercicio de sus funciones son documentos públicos.* Auto. Segunda instancia. 7 de octubre de 1986. *Revoca* la providencia del Tribunal Superior Militar, por medio de la cual sobreseyó definitivamente al Mayor Pedro Elías Jiménez Rojas y, en su lugar, lo llamó a responder en juicio criminal por el delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 319

VEREDICTO. *Cuando son varios los veredictos hay dificultad para el juzgador y también para los impugnadores, en cuanto pretenden demostrar la incompatibilidad entre unos y otros, que por el principio de no contradicción, terminan por arruinarse dialécticamente.* Sentencia. Casación. 7 de octubre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Israel Echeverry Trujillo y Rodolfo Cupitra, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 332

COMPETENCIA. Cuantía. *No hay contradicción entre las Leyes 2ª y 55 de 1984, en cuanto señalan competencia para conocer de los procesos contra el patrimonio económico.* Sentencia. Casación. 15 de octubre de 1986. *Casa* el fallo del Tribunal Superior de Montería, por medio del cual absolvió al sujeto "El Pastelito", por el delito de hurto y declara la nulidad del proceso a partir, inclusive, del auto que dispuso el cierre de la investigación. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 338

DOCUMENTO. *El documento —público o privado— como medio de prueba está sometido a las reglas contempladas en el ordenamiento procesal civil y como objeto de prueba al mismo tratamiento de los demás elementos del delito.* Sentencia. Casación. 15 de octubre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jesús Eduardo Rojas Vanegas y Luz Amparo Carrillo de Rojas, por el delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome* 347

CASACION. Naturaleza. *Por el carácter discrecional de esta impugnación extraordinaria, la casación queda sujeta al alcance que quieran darle las partes, sin que oficiosamente permita interpretaciones.* Auto. Casación. 21 de octubre de 1986. *Desecha* el recurso interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual condenó a Esteban Hurtado Hurtado, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome* 354

EXTRADICION. *En la extradición pasiva es requisito que la persona solicitada se halle en el territorio del Estado requerido. La Corte recoge su doctrina anterior, en cuanto se consideró como vacío de procedimiento en el Tratado*

Págs.

de Extradición con Estados Unidos, susceptible de suplir con normas que regulan situaciones semejantes. Esta posición se acoge también en concepto del 28 de octubre de 1986, en el que es Magistrado ponente el doctor Guillermo Dávila Muñoz. Concepto. Extradición. 21 de octubre de 1986. *Desfavorable* a la solicitud de extradición de Juan Ramón Matta Ballesteros, por el gobierno de Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 360

MINISTERIO PUBLICO. *En la Ley 2ª de 1984 —artículo 26— la participación del Ministerio Público es la misma que en los procesos ordinarios, con la diferencia de que no hay lugar a traslados, ni a notificaciones obligatorias, con el fin de darle una mayor celeridad a su tramitación.* Sentencia. Casación. 21 de octubre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Miguel Francisco Luna Arroyo y Rodrigo de Jesús Montaño Fernández, por los delitos de secuestro extorsivo y hurto. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 364

NULIDAD. *La omisión en la notificación del auto que abre juicio a prueba en la segunda instancia, artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar, genera nulidad de orden constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio. La Corte reitera su doctrina.* Sentencia. Casación. 21 de octubre de 1986. *Casa* el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Miguel Antonio Cruz, como infractor del Decreto 1188 de 1974 y declara la nulidad de lo actuado desde el auto de abre a prueba en la segunda instancia. Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel* ... 374

CAUSAL SEGUNDA. Casación. *Si al admitir la responsabilidad del procesado, el jurado de conciencia hace agregación o aclaración que modifique sustancialmente el cargo formulado y en las instancias no se admite, la demanda de casación deberá alegar la causal segunda, para que se acoja el veredicto y se dicte la sentencia de conformidad.* Sentencia. Casación. 22 de octubre de 1986. *Casa parcialmente* el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Epifanio Arturo Pineda, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 379

CODIGO. Justicia Penal Militar. *El Código de Justicia Penal Militar es una ley especial, con vida jurídica autónoma, de modo que su disimilitud entre su parte especial y la del Código Penal de 1980, obliga a reconocer la autonomía de cada una de ellas. Con idéntica orientación se pronuncia la Corte en providencia de esta misma fecha, en el proceso de radicación número 0103.* Sentencia. Casación. 22 de octubre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Suboficial del Ejército —Cabo Primero Guillermo Fernández Marmolejo—, por el delito de hurto. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 387

CAUSAL SEGUNDA. Casación. *El error en el auto calificatorio sobre la valoración del grado de culpabilidad, puede ser corregido en las instancias, sin que así sea conducente aceptar la causal de casación por falta de unidad entre el auto de proceder, el cuestionario, el veredicto y la sentencia.* Sentencia. Casación. 27 de octubre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal

Págs.

Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio del cual condenó a Luis Andrés Cristancho M. por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 392

COMPETENCIA. Fraude procesal. *La competencia para conocer del delito de fraude procesal, se determina por el lugar en donde se busca una decisión judicial errada mediante el engaño al funcionario.* Auto. Colisión. 28 de octubre de 1986. *Dirime* la colisión de competencia suscitada entre los Juzgados Cuarto Penal del Circuito de Pereira y Primero Penal del Circuito de Buga. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 405

EXCARCELACION. *La ley ordinaria afecta las normas del estado de sitio, cuando se trata de estatutos generales que se ocupan de una determinada materia en forma integral y que no contienen una expresa salvedad sobre esta señalada incidencia. Y como el juzgamiento de los civiles por la Justicia Penal Militar es transitorio y precario, el régimen favorable a su libertad, cuando se trata de reglamentación integral de la cuestión, no debe encontrar la cortapisa de la especialidad del juzgamiento.* Auto. Unica instancia. 28 de octubre de 1986. *Se abstiene* de iniciar proceso contra los doctores Gabriel Alfonso González Reyes y Julio César Torres Mendoza, Magistrados del Tribunal Superior Militar, denunciados por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 409

IMPUTABILIDAD. Responsabilidad. *En el Código Penal de 1936 a los inimputables se le imponía medidas de seguridad cuando realizaban conducta típica, antijurídica y no concurría causal de exclusión de culpabilidad y en el Código Penal de 1980, igualmente se predica su responsabilidad penal, en supuestos semejantes.* Sentencia. Casación. 28 de octubre de 1986. *Casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Luis Alejandro Gómez Buitrago por el delito de homicidio y declara la nulidad de lo actuado a partir del auto que fijó fecha para el sorteo de jurados. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome* 420
Salvamento de voto: doctor *Jaime Giraldo Angel* 434
Salvamento parcial: doctores *Guillermo Duque Ruiz* y *Gustavo Gómez V.* 436

IMPUTABILIDAD. *La Corte plantea una solución diferente a la posición jurisprudencial anterior, cuando el jurado de conciencia reconoce una situación de inimputabilidad que carezca de apoyo en la realidad.* Sentencia. Casación. 28 de octubre de 1986. *Casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Luis Alejandro Gómez Buitrago, por el delito de homicidio y declara la nulidad de lo actuado a partir del auto que fijó fecha para el sorteo de jurados. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome* 420
Salvamento de voto: doctor *Jaime Giraldo Angel* 434
Salvamento parcial: doctores *Guillermo Duque Ruiz* y *Gustavo Gómez V.* 436

APODERADO. *Durante el sumario el debate probatorio no se ha abierto a pesar de que se conservan los principios de publicidad y contradicción de la prueba y pueden ser ejercidos por el procesado o por el apoderado que no es abogado, pero en el juicio es indispensable la asistencia de un profesional,*

Págs.

so pena de constituir causal de nulidad. Sentencia. Casación. 29 de octubre de 1986. *Casa* el fallo del Tribunal Superior de Quibdó, por medio del cual condenó a Leopoldino Arias Machado y Santiago Monsalve González, por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 439

CASACION. Técnica. *No es posible hacer pronunciamiento de fondo, cuando la demanda adolece de protuberantes fallas de técnica en la presentación y fundamentación de los cargos, que le impiden a la Sala desentrañar el alcance y contenido de la impugnación.* Sentencia. Casación. 29 de octubre de 1986. *Desecha* el recurso de casación contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Oscar Alberto Ramírez Montoya, José Armando Pérez y Luis Enrique Vivas González, por el delito de secuestro extorsivo. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* ... 456

HURTO. *El apoderamiento en el hurto requiere la voluntad que se caracteriza por querer la cosa con disponibilidad, por manera que si el fin propuesto es diverso, la adecuación típica se desplaza.* Sentencia. Casación. 29 de octubre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a Aquileo Valdés Posso por el delito de extorsión. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 464
Salvamento de voto: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 470

