14

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
PRIMER SEMESTRE

TOMO CXCIII – Número 2432
Bogotá, D. E., Colombia – Año de 1988

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



TOMO CXCIII

1988

PRIMER 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

1988

SALA PLENA

Doctores JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ, **Presidente.**
RODOLFO MANTILLA JACOME, **Vicepresidente.**
Alfredo Beltrán Sierra,
Alvaro Ortiz Monsalve,
Secretarios.

SALA CIVIL

Doctores ALBERTO OSPINA BOTERO - **Presidente.**
Alfredo Beltrán Sierra,
Alvaro Ortiz Monsalve,
Secretarios.

MAGISTRADOS:

Doctores **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Eduardo García Sarmiento.
Pedro Lafont Pianetta.
Héctor Marín Naranjo.
Alberto Ospina Botero.
Rafael Romero Sierra.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores HERNANDO GOMEZ OTALORA, **Presidente.**
Luz Emilia Jiménez de Molina,
Miguel A. Roa Castelblanco,
Hernán Olano Correa,
Secretarios.

MAGISTRADOS:

Doctores **Jairo E. Duque Pérez.**
Hernando Gómez Otálora
Fabio Morón Diaz.
Jaime Sanín Greiffenstein.

SALA LABORAL

Doctores JACOBO PEREZ ESCOBAR, **Presidente.**
Bertha Salazar Velasco, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores **Hernán Guillermo Aldana Duque.**
Rafael Baquero Herrera.
Manuel Enrique Daza Alvarez.
Jorge Iván Palacio Palacio.
Jacobo Pérez Escobar.
Ramón Zúñiga Valverde.

SALA PENAL

Doctores GUILLERMO DUQUE RUIZ, **Presidente.**

Luis Guillermo Salazar Otero,
Gustavo Morales Marín,
Secretarios.

MAGISTRADOS:

Doctores **Jorge Carreño Luengas.**
Guillermo Dávila Muñoz.
Guillermo Duque Ruiz.
Jaime Giraldo Angel.
Didimo Páez Velandia.
Gustavo Gómez Velásquez.
Rodolfo Mantilla Jácome.
Lisandro Martínez Zúñiga.
Edgar Saavedra Rojas.
Jorge Enrique Valencia Martínez.

RELATORES

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

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL	DOCTORA CARMEN ROSA AVELLA DE CORTES
RELATORA SALA PENAL	DOCTORA HILDA LEONOR CORTES GOMEZ
RELATORA SALA LABORAL	DOCTORA ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	DOCTOR MIGUEL ANTONIO ROA CASTELBLANCO

TOMO CLXXV – Bogotá - Colombia – Enero a Junio de 1988 – Número 2432

EXTORSION

La norma sustancial que consagra la infracción contempla la acción a constreñir, esto es, de obligar o compeler por cualquier medio al alcance del autor con el fin de obtener provecho ilícito, independientemente de que no se logre ese resultado final perseguido.

Sentencia casación. 15 de enero de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Jorge Antonio Montoya Rivas y a Ferney Murillo Charria, por el delito de extorsión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 080 (diciembre 10 de 1987).

Bogotá, enero quince (15) de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

El Juzgado 2º de Instrucción Especializado, radicado en Cali, condenó a cada uno de los procesados Jorge Antonio Montoya Rivas y Ferney Murillo Charria a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión por el delito de extorsión del cual hicieron víctima a Luis Fernando Uribe Cock. Condenó también a Víctor Hugo Charum Murillo a dieciséis (16) meses de prisión, en calidad de cómplice de la misma infracción e impuso a los procesados mencionados las penas accesorias correspondientes y la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con el reato. Determinaciones adoptadas en sentencia de 18 de julio de 1986.

Recurrida en apelación dicha providencia, el Tribunal Superior de dicho Distrito en fallo de septiembre 30 de 1986, la confirmó con modificaciones en el sentido de aumentar a cuarenta y ocho (48) meses la pena de prisión que debían cumplir Montoya Rivas y Murillo Charria y de conceder a Charum Murillo el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra esta última decisión.

HECHOS:

Según el denunciante Luis Fernando Uribe Cock, los hechos que motivaron la vinculación al proceso de Jorge Antonio Montoya Rivas, Ferney Murillo Charria, Víctor Hugo Charum Murillo y Balmore Marín Jaramillo y la sentencia condenatoria que en la actualidad pesa en contra de los tres primeros, tuvieron su iniciación a mediados del año de 1985 cuando el mayordomo de la finca "Los Indios" ubicada en el municipio de Pradera (Valle), Balmore Marín Jaramillo y la esposa de éste, Orfa de Marín, lo enteraron de una serie de llamadas que se venían realizando a la hacienda y posteriormente de que Jorge Antonio Montoya Rivas, quien había sido contratado para que adelantara algunos trabajos en la misma propiedad rural perteneciente al denunciante y a su familia, había sido interceptado en la vía que conduce a Pradera por unos presuntos guerrilleros quienes exigían la suma de quinientos mil pesos.

Puntualizó el médico Uribe Cock que posteriormente, concretamente el 12 de enero de 1986, Jorge Montoya Rivas lo llamó por radio teléfono y le comunicó que sujetos desconocidos habían estado en la finca y como éste le hubiera insinuado que fuera hasta su casa para suministrarle detalles, optó por mandar al día siguiente a Víctor Córdoba con el fin de que hiciera las averiguaciones del caso y fue así como el empleado Balmore Marín le hizo entrega del escrito extorsivo que hace parte del folio 3 del cuaderno principal, escrito que según Marín provenía del M-19. Como el denunciante Uribe Cock hubiera grabado las conversaciones sostenidas con Balmore y Montoya en las oportunidades que éstos estuvieron en su consultorio hablando sobre la situación que se había presentado y desde el 13 de enero agentes del F-2 venían trabajando en el caso, las cuatro personas citadas fueron privadas de la libertad, hecho que permitió establecer que la empresa delictiva fue ideada por Montoya Rivas y Murillo Charria, quien contó con la colaboración de su primo Víctor Hugo Charum Murillo, para sacar en limpio el escrito contentivo de las exigencias de dinero y amenazas lanzadas contra el denunciante.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. La investigación fue iniciada por el Juzgado 2° especializado de la ciudad de Cali, despacho que luego de la práctica de múltiples diligencias y conforme al procedimiento indicado en el artículo 14 de la Ley 2ª de 1984, calificó el sumario con citación a audiencia pública para Jorge Antonio Montoya Rivas, Ferney Murillo Charria y Víctor Hugo Charum Murillo, para que respondieran "por el hecho punible de extorsión", los dos primeros como autores y el tercero en calidad de cómplice. En la misma providencia se sobreseyó definitivamente respecto de Balmore Marín Jaramillo "por estar plenamente comprobado que él no ha participado ni como autor ni como cómplice en el presente ilícito de extorsión".

2. Vencido el término probatorio dentro del cual se practicaron algunas diligencias ordenadas, por auto de 26 de junio de 1986 se señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública, acto procesal realizado el día 14 de julio del mismo año.

3. Con fecha 18 del mismo mes y año citados, el Juez del conocimiento dictó sentencia condenatoria imponiendo a los enjuiciados las sanciones a que se hizo

referencia inicialmente, decisión contra la cual interpusieron recurso de apelación tanto el Fiscal de la causa como los apoderados de los procesados Montoya Rivas y Charum Murillo.

4. El Tribunal Superior de Cali mediante la sentencia ya indicada, confirmó el fallo de primer grado, pero reformándolo en la forma ya mencionada.

La providencia de segundo grado fue recurrida en casación por el procesado Ferney Murillo Charria y por el defensor de Jorge Montoya Rivas, pero como Murillo Charria no hubiese presentado la demanda respectiva, se declaró desierto el recurso respecto de este recurrente.

La demanda de casación

El actor formula un solo cargo que sintetiza en los siguientes términos:

"La violación de la ley sustancial por interpretación errónea, pues mientras las pruebas demuestran fehacientemente que el tipo no fue violado con la conducta desarrollada por mi defendido, el Juzgador de segunda instancia lo da como demostrado, sencillamente porque se ha apegado a una adecuación típica que no corresponde al espíritu del legislador y que no puede ser entendida, nunca en la norma que cita como violada".

Explica el censor para sustentar el cargo, que el fallo reclamado en "Casación viola directamente, por interpretación errónea los artículos 1°, 4° y 355 del Código Penal", por cuanto se desconoce el principio de legalidad que establece que "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió...", y las pruebas recaudadas en el proceso indican que todo lo que alcanzó a suceder en este caso no fue más que el pensamiento de varias personas de obtener provecho ilícito que no pasó jamás de la simple intención dañina de los encartados porque "nunca hubo un resultado, ni jamás se dio un peligro real para la vida, bienes y libertad del ofendido", pero se dictó un fallo "en que se declara lo contrario".

Hace énfasis el casacionista en la violación del artículo 355 del Código de las penas, "porque se dio por demostrado el hecho punible allí consagrado, sin tomar en cuenta su verbo rector y sin consideración al daño o peligro que tal tipo debe generar. Las pruebas lo dicen...: todo lo que hubo en este caso fue una o varias amenazas contra el patrimonio y la libertad del doctor Uribe Cock, pero nunca se dio el constreñimiento en tal sentido y mucho menos se obtuvo un resultado que perfeccionase la descripción del tipo. El hecho punible, tal como lo contempla la ley, nunca se dio, así lo dicen las pruebas obrantes en el expediente, pero se llegó a la conclusión errónea de que sí se perfeccionó y se condenó por ello".

Precisa su razonamiento en la siguiente forma:

"... no es ni siquiera el resultado el que se tiene que exigir para el perfeccionamiento de la extorsión. No. Se tiene que dar el constreñimiento como tal, no como una simple amenaza. Una cosa es una amenaza y otra bien diferente el constreñimiento. Si el constreñimiento no se da, mal se podrá presentar el resultado dañino.

Primero se tiene que dar el constreñimiento y luego sí el daño. El primero es presupuesto del segundo. En este caso, las pruebas así lo dicen, nunca se dio ese constreñimiento. Jamás se llegó al resultado, mal podría haberse llegado si no se dio al verbo rector del tipo. Si no hubo constreñimiento, no hubo delito. Se produjeron unas amenazas, pero éstas no están contempladas como delito en nuestro medio. No se produjo el constreñimiento. No hubo, nunca el delito de extorsión".

Con fundamento en las premisas mencionadas y apoyado en fallo de esta Sala de 8 de abril de 1986 que el censor cita para demostrar que el artículo 355 del C.P. no es un tipo de mera conducta sino de resultado y por lo mismo, admite la tentativa, concluye solicitando que se case la sentencia debatida y en su lugar se dicte la que deba reemplazarla.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en paridad de criterios con los falladores de primer y segundo grados, solicita no casar la sentencia recurrida, pues considera que el motivo de impugnación es incapaz de provocar sentencia de absolución como lo pretende el censor, puesto que para que se perfeccione el delito de extorsión "Basta el constreñimiento a hacer, tolerar y omitir alguna cosa, siempre que lleve ínsito algún contenido patrimonial... No implica despojo patrimonial la perfección del delito. En este nos apartamos del criterio de la Corte pero no entramos a considerar pormenores sobre la polémica porque el motivo de ataque no está cifrado en la falta de aplicación del artículo 22 del C.P. que consagra la tentativa –sino en la errada– inteligencia de los elementos antijuridicidad y constreñimiento".

Enfatiza el Ministerio Público que dichos elementos van de la mano porque nadie se siente constreñido si ello no supone que su bien jurídico se vio amenazado y que "si se comprende que lo sustancial no estaba en que hubiese habido desprendimiento patrimonial, sino en que la libertad de relación del sujeto respecto de sus bienes estuvo amenazada, se entenderá porqué la conducta no es inocua y sí en cambio antijurídica materialmente, y porque sí existió resultado psicológico de constreñimiento".

Consideraciones de la Sala

El cargo se propone por violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea, toda vez que los actos cumplidos por los procesados no alcanzaron a configurar en forma alguna –según el actor– el constreñimiento que exige el precepto respectivo (artículo 355 Código Penal) para estructurar la infracción. Lo anterior con aceptación de la realidad probatoria declarada como tal por el fallador.

En tal forma, se le habría dado un alcance inadecuado a la norma, al comprender en la misma y entender configuraba la infracción, conducta que no podía tener calificación, por lo cual se reclama el reconocimiento correspondiente para llegar a la absolución del procesado recurrente.

Si bien el actor, reiterando su posición adoptada en el proceso al formular sus respectivas alegaciones, insiste en desconocer efecto alguno a los intimidatorios cumplidos por los acusados, con lo cual podría entenderse que penetra en un aspecto

probatorio impropio del motivo de casación alegado e inaceptable dentro de éste, debe tenerse en cuenta su manifestación ya indicada, para eliminar la posibilidad de que su argumentación comprende tal impugnación para concentrarse únicamente en la violación directa invocada y por el motivo expresado.

Así mismo podría deducirse que hace el recurrente alusión a la tentativa y que sobre este punto también propone razonamientos. A ello conduciría sus referencias al delito imperfecto y la extensa reproducción de reciente fallo de esta Sala en cuanto a este punto y en relación con la misma infracción (sentencia casación abril 8 de 1986, Magistrado Ponente doctor *Martínez Zúñiga,* proceso Helí Ramírez y otros). Sin embargo, basta para desechar tal posición las argumentaciones concretas del actor, dirigidas únicamente a rechazar la existencia de infracción, como se infiere de los apartes transcritos de su libelo, que concentra en tal aseveración la esencia de su reclamo contra el fallo. Aparte de que si así se admitiera, se llegaría a la conclusión de que habría incurrido en falla técnica, con las consecuencias correspondientes, por alegarse simultáneamente en un mismo cargo y respecto a una misma situación, posiciones opuestas como serían la existencia y la negativa de infracción con el consiguiente ineludible rechazo de la demanda por contradicción.

Pero no es esta la posición del actor, ni corresponde a la Corte hacer tal interpretación. En consecuencia, debe examinarse únicamente la acusación que aparece planteada o sea la inexistencia de infracción y a este punto se concreta el examen que se efectúa en el fallo y consecuentemente la decisión del recurso.

Radica la impugnación en que –como ya se expresó– *los actos irregulares cumplidos por el procesado recurrente –y debe entenderse que por los otros partícipes de la infracción– no alcanzaron efecto alguno o tuvieron incidencia, por cuanto en ningún momento intimidaron a la víctima escogida, ni disminuyeron su ánimo en forma que accediera o se determinara a realizar la entrega exigida de dinero, sino que por el contrario en el desarrollo de los hechos siempre estuvo dispuesto a reaccionar y a defender sus derechos.*

No es aceptable desde ningún punto de vista la argumentación referida. La norma sustancial que consagra la infracción contempla la acción a constreñir, esto es, de obligar o compeler, por cualquier medio al alcance del autor del hecho mediante violencia física o moral a hacer u omitir algo con el fin de obtener provecho ilícito. La idoneidad de los medios empleados para tal finalidad es estimada por el agente como suficiente para lograr el fin pretendido. Y así realiza los actos que entiende suficientes para su objetivo, que desde que se traduzcan en forma extensa y positiva y penetren en la esfera de actividad de la víctima, no pueden, dada su naturaleza, dejar de constituir el constreñimiento que contempla el texto legal y se relaciona concretamente con el derecho y libertad de la persona afectada que en tal forma se ve lesionada por razón de aquella actividad ilícita.

El contenido y efecto de tales actos, son los expresados independientemente de que, como ocurre en este caso, no se logre el resultado final perseguido. Pero no obstante esto no significa que los actos cumplidos por el autor en procura de una finalidad no alcanzada, resulten sin efecto ni contenido antijurídico alguno, como se desprende de la alegación del demandante, pues afectaron claramente los derechos de la víctima y

por lo mismo resultan contrarios a derechos susceptibles de la acción penal respectiva. Y por tanto, conforme el razonamiento examinado y por no lograr el beneficio ilícito perseguido, puedan resultar inocuos, como se desprendería de la posición del demandante, para llegar por esta vía a la absolución por la inexistencia de delito.

No tiene alcance alguno, para efectos de desvirtuar la infracción, como se aduce, el que la víctima adoptara las medidas necesarias para prevenir la amenaza que existía en su contra, sin acceder a las gravosas e ilícitas pretensiones de los autores de la conducta examinada. Es suficiente considerar al respecto –y esto guarda relación con lo anteriormente anotado– que por causa de las amenazas referidas y del constreñimiento del cual fue objeto el denunciante, se vio perturbado en su tranquilidad, hubo de prescindir de trasladarse a su propiedad como tenía necesidad de hacerlo para efectos de administración y negocios, examinar detenidamente la situación existente y, finalmente, pedir el auxilio de las autoridades, como medio de prevenir esa angustiosa situación que lo afectaba claramente, y único para conjurar el peligro existente.

No cabe entonces afirmar la inexistencia de infracción, como lo sostiene el actor y consiste en sustancia el cargo, para llegar por esta vía a la absolución que solicita.

No se demuestra por tanto la violación directa a la ley sustancial alegada por el recurrente.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el Procurador 3º Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

NEGAR la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

CONTRAVENCION

Aun cuando el artículo 68 de la Ley 30 de 1986 no estipula un término específico para el proferimiento de la resolución que ponga fin al trámite contravencional, el funcionario cuenta con la posibilidad de producir el fallo pertinente, a más tardar, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento de período probatorio reglado en el literal d) de dicha norma.

Auto Unica Instancia. 22 de enero de 1988. Se abstiene de iniciar investigación penal contra el doctor David Barros Vélez, gobernador del departamento del Quindío, denunciado por un posible delito de prolongación ilícita de privación de la libertad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 003 del 19 de enero de 1988.

Bogotá, veintidós (22) de enero de mil novecientos ochenta y ocho, (1988).

VISTOS

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia si es del caso o no iniciar investigación penal en contra de David Barros Vélez, en su calidad de gobernador de departamento del Quindío, por un posible delito de prolongación ilícita de privación de la libertad.

HECHOS

El señor José Humberto Henao Marín fue capturado y sindicado de cometer la contravención prevista en la Ley 30 de 1986, el día veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987). Como quiera que no se definiera su situación jurídica, el mismo aprehendido interpuso ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia el recurso de *Habeas Corpus*, el cual, tramitado conforme a la ley, fue resuelto a su favor y originó la expedición de copias para investigar la posible infracción a la ley penal en que hubiera podido incurrir el gobernador del Quindío,

funcionario a disposición del cual fuera puesto el capturado el día dos (2) de marzo del presente año.

ACTUACIÓN PROCESAL

De las copias remitidas por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia a esta Corporación, y complementadas luego por reproducciones de la misma actuación policiva que se desarrollara en contra del ciudadano Henao Marín, puede llegarse sin lugar a dudas a las siguientes conclusiones:

El señor José Humberto Henao Marín fue capturado por agentes de la Policía Nacional el día 28 de febrero de 1987, en posesión de una papeleta de marihuana y una de bazuco, circunstancia ésta que lo hace incurso en la contravención prevista en el artículo 51 de la Ley 30 de 1986; en esa misma fecha, fué puesto a disposición del Jefe de Policía Judicial del departamento, quien lo remitió, junto con las diligencias allegadas, a la oficina jurídica del departamento el día dos (2) de marzo del mismo año.

A partir del último día citado, la actuación pasó al inspector departamental de policía en comisión en el Camino Nacional de Salento, quien escuchó la diligencia de descargos del contraventor y practicó algunas pruebas relacionadas con los hechos materia de juzgamiento, y regresó las diligencias a la Oficina Jurídica de la Gobernación el día doce (12) de marzo del año en curso. En esa misma fecha, en la Gobernación del Departamento se recibió petición del centro de reclusión en donde se hallaba privado de la libertad Henao Marín, para que se autorizara su salida a consulta externa a un hospital local, la cual fue despachada favorable y oportunamente por la Gobernación, permiso que luego fue reiterado el día trece (13) de marzo, para atender consulta fijada para el día dieciséis (16) de los mismos mes y año.

Interpuesto el *Habeas Corpus* el día trece (13) por el propio contraventor, el Juzgado Primero Penal Municipal practicó diligencia de Inspección Judicial a la actuación policiva y encontró que en la fecha en que esta diligencia se produjo, dieciséis (16) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), aún no se había resuelto la situación jurídica del aprehendido, razón por la cual decretó su libertad inmediata al considerar que los términos previstos en la Ley 30 de 1986 se habían dejado vencer sin tomar la providencia que fuere pertinente, toda vez que el artículo 68, literal f) de la citada disposición, establece que la resolución que ponga fin al trámite contravencional se debe tomar una vez vencido el término de cinco (5) días hábiles que el mismo artículo 68 en su aparte d) estatuye para practicar pruebas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A fin de establecer la tipicidad de la conducta desarrollada por el señor gobernador del Quindío, *deben consultarse las normas que regulan el trámite contravencional en los específicos casos normados por la Ley 30 de 1986.*

Al efecto, debe señalarse que efectivamente el artículo 68 de aquella ley establece la competencia y el procedimiento que se deben observar para el juzgamiento de este tipo de contravenciones. La regulación en cita dispone que el acusado debe ser

escuchado en diligencia de descargos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a aquélla en que haya sido puesto a disposición del funcionario literal c), lo que indica que en el caso en estudio se dio estricto cumplimiento a los términos así establecidos, como que Henao Marín rindió su versión en los hechos el día cuatro (4) de marzo del presente año, dos (2) días después de que fuera puesto a disposición del gobernador del departamento.

El aparte d) del artículo que se estudia regula que a partir de la diligencia de descargos empezará a correr un término de cinco (5) días hábiles para practicar las pruebas que fueren necesarias, término éste del cual hizo uso el Inspector Departamental de Policía –quien actuaba como funcionario instructor según lo permite la Ley 30 de 1986–, al final del cual remitió nuevamente la actuación a la Oficina Jurídica de la Gobernación. Debe anotarse, a este respecto, que no fueron días hábiles el sábado siete (7) de marzo, y el domingo ocho (8) del mismo mes, fechas en las cuales no existe atención al público en la Inspección Departamental de Policía del Quindío, según aparece en las constancias procesales.

A partir del vencimiento de este último término, correspondía al Gobernador dictar la correspondiente resolución motivada que pusiera fin al procedimiento, según lo dispuesto en el literal f) del mismo artículo 68, sin que allí se señale lapso específico dentro del cual el funcionario deba producir su decisión.

Ahora bien, la expresión "Transcurridos los anteriores términos", que utiliza el literal f) del artículo 68 de la Ley 30 de 1986, parecería indicar, y así lo entendió el Juez Primero Penal Municipal de Armenia, *quien dispuso la libertad* de Henao Marín, *que el funcionario competente para dictar la resolución no cuenta con un plazo para ello, sino que de inmediato debe proceder a proferir la decisión que corresponda.*

Evidentemente esta interpretación parece adecuada, si se tiene en cuenta que el procedimiento regulado por el artículo 68 es sumamente breve, ágil, que implica no sólo una tramitación en el mínimo de tiempo que sea posible, sino, y con mayor razón, una decisión igualmente rápida. Empero, no puede admitirse, en sentir de la Sala, que en todas aquellas situaciones en las cuales no se regule un plazo para la toma de decisiones, se debe entender que ésta requiere pronunciamiento inmediato. Lo anterior, porque aun en ausencia de una regulación específica, existen disposiciones en otros ordenamientos rituales que, regulando situaciones similares, establecen períodos dentro de los cuales es procedente y legal dictar la providencia que corresponda.

La situación, entonces, sería la de determinar, con ayuda de esas disposiciones complementarias o de remisión, según el caso, cuál es el plazo máximo que puede utilizar el funcionario para su actuación. En el caso específico de estudio, el punto no ha sido resuelto por la propia ley, toda vez que el Decreto Reglamentario número 3788 de 1986 contempló un término para el proferimiento de la resolución, sólo en algunos eventos. El artículo 59, dispone: "El trámite contravencional, la resolución a que se refiere el literal f) del artículo... del estatuto se tomará dentro de los diez (10) días siguientes, siempre que hubiese precedido el dictamen del Instituto de Medicina Legal, cuando así se requiera" (La transcripción es textual a la que aparece en el "Diario Oficial" número 37746 de fecha 31 de diciembre de 1986, aclara la Sala).

Es verdad que la redacción e incompletud de la norma transcrita no son un reflejo de una adecuada técnica legislativa: en primer término debe anotarse que el artículo debió comenzarse con la preposición "en", única que le da sentido correcto a la expresión; por lo demás, los puntos suspensivos que aparecen en la norma publicada en el "Diario Oficial", han debido ser reemplazados por los dígitos 68, porque es en dicho artículo en donde se regula un trámite contravencional dentro de la Ley 30 de 1986, la cual es reglamentada por el Decreto en el cual se encuentra inserto el artículo transcrito. Pese a estos defectos y la aparente inaplicabilidad de la disposición, corresponde al funcionario realizar la debida interpretación, y por tanto aclarar el sentido de la norma que no es otro que el establecer para el funcionario competente un plazo máximo de diez (10) días para proferir la resolución que ponga fin al procedimiento contravencional, en aquellos eventos en que se haya requerido la intervención del Instituto de Medicina Legal.

En las situaciones en que no haya precedido el dictamen del Instituto mencionado, entonces, no se ha determinado un término para el proferimiento de la resolución, lo que obliga a la Corte a pronunciarse al respecto. Según las normas generales del derecho procesal, los términos son los plazos que se conceden a las partes, o al propio funcionario encargado del juzgamiento, para realizar las actuaciones que el mismo ordenamiento ritual exige de unas y otro; tales lapsos de tiempo se han considerado necesarios para que, dentro de una apreciación racional, se actúe de acuerdo con las exigencias propias de cada momento procesal.

Es norma general del procedimiento, de conformidad con lo anterior, fijar límites máximos dentro de los cuales un funcionario puede legalmente producir una resolución y, salvo casos de excepción, se concede un término específico para el proferimiento de la decisión. Así, en el ordenamiento procesal penal se contemplan plazos diferentes para resolver la situación jurídica de un capturado, para dictar sentencia, para adelantar el período probatorio, para instruir el sumario, etc. Igual cosa sucede en el ordenamiento ritual civil, en el laboral e incluso en el administrativo. Por su parte, también el procedimiento contravencional hace precisiones en cuanto al término para dictar sentencia, o la providencia que ponga fin al trámite correspondiente, como claramente puede apreciarse en el artículo 93 del Decreto número 522 que es norma aplicable al caso concreto en estudio, porque permite guiar la interpretación del mismo.

Examinando los diversos procedimientos se puede apreciar, por otra parte, que en aquellos casos en los cuales el procedimiento es fundamentalmente escrito –como lo es en el juzgamiento de las contravenciones a que se refiere la Ley 30 de 1986–, al funcionario se le conceden términos que, aun cuando breves, son los que el legislador ha considerado racionales para la producción de la decisión, luego de agotado el estudio de la actuación correspondiente. En aquellos ritos en los cuales el debate probatorio se hace en forma oral, sí se contempla la conveniencia de proferir la decisión final inmediatamente se agote la controversia, pese a lo cual también se consagran plazos dentro de los cuales el funcionario puede válida y legalmente producir el fallo correspondiente.

Así las cosas, debe concluirse que, aun cuando el artículo 68 de la Ley 30 de 1986 no estipula un término específico para el proferimiento de la resolución que ponga fin al trámite contravencional el funcionario cuenta con la posibilidad de producir el fallo

pertinente a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del período probatorio reglado en el literal d) del mencionado artículo 68, porque tratándose de una actuación para el juzgamiento de contravenciones, las normas generales relativas al rito propio de ellas se deben entender integradas a las disposiciones específicas y en cuanto no fueren contradictorias con ellas, como no lo es el contenido del artículo 93 del Decreto número 522 de 1971 ya citado, el cual prevé la posibilidad de dictar la decisión final al término anteriormente descrito de tres días.

De esta forma, se debe reexaminar la situación del señor Gobernador del Quindío. El período probatorio de cinco (5) días venció el once (11) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), según se desprende de las constancias procesales, y por tanto podía hacer uso del plazo de tres (3) días para tomar la determinación que correspondiera en el caso bajo su estudio. Estos tres días serían en consecuencia las fechas doce (12), trece (13) y dieciséis (16) de marzo, como que los días catorce (14) y quince (15) no fueron hábiles para el trabajo en las Gobernaciones por tratarse de sábado y domingo. En consecuencia, siendo que la resolución sancionatoria distinguida con el número 0551 de dieciséis (16) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987) se profirió dentro del término legal para ello, debe concluirse que no existió delito en la actuación del funcionario, y por ello la Sala se abstendrá de iniciar investigación penal en este asunto, tal como lo dispone el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal.

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:

ABSTENERSE de iniciar investigación en contra del doctor David Barros Vélez, gobernador del departamento del Quindío, por los hechos relacionados en este auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

EXTRADICION

No es posible atender el incidente, más que con la presencia del ciudadano cuya extradición se pide, o del defensor por él designado. Exigencia consagrada en el artículo 656 del Decreto número 050 de 1987, que no sufre variación a la contemplada en el estatuto anterior.

Concepto Extradición.- 22 de enero de 1988. Se abstiene de emitir concepto sobre la solicitud de extradición del ciudadano argentino Rubén Darío Lutz, elevada por el gobierno de su país.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 003 del 19 de enero de 1988.

Bogotá, veintidós de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Ha llegado a la Corte Suprema de Justicia la solicitud de Extradición del ciudadano argentino Rubén Darío Lutz *a fin de que se tramite el incidente respectivo, toda vez que para este evento, según concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores, es aplicable la convención de Montevideo, integrada a la legislación nacional mediante Ley 74 de 1935, la cual prevé el apego a las disposiciones procesales internas para decidir la petición.*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Ley 74 de 1935, aprobatoria de la Convención de Montevideo sobre Extradición, establece que las peticiones pertinentes se deben tramitar de acuerdo con la normatividad procesal interna del país requerido. Para el caso en estudio, tal procedimiento es el establecido en los artículos 647 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Por otro lado, según lo contenido en oficio número 21655 de fecha veinte (20) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), *suscrito por el jefe de la Oficina*

Jurídica del Ministerio de Justicia, el gobierno argentino solicitó la aprehensión, con fines de extradición, del señor Rubén Darío Lutz, *la cual no se ha podido hacer efectiva pese a las órdenes que en tal sentido han impartido las autoridades colombianas.*

La extradición, ha dicho ya esta Corporación, es la entrega de un reo que un país requerido al efecto hace a otro, a fin de que las autoridades de este último juzguen o apliquen la pena impuesta al solicitado. Este concepto de extradición pasiva entraña, pues, la necesaria presencia del reclamado en el país requerido, sin que sea posible dar trámite a la petición en ausencia de aquél, no solamente porque carecería de sentido el imponer en movimiento la Rama Jurisdiccional para obtener una decisión aplicable, sino, y fundamentalmente, porque tramitar el incidente en ausencia del requerido resultaría de tal modo violatorio de sus garantías constitucionales, que la determinación quedaría viciada por este aspecto.

Ahora bien, se dijo ya en este auto que el procedimiento aplicable al caso en estudio lo es el contemplado en los artículos 647 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Dentro de esta regulación, se encuentra el artículo 656 que específicamente se refiere al trámite que debe imprimir la Corte a la solicitud de extradición, y estipula la norma que recibido el expediente "se dará traslado a la persona requerida, o a su defensor por el término de tres (3) días para que soliciten las pruebas que consideren necesarias" (Subraya la Sala). Quiere ello decir que no es posible atender el incidente, más que con la presencia del ciudadano cuya extradición se pide, o del defensor por él designado, porque de otra forma, no se puede brindar al reclamado oportunidad alguna para su defensa, y el trámite resultaría violatorio de lo expresamente dispuesto por la propia ley.

Si no puede, entonces, iniciarse ante la Corte el incidente de extradición por la ausencia del solicitado, se devolverá la actuación al Ministerio de Justicia para que allí se proceda a la localización del señor Rubén Darío Lutz, *y una vez establecido su paradero exacto, o aprehendido, según el caso, regresen las diligencias a esta Corporación para el trámite respectivo. A esta razón, bien debe recordarse decisión de fecha veintiuno (21) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), en la cual se dijo, si bien referida la situación al anterior Código de Procedimiento Penal, pero aplicable en la actual legislación:*

"Cuando media solicitud de detención provisional por parte del Estado requirente (art. 11 del Tratado) en armonía con el 742 del C. de P. P.) Colombia 'tomará las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada' (art. 11-12 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" (Solicitud de Extradición de Juan Ramón Matta Ballesteros, Magistrado Ponente, doctor *Guillermo Duque Ruiz).*

Evidentemente, no se enfrenta la Sala, en el caso en estudio, a las normas procesales citadas en la anterior providencia, porque el tránsito de legislación modificó, aun cuando no sustancialmente, el trámite del incidente. No se consagró, en el nuevo ordenamiento procesal, la expresa manifestación de que la primera providencia que se produjera en la Corte debería ser notificada al solicitado en forma personal, pero la variación no es de fondo, porque ahora se estipula que recibido el expediente, se dará traslado a la persona requerida, a fin de que ésta pueda solicitar las pruebas que considera necesarias para su defensa.

Este traslado consagrado en el artículo 656 del Decreto número 050 de 1987, es rito de forzoso cumplimiento por la Corte, y sólo puede hacerse en presencia del reclamado o de su defensor, y por tanto, la situación, como se dijo, no sufre variación a la contemplada en el estatuto anterior en cuanto al derecho de defensa del requerido y a la imposibilidad de dar trámite al incidente cuando se desconoce el paradero de aquél cuya extradición se pide, o no se encuentra éste privado de su libertad.

En consecuencia con lo anterior, la Corte se abstendrá de dar el concepto solicitado en relación con la extradición del ciudadano Rubén Darío Lutz.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de emitir concepto sobre la extradición del ciudadano argentino Rubén Darío Lutz, y en consecuencia, REMITIR el expediente al Ministerio de Justicia para los efectos legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

FUERO - MINISTERIO PUBLICO

El Código de Procedimiento Penal en el numeral 2° de su artículo 69, es contundente al disponer que la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito cobija a los Personeros Municipales "cuando actúen como Ministerio Público".

Auto Segunda Instancia. 27 de enero de 1988. Declara la nulidad de lo actuado en el proceso que en contra del ex Personero de El Tambo, Arturo Ortiz Jaramillo, adelantara en primera instancia el Tribunal Superior de Pasto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 5.

Bogotá D. E., enero veintisiete de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Se resolverá lo pertinente respecto del grado jurisdiccional de consulta a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto somete su providencia del 19 de octubre de 1987, mediante la cual una vez clausurada la fase investigativa, dispone la cesación del procedimiento en favor del ex Personero del municipio del El Tambo, señor Arturo Ortiz Jaramillo, acusado de presunta infracción a la ley penal.

CONSIDERANDO:

1. El 13 de mayo de 1980 el entonces Alcalde del municipio de El Tambo tuvo conocimiento de que el ciudadano Humberto Narváez había usurpado parte de un predio de propiedad del municipio para acrecentar una franja de terreno de su propiedad, por lo que estimó necesario adelantar una investigación y obtener un concepto del Personero de la localidad, que para entonces lo era don Arturo Ortiz Jaramillo, en su calidad de "representante de la sociedad y administrador de los bienes

del Distrito". Luego de practicar inspección al terreno con intervención del citado funcionario y de miembros de la Junta de Hacienda Municipal le remitió el expediente a aquél –con quien al parecer sostenía divergencias de carácter político–, y como transcurriera el tiempo sin devolverlo, formuló denuncia en su contra por la presunta ocultación de documento público.

2. *Es evidente que la acusación contra el personero* Ortiz Jaramillo *no tuvo su origen en sus funciones de agente del Ministerio Público, sino en las de índole administrativo que como tal ejercía; así lo revela la naturaleza del asunto que pretendía investigar el Alcalde y la consideración que se hizo éste para ordenar el traslado del expediente al representante de la sociedad, de donde se infiere que por tal aspecto el acusado carece de fuero para ser juzgado por el Tribunal Superior del Distrito. El Código de Procedimiento Penal Vigente, aplicable al caso por cuanto el auto de cierre de la investigación se profirió después del 1° de julio de 1987 (fl. 81 cd. pp.) es contundente en este sentido al disponer en el numeral 2° de su artículo 69 que la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito cobija a los Personeros Municipales "cuando actúen como Ministerio Público". La misma restricción existía en la legislación anterior de acuerdo con la constante y reiterada interpretación del artículo 33 del estatuto procesal derogado en concordancia con el 142 de la Carta que esta Sala hizo conocer en providencias como las del 4 de diciembre de 1975 y el 12 de julio de 1983.*

Por la razón anotada, no es atendible el concepto del Ministerio Público, que solicita la confirmación de la providencia en consulta.