NULIDAD. *La nulidad de una decisión únicamente afecta las actuaciones que dependan de ella, por manera que si la validez de ésta no era requisito para la existencia de las pruebas practicadas, éstas conservan todo su valor.* Sentencia. Casación. 5 de noviembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual condenó a Alfonso Agustín Bernal Reyes, por el delito de contrabando. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 474

SABOTAJE. Daño. *Es nítida la distinción entre los delitos de sabotaje y daño. Este tiene una connotación rígidamente privada que hace compatibles el delito y la composición pecuniaria, mientras que el sabotaje involucra valores superiores, como la libertad de trabajo y asociación, que no permiten esos acuerdos y transacciones.* Sentencia. Casación. 10 de noviembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Jaime Castilla Barón, Germán Humberto Rojas Chinchilla y Ezequiel Mora Ortiz, por el delito de sabotaje. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 482

AUTO CABEZA DE PROCESO. *La orden de vincular a una persona mediante indagatoria, cumple, por sí sola, sustancialmente la función iniciadora de la investigación.* Auto. Segunda instancia. 11 de noviembre de 1986. *Revoca* la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual dictó auto de proceder contra la doctora Eustaquia Copete de Pino, Juez Segundo de Instrucción Criminal de esa ciudad, en su lugar la sobresee definitivamente del delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 496
Salvamento de voto: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 502

Págs.

CAUSALISMO. *Los doctrinantes se plantean el interrogante si nuestro Código Penal tiene orientación causalista o si admite la posibilidad de interpretarlo bajo la estructura de la acción final. Fundamentos de una y otra posiciones.* Auto. Segunda instancia. 11 de noviembre de 1986. *Confirma parcialmente,* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal a Silvio Caicedo Burgos, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 505
Aclaración de voto: doctores *Guillermo Duque Ruiz* y *Jaime Giraldo Angel.* 521
522

FAVORABILIDAD. *El Decreto 1853 de 1985 sobre captura, detención preventiva, excarcelación, etc., traduce una legislación más benigna que la Ley 2ª de 1984 e impone así su inmediata vigencia, la cual debe producir efectos en los casos que recibieron o debieron recibir su influjo, sin incertidumbre que pretenda subordinar tal riesgo a los resultados del control constitucional.* Auto. Segunda instancia. 11 de noviembre de 1986. *Confirma parcialmente,* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal a Silvio Caicedo Burgos, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 505
Aclaración de voto: doctores *Guillermo Duque Ruiz* y *Jaime Giraldo Angel.* 521
522

EXCARCELACION. *El Decreto 1853 de 1985 artículo 14-3 y el artículo 469 del Código de Procedimiento Penal buscan impedir que en proceso por delitos dolosos excarcelables, cometidos con posterioridad a procesos en los que se haya dictado auto de detención (o caución), se continúe con el mismo benéfico criterio.* Auto. Segunda instancia. 11 de noviembre de 1986. *Confirma parcialmente* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal a Silvio Caicedo Burgos, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 505
Aclaración de voto: doctores *Guillermo Duque Ruiz* y *Jaime Giraldo Angel.* 521
522

PRESCRIPCION. Acción. *Interrumpido el término de prescripción de la acción penal por el auto de proceder o su equivalente, el nuevo lapso es igual a la mitad del que corresponda a cada disposición penal.* Auto. Casación. 11 de noviembre de 1986. *Declara* que la acción penal adelantada contra Eugenio Mosquera y Jesús Antonio Rodríguez, no ha prescrito y ordena dar trámite al recurso de casación interpuesto contra la sentencia que los condenó por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel.* 528
Salvamento de voto: doctores *Lisandro Martínez Z.* y *Guillermo Duque R.* 534

PREVARICATO. *El prevaricato por acción es un delito doloso y requiere, por consiguiente, en el agente la capacidad de conocer y de querer que sea contrario de la ley.* Sentencia. Segunda instancia. 11 de noviembre de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Valledupar, por medio de la cual condenó al doctor Jorge Eliécer Soto Roca, Juez Promiscuo Municipal de El Copey, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 536

Págs.

SUSTENTACION. *La exigencia de sustentación del recurso de apelación, así se haya hecho a uno de los cargos o por uno solo de los procesados, proporciona al funcionario de segunda instancia la facultad para revisar toda la providencia.* Auto. Segunda instancia. 11 de noviembre de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Neiva, en cuanto llamó a responder en juicio criminal al doctor Abraham Castro Anacona, ex Juez Tercero Civil Municipal de esa localidad, por los delitos de prevaricato y cohecho. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 543

CAUSAL PRIMERA. Técnica. *Cuando la impugnación se fundamenta en la apreciación errónea o en la falta de apreciación de una prueba, la ley exige que se explique con claridad si obedece al quebrantamiento de normas o a la carencia de sindéresis lógica de la sentencia. (Error de derecho o de hecho).* Sentencia. Casación. 12 de noviembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Rosalina Ortega Bejarano, por el delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel* 549

CONEXIDAD. *Cuando no sea posible adelantar conjuntamente el juzgamiento de los delitos conexos, el rompimiento de esa unidad no lleva a la invalidación del proceso.* Sentencia. Casación. 12 de noviembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a David Daza Camargo, por el delito de fraude procesal. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 555

CONCURSO. *Hay concurso efectivo de hechos punibles en el fraude procesal y la estafa aún en el caso de que el segundo se quede en el terreno de la tentativa.* Sentencia. Casación. 12 de noviembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a José David Daza Camargo, por el delito de fraude procesal. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 555

DOLO. Específico. *La dogmática moderna ha demostrado que no hay delitos con dolo específico, sino algunas modalidades típicas que incluyen la finalidad o motivación que guía al agente a actuar intencionalmente contra derecho ajeno.* Auto. Segunda instancia. 12 de noviembre de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual abrió causa criminal contra el doctor Humberto Messa Aristizábal, Juez Noveno de Instrucción Criminal de esa ciudad, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 567

IMPEDIMENTO. *Cuando el Juez se ha declarado impedido, puede y debe reconocer la parte civil, porque no es acertado negar que constituye un acto urgente de instrucción, y en relación con la situación jurídica del procesado, su obligación es perentoria para resolverla después de que lo haya oído en indagatoria.* Auto. Segunda instancia. 12 de noviembre de 1986. *Revoca* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual ordenó la cesación de procedimiento adelantado en contra de la doctora Luz Marina Gutiérrez de Silva, Juez Cuarenta y Seis de Instrucción Criminal. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 579

Págs.

PRESCRIPCION. *La Corte reitera su tesis de auto de 21 de mayo de 1985, en cuanto el lapso de prescripción de la acción penal tiene relación con el máximo de la pena señalado en la respectiva disposición, disminuida en el mínimo si concurren circunstancias de atenuación y aumentada en el máximo para el caso de circunstancias agravantes.* Auto. Casación. 12 de noviembre de 1986. *Declara prescrita* la acción penal adelantada contra Leonor Romero de Ovalle y Abraham Aparicio Romero, condenados por el Tribunal Superior de Bogotá, por los delitos de estafa y falsedad. Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel* 587

VEREDICTO. *Con apoyo en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, la Corte ha recordado que son frecuentes las respuestas del jurado que hacen calificaciones o adiciones cuyo alcance y significado pueden ser difícilmente precisados, por lo que al Juez le corresponde establecer de manera exacta el sentido de la veredicción.* Sentencia. Casación. 12 de noviembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Anselmo Niño Camacho y Anselmo Niño González, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome* ... 591

JURADO DE CONCIENCIA. *El acto de prestar el juramento por parte del jurado de conciencia no constituye intervención de fondo y, en consecuencia, no hay violación a las normas legales o constitucionales cuando se efectúa el sorteo parcial, luego de prosperar la recusación a alguno de ellos, propuesta en ese momento de iniciar la audiencia pública.* Sentencia. Casación. 19 de noviembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Luis María Torres Briceño, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 597

CAUSAL PRIMERA. Casación. *La ley es especialmente exigente en torno a los requisitos de fondo y de forma que debe reunir la demanda, cuando se ataca el fallo por la causal primera de casación.* Sentencia. Casación. 25 de noviembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio del cual condenó a José Antonio Martínez Arias por los delitos de acceso carnal e incesto. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 610

NOTIFICACION. *Las normas del Estatuto Penal Aduanero no contienen reglamentación completa sobre notificaciones, pero son claras en cuanto a la remisión para suplir vacíos que en primer lugar corresponde al Estatuto Penal, porque consagra materias semejantes y requiere su observación por ser de orden público.* Auto. Casación. 26 de noviembre de 1986. *Decide* el recurso de hecho declarando bien denegado el de casación, que se pretendió interponer contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, por medio de la cual condenó a Miguel Luis Delgado Montoya, por el delito de contrabando. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 617