3. *Como el factor funcional de la competencia le permite a esta Corporación pronunciarse sobre la validez de lo actuado por el Tribunal, y se observa que la competencia por razón de la clase de delito que pueda atribuirse al acusado, radica en el Juzgado Penal del Circuito y que por tanto la calificación corresponde hacerla al juez de instrucción (artículo 467 inciso segundo) C.P.P., se anulará el proceso en la tramitación surtida sin sujeción a este Estatuto, para que se enderece conforme a derecho.*

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Juisticia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DECLARAR la nulidad de lo actuado en este proceso e inclusive del auto de cierre de la investigación y en consecuencia, ORDENAR que el expediente sea remitido por el Tribunal de origen a la autoridad competente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

PRESCRIPCION DE LA ACCION

En el caso del estatuto jurídico de la prescripción de la acción, frente al tránsito de legislaciones y a los efectos de la favorabilidad, no es posible acudir al sistema de la "Lex tertia" y debe, en consecuencia, aplicarse en su integridad alguno de los dos códigos.

Sentencia Casación. 27 de enero de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jean Louis Duchamp Esguerra, Alfonso Castro Gutiérrez y Leonor Guevara Segura, por el delito de Estafa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada: Acta número 006.

Bogotá, D.E., enero veintisiete de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Reconstruido en lo posible este proceso seguido contra Jean Louis Duchamp Esguerra, Alfonso Castro Gutiérrez y Leonor Guevara Segura, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 9 de febrero de 1983, por medio de la cual se condenó a los dos primeros a la pena privativa de la libertad de treinta y ocho (38) meses de prisión como coautores del delito de Estafa continuada y a la última a la de veintiocho (28) meses de prisión como cómplice no necesaria en la misma infracción, contra los intereses del Banco de Colombia - Sección Fiduciaria.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en concepto que más adelante se analizará, solicita de la Sala se case el fallo recurrido y en su lugar se absuelva a todos los procesados.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La delegada los sintetizó de la siguiente manera:

"1. *Versión del Banco de Colombia.* El doctor Jaime Michelsen U. en su condición de Presidente del Banco de Colombia formuló denuncia penal contra el señor Jean Louis Duchamp Esguerra, Director de la Sección Fiduciaria de ese establecimiento, con fecha 31 de agosto de 1977, por los siguientes hechos:

Que en el segundo semestre de 1974 el Banco de Colombia organizó un sistema de captación de fondos con destino a clientes que lo necesitaran de acuerdo con las políticas de crédito de esa institución. Que se confirió al señor Duchamp Esguerra la Dirección de la Sección Fiduciaria. Que se trataba de una fiducia mercantil en la cual el Banco asumía la condición de fiduciario de los bienes depositados por el público; es decir, que el señor Duchamp actuaba en la administración de dichos bienes a nombre del Banco;

Que en el mes de febrero de 1977 el Banco se enteró (–adelante se sabrá– por el mismo Duchamp Esguerra) que el denunciado en desempeño de sus funciones había realizado operaciones irregulares, pues dispuso de dineros recibidos en provecho de terceros y el propio Duchamp con perjuicio del Banco. Agregó el querellante que luego de minuciosa averiguación administrativa se comprobó que Duchamp recibió participación de los dineros que le fueron confiados, financiando empresas en las que él era socio, o familiares, o "testaferros" "... sociedades que a la postre han resultado en una muy difícil situación económica, colocando a la Institución en riesgo de perder cuantiosas sumas..."

El denunciante señaló como principal testaferro de estas operaciones al señor Alfonso Castro Gutiérrez, quien como Gerente de la empresa denominada Inversiones Prado Viejo Ltda., recibió dineros del Banco que se destinaron a la financiación de: Sofracol Ltda. –Sociedad Franco Colombiana de Especialidades Farmacéuticas Limitada– cuyos socios son Duchamp y algunos familiares, que recibió $13.749.000; Laboratorios Meoz Ltda., percibió $4.606.000 y de la que son socios Duchamp y Alfonso Castro; Compañía Colombiana Farmacéutica Ltda., obtuvo $141.000 de Inversiones Prado Viejo Ltda.

De otro lado se dio cuenta en la denuncia que la firma Alfonso Castro y Cía. Ltda., recibió $4.283.000.

Los dineros entregados a Sidelan S.A. –Siderúrgica de los Andes S.A.– merecen al doctor Michelsen Uribe comentario especial: sostuvo en primer término, que esta compañía adeudaba al Banco $50.000.000, pero Castro aseguró que la financiación podría llegar a $88.000.000; "... es factible que haya también en esta operación una defraudación en detrimento del Banco de Colombia". Agregó que la contabilidad de Sidelan S.A. presenta gran desorden así como la de la Sección Fiduciaria del Banco de manera tal, que hasta el momento de la denuncia no se ha podido establecer "... qué sumas han sido canceladas realmente o cuáles forman parte de las defraudaciones cometidas contra el Banco".

Por último, aseguró el denunciante que en la Sección Fiduciaria del Banco existía un faltante superior a veintidós millones de pesos imputable a la administra-

ción de Duchamp quien, durante su gestión recibió en forma subrepticia, una suma superior al millón de pesos cuya justificación no aparece.

La denuncia se ratificó el 13 de septiembre de 1977 ante el Juez 16 Penal del Circuito de Bogotá y su ampliación tuvo lugar el 23 de junio de 1978 ante el Juzgado 45 de Instrucción Criminal que adelantó la correspondiente investigación penal, por comisión de aquél, en la que expuso:

"... como resultado de la investigación administrativa que adelantó el Banco para precisar las actuaciones del señor Jean Louis Duchamp, se pudo concluir que éste en forma no autorizada e indebida facilitó recursos a varias personas con las cuales él, Duchamp, tenía estrechas relaciones, tales como la sociedad Sofracol Ltda., de la cual él era socio como lo eran también miembros de su familia, Laboratorios Meoz S.A. cuyo capital fue negociado a sus antiguos propietarios, la familia Meoz, por el señor Alfonso Castro, con muy estrechas relaciones de negocios y sociales con Duchamp y quien me manifestó que era socio de tales empresas de Jean Louis Duchamp y que todas las operaciones habían sido celebradas dentro de tal entendimiento. Por otra parte, es sabido también por mí que el señor Alfonso Castro apareció adquiriendo las acciones que representaban la mayor parte del capital de la Empresa Siderúrgica de los Andes S.A. 'Sidelan' adquisición y calidad que el mismo Castro indicó ser en coparticipación con el referido Duchamp".

"Cuando regresó del exterior (se refiere a Castro Gutiérrez) me visitó en mi oficina y en tal oportunidad, solamente a mí, me indicó que Duchamp y él habían realizado esas operaciones de común acuerdo y que para enderezar los negocios de Sidelan, que marchaban por dificultades y problemas, habían resuelto hacerse al control accionario de la compañía figurando él, Castro Gutiérrez, pero en el entendido de que la responsabilidad era conjunta, lo mismo que la adquisición de la propiedad. En esa ocasión, también, Alfonso Castro me manifestó que tal paso había sido dado por ellos, Jean Louis Duchamp y Alfonso Castro a fin de poder responder a los acreedores de Sidelan y principalmente al Banco de Colombia, por las obligaciones a su favor, mediante la entrega de la propiedad de la Empresa en caso que fuere necesario, como en efecto lo habían hecho traspasando las acciones a quien el Banco de Colombia había indicado".

Luego de hacer un relato sobre la vinculación del señor Duchamp al Banco de Colombia y de su desempeño en los varios cargos ejercidos por él, dice el denunciante que luego de enterarse de las irregulares maniobras de aquél, indagó el porqué los organismos de control del Banco no habían sido eficaces para evitarlas, con los siguientes resultados:

"El Banco cuenta con los siguientes organismos de control: En primer término la Revisoría Fiscal designada por la Asamblea General de accionistas, que cumple las tareas que le son propias conforme a la Ley y al estatuto social del Banco de Colombia y de la División de Control, que unas veces por muestreo y otras por exámenes completos y periódicos de todas las dependencias del Banco, realiza la supervigilancia interna que especifica el cuadro de organización vigente adoptado para el funcionamiento del Banco de Colombia. Uno y otro organismo me hicieron saber que no habían realizado fiscalización sobre la Fiduciaria del Banco de Colombia en razón a

que no habían conocido el volumen de las operaciones que se realizan y que además el señor Duchamp les había dado la impresión de desempeñar un encargo de la Presidencia de la mayor delicadeza y especialización conforme a la confianza que él permanentemente decía gozar del Presidente de la Institución. El propio Departamento de Contabilidad del Banco, que en últimas es el más efectivo medio de control de las operaciones, no había notado anormalidades en el funcionamiento de la Fiduciaria por cuanto nunca había constatado diferencias entre las sumas que la Fiduciaria captaba y las que colocaba".

Agotada la primera etapa investigativa, el Juzgado 16 Penal del Circuito en auto de 9 de octubre de 1978, consideró que además del posible delito de estafa por el cual el instructor dictó auto de detención contra varios sindicados, existía el de Falsedad documental, razón por la cual, dispuso el envío del proceso al reparto de los Jueces Superiores de Bogotá, asumiendo el conocimiento el Juzgado 13, que comisionó nuevamente al Juzgado 45 de Instrucción Criminal de esta ciudad para el perfeccionamiento de la investigación.

Clausurada la investigación por parte del Juzgado 13 Superior de Bogotá, mediante providencia de 2 de agosto de 1979 llamó a responder en juicio criminal a Duchamp Esguerra y Castro Gutiérrez como coautores de los delitos de Falsedad en documentos (artículo 231, numerales 2° y 9°, 233 y 244 del Código Penal de 1936 y estafa); sobreseyó temporalmente a Lorenzo Jaramillo, Leonor Guevara, Enrique Merizalde, Silvia Vargas de Castro, Diana Montoya de Duchamp e Iván Díaz y definitivamente a los demás acusados.

El Tribunal Superior de Bogotá en providencia de 18 de marzo de 1980, confirmó el auto de proceder contra Duchamp Esguerra y Castro Gutiérrez, con algunas modificaciones; revocó el sobreseimiento temporal de Leonor Guevara Segura y la comprometió en juicio criminal como cómplice no necesaria del delito de Estafa y autora del de falsedad documental y confirmó la decisión recurrida en todo lo demás.

Recibido en proceso en el Juzgado 13 Superior, por auto de 13 de agosto siguiente, se abrió el juicio a pruebas y luego de resueltos los incidentes planteados, se verificó la audiencia pública y se dictó el 21 de septiembre de 1982 sentencia de primer grado en la que se impuso a Duchamp Esguerra como pena privativa de la libertad la de 36 meses de prisión como autor responsable de los delitos de Estafa y Falsedad por ocultación de documentos, en concurso material; a Castro Gutiérrez a la pena privativa de la libertad de 40 meses de prisión, por las mismas infracciones y además por uso de documento falso y a Leonor Guevara Segura a la pena privativa de la libertad de 18 meses de prisión como responsable de los delitos de Estafa y Falsedad en documentos, por los cuales la llamó a responder en juicio el Tribunal de Bogotá.

El Tribunal citado, mediante sentencia de 9 de febrero de 1983, revocó el fallo de primera instancia en cuanto condenó a los tres procesados por el delito de Falsedad documental y en su lugar los absolbió de la referida imputación y lo confirmó respecto del delito de Estafa, imponiendo en definitiva a los procesados Duchamp Esguerra y Castro Gutiérrez como coautores de la infracción la pena privativa de la

libertad de 38 meses de prisión y a Leonor Guevara la de 28 meses de prisión como cómplice no necesaria en la misma infracción.

Recurrida la sentencia de segunda instancia, se admitió el recurso Extraordinario de Casación y surtido el trámite correspondiente, para la fecha de los acontecimientos registrados en el Palacio de Justicia el proceso se hallaba al Despacho del Magistrado sustanciador para dictar el fallo respectivo.

Reconstruido el proceso con observancia del Decreto número 3829 de 1985, procede la Sala a desatar el recurso de Casación mediante el estudio de las tres demandas presentadas por los Apoderados de los acusados tantas veces citados.

EL FALLO RECURRIDO:

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 9 de febrero de 1983, luego de hacer referencia a las pruebas que consideró demostrativas de la infracción penal por parte de los acusados, se detuvo en los puntos más controvertidos por la defensa a través de sus intervenciones en el proceso, consignando:

"Desde el auto calificatorio se ha sostenido la existencia en este proceso de los delitos de Falsedad y Estafa y sobre esa base se profirió sentencia condenatoria. Empero como el grupo de defensores ha insistido reiteradamente en que no existe delito alguno, y es un deber de quienes administran justicia reexaminar cuidadosamente el proceso en sus diversas etapas para saber con certeza si existe o no delito y en caso afirmativo proferir la medida jurisdiccional de acuerdo con el derecho y la realidad que emerja del proceso, juzga imperativo la Sala volver sobre este primer elemento del delito para en forma definitiva despejar cualquier duda sobre el particular".

"El proceso diáfanamente muestra ciertos aspectos fundamentales que a manera de premisas nos permiten llegar a una lógica conclusión en el presente caso, a saber:

a) El Banco de Colombia abrió un Departamento de Fiducia encomendado al señor Jean Louis Duchamp Esguerra;

b) Varias personas colocaron dineros en dicha entidad financiera en fideicomiso, los cuales una vez ingresaron al Banco, a través de su Departamento de Fiduciaria eran colocados mediante transacciones comerciales en entidades de este orden, en su gran mayoría, pertenecientes al señor Castro Gutiérrez amigo personal del señor Duchamp Esguerra;

c) El Banco para la colocación de dichos dineros estableció una serie de controles a cargo de diversas personas que prestaban sus servicios a la entidad;

d) Entre el Gerente del Banco, señor Michelsen Uribe y el Director del departamento de Fiducia señor Duchamp Esguerra existía una gran amistad ostensible no solamente por el discernimiento del cargo sino por el trato personal muy familiar que se daban frecuentemente en sus relaciones de trabajo y de carácter social;

e) La mayoría de los dineros del Departamento de Fiduciaria del Banco de Colombia fueron captados por empresas donde era socio el señor Castro, amigos

suyos y hasta del propio Duchamp, los cuales no tenían el suficiente respaldo económico para garantizar dichas acreencias".

"Cuando la Sala revisó la calificación de este proceso, y en actuaciones posteriores suyas, afirmó que se daba el delito de Estafa que tipificaba para entonces el artículo 408 del C.P. derogado y que reproduce el actual artículo 356 del C.P. vigente; aplicable aquél ultractivamente en razón al principio de favorabilidad de la Ley penal, ya que examinado en su conjunto dicho tipo penal en ambas codificaciones, evidentemente es más favorable el artículo 408, pues si bien es cierto que en ambos se consagró como pena mínima la misma privativa de la libertad, el actual hace más gravoso ese mínimo pecuniario y también respecto del mínimo de pena privativa pues el artículo 372 trae extremos punitivos de agravación mientras que el anterior la agravación por la cuantía era discrecional".

"Esa calificación dada, pese a las razones fundadas que se adujeron, ha sido y sigue siendo motivo de cuestionamiento por los distintos voceros de la defensa, ya para sostener que no existe la Estafa porque lo que existió fue una legal transacción comercial entre el señor Castro y Duchamp ya que si éste aceptó las garantías que le brindaba aquél no puede haber engaño y obviamente tampoco estafa; ora porque hubo error en la denominación jurídica porque los dineros entregados al departamento de Fiduciaria fueron en fideicomiso para ser administrados y ante la presencia de una entrega a título expreso distinto al traslaticio de dominio no cabe Estafa; ya porque las empresas del señor Castro cancelaron algunos compromisos y ofreció cancelar otros en plazos prudenciales, no aparece en consecuencia perjuicio para el Banco, y si no hay perjuicio mal puede haber Estafa".

"Para la Sala no es un secreto que el punto en discusión a simple vista ofrece dificultades de interpretación las que han sido ampliamente utilizadas por la defensa para crear confusión en la administración de justicia y lograr así el reconocimiento de que en el presente caso nada irregular ha sucedido y los procesados son inocentes de la imputación que se les hace. Por fortuna, la Sala ha estudiado cuidadosamente el caso y tiene plena claridad sobre el punto debatido, por ello vuelve sobre los argumentos y contra-argumentos que se han expuesto para analizarlos desapasionadamente y con altura como debe ser la misión de quien administra justicia sin perder la serenidad debida por el ataque a veces injusto e inelegante, por decir lo menos, que se usa para refutar las conclusiones razonadas y documentadas a que se llega en este complejo punto".

"Se han mezclado deliberadamente por la defensa dos momentos perfectamente delimitados en los hechos a que se contrae este proceso: la entrega de los dineros que los particulares dieron en fideicomiso al Banco de Colombia a través de su Departamento de Fiduciaria y la entrega que éste hizo a las empresas del señor Castro sin el respaldo financiero adecuado".

"Sea lo primero precisar a qué título ingresaron los dineros que los particulares entregaron al Banco de Colombia por conducto del Departamento de Fiduciaria, pues es el punto central de discusión en lo afirmado por la justicia y lo sostenido por la defensa en general".

"La defensa sostiene que entre los particulares y el Banco existió un negocio de fiducia y por consiguiente el señor Duchamp al colocar esos dineros recibidos lo hacía como 'mandatario' del fideicomitente y si resulta ilícito ese comportamiento no sería precisamente típico de Estafa. La Sala, por su parte, ha sostenido que esos dineros dados en fiducia lo fueron a título traslaticio de dominio porque el negocio de fiducia lleva implícito el desplazamiento de la titularidad del dominio de la cosa dada en fideicomiso. Las razones para esta afirmación son las siguientes:

a) La fiducia comercial –y la presente lo es por ser una de las partes sujeto comerciante–, la define el artículo 1226 del C. de Co. así: 'La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el contrayente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario';

b) Cuando los bienes dados en fiducia no son de los llamados fungibles, el contrato de fiducia debe determinar si la transferencia de dichos bienes conlleva la facultad de enajenarlos o simplemente de administrarlos; pero cuando son fungibles o reemplazables, como el dinero, en el contrato de fiducia va implícita la facultad de enajenación por la naturaleza misma del bien";

c) Es apenas natural y lógico que un bien de la naturaleza últimamente indicada conlleve la facultad de enajenarlo porque si nuestro ordenamiento exige título y modo para la transferencia del dominio, y el modo en los bienes que no requieran registro se hace por la entrega, de no aceptarse la tesis anterior, el presunto verdadero titular del dominio tendría que hacer nueva entrega para perfeccionar la enajenación, lo cual es absurdo jurídicamente y en la costumbre comercial;

d) El artículo 1242 del C. de Co. corrobora claramente la deducción anterior cuando establece que a la terminación del contrato, "los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos". Si es la misma ley la que en forma expresa dispone que deben pasar nuevamente dichos bienes al dominio del fideicomitente, es porque obviamente el contrato de fiducia lleva consigo el desplazamiento de ese dominio del fiduciante al fiduciario, pues de lo contrario no hubiese necesitado la ley mandarlo;

e) Es verdad que el artículo 1244 del C. de Co. dispone que "será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos". Pero una sana interpretación de esta norma permite entender que lo es para garantizar la devolución del precio o la restitución del bien a que está obligado el fiduciario a la terminación de la fiducia. Ello explica el calificativo de "definitivamente", pues a *contrario sensu*, el negocio fiduciario sí transmite el dominio pero con la condición de restituir el producto o el bien a la terminación del negocio;

f) La propiedad fiduciaria que regla el C.C., que es fundamentalmente la misma del C. de Co., en forma aún más clara habla de traslación de la propiedad "cuando en el inciso final del artículo 794 C.C. dice: 'La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución'; o lo que es lo

mismo cuando el C. de Co. manda que terminado el negocio los bienes dados en fideicomiso pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente";

g) La jurisprudencia sobre esta figura reconoce expresamente la transferencia de la propiedad; en efecto, dijo el alto Tribunal de Justicia nuestro lo siguiente: "Los códigos modernos determinan y establecen los elementos esenciales que constituyen el fideicomiso, que son los siguientes: bienes que sean susceptibles de constituirse en fideicomiso, existencia de dos personas, fiduciario y fideicomisario, *y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario* (C.C. Arts. 794, 795 y 799). En cuanto al modo de constituirlos la ley lo determina en el artículo 796. *Desaparecieron, pues, de los códigos modernos* los fideicomisos sucesivos y *la no inenajenabilidad del bien dado en fideicomiso*" (Cas. agosto 17/44 G. J. LVII. Pág. 527. La Sala subraya);

h) La doctrina por lo demás, también prohija esta planteamiento cuando el biene es fungible. Sergio Politoff en su obra "El delito de apropiación indebida", nos recuerda: "... cuando la cosa es fungible, como lo es el dinero, la apropiación indebida no puede verificarse sino frente a la negativa de restituir un valor equivalente. En tal evento, la simple 'disposición' de la cosa no puede revelar la apropiación, toda vez que la ley, en cierto modo autoriza su uso y empleo" (Ob. cit. Pág. 83);

i) Ya para el caso concreto tenemos que los terceros que dieron el dinero en fiducia no lo hicieron al señor Duchamp sino al Banco de Colombia, por ello el perjudicado con la acción investigada no es el que dio el dinero en fiducia sino el Banco que tiene que responder por dichos dineros en la forma como lo indica el C. de Co. De otra parte, el Banco tampoco entregó dineros al señor Duchamp a un título no traslaticio de dominio, sino que salieron del patrimonio de la entidad mediante maniobras engañosas, y cuando en una entrega media el engaño, jamás puede hablarse de abuso de confianza. Estas fueron las razones por las cuales el negocio no fue calificado como abuso de confianza sino como Estafa, luego el pretendido error en la calificación que aduce la defensa queda sin piso jurídico en nuestro sentir.

Respecto de las operaciones realizadas por el señor Duchamp con Castro Gutiérrez, afirma el Tribunal de instancia que "si tal como se vio en detalle anteriormente, los dineros entraron al Banco a título traslaticio de dominio, éste adquiría la libre disponibilidad de los mismos, luego su colocación con miras a la rentabilidad natural del negocio tenía que estar sujeta ciertamente a los controles del Banco, pues no estaba actuando a nombre de nadie en particular sino invirtiendo su propio dinero, inversión que necesariamente tenía que ser financiera, esto es, onerosa, rentable. Pero para que esa inversión sea rentable es apenas natural suponer que la entidad que coloca los dineros con esa mira debe buscar el aseguramiento no solamente del rendimiento del capital sino de éste mismo. Esto explica el porqué la sujeción a los controles fijados por el Banco. Toda transacción comercial que cumpla estos objetivos ess necesariamente lícita; pero si hay desviación de la misma con plena conciencia, jamás puede ser lícita pues el riesgo de perder el capital y sus rendimientos es evidente y porque además el que en tales condiciones se beneficia lo está haciendo indebidamente; y obtener un provecho indebido es justamente elemento descriptivo del tipo de Estafa.

En el caso presente, como lo ha venido sosteniendo esta Sala, entre Duchamp y Castro hubo transacciones comerciales sucesivas pero por la forma como éstas se desarrollaron no pueden ser calificadas de legítimas ya que por voluntad de ambos intervinientes se desconocieron los controles que el Banco había establecido. Esta es la razón por la cual la Sala ha insistido que en el presente caso no se trata de un engaño del señor Castro hacia el señor Duchamp, sino de ambos al Banco representado por los demás empleados que tuvieron que ver con el desplazamiento de los dineros a las empresas de Castro. Significa lo anterior que desde el momento mismo en que el señor Duchamp entró en connivencia con el señor Castro para obtener un provecho ilícito acudieron a una serie de maniobras engañosas eficaces para lograrlo como fueron aparentar una transacción comercial normal, eludir los controles del Banco, etcétera.

Para nadie es un secreto que una entidad bancaria como persona jurídica que es actúa mediante personas naturales en forma coordinada y secuencial, así por ejemplo, un Gerente autoriza un préstamo porque esa es su función cumpliendo estrictamente con las exigencias establecidas; autorización que pasa a otro empleado para que gire el cheque; este cheque es presentado a otro para hacerlo efectivo, luego quien lo paga lo hace a nombre del Banco, y si el Gerente dolosamente hizo emitir el cheque, el Banco a través de su cajero, ha sido engañado ciertamente. ¿Podrá sostenerse en sana lógica que porque el Gerente representa al Banco no cometió delito alguno?

Finalmente consideró que el delito de Falsedad documental por el cual fueron llamados a responder en juicio criminal los acusados, si bien es cierto tuvo ocurrencia, resulta atípica por su manifiesta inocuidad, razón por la cual los absolvió y fijó nuevamente la pena que les correspondía a cada uno por el delito de Estafa, en la modalidad de continuada, como autores a los dos primeros y como cómplice no necesaria para la última.

Las demandas de casación

El señor Apoderado de los procesados Jean Louis Duchamp Esguerra y Alfonso Castro Gutiérrez, presentó a nombre de cada uno, demanda de casación con fundamento en la causal primera de Casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, por su segundo aspecto, esto es, por violación indirecta de la Ley sustancial. Por su parte el señor Apoderado de Leonor Guevara Segura presentó demanda sobre los mismos presupuestos. Dichas demandas serán estudiadas separadamente en cada cargo y respondidas en la misma forma como lo hizo la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, cuyo concepto será igualmente comentado más adelante.

Jean Louis Duchamp Esguerra

El apoderado presenta dos cargos al fallo condenatorio, al amparo de la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial, como consecuencia de errores manifiestos de hecho.

Primer cargo: Lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal Superior incurrió, no en equivocada valoración de la prueba, sino en error manifiesto de hecho (falso juicio de existencia en relación con la prueba) al dejar de apreciar, al no advertir o no tener en cuenta, un contrato de fiducia de los utilizados por la sección fiduciaria del Banco de Colombia y que obra al folio 232 del expediente, que es un simple documento privado y con el cual se acredita que el señor Duchamp Esguerra, actuó no dentro de una fiducia mercantil que exige para su constitución una escritura pública, sino dentro de una fiducia bancaria que autorizaba su comportamiento. Concluye la sustentación del cargo afirmando que de advertirse la prueba por el Juzgador, la sentencia había tenido que ser absolutoria, porque la actividad desarrollada por el sentenciado resultaría lícita.

Segundo cargo: Invoca el censor, manifiesto error de hecho por falta de apreciación de diversas pruebas referentes al elemento material u objetivo del delito de Estafa imputado al sentenciado que de haber sido advertidas, llevarían a la absolución, porque dichos elementos de convicción "demuestran a plenitud que la indicada estafa no tuvo existencia en el caso *sub examine...*".

Considera el demandante, que el Tribunal dio por acreditados los artificios y engaños para inducir en error y obtener un provecho ilícito porque ignoró pruebas que demuestran que el comportamiento del señor Duchamp se ajustó a las leyes, a los reglamentos del Banco y al contrato de fiducia bancaria.

Afirma el recurrente, que para deducir un comportamiento doloso por parte del señor Duchamp, afirmó que el acusado "mañosamente había eludido los controles bancarios y que de la prueba testimonial que se dejó de apreciar se deduce que 'dichos controles no operaron' y que ello no obedeció a actividad dolosa del Director del Departamento de Fiducia, sino a descuido o negligencia del Banco".

Se sotiene igualmente, en la demanda que el Tribunal dedujo el comportamiento doloso del señor Duchamp con fundamento en la forma como se llevaba la contabilidad del Departamento de Fiducia, que ocultaba los ingresos y egresos de dinero y facilitaba la ilícita apropiación de bienes en provecho del actor y de sus familiares y amigos. De ahí la existencia de un llamado "Libro Negro" que era llevado en forma privada y por fuera de los sistemas contables del Banco.

Sostiene el recurrente que se dejó de apreciar prueba testimonial que demuestra que el célebre Libro lo llevaba el señor Pacífico Eugenio de Jesús Gutiérrez, Asistente del Departamento de Fiducia quien lo manejaba en forma exclusiva y que por su naturaleza no se ejercía revisión ni control sobre él. Deduce de ahí el censor que de acuerdo con esa prueba, ese comportamiento no estaba encaminado a ocultar como lo afirma el Tribunal el manejo fraudulento de los dineros de la Entidad.

Alega además el demandante, que el Tribunal tuvo en cuenta como artificio engañoso empleado por el acusado para inducir en error la gran amistad del señor Duchamp con el Presidente del Banco, Jaime Michelsen Uribe, de la cual se valía y "ufanaba" para impresionar a los empleados encargados del control, para llevarlos a eludir el cumplimiento de su deber.

Afirma el censor que la prueba testimonial que se dejó de apreciar, si bien demuestra la existencia de una gran amistad entre el Presidente del Banco y el

acusado, éste nunca hizo alarde de ella ante los empleados del Banco y menos amparado en ella impidió la actividad los funcionarios de control y auditoría para encubrir sus actividades.

Expresa por otra parte el censor, que el Tribunal por desconocer prueba testimonial como la manifestación del Presidente del Banco, había afirmado que la renegociación de los documentos o títulos valores suscritos por los deudores del Departamento de Fiducia constituía otra maniobra engañosa encaminada a facilitar la apropiación, cuando de acuerdo con la prueba que se echa de menos, el acusado obró de acuerdo a los reglamentos del Banco y a la costumbre comercial.

Concluye esta demanda el recurrente, afirmando que todos estos yerros llevaron al Tribunal de instancia a condenar al señor Jean Louis Duchamp Esguerra por el delito de Estafa, dándole aplicación indebida a los artículos 19, 32, 215 y 408 del C.P. de 1936 y por tanto a su violación indirecta, por lo cual reclama la invalidación de la sentencia recurrida.

Alfonso Castro Gutiérrez.

El mismo apoderado presenta cuatro cargos al fallo condenatorio de segundo grado, al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta de normas de derecho sustantivo, como resultado de errores manifiestos de hecho en los que incurrió el juzgador.

Primer cargo.

Aduce el actor violación indirecta de los artículos 19, 32 y 408 del Código Penal de 1936 y directa de la Ley sustancial extrapenal (Ley 45 de 1923), como resultado del desconocimiento de determinados elementos de convicción, que llevaron al juzgador a incurrir en errores de hecho manifiesto.

Afirma, al igual que en la demanda en representación de Duchamp Esguerra, su criterio sobre la clase de Fiducia que debe considerarse con base en el documento aportado por la parte civil al proceso, para concluir que, si se trataba de una Fiducia Bancaria y no comercial, como lo dedujo el Tribunal, los dineros depositados por los fideicomitentes no entrarían a formar parte del Patrimonio Total del Banco, y que, entonces, si el Director de la Sección Fiduciaria de la misma Entidad, el doctor Duchamp Esguerra en compañía de don Alfonso Castro Gutiérrez, hacía operaciones, de compra de títulos de diversas empresas, no estaba ocasionando el Perjuicio a los intereses del Banco de Colombia y el correlativo Provecho Indebido de quienes realizaban la operación comercial.

El Tribunal, agrega, para poder llegar a la errada conclusión de que en la hipótesis sometida a su jurisdicción, se estaba en presencia de una modalidad de Fiducia Comercial, tuvo que Ignorar la prueba que en forma absolutamente clara, directa y evidente, le estaba señalando que se trataba No de Fiducia Comercial, sino precisa y especificamente de Fiducia Bancaria de que trata la Ley 45 de 1923.

Sostiene el actor, que los dineros entregados por los clientes al Departamento de Fiducia del Banco de colombia no comportaban el traspaso del dominio como lo proclama la sentencia impugnada en casación y consecuencialmente, tampoco entraban a la contabilidad general del establecimiento bancario.

Reitera, así mismo, que si lo anterior es cierto, los valores en fiducia, de modo alguno podían ser sometidos a la administración general del Banco y por este aspecto resultaban inaplicables los regla... el Director del Departamento de Fiducia, tenía la facultad de disponer a su criterio, a quién, cómo y cuánto podía ser entregado a cada cliente o intermediario en desarrollo precisamente de sus funciones.

En el libelo afirma, que la sentencia recurrida desconoció la indagatoria del acusado Castro Gutiérrez en la cual explicó suficientemente a la justicia sus relaciones con el Departamento de Fiducia del Banco de Colombia a cargo del señor Duchamp Esguerra, según la cual, las compañías Prado Viejo Ltda. e Inversiones Unidas representadas por él, recibían valores negociables como letras de cambio, pagarés, cartas de crédito, bonos de prenda, etc., todos ellos de empresas que necesitaban dinero en el mercado extrabancario, y la Sección Fiduciaria del Banco de Colombia los recibía, estudiaba y si los aceptaba, descontaba el valor de los intereses por el plazo que los hubiere convenido y entregaba el dinero sobrante al interesado.

Se dice igualmente, que el acusado Castro Gutiérrez en la diligencia en comento, informó que de tiempo atrás se ocupaba de la intermediación financiera y que en dicha actividad es corriente ofrecer dinero o documentos a crédito.

Vuelve el recurrente en este cargo, a afirmar que el Tribunal sentenciador ignoró la declaración del señor Pacífico Eugenio Gutiérrez quien fuera asistente del Departamento Fiduciario del Banco de Colombia por la época de los hechos, quien conocía perfectamente las operaciones realizadas en el mismo, tal como se dejó consignado ampliamente al consignar uno de los cargos presentados por el mismo apoderado en representación del Director Duchamp Esguerra.

Segundo cargo:

Insiste en este cargo el recurrente en la inad... Fiducia Bancaria, para insistir que ninguna irregularidad se observa en las actuaciones de los acusados, que no estaban obligados a incluir las cuentas del Departamento de Fiducia, dentro de la contabilidad general del Banco.

Tercer y cuarto cargo:

En un nuevo error de hecho, afirma el recurrente que incurrió el Tribunal, pues se afirmó en la sentencia que el señor Castro Gutiérrez había eludido los controles del Banco, para apropiarse del dinero cuando el sentenciado es persona ajena al Banco y no sometido por tanto a los reglamentos de la Institución.

Censura el demandante la sentencia, porque en ella se afirmó que Castro Gutiérrez fraudulentamente había obtenido préstamos por una cuantía superior al capital o haber social de las compañías que representaba y que en otras ocasiones sirvió de "testaferro" para obtener préstamos para entidades de las cuales era socio el señor Duchamp, desconociendo la prueba que lo señala como un "intermediario financiero" y el contrato de comisión que consagra el C. de Comercio, negocio jurídico que corresponde exactamente a los actos realizados por él, porque Castro se limitaba a actuar por cuenta ajena, pero derivando un beneficio económico por su intervención, absolutamente lícito.

Demanda de Leonor Guevara Segura:

El apoderado judicial de la procesada Leonor Guevara Segura, impugna la sentencia referida con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, por violación indirecta de la Ley sustancial por errores manifiestos de hecho al considerar como pruebas aquellas circunstancias que no existen en el proceso y dejando de aplicar las existentes. Estas consideraciones las divide en dos cargos, de la siguiente manera:

Primer cargo:

El honorable Tribunal (Sala Penal) al hacer una motivación de las razones que le asistían para tomar la decisión atacada, consideró que el hecho de ser la señorita Guevara Segura secretaria del Señor Alfonso Castro era suficiente para deducirle responsabilidad penal; es decir, quiso constituir el contrato de trabajo en un principio general que conlleva ínsita la ilicitud para tomar como hecho indicador su vinculación con el punible fallando en la construcción silogística, pues, a pesar de existir un hecho claro, preciso y demostrado como es el vínculo laboral, la inferencia lógica no tiene recibo y por ello he venido sosteniendo que la prueba indiciaria no ha existido jamás, fue creada por el fallador.

Destaca, así mismo, que la confianza depositada en la procesada por parte de su jefe así como la eficiencia que anota el honorable Tribunal, a pesar de ser dos hechos verdaderos, que en un momento determinado hubieran servido para su defensa y obtener en esa forma un fallo favorable, le valieron muy por el contrario, para radicar en ellos un hecho que conlleva a deducir, sin más elementos de juicio, su participación en el punible. De igual modo la deducción que el *ad quem* hace para ponerla a participar en el hecho punible no reviste la más mínima forma ni esencia de ser tenido como hecho indicador. Tal cuestión contribuye entonces a sostener que el fallador quedó corto porque fue incapaz de rematar el indicio.

Por lo anterior, se violó indirectamente los artículos 408, 20 y 32 del Código Penal de 1936.

Segundo cargo:

Incurrió en error manifiesto de hecho el Tribunal al ignorar el certificado de la Cámara de Comercio de esta ciudad y conforme al cual la acusada sólo adquirió la calidad de socio el 7 de noviembre de 1977, según reforma social consignada en la escritura pública número 5.755 de esa fecha, meses después de haberse retirado del cargo que ocupaba en el Banco de Colombia el señor Duchamp Esguerra, pues si la hubiera tenido en cuenta para el raciocinio probatorio no existiría la afirmación y menos el llamado en la sentencia hecho indicador, lo que le valió un desconocimiento de la prueba que indefectiblemente lo llevó a ignorarla, pues si la hubiera ameritado y la sentencia plasmado, el fallo hubiera sido absolutorio para la señorita Guevara Segura.

Finalmente, dice el actor que el Tribunal sentenciador desconoció la diligencia de inspección judicial de folio 320 y ss. del primer cuaderno y los documentos que a ella se incorporaron, ya que en ella se estableció que los cheques girados por el Banco

de Colombia se consignaron en el Banco de Bogotá en las cuentas corrientes de la Sociedad Prado Viejo Ltda. y no en la correspondiente a la denominada Alfonso Castro y Cía. Ltda.

Es así como, si en la sentencia se hubiera examinado y tenido en cuenta la prueba recogida, pero ignorada, la decisión hubiera sido totalmente distinta, razón por la cual solicita se case el fallo recurrido y como consecuencia se absuelva a su defendida.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, llega a la conclusión de que asiste razón a los recurrentes cuando demandan de la Corte que se case la sentencia recurrida y se dicte en favor de los acusados fallo absolutorio por cuanto, los casacionistas demostraron suficientemente los errores de hecho en que incurrió el Tribunal Sentenciador, por violación de las normas sustanciales determinadas en los libelos antes referidos.

Hace la Procuraduría un estudio sobre el contrato de Fiducia, de lo que entiende por Fiducia Mercantil, reglamentada en el Decreto número 410 de 1971 y de las facultades de los Bancos para ejercer funciones fiduciarias de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 45 de 1923.

Las anteriores citas las realiza el Ministerio Público, para concluir que el contrato presentado por la parte civil y que según ella era utilizado en el Departamento Fiduciario del Banco de Colombia, constituye un documento privado y que a pesar de enunciarse en él que se trata de un contrato de fiducia mercantil, resulta más bien un contrato de mutuo conforme al cual el cliente entregaba determinada suma de dinero al Banco de Colombia por cierto lapso y éste se comprometía a pagar al inversionista un interés mensual y devolver el capital al cabo de un año. Dicho documento, analizadas sus cláusulas pertinentes, demuestra que no se trata de un contrato de fiducia mercantil, pues contraría las normas que rigen esta clase de actividades comerciales. Destaca el Procurador Delegado que dentro del proceso no existe prueba de que el Banco de Colombia fuera especialmente autorizado por la Superintendencia Bancaria para atender una sección fiduciaria. Los bienes entregados por el cliente no aparecen determinados en el contrato. (¿Sería este sistema propicio para eludir impuesto, evitar "encajes bancarios" y escapar a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y de los propios controles internos del Banco?) El Ministerio Público no está en condiciones de contestar afirmativamente estos interrogantes pero al parecer esa respuesta se insinúa al examinar la denuncia, su ampliación y los testimonios de los Directivos del Banco.

Consideraciones de la Corte

El principal cargo con el que se pretende desvirtuar la sentencia, se hace consistir en una violación indirecta de la ley por error de hecho en relación con la existencia de la prueba, pues se afirma por el casacionista, que el Tribunal pasó inadvertido o consideró inexistente un documento privado que la Parte Civil aportó al proceso y que corresponde a los contratos de Fiducia que celebra el Banco con sus clientes.

Según este documento y para el censor, aquello que para el juzgador resultó ser un contrato de Fiducia Mercantil, se convierte en una Fiducia Bancaria por ausencia de la Escritura Pública que demanda para la constitución de la primera el artículo 1228 del C. de Comercio. Que siendo esto así, se cae por su base todo el andamiaje sobre el cual se estructuró la sentencia, pues el fideicomiso bancario que el recurrente quiere asimilar al "depósito de administración", no implica trasnferencia de propiedad de los bienes recibidos en administración.

Se hace consistir el error de hecho, en clasificar (por desconocimiento de la aludida prueba) los fondos recibidos por el Departamento Fiduciario del Banco, como un verdadero fideicomiso sin serlo y en haber aplicado en consecuencia, las normas legales que regulan una institución diferente.

Para el Procurador Delegado, "a pesar de que en el documento se enuncia que se trata de un contrato mercantil, resulta más bien un contrato de mutuo...", conforme al cual el cliente entregaba al Banco determinada suma de dinero por cierto lapso, de la cual la Entidad podía disponer comprometiéndose ésta a devolver el capital y a pagar un interés.

Esta disparidad de criterios sobre la naturaleza del negocio jurídico de la fiducia, que es para el Tribunal, Fiducia Mercantil, para el recurrente Fiducia Bancaria o "depósito de administración" y para la Procuraduría, contrato de mutuo, lleva a la conclusión de que el sentenciador no ignoró la prueba sino que no le dio el alcance y contenido que le otorga el casacionista y que por ello no se trata de un error ostensible o manifiesto como lo exige la causal de casación invocada.

Pero además, para la Corte, en el caso que se examina, sí se puede encontrar el fallador en presencia de una fiducia "comercial".

La Fiducia Civil y la Fiducia Comercial:

La propiedad fiduciaria, en nuestro Código Civil es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de –la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso–.

El Fideicomiso o Propiedad Fiduciaria se concreta en materia civil de manera especial a lo sucesorio y puede constituirse por acto testamentario o escritura pública entre vivos, conforme al artículo 109 de la Ley 45 de 1923.

Pero esta fiducia es muy diferente a la fiducia mercantil que establece el artículo 1226 del C. de Comercio y que se define como "... un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitante, transfiere uno o más bienes específicamente a otra llamada fiduciario quien se obliga a administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Establece además la norma, que sólo los establecimientos de crédito y las Sociedades Fideicomisarias podrán tener la calidad de fiduciarios".

Pues bien: el Banco de Colombia bajo el control de la Superintendencia Bancaria, abrió la sección fiduciaria a cargo del acusado, quien se encargó de recibir

dinero de los clientes mediante un contrato de fiducia comercial, suscrito entre ellos, transfiriendo los dineros al Banco que los manejaba como propios.

Tan cierto es esto, que los fideicomitantes perjudicados con la maniobra fraudulenta de Duchamp fueron indemnizados por el Banco, llevando a esta Entidad a una difícil situación financiera suficientemente conocida .

Se objeta por el censor, que no se trata de fiducia comercial, porque no se constituyó por escritura pública.

Olvida sin embargo, el casacionista, que el artículo 1228 del C. de Comercio establece que el negocio jurídico de la fiducia comercial, se constituirá por escritura pública según "la naturaleza de los bienes", dando a entender con ello, que este requisito es indispensable cuando se trata de bienes inmuebles que exigen para su transferencia de la solemnidad de la escritura pública, debidamente registrada, no así cuando se trate de bienes muebles cuya transferencia del dominio puede hacerse por documento privado.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al estudiar la revisión de fondos, se pronunció así sobre el aspecto que ocupa la atención de la Corte:

"... Se tiene así que el artículo 1228 del C. de Co. preceptúa:

"Artículo 1228. La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida *mortis causa*, deberá serlo por testamento".

"Como se observa, esta norma contiene la expresión 'según la naturaleza de los bienes', con la cual se significa que la exigencia de la escritura pública para los actos entre vivos, se refiere exclusivamente al evento en que los bienes constitutivos de la fiducia tengan la calidad de inmuebles.

"En tales condiciones, debe concluirse que el C. de Co. (D.L. número 410 de 1971) aclaró o complementó el artículo 109 de la Ley 45 de 1923 en cuanto a la exigencia de la aludida formalidad de la escritura pública para los casos de fiducia sobre inmuebles.

"De igual modo, es preciso concluir, que a términos del transcrito artículo 1228 del C. de Co., la fiducia constituida sobre muebles no requiera la solemnidad de la escritura pública, pudiendo constituirse mediante documento privado. Podría argumentarse que si el fideicomiso se constituye con base en el elemento 'confianza' en cambio, la fiducia mercantil se erige con fundamento en el de 'seguridad', la que además no es ofrecida con suficiente garantía en un instrumento privado. Pero el artículo 1234-8° del C. de Co. exige al fiduciario 'rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses' y el artículo 1231, *ibidem*, establece que 'A petición del fiduciante, del beneficiario o de sus ascendientes, en caso de que aún no exista, el juez competente podrá imponer al fiduciario la obligación de efectuar el inventario de los bienes recibidos en fiducia, así como la de prestar una caución especial'.

"De acuerdo con la declaración dada en el artículo 1228 del C. de Co., debe colegirse que el artículo 109 de la Ley 45 de 1923 únicamente exige el instrumento privado para las operaciones sobre muebles, y sólo exige la escritura pública para el evento en que los bienes dados en fiducia sean inmuebles. Dice en lo pertinente dicho artículo 109:

'Los fondos fiduciarios pueden ser invertidos solamente en aquellas obligaciones con interés que están legalmente autorizadas para la inversión de los depósitos de las secciones de ahorros, como se prescribe en el artículo 118 de esta ley; pero cuanto esté especial y directamente autorizado por los términos de un testamento o escritura de fideicomiso, el banco puede invertir tales fondos en la forma designada en la autorización'.

"Conforme a lo ya explicado, y en síntesis, cuando esa norma se refiere al 'fideicomiso' debe entenderse, entonces, que está haciendo mención a la fiducia mercantil; y que cuando alude a la 'escritura pública', está refiriéndose exclusivamente a las fiducias sobre inmuebles, o sea que la constituida sobre muebles puede serlo con el empleo del instrumento privado, como está anotado" (Consejo de Estado, sent. de 30 de abril de 1982, Ponente: doctor *Gustavo Humberto Rodríguez).*

Así lo entendió la sentencia impugnada y es a todas luces obvio, que la prueba no fue ignorada, sino que sencillamente ella era irrelevante y sin eficacia alguna para modificar el criterio del Tribunal. De ahí que no puede existir el manifiesto error de hecho, en el cual apoya la objeción el censor.

No prospera el cargo.

El segundo cargo en la demanda de Duchamp, –segundo y tercero en la de Castro Gutiérrez–, se hace consistir igualmente en errores manifiestos de hecho en los autos por la no apreciación de las pruebas que descartan los artificios o engaños atribuidos a los dos condenados, pues no es cierto que éstos hayan eludido los controles del banco para el correcto funcionamiento del Departamento de Fiducia a cargo de Duchamp, ya que, de los distintos testimonios aportados al proceso y que el recurrente destaca en sus libelos, no podía el Tribunal afirmar la existencia del delito de Estafa por violación de los controles establecidos por la entidad bancaria en su Departamento Fiduciario.

Es un hecho cierto, que el señor Presidente del Banco de Colombia doctor Jaime Michelsen Uribe y el señor Jean Louis Duchamp Esguerra, tenían estrecha amistad, de ahí que casi la totalidad de los empleados dan cuenta de ella, que por lo demás, es aceptada por sus protagonistas.

Pero ello encuentra mayor fundamento, cuando Patricia Díaz Valdiri afirma, que sabía que eran buenos amigos en atención a las llamadas que las hijas del uno hacían a las hijas del otro, es decir, que la relación de los dos acusados, no se limitaba exclusivamente a la amistad propia que surge de las relaciones laborales, sino de una más estrecha, reflejada en sus propias familias.

Si ello es así, es indudable o por lo menos atendible, que esa imagen que se tenía del señor Duchamp Esguerra, no sólo por su amistad con el Presidente del Banco de

Colombia, sino por su gran trayectoria en esta clase de empresas, dieron lugar a que los controles que tanto el doctor Michelsen Uribe y el doctor Caicedo consideraron en sus declaraciones, habían sido violados por los acusados, nunca operaran como lo afirman el recurrente y el Ministerio Público.

Desde luego, que no puede aceptarse que un Departamento como el Fiduciario del Banco de Colombia no tuviese control alguno, máxime que, como se halla demostrado en el proceso y que no ha sido objeto de censura, dicho Departamento captó grandes sumas de dinero.

Lo que efectivamente ocurrió, fue que la creación del mencionado Departamento, requería la presencia de un Director calificado y, para el Banco de Colombia, por aquella época Duchamp Esguerra reunía esas precisas condiciones. Pero, cuando los dineros captados fueron creciendo, y era necesaria su inversión, Duchamp Esguerra aprovechando desde luego su situación privilegiada en la Institución, resolvió de común acuerdo con Castro Gutiérrez, realizar operaciones que ascendían a varios millones, naturalmente sin consultarlas con las Directivas del Banco, en todos los casos, las cuales fueron tramitadas en la correspondiente sección, tal como su Director lo disponía, debiendo los empleados acatar sus órdenes, como es usual en toda empresa o institución oficial o privada.

Y no es que los empleados hubiesen actuado en la forma como lo hicieron por hallarse impresionados por la real o supuesta amistad del Director del Departamento y el Presidente del Banco, sino que se limitaron a cumplir las disposiciones de Duchamp quien desde luego sabía perfectamente que la sección a su cargo venía siendo atendida en la forma como creyó más conveniente, incluso, disponiendo la aceptación o rechazo de créditos a terceros, sin importar su cuantía. Lo que sí es claro, es que no se acreditó que Duchamp Esguerra hubiese rechazado las solicitudes que por intermedio de Castro Gutiérrez se hicieron al Departamento, ya por su cuantía, ora por deficiencia en los documentos que se presentaron para respaldar los créditos. Se dice únicamente que en dicho Departamento se llevaba un libro "negro", calificativo por su pasta, con hojas removibles, donde se llevaba un control alfabético de los clientes, mas no se trataba de un libro de contabilidad como los que deben llevarse en toda actividad de tipo comercial. Este libro, si bien es cierto se hallaba a cargo de Gutiérrez el asesor, también lo es que no era conocido en su contenido por los distintos funcionarios o empleados del Departamento y, los documentos que se recibían o suscribían para garantizar los créditos, eran guardados por el mismo funcionario con las debidas seguridades, pero ellos no eran ni revisados y aceptados por persona distinta a su Director.

Por ello, la afirmación que hace el Tribunal, no resulta manifiestamente contraria a la prueba recaudada dentro del proceso, sino que, más bien da bases atendibles a las conclusiones del Tribunal en el fallo impugnado.

Y es que, un Departamento manejado en la forma que dicen los propios funcionarios y empleados que allí laboraban, permitía a no dudarlo que se presentaran los hechos que son materia de investigación en este asunto y que concluyeron con el fallo impugnado. Recuérdese que Castro Gutiérrez fue intermediario de múltiples negociaciones con el Banco de Colombia, Departamento Fiduciario y que dichas

transacciones ascendieron a varios millones de pesos y que en varias oportunidades dichos créditos hubo de ser renovados o ampliados por imposibilidad de cumplimiento del plazo estipulado, prórrogas y modificaciones contractuales que no merecieron por parte de Duchamp el más mínimo reproche pues, ninguna manifestación verbal o escrita hizo de ello a sus superiores o directivos de la Institución a lo cual estaba obligado, ya que no puede aceptarse que por ser el Director del Departamento Fiduciario, era autónomo e independiente, como su capital y su contabilidad, la que nunca se llevó, desde luego en perjuicio de los intereses de la entidad bancaria que representaba y que era la única responsable ante los ahorradores.

Era su deber, como destacado Directivo cumplir fielmente las reglas que el Banco impusiera o, en ausencia de ellas, con mayor responsabilidad exigir las que en su concepto garantizaban un adecuado manejo de los valores depositados por terceros. De ahí que, y este punto no es motivo de reproche por parte de los recurrentes, el Tribunal haya considerado que llegado el momento de la exigibilidad de los dineros y al no poder ser devueltos, por la imposibilidad de pagarlos oportunamente las empresas en crisis financiera, constituía materialización del perjuicio que de por sí ya existía con el solo hecho de sacar dineros contrariando las políticas del mismo banco. Concluye el Tribunal en forma acertada que "La circunstancia de que algunos dineros colocados en fiducia fueran devueltos a sus dueños no obedeció precisamente a que retornaran los dineros que habían sido sacados indebidamente sino a las nuevas captaciones que hacía el Departamento Fiduciario".

Ahora bien. No entiende la Sala, como tampoco lo entendió el Tribunal, que el Departamento Fiduciario del Banco de Colombia a cargo de Duchamp girara multitud de cheques no a nombre de Castro Gutiérrez ni de las empresas que él presentara como necesitadas de las operaciones tantas veces comentadas, sino que se recurriera al giro de esos títulos valores a nombre del Banco de Bogotá, así uno de los directivos del Banco de Colombia manifieste que en ello no existe irregularidad alguna.

Es precisamente este hecho, giro de cheques a nombre del Banco de Bogotá, que destaca el Tribunal como medio engañoso para predicar la existencia del punible de estafa. Era muy normal y así debe aceptarse, que si los documentos iban girados a sus reales beneficiarios, de ser reiterativo el procedimiento en una o unas personas naturales determinadas, como por ejemplo Alfonso Castro Gutiérrez, desde luego ello implicaría, por lo menos extrañeza en la Sección Fiduciaria y por qué no decirlo en el Banco de Bogotá. Pero, si ello ocurría a favor de éste, no despertaba al menos la misma inquietud que para el Tribunal Superior de Bogotá constituyó un elemento más de juicio, no el único para predicar la existencia del delito de Estafa, cuando confirmó el fallo de primera instancia. De ahí que los trámites internos en el Departamento a cargo de Duchamp, no sufrieran rechazo por parte de los empleados hasta llegar a su destino pretendido, cual era, en buen porcentaje, atender las propias necesidades de Castro y sus empresas e indirectamente el propio director Duchamp Esguerra.

Tampoco puede aceptarse que el Tribunal erró al predicar que las empresas presentadas y representadas por Castro Gutiérrez no podían responder por los cuan-

tiosos créditos otorgados a su favor, ya que su capital social así lo predica. Es cierto que buena cantidad de las sumas concedidas a las Compañías tantas veces citadas en las demandas y en el concepto del Ministerio Público, fueron recaudadas por el Departamento de Fiducia a cargo de Duchamp Esguerra, pero también lo es que, fueron múltiples las intervenciones de Castro para que los créditos fueran prorrogados o concedidos unos nuevos para cancelar los anteriores, precisamente por la dificultad económica para cumplir con los compromisos inicialmente pactados entre los dos acusados, lo cual, a no dudarlo, implicaba que los documentos que los respaldaban y la misma naturaleza o razón social de las mismas, impedían garantizar un adecuado y oportuno recaudo de los valores debidos. Por esto, no resulta manifiestamente contraria a la realidad procesal, la afirmación del Tribunal en este sentido.

La acusación no prospera.

En cuanto al tercer cargo, planteado exclusivamente en el libelo a nombre de Castro Gutiérrez en el sentido de que el Tribunal desconoció la calidad que tenía éste como simple intermediario y como tal podía percibir las comisiones respectivas y que incurrió en error manifiesto de hecho al deducirle responsabilidad penal como coautor del delito de Estafa atribuido también a Duchamp Esguerra, posición que respalda el Ministerio Público en su integridad, debe decirse que, tal como aparece en autos y se destacó en la sentencia recurrida, punto que acepta la Delegada, la empresa Sidelan afrontaba serias dificultades económicas y que obtuvo cuantiosas sumas de dinero del Departamento de Fiducia del Banco de Colombia y que dichas operaciones se realizaron por intermedio de inversiones Prado Viejo Ltda., y de su Gerente Alfonso Castro Gutiérrez.

El hecho que finalmente dicha empresa –Sidelan– y sus filiales hayan cedido sus activos a una de las empresas integrantes del llamado Grupo Grancolombiano, no es indicativo del cumplimiento de las negociaciones pactadas, sino el resultado menos gravoso para el Banco de Colombia representado por el Departamento Fiduciario, esto es, que se optó por aceptar la propuesta final, precisamente para evitar un mayor perjuicio del ya indudablemente causado.

Tampoco puede aceptarse como motivo de yerro en las proporciones presentadas por la defensa, que el Tribunal haya deducido en la conducta de Castro Gutiérrez su responsabilidad como autor del delito de estafa deducido en el auto de proceder, con desconocimiento de su calidad de simple intermediario, o como lo dice la Delegada el provecho percibido tanto por Duchamp y Castro al obtener préstamos directa o indirectamente por quinientos millones de pesos, constituye lo que hoy se denomina "autopréstamo", que por la época de los hechos no constituía delito alguno, pues, tal modalidad delictiva se consagró en el Decreto número 2920 del 8 de octubre de 1982 que expidió el Ejecutivo con base en las facultades que le otorga el artículo 122 de la Constitución Nacional.

El señor Castro, además de las utilidades percibidas como intermediario o comisionista, que la Sala no discute su licitud, se vio favorecido con préstamos sin el respaldo que requiere toda operación crediticia como las aquí debatidas. Recuérdese que era Duchamp como Director del Departamento Fiduciario, quien pactaba con Castro Gutiérrez las garantías ofrecidas y que aquél era quien aceptaba sin reparo

alguno dichos ofrecimientos. Los documentos que eventualmente podían respaldar las acreencias, eran recibidos directamente por Duchamp y entregados a Pacífico Eugenio Gutiérrez, no para su confrontación, revisión, aceptación o rechazo. Era simplemente para que se responsabilizara de su custodia. Y esta clase de operaciones, desde luego irregulares como lo consideró el Tribunal, fueron objeto fundamental de la situación crítica del Banco de Colombia.

Es que el comportamiento realizado por los dos acusados, en acuerdo previo con los fines ya indicados, no puede aceptarse como simple participación como "intermediario" para Castro y como el ejercicio de su función para Duchamp. La forma como actuaron repetidamente, con la garantía de que sus actuaciones no iban a ser descubiertas, pues los antecedentes comerciales con otros clientes así lo indicaba y la conciencia de que de dicha actuación percibirían inocultables beneficios, son indicativos que el Tribunal de instancia, de modo alguno erró en sus apreciaciones y mucho menos en sus conclusiones que resultan revestidas de presunción de legalidad.

Por ello, la acusación hecha por la defensa al fallo recurrido y que el M. Público coadyuva sin reparo, se halla desprovista de fundamento suficiente para predicar la violación de normas sustanciales, por vía directa, por errores de hecho manifiestos, que, como se dejó consignado, no tiene esa especialísima circunstancia, motivo por el cual la censura debe ser rechazada.

El cargo no prospera.

Finalmente, el señor apoderado de la acusada Guevara Segura, acusa la sentencia recurrida por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho manifiesto, porque al considerar el sentenciador, dos hechos debidamente comprobados dentro del proceso –relación laboral con Castro Gutiérrez y como secretaria del mismo conocedora de las actuaciones comerciales de su jefe y posteriormente socia del mismo en una de sus empresas, equivocó la valoración de las pruebas, pues de la primera –relación laboral– debe deducirse como lógica y natural la confianza depositada por Castro Gutiérrez en su empleada hasta el punto de autorizarla para el manejo de sus cuentas corrientes.

En cuanto a su condición de socia de la compañía "Alfonso Castro", el Tribunal desconoció el certificado de la Cámara de Comercio que indica con meridiana claridad que la acusada no era socia de esta empresa para la época de los hechos y que su vinculación sólo tuvo ocurrencia cuando se hizo una reforma a la misma el 7 de noviembre de 1977, cuando fue designada como Gerente suplente de la misma.

La Delegada apoya la censura sobre la base de que si la conducta desarrollada por Duchamp Esguerra y Castro Gutiérrez, según sus planteamientos era lícita, mal puede predicarse la responsabilidad penal de Leonor Guevara Segura como cómplice de una infracción penal inexistente. Por ello, tanto el actor como el Ministerio Público demanda la absolución de la acusada previa invalidación del fallo recurrido.

No obstante que el Censor invoca la técnica propia del recurso en tratándose de prueba indiciaria, debe la Sala indicar que en reiteradas decisiones de la Corte se ha dicho que "la tesis predominante sobre esta clase de prueba es sostener la dificultad en

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

En el presente caso, las pruebas que el Tribunal Superior tuvo en cuenta para deducir la responsabilidad de la acusada en el grado de participación que le hizo, no han sido controvertidas por la defensa ni por el Ministerio Público como inexistentes. Todo lo contrario, sobre las mismas, especialmente en la indagatoria de Leonor Guevara, edifican su personal criterio respecto de las actividades de ésta, para predicar como consecuentes y ajustadas a derecho tanto la relación laboral existente, como la confianza depositada por Castro en ella. Pero, de lo dicho a través de este fallo, debe concluirse igualmente, como lo hizo el Tribunal, que la conducta atribuida a Duchamp y Castro Gutiérrez es constitutiva del delito de Estafa y, que las actividades de los dos procesados, eran bien conocidas por la acusada y, no tanto por la consecuente relación laboral, sino por dicho conocimiento, los juzgadores de instancia la hallaron responsable penalmente. No era para ella desconocida la actividad de Castro Gutiérrez en cuanto a las negociaciones con el Departamento de Fiducia del Banco de Colombia a cargo del señor Duchamp Esguerra, así como tampoco se hallaba ajena al provecho que tales actos le representaban a los acusados. Esto, precisamente, porque al parecer entre Castro y su secretaria no existían reservas en las actividades comerciales del primero, hasta el punto de ser autorizada para el manejo de las cuentas corrientes de las empresas tantas veces citadas, incluso, la personal de la esposa de Castro.

No de otra forma se entiende, que una vez Duchamp Esguerra fue desvinculado del Banco de Colombia y desde luego, terminadas las negociaciones de Castro en la forma indicada, de simple secretaria de Castro, empero muy eficiente, se convierta en socia de una de las empresas de aquél.

En suma, las consideraciones puestas de presente por el Tribunal de instancia en el fallo recurrido, mantienen su vigencia, pues, se repite una vez más, la disparidad de criterio del defensor con el del juzgador, en tratándose de prueba indiciaria, no puede constituir motivo suficiente para predicar error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, pues, el Tribunal de Bogotá plasmó sobre ellas razonadas conclusiones.

Los cargos no prosperan.

Breves *consideraciones sobre la prescripción de la acción penal.*

No obstante que en ninguna de las demandas de casación se hace alusión a la prescripción de la acción penal, la Sala, considera necesario hacer unas breves consideraciones encaminadas a establecer que a pesar del tiempo transcurrido desde la iniciación de este proceso, aún conserva el Estado su potestad punitiva.

El artículo 80 del C.P., establece que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la respectiva norma, si fuere privativa de la libertad y que para efectuar este cálculo, se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concernientes.

Enseñan los artículos 83 y 84 del C. Penal que la prescripción de la acción penal, empezará a contarse desde el día de la consumación que se interrumpirá por el auto de proceder debidamente ejecutoriado. Como innovación, el Código de 1980 establece que interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo el término por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80.

En cambio, en el Código de 1936, interrumpida la prescripción por el auto de proceder, el término empezaba a correr en su integridad por un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, de acuerdo con los artículos 105 y 107.

En el caso que se examina, se encuentra la Sala en presencia de un delito de Estafa, sancionado por el C. Penal de 1936 con pena máxima privativa de la libertad de siete (7) años, aumentada hasta en otro tanto por la cuantía del ilícito, para un total de catorce años de prisión (artículos 408 y 410) término que se tendrá en cuenta para efectos de la prescripción de la acción.

El hecho, objeto de juzgamiento (delito continuado, hoy concurso de hechos punibles), se dice consumado en el primer semestre del año de 1974, de manera que cuando se ejecutorió el auto de proceder (6 de agosto de 1980), no se había operado el fenómeno prescriptivo.

Interrumpida la prescripción, la pena máxima de catorce años, vuelve a tenerse en cuenta a partir de la ejecutoria del auto de proceder para los efectos que ocupan la atención de la Sala, de acuerdo con los artículos 105 y 107 del C.P. que regían para la época de los hechos el estatuto de la prescripción.

Pudiera pensarse que por mandato de favorabilidad el C. Penal de 1980 sería el aplicable, porque a pesar de que éste consagra una pena máxima mayor (10 años para la estafa –artículo 356, aumentada en la mitad– artículo 372, por la cuantía, para una pena máxima de quince años) la norma establece para la prescripción en la causa un tiempo igual a la mitad de la señalada en el artículo 80, término en ningún caso inferior a cinco años.

Sin embargo, ni aún aplicando dichas normas, la acción penal o potestad punitiva del Estado, ha prescrito para la fecha de esta providencia.

En estos casos, de tránsito de legislaciones y para efectos de la favorabilidad, debe acogerse en su integridad una cualquiera de las normas, sin que sea permitido pretender la aplicación de los preceptos más favorables de uno y otro Código, pues ello equivaldría a crear la llamada "Lex Tertia", *desbordando los mandatos de la Constitución y de la Ley.*

Ya en pasada ocasión dijo la Corte, con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria:

"... La norma penal más favorable debe ser aplicada de preferencia aunque sea posterior (retroactividad). A contrario sensu, *si la más favorable es la anterior, es ella la que rige el caso (ultractividad). Artículo 26 de la Constitución Nacional y 6º del Código Penal.*

"Esa aplicación debe ser integral, esto es, en todo lo que se relacione con el evento jurídico que se está resolviendo, sin que sea permitido tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear una especie de tercera norma, especial para el caso" (Corte Suprema de Justicia –abril 24 de 1981– Excertas Penales, año de 1981, pág. 163).

Como no es posible acudir al sistema de esta "Lex Tertia", *debe aplicarse en su integridad uno de los dos Códigos al estatuto jurídico de la prescripción, y la acción penal no ha prescrito ni a la luz de la normatividad anterior, ni de acuerdo con los preceptos de la legislación vigente.*

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 el fallo recurrido.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z. (Con salvamento de voto); *Edgar Saavedra Rojas, Anselmo Chaves Narváez* (Conjuez).

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente me permito consignar por escrito las razones que me impelen para salvar el voto en el presente caso:

I. *La prescripción.* 1. Estimo que el fenómeno de la prescripción se ha cumplido en el presente caso. En efecto, según la opinión de la mayoría de la Sala el delito a subsumir sería el de Estafa, sancionado por el Código Penal de 1936 con pena privativa máxima de siete años, aumentada en otro tanto por la cuantía del ilícito para un total de catorce años, término que dentro de la vigencia del Código de 1936 sería el que se tendría en cuenta para efectos de la prescripción de la acción.

Pero resulta honorables Magistrados que al comenzar a regir el Código de 1980, aparecen dos aspectos normativos nuevos, el uno de carácter procesal, el otro de carácter sustancial.

El de carácter procesal está contemplado en el artículo 84 del nuevo Código. Establece él que interrumpida la prescripción se principiará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. Tal disposición de reducir a la mitad dicho término, tiene aspectos procesales en cuanto se refiere a términos

procesales excusada la redundancia y a la vez efectos de fondo en cuanto infieren para la aplicación de la prescripción.

La providencia objeto del salvamento, da a entender que el artículo 84 norma posterior sí sería aplicable.

Tal manera de pensar la comparte el suscrito. A pesar de que equivale a aceptar disposiciones tanto del anterior como del nuevo Estatuto, ella no puede rechazarse alegando el mito o tabú de la prohibición de la llamada *lex tertia*. El sustancial en cuanto a lo favorable en el artículo 372 del Código de 1980.

2. Al aceptar la coexistencia de la penalidad del Código de 1936 y la institución procesal del artículo 84 del nuevo Estatuto, la Sala en verdad no se muestra impenetrable ante la posibilidad de la *lex tertia*.

El suscrito ha estimado no de ahora, sino de mucho tiempo ha, que el principio de inaplicabilidad de la llamada *lex tertia* no es ni puede ser absoluto, ni menos instrumento nostálgico de drasticidad para tratar de evadir principios constitucionales y los tratados públicos sobre la favorabilidad en la aplicación de la ley (Salvamento de voto en el proceso 078 contra Pedro Manuel Mercado).

3. Bien sabido es "que la *lex tertia* significa la posibilidad de que el Juez al definir sobre la favorabilidad para el reo, puede utilizar no tan sólo una ley, sino la más favorable de las posteriores" (Juan Bustos - Introducción al Derecho Penal, Página 40).

Es cierto que la doctrina contemporánea como regla general al menos entre nosotros aún continúa desechando la *lex tertia*, pero tal principio no es absoluto ni general en la doctrina, ni en la jurisprudencia. El ya citado Juan Bustos hipotetiza el siguiente caso:

"Pero en verdad hay que pensar en que las leyes penales en blanco y en los tipos abiertos, el Juez claramente funciona o compone leyes sin que por ello haya objeción de modo que no se ve razón material para impedir tal labor del Juez en este caso" (ob. pág. cit.).

Esta misma Sala en providencia de 4 de agosto de 1974, Magistrado Ponente doctor *Luis Enrique Romero Soto*, fue categórica, en sostener que la expresión ley penal más favorable "se refiere a *cualquier norma legal* que modifique la situación anterior estableciendo un criterio más benigno en relación con las violaciones de determinado bien jurídico".

Otro caso en el cual la doctrina ha aceptado la posibilidad de acudir a la llamada *Lex tertia*, es el referente a la incrustación de normas de efectos sustanciales en leyes de trámite. Esto es; lo que viene a deducirse de la interpretación de las Casaciones de 14 de marzo de 1961, G.J. XCV, Página 166; 14 de marzo de 1961, G.J. CCV, Página 176; 25 de marzo de 1961 XCV, Página 25; 24 de noviembre de 1963, Tomo CII, Página 23.

Muchos otros casos podría citar donde se abre camino a la *lex tertia*, o al menos no se le da valor absoluto a su prescripción.

4. Y es que la en unas veces simple y en otra compleja operación mental de determinar la norma más favorable, no es, no puede ser, ni una simple disquisición teórica, ni una abstracción metafísica sin contenido real, ni una posición de drasticidad.

Para la determinación de la norma más favorable, debe tenerse como punto de partida insustituible, el mismo léxico usado por el constituyente. La Carta Fundamental en su artículo 26 usa un término de profunda connotación jurídica: Se dice que se *aplicará la ley permisiva o favorable.* La aplicación de la ley es una labor que realiza el juzgador para interpretar las leyes adecuándolas a un caso concreto; el aceptar leyes formalmente provenientes de un estatuto o de otro no está creando nuevas leyes, sino interpretándolas en su adecuación a un hecho cubierto por la dinámica del ámbito temporal.

Quienes deifican la prohibición absoluta de la *lex tertia* olvidan las características del fenómeno de aplicación como resultante del de interpretación. La vieja fórmula de Franz Von Litz sobre el alcance de la norma más favorable que Jiménez de Asúa calificó como la más exacta, sigue teniendo vigencia en los Estados Democráticos: "El Juez debe ser hacer una mental aplicación de las dos leyes, la nueva y la vieja y usar aquella que *en el caso concreto* arroje un resultado más favorable para el delincuente" (se subraya).

Como bien lo decía Antolisei, es ley más favorable aquella que en la misma hipótesis conduce a consecuencias menos rigurosas para el procesado. Dentro del orden de ideas expuesto estimo que no hay inconveniente alguno para que las normas en el caso concreto se apliquen así.

Se acepta por la Sala, se repite, la penalidad básica de los siete años del artículo 408. Pero no podría aplicarse el agravante del artículo 410 por ser más desfavorable al procesado, ya que daría una penalidad hasta de catorce años. Como apareció una norma posterior que el artículo 372 que regula lo referente a las circunstancias genéricas de agravación y es más favorable, ella debe aplicarse. Así pues, la penalidad máxima ante este problema de sucesión de normas penales sería no catorce años, sino siete años básicos más la mitad, o sea, tres años seis meses para un total de diez años seis meses.

Tal sería la concreción del fenómeno de aplicación favorable previsto en nuestra Constitución.

Como la misma Corte lo acepta, el artículo 84 del Nuevo Código, debe aplicarse y por tanto, esa penalidad máxima de diez años seis meses se rebajaría a la mitad, esto es, cinco años tres meses.

Como al revisar el expediente se encuentra que el auto de proceder quedó ejecutoriado el 6 de agosto de 1980, ello significa curiosamente que el fenómeno de la prescripción se cumplió exactamente el día 6 de noviembre de 1985, esto es, cuando el expediente se destruyó en los trágicos sucesos del Palacio de Justicia.

Así las cosas y dentro de este punto de vista creo que el fenómeno prescriptivo se ha cumplido.

II. *El fondo de la cuestión.* Estimo que no sobre ni sea innecesario recordar sucintamente que el suscrito durante la discusión de este proyecto fue partidario de que se casase la sentencia de conformidad con lo solicitado por el Procurador Delegado, el inolvidable doctor Hernando Baquero Borda.

Aceptándose lo que él llama, segundo motivo de impugnación, contenido en el cargo dos de la demanda Duchamp Esguerra y dos y tres de la demanda presentada a nombre de Castro, el suscrito está de acuerdo con el Ministerio Público y con los recurrentes en la afirmación que se configura error de hecho manifiesto en los autos por la no apreciación de pruebas que descartan los artificios o engaños atribuidos en fallo de segunda instancia a Duchamp y Castro.

La afirmación que constituya maniobra engañosa por parte de Duchamp al eludir los controles del Banco, carece de respaldo al demostrarse que éstos no existían. Tampoco es maniobra engañosa el giro de cheques a nombre del Banco de Bogotá, no solamente porque no llevan la firma de Duchamp, sino porque ese es un fenómeno usual explicable dentro del ámbito de las secciones fiduciarias donde, entre otras cosas, se trata de eludir impuestos tanto por parte de los clientes como de los Bancos.

Estimo que el Tribunal erró al predicar que las empresas presentadas y representadas por Castro no podían responder de los créditos otorgados, ya que esta es una valoración *a posteriori* muy fácil de hacer, pero no necesariamente axiomática y representativa del dolo en la época de los hechos.

El suscrito estima que tiene razón el Procurador cuando sostiene que la amistad entre Duchamp y el denunciante Jaime Michelsen no puede estimarse como artificio o engaño.

Todas estas razones me llevan a disentir respetuosamente de la opinión de la mayoría de la Sala y a sostener que, o ha debido aceptarse el fenómeno de la prescripción o casarse la sentencia por las razones expuestas.

De los honorables Magistrados,

Lisandro Martínez Z.
Magistrado

Fecha, *ut supra. Febrero 3/88.*

CASACION

Aunque jurisprudencia y doctrina pregonen al unísono la oficiosidad del Juez de Casación para invalidar el proceso en los eventos en que se presente causa de nulidad como expresión de máximo respeto a las debidas garantías, no puede desnaturalizarse el recurso simplemente exigiéndole que verifique si ellas se dan.

Sentencia Casación. 2 de febrero de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Robert Egidio Moreno Martínez y Benito Castro Gutiérrez, por los delitos de homicidio, secuestro y violencia contra empleado oficial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 7.

Bogotá, febrero dos de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por los procesados Robert Egidio Moreno Martínez y Benito Castro Gutiérrez contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín proferida el 19 de diciembre de 1986, mediante la cual se condenó a cada uno a la pena principal de diez y siete años de prisión como responsable de los delitos de homicidio, secuestro simple y violencia contra empleado oficial, cometidos en concurso.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Al amanecer del 28 de mayo de 1985, hallándose de franquicia y en estado de embriaguez los agentes de la Policía Nacional Benito Castro Gutiérrez y Robert Egidio Moreno Martínez aprehendieron y golpearon al joven William Correa y lo obligaron a abordar con ellos un taxi, pero fueron interceptados por una patrulla de la

misma Institución cuyos integrantes pretendieron rescatar al civil. A este propósito se opusieron aquellos amenazando a sus compañeros –tres de los cuales los reconocieron– con las armas de fuego que portaban, por lo que los agentes en servicio tuvieron que retirarse. Instantes después escucharon un disparo, y al verificar lo acaecido, hallaron herido gravemente al joven, quien seguidamente falleció. Aunque los agentes Moreno y Castro huyeron se logró su captura, a la que continuaron oponiéndose valiéndose de sus respectivas armas.

A la investigación correspondiente fueron vinculados los policiales aludidos y comprometidos en juicio por los delitos de secuestro, homicidio y violencia contra empleado oficial; y luego de rituada la audiencia pública, en la que el jurado de conciencia los consideró responsables de tales ilícitos, condenados mediante fallo que al ser revisado por apelación, se confirmó en la segunda instancia.

Las demandas y el concepto del Ministerio Público

I. En uso del recurso de casación los representantes judiciales de los procesados presentaron sendas demandas contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín.

Demanda a nombre de Robert Egidio Moreno:

El libelo contiene tres cargos, de los cuales dos se basan en la causal 1ª, inciso segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971, y el último, en la causal 4ª de la misma norma.

En los primeros se descalifica la apreciación de la prueba indiciaria y testimonial por el sentenciador, se omite la mención de la o las normas sustantivas supuestamente infringidas, y en la confusión que exhiben las aseveraciones a manera de sustento del reclamo, se citan los artículos 215 a 218, 230, 231, 264 y 236 del anotado ordenamiento procesal como objeto de la violación; se abunda en argumentaciones particulares del recurrente sobre la evaluación de los elementos de juicio y su escogencia para los fines de la sentencia. Lo que pretende ser el tercer cargo, bajo el epígrafe de "Notas finales", está constituido por la admonición del profesional a la Corte sobre su deber de declarar oficiosamente "alguna causal de nulidad, que hubiere pasado inadvertida para quienes conocieron del juicio" o para él como recurrente.

Demanda a nombre de Benito Castro Gutiérrez:

El profesional signatario de este alegato invoca también las causales 1ª y 4ª de casación del Código de Procedimiento Penal derogado, ya que considera el fallo violatorio de la ley sustancial en sus formas directa e indirecta, y en subsidio que fue proferido en juicio viciado de nulidades de carácter constitucional.

En el primer cargo asevera que se incurrió en violación directa del artículo 64 del Código Penal por parte del Tribunal, pues en la dosificación de la pena no tuvo en cuenta la atenuante de la buena conducta anterior de su patrocinado.

En el segundo, y en notable imprecisión conceptual y argumental afirma que la sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial pero omite señalar las disposiciones así infringidas, circunscribiendo este aspecto a la mención de los artículos 215, 216 y 217 del C.P.P. derogado, para entrar a cuestionar la presencia de la duda insalvable según la cual había mérito para absolver a los acusados.

Bajo el mismo presupuesto jurídico se arguye que el proceso está afectado de nulidad por inobservancia de las formas propias ya que al no darse aplicación al artículo 216 precitado que imponía la absolución, y condenar a su patrocinado, se desconocieron en su perjuicio las garantías del artículo 26 de la Carta.

II. El señor Procurador 1° delegado en lo Penal se opone a la prosperidad de las demandas porque en su criterio, no sólo carecen del más mínimo fundamento en el proceso, sino que exhiben errores insaneables de técnica al pretender la controversia de la prueba en un juicio fallado con intervención del jurado de conciencia, y al refundir los conceptos de la violación de la ley sustancial, en especial los de la indirecta; y en fin, califica los alegatos de confusos y fundados en la mera opinión personal de cada uno de sus signatarios.

Consideraciones de la Corte:

Como lo exige el método en el estudio de los cargos presentados en toda demanda de casación, se revisará en primer lugar los fundados en la nulidad procesal.

Se destaca en primer término la inconsecuente opinión del defensor del procesado Moreno, *quien limita su ataque por la vía de la nulidad a recordarle al juez de casación la oficiosa declaratoria de la invalidez del proceso en caso de descubrir algún motivo que lo justifique y que se hubiere pasado por alto en las instancias o a él como demandante. Esta conjetura del profesional revela falta de responsabilidad en el cargo que se le confió.*

El recurso de casación es uno de los llamados extraordinarios, es decir, de aquellos que por precisas, últimas y supremas razones llevan a la revisión del fallo de segunda instancia en los casos permitidos, ya por yerros de juicio en el sentenciador, ora por errores de procedimiento atentatorios de cualquiera de las garantías consagradas en la Carta y desarrolladas en las normas instrumentales que rigen la tramitación procesal, en que se hubiere incurrido a lo largo de la actuación. Y aunque jurisprudencia y doctrina pregonen al unísono la oficiosidad del juez de casación para invalidar el proceso en los eventos en que se presente causa de nulidad como expresión de máximo respeto a dichas garantías, no puede desnaturalizarse el recurso simplemente exigiéndole que verifique si ellas se dan.

El demandante está en la obligación, si es que del estudio del proceso infiere una o varias de tales causas, de someterse a las reglas del artículo 576 del Código derogado, bajo el cual se tramitó este asunto, que indica los requisitos generales materiales de la demanda de casación; no basta aludir a la nulidad para dar por cumplido su deber, en la confianza de la oficiosidad del juez extraordinario. Tal deber, obviamente no riñe con ésta, pero tampoco se confunde con ella.

Por cuanto hace al alegato a nombre del procesado Castro, en él se ubica la inobservancia de las formas del juicio en el supuesto desconocimiento de la favorabilidad del artículo 216 del C.P.P. de 1971, es decir, en la estimación de la prueba, es perfectamente atinada la observación del Ministerio Público en el sentido de que el planteamiento no es de la estirpe del error de procedimiento que afecte la validez de la actuación, y que por esa razón no podía ser propuesto por la vía de la causal 4ª de casación. Su naturaleza corresponde a la del inciso segundo de la causal 1ª de la misma norma, y por lo mismo está antitécnicamente presentado.

Por lo demás, las precisiones de esta Sala sobre la imposibilidad jurídica de que se alegue la violación indirecta de la ley sustancial en los juicios fallados con la intervención de jurado de conciencia son y han sido inveteradas, y responde a la prohibición implícita de que el veredicto de facto sea desconocido por el juez de casación, que conforme al numeral 1º del artículo 583 del ordenamiento que gobierna este caso debe proferir el fallo de sustitución, y se llegue así a incurrir, a manera de vicioso espiral, en uno de los motivos de casación de la causal 2ª y por esta vía, a su vez, en la 4ª.

En estas condiciones sobra cualquier comentario adicional a las demás fallas que anota el Procurador en las censuras basadas en la violación indirecta de la ley sustancial.

Finalmente, ha de destacarse con relación al cargo que en el alegato a nombre del procesado Castro se hace por violación directa por falta de aplicación del artículo 64 del Código Penal debido a que en la tasación de la pena no se tuvo en cuenta la atenuante genérica de la buena conducta anterior, que esta lacónica aseveración refleja ser el fruto del particular criterio de su autor quien al lanzarla olvidó sin embargo considerar los variados y contundentes factores que determinaron la tasación punitiva, que el fallador no podía ignorar o minimizar en pro de la circunstancia mencionada.

En suma, ninguno de los cargos prospera.

Por razón de lo precedentemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

FUERO MILITAR

El militar sólo tiene derecho a su juzgamiento por la justicia castrense, cuando se encuentre en servicio activo y cuando el delito imputado se haya realizado en actividades que guarden relación con el mismo servicio.

Auto colisión. 2 de febrero de 1988. Dirime colisión de competencias entre el Comando de la Segunda Brigada con sede en Florencia y el Juez 11 Especializado de la misma ciudad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 007.

Bogotá, D. E., 2 de febrero de 1988.

VISTOS:

Debe la Corte decidir la colisión de competencias positivas suscitadas entre el Comando de la Décima Segunda Brigada, ubicada en Florencia y el señor Juez Once Especializado radicado en la misma ciudad dentro del proceso que por el presunto delito de extorsión se adelanta contra los soldados voluntarios o profesionales, Benjamín Ramos, Jesús Josafat Díaz y Camilo Vizcaya, conforme a hechos ocurridos en 21 de octubre de 1987.

HECHOS:

Aprovechando una licencia que les había sido concedida, los soldados Ramos, Díaz y Vizcaya se presentaron sorpresivamente a la casa de habitación de Leopoldo A. Gutiérrez, ubicada en la zona urbana del municipio de Florencia, y después de acusar al inquilino de ser un colaborador de los grupos guerrilleros, lo amenzaron con llevarlo detenido y ponerlo a disposición de las autoridades si no les entregaba una suma considerable de dinero.

Según el denunciante, los soldados se presentaron en traje de civil y armados con revólveres. Gutiérrez les prometió reunirles el dinero para las horas de la noche y previo acuerdo con el DAS, se obtuvo la captura de los delincuentes cuando se disponían a recibir un paquete que presuntamente contenía el dinero solicitado.

Alega el Comando de la Décima Brigada, que por ser los acusados miembros en servicio activo del Ejército Nacional, su juzgamiento corresponde a la Justicia Penal Militar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 308 del C. Penal Castrense.

Se estableció, que efectivamente, los sindicados son soldados en servicio activo del Ejército de Colombia e integrantes de la Compañía Contraguerrillas Puma. Que, el país se encuentra en estado de sitio desde el mes de mayo de 1984 y que efectivamente el artículo 388 del C. de J.P.M. atribuye a la justicia castrense el juzgamiento de los delitos comunes cometidos por los militares en servicio activo, en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público y conmoción interior.

El juez especializado, sin desconocer los anteriores hechos, *insiste en conservar la competencia para conocer del sumario afirmando que los acusados en el momento de realizar el supuesto comportamiento punible, estaban disfrutando de una licencia, como consta en el proceso, y que en consecuencia no actuaron con ocasión del servicio o en desarrollo de funciones propias del mismo, factor indispensable para su juzgamiento por la justicia castrense.*

La Sala debe compartir la posición jurídica del señor juez especializado, por las siguientes razones:

El fuero para el juzgamiento de los militares, tiene su fundamento y razón de ser, en el artículo 170 de la Constitución Nacional. De acuerdo a este precepto, "De los delitos cometidos por los militares y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del C. de J.P.M.". Se trata de una excepción a la regla señalada en los artículos 55 y 58 de la Carta.

Del contenido de esta norma clara y precisa, se desprende que el militar sólo tiene derecho a su juzgamiento por la justicia castrense cuando se encuentra en servicio activo y cuando el delito imputado se haya realizado en actividades que guarden relación con el mismo servicio. En estas condiciones la J.P.M. no puede sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de los delitos comunes consumados por militares que no se encuentren en servicio activo o que hayan delinquido en actividades ajenas a dicho servicio. De ahí, que el fuero militar de acuerdo al querer del constituyente, sólo se aplique y justifique en el campo estricto del servicio militar.

Por eso ha dicho la Corte que "la justicia penal militar se administra de un modo acelerado, con parvedad de procedimientos y del ejercicio del derecho de defensa, sobre todo en el aspecto fundamental de la prueba. Así lo requiere la naturaleza de la función castrense y la importancia de mantener la autoridad y respetar la jerarquía de los cuerpos militares. Por ello, sólo se concibe respecto de estos y en relación exclusiva con la actividad y los ilícitos cometidos en desarrollo de la misma. Consagrarla, involucrando personas distintas de los militares en servicio activo y delitos diferentes a

los que se relacionan con el mismo servicio equivale a suplantar el orden constitucional, concediéndole al artículo 170 de la Carta un valor genérico y no específico, que es el que le corresponde" (Constitución Política, codificación de los doctores Giraldo y Gómez V.).

En reciente providencia del veinticinco de septiembre del año inmediatamente anterior, la Sala de Casación Penal y con ponencia del honorable Magistrado doctor Rodolfo Mantilla Jácome, al dirimir una colisión de competencias dentro del sumario adelantado por homicidio contra el Sargento Segundo de la Fuerza Aérea Jorge Yesid Pinzón, al examinar y estudiar el alcance y contenido del artículo 308 del C. de J.P.M. en armonía con lo preceptuado en el artículo 170 de la Constitución Nacional, dijo al respecto:

"... De la diáfana redacción del canon político que se ha transcrito, surge como una evidencia incontrastable, que el constituyente no otorgó el fuero a los militares por el sólo hecho de serlo en el momento de su comportamiento ilícito, sino que reclamó para la efectividad de esta verdadera garantía que el delito se cometiere 'en relación con el mismo servicio' ".

"2° De la exégesis precedente deviene para esta Sala que al ordinal 2° del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar ha de dársele la interpretación que las reglas elementales de hermenéutica imponen. Esto es, que si el artículo del código castrense comentado no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagró el fuero militar, no podía el legislador ordinario extender los efectos de un instituto consagrado en el canon superior, eliminando al efecto la exigencia consistente en que el destinatario de la garantía foral, debía haber cometido el delito en relación con el servicio.

En pretérita ocasión reconocía esta Corporación que el fuero, como institución de carácter excepcional 'conduce a que se interprete en forma restrictiva, de manera que sólo tiene derecho al fuero el funcionario expresamente señalado por la ley, *y sólo en la medida en que* el hecho delictivo que se le atribuye haya sido cometido dentro de las *exigencias previstas también en forma expresa por el ordenamiento*' " (Cas. de agosto 24 de 1983).

"3° Finalmente, y como quiera que esta Sala coincide con los planteamientos reiteradamente expuestos por el Magistrado *Reyes Echandía* en sus numerosos salvamentos de voto a las tesis mayoritarias de esta Corporación, convenimos en afirmar que el delito atribuido al Sargento Pinzón Díaz cometido por causas perfectamente ajenas al servicio, escapa a la órbita de la jurisdicción castrense, no obstante ser cierto que para la época del reato se encontraba la nación bajo los efectos del estado de sitio.

"Afirmaba el desaparecido jurista en su disenso a la sentencia de casación de noviembre 12 de 1981, lo que sigue:

"Cuando, pues, el artículo 170 de la codificación constitucional se remite al Código de Justicia Penal Militar, para que desarrolle legalmente el fuero allí consagrado, condiciona tal delegación a que sus preceptos le consignen respecto de 'delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio'. Por

manera que, cuando los artículos 307 número 1°, 308 número 2° y 331 del C. de J.P.M. refieren su competencia a los 'militares en servicio activo' o a 'los suboficiales y personal de tropa', ha de entenderse, conforme al precepto constitucional que estas normas apenas desarrollan, que el delito realizado por esos militares en servicio activo ha de haber sido cometido en ejercicio de su función castrense".

"Por lo demás, ni el numeral 2° del artículo 308 del C. de J.P.M., que extiende tal jurisdicción a los tiempos de 'guerra, turbación del orden público o conmoción interior', ni decreto alguno expedido durante el actual período de estado de sitio derogan –ni podrían hacerlo– el mandato constitucional del artículo 170 en cuanto a la exigencia de que el delito debe ser ejecutado por militares en servicio activo y por razón del ejercicio de tal actividad castrense, para que su autor o cómplice sea juzgado dentro del marco excepcional de la jurisdicción penal militar".

Este modo de pensar que la Sala mantiene y ratifica, permite concluir, que los soldados acusados dentro del presente sumario, no tienen derecho al fuero castrense para su juzgamiento, porque no realizaron la presunta conducta punible que se les imputa en ejercicio de su actividad militar, sino en uso de una licencia en el servicio y circunstancias totalmente ajenas a su función castrense.

En otras palabras, el presunto delito de extorsión de que se acusa a los militares no guarda relación alguna con su actividad militar y por ello, su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria, siendo indiferente para el efecto que el país se encuentre en "estado de sitio".

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, DIRIME la presente colisión positiva de competencias señalando al señor Juez Once Especializado de Florencia, como el competente para conocer del presente sumario y a él se le remitirá el expediente. Copia de esta providencia se le enviará al Comando de la Décima Segunda Brigada –acantonada en Florencia para su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero

Secretario

JUEZ-DELITO

Consideraciones relacionadas con actuaciones de un Juez en ejercicio de su cargo.

Sentencia Segunda Instancia. 2 de febrero de 1988. Revoca parcialmente y confirma en otra, la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Quibdó, contra el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, exjuez Promiscuo Municipal de Nóvita y de Istmina, por los delitos de detención arbitraria en procesos acumulados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 7.

Bogotá, D. E., dos de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Por apelación interpuesta por el procesado, revisa la Sala la sentencia de 2 de septiembre de 1987, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó condenó al doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, exjuez Promiscuo Municipal de Nóvita y exjuez Promiscuo del Circuito de Istmina (Chocó), a la pena principal de tres (3) años de prisión, y a las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de dicha pena, y a la prohibición de ejercer la profesión de abogado durante cuatro (4) años, como responsable de cinco delitos de detención arbitraria que se le dedujeron en cinco procesos acumulados.

ANTECEDENTES

Los siguientes son los cinco cargos que por detención arbitraria le han sido formulados al doctor Lozano Mayo en sendos procesos:

1° En un sumario que como Juez Promiscuo del Circuito de Istmina inició por el delito de abuso de confianza, dispuso la captura del denunciado doctor Clímaco Maturana Pino, Contralor General del Chocó, con orden fechada el 18 de octubre de 1980, lo escuchó en indagatoria el 22 y le dictó auto de detención el 27 siguiente, fecha en la cual ordenó su libertad, todo esto no obstante tener conocimiento de que aquél era empleado público.

Por ese hecho el Tribunal y la Corte lo llamaron a juicio en providencias de mayo 19 y diciembre 11 de 1981, por el delito de detención arbitraria previsto en el artículo 295 del Código Penal de 1936.

2° También como Juez Promiscuo del Circuito de Istmina inició sumario por incesto contra Demetrio Díaz, a quien se acusaba de tener relaciones sexuales con su hija. El Juez escuchó en declaración bajo juramento a Magdalena Asprilla, amante del sindicado, quien dijo no saber nada al respecto. El 27 de noviembre de 1979 el Juez ordenó la captura de ésta atribuyéndole el delito de encubrimiento y la retuvo durante tres días, al término de los cuales la dejó en libertad sin oírla en indagatoria, ante la confesión del procesado.

El 27 de agosto de 1981 fue llamado a juicio por el delito tipificado en el citado artículo 295, decisión que confirmó la Corte en auto de 18 de junio de 1982.

3° En su calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Istmina y con base en la denuncia formulada por Melquisedec Mosquera Mosquera, inició investigación por tentativa de homicidio contra Yamila Rentería de Osorio y varias mujeres más, contra las cuales expidió orden de captura. El 19 de agosto de 1980 se trasladó con personal policial al vecino Corregimiento de Andagoya, en cuyo centro de Atención Integral Preescolar (CAIP) "María Cristina", puso presas a las sindicadas, las trasladó a Istmina, las escuchó en indagatoria, y el 25 siguiente ordenó la libertad de todas ellas. El Juez procedió de tal manera a sabiendas de que la señora Yamila Rentería de Osorio era empleada pública en su condición de maestra al servicio del Departamento del Chocó, en comisión en el mencionado centro educativo como su Directora.

En este asunto el Tribunal dictó auto de proceder el 22 de octubre de 1982, y mediante auto que quedó en firme el 21 de enero de 1983 aceptó el desistimiento del recurso de apelación que contra el mismo había interpuesto el procesado.

4° Como Juez Promiscuo Municipal de Nóvita inició sumario por el hurto de varios objetos de la Iglesia Parroquial ocurrido el 21 de julio de 1979. El sindicado Tomas Elí Valencia en su indagatoria hizo cargos a Oswaldo Salazar Ibargüen, Domitila Moreno de Figueroa, Cayetano Moreno y Rosa Ibargüen, contra los cuales el Juez libró orden de captura el 30 de julio, quienes fueron puestos a su disposición el día siguiente; más el doctor Lozano Mayo resolvió escucharlos en declaración bajo juramento y no en indagatoria. No obstante ello, no dispuso su libertad inmediata sino que regresó uno por uno a la cárcel a medida que iban rindiendo sus testimonios, y sólo cuando todos cumplieron ese procedimiento, que terminó el mismo día 31, los dejó en libertad.

También se le reprochó al Juez haber ordenado la captura del mencionado Oswaldo Salazar, enterado como estaba de que se desempeñaba como celador del municipio y que por tanto tenía la calidad de empleado público.

Se le formuló el pliego de cargos por la detención arbitraria prevista en el artículo 295 que se viene mencionando, pero al resolver la apelación propuesta contra dicho pronunciamiento, la Sala lo reformó en el sentido de que el delito imputable era el de prolongación indebida de la detención, contemplado en el artículo 296 ibídem (auto de primero de febrero de 1983).

5° En la noche del 3 de julio de 1981 el Juez Lozano Mayo se encontraba ingiriendo licor y departiendo en una taberna del municipio de Istmina, en donde ejercía el cargo de Juez Promiscuo del Circuito; lo propio hacía en el mismo establecimiento el profesor Esaú Murillo Camacho, en compañía de otros profesores y alumnos de la Universidad Tecnológica del Chocó. Bien entrada la noche –dijo Murillo posteriormente en su denuncia contra el juez– Lozano Mayo comenzó a insultarlos y a amenazarlos con un revólver, del cual viéronse obligados a despojarlo, devolviéndoselo momentos después; de inmediato abandonaron el establecimiento. Alrededor de las 8:30 de la mañana siguiente –sábado– Murillo Camacho se disponía a abordar un bus para trasladarse a Quibdó, pero apareció el Juez Lozano Mayo en compañía de un Agente de la Policía, a quien verbalmente ordenó aprehenderlo, trasladándolo a las instalaciones de la Policía y después a la Alcaldía, de donde, luego de transcurrir hora y media, fue devuelto a los cuarteles con una orden de encarcelación escrita emanada del Alcalde, quien dispuso su libertad el lunes siguiente.

El Tribunal lo llamó a juicio mediante providencia de 18 de julio de 1985, la cual fue confirmada por esta Sala mediante la suya de 9 de abril de 1986: el encausamiento dedujo que el doctor Lozano Mayo puso su investidura de Juez al servicio de sus intereses personales, y, por lo tanto, abusó de sus funciones oficiales, debiendo responder por la conducta prevista en el artículo 272 del Código Penal que hoy rige.

Acumuladas esas cinco causas se llevó a cabo la audiencia pública, en el curso de la cual el señor Fiscal del Tribunal solicitó sentencia condenatoria en todos los procesos. Por su parte, la defensa sostuvo que los dos primeros casos (detenciones del Contralor Maturana Pino y de Magdalena Asprilla) estaban afectados por prescripción; en cuanto a Oswaldo Salazar y las demás personas, afirmó que no existía prolongación indebida de su detención, pues apenas duraron privados de la libertad un día, y que el juez no los liberó a medida que fueron declarando bajo juramento porque a petición de dos de ellos se trasladó a sus casas para constatar que allí no existía nada de lo hurtado a la Parroquia, y, además, porque de surgir contradicciones entre sus dichos, se habría visto en la necesidad de realizar las confrontaciones de rigor. De todos modos, dice la defensa, no existió ninguna clase de dolo. Respecto de la detención de la maestra Yamila Rentería, reitera que el Código de Procedimiento Penal a la sazón vigente no prohibía capturar al empleado público para el solo efecto de indagarlo, hasta el punto que el nuevo código de 1987 se vio en la necesidad de consagrar expresamente dicha prohibición. En su sentir, se trata de un problema de interpretación que jamás puede configurar delito. Por último, acerca de la retención del profesor Esaú Murillo Camacho alega que no existe plena prueba de que él haya

dado la orden de capturarlo, y que, por el contrario, sí quedó establecido que la orden de encarcelación fue expedida por el alcalde Salomón Cariuty. Demanda, pues, la absolución en estos tres casos últimos, y la prescripción en los dos iniciales.

La sentencia dice en primer término que por el incremento que para la prescripción trae el artículo 82 del Código Penal de 1980, no ha operado dicho fenómeno. En cuanto a los tres procesos restantes, se limita el Tribunal a copiar textualmente las consideraciones hechas por la Corte con ocasión de las confirmaciones de los pliegos de cargos, y expide la condena que ha sido recurrida en apelación por el procesado, quien al sustentar la impugnación invoca la favorabilidad del Código Penal de 1936 en cuanto a la prescripción; en torno a los demás procesos, se queja de que el Tribunal no haya hecho ningún análisis propio, limitándose a repetir lo consignado por la Sala como juzgador de segunda instancia; retoma sus planteamientos de la audiencia e impetra su absolución. Le replica así mismo a la sentencia que la pena accesoria de la suspensión del ejercicio de la profesión de abogado no existía bajo el imperio de la Ley 95 de 1936, motivo por el cual no le podía ser impuesta.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que en los dos ya conocidos primeros procesos, la acción penal se encuentra prescrita. En el que concierne a la prolongación indebida de la detención de Oswaldo Salazar y otros estima que no fue cometido por el procesado, ya que "esta norma (artículo 296 C.P. 1936) sanciona únicamente la conducta del funcionario que omite resolver dentro de los términos legales la situación del capturado, o del encargado de ejecutar la orden de libertad, impartida por autoridad competente, que sin justificación retarde su cumplimiento", evento en el cual no se encuentra Lozano Mayo, quien habría cometido, sí, la detención arbitraria prevista en el artículo 295 de dicho Código, al haber ordenado la captura con base en una sindicación que de antemano desechó como infundada. Por lo que toca a la detención de Yamila Rentería de Osorio, considera la delegada que la previsión del artículo 449 del Código de Procedimiento Penal de 1971 sólo se aplica cuando se dicta auto de detención preventiva contra un empleado oficial, más no para indagatoria del mismo. Además –argumenta– la misma Corte así lo dijo durante una época. "Así pues, si con la orden de captura no se quebrantó disposición alguna, con detrimento de las garantías de la indagada, preciso es concluir que el delito de detención arbitraria no existió y que por esta razón el acusado debe ser absuelto también de esta sindicación".

Por último, referente a la detención de Esaú Murillo, acoge los argumentos del auto de proceder y solicita la confirmación de la sentencia "reduciendo la pena allí impuesta a un año de prisión", y revocando la pena accesoria de la suspensión en el ejercicio de la profesión, "pues se trata de abuso del cargo, más no de la profesión de abogado en sí misma".

Consideraciones de la Corte:

1° *En los procesos que atañen a las detenciones de* Clímaco Maturana (cuaderno 1), Magdalena Asprilla (cuaderno 2) y Yamila Rentería de Osorio (cuaderno 3), *los autos de proceder quedaron debidamente ejecutoriados en los meses de enero de 1982,*

junio de 1982 y enero de 1983, respectivamente; o sea que para enero y junio de 1987, y enero del presente año, la prescripción afectó dichos procesos.

Lo anterior, porque el término prescriptivo de la acción para el delito de detención arbitraria previsto en el artículo 295 del Código Penal de 1936, estatuto bajo cuya vigencia ocurrieron los hechos, es de cinco (5) años, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 105 y 107 ibídem.

El artículo 26 de la Constitución Nacional, y las normas que lo desarrollan, son claros en señalar que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa", principio de legalidad éste que solamente puede ser desatendido cuando la norma posterior, o no preexistente, de para un beneficio al procesado, más no cuando lo perjudica, como lo resolvió en este caso el Tribunal al hacer extensivos retroactivamente los efectos del artículo 82 del Código Penal vigente para incrementar en una tercera parte el término prescriptivo.

Por lo demás, es conveniente advertir que también frente al nuevo Código Penal la acción estaría prescrita, pues, no obstante el incremento del artículo 82, el término prescriptivo sería de cinco años, habida cuenta de la reducción prevista en el 84 ibídem.

Previa revocación de las condenas, se cesará procedimiento respecto de los tres mencionados delitos.

2° En el proceso por la detención de Oswaldo Salazar y varias personas más (cuaderno número 4), la Corte aceptó el criterio de la Procuraduría en el sentido de que bien pudo el Juez escuchar en declaración juramentada a quienes en principio consideró sindicados y por tanto destinatarios de la orden de captura. El delito lo encontró entonces en que "no es legítimo mantener la captura de quienes ya se sabe que no cometieron la infracción, como se creyó inicialmente, sino que apenas la presenciaron, situaciones para cada una de las cuales el procedimiento penal señala diferentes tratamientos y distintos deberes y obligaciones a los funcionarios judiciales", y mutando la imputación del artículo 295 al 296 del Código Penal de 1936, dijo la Sala:

"El Juez Lozano, en efecto, no obstante haber advertido previamente que los 'retenidos y rigurosamente incomunicados por cuenta de su despacho' señores Oswaldo Salazar y Cayetano, Domitila y Rosa Moreno, inicialmente considerados como sindicados del delito de robo investigado, no habían tenido participación alguna en la infracción, prolongó indebidamente su encarcelamiento, manteniéndolos privados de la libertad hasta tanto todos no fueron oídos en declaración testimonial, de modo que aún después de hacerlo bajo juramento, cada uno de los testigos fue devuelto a la cárcel, primero Oswaldo Salazar Ibargüen y luego, sucesivamente, los declarantes Domitila Moreno, Rosa Inés Ibargüen de Moreno y Cayetano Moreno, sólo al término de la declaración del último, finalmente, el funcionario hizo cesar la indebida prolongación de la detención de todos" (fls. 27-3).

Pues bien: el sindicado expuso en su indagatoria que "al haber ordenado la privación de esas personas creyéndolas inicialmente como sindicadas, pero que después al optar no por indagarlas sino por oírlas en declaración juramentada las dejó

en libertad el mismo día en que les recepcionó tal diligencia. La misma Corte se pronunció a comienzos del año en curso diciendo que los Jueces y Magistrados debían tener mucho cuidado con el inicio de las investigaciones, para no vincular mediante indagatoria a la topa tolondra a toda clase de personas.." (fl. 57 vto.).

Posteriormente, al responder en audiencia pública por la imputación que le hizo la Corte con base en el artículo 296 del Código Penal de 1936, el procesado alegó:

"Sobre este aspecto debo responder que, efectivamente, al oír en declaración a cada uno de esos supuestos procesados, no los liberé de manera inmediata por dos razones: la primera, porque dos de ellos, sea decir, de los declarantes retenidos, me pidieron de manera expresa que para ellos mostrar su inocencia en las supuestas inculpaciones que se les hacía, pedían que el suscrito funcionario se trasladara a las residencias de cada una de estas dos personas para que les practicara una requisa en su habitación, como que el delito que se investigaba (robo a la iglesia parroquial de Nóvita) había causado alarma en esta población otrora capital del departamento del Chocó y distinguida en el concierto religioso por la riqueza que atesora en el templo, el juzgado estimó procedente aceptar la petición que en tal sentido hicieron estos sindicados... en segundo lugar no los solté a los supuestos ofendidos inmediatamente, porque mi intención era la de carearlos inmediatamente terminaran sus exposiciones todos, si llegaba a desprenderse alguna contradicción entre ellos... pero nada de eso sucedió, ni las requisas practicadas dieron resultado positivo alguno y los declarantes al rendir sus exposiciones lo hicieron con fidelidad y sin contradicciones, procedió entonces el despacho a mi cargo a ponerlos en libertad de manera conjunta ante el desvanecimiento total de la supuesta inculpabilidad (sic) que habían pretendido imputarles los verdaderos sindicados de estos hechos. No cometí ninguna clase de infracción penal en este proceso, y en cuanto a la posición de la honorable Corte he explicado las razones o motivos que llevaron a la supuesta prolongación ilícita de la libertad a aquellos señores. Basado entonces en el artículo 35 y siguientes del Código Penal Colombiano solicito que aunque esta petición no encuentre eco como lo he dejado anotado en esta Corporación, solicito no obstante la absolución por razón de este proceso teniendo en cuenta que el elemento subjetivo de la infracción en comento (dolo) no estuvo presente en ningún momento en el ánimo del suscrito funcionario para querer prolongar caprichosamente la libertad de unas personas a quienes precisamente por haber demostrado de manera clara y palmaria su inocencia frente al suscrito, no se hicieron merecedoras a que se les vinculara desde el punto de vista procesal penal a aquellas sumarias".

La defensa del procesado debe encontrar eco en esta instancia. Obsérvese que la privación de la libertad ha sido considerada en este asunto como legítima: "no es cierto que los hasta entonces sindicados por éste (el Juez) hubiesen sido arbitrariamente privados de su libertad e incomunicados, ni que necesariamente hayan debido ser oídos en indagatoria", dijo la Sala en su ya referido auto de primero de febrero de 1983. Pero también es cierto que así inicialmente el Juez haya optado por la declaración jurada, ello no le impedía oírlos en indagatoria a renglón seguido y estando desde luego dentro del término para ello, si algunos elementos de convicción recogidos posteriormente así se lo hubiesen aconsejado. Esos elementos de juicio

consistieron, según se acaba de ver, en las pesquisas tendientes a la búsqueda de los objetos sustraídos y a las declaraciones de los capturados: como ha dicho el exjuez Lozano Mayo, ni de lo uno ni de lo otro surgió mérito para escuchar en indagatoria a los capturados, quienes, por tal motivo, fueron puestos en libertad el mismo día. Si el Juez hubiese persistido en recibirles indagatoria a los aprehendidos inmediatamente le fueron puestos a sus órdenes por los policías, o luego de haberlos oído en declaración, éstos bien hubieran podido permanecer presos durante diez días o más (artículo 434 C. de P.P. de 1971): esta alternativa, de indudable menor esfuerzo y facilista, tendría hoy cabal aprobación legal, aunque, paradojalmente, hubiera causado, materialmente, un "daño" mucho mayor a la libertad de las personas retenidas, pues repítese que con el procedimiento "ilegal" que ha ameritado esta sentencia condenatoria que se revisa, aquéllas apenas vieron coartada su libertad un día.

Desde el punto de vista subjetivo, también es claro que el Juez obró consciente de que su actuación se ceñía a la ley, y que con ella evitaba una privación de la libertad más duradera que con el procedimiento previsto para la indagatoria, todo lo cual de suyo echa por tierra cualquier cargo por detención arbitraria, debiéndose en consecuencia revocar el fallo recurrido para en su lugar absolver al exjuez.

Se debe agregar que la defensa también tiene razón cuando disiente de la afirmación hecha por la Corte en el sentido de que el doctor Lozano Mayo detuvo a Oswaldo Salazar, empleado oficial, "pese a que con anterioridad el funcionario había sido llamado a juicio por la Corte por actitud semejante como puede verse a folios 81 a 87" (fl. 28 cuaderno 3), porque este proveído, dictado en el proceso de Clímaco Maturana Pino, está fechado el 11 de diciembre de 1981, y la captura de Oswaldo Salazar tuvo ocurrencia el 30 de julio de 1979. De esta suerte, es menester afirmar con la defensa que el procesado no tenía conocimiento de dicha decisión de la Corte.

5° En torno a la privación de la libertad del señor Esaú Murillo Camacho (cuaderno número 5) no hay en el proceso duda alguna de que se le apresó cuando iba a abordar un bus intermunicipal con destino a Quibdó, hecho ocurrido en las primeras horas de la mañana del 4 de julio de 1982 dentro del marco urbano de Istmina. Lo que se discute es de quién provino la orden de esa aprehensión. El procesado Lozano Mayo repite con su defensor que fue el alcalde de dicho municipio quien expidió la boleta de encarcelación: esto es cierto, como quedó demostrado a través de las inspecciones judiciales practicadas en el Comando de la Policía y en la Alcaldía de Istmina (fls. 13 y 17); en esta última se examinaron las diligencias contra el profesor Murillo Camacho con base en la denuncia del Juez Lozano Mayo, quien momentos después de los hechos que se le imputan dijo: "opté por dirigirme en la mañana de hoy al Comando de la Policía para que *en mi compañía se aprehendiera al señor Murillo Camacho Esaú y se condujera ante dicho Comando o a la Alcaldía Municipal* con el fin de formular la correspondiente denuncia, a efectos de que el señor Esaú Murillo manifieste ante la autoridad respectiva cuál es el problema que tiene contra el suscrito en su calidad de Juez de la República, y de paso para evitar que en virtud, o de repetirse tales ataques, puedan presentarse consecuencias funestas" (fl. 19. Se subraya).

Esa versión la repitió sustancialmente el acusado en la indagatoria y en el careo que tuvo con Murillo Camacho (fls. 73 y 122) de donde no se ve el asidero que tenga la afirmación de la defensa en el sentido de que no fue el Juez quien ordenó el apresamiento, si, se insiste, es el mismo Lozano Mayo quien reiteró que obtuvo la colaboración del Comandante de la Policía para "aprehender" o para "conducir" al mencionado profesor. En ese momento consumó su conducta delictuosa el doctor Lozano Mayo, ya que únicamente hora y media después intervino directamente el Alcalde Salomón Cariuty y formalizó la privación de libertad que, verbalmente, había dispuesto el Juez. "Yo no ordené la captura –dijo el Alcalde–, la Policía después del denuncio me lo presentó al despacho y ahí fue cuando yo ordené la retención en el Comando de la Policía, previniendo que los hechos llegaron a mayor trascendencia" (fls. 69 y 70).

Esa evidencia, confirmada por el resto del acervo probatorio, condujo a esta Sala a considerar lo siguiente cuando confirmó el pliego de cargos:

"... pero no debe olvidarse que Murillo Camacho no acudió voluntariamente ante las autoridades; su presencia allí fue forzada, contraria a su voluntad, y este acto de fuerza, ilegítimo, bien puede imputarse al acusado, quien pudo hacerlo gracias a su investidura de Juez, que puso al servicio de sus personales intereses. De allí que su conducta constituya un abuso manifiesto de sus funciones oficiales.

"Si el doctor Lozano Mayo era víctima de un delito, lo legal era que formulara la denuncia y dejara en manos del funcionario competente el desarrollo de la investigación y, obviamente, todo lo relacionado con la captura o no del denunciado. Al intervenir como lo hizo y reconoce, ante las autoridades de Policía y ante el Alcalde Municipal, en su calidad de Juez, abusó de sus funciones determinando la captura del señor Murillo y ello tipifica el delito de detención arbitraria previsto en el artículo 272 del Código Penal" (fl. 83 del cuaderno número 4 de la Corte).

Y es más: no era propiamente un delito lo que el en ese entonces Juez Lozano Mayo estimaba que había sido cometido en contra suya por Murillo Camacho. En la diligencia de careo el funcionario dijo espontáneamente: "al día siguiente, sea decir el 4 de julio y teniendo en cuenta *el irrespeto* de que había sido objeto como Juez de la República de Colombia, quise hacer uso de la potestad legal que me autoriza para sancionar con cinco días de arresto inconmutable, al sujeto de marras, sin embargo observé que la prueba fundamental para tomar la decisión *motu propio* era de difícil recaudo, pues en primer lugar el testigo ático de los hechos era hermano del presunto sancionado y conforme al artículo 294 del C. de P.P. no estaba obligado a declarar, y en segundo lugar si por las moscas decidía hacerlo, ya era de suponer el contenido de su declaración. Dejé entonces a un lado este inicial procedimiento y me trasladé al Comandante de la Policía a ponerle en conocimiento me facilitara un agente de la Policía a efecto de que se sirviera conducir al mentado Esaú a la Alcaldía Municipal, porque iba a instaurar el denuncio de irrespeto a la autoridad ante el señor Alcalde" (fl. 74. Se subraya).

El procesado, como él mismo lo dice, "dejó al lado" la ley para proporcionarse un instrumento sucedáneo que estaba a todas luces al margen de la misma. El "procedimiento inicial" que resolvió abandonar el funcionario no era otro, en principio, que el

que consagra el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil para los casos de irrespeto por actuaciones en ejercicio de sus funciones. Con todo, repárase en primer término que este precepto no sería aplicable en el presente caso toda vez que cuando el Juez se dice fue irrespetado no cumplía funciones propias de su cargo y, en segundo lugar, que dicha norma es harto exigente en punto a la privación de la libertad, ya que el arresto allí estipulado no puede hacerse efectivo sino una vez cobre ejecutoria la resolución que lo imponga.

El doctor Lozano Mayo acudió, pues, al visto procedimiento de facto, no legislado, con el no escondido propósito de tomar venganza del irrespeto del cual se consideraba víctima por los hechos sucedidos la víspera: ha repetido la doctrina que toda privación de la libertad obtenida por fuera del marco estrictamente legal se torna arbitraria, y no otra cosa cabe predicar del apresamiento de Murillo Camacho.

Ahora bien: la defensa insiste en que Lozano Mayo no actuó como funcionario sino como mero particular al solicitar un agente para la conducción de Murillo, y que por tanto no pudo cometer el delito contra la administración pública que se le endilga. Más no: es el mismo procesado quien ha dicho que resolvió "hacerlo aprehender" por el irrespeto que le había infligido como Juez y esta calidad que invocó, y que naturalmente era un hecho notorio, fue la que movió a la Policía a ponerse a su servicio y a cumplir su requerimiento. Si ello es así, como indudablemente lo es, la imputación por el mencionado delito contra la libertad individual no admite reparo alguno, ni por el aspecto objetivo ni por el subjetivo, como que resulta igualmente claro que el procesado obró consciente y libremente en relación con la detención arbitraria que determinó (artículos 23 y 36 del C.P.).

Así las cosas, se confirmará la sentencia, y como se trata de un solo delito tipificado en el artículo 272 citado, la pena que se le impondrá al doctor Lozano Mayo será de un (1) año de prisión, que con creces ya cumplió, pues como consignó esta Sala en auto de 11 de noviembre de 1986, por razón de estos procesos acumulados estuvo físicamente en prisión dos (2) años, cinco (5) meses y cinco (5) días (cuaderno número 5). A un año se reducirá igualmente la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones publicas.

La judicatura no puede ser considerada como una industria, un arte, una profesión o un oficio para efectos de imponer la pena accesoria prevista en el artículo 58 del Código Penal. Cuando un empleado oficial comete un delito con abuso de su función o de su investidura, su inhabilitación para continuar en el cargo público se presenta, dentro del proceso penal, como consecuencia de la interdicción de derechos y funciones públicas (artículo 50 del C.P.), que algunos tipos penales consagran como pena principal, y que en otros casos se impone como accesoria de la pena de prisión (artículo 52 ibídem). Se revocará, pues, esta pena por improcedente.

Aun cuando en las condiciones anotadas el doctor Lozano Mayo tendría derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional, la Sala no hará, por sustracción de materia, pronunciamiento alguno al respecto, pues la pena privativa de la libertad que se le impondrá al procesado ya fue cumplida por éste y, en cuanto a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, se considera

conveniente hacerla efectiva de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal.

Para que la Sala respectiva del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó determine si es del caso o no dar aplicación a lo establecido en el artículo 6° del Decreto número 196 de 1971, se ordenará expedir copia de este fallo y de la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE:

1° REVOCAR las condenas proferidas en relación con los procesos por las detenciones de Clímaco Maturana Pino, Magdalena Asprilla y Yamila Rentería de Osorio, y, en su lugar, declarar prescrita la acción penal por esos hechos. En consecuencia, se ordena la cesación de procedimiento respecto del doctor Milvio Jacob Lozano Mayo en relación con los mismos.

2° REVOCAR la condena dictada contra el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo respecto del proceso por las detenciones de Oswaldo Salazar Ibargüen, Cayetano, Domitila y Rosa Moreno, hechos por los cuales lo ABSUELVE.

3° CONFIRMAR la condena impartida contra el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, exjuez Promiscuo del Circuito de Istmina (Ch.), en el proceso por la detención de Esaú Murillo Camacho, con la reforma de que la pena privativa de la libertad que se le impone es de un (1) año de prisión.

4° REDUCIR a un (1) año la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas impuestas al procesado, con la advertencia de que deberá hacerse efectiva.

5° REVOCAR la pena accesoria consistente en la prohibición del ejercicio de la profesión de abogado impuesta al doctor Lozano Mayo.

6° CONDENAR, en abstracto, al doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, al pago de los perjuicios causados con el delito por el cual se le condena.

7° Por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, expídase copia de las piezas procesales relacionadas en la parte considerativa de esta providencia, para los fines allí indicados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis G. Salazar Otero

Secretario

JUEZ – SECRETARIO – FUNCIONES

En la actividad judicial y como la estructuran los diversos estatutos reguladores de las diferentes materias, debe estimarse como función propia de los secretarios, el atestiguar lo que por sus manos recibe y evacua uno de esos depachos.

Auto Segunda Instancia.– 2 de febrero de 1988. Confirma, con alguna modificación, la resolución de acusación que, contra el doctor Alirio Sanguino Madarriaga, Juez 44 de Instrucción Criminal de Medellín, dictó el Tribunal Superior de esa ciudad, por el delito de falsedad en documento público.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 7.

Bogotá, D. E., febrero dos de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, formula resolución de acusación (noviembre 3 de 1987) en contra del doctor Alirio Sanguino Madarriaga, a quien como Juez 44 de Instrucción Criminal, le imputa la comisión de un presunto de delito de falsedad en documento público (art. 220 del C.P.).

DE LOS HECHOS se dice en el proveído apelado, lo siguiente:

"... Ante el Presidente de la Sala Penal de ese entonces, doctor Humberto Rendón Arango, se presentó escrito denunciatorio por el Secretario de la misma, señor Alberto García Quintero, en el sentido de que para el 27 de mayo de los corrientes y atendiendo petición escrita del acusado doctor Sanguino Madarriaga (fls. 3), del 21 de ese mes, se le expidió constancia ordenada por la Presidencia (fls. 3 al vto) donde se relacionaban averiguaciones penales que cursaron y cursaban en contra

del peticionario: dos ya finalizadas con auto inhibitorio y sobreseimiento definitivo y una tercera que se encuentra en curso (ahora con resolución de acusación –fls. 142–) por el delito de "Cohecho Impropio". Como se dio cuenta que el procesado presentó ante el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín una constancia, signada por él, donde no le aparecía la sindicación y pudo obtener el grado respectivo, obtuvo una copia del mismo y, al revisarlo cuidadosamente, descubrió que fue recortada la parte final de la hoja que hacía relación al sumario por el presunto punible contra la Administración Pública y "muy adecuadamente se le confeccionó la línea negra empatándola con las laterales para así no despertar sospechas acerca de su autenticidad", además que la hoja anexada y donde le aparecen las averiguaciones finalizadas únicamente (fls. 4), dado su supresión parcial, no corresponde a las utilizadas en la Secretaría para esos menesteres porque en la dependencia no se usa esa clase de papel para ninguna actuación. La queja fue ratificada bajo juramento ante el mismo funcionario (fls. 6) en julio 25 de 1987, se produjo el reparto de rigor (fls 6 vto) y un día luego se abrió la correspondiente investigación penal (fls 7 a 9) por el suscrito Magistrado sustanciador, como era su deber legal. Aquellos, resumidamente, los hechos objeto de la pesquisa que ahora ocupan la atención de la Sala en su valoración de fondo...".

Sustentación del recurso por el apoderado.

1° "... La constancia expedida por el señor Secretario de la Sala Penal, no se adecua al esquema formal de una certificación, documento que debe ser expedido en forma directa por el Magistrado de la Corporación, por su Presidente, con la firma de la Secretaría. La ausencia de esos requisitos toma el acto inexistente, haciéndole perder toda su eficacia demostrativa (arts. 116 y 262 C.P.C.). Se trata de un caso de función certificadora específica, no general, que no se satisfizo en el caso examinado.

Además, sobre procesos fenecidos, "se expiden certificaciones, no constancias, llenando los requisitos formales que describe el artículo 116 del C. de P. Civil".

2° "La mutación de un dispositivo escrito, que no ha nacido a la vida jurídica, no puede engendrar el hecho punible de falsedad. Es como adulterar una 'escritura pública expedida por un inspector de policía'.

3° "La universidad no otorgó título alguno al doctor Sanguino. Al acto de graduación no asistió el titular del Instituto, y por ende no firmó el acta de grado, porque a la sazón estaba en Italia. La universidad le exigió al interesado que llevara el certificado original, que exigían los reglamentos, para poderle entregar la documentación que le acreditaba la especialización. No se ve, entonces, la lesividad del acto, el daño, la antijuridicidad material"; y

4° "El artículo 280 del Nuevo Rito dice que documento público es el expedido con las formalidades legales por empleado oficial en ejercicio de sus funciones. Contrario *sensu*, sostiene la Doctrina, el dispositivo expedido por empleado oficial sin las formalidades legales, no es documento público, deviene en documento privado. Se le considera a este tipo de dispositivos que vulneran el esquema formal del documento público, como instrumento público degenerado. Extremando el análisis, estaríamos en presencia de una falsedad en documento privado, circunstancia que pasó por alto la Magistratura.

"*Más todavía*: La falsedad material del empleado oficial en documento público exige perentoria relación entre la conducta falsaria y el ejercicio de las funciones del agente, nexo que no se cumple en el caso que nos ocupa. La mutación de la constancia expedida por el Secretario de la Corporación, no tiene ninguna relación con el cargo desempeñado por el Juez. Por ello no puede ubicarse su comportamiento dentro del artículo 218 del Código Penal".

En la segunda instancia, en el traslado a las partes, la defensa amplió estos puntos, insistiendo además en la falta de fuero pues la actividad no se cumplió en condición de juez sino como persona que estaba interesada en la expedición de un título académico. Se colaciona también el siguiente pedimento: "En los momentos actuales el doctor Sanguino sufre detención preventiva, en el centro de reclusión de Yarumito, Municipio de Itagüí, establecimiento carcelario común. Allí sufre cautiverio al lado de personas que no ostentan investidura alguna. Ruego a esa Corporación, única competente para hacerlo en este momento procesal, que se sirva indicar un lugar diferente de detención como lo exige el artículo 426 del Nuevo Código. De no existir ese sitio, interpretando el espíritu de la Ley, impetro, se detenga al procesado, de confirmarse la resolución acusatoria, en su domicilio situado en la Calle 24A N° 50A–37 Las Cabañas, Municipio de Bello".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE Y OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA 3ª DELEGADA EN LO PENAL

De la actividad que pueden cumplir los secretarios, que no se restringe en la forma como lo pretende el recurrente, afirma la Delegada lo siguiente:

"Que los secretarios de los despachos judiciales tienen vocación certificadora lo pone de presente, entre otros, el artículo 106 del C. P. C. en cuanto les permite autenticar reproducciones y documentos relacionados con un proceso. De otro lado, bien sabemos que sus firmas en las diligencias judiciales tiene por objeto autorizar o dar fe sobre la autenticidad de la rúbrica del juez o magistrado.

"2. El C.P. Civil no es el llamado a regular de manera íntegra la estructura y funcionamiento de los despachos y corporaciones judiciales por que sus normas fundamentales disciplinar la actuación procesal en materia civil y sirven, eso sí, como disposiciones de integración a los demás estatutos de procedimiento. La reglamentación del tipo de certificaciones sobre las que descansa el alegato del recurrente tiene por objeto, para nosotros, permitir que se otorgue un valor probatorio determinado en los juicios civiles a esta clase de documentos, precisamenete por la remisión que a ellos hace el artículo 262 del C. de P. Civil.

"3. Pero es que tampoco el artículo 116 que cita el apelante, radica de manera exclusiva en cabeza de los jueces el poder certificador general, ya que allí se les autoriza (los jueces pueden expedir...) mas no se dispone que únicamente ellos puedan otorgar dichas certificaciones.

"4. Y es que a la hora de la verdad eso es obvio, porque si al juez se le va a atribuir de manera exclusiva y excluyente la obligación de certificar todo lo que atañe a los procesos que en su despacho se tramitan, sencillamente sobran los secretarios, máxime cuando en los casos de las corporaciones y según lo dispone el Estatuto

Orgánico de la Administración de Justicia (Decreto número 1265 de 1970), las funciones de los secretarios de las Salas de los tribunales, son, además de las enumeradas en el artículo 14, numerales 1 a 6, las demás que le impongan las leyes y reglamentos internos. Y para nosotros es obvio que quien debe producir constancia sobre el contenido de los libros radicadores e índices que se llevan en las dichas Salas, sea aquél que está encargado de llevarlos y hacer las anotaciones respectivas.

"Así lo entendió el propio Aliro Sanguino cuando le pidió al Presidente de la Sala Penal del Tribunal de Medellín que ordenara a quien correspondiese otorgar la certificación que pedía.

"Entonces pensamos que el señor Secretario sí tenía la función de certificar, que provino de orden legítima, y que entonces sí existió un documento expedido por funcionario público en ejercicio de sus funciones que es lo que constituye el documento público".

Bien entendida la actividad judicial y tal como la estructuran los diversos estatutos reguladores de las diferentes materias, debe estimarse como función propia de los secretarios, el atestiguar (constancias, certificaciones, informes, notas, etc.) lo que por sus manos recibe y evacua uno de esos despachos. Es una función propia y general que no es dable radicar en el titular de la oficina. Está más como labor corriente de aquél que de éste. Por eso el artículo 116 lejos de indicar una exclusividad en este campo, o siquiera una función preferente, tiene que señalar que los "jueces" pueden expedir certificaciones... "Lo cual quiere decir que hay otro funcionario, precisamente el secretario, quien debe atender este secundario rol. De entenderse como facultad prefrente en el juez o magistrado, sería, aunque el presupuesto no es necesario para arribar a igual conclusión, para reconocer el predominio de su voluntad certificadora sobre lo que inicialmente determine el secretario, bien para fijar el sentido de la respuesta que se solicita, bien para ordenar que se acceda a lo deprecado o para que se niegue una pretensión de esta índole, y de acentuarse más el concepto, esto es, tomándole como dueño de esta atribución, tampoco el rigor del mismo impide delegarla. Por eso la práxis judicial, perfectamente acodada a la regulación legal, indica que la petición que busca obtener una certificación, suele incluir la solicitud de que lo haga el respectivo superior o la persona que él indique para hacerlo. Lo que se cumpla en esta órbita y con estas connotaciones, equivale al ejercicio de una función pública plenamente válida y revestida de todas las características que ella comporta.

No cabe duda alguna, para la Sala, que el procesado solicitó a quien debía hacerlo la certificación en que estaba interesado y que ésta se produjo legalmente por quien, por determinación del inmediato y respectivo superior, la suministró. La respuesta vertida en el escrito del peticionario, tiene todas las características de documento público y no es dable cuestionar, con solvencia jurídica, esta naturaleza y esos efectos.

2. El doctor Sanguino Madarriaga, cuando solicitó la certificación ameritada, indudablemente actuaba como particular, sin involucrar para nada su condición de empleado oficial, no obstante que, en indicación que no desplaza la actividad de su ámbito propio, anotaba su condición de Juez 44 de Instrucción Criminal. Después, al obtener en forma debida el informe solicitado, procedió a alterarlo pues empezó

por recortar el contenido del documento con el fin de hacer un montaje que le permitiera llevar a conocimiento de la Universidad una carencia de antecedentes, requisito *sine qua non*, de equivalente valor a otros factores exigidos para concederle un título de especialización. En este primer comportamiento, que trasluce todas las esencias de un actuar delictuoso, da paso a una falsedad en documento público, por parte de un particular, pues la naturaleza del documento, que debía conservarse íntegro, no toleraba esa clase de supresiones o mudanzas e implicaba esta alteración un daño de la fe pública propia de los documentos de esta índole, sin que tal trascendencia se vincule sustancialmente al uso posterior del documento, actividad que de cumplirse atrae una mayor sanción. Aquí se advierte, bajo esta óptica, un delito de falsedad material de documento público, cumplido por persona privada, que va a concurrir con la actividad criminosa que luego desarrolla el procesado.

Este una vez realizada la alteración comentada, procedió a expedir, ya como funcionario, una autenticación falsa, en su propio provecho, pues dijo que la fotocopia correspondía al contenido verdadero del original, es decir que entre una y otro se daba plena identidad de contenido y de forma. La realidad, está demostrado, era diferente. Se ejecutó, entonces, una diversa acción delictiva, o sea, la falsedad ideológica en documento público, por parte de empleado oficial, esto es, el Juez 44 de Instrucción Criminal, doctor Alirio Sanguino Madarriaga, utilizado por el mismo falsario, sin que sea dable ya tratar de hacer distinciones, respecto de la calidad del procesado, cuando es la misma persona quien lo autentica y emplea.

3. Observar que Sanguino Madarriaga no recibió su grado de especialización con base en la ausencia de una de las personas llamadas a asistir al acto del grado es pretender apoyar la consideración no en su aspecto más saliente y definitivo sino en circunstancia accesoria que carece de la entidad que el memorialista le atribuye.

En efecto, el doctor Sanguino Madarriaga cumplió con todos los requisitos exigidos por la Universidad para ser reconocido como Especializado en Derecho Penal y Criminología, unos satisficiéndolos en forma real y verídica y otro, el de la carencia de antecedentes, de manera falsa. Así no se hubiese asentado Acta de Grado, lo que no aconteció en su caso, o que a la firma de ésta no hubiese concurrido una de las tres personas que debían hacerlo –fs. 20–, es cuestión que no desestructura, como lo pretende el impugnador, la entidad delictiva de la falsedad en documento, en la modalidad indicada como propia al segundo comportamiento del acusado. Nadie osará negar que la autenticación expedida de manera falsa, contrariando dolosamente la realidad, ya se había presentado como tampoco su utilización en el medio docente. Tan cierto es todo esto, que se expidió la resolución número 203 de junio 11 de 1987, por la cual se reconoció la especialidad y en virtud de la misma pudo celebrarse la ceremonia de grado –fs. 15 y ss.– Pero la Universidad estaba obligada y en condiciones de expedirle su título, como también las certificaciones que se le quisieran exigir. Si ésto no aconteció, obra fue de los informes recibidos y que indicaban que el doctor Sanguino Madarriaga no podía exhibir carencia de antecedentes, por que la verdad era otra, y si así lo había demostrado, alguna alteración documental había producido.

La variada documentación de que dan cuenta los fs. 15 y ss., expresa la significación y aceptación que merece la antecedente apreciación. El doctor Sangui-

no Madarriaga, fue graduado por la Universidad de Medellín, como uno de sus especializados en Derecho Penal y Criminología. Que, por fuerza mayor, uno de los firmantes del Acta de Grado, no pudiera hacerlo, no quiere decir, por sí, que la ceremonia no se pudiera realizar, cuando lo cierto es que si se celebró y podía hacerse pues, buena prueba de ello es que se cumplió con presencia de la máxima autoridad de la Universidad, su Rector, y el Secretario de la misma.

El propio doctor Sanguino Madarriaga, posteriormente, insistiría en obtener de la Universidad, certificación sobre el grado conferido, lo cual no logró porque avisada aquella de la falsedad cometida, requería la presentación del documento original, que rehusaba el procesado alegando que lo había enviado al Ministerio de Justicia –fs. 26 y 51–. Debe agregarse, sobre la idoneidad de los actos celebrados, que para poder producirse la cancelación de sus efectos legales debía recurrirse a la intervención del Consejo Directivo –f. 51 vto.– Esta situación, avalada por el rector de la Universidad, desaloja toda controversia sobre la validez de la graduación y el cumpllimiento de la plenitud de sus requisitos, así dejara de asistir, por fuerza mayor, el director del Instituto, que ni impedía el otorgamiento del grado ni menos la celebración de la ceremonia correspondiente.

De otro lado, como se informa a fs. 54, también era dable obtener, y así se hizo, la firma de algunos documentos por parte del directivo ausente, situación que en nada incidía sobre las falsedades cometidas ni menos sobre la real ocurrencia del grado conferido, que podía atestiguar su exdirector, según las informaciones que le fueran suministrados o de los actos anteriores que le constaban de manera directa en razón del cargo desempeñado.

Por esto es que el correspondiente diploma aparece firmado por el Rector de la Universidad, el Director del Instituto, el Secretario General y el Graduado –fs. 65–.

4. La alegación relacionada con el empleo de una fotocopia, siendo que los reglamentos de la Universidad exigían la presentación del documento original, es alegación improcedente. Y las razones son bien simples de señalar. En efecto, una es la preferencia por documentos de tan singular índole y otra cosa es que en algunos casos puedan aceptarse aquellos pues la propia ley, en determinadas circunstancias, les otorga un igual valor a unos y otros. La Universidad aceptó la fotocopia, tal vez por tratarse de uno de sus profesores, que había sido becado para el curso, o porque venía con autenticación judicial, o por una ligereza en la revisión de los papeles que servían para acreditar este requisito, pero todo ello no hace desaparecer, por motivo ninguno, la validez del acto de graduación celebrado ni el otorgamiento del título de especialización conseguido por el doctor Sanguino Madarriaga. Finalmente, todo esto era cuestión secundaria, puesto que por la naturaleza de la conducta realizada, su modalidad y la índole del interés jurídico protegido que llevó a vulnerarse, la recepción por parte de la universidad de este documento adulterado y su adecuación a los fines para los cuales se presentaba, perdía trascendencia en cuanto al delito de falsedad consumado. Lo verdaderamente importante, o sea, la alteración de la certificación o constancia expedida por el Tribunal, la autenticación falsa, su presentación por parte del procesado, tuvo plena ejecución y la misma respondió al propósito del procesado, quien ejerció pleno dominio sobre su voluntaria y conocida acción.

Conviene agregar esta glosa de la Delegada: "El problema del daño hay que observarlo, pensamos nosotros, desde la perspectiva de la objetividad jurídica del delito de falsedad, pues hay que situarla en la autenticidad y en la veracidad de los medios de prueba, único bien que es agredido por la actividad propiamente falsaria del delincuente. Eso quiere decir que el daño será aquel que se causa a la autenticidad y veracidad del documento en cuanto se afecten o puedan afectarse sus fines probatorios, y aquél que se cause o pueda causarse al particular interesado en el documento, sin olvidar que basta el daño potencial.

"Hay que aceptar que el grado de perfección de la imitación o falsificación se vincula a la capacidad o aptitud del objeto falseado para producir daño, pero no se puede prescindir de combinar los distintos enfoques que sobre la idoneidad del documento falso para engañar y la capacidad de la acción para causar daño puedan presentarse; ello porque se corre el riesgo de confundir la mutación con el uso del objeto falsificado y una y otra, en tratándose de documentos públicos, andan separadas en el Código.

"Tampoco debe desdeñarse en este punto la circunstancia de que la confiabilidad o la particular autoridad que el funcionario público imprime al documento es lo que se aprovecha cuando se quiere engañar. De ahí que sea explicable la inadvertencia de los funcionarios de la universidad sobre el tamaño de la hoja utilizada por Sanguino, sobre la circunstancia de tratarse de una fotocopia, ya que el papel, constancia, certificado, decían provenir de una entidad pública y ello era lo que le imprimía seguridad a su destinatario sobre la ausencia de obstáculos para que se produjese la graduación. De no ser así, no tendría sentido el privilegio que en las relaciones jurídicas y en el mundo del derecho existe sobre los documentos oficiales.

"Cómo exigir a las personas, ante la presentación de un documento público, el examen riguroso de la incolumidad material del documento, o aún la constatación de la veracidad de su contenido, si precisamente el fundamento de la fe pública se halla en la seguridad, fijeza, certeza y autoridad de la prueba documental. Es más, acá no se trata de un acto de fe social simple y llano, sino de una credibilidad impuesta por el poder público del Estado en dos sentidos diferentes: en la autenticidad del documento qué contenga el acto investido de la fe, y en la fuerza vinculante de su contenido, como señala Giménez Arnau citado por Luis Fernando Zarrate Osorio en "Función Notarial, Poder Fideifaciente, autonomía del Notario (Fondo Rotatorio Minjusticia, Bogotá, 1979, pág. 103)".

Como bien lo ha observado el colaborador fiscal, la conducta de Sandino Madarriaga da lugar a la presunta comisión de dos delitos de falsedad, –art. 26 C.P.– el uno como falsedad material de documento público por parte de particular (art. 220 C.P.) y el otro como falsedad ideológica en documento público, por parte de funcionario público, con la consiguiente agravación que representa su utilización (art. 222 Inc. 2°, C.P.)

En esto se modificará el proveído apelado.

Finalmente, en cuanto al lugar de detención especial, dada la condición del procesado, la Sala estima que este asunto del Director General de Prisiones quien debe determinar el sitio que reúna las características inicialmente previstas por la ley,

bien en el lugar (distrito) de los hechos o por fuera de él, en cualquier lugar de la República. Pero si por factores de excepción no pudiera darse esta realidad, no por ello puede decretarse la liberación absoluta o condicionada del procesado, pues éste debe pasar a establecimientos de similar condición, en cuanto a los fines perseguidos por la norma, y aun a los sitios de reclusión común, adaptados en lo posible a este propósito de la ley. Pero lejos de preferirse la liberación, por esta circunstancia, tiene que acatarse la privación de libertad. Otro tanto ocurre con los procesados que por sus personales condiciones, v.gr. clérigos, religiosos, militares, policía judicial, etc., merecen ser detenidos en lugares especiales. Si no los hay, si no se prestan por quien debe proveerlos, si no cumplen éstos con las obligaciones de seguridad, control y custodia que de ellos se demanda, o el beneficiado con este tratamiento de excepción rehusa someterse a este disciplinamiento, no debe quedar otra alternativa que la que ha señalado la Sala.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, confirma la resolución de acusación contra el doctor Aliro Sanguino Madarriaga, pero con la modificación anotada en la parte motiva de este proveído, o sea, que ella comprende dos delitos de "falsedad en documentos", en concurso de infracciones, una por falsedad de documento público, por persona privada, y otro de falsedad ideológica en documento público por empleado oficial, definidos en el C. Penal, libro segundo, título sexto, capítulo tercero.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Guillermo Dávila Muñoz, Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar O.
Secretario

CASACION – REQUISITOS

Las características del recurso extraordinario son muy especiales y se rigen con criterios restringidos y sumamente estrictos que podrían resumirse en el principio de taxatividad, según el cual las sentencias de segunda instancia sólo podrían ser atacadas en el recurso extraordinario, por alguna de las causales precisamente enumeradas por el legislador.

Auto Casación. –4 de febrero de 1988.– No repone su providencia, por medio de la cual negó la solicitud del procesado Enrique Molina Manje, de designarle defensor de oficio para el trámite del recurso extraordinario de Casación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 003 del 19 de enero de 1988.

Bogotá, cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Por providencia del veintitrés (23) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987) esta Corporación denegó la solicitud del procesado Enrique Molina Manje, de designarle defensor de oficio para que lo asistiera durante la tramitación y fallo del recurso extraordinario de casación interpuesto oportunamente.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal interpuso el recurso de reposición contra la anterior decisión.

La Sala resuelve lo pertinente luego de los siguientes resultados y considerandos:

El recurrente sostiene que la decisión atacada no tendría discusión en vigencia del estatuto procesal anterior, puesto que en él no se preveía la intervención del apoderado de oficio en los recursos extraordinarios, pero que otra es la concepción asumida en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto número 050 de 1987) al disponerse en el artículo 245: "Notificación a los no recurrentes. Los no recurrentes, en los recursos extraordinarios, serán notificados personalmente del auto admisorio de la demanda; de no ser posible, se les notificará por estado. Si se tratare del absuelto, se le declarará ausente y se le designará defensor de oficio, con quien se surtirá el recurso".

Considera nuestro Colaborador Fiscal que esta norma plantea un cambio sustancial al enfoque tradicional que la Corporación ha dado a esta materia y queda abierta la posibilidad de la actuación de un defensor de oficio, designado por la propia Corte. Argumenta igualmente que la finalidad del artículo 245 no es otra que el defensor de oficio analice la posibilidad de presentar una demanda en beneficio de las pretensiones del recurrente, con lo cual se reconoce un derecho, antes que una carga procesal de presentar una demanda como lo entiende la Corte.

Considera que este planteamiento no se opone a la vigencia del procedimiento anterior (art. 677) por razón del principio de favorabilidad.

Como consecuencia lógica de sus argumentos, el Fiscal solicita se reponga la decisión para que se le designe un defensor de ofico al procesado recurrente.

Consideraciones de la Sala

Las características del recurso extraordinario son muy especiales y se rigen con criterios restringidos y sumanente estrictos que podrían resumirse en los principios de taxatividad, según el cual las sentencias de segunda instancia sólo podrían ser atacadas en el recurso extraordinario, por alguna de las causales precisamente enumeradas por el legislador, sin que pudiera pensarse en la existencia de otras causales deducidas por el demandante recurriendo al criterio interpretativo de la analogía in bonam partem.

Otro principio que gobierna el recurso extraordinario es el de la limitación, según el cual la Corte no puede proceder de oficio en la decisión del recurso, para que determine la causal pertinente y es por ello que el Tribunal de Casación sólo puede tener en cuenta las que fueron propuestas expresamente por el censor, sin que pudiera caberle a la Corporación, algunas actividades oficiosa en la determinación de algún motivo que no hubiese sido alegado por el impugnante.

Otro de los principios es el de la prioridad, según el cual, algunas causales deben ser estudiadas y decididas antes que otras, sin que el orden numérico impuesto en la norma deba ser el que indique la prelación a la Sala, como tampoco lo es el orden en que sean planteadas por el demandante, puesto que las consecuencias de las diversas causales son diferentes y en algunas el vicio alcanza a afectar no sólo la decisión sino parte del proceso, caso en el cual, estas deben ser estudiadas con prioridad en relación con aquellas que sólo afectan la decisión atacada.

Además de los requisitos anteriores que determinan algunos aspectos ténicos del recurso extraordinario, los titulares del mismo son limitados y tanto la interposición del recurso, como la presentación de la demanda deben hacerse dentro de términos exclusivos y perentorios. De lo anterior surge la diferenciación entre lo que se denominan partes recurrentes y no recurrentes, entendiéndose por las primeras aquellas que oportunamente interpusieron el recurso y la demanda, que fue declarada ajustada a las exigencias legales, estableciéndose una profunda diferencia entre unos y otros, porque los segundos a pesar de su calidad de partes en el proceso, no interpusieron el recurso porque no tenían derecho a a hacerlo, porque estuvieron de acuerdo con el fallo de instancia o porque perdieron la oportunidad para interponerlo, situación que los coloca en posición procesal bien diversa a la de los recurrentes puesto que sólo pueden presentar un alegato que tiene limitaciones impuestas por los demandantes en sus respectivos libelos, en el sentido de que los no recurrentes sólo pueden referirse a la validez de los cargos formulados en la demanda de acuerdo a su propio interés jurídico, sin que pudieran mencionar causales diversas a las escogidas por los impugnantes y, si es para oponerse a las pretensiones del demandante, deben argumentar para demostrar la invalidez de las consideraciones formuladas o destacar los errores técnicos de la demanda; y si está de acuerdo con tales pretensiones, su memorial sólo puede ser de coadyuvancia, sin que pueda proponer causales que no hayan sido mencionadas en el libelo.

Las anteriores disgresiones en torno al tecnicismo del recurso extraordinario, porque el nuevo estatuto procesal introduce modificaciones sustanciales a uno y otro y que explican el contenido de los artículos 242 y 245 del nuevo código procesal, como se demostrará, los que establecen marcadas diferencias para la situación procesal de los recurrentes y no recurrentes dentro de los recursos extraordinarios, porque mientras lo primeros deben presentar su demanda de casación, para los segundos constituye un derecho el presentar sus alegatos, sin que sea imperativo que hagan uso del mismo. Así lo entendió el siempre lamentado y desaparecido Magistrado Calderón Botero, cuando al interpretar el anterior texto procesal sostuvo en su conocida obra sobre los recursos extraordinarios: "El traslado del proceso por el término de 30 días para cada uno de los recurrentes, es decir, para quienes hubieren interpuesto el recurso y se les haya concedido, es con el objeto de que '... presenten la demanda de casación...'. Esto supone que necesariamente cada recurrente debe presentar su demanda de casación y que, por consiguiente, no es posible adherirse a la de otro o hacerlo de manera conjunta, aun cuando no exista la incompatibilidad de intereses entre ellos. Así como el traslado es personal, la obligación de fundamentar el recurso tiene también ese mismo carácter" (Pág. 55); y esa misma interpretación ha de darse al nuevo estatuto procesal en el asunto que interesa puesto que la redacción es similar cuando nuevamente se dispone en el artículo 223: "...si fuere admitido, ordenará el traslado al recurrente o recurrentes por treinta (30) días a cada uno, para que dentro de este término presente la demanda de casación".

Con base en lo antes argumentado se descartarían gran parte de las objeciones planteadas por el Fiscal de la Corporación, en cuanto afirma que al admitirse el defensor de oficio para los recursos extraordinarios, no surgiría para ellos la obligación de presentar una demanda, "sino la de asumir el estudio de su viabilidad", porque como se ha demostrado, es bien diversa la función y actividad de los recurrentes y no

recurrentes dentro de los recursos extraordinarios, tanto en el viejo estatuto procesal como en el nuevo y por tanto el recurso extraordinario de casación interpuesto por el propio procesado, al designársele por parte de la Corporación un defensor de oficio, para que lo atienda en la impugnación, le impondría la carga de presentar la correspondiente demanda, so pena de incumplir con sus obligaciones y deberes profesionales, pero al mismo tiempo se vería en una disyuntiva dramática, porque dado el excepcional rigorismo del recurso extraordinario es posible que en criterio de ese profesional no existiera ninguna causal que pudiera alegarse y tendría entonces para cumplir con sus deberes legales que inventarse o forzar las causales de casación para poder cumplir con su obligación y presentar la demanda que de él se espera y para la que fue nombrado.

Por lo demás, no puede pensarse en la intervención de un apoderado de oficio en sede de casación para que simplemente examine la viabilidad del recurso porque ésta es función que debe cumplirse ante el Tribunal de Segunda Instancia y precisamente para proponer la impugnación; en la Corte la labor del apoderado es la de elaborar y presentar la demanda de casación cuya viabilidad ya se ha determinado.

Pero como se decía con anterioridad el nuevo estatuto contempla modificaciones sustanciales a los recursos extraordinarios, contenidas para los efectos que interesan, en el artículo 242 al disponerse que lo decidido en el recurso extraordinario se extenderá a los no recurrentes, contra lo establecido en la doctrina anterior en el que de manera general la decisión del recurso extraordinario solo afectaba a los recurrentes (excepto en las nulidades, en las que de manera general afectaba a todas las partes), porque se consideró por parte de la Comisión Redactora del nuevo estatuto, que pese a las limitaciones y tecnicismos de los recursos extraordinarios, existe un valor supremo que justifica la existencia del proceso y es el de la justicia y la equidad y que por encima de los rigores de la técnica, era explicable que el legislador considerara la posibilidad, que aceptado un vicio que quebrara la sentencia, esta decisión en justicia debía cobijar tanto a los recurrentes, como a los no recurrentes, porque lo contrario significaría para el Estado el reconocimiento de un mito técnico que repugna al más elemental sentido de justicia, puesto que estaría reconociendo por decisión de su más alto Tribunal que una decisión viciada por alguna de las causales expresamente previstas en la ley (arts. 226 y 231), pese a la existencia de los mismos, debía seguir rigiendo jurídicamente para los no recurrentes.

Justamente por esta innovación legislativa, se introdujo la figura del defensor de oficio en el recurso extraordinario, porque si la decisión del mismo cobijará al no recurrente, éste por su calidad de tal muy seguramente abandonará el proceso y con miras a la protección total de sus intereses se considerará oportuno designar apoderado ante la posible ausencia del propio defensor.

La otra modificación sustancial introducida a los recursos extraordinarios es la relacionada con el de revisión, donde por primera vez se prevé la posibilidad de desconocer la validez de la cosa juzgada en sentencia absolutoria, cuando estas hubieran tenido origen en hechos delictivos del juez o de un tercero, o que se fundamentó en "testimonio, peritación, documento o cualquiera otra prueba falsa" (numerales 4°, y 5° artículo 231), porque consideró la comisión redactora que la inmutabilidad de la cosa juzgada no podía acompañar a aquellas decisiones judiciales que tuvieran por

fundamento hechos delictivos, porque en realidad una decisión judicial en tales circunstancias no es una verdadera sentencia, puesto que violenta grave y flagrantemente la ley sustancial y antes que ser la expresión de la validez de una normatividad y del respeto al valor de la justicia, constituye una burla a la soberanía del Estado, un desconocimiento permanente a la normatividad y ante todo una injusticia perenne que ataca los valores fundamentales que sustentan un sistema democrático, o de un Estado como Colombia que siempre se ha enorgullecido en ser un país de leyes.

Las modificaciones anteriores, planteaban necesariamente la existencia de la norma finalmente numerada con el artículo 245, porque si la decisión de los recursos extraordinarios va a afectar a los no recurrentes (artículo 242) lo lógico es que ellos sean modificados del trámite y decisión de los recursos extraordinarios.

La parte final del artículo 245 cuando establece "si se tratare del absuelto, se le declarará ausente y se le designará defensor de oficio, con quien se surtirá el recurso" debe entenderse que hace referencia únicamente al recurso de revisión, porque en tratándose del recurso de casación no podría hablarse de absuelto o condenado, puesto que la sentencia no se encuentra en firme, precisamente porque la de segunda instancia está impugnada y porque su firmeza dependerá de lo que se sobrevenga en la decisión del recurso de casación; por ello es que de manera lógica el legislador alude en referencia al recurso de casación al procesado, mientras que siempre que trata el recurso de revisión se habla es de condenados y absueltos, porque en este caso el proceso ya terminó y hay sentencia firme, que excepcionalmente pierde su fuerza de cosa juzgada al aceptarse la existencia de alguna de las causales expresa y taxativamente prevista para el recurso. Y ahora se alude a absuelto precisamente por la sustancial modificación que la nueva ley procesal introduce a la revisión y porque acorde con ella sería impensable que si la cosa juzgada que perjudica al absuelto; se remueve al aceptarse la existencia de alguna de las circunstancias previstas en los numerales 4 ó 5 del artículo 231, que el recurso pudiera tramitarse de espaldas al principal protagonista e interesado, y puesto que de dicha decisión podría surgir la orden de la revisión del proceso que dentro de sus nuevas alternativas podría dar lugar a una sentencia condenatoria que reemplace a la absolutoria revisada; en tales condiciones es apenas lógico que se notifique a esta persona y que de no poder hacerse se le designe defensor de oficio para continuar el trámite del recurso extraordinario. De no existir la previsión comentada se estaría ante una norma francamente inconstitucional por sustancial infracción al artículo 26 de la Carta.

Mientras el recurso de casación no haya sido resuelto, el proceso no ha terminado y en tales condiciones el procesado en el trámite del recurso tiene un defensor de oficio o de confianza, designado legalmente en el proceso y en tales condiciones no habría razón investigativa para que la Corte designara un nuevo defensor.

Hay que aceptar sí que es una verdadera impropiedad que la parte del artículo que se comenta aparezca en el capítulo relativo a las disposiciones comunes a los recursos extraordinarios, cuando en realidad y dentro de una sana técnica este fragmento debería hacer parte del capítulo VII, relativo al recurso de revisión.

Con las precisiones anteriormente hechas se demuestra claramente que no asiste la razón al recurrente y que pese a las modificaciones establecidas la jurisprudencia

reiterada de la Corte en cuanto a la imposibilidad de nombrar un defensor de oficio para el trámite del recurso extraordinario de casación sigue teniendo razón de ser, puesto que las modificaciones impuestas en el nuevo estatuto procesal, no inducen a su cambio.

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,

RESUELVE:

No reponer la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

COLISION DE COMPETENCIAS

Al entrar a regir el Decreto número 050 de 1987 la colisión de competencias tiene un alcance mayor, porque incluye además de los jueces o tribunales de "conocimiento" a aquellos a quienes les corresponde "adelantar" un proceso.

Auto Colisión. –9 de febrero de 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá y el Juez Trece de Instrucción Criminal de Barranquilla.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado: Acta número 07–11–2/88.

Bogotá, febrero nueve de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Decide la Sala el conflicto de competencias suscitado entre el Juez Veinte Penal del Circuito de Bogotá y el Juez Trece de Instrucción Criminal de Barranquilla, quienes se han abstenido de conocer del proceso seguido contra Luis Eduardo Fonseca Jiménez y Luis Alberto Artunduaga Charry, por el delito de Estafa.

CONSIDERACIONES:

1. *Remembranza Normativa. En vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1971, esta Corporación fue reiterativa en considerar que de conformidad con el artículo 67 de este Estatuto, la colisión de competencias sólo podía suscitarse entre Jueces de conocimiento, razón por la cual los Jueces de Instrucción Criminal carecían de facultades para trabar esta clase de conflicto.*

2. *¿Conocer o adelantar? Al entrar a regir el nuevo Estatuto Procesal Penal, Decreto número 0050 de 1987, la colisión de competencias tiene un alcance mayor en*

relación con los funcionarios entre quienes puede suscitarse; a diferencia del anterior código, el artículo 95 del vigente, incluye además de los jueces o tribunales de "conocimiento" a aquellos a quienes les corresponde "adelantar" un proceso.

3. *Cambio normativo. La actual regulación procesal al establecer esenciales modificaciones en las formas propias del juicio respecto a la anterior legislación, façulta a los Jueces de Instrucción Criminal para calificar el mérito del sumario, mediante una llamada resolución acusatoria en los procesos de competencia de los Jueces del Circuito y Superiores, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 95; en consecuencia, impera colegir, que al incluirse en el artículo 95 a los jueces a quienes les corresponde "adelantar" un proceso, se previó la nueva función atribuida a los funcionarios de Instrucción Criminal, la cual por su indudable trascendencia procesal como que se trata de proferir resolución acusatoria, implica la previa determinación de la competencia y para lograrlo, de ser necesario, debe recurrir a la vía del conflicto de competencias.*

4. *Por tanto, resulta errado el trámite que dio a la colisión el Juez 20 Penal del Circuito* de Bogotá, *pues para ese momento se encontraba vigente el Código de Procedimiento Penal de 1971 y no era posible proponer el conflicto a un Juez de Instrucción Criminal* como es el de Barranquilla; *pero aún ante esta advertida irregularidad y teniendo en cuenta las anteriores premisas respecto a la actual regulación sobre la facultad de los Jueces de Instrucción Criminal para trabar conflictos de competencias, procederá la Sala a decidir el que ahora se ha suscitado.*

5. *El caso concreto.* El punto de disentimiento entre los Jueces colisionantes radica en considerar si existe conexidad cuando con el mismo objeto material se cometen diversas estafas; necesario resulta concretar, que en casos como el presente, en el cual no se ha establecido ninguna relación entre las diversas personas que integran la cadena de compradores y vendedores del automotor que finalmente adquirió Víctor Orlando Wanumen Corredor, imposible es a afirmar que se trate de una conexidad delictual.

En efecto, tratan las diligencias de la compra que el señor Wanumen Corredor hizo en esta ciudad de un vehículo Renault 4 a Luis Eduardo Fonseca Jiménez, el cual resultó de procedencia ilícita al comprobarse que tenía adulterada la plaqueta de identificación; adelantada la investigación se afirma, que Fonseca Jiménez lo compró en Barranquilla mediante el respectivo contrato y traspaso en blanco a Luis Alberto Artunduaga Charry, quien afirma que lo adquirió a Raúl Vélez Martínez y éste a su vez a Rafael Ramos Ruiz.

Ante esta cadena de compradores y vendedores del automóvil, Wanumen Corredor denunció en Bogotá a Fonseca Jiménez por el delito de Estafa y Artunduaga Charry a Vélez Martínez en la ciudad de Barranquilla; estos procesos les correspondieron a los Juzgados Veinte Penal del Circuito de Bogotá y Trece de Instrucción Criminal de Barranquilla, respectivamente.

A su turno, mientras Wanumen Corredor afirma que fue estafado por Fonseca Jiménez, la misma sindicación hace este último respecto a Artunduaga Charry y éste

en relación con Vélez Martínez, entre quienes ninguna vinculación delictiva se ha demostrado, pues sólo se conocieron uno con otro cuando realizaron las independientes compra-ventas del automotor; en consecuencia, hasta ahora, se trata de conductas separadas carentes del elemento vinculante de medio a fin, lo cual implica afirmar, que se trata de delitos autónomos, que como tales deben investigarse por separado sin que tenga trascendencia para la conexidad la identidad de objeto material.

En consecuencia, le asiste la razón al Juez Trece de Instrucción Criminal de Barranquilla, al haberse abstenido de conocer del proceso seguido contra Fonseca Jiménez y Artunduaga Charry por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá, quien es el competente para continuar con la investigación.

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencia suscitado entre el Juez Veinte Penal del Circuito de Bogotá y el Juez Trece de Instrucción Criminal de Barranquilla, en el sentido de ASIGNAR el conocimiento de la presente investigación, al primero de los citados.

Enviar copia de esta providencia, con carácter informativo, al Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Barranquilla.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario

DICTAMEN PERICIAL – IMPUTABILIDAD

Se hace necesario en cada caso examinar los elementos de juicio existentes, para determinar si es o no pertinente el examen siquiátrico del procesado.

Sentencia Casación. 9 de febrero de 1988. Rechaza la casación del proceso adelantado en el Juzgado 5° Superior de Tunja y conocido en segunda instancia por el Tribunal de la misma ciudad, en contra de Jairo Jiménez Mora, en el que fue condenado por el delito de homicidio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta número 009.

Bogotá, D. E., febrero nueve de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

El Juzgado 5° Superior de Tunja en sentencia de 10 de julio de 1986 condenó al procesado Jairo Jiménez Mora a la pena principal de 12 años de prisión, a las penas accesorias correspondientes y a la indemnización de los perjuicios ocasionados con la infracción, consistente en homicidio en la persona de César Emilio Cano Díaz en hechos ocurridos en esa misma ciudad el 10 de agosto de 1985 (cuaderno 1° fls. 285 y siguientes).

Confirmada dicha decisión por el Tribunal, con la modificación de reducir a 11 años la pena impuesta, según fallo de 15 de noviembre de 1986, el acusado "apeló" en el auto de la notificación, negándose el recurso de casación por no haberse solicitado por escrito. Interpuesto recurso de hecho, esta Sala lo concedió y una vez cumplido el trámite de rigor procede a dictar el fallo correspondiente.

HECHOS:

El sábado diez de agosto de 1985 alrededor de las nueve y media de la mañana, en la Plaza de Bolívar de Tunja, frente a las oficinas de la empresa "Telecom", Jairo

Jiménez Mora atacó con cuchillo al joven César Emilio Cano Díaz, ocasionándole una herida a consecuencia de la cual murió poco después en el centro hospitalario a donde había sido trasladado. Jiménez Mora huyó del lugar de los hechos, siendo perseguido y lográndose su captura por la Policía en barrio próximo y habiéndose encontrado entre sus ropas y sujeto a una de sus piernas el cuchillo utilizado para la agresión. Como antecedente de ésta, debe anotarse que se había suscitado una disputa entre la víctima y su atacante poco antes en un restaurante o cantina ubicada en la misma Plaza Bolívar, en donde ambos, con otras personas que se encontraban allí, habían consumido bebidas alcohólicas.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Iniciada la investigación y recibidos algunos testimonios, se oyó en indagatoria al procesado quien negó su intervención en los acontecimientos y que se le encontrara un cuchillo cuando fue capturado. Se le dictó auto de detención y practicadas las pruebas necesarias, habiendo sido reconocido por varios testigos como autor del hecho, se calificó el sumario con auto de proceder por homicidio voluntario. Efectuada la audiencia, en la cual el jurado afirmó la responsabilidad del procesado, se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada con la reducción anotada mediante la que es objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA:

Previa relación de los hechos y breve referencia al desarrollo del proceso invoca el actor contra la sentencia la *causal cuarta –por nulidad–* conforme el artículo 580 del C. de P.P. y con base en la misma propone el cargo que se examina seguidamente.

Consiste *el cargo único* en que al omitirse practicar al procesado examen siquiátrico para determinar su estado de normalidad mental en el momento de los sucesos, prueba que se requería dado que se encontraba embriagado según lo manifestado por varios testigos, se desconocieron las formas propias del juicio y se incurrió en nulidad con fundamento en el artículo 26 de la Constitución.

Estima el actor que se quebrantaron los artículos 334 y 335 del anterior estatuto procesal en cuanto no se verificó la personalidad del procesado, ni las circunstancias favorables a éste. Como también el artículo 411, en cuanto al examen médico siquiátrico que debía efectuarse al inculpado.

Acusa de negligencia al instructor por dejar de practicar pruebas fundamentales en relación con el esclarecimiento de los hechos, con la inculpabilidad del incriminado, conforme a su injurada, único medio de defensa en el sumario. Y la omisión del examen médico "... cuando aparece clara la insanidad mental constituye una grave informalidad procesal", anota el demandante y concluye que su representado fue juzgado como imputable.

Afirma que conforme a su indagatoria y declaraciones recibidas, el procesado al momento de su captura se hallaba embriagado y posiblemente padecía intoxicación crónica, determinante de inimputabilidad. Cita las declaraciones de los agentes de Policía Luis Eduardo Flórez Buitrago y Pedro Luis González, quienes aseveraron la

embriaguez y que "... parecía estar dopado con droga". Así mismo los testimonios de Rafael Angel Guarín, Carlos José Ortiz, Luis Eduardo Mesa, Carlos Julio Gómez y Crisanto González, en cuanto a que el acusado y otros habían ingerido bebidas alcohólicas y la manifestación de este de encontrarse en estado de embriaguez cuando fue capturado.

En criterio del recurrente existía por lo tanto desde el principio de la investigación base para ordenar el examen referido y así hubiera sido diferente el desenvolvimiento del proceso. Cita sentencia de esta Sala (Casación octubre 13 de 1982 y agosto 11 de 1981) en cuanto a los indicios que permiten suponer trastorno mental y los efectos legales de dicha omisión, para concluir que en este caso existían señales, las cuales son suficientes, no obstante la falta del dictamen, para demostrar que se hallaba embriagado y por tanto en estado de trastorno mental transitorio o sea que era inimputable.

Pide declarar la nulidad y disponer la libertad de su representado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA EN LO PENAL:

Solicita negar la casación por no encontrar demostrar la nulidad, con razones a las cuales se hará posterior referencia.

SE CONSIDERA:

1° El cargo se dirige a afirmar el quebrantamiento de las formas propias del juicio y consecuentemente del debido proceso, por haberse omitido practicar al procesado examen médico siquiátrico que según el actor resultaba imprescindible dadas sus manifestaciones y el dicho de testigos de encontrarse en estado de embriaguez en el momento de los hechos.

El artículo 411 del anterior Código de Procedimiento Penal imponía al Juez o al funcionario de instrucción el disponer examen médico del sindicado, desde el momento de su captura, cuando advirtiera en éste indicios de encontrarse en estado de anormalidad mental o perturbación transitoria. La jurisprudencia de la Corte ha sido clara en que cuando existe prueba suficiente y se omite el examen referido, se incurre en nulidad de carácter constitucional, toda vez que se ha pretermitido una garantía sustancial con el efecto de someter a un procesado incapaz de determinarse, dadas sus condiciones personales de anormalidad, a las penas previstas por la ley para quienes son imputables.

Sin embargo también ha sido clara esta Sala Penal en cuanto a que sólo cuando existan pruebas o indicios que permitan llegar a la conclusión indicada con base suficiente, procede la invalidación para el juzgamiento sin jurado y aplicación de medidas de seguridad. Reiterando tal jurisprudencia expresó en reciente fallo:

"La imposición que el artículo 411 del estatuto procesal al juez sólo se hace obligatorio, como inveteradamente lo ha sostenido la Sala, cuando el funcionario directa o indirectamente encuentra razones valederas para someter al acusado a examen médico que indique su estado de salud mental, sea para el momento del delito, o

durante el trámite del proceso. No practicarlo cuando falte fundamento empírico para ello no afecta para nada el debido proceso y no puede, por tanto generar nulidad supralegal" (Sentencia de casación julio 1° de 1987, Magistrado ponente doctor Giraldo Angel).

Se hace así necesario por consiguiente, examinar en cada caso los elementos de juicio existentes para llegar a la expresada determinación, o sea si es o no pertinente el examen siquiátrico del procesado.

2° En el presente proceso no aparece que existían antecedentes del incriminado que llevaran a tal conclusión. En su indagatoria expresa que su "familia es muy sana", que ni él ni sus parientes han padecido enfermedad mental y que no acostumbra el consumo de drogas estupefacientes (fls. 37 y 38 cuaderno 1°), cosa reiterada en la audiencia al ser interrogado, si bien admite que le gustan las bebidas alcohólicas.

Por otra parte, su explicación ante los cargos formulados es la de negativa, expresando que al ser capturado se encontraba durmiendo en la vía por efectos de la embriaguez, dando en esta oportunidad, como en las otras en que fue interrogado, respuestas que no conducen a asegurar el estado afirmado y sí por el contrario su normalidad.

Las pruebas obtenidas demuestran que ciertamente los protagonistas del hecho habían consumido bebibas embriagantes y a esto se refieren los testigos interrogados y concretamente los mencionados por el recurrente.

Pero de esto no puede inferirse que se encontraba en estado de perturbación transitoria, como se alega, ni que careciera de conocimiento y voluntad para colocarse en situación inimputable, ya que la embriaguez por sí sola no determina esta consecuencia.

3° Por otro aspecto también debe tenerse en cuenta cual fue la conducta del procesado en esa ocasión. Pues se recuerda el incidente habido con la víctima y cuya consecuencia fue precisamente la herida ocasionada a éste, suceso que lo llevó enseguida a huir del lugar de los hechos, siendo capturado por la Policía en circunstancias que no coinciden con las expresadas por el acusado, como aquélla de habérsele encontrado oculto entre sus ropas un cuchillo.

Pero hay algo más diciente todavía y es que en el curso del proceso el acusado en momento alguno alegó estado de anormalidad, pues su posición ante el cargo formulado fue de ser ajeno totalmente a los hechos.

Lo cierto es que aún de la reunión de todas esas circunstancias no se desprende un solo indicio que lleve a deducir su perturbación anterior o en el momento del insuceso.

Expresa la Procuraduría Delegada para rechazar el cargo:

"No discute la Delegada la existencia de alguna referencia al estado de embriaguez del acusado, como la de los agentes de la Policía que dieron captura y aún el de otras personas, todas las cuales no dicen la gravedad del estado que se reclama, al menos para permitirle al Juez inferir un trastorno mental con miras a determinar pericialmente su posible inimputabilidad.

Al lado de las declaraciones sobre la supuesta embriaguez de Jiménez Mora, aparecen en el proceso elementos de convicción, de indudable trascendencia en el campo de la culpabilidad dolosa de su comportamiento, tales como su actitud de huida posterior a la comisión del hecho, las circunstancia de haber ocultado el arma homicida, asegurándola con un esparadrapo a su pierna, haber limpiado el cuchillo y particularmente la negación del hecho tratando de justificar su presencia en el lugar de manera distinta a la evidencia probatoria.

El hecho de haber omitido en esas condiciones el dictamen médico no implica la pretermisión de las formas propias del juicio, pues no cabe duda que no existían indicios serios de la perturbación mental del sindicado".

Esta Corporación en casos en que ha existido comprobación suficiente y se ha demostrado el error incurrido por parte de los falladores, ha decretado la nulidad para realizar las pruebas necesarias y adelantar debidamente el juzgamiento, como ocurre en el caso que cita el recurrente. Pero los hechos materia de este informativo se refieren a situaciones totalmente diferentes, porque existió motivo para la acción homicida, como fue la discusión o disputa con el occiso, su explicación y la forma como fue capturado y demás circunstancias ya anotadas, que conducen a afirmar con base suficiente que no existían indicios que permitieran inferir la necesidad del dictamen, sin que por tanto al omitirse, se incurriera en irregularidad determinante de nulidad.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

LIBERTAD PROVISIONAL – FAVORABILIDAD

En orden al principio de favorabilidad, cuando así corresponde, obliga a aplicar el artículo 15 del Decreto número 1853 de 1985.

Auto Segunda Instancia. 9 de febrero de 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio del cual profirió resolución acusatoria contra Jorge Enrique Romero Gaona, exjuez Promiscuo Municipal de Pisba, por el delito de concusión. Además, la Corte le concede el beneficio de libertad provisional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado Acta número 09.

Bogotá, D. E., febrero nueve (9) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, profirió resolución acusatoria contra el exjuez Promiscuo Municipal de Pisba (Boyacá) Jorge Enrique Romero Gaona por el delito de concusión. Esta decisión fue apelada por el defensor del procesado y procede la Corte a resolver el recurso.

I. HECHOS

Al exjuez Jorge Enrique Romero Gaona se le adelanta proceso penal por haber solicitado dinero en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Pisba (Boyacá), a Juan Gómez y varios de sus hijos, a quienes ese despacho investigaba por el delito de lesiones personales. Los hechos tuvieron ocurrencia en el mes de abril de 1982 y

según la denuncia Romero Gaona les exigió la suma de treinta mil pesos para, "arreglarles el asunto" habiendo recibido finalmente veinte mil pesos.

II. Motivo del recurso

El defensor del procesado al sustentar el recurso señala como motivo de inconformidad con la resolución acusatoria los siguientes:

a) Que en la investigación adelantada "no se llenan los requisitos formales para un pronunciamiento de fondo en contra del sindicado sino para una reapertura de la investigación";

b) Que la providencia apelada se fundamentó solamente en las afirmaciones de los denunciantes de los hechos señores Segundo Gómez Ladino, Juan Rafael Gómez y Julio César Gómez Ladino, "quienes solamente aportan detalles relativos a la especial y personal posición respecto del denunciado, posición que por sí sola despierta sospechas respecto de la veracidad de sus dichos", afirmando además que existen impresiciones y contradicciones entre los mencionados declarantes lo cual le resta credibilidad;

c) Que las declaraciones de José Alirio Ramírez, María Gladys Pidiachi de Acosta y María Olga Arango Tovar, no aportan nada a la investigación y sin embargo en la providencia se les acoge como "medios demostrativos de responsabilidad".

III. Opinión del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado en lo Penal emitió su concepto en el cual pide la confirmación del auto apelado por considerar que la prueba recaudada es suficiente para sustentar la resolución acusatoria.

IV. Consideraciones de la Corte

Observa la Sala que durante la investigación se constató en debida forma la calidad de Juez Promiscuo Municipal de Pisba *que ostentaba en el momento de los hechos el procesado* Jorge Enrique Romero Gaona *y se procuraron en forma minuciosa las pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos; por ello fueron oídos los testimonios de todas las personas que en ellos participaron o tuvieron conocimiento, se hicieron en lo posible las confrontaciones necesarias, se recaudaron los antecedentes del procesado con el fin de precisar la realidad de los hechos y la responsabilidad que le cabe al exjuez acusado.*

Ese material probatorio es el que permite sustentar la resolución acusatoria que hoy pesa sobre el procesado porque allí se precisa sin dificultad alguna el episodio delictivo y el compromiso penal que recae sobre Romero Gaona.

Las críticas hechas por el defensor del procesado carecen de fundamento porque no es cierto en primer término que no se reúnan los requisitos exigidos por la ley procesal (470) para proferir resolución acusatoria en el presente caso, ya que para ello se exige según el texto legal que esté demostrado la tipicidad del hecho y exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabili-

dad; estando lo primero plenamente acreditado en el proceso con la prueba de la existencia de la investigación por lesiones personales contra los Gómez Ladino, *y con las declaraciones de éstos respecto a la forma como le fue solicitado el dinero por el procesado, las conversaciones tenidas al respecto y por último el pago de la suma* de veinte mil pesos, hecho por Juan Rafael Gómez padre de los Gómez Ladino.

Si bien es cierto que el exjuez Romero Gaona *niega la ocurrencia de los hechos, existe una serie de comportamientos suyos que lo comprometen como son la invitación aceptada por éste a la casa campestre de los procesados Gómez para "piquetear y bailar", así como la inexplicable medida de levantamiento de las presentaciones a los sindicados que él atribuye a las dificultades que tenían para cumplirlas y por último los varios procesamientos que enfrenta el exfuncionario por conductas delictivas realizadas en su condición de juez y sus antecedentes disciplinarios que revelan su capacidad moral para infringir la ley.*

No puede aceptarse tampoco el motivo de impugnación de la resolución acusatoria que afirma que la providencia del Tribunal Superior de Santa Rosa *se sustenta sólo en la versión de los Gómez* Ladino *y que lo dicho por ellos es digno de sospechas que le restan credibilidad. Sobre el particular debe señalarse que no es cierto que la resolución acusatoria haya tenido como único sustento las declaraciones de los Gómez, sino que ella es la resultante de la crítica racional de la prueba recaudada dentro de la cual indudablemente ocupan lugar importante la versión de la familia Gómez Ladino* quienes fueron los sujetos sobre los cuales recayó *la petición de dinero y las presiones del funcionario para su pago.*

Es necesario precisar además que no le asiste razón al apelante cuando pretende descalificar la versión de los ofendidos por el sólo hecho de serlo, cuando precisamente dada la modalidad delictiva que se investiga solo a ellos y al Juez procesado es a quienes les consta la verdad de los hechos; y por lo demás sus testimonios se aceptan en razón de su seriedad, su concatenación y correspondencia con las demás pruebas recaudadas.

De lo precedentemente expuesto fluye con notoria claridad, que el Tribunal del conocimiento otorgó al comportamiento desplegado por el exjuez Romero Gaona *la calificación que en derecho corresponde, lo mismo que acertó al disponer la detención precautelativa en contra del procesado.*

No obstante la vigencia dentro del proceso de la medida de aseguramiento indicada arriba, para la Sala resulta imperativo declarar que al enjuiciado le asiste el derecho de gozar de libertad provisional caucionada, por cuanto el principio de favorabilidad obliga a aplicar en este evento el artículo 15 del Decreto número 1853 de 1985. Se advierte que este beneficio no se sustenta sobre los preceptos normativos de la Ley 2ª de 1984, por virtud a que la Corte no considera oportuno en esta providencia el análisis del subrogado de la condena de ejecución condicional.

La caución prendaria que deberá prestar el enjuiciado para asegurar el cumplimiento de las obligaciones inherentes al beneficio concedido, se fija en diez (10) salarios mínimos.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–,

RESUELVE:

1° CONFIRMAR la providencia apelada.

2° CONCEDER al enjuiciado el beneficio de libertad provisional caucionada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia (Con aclaración de voto); *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero

Secretario

ACLARACIÓN DE VOTO

Los suscritos Magistrados, al discrepar respetuosamente de la argumentación que sirvió de base para el otorgamiento de la libertad provisional que la Sala otorgó al exjuez de Pisba (Boyacá) Jorge Enrique Romero Gaona, consignamos a continuación las razones de nuestra aclaración de voto:

La Corte mayoritariamente ha dicho: "... para la Sala resulta imperativo declarar que al enjuiciado le asiste el derecho de gozar de libertad provisional caucionada, *por cuanto el principio de favorabilidad obliga a aplicar en este evento el artículo 15 del Decreto número 1853 de 1985*" (El subrayado es nuestro y constituye el objeto de nuestra discrepancia).

De tiempo atrás la jurisprudencia y un sector de la doctrina consideraron como sinónimos la derogatoria y la inexequibilidad de una norma jurídica cuando en realidad son expresiones abiertamente diferentes, como se reconoce hoy, aun cuando aparentemente conducen a un mismo resultado: la desaparición de una norma del ordenamiento legal del Estado.

Resulta inobjetable que la derogatoria es la consecuencia de la facultad exclusiva del legislador por ser éste el encargado de modificar las políticas de orientación del Estado según las circunstancias y necesidades del momento –en materias criminal, económica, social, etc.– dentro de las limitaciones que señala la propia Constitución; la inexequibilidad, por su parte, es la consecuencia de la facultad exclusiva del órgano controlador de la constitucionalidad de las leyes.

El cambio que sufren las políticas del Estado a través de esas leyes puede afectar derechos esenciales del hombre reconocidos, por ello la Constitución limita al legislador mediante principios que consagra la propia Carta como el de la favorabilidad (artículo 26) y el de los derechos adquiridos con justo título (artículos 30 y 122), y le ordena al aplicador del derecho (artículo 215) tener en cuenta tales principios para garantizarlos, inaplicando la ley que los contraría no obstante su vigencia o aplicando aquella que los respeta a pesar de haber sido derogada. La Constitución, por el contrario, impone un deber al órgano controlador (artículo 214) el de guardar su

integridad y su vigencia por constituir ello su primacía en el orden jurídico del Estado, independientemente de la conveniencia o inconveniencia de la norma controlada.

Una norma derogada no puede revivir sino por la reproducción que de ella haga otra de igual o superior jerarquía (artículo 14 Ley 153 de 1887) o en virtud de la ultractividad para el caso específico (artículo 26 C.N.). "La favorabilidad, dijo la Corte, a que se refiere el mandato del artículo 26 de la Carta debe operar, como bien lo ha precisado la jurisprudencia (sentencia abril 5 de 1974, Foro Colombiano, T.X., número 58, página 457), únicamente en el tránsito de legislación, esto es, cuando la ley sustantiva o procesal que venía rigiendo deja de aplicarse porque la sustituye otra cuya vigencia hace imperativa su aplicabilidad" (auto octubre 27/87). Significa lo anterior, para el juicio de favorabilidad, la necesidad de la existencia de dos normas eventualmente aplicables al caso concreto; en cambio, la inexequibilidad de una norma automáticamente hace revivir la derogada por ésta, sin que sea jurídicamente posible volverse a aplicar en ningún caso y por ningún motivo la norma declarada inconstitucional lo cual, al extinguir una de las normas, desaparece el presupuesto básico de la comparación. Una norma jurídica sólo tiene poder derogatorio si es legítima y válida, esto es, si ha sido expedida conforme con la Constitución. Es esto consecuencia obvia del principio de la supremacía de la Carta fundamental.

La inexequibilidad es el retiro que hace el órgano con poder controlador del ordenamiento jurídico de una norma contraria a la base suprema de ese ordenamiento (sentencia Sala Plena, mayo 12/82). Lo inexequible es lo que no puede volverse a aplicar por ninguna causa ni en ninguna situación, a menos que cambie el orden básico. Permitir su aplicación es terminar con el control de constitucionalidad porque cada vez que se aplique la norma declarada inconstitucional se está violando la Constitución y desconociendo los efectos *"erga omnes"* del fallo.

El artículo 26 C.N., repetimos, limita al legislador, luego pensar que no hace excepción alguna y por tanto opera la favorabilidad frente a normas declaradas inexequibles, es creer que dicho precepto es supraconstitucional o que la propia Carta prohija su quebrantamiento lo cual no es de recibo en un Estado de derecho. La libertad o cualquiera otro derecho esencial del hombre siempre estará por encima de la autoridad y del poder despóticos, porque donde no hay derecho lo válido es lo natural del hombre. Pero en un estado de derecho, donde existe una Constitución legítima como norma suprema que reconoce como límites del poder político los derechos humanos y establece un control de constitucionalidad como garantía de su vigencia y efectividad, el alcance de tales derechos es el que les da la Carta que los contiene y reconoce, conforme con la teoría pura del derecho de plena aceptación hoy en el mundo occidental y sobre la cual se edifican las Constituciones modernas de Alemania, Italia y España, siguiendo el modelo de la Austriaca de 1920.

Como el artículo 15 del Decreto número 1853/85 fue declarado inexequible por sentencia de la Corte de mayo 22/86, a partir de esa fecha no puede edificarse en él ningún derecho por no ser tal precepto ni legítimo ni válido. Los derechos declarados con base en tal artículo antes de la fecha de la sentencia mencionada son válidos porque los efectos del fallo de inexequibilidad son hacia el futuro; y si no se reconoció, así el hecho haya ocurrido en su vigencia, no puede alegarse derecho

adquirido alguno, pues no es legítimo ni justo lo inconstitucional, después de declarado así por quien tiene el poder de hacerlo.

Estas son las razones que determinaron nuestra aclaración de voto.

Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia.

Fecha, *ut supra.*

JUEZ COMISIONADO – COMISION

Cuando se otorga una comisión para instruir de manera general, ésta implica para el comisionado, como atribución propia, todo aquello que no se haya reservado expresamente el comitente.

Auto Segunda Instancia –11 de febrero de 1988–. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual aceptó la constitución de parte civil en el proceso que se adelanta en contra de la doctora Bertha Cárdenas de Uribe, Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada: Acta número 09 (II-9-88).

Bogotá, D. E., febrero once de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Dentro del proceso seguido contra la Juez 1ª del Circuito Penal de Itagüí (Antioquia) doctora Bertha Cárdenas de Uribe, el Juzgado 26 de Instrucción que adelantaba la investigación por comisión del Tribunal de Medellín, dispuso por auto de 21 de julio de este año (folio 4, cuaderno 2°) aceptar la constitución de parte civil a nombre del denunciante Reinaldo Giraldo Jiménez. Contra dicha providencia recurrió el apoderado de la procesada en reposición y apelación, negándose la revocatoria solicitada por el primero de dichos recursos y concediéndos el segundo, en el efecto devolutivo, por el Tribunal de Medellín en auto de 15 de septiembre del año cursante (folio 161, cuaderno 2°).

Remitido el proceso a esta Sala y recibido concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, se procede a resolver.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Reinaldo Giraldo Jiménez acusó a la doctora Bertha Cárdenas de Uribe por cuanto denunciado ante su oficina por Rosalina Orozco, sin repartir el asunto inició la investigación, lo oyó en indagatoria y dictó en su contra auto de detención por estafa. Y, porque correspondiendo el conocimiento al Juzgado Penal Municipal de Medellín, dada su cuantía y el lugar donde ocurrieron los hechos materia de la denuncia, debía ordenar de inmediato su remisión al funcionario competente, sin adelantar actuación como lo realizó.

Efectuadas diligencias previas ordenadas por el Tribunal, entre estas agregada copia de la actuación cumplida por la acusada, oída esta en versión libre e interrogados varios declarantes, se abrió la investigación. Comisionado el funcionario de instrucción, en cumplimiento de lo ordenado, recibió indagatoria a la funcionaria y practicó diferentes pruebas. Ante el mismo Juzgado se presentó demanda de constitución de parte civil por el apoderado del denunciante, que fue aceptada mediante el auto objeto de reclamo.

ALEGACIONES DEL RECURRENTE

En su escrito el recurrente (folio 140) alega que la competencia para resolver sobre la admisión de parte civil es del Tribunal, pues, el instructor actúa por delegación, a propósito cita jurisprudencia (auto de mayo 20 de 1971, Magistrado Ponente doctor Romero Soto). Además sostiene que tal demanda debe rechazarse por falta "de legitimación sustantiva, o falta de personería, o falta de interés serio y actual en el actor...".

Anota que el demandante afirma haber sufrido perjuicio por su detención de 15 días en Itagüí, pero esta medida se sustentó en denuncia formulada por un ciudadano, lo cual ocasionó la actividad del órgano jurisdiccional, en proceso aún en trámite. Es decir, que si tal medida se originó en la denuncia, no sería la acusada, en su calidad de Juez, quien deba responder por esos perjuicios sino la querellante. Y así, no es esta la vía para cobrar los daños. Además, el delito de estafa apareja o contempla detención que debe disponer los jueces, sin que el denunciante tenga fuero especial.

La Corte ha dicho "... que el daño que el delito produzca debe tener relación directa e inmediata con este..." Se pregunta si por haberse fijado la competencia por el factor territorial cuando se dictó auto de detención, se produjeron los perjuicios reclamados y si esto no es de rutina, o el Juez debe saber desde un principio lo que ocurrirá en cuanto a competencia y si se busca por el denunciante simplemente una venganza, sin ánimo serio de perseguir la reparación del daño. Pide rechazar la demanda por falta de legitimación, ya que no haya prueba de daño directo. Considera peligroso y constitutivo de sofisma el insinuar que si el proceso se hubiera adelantado en lugar distinto, no se habría producido detención o esta sería de menor término.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría 3ª Delegada en lo Penal solicita en primer término la nulidad del auto reclamado porque se dictó por quien no tenía competencia. Y en segundo lugar o subsidiariamente, su revocatoria por falta de legitimación de la parte respectiva.

En cuanto a lo primero, anota la imposibilidad de la delegación porque "...nadie puede delegar más poder que el que la ley otorga...". La ley dispuso que los autos interlocutorios se dictarán por las Salas de Decisión de los Tribunales y si bien el Magistrado Sustanciador puede comisionar para la instrucción, lo cual es sólo acto de impulsión del proceso, no le es permitido delegar el poder decisorio que la ley le otorga a la Sala, que es la que tiene tal facultad. El fuero también se dirige a proteger al justiciable, pues se requiere garantizar el juzgamiento por sus iguales o funcionarios de mayor categoría.

Se refiere al auto de 23 de julio de 1986 de esta Sala en cuanto a que la admisión de la parte civil puede efectuarse por el comisionado, pero se formula en él mismo numerosas excepciones a la norma o principio general de su facultad de dictar autos que destruyen la regla y que conducen a las remisiones del proceso al superior que se quieren evitar, con lo cual se coloca en situación de incertidumbre a la administración de justicia. Cita auto de 29 de abril de 1987 y anota que es inadmisible el que el Juez comisionado tenga facultad para adoptar decisiones relacionadas con la parte civil, las cuales no puede proferir el Magistrado Ponente que la comisiona, ya que están reservadas a la Sala.

Se refiere a la naturaleza del auto de reconocimiento de parte civil, por el cual se admite su interés para intervenir en el proceso, como consecuencia del delito, en el caso atribuido a funcionario con fuero. Aquél se relaciona con su legitimación en la causa y es presupuesto procesal. Alude a los efectos de tal decisión en materia de práctica de pruebas. Y observa que como se puede decidir sobre el duplicado del proceso esta decisión por el competente, no implica parálisis o retardo en el trámite.

Advierte también que si el demandante invoca una situación distinta de la investigada, pretende constituir acción civil por hecho distinto o atípico. En este caso no se averigua una detención arbitraria y así la demanda no puede generar "una relación procesal accesoria", lo cual afecta su interés jurídico, cuya falta implica su rechazo.

SE CONSIDERA:

Tanto el recurrente como el Ministerio Público ante la Corte se apoyan para solicitar la revocatoria de la resolución reclamada, en la falta de competencia y carencia de legitimación del demandante. Dadas las conclusiones que se adoptan en esta providencia respecto al primero de dichos aspectos, no se requiere analizar el segundo.

En cuanto al primer punto, cabe anotar que el Juez de Instrucción interviene en el proceso en razón de las funciones inherentes a su cargo y con la jurisdicción que le atribuye la ley, sin que pueda decirse que estrictamente se trate de una competencia delegada, toda vez que esta resulta de la naturaleza misma de su función. Distinto aspecto es el de que en el caso correspondiente proceda en virtud de una comisión que ha sido asignada por el funcionario respectivo, conforme a los reglamentos o que actúe directamente en desarrollo de tales atribuciones, en los casos o investigaciones que debe asumir, correspondiéndole en estos procesos, de acuerdo con las normas actualmente vigentes y cuando se trate de asuntos de competencia de los Jueces Superiores o de Circuito, hacer la calificación.

Por lo mismo que se deja expresado, no puede aceptarse el argumento, que resulta de los planteamientos de los recurrentes, de que a través de tales actos el comisionado está adoptando decisiones que no puede proferir directamente el sustanciador del proceso puesto que son atribuciones de la Sala de Decisión. Y además cabe agregar, que las normas respectivas prevén las comisiones y el Juez Instructor debe tener las facultades que se requieren para su desarrollo, indispensables al cumplimiento de ésta. Y así, del hecho de ser impartida la comisión por el Magistrado sustanciador únicamente, no puede desprenderse la limitación que señala el concepto fiscal y que sólo existe en los casos especialmente previstos o de resoluciones esencialmente relacionadas con el fuero, entendido como el derecho de ser juzgado por autoridades especiales, en protección de su función y en relación con ésta.

No puede deducirse que sea esta la naturaleza del acto de reconocimiento de la parte civil, en el cual simplemente, estimados determinados factores, se autoriza a quien ha resultado afectado con el delito o a sus representantes o causahabientes para intervenir en el proceso con el fin de lograr las indemnizaciones correspondientes. Sin que tal decisión por sí misma implique una resolución definitiva, ni en tal forma pueda afectar el fuero reconocido, ya que puede modificarse (artículo 44 C. de P.P.) y además es suceptible de los recursos legales ante los funcionarios a quienes en razón del mismo corresponde el juzgamiento.

Por otra parte y atendido tal argumento, debería concluirse que el instructor no se halla facultado para adoptar ninguna resolución de carácter interlocutorio, ya que éstas se reservan a la Sala y por lo mismo no podría pronunciarse. Lo cual no resulta admisible y además de desconocer las facultades del comisionado como funcionario con jurisdicción, se opondría al cumplimiento de su labor.

Si bien existen excepciones a tal enunciado general, como es el caso de la resolución de la situación jurídica de los procesados, siendo estas concretas, no se afecta aquél, ni se produce desconcierto en la administración de justicia, ya que tales excepciones se limitan a casos precisos. Y además, el precepto respectivo, señala un término preciso para resolver sobre la demanda de parte civil (artículo 43, C. de P.P. derogado), lo cual supone que se decida en forma inmediata, por quien tenga o tramite el proceso para dar pronta intervención a la parte que pretende constituirse, lo cual excluye la remisión del asunto al competente para tal fin o que se actúe sobre las copias, pues aparte de no estar previsto, tal decisión corresponde adoptarla a quien adelante la actuación en ese momento.

La Corte en auto de 23 de julio de 1986, citado por el Tribunal y la Procuraduría Delegada, definió el punto en el sentido expresado, decisión que conserva en términos generales validez ante la nueva reglamentación en el actual Código, ya que no implicó en estos aspectos variación sustancial. En tal decisión se examinaron estos argumentos y se dijo lo siguiente que es oportuno recordar:

"... 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 C. de P.P., esta decisión debe tomarse mediante auto interlocutorio y de conformidad con el artículo 174 ibídem, tal clase de autos 'serán pronunciados por la Sala Penal de la Corte y por la Sala de Decisión de los Tribunales', es desconocer el conjunto de

disposiciones que regulan el fenómeno y exagerar el alcance de una norma formalista y restringida; como se vió el artículo 130 del C. de P.P., 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 debe sobrevenir una al lado de otra, o si una norma 'desplaza' a la otra".

.....

"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 C. de P.P. 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".

En cuanto al auto de 29 de abril de 1987 corresponde a situación distintas, sin que por tanto incida en lo expresado.

En reciente providencia de noviembre 26 de 1987 (Magistrado Ponente doctor Gómez Velásquez, proceso seguido al Juez 12 de Instrucción de Villavicencio doctor Carlos Arturo Barrera Duanka), si bien sobre hechos que no guardan relación con los que son materia de esta providencia, se examinó lo referente con las comisiones, las facultades del funcionario respectivo y sus restricciones. Se hizo mención en relación con estas últimas a los casos en que el instructor cumple su actuación sin haber intervenido el Juez del conocimiento o cuando actúa en cumplimiento de comisión "de perfeccionamiento sumarial, que retringe el ámbito de sus atribuciones; y

b) Cuando el Juez de conocimiento no ha tomado una decisión en particular; o cuando lo ha hecho y luego de esta manifestación de voluntad ordena concluir la instrucción..", debiendo asumirse en uno y otro caso interpretación diferente, según las correspondientes circunstancias.

Cuando el Juez Instructor procede en virtud de comisión, sin que el del conocimiento haya examinado o resuelto determinado aspecto o situación, se entiende o debe admitirse que puede decidir, por corresponder a su función de perfeccionar la investigación, salvo que se trate de resoluciones reservadas al fallador, como son la apertura de investigación, la vinculación del acusado mediante indagatoria o la decisión de su situación, en casos sometidos a fuero. Pero si ya el funcionario del conocimiento se ha pronunciado, se le devolverá el asunto para su trámite.

En otras palabras, armonizando los pronunciamientos de los Magistrados Lizandro Martínez Z. (julio 23/86) y Gustavo Gómez V. (noviembre 18/87) puede decirse que cuando se otorga una comisión para instruir, de manera general, ésta implica para el comisionado, como atribución propia, todo aquello que no se haya reservado expresamente el comitente; de ahí que pueda indagatoriar, resolver la situación jurídica, pronunciarse sobre los incidentes excarcelatorios, embargar o desembargar bienes, reconocer o inadmitir una parte civil, practicar toda clase de pruebas, etc. Pero

cuando después de haber actuado inicialmente en este sentido, recibe una comisión para perfeccionar el sumario y se le determinan las diligencias que debe realizar, entonces a este cometido debe circunscribir su actuación. De manera que si en la primera hipótesis la regla general es la libertad de acción (todo lo está permitido, salvo lo reservado específicamente por el comitente), en la segunda domina la prohibición y sólo puede ejecutar lo que se ha dicho que haga, y nada mas.

En el presente caso, se comisionó con facultades suficientes para la investigación, por manera que el comisionado podría decidir sobre la demanda de parte civil, ya que el Tribunal no había recibido petición al respecto, ni se expresó restricción alguna en este aspecto, resultando su decisión ajustada a los términos del auto comisorio respectivo.

Por tanto conserva su validez la jurisprudencia contenida en auto de 23 de julio de 1986 antes transcrita:

2° Respecto a la falta de legitimación del denunciante para constituirse en parte civil, debe recordarse que se ha atribuido a la acusada una conducta irregular, que aparte de lesionar a la administración pública, se alega, causó perjuicios a aquél, como directamente afectado con tales actos que se consideran anómalos. Por esta razón, existe interés y personería para tal constitución y su intervención en el proceso aparte de que la funcionaria haya procedido en vista de denuncia y aplicado normas legales, pues la querella se funda no en esto, sino en el indebido trámite que se afirma desarrolló aquélla, para cuya verificación se adelanta el proceso, en el cual la ley prevé la intervención de la parte civil, sin que pueda afirmarse así que no exista relación concreta de esta con los hechos.

Estos, por otra parte, son objeto del proceso, en el cual se determinará conforme a las normas pertinentes lo referente a la conducta de la funcionaria acusada y si hay o no lugar a indemnización. Sin que en consecuencia, proceda hacer tal examen para efectos de la demanda de parte civil presentada, para decidir sobre la cual el funcionario respectivo debía examinar los precisos aspectos señalados por las normas procesales, como lo efectuó. Y en la actuación respectiva se determinará si existió perjuicio y en tal caso su cuantía.

En cuanto a la situación objeto de investigación, cabe anotar que el denunciante se ha referido a determinados hechos, con afirmación de irregularidad y perjuicio en su contra. Sin que de la calificación que se dé a estos, provisional hasta el momento, pueda depender la admisión de la parte civil, cuya intervención prevé el estatuto procesal desde la iniciación de la investigación (art. 34 C. de P.P.).

La providencia del Tribunal, sustentada en la jurisprudencia ya citada, que conserva su validez y se apoya en razones atendibles coinciden con las anteriormente expresadas, resulta por tanto debidamente fundada y ajustada a las normas legales.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto apelado.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga (Con aclaración de voto), *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario

JUEZ COMISIONADO

Dentro de un derecho democrático, constituye un axioma el sostener que cualquier funcionario incidental o accidentalmente que conozca del proceso, debe resolver sobre la libertad del procesado cuando se le solicite.

Auto Segunda Instancia –11 de febrero de 1988–.

Aclaración de voto: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

SALVAMENTO DE VOTO.

Aunque esta providencia busca armonizar los pronuciamientos de 23 de julio de 1986 y 18 de noviembre de 1987, estimo conveniente por traslucir mejor mi pensamiento, reproducir en lo pertinente aclaración de voto que consigné en la última de las citadas providencias:

"1. Algunos de los planteamientos expuestos en la providencia objeto de esta aclaración de voto, merecen ser glosados. Esta Corporación en providencia de 23 de julio de 1986 (Proceso número 782), estudió ampliamente el tema referente con las comisiones; esta providencia se aparta de los criterios jurisprudenciales allí expuestos.

"La providencia de 23 de julio, se refería al caso concreto de las comisiones cuando el procesado era un funcionario amparado con fuero; pero en ella se estudió exhaustivamente la institución de las comisiones diferenciándolas en materia civil y penal. Se clarificó que entratándose de personas sometidas al fuero el comisionado 'carece de atribuciones para decidir sobre la apertura de investigación como también para determinar cuáles de ellas deben ser sometidas a indagatoria y para resolver su situación jurídica; diligencias todas que corresponden resolver al comitente por ser objeto todas de una misma noción'. Pero cuando se trata de personas no sometidas a fuero o en este supuesto, cuando ya el Juez competente ha abierto la investigación; esto es, 'una vez puesto en marcha el proceso no haya argumento valedero para restringir las amplias características de la comisión en materia penal, tan distintas como ya se estudió en la civil para disminuir el flujo y la dinánica de una actuación ya iniciada'. Una vez iniciada la investigación el proceso adquiere una dinámica natural y el comisionado puede practicar las pruebas y tomar las decisiones que convengan para el desarrollo de la investigación, *salvo que el competente de manera expresa se reserve alguna* (Subraya el Magistrado aclarante).

"2. Pero resulta que algunos de los enfoques que la providencia materia de esta aclaración consigna, concuerdan con lo reseñado. Así se afirma en forma subrayada que el comisionado puede variar la índole de las resoluciones proferidas si está expresa, específica e indiscutiblemente autorizado para hacerlo, en caso contrario abstenerse de toda injerencia al respecto'. Si careciendo de esta facultad se le presenta una solicitud de revocatoria relacionada con la libertad del procesado o su encarcelamiento, debe remitir aquélla junto con el duplicado al comitente a efecto de que este resuelva lo pertinente si la petición obedece a un cambio sensible y objetivo que se muestra ajena a maniobras dilatorias obstaculizantes".

"3. La sola comparación de las dos providencias muestran un sorpresivo viraje en la institución de las comisiones que el suscrito se ve obligado a no pasar por alto.

"La característica penal de las comisiones y del proceso mismo, no permite que se supongan cortapisas a la dinámica procesal. Sólo en casos excepcionales puede el comitente hacer reservaciones expresas bajo su responsabilidad. Aceptar lo manifestado en el auto materia de la observación, equivale a recortar la jurisdicción y demeritar la institución de la comisión.

"Como ya se expresó en la providencia de junio 26 de 1986, dentro de la amplia gama de facultades que la ley le da al instructor, el ideal es otorgarle todas las facultades que le permitan establecer la verdad.

"4. Los planteamientos hechos en la providencia materia de esta aclaración, estima el suscrito que no encajan dentro del ordenamiento constitucional, de derecho internacional y de derecho procesal, que informa nuestra normatividad democrática. En lugar de facilitar la garantía de un derecho individual inmanente como es la libertad, trata de restringirla.

"La libertad es un derecho y no un beneficio; un argumento formalista como el de la carencia de facultad expresa en la comisión no es suficiente para vulnerarla.

"Dentro de un derecho democrático, constituye un axioma el sostener que cualquier funcionario incidental o accidentalmente que conozca del proceso, debe resolver sobre la libertad del procesado cuando se le solicite.

"Cuando esguince que se le trate de dar a este principio inmanente, atenta contra el exigente latino *indubio pro libertate.*

"Es más, el comisionado que sin argumento apodíctico alguno se abrogue en la etapa sumarial la facultad de resolver sobre la libertad, merece que su conducta, ella sí, es analizada detenidamente.

"Respetuosamente considero que son inconducentes, peligrosos e innecesarios los argumentos que se han esgrimido para apreciar la conducta de un Juez que ha procedido equivocadamente pero con buena fe.

"Mucho me preocupa las consecuencias de la parte motiva de esta providencia, ya que su aplicación será vivero de restricciones a las garantías individuales.

"5. También es preocupante la reiterada alusión que se hace a las maniobras dilatorias u obstaculizantes para no resolver sobre una libertad. Eso equivale a que

valoraciones subjetivas, apriorísticas y extraprocesales recorten el sagrado derecho a la libertad.

"El punto de vista refutado equivale simplemente a crear una nueva causal de inaplicación de la ley.

"La providencia objeto de esta aclaración, está dándole carta de ciudadanía a lo prohibido por la Ley 153 de 1887, en el artículo 27 de conformidad con el cual 'cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu' ".

Dejo en esta forma expuesta mi profunda inquietud que me lleva a aclarar el voto en la forma explicada.

Atentamente,

Lisandro Martínez Z.

Fecha, *ut supra.*

PREVARICATO

Documento auténtico es aquél con relación al cual existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado o firmado. El reconocimiento del documento ante Notario, por el contrario, exige que el compareciente firme en presencia del mencionado funcionario.

Auto Unica Instancia –11 de febrero de 1988–. No repone su providencia, por medio de la cual se abstuvo de iniciar proceso penal contra los doctores Luis Humberto Otálora Mesa, Lilia Correa Pérez, Benjamín Herrera Barbosa y Francisco Villamil Salazar. Magistrados del Tribunal Superior de Cali.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada: Acta número 006 del 27 de enero de 1988.

Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el recurso de reposición interpuesto por el denunciante José Miguel Gómez Amaya contra el auto de fecha veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), por medio del cual esta Corporación se abstuvo de iniciar investigación en contra de los Magistrados Luis Humberto Otálora Mesa, Lilia Correa Pérez, Benjamín Herrera Barbosa y Francisco Villamil Salazar.

ACTUACIÓN PROCESAL

El ciudadano José Miguel Gómez Amaya formuló denuncia criminal en contra de los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja por el presunto delito de Prevaricato, al no haber aceptado como documento que preste mérito ejecutivo una copia autenticada de una promesa de venta celebrada entre Ricardo Cuevas Silva y Darío Cuevas Silva.

Realizadas algunas diligencias preliminares, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, dictó auto inhibitorio en favor de los acusados, al considerar atípica la conducta denunciada, en providencia cuya fecha ya se anotó. Contra ella interpuso el denunciante el recurso de reposición, al cual se le dio el trámite indicado en el Código de Procedimiento Civil.

Razones de la impugnación

El recurrente esgrime como motivos de su inconformidad, el hecho de que la Corte afirmó que el documento que él exhibiera en el fracasado proceso ejecutivo no era auténtico sino autenticado, términos que para el denunciante, al parecer, no tienen distinción alguna en su significado. Dice el denunciante que el contrato de promesa de venta fue presentado ante el Notario por quienes lo suscribieron, y que ellos mismos ordenaron al funcionario la preparación de la escritura que lo perfeccionaría, razón por la cual se debe considerar como documento válido para adelantar proceso de ejecución, a más de que fue legalizado fiscalmente.

Así mismo, sostuvo que la promesa de venta fue debidamente presentada ante el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá en el proceso de sucesión de Ricardo Cuevas Silva, sin que fuera objetado por los herederos, razón por la cual fue tenido en cuenta para la partición en cuya aprobación se ordenó el otorgamiento de la escritura pública correspondiente.

Solicia a la Corte el impugnante que de no reponer el auto, debe señalar la vía civil por la cual se haga efectiva la orden de celebrar la escritura pública contenida en el auto aprobatorio de la partición a que ya se hizo referencia.

Finalmente, pide el memorialista la práctica de algunas diligencias.

Consideraciones de la Corte

Efectivamente, como lo afirma el recurrente, la Sala en oportunidad pasada afirmó que el documento presentado al juicio de ejecución intentado por el denunciante tenía la calidad de autenticado, pero no era documento auténtico. Existe entre estos dos vocablos una diferencia sustancial establecida claramente por las leyes.

Documento auténtico, como claramente lo dice el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, es aquél con relación al cual existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado o firmado; para abundar en esta definición, la misma norma contempla los casos en los cuales se debe considerar auténtico un documento privado, señalando allí cuatro eventualidades. La primera de ellas, referida al hecho de que el documento haya sido reconocido ante juez o notario, o que judicialmente se haya ordenado tenerlo por reconocido. En este evento, se exige que si de reconocimiento judicial se trata, se realice en la forma prevista en el artículo 273 del mismo ordenamiento, esto es, que quien firmó o elaboró el documento se presente ante el funcionario judicial y bajo la gravedad del juramento afirme que es suya la firma o el manuscrito que se le atribuye. Este reconocimiento no se operó en relación con el contrato de compraventa presentado por el denunciante al juicio de ejecución, y por ello, bien hicieron los funcionarios acusados en rechazarlo para tales efectos, como ya se afirmó.

El reconocimiento del documento ante Notario, por el contrario, se rige por los preceptos del artículo 68 del Decreto número 960 de 1970, según el cual el compareciente deberá firmar en presencia del mencionado funcionario, quien atestiguará sobre ese hecho en forma escrita. La promesa de venta a que tantas veces se ha referido la Sala, tampoco tiene la constancia de este reconocimiento, y por consiguiente no se puede predicar que sea documento auténtico.

Las prescripciones de la ley en este sentido son muy claras, y no basta, como parece entenderlo el impugnante, que quien suscribe un documento vaya con él ante el Notario y le ordene la elaboración de un proyecto de escritura pública que, además, tampoco suscribió. Para la autenticidad del documento es requisito indispensable que se opere el reconocimiento, y que el mismo sea certificado por el Notario, en la forma prevista en el artículo 73 del Decreto número 960 de 1970.

Tampoco aparece en el documento de promesa de venta que éste haya sido inscrito en el registro público a petición de quien lo firmó, tal como lo exige el numeral 2 del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil; en relación con la circunstancia contemplada en el numeral 3 del mismo artículo, debe recalcar la Sala que la norma se refiere a la aportación del documento dentro de un proceso en el cual intervenga la persona contra quien se opone, o sus herederos, pero que la aportación se haga en original, no basta, entonces, sobre este aspecto, que se lleve al proceso una copia del mismo, porque esta circunstancia no está contemplada en el mencionado inciso 3 del artículo 252 citado.

Por lo demás, como bien lo sostuvieron los funcionarios denunciados, en el juicio ejecutivo que dio base a la denuncia se pretermitió la observancia de lo dispuesto en el artículo 1434 del Código Civil.

Finalmente, debe insistirse, el citado contrato de promesa de venta no fue declarado reconocido por providencia judicial alguna.

Estas situaciones, propias del documento auténtico, se diferencia ampliamente de la mera autenticación del instrumento. La autenticación no es la certeza sobre la persona que ha elaborado o suscrito el documento, sino la simple atestación que el Notario hace de que la copia mecánica o literal corresponde exactamente al original que se tiene a la vista, sin que se entre en declaraciones acerca de la persona que suscribe el documento (Artículo 73 del Decreto número 960 de 1970).

La legalización fiscal, es decir, el pago del impuesto de timbre, tampoco otorga, al documento su calidad de auténtico, porque en este acto solamente se acredita que alguna persona canceló al Estado los derechos correspondientes al acto, sin que se reconozca por parte del funcionario que recibe el impuesto que una persona determinada ha querido dotar de autenticidad al instrumento. Este acto, si bien da al documento certeza en la fecha de su confección, le imprime "fecha cierta", no va más allá de esa simple constancias; no lo hace auténtico, como parece entenderlo el denunciante.

Además, preciso es que se diferencie claramente entre el original del documento y su copia. La Sala nunca ha pretendido quitarle el carácter de autenticidad al original del mismo, porque no ha sido él el que se ha sometido a discusión; de hecho, al juicio ejecutivo no se presentó el original, sino una copia autenticada de él, y a ésta se han

referido tanto las consideraciones de los acusados como las de esta Corporación. Es posible que el original del contrato de promesa de venta sí haya sido auténtico, y valorado como tal ante el juez encargado del juicio de sucesión; esa evaluación no se discute. La copia, sin embargo, no reúne el requisito de autenticidad, y por ello no puede pretenderse que preste mérito ejecutivo.

En estas condiciones, no asiste razón al recurrente en sus argumentaciones, y la Sala, ratificando sus anteriores planteamientos, se abstendrá de reponer la providencia impugnada. Debe anotarse, además, que no corresponde a esta jurisdicción penal el establecimiento de vías civiles para llevar adelante el juicio de ejecución, como lo solicita el memorialista, no solamente por carecer de competencia para la decisión de asuntos meramente civiles, sino porque no puede contrariar las disposiciones legales que impiden a los funcionarios jurisdiccionales que señalen a los particulares los caminos o soluciones a sus problemas legales; para el cumplimiento de esta misión, se encuentran establecidos los abogados litigantes, a donde bien podrá acudir el memorialista en busca de ayuda profesional.

Por las anteriores consideraciones, ratifica la Corte que los acusados lejos de quebrantar en forma manifiesta la ley, dieron a ésta una interpretación acorde con las circunstancias específicas del caso y con las modalidades de hermenéutica legal, y por tanto, la conducta denunciada como presuntamente prevaricadora es atípica, razón por la cual, como atrás se anotó, no se repondrá la decisión impugnada.

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 reponer el auto impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

COLISION DE COMPETENCIAS

Se incurre en desacierto si se excita el propio tiempo un conflicto positivo de competencia y otro negativo. Lo indicado es determinar primero quién es el competente respecto del proceso que se estima conexo con otro que adelanta distinto funcionario.

Auto Colisión –16 de febrero de 1988–. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados 96 de Instrucción Criminal de Bogotá y 29 de Instrucción Criminal de Cali.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada: Acta número 10.

Bogotá, D. E., febrero dieciséis de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Al Juzgado 96 de Instrucción Criminal de Bogotá correspondió por reparto el informe de la División de Policía Judicial, Grupo Deportados, dejando a su disposición al ciudadano colombiano Juan Carlos Ramírez Abadía, sindicado del delito de falsedad y quien había sido expulsado de la ciudad de Miami, cuando trató de ingresar al país del Norte en posesión de un pasaporte adulterado que originariamente había sido expedido al señor Elkín Ramiro Mejía Hernández. El susodicho juzgado abrió la correspondiente investigación (agosto 25/87) y luego del trámite de rigor lo cobijó con auto de detención preventiva, ordenando en la misma providencia remitir el proceso a la ciudad de Cali, por competencia (agosto 29/87).

Esta última determinación fue objeto de impugnación, en el sentido de que no se estaba en presencia de un concurso delictual ("falsedad material de un particular en documento público y uso de documento público falso"), sino que se trataba de un solo delito (falsedad material de particular en documento público –artículo 220

C.P.–, agravado por la circunstancia prevista en el artículo 222, inciso 2º), complejo eso sí, que permitía la libertad provisional.

En septiembre 8/87, la agente del Ministerio Público se dirige a la Juez, manifestándole que interpone recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, contra la providencia del 29 de agosto que disponía la remisión del expediente a la ciudad de Cali, por cuanto, "tanto de la injurada de Ramírez Abadía, como de su compañera permanente, a quien se le recepcionó declaración, se colige que el incriminado viajó a la ciudad de Bogotá, hecho que de por sí solo no es constitutivo de delito, lo que si es reprochable es el objeto del desplazamiento, es decir, la realización del convenio para la consecución del pasaporte, la entrega de parte del dinero pactado para tal gestión, la toma de fotografías y demás, actuaciones que concluyeron con la elaboración del documento apócrifo en esta ciudad, comportamiento criminal del cual se le endilga su coautoría de conformidad con lo señalado en el artículo 23 del estatuto penal; luego si el uso del documento es apenas un agravante del punible de Falsedad, estima la Fiscalía que éste se inició y ejecutó en la ciudad de Bogotá, y que a la luz de lo dispuesto en el artículo 74 del C.P.P. su despacho es competente para adelantar la investigación".

El juzgado se pronuncia el 14 de septiembre, inadmitiendo los recursos por extemporáneos e insistiendo en que el proceso será enviado a Cali. El 15 de septiembre el defensor le propone al juzgado una doble colisión de competencias: "la primera positiva, para que sea un funcionario de la ciudad de Bogotá quien debe conocer y proseguir la investigación y la segunda negativa, para que ese funcionario sea el Juez Cuarto de Instrucción Criminal y no su despacho, por ser quien primero abrió investigación (contra la compañera de Juan Carlos Ramírez Abadía, la que también había sido deportada de Miami, en posesión igualmente de pasaporte falso), recepcionó indagatoria y resolvió situación jurídica".

En septiembre 25 de 1987 el Juzgado 96 de Instrucción Criminal de Bogotá, provoca "colisión de Competencia Positiva al señor Juez Cuarto de Instrucción de esta ciudad en el proceso que por el delito de falsedad cursa en ese despacho contra Dora Patricia García Alvarez"–, "por la conexidad existente entre los delitos", y por haber sido él quien primero inició la investigación (conocimiento a prevención –artículo 75 C.P.P.–). Al propio tiempo le provoca Colisión de Competencia negativa a nuestro homólogo de la ciudad de Cali, "si considera que no es el funcionario competente para adelantar la presente investigación". Ordena, igualmente, que al Juez Cuarto de Instrucción Criminal se le libre despacho comisorio, "insertándole el contenido de este auto para que proceda a enviar las diligencias o se pronuncie en los términos del artículo 97 del nuevo C. de P. Penal". Contra esta determinación interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación el señor defensor, los cuales fueron resueltos en el sentido de que contra ese tipo de decisiones era improcedente el recurso de apelación y que no había fundamento para acceder a la reposición.

Se dio cumplimiento a lo ordenado respecto del Juez Cuarto, pero en la sumarias se desconoce si aceptó o no la colisión que se le provocó, y, finalmente, el proceso se envió a la ciudad de Cali, donde correspondió por reparto al Juzgado 29 de

Instrucción Criminal, funcionario que rechazó la competencia, aceptó el conflicto y remitió las diligencias a la Corte, para que lo dirimiera.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Extraña la Corte que el Juzgado 96 de Instrucción Criminal de Bogotá, en un mismo auto, declare que es incompetente para el conocimiento del proceso adelantado contra Juan Carlos Ramírez Abadía por el delito de falsedad, y al mismo tiempo le provoque colisión de competencia positiva al Juzgado Cuarto, su homólogo, para que se desprenda del proceso en donde se investiga a la compañera de aquél, Dora Patricia García Alvarez, por tratarse de ilicitudes conexas. Son determinaciones que no dejan de tener un fondo eminentemente contradictorio, como quiera que se afirma y niega la competencia. Ha debido primero excitar el conflicto de competencia negativa al Juez de Cali, para que si éste aceptaba ser el competente fuera él quien resolviera si suscitaba o no colisión positiva al Juez Cuarto de Instrucción Criminal de Bogotá. O, en el evento de que sostuviera no ser competente, fijada ésta por la Corte, fuera el funcionario ciertamente competente el que decidiera si provocaba o no la pugna por el conocimiento de los hechos presuntamente ilícitos de Dora Patria. Así era como se le imprimía el debido orden al debate; pero no someter el proceso al riesgo de que promovido un conflicto positivo por quien se reconocía incompetente, una vez dirimido y determinada la competencia en funcionario distinto, fuera éste de opinión de que no existía conexidad, razón por la cual no había lugar a colisión alguna.

Se incurre entonces en desacierto si se excita al propio tiempo un conflicto positivo de competencia y otro negativo. Lo indicado es determinar primero quién es el competente respecto del proceso que se estima conexo con otro que adelanta distinto funcionario. Esclarecido este punto, quien resulte legalmente competente, será el que decida lo pertinente. Proceder en contrario equivale, en ejercicio de un poder que se asegura no se tiene, a producir actos jurisdiccionales, que sólo son de incumbencia de quien se reconoce con competencia. Así es como se festinan resoluciones que entorpecen la regular marcha del proceso y despojan al llamado a asumirlas de la oportunidad propia para emitirlas o lo enfrentan a situaciones irregularmente creadas que van contra su personal y autorizado criterio y en desmedro de la naturaleza de la institución jurídica.

2. Conviene señalar también que, según manda el artículo 98 del C. de P. Penal, "cualquiera de los sujetos procesales puede suscitar la colisión de competencias, por medio de memorial dirigido al juez que esté conociendo del proceso o al que considere competente para dicho conocimiento". Y si el funcionario deniega la provocación, el respectivo auto es susceptible de los recursos ordinarios. Pero si acepta la incitación y promueve el conflicto, hasta ahí va la actuación del solicitante por que el Código señala de manera integral su tramitación, excluyendo las impugnaciones.

3. El presente proceso dice referencia a un delito de falsedad material de particular en documento público (art. 220 C.P.), agravado por la circunstancia plasmada en el 222 ibídem, inciso 2°. Así las cosas la competencia estaría delimitada por el lugar donde se realizó la falsa confección del pasaporte (factor territorial), como quiera que el uso no es más que una circunstancia agravante de la peña señalada en el respectivo delito (artículo 220 C.P.). En otras palabras, aquí no es el uso el llamado a

definir el factor competencia, como sí acontece cuando se trata de documento privado, cuya falsedad –así lo ha sostenido la Corte– requiere dos actos, el de la alteración de la verdad y el de su uso, produciéndose su consumación donde esta última conducta se realiza para el logro de ilícitos propósitos.

Se ha asegurado que la competencia radica en el Juzgado de Instrucción de Bogotá por cuanto, según lo afirma el sindicado y su compañera García Alvarez, fue en esta ciudad donde se entrevistaron con un tal Tomás, a quien encargaron la consecución de los documentos que resultaron falsos. Que aquí fue donde cada uno dio la cantidad de US.$1.225, como anticipo de los 2.500 dólares que cada quien debería en total pagar. Igualmente que fue en esta ciudad donde colocaron sus huellas sobre el pasaporte en blanco, etc., etc. Para la Corte todo cuanto hace referencia al mentado Tomás constituye sólo un estéril esfuerzo por hacer realidad un personaje que únicamente existe en la febril imaginación de los sindicados, fantasmagórico ente a quien aspiran exclusivamente se impute la comisión de la falsedad material, que es muy socorrida artimaña, ya bien conocida en los estrados judiciales y esgrimida por quienes se hallan comprometidos en éste y otro tipo de ilicitudes.

En el evento subexámine sí que es verdad que este ardid de defensa va contra toda lógica. Efectivamente, el sindicado afirma en su indagatoria que como debía conseguir rápidamente el pasaporte, debió acudir a un tercero para que se lo tramitara, olvidando que en la versión rendida en la Oficina del Grupo de Deportados de la Policía Judicial ya había sostenido que el afán no era tanto, pues aún le faltaba "acabar de arreglar unos certificados de estudios universitarios", razón por la cual el documento podía ser entregado en el término de un mes. Y sabido es que el trámite ante el Ministerio es ciertamente rápido, que normalmente no sobrepasa los ocho días. Esto lo conocía el sindicado porque según afirma ya había viajado con anterioridad al exterior. Su afán, cosa curiosa, era trasladarse a los Estados Unidos de Norteamérica para averiguar si podía realizar allí unos estudios y ver la factibilidad de un negocio. Y por este anhelo no tuvo empacho ninguno en cancelar 2.500 dólares (US $5.000, en total, porque pagó también lo de su compañera), sabedor como era de que en el Ministerio, realizadas personalmente las diligencias, le costaba en comparación una suma irrisoria, y el pasaporte se le entregaba en un tiempo mínimo.

No se entiende cómo, sin exigirle recibo de ninguna naturaleza, para cerrar el supuesto compromiso, le entrega US. $1.225 (o 2.500 dólares, incluido lo de su compañera) a un desconocido, y ello es así porque él mismo asegura haber dado tales cantidades a un tal Tomás, de quien no conoce sus apellidos, que ni siquiera su dirección o teléfono.

Que en Bogotá, estampó sus huellas en un pasaporte en blanco y lo entregó al desconocido, yéndose después tranquilamente a Cali es conducta que no puede esperarse de quien dice ser ingeniero de profesión. No es dado concebir tamaña ingenuidad o torpeza en persona de tal capacidad intelectual. Ahora, que solo en esta última ciudad vino a darse cuenta que los documentos estaban expedidos a nombre de otra persona y que únicamente por el "afán" del viaje aceptó inocentemente emprenderlo en tales circunstancias, siendo ajeno por completo a la falsedad, es versión que repugna al sentido común. Al contrario, todo indica, como los funcionarios que han intervenido en el proceso lo han entendido, que Juan Carlos Ramírez

Abadía sabía muy bien y desde tiempo atrás, por haber sido autor o determinador de la falsedad material, que los documentos eran espurios.

Entonces, si la versión del sindicado y de su compañera de aventuras no merece ningún crédito, es desatinado construir sobre la misma la delimitación del factor competencia.

Tampoco puede afirmarse que la falsedad material se haya realizado en la ciudad de Cali. En tal sentido son valederas las argumentaciones del Juez 29 de Inscriminal de esta ciudad cuando se declaró incompetente. En efecto, todo indica que el pasaporte falso fue confeccionado adulterando uno legalmente expedido en Bogotá a nombre de Elkín Ramiro Mejía Hernández, y que no es ceñido a la realidad, como lo sostiene el Juzgado 96, que el verdadero hubiera sido extendido en Cali. Es más, esa circunstancia desde luego no comporta que la falsedad se verificara en la misma ciudad donde se expidió el auténtico. Igualmente es desacertado afirmar que porque la sede de los negocios del sindicado es Cali, ahí debió efectuarse la contrafactura ilícita. Similar repudio merece la aseveración de que por haberse usado el documento falso en esta ciudad (o en Palmira, como lo clarifica el Juzgado 29), allí debió realizarse fatalmente la adulteración del pasaporte. Así las cosas los argumentos del Juez 96 se quedan, como bien lo entendió su homólogo de Cali, en el simple plano conjetural, sobre el cual no es dado jamás edificar la competencia.

Resulta así que lo único indubitable es lo incierto del lugar donde se realizó la infracción; situación que cabalmente recoge el artículo 75 del C. de P. Penal, fijando un conocimiento a prevención del juez competente por la naturaleza del hecho del territorio en el cual primero se formule la denuncia, o que primeramente inicie la investigación, y que en el evento subexámine no es otro que el Juez 96 de Instrucción Criminal de Bogotá.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–,

RESUELVE:

1. Asignar al multicitado Juzgado 96 de Instrucción Criminal de Bogotá la competencia para conocer de este asunto.

2. Envíese copia de esta providencia al Juzgado 29 de Instrucción Criminal de Cali, para lo de ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Paéz Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario

DICTAMEN PERICIAL - NULIDAD

La Corte reitera su tesis, en cuanto que la omisión en el traslado de los dictámenes periciales no configura nulidad, cuando las partes han tenido oportunidad de conocer para debatir la prueba respectiva.

Sentencia Casación. 16 de febrero de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a Luis Alberto Ramírez Valencia, por infracción a la Ley 30 de 1986.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada: Acta número 011.

Bogotá, D. E., febrero dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Con la adición de señalar en $205.098.00 la multa impuesta, el Tribunal Superior de Neiva en sentencia de abril 10 de 1987, confirmó el fallo del Juzgado 2° Penal del Circuito de la misma ciudad, de fecha 18 de febrero del mismo año por el cual se condenó a Luis Alberto Ramírez Valencia por infracción a la Ley 30 de 1986, sobre estupefacientes, imponiéndole la pena principal de cuatro años de prisión, multa fijada por el Tribunal en la cuantía indicada, las penas accesorias correspondientes y el pago de los perjuicios respectivos.

Procede la Corte a fallar el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado contra el fallo de segunda instancia, una vez cumplido el trámite pertinente y recibido el concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal con oposición a las pretensiones del actor.

Hechos

Los resumió el Tribunal, en forma acorde con la realidad procesal, en los siguientes términos:

"El hecho criminoso que dio base a la iniciación de esta acción penal se presentó cuando una comisión policial del Departamento de Policía, Huila, en virtud de ciertas informaciones obtenidas, en las horas de la madrugada del día 10 de abril de 1986 interceptó en la población de Hobo el camión de servicio público, de placas VX-2187, que venía desde San Vicente del Caguán-Caquetá conducido por Luis Alberto Ramírez Valencia, cargado con 43 cerdos con destino a la ciudad de Pereira, que al ser requisado se descubrió dentro de una 'caleta' existente en el bomper delantero la cantidad de 10 bolsas o paquetes envueltos en papel contac, conteniendo un polvo habano con un peso bruto de 6.311,20 gramos el cual al ser examinado y sometido luego a la prueba de campo con el reactivo mathers dio resultado positivo de base de cocaína, en razón a la coloración azul celeste que presentó en cada una de las muestras sacadas de las mencionadas bolsas, clase de droga que el mismo conductor Ramírez Valencia en su versión libre rendida ante el Sijin aceptó transportar como coca por petición de un individuo de nombre Gilberto N., quien le prometió pagarle buena suma de dinero por ese servicio" (fl. 17, cuaderno 4°).

ACTUACIÓN PROCESAL

Iniciada la investigación y cumplidas algunas diligencias, entre estas las de pesar y tomar muestras de la sustancia incautada con resultado positivo de ser cocaína y oído en indagatoria el procesado, quien explicó haber recibido aquélla de un individuo a quien sólo se identifica por su nombre y señas generales, sin otros datos, se dictó en su contra auto de detención.

Continuó la instrucción con la práctica de las pruebas necesariase, habiéndose recibido dictamen del Instituto de Medicina Legal conforme al cual las muestras remitidas correspondían a "xilocaína". Presentada con esta base solicitud de cesación de procedimiento por inexistencia de infracción con la consiguiente libertad del procesado, se negó por el Juez de conocimiento, en atención a las circunstancias ya expresadas en que ocurrió la incautación. Decisión esta que recurrida en apelación fue confirmada por el superior.

Para averiguar la ilícita sustitución de las muestras se ordenó compulsar copias. Se recibió declaración de la Juez de Instrucción que intervino en el examen y peso de la sustancia incautada, quien afirmó que la que se le puso de presente no coincidía con la remitida para tal efecto, como tampoco era su letra la que aparecia en las papeletas (fl. 220, cuaderno 1°). Y en igual sentido declararon otras personas que en calidad oficial intervinieron en tales actos. Practicado examen de las muestras referidas por el Laboratorio del DAS, se emitió concepto de ser xilocaína (fl. 252 cuaderno 1°).

Cerrada la investigación se calificó con enjuiciamiento contra Luis Alberto Ramírez Valencia por infracción a las normas del estatuto de estupefacientes y se sobreseyó definitivamente a otros indagados, quienes fueron sus acompañantes en el vehículo en el momento de la aprehensión. Recurrida en apelación esta providencia, fue confirmada por el Tribunal de acuerdo con el concepto fiscal. Dentro del término probatorio se agregaron copias de algunas piezas de la investigación adelantada por el Juzgado en relación con la sustitución antes indicada y cumplida la audiencia, con solicitud de la defensa de absolución por falta de pruebas, se dictó el fallo de primera

instancia, confirmado por el Tribunal mediante el que es objeto del recurso de casación.

La demanda de casación

Previo resumen de los hechos y referencia de la actuación procesal, la demandante invoca las causales cuarta –por nulidad– y primera –por violación indirecta de la ley sustancial– de conformidad con el art. 226 del actual Código de Procedimiento Penal y con base en las mismas propone los cargos que se examinan seguidamente.

No obstante que la demanda se funda en las normas del estatuto procesal vigente, cuando por disposición expresa son aplicables las normas del anterior, según la fecha del cierre de la investigación (art. 677 C. de P.P.), como las causales invocadas corresponden a las anteriormente contempladas, el error indicado carece de efecto, por lo cual procede examinar las acusaciones formuladas, si bien con referencia las normas del anterior código (art. 580).

Causal cuarta: Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

Primer cargo: Consiste en que por no correrse traslado de los dictámenes relacionados con la naturaleza de la sustancia incautada, se desconocieron "...las formas propias del procedimiento, que aunque no son violatorias del derecho de defensa, afectan profundamente el debido proceso..." afirma la demanda, con la consecuencia nulidad constitucional.

Obran en autos dos dictámenes de Medicina Legal (fl. 106 y del DAS. fl. 252) de los cuales no se corrió traslado con violación del artículo 276 del anterior Código de Procedimiento Penal. Se desconocieron las formas propias del juicio, al omitir el trámite que debe ser estrictamente observado. Estima que esta negligencia debe sancionarse con nulidad y que si bien, expresa la autora "...no tengo el menor interés en que esta nulidad se decrete, simplemente la propongo, para que la Sala de Casación Penal de la Corte, haga un pronunciamiento..."

Segundo cargo: Con los mismos fundamentos constitucionales anotados, afirma que se incurrió en nulidad por falta de jurisdicción y competencia del Tribunal, al decidir sobre el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sin que esa se notificara por edicto.

Conforme al anterior Código procesal (art. 180) las sentencias debían notificarse en forma personal y por edicto. Si bien tal notificación personal se hizo al procesado, su defensor y al Fiscal, no se fijó edicto, como se requería ya que podían existir terceros de buena fe con derecho a reclamar el vehículo confiscado o decomisado y que no estaba registrado en el tránsito a nombre del procesado. Por tal falla el Tribunal no adquirió jurisdicción para conocer y se produjo nulidad.

Causal primera: Violación de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria.

Radica el cargo en que el fallador incurrió en error de hecho al dar por demostrada la naturaleza de la sustancia incautada como cocaína, con base en la versión del acusado y la prueba de campo que no revestía valor definitivo, con

prescindencia del dictamen del Instituto de Medicina Legal que dio como resultado xilocaína.

Expresa la actora que el dictamen referido no fue admitido por sospechar los falladores que las muestas enviadas habían sido sustituidas. Estimaron que para demostrar la materialidad del delito "...se debía tener en cuenta –dice– la confesión del implicado Luis Alberto Ramírez Valencia quien reconoció que esos diez paquetes encontrados en el bomper delantero del camión, era cocaína, como también la prueba de campo con el reactivo Mathers que se practicó sobre esa sustancia..."

La demostración de la materialidad de la infracción en algunos delitos, como los contemplados en la Ley 30 de 1986, requiere como prueba indispensable el dictamen técnico, sin el cual no se puede afirmar la demostración de la infracción, ya que ésta no se establece con la confesión, ni prueba indiciaria. La prueba de campo con el reactivo referido no es de resultados absolutos, pues, si con el mismo se examina xilocaína puede dar los mismos resultados y así se requiere la pericia mencionada.

Estima que el hecho de sustituirse las muestras remitidas por el juzgado, no puede afectar la situación del procesado, porque este hecho no se ha demostrado y no pueden los falladores partir de simples suposiciones, toda vez que la investigación iniciada al respecto no ha aclarado los hechos ni se ha indagado a nadie, lo cual es contradictorio. Hubo negligencia por parte del instructor en el envío de las muestras, puesto que no se adoptaron seguridades, como la remisión mediante mensajero especial, falla que ahora se carga a otras personas.

Considera "peligrosa y exagerada" la posición del Tribunal al rechazar la prueba técnica mencionada y tener sólo en cuenta el examen de campo, pues en esta forma se tendría que eliminar la prueba científica para muchos delitos.

Se llegó en esta forma a la violación indirecta por error en la apreciación de la materialidad de la infracción, porque le dio al examen inicial un valor que no tiene y desechó el dictamen indicado.

Incurrió por tanto el Tribunal en grave error de hecho en la apreciación de las pruebas referidas, por lo cual solicita la demandante casar el fallo y dictar el que corresponda.

Concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal

Con detenido examen de los cargos solicita su rechazo, aduciendo razones suficientes a las cuales se hará referencia más adelante.

Se considera

Como ya se dijo, aunque impropiamente invocada la norma del Código vigente, por ser equivalentes las causales propuestas a las contempladas en el anterior estatuto, procede su examen.

En relación con la causal cuarta, cabe anotar en primer término que el cargo de nulidad por omisión de traslados del dictamen pericial, resulta totalmente infundado como se desprende de un rápido examen del proceso.

La Corte ha expresado en reiteradas jurisprudencias, una de las cuales recuerda el concepto de la Procuraduría, que la omisión en el traslado de los dictámenes periciales no configura nulidad cuando no obstante tal falla, las partes han tenido oportunidad de conocer para debatir la prueba respectiva, en forma que no han sufrido limitación alguna para ejercer la contradicción correspondiente y hacer valer sus derechos. Cuando así ocurre carece de toda base y de interés jurídico, hacer tal proposición con relación a pretendido quebranto de formas del juicio, ya que no se ha ocasionado lesión alguna. El traslado referido, como norma legal que es y atiende a los principios de producción y validez de la prueba, debe ser estrictamente observado, pero esto no puede conducir a que cuando no obstante su omisión, la prueba ha cumplido los requisitos exigidos, pueda ocasionarse nulidad.

Basta considerar al respecto que las alegaciones de la defensa se han centrado sobre la validez de la prueba referida, ampliamente examinada por las partes y los falladores, sin que pueda deducirse falla alguna.

Además el traslado no fue pretermitido sin existir base para la petición indicada, lo cual por sí sólo bastaría para el rechazo del cargo, por ser completamente infundado.

Anota con razón el Ministerio Público al respecto:

"... No puede pasar por alto la Procuraduría que además de la ausencia de interés para recurrir en casación por este aspecto, se evidencia también carencia de fundamento en las alegaciones. Lo dicho por cuanto recibido el experticio practicado por el Instituto de Medicina Legal que calificó la sustancia analizada como xilocaína (f. 106) el Juez Instructor oficiosamente ordenó la clarificación del mismo, disponiendo oír en declaración a un técnico en narcóticos, y el juzgador ordenó con carácter urgente a Medicina Legal la devolución del sobrante de la muestra, para que fuera sometida a análisis en los laboratorios del DAS..."

Y agrega la Procuraduría que así mismo aparece auto ordenando el traslado, notificado a las partes debidamente, lo cual supone (fl. 229) que no existió irregularidad alguna.

En cuanto al *segundo cargo,* se llega a igual conclusión, pues, la falta de edicto en relación con la sentencia de primera instancia no tiene efecto alguno.

Lo anterior porque el fallo referido fue notificado a todas las partes personalmente, como lo expresa la actora, proponiendo en oportunidad el defensor del acusado el recurso pertinente. En tal forma no se requería edicto destinado precisamente a tal finalidad ya cumplida y consecuentemente de lo mismo no puede desprenderse falla alguna.

Alude la actora a que en esta forma, no se dio conocimiento a terceros de buena fe con derecho a reclamar el vehículo incautado. Sin embargo, debe advertirse que éstos no son partes en sentido estricto y que ninguna petición ni reclamo se presentó sobre la propiedad del automotor citado.

No existe por tanto la nulidad invocada, como también lo estima el concepto fiscal.

Causal primera. Consiste el cargo, como ya se expresó, en que se omitió reconocer el valor del dictamen de Medicina Legal, indispensable en estas infracciones para acreditar la naturaleza de la sustancia para darle valor a otras pruebas.

Esta misma alegación fue propuesta ampliamente en las instancias y debatida sin restricción alguna, llegándose por el Tribunal, previo cuidadoso examen de la realidad probatoria, a la conclusión de encontrarse demostrado el reato.

Aunque en esta clase de infracciones es de gran importancia el dictamen técnico para establecer la naturaleza de la sustancia que se afirma ser estupefaciente, no puede llegarse a las conclusiones adoptadas por la actora para impugnar el fallo, pues existían otras pruebas –no atacadas– para llegar a tal demostración.

En primer término se advierte que en el proceso se estableció a través de las pruebas correspondientes y como ya se anotó, la sustitución de las muestras enviadas para el examen de Medicina Legal. Así se estableció, con las declaraciones de las personas que tomaron y prepararon dichas muestras para su envío, apareciendo por las diferencias advertidas, respecto a lo remitido, el cambio afirmado.

Comprobado lo anterior el dictamen de Medicina Legal, como el posteriomente efectuado por el DAS. sobre la misma base, por solicitud del instructor y para aclarar la situación, no podía tener efecto alguno, como resultado obvio, por no corresponder a la sustancia original incautada en poder del procesado.

Ante esta falta de dictamen el fallador tuvo en cuenta lo manifestado por el acusado, como lo anota la actora y las pruebas iniciales de campo. Y aunque el reactivo empleado podía producir igual resultado con otras sustancias, como xilocaína, como lo expresaron los técnicos interrogados, el fallador para llegar a una conclusión positiva se apoyó en otros elementos de juicio, aparte del dicho del procesado, como fueron las circunstancias mismas de la incautación, el lugar en que se hallaba escondida la sustancia y la falta de identificación de quien se afirmaba la había entregado, pues el procesado no dio explicación cierta al respecto, como se requería.

No tiene incidencia alguna el que la investigación iniciada para establecer responsabilidades en el anómalo cambio referido, no identificara hasta ese momento a alguna persona concretamente. Pues bastaba la comprobación del hecho irregular, como ocurrió, conclusión a la cual llegó el Juez y que reviste plena validez.

El cargo se formula por rechazo del dictamen dicho y la aceptación de otras pruebas para deducir la existencia del estupefaciente. Sin embargo, no puede desconocerse que existían exámenes iniciales con resultado positivo de la sustancia, lo cual reunido a los otros indicios y elementos de juicio que tuvo en cuenta el fallador y que la demandante no desconoce ni impugna, llevó a la conclusión expresada.

Así, aunque en este caso no existió dictamen definitivo, impedido por la sustitución y para desvirtuar el delito, el Juez con base en el examen inicial y las pruebas restantes, dedujo la existencia de la sustancia estupefaciente, sin que se demuestre el error manifiesto alegado. Tampoco impugna la demanda los restantes elementos de juicio tenidos en cuenta por el fallador.

El concepto de la Procuraduría anota defectuosa presentación de la acusación en cuanto se limita al planteamiento anotado, sin crítica probatoria al respecto a los diferentes medios de convicción existentes en el proceso, con solicitud de desechar este cargo.

No se demuestra por tanto la violación indirecta alegada.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario



DERECHO DE DEFENSA - NULIDAD

No toda omisión probatoria vulnera necesariamente el derecho de defensa.

Sentencia Casación. 22 de febrero de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual condenó a Omar Moukarztel Ruidíaz, por el delito de contrabando.

En el mismo sentido se pronuncia la Corte, en providencia del 23 de febrero del mismo año, con ponencia del doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobada: Acta número 09-11-9/88.

Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Se resuelve el recurso extraordinario de Casación Interpuesto por el defensor de Omar Moukarztel Ruidíaz, condenado por el Tribunal Superior de Aduanas, el 2 de octubre de 1984 a la pena de 18 meses de prisión, como responsable por el delito de Contrabando.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 14 de marzo de 1980, autoridades aduaneras retuvieron un camión conducido por Arturo Silva Páez donde se encontró un cargamento de 11.580 *"reguladores"* (se subraya) de corriente para vehículos automotores; tal cargamento se pretendía amparar con un manifiesto de importación referente a 1.000 unidades de *distribuidores* (se subraya) para vehículos con pesos neto de 4.871 kilos.

2. Deben aclararse para su comprensión del caso la diferencia en los términos subrayados que plantea así la aforadora de la Aduana de Santa Marta, Rosalba López (fol. 280). "El *distribuidor* es el que reparte la electricidad a las bujías del motor y el *regulador* es el que controla que el voltaje sea permanente"; un *distribuidor* pesa o

puede pesar libra y media y valer aproximadamente $4.500.00. En cambio un *regulador* puede pesar media libra y valer $1.500.00. La declarante insiste en lo aproximado de sus valoraciones.

En tales circunstancias se abrió la respectiva investigación en la cual se avaluó la mercancía decomisada en $3.081.640 (cuaderno 1 fol. 97). Fue indagado el conductor del vehículo Arturo Silva Páez, quien sostuvo cumplir sólo una labor de transporte. Se estableció que el cargamento era remitido por el agente de Aduanas Omar Moukarztel al importador Hernando Aristizábal Salazar; ambos fueron vinculados al proceso.

Moukarztel el recurrente en casación, manifestó haberse enterado con sorpresa de la retención de la mercancía por no corresponder al manifiesto. Después de algunas vicisitudes procesales, el Juzgado 1° Superior de Aduanas, mediante sentencia de 16 de marzo de 1984 absolvió a todos los procesados.

Tal proveído fue parcialmente revocado en el sentido de condenar al recurrente Omar Moukarztel a la pena acotada en la sentencia referenciada contra la cual se interpuso recurso de casación.

LA DEMANDA

1. El apoderado del único condenado a la postre, Moukarztel, presentó demanda de casación. Después de hacer un extenso "resumen" de los hechos y de la actuación procesal, alega tanto la causal primera, por violación indirecta de la ley procesal, que explaya en cuatro cargos, como la causal cuarta, por haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

Por conocidas razones metódicas el resumen de los puntos de vista del recurrente, se hará comenzando por esta última causal, ya que así mismo el estudio se efectuará en tal orden.

2. *Causal cuarta.* Sostiene la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, al transgredirse el "sagrado derecho de defensa" por no haberse decretado las siguientes pruebas:

Ampliación de indagatoria del conductor Arturo Silva Páez; ampliación del dictamen relacionado con el peso de la mercancía; identificación y recepción de la persona relacionada con un muchacho; determinación de la posible falsedad de la planilla única de Contrasur; inspección judicial para clarificar dónde recogió la mercancía el conductor.

El recurrente sostiene que las pruebas omitidas habrían cambiado la situación del condenado a quien se le habría absuelto.

Causal primera: primer cargo. Haberse violado indirectamente el Código Procesal Penal (arts. 215, 17 y 18) al incurrir en error de hecho "al falsear uno" relacionado con el testimonio del conductor Silva.

Ello en cuanto se infiere según el recurrente que Moukarztel cargó el camión en el Terminal Marítimo. También abarca la interpretación de la indagatoria del procesado.

Segundo cargo. Difiere su enunciación sintética de su demostración. En la primera el cargo sería por otorgar valor probatorio a los documentos de embarque que no indican que Moukarztel hubiese cargado la mercancía.

En cambio para tratar de demostrar este cargo se fundamenta en una transcripción de la sentencia de segunda instancia de qué "introducción se hizo con documentos *falsos*" (se subraya). Se afirma que no hay prueba de tal falsedad lo cual es tan cierto que no se le avocó a juicio, ni se le enjuició, ni se le condenó por falsedad.

Tercer cargo. Haber omitido analizar varias declaraciones.

Cuarto cargo. Violación indirecta de la ley por error de hecho, al desconocerse el principio *"in dubio pro reo"*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE Y DE LA PROCURADURÍA

Premisa metódica. Dada la circunstancia de que la Corte está acorde con los planteamientos de la Procuraduría, se entremezcló en un mismo capítulo.

Sin embargo, los del colaborador fiscal a grosso modo se resumen por esa misma entidad así: "Causal Cuarta, artículo 26 de la C. N., no existe nulidad por no haberse practicado determinadas pruebas, ya que no se demostró fueran esenciales. Causal Primera, violación indirecta de la ley sustancial. No se demostraron los errores de apreciación probatoria por no estimar o no darle el valor que tenían determinadas pruebas".

Causal Cuarta. No basta para configurarse una violación del derecho de defensa, el no haberse decretado o practicado pruebas. Tampoco el afirmar escuetamente que resulta indiscutible que tales pruebas habrían cambiado la situación del recurrente. Es menester que se concrete de manera ostensible, cuál sería el alcance de la omisión en la práctica de todas y cada una de las pruebas omitidas analizadas tanto individualmente, como su conjunto.

Debe pues aparecer clara la trascendencia de las pruebas omitidas en cuanto ellas apunten sobre hechos fundamentales del proceso por tener relación directa con el fallo.

No toda omisión probatoria vulnera necesariamente el derecho de defensa.

La jurisprudencia de esta Corporación, ha precisado reiteradamente los principios que regulan la trascendencia de las omisiones probatorias.

Se parte de la base consagrada, aun en el Derecho Internacional mediante Tratados signados por Colombia de la necesidad de una "investigación integral" en el sentido de averiguar todo lo favorable, como lo desfavorable, de constatar las citas del procesado; en fin de no convertir el derecho de defensa en un enunciado formal, pero tales consideraciones deben enmarcarse dentro del principio legal de la conducencia probatoria.

"Son las pruebas conducentes las que impera practicar y no todas las referencias inanes que haga el procesado, pues en esta forma se desatendería el objetivo primordial de la investigación. De ahí que cuando la nulidad es por omisión de pruebas, se debe

demostrar la inferencia de cada una de éstas en la decisión de la sentencia, pues la nulidad no es algo abstracto" (Casación número 1358 de septiembre 29 de 1987, Magistrado Ponente doctor Martínez Z.).

En otra ocasión aseveró esta Sala: "No basta anotar la ausencia de pruebas oportunamente solicitadas o practicadas defectuosamente, para deducir de allí en forma absoluta el fenómeno de la nulidad supralegal. Es necesario demostrar, de modo objetivo y simple, que ellas tenían el valor de descalificar todos los fundamentos de la sentencia. Y el memorialista, por las transcripciones que se hicieron, omitió relacionar lo que se dejó de diligenciar con lo existente en el proceso y recogido en la sentencia como factor de responsabilidad. Es más, en gracia de discusión, podría admitirse trascendencia de algunos de los puntos probatorios solicitados por el defensor, desatendidos en su práctica por el Juez, y, llegarse incluso a aceptar que tenían mérito suficiente para contrarrestar algunos elementos de incriminación. Pero la conclusión, a este respecto, no alcanzaría a la totalidad del recaudo probatorio estimado en el fallo atacado, pudiendo subsistir su eficacia a expensas de elementos de convicción indemnes al alcance desvirtuador de las mismas (M.P. Gustavo Gómez Velásquez. Agosto 28/80)".

En el caso a estudio, no sólo no surge ostensible tal inferencia sustancial, no lo demostró el demandante, sino que lo que es más, al contrario el Procurador Delegado, en un análisis detenido al cual la Sala se remite, demuestra que ninguna de las pruebas omitidas tiene efecto sustancial en el proceso, su no práctica no es atribuible a negligencia de los funcionarios; su omisión mal puede configurar pues la nulidad impetrada.

El cargo no prospera.

Causal primera: cargo primero. Este cargo está presentado en sus fundamentos fácticos en forma fragmentaria, inspirada tal vez en el esfuerzo de ejercer el derecho de defensa.

Se transcribe fragmentariamente una parte de la sentencia y de ella se deduce que el Tribunal afirmó que el conductor habría sostenido que Moukarztel cargó la mercancía. Eso no dice la sentencia, ya que ella usa la expresión genérica "actos todos" que se refiere a una totalidad de conductas.

El Tribunal hizo razonamientos globales relacionados con el conjunto de actividades cumplidas por el procesado, como nacionalizar la mercancía, como ser la persona que obtuvo su entrega y contrató el transporte y lo pagó. No afirma jamás que el conductor lo hubiese visto cargando la mercancía, lo cual no encaja en las funciones del agente aduanero, ni necesariamente debía estar demostrado para condenar.

No es pues el hecho físico de haber cargado la mercancía, el fundamento de la condena, sino una amplia secuencia probatoria. Así por ejemplo la sentencia recalca la diferencia entre el precio realmente pagado por la mercancía y el inferior que ha debido pagarse, si efectivamente se hubiese transportado lo legalmente importado.

En el mismo acápite se hace referencia a error similar pero ya en cuanto a otra probanza: La indagatoria del procesado; formalmente esta apreciación constituiría un

nuevo cargo que debía presentarse separadamente. Sin embargo, se considerará por razones de amplitud.

Lo afirmado por el indagado coincide con el dicho del conductor; no asevera haber cargado el camión, pero no niega el resto de complejas actividades en el trámite de importación y transporte. Es exagerado afirmar pues, que si hubiese analizado debidamente la indagatoria, se habría absuelto al procesado.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Este cargo también se fundamenta como el anterior, en una transcripción incompleta, fuera de contexto, inocua en sus alcances. Su planteamiento no es congruente con lo que se trata de demostrar.

El recurrente cita un aparte de la providencia donde expresa que se introdujo la mercancía con documentos *falsos* (se subraya). Sobre el uso de esa locución falso, se edifica la argumentación de que la prueba fue tergiversada, pues no hay base alguna para sustentar, existiese documentación falsa. Afírmase así que la condena califica erróneamente de falsos documentos que no lo son.

Es cierto que la providencia recurrida tangencialmente se refiere a documentos *falsos.*

Pero si se analiza la totalidad de ella, se concluye que la locución se empleó en el sentido de no concordar los documentos con la mercancía transportada.

Pero ello no llevó al Tribunal a emprender proceso de subsunción por el delito de falsedad. De ahí que no concluyese en la existencia de una falsedad, sino que entendiese tal falta de correlación como integrante del contrabando.

Es exagerado deducir como lo hace la demanda que con fundamento en tan tangencial vocablo, se hubiese deducido que el cambio fuese atribuible a Moukarztel. Sobre este aspecto son valederas las consideraciones hechas en el cargo anterior y a ellas se remite la Sala.

No fue pues base de la condena un delito de falsedad y la sentencia, no debe olvidarse, se fundamenta en la prueba testimonial y en multitud de indicios.

Tercer cargo. Cierta relación podría encontrarse entre este cargo y el referenciado en el tema de la nulidad, con la variante de que aun cuando ambos tienen fundamento en omisiones probatorias, el de las nulidades se refiere a falta de práctica y éste a carencia de análisis.

Guardadas las proporciones, lo manifestado en relación con la nulidad, sería aplicable en este tópico. Del examen de las pruebas que se dice se omitió analizar, no se demuestra la incidencia para modificar la decisión adoptada. En efecto, el agente de la empresa Contrasur, Luis Enrique Sáenz, se limita a expresar haber recibido documentos de Moukarztel y habérselos entregado al conductor. Este es un hecho aceptado por el condenado.

El que se mencione o no, una de las varias fuentes de su origen, carece de incidencia procesal, ya que no ha sido discutido el hecho en sí. Es un testimonio accidental, no sustancial.

El dicho de Rosalba López, la aforadora, es aclaratorio para la comprensión del caso, pero lo que de allí surge no favorece ni mucho menos, al procesado. El omitir su análisis en la sentencia, habría perjudicado en lugar de favorecer a Moukarztel, pues si se efectúan las operaciones matemáticas con base en tal dicho, se concluiría que el peso y valor amparados por el manifiesto de Aduanas, son inferiores al transportado.

Esto es, que la referencia a esta omisión de análisis es contraproducente y clara muestra de la prudencia con que deben esgrimirse argumentos similares. Si se hubiese analizado la deposición de Rosalba López, el acervo incriminatorio en lugar de debilitarse, se hubiese robustecido.

El dicho del aforador Díaz Levy, indagado y absuelto es una explicación sobre el trámite que la correspondía cumplir. De él no se deduce exoneración alguna de actividad para Moukarztel.

El Gerente de Contrasur, Carlos Arturo Reyes Moreno, no despeja incógnitas, no las plantea, ya que sólo hace referencias generales sobre el modo de pactar y calcular el precio del transporte; no destruye ni mucho menos el indicio existente por este aspecto.

No se comprende la magnificación que se hace de los alcances de que una planilla no ha sido registrada como vendida por la seccional de Bolívar. ¿Significaría ello, que tal planilla fuese *falsa*? Tal conclusión no se compagina con el rechazo categórico al uso de la expresión *falso* que repudia el recurrente.

De la circunstancia de que la planilla no hubiese sido registrada como vendida por la seccional de Bolívar, no se deduce que por ello debería absolverse a Moukarztel. No se demuestra pues el error proveniente de omisión valorativa.

No prospera este cargo.

Cuarto cargo. In dubio pro reo. Este cargo se formula de manera global. Ya no se pretende analizar pruebas específicas, sino se califican etapas de la dinámica delictiva, como carentes de prueba suficiente para condenar.

Las observaciones que se hacen para sustentar este cargo, no confluyen sobre aspectos sustanciales de los hechos. Trátase con este planteamiento de abrir una nueva instancia, una nueva valoración probatoria, conducida por la mentalidad de la defensa.

Tal no es el objeto ni el tema de este recurso. En múltiples ocasiones ha dicho esta entidad:

"La estimación de la Corte en casos de apreciación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba de parte de los tribunales" "(Sentencias, 28 marzo 1946, LX, 267; 17 junio 1952, LXXII, 622; 18 julio 1952, LXXII, 704; 10 febrero 1953, LXXIV, 211; 17 marzo 1953, LXXIV, 458; 16 junio 1953, LXXV, 445; 11 agosto 1953, LXXVI, 133; 16 octubre 1953, LXXVI, 680; 18 junio 1954, LXXVII, 911; 21 abril 1955, LXXX, 139;

25 noviembre 1955; LXXXI, 845; 21 mayo 1956, LXXXII, 650; 7 julio 1966, CXVII, 352; 7 noviembre 1966, CXVIII bis, 69; 17 noviembre 1966, CXVIII bis, 86; 24 noviembre 1966, CXVIII bis, 96; 7 marzo 1969, CXXIX, 219; 26 septiembre 1969, CXXXI, 370; 25 febrero 1970, CXXXIII, 198).".

Y en otras se ha sostenido:

"Tratándose de la causal 1ª, pretender oponer el impugnador su propio criterio estimativo al criterio de los jueces, no conduce a evidenciar el error o la indebida apreciación de los hechos" "(Sentencias, 26 septiembre de 1966, CXVII, 568; 2 noviembre 1966, CXVIII bis, 43; 4 noviembre 1966, ídem, 58; 24 noviembre 1966, ídem, 104; 28 febrero 1969, CXXIX, 195; 28 marzo 1966, ídem, 265).".

El cargo no prospera.

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 impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

ACTA

La época aconseja la adopción de sistemas preescriturales para abreviar tiempo en su redacción, que no en su efectiva ejecución.

Sentencia Casación. 23 de febrero de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Rafael Ernesto Delgado y Pedro Antonio Cely Munar, por el delito de hurto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada acta número 12.

Bogotá, D. E., febrero veintitrés de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Rafael Ernesto Delgado y Pedro Antonio Cely Munar, fueron condenados, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (abril 10/87), a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, como coautores del delito de hurto calificado y agravado.

Se conoce de la casación interpuesta y sustentada a nombre de Delgado (julio 8 y abril 10/87), puesto que la suscrita en favor de Cely Munar se declaró extemporánea, en la última de las decisiones mencionadas.

Sobre los *hechos* y la *actuación procesal* se acude a lo anotado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"... En horas de la tarde del 13 de enero de 1982, cuatro sujetos exhibiendo armas de fuego redujeron a la impotencia al celador de la residencia del agente Consular del Canadá en esta ciudad, ubicada en la transversal 27 número 123-59, para luego penetrar a la misma, intimidar a la señora Lyse Choiniere, y proceder a sustraer toda clase de electrodomésticos, porcelanas, joyas, etc., por valor justipreciado en 3 millones y medio de pesos, que llevaron en el propio vehículo de la familia Consular; un Mercedes Benz de color amarillo.

"ACTUACIÓN PROCESAL

"La señora Lyse Choiniere aparece formulando la correspondiente denuncia, en idioma castellano y sin intérprete, relatando los hechos anteriormente sintetizados, anotando que tuvo oportunidad de ver de cerca a los asaltantes y suministrando el nombre del celador, como también de la empleada del servicio doméstico.

"El acta respectiva carece de la firma del funcionario de Policía Judicial que recibió la noticia *criminis*.

"Montando el pertinente operativo por parte de la Policía Judicia (F-2), con resultados positivos, logróse establecer que los autores del punible formaban parte de la tenebrosa banda de los "Norteños" y que dos de ellos son precisamente los procesados Rafael Ernesto Delgado y Pedro Antonio Cely Munar, quienes fueron reconocidos durante la indagación preliminar, por parte de la señora Lyse Choiniere, tanto fotográficamente como en fila de personas, como los mismos sujetos que asaltaron su residencia, individuos que registran anterior condena por ilícito de la misma naturaleza cometido en similares circunstancias.

"Las pesquisas condujeron a los sabuesos