AUTO DE PROCEDER. *El artículo 483-3 del Código de Procedimiento Penal, indica cómo se ha de dar la calificación jurídica de la infracción, con la indicación de las circunstancias que la especifiquen, sin que el juzgador deba hacer referencia al artículo que describe la modalidad de la conducta, porque*

Págs.

así se exigiría una calificación no genérica sino específica. Sentencia. Casación. 2 de diciembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Laureano Fandiño, por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 622

CAUSAL PRIMERA. Violación directa. *Si se alega violación directa de la ley, deben aceptarse los hechos como fueron reconocidos por el juzgador y con censura de estricto derecho plantear la exclusión evidente de la norma sustancial, su indebida aplicación o su equivocada interpretación.* Sentencia. Casación. 2 de diciembre de 1986. *Desestima* el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual condenó a Hugo León González Naranjo, por el delito de abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 628

IMPEDIMENTO. *El cambio de apoderado como causal de impedimento no admite que sea el mismo funcionario quien tenga la iniciativa para separarse del conocimiento del proceso. La Corte reitera su criterio de providencias de 7 de diciembre de 1979 y 27 de abril de 1982.* Auto. Impedimento. 2 de diciembre de 1986. *Declara infundado* el impedimento manifestado por el doctor Antonio J. Ardila de León, Magistrado del Tribunal Superior de Montería. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz* 635

DICTAMEN PERICIAL. Imputabilidad. *El artículo 411 del Código de Procedimiento Penal impone al funcionario instructor la obligación de ordenar el reconocimiento médico del procesado, cuando observe indicios de que obró en estado de perturbación mental o sin capacidad para comprender la ilicitud de su acto.* Sentencia. Casación. 3 de diciembre de 1986. *Desecha* la casación interpuesta contra el fallo del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio del cual condenó a Rodrigo de Jesús Herrera Vélez, por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 638

JURADO. *El legislador sanciona con severidad la inhabilidad del jurado cuando éste o el Juez no la tomen en cuenta, pero las excusas relativas o absolutas no las mira en igual sentido, ni impone en estos casos el correctivo de la nulidad.* Sentencia. Casación. 3 de diciembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Alfredo Jiménez López, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 644

NULIDAD. *El desconocimiento de la unidad procesal, conveniente, entre otras razones, para evitar fallos contradictorios, no siempre ocasiona nulidad de carácter supralegal.* Auto. Unica instancia. 3 de diciembre de 1986. *Niega* la nulidad de lo actuado en el proceso adelantado contra los doctores Eduardo Matson Figueroa, Manuel Sierra Navarro y Bettin Vergara, Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 651

Págs.

CAUSAL SEGUNDA. *El desacuerdo entre el pliego y la sentencia en cuanto a las circunstancias de agravación, cuando los hechos han sido valorados en la primera providencia en una menor entidad, es suficiente para demostrar la causal segunda de casación.* Sentencia. Casación. 10 de diciembre de 1986. *Casa parcialmente* el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Mauricio Martínez Martínez, por el delito de extorsión. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas* 655
Salvamento de voto: doctor *Jaime Giraldo Angel* 663

CESACION DE PROCEDIMIENTO. Emergencia judicial. *Para que se pueda dar aplicación al artículo 5º de la Ley 22 de 1980, el funcionario debe hacer un juicio sobre el material probatorio existente y concluir si hay mérito para dictar auto de detención.* Sentencia. Casación. 10 de diciembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Hernando Morales Vivas, por el delito de concusión. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome* 671
Salvamento de voto: doctores *Gustavo Gómez Velásquez, Guillermo Dávila Muñoz* y *Lisandro Martínez Zúñiga* 677

JUSTICIA PENAL MILITAR. Procedimiento. *En el juzgamiento de los jueces de Instrucción Penal Militar por el Tribunal Superior Militar, se aplicarán las normas que rigen el procedimiento penal ordinario.* Sentencia. Segunda instancia. 10 de diciembre de 1986. *Confirma* la providencia del Tribunal Superior Militar, por medio de la cual condenó al Capitán Abogado Manuel Vicente Danderino Moreno, Juez Veintiocho de Instrucción Penal Militar, por el delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome* 681

VIOLACION DIRECTA. Dosimetría penal. *Para impugnar la sentencia condenatoria con el argumento de que la dosimetría penal violó directamente la ley, es necesario particularizar la forma del agravio dentro de las tres hipótesis de falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.* Sentencia. Casación. 10 de diciembre de 1986. *No casa* el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Fideligno Ropero, por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 690

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA OBRA, EN EL MES DE FEBRERO DE 1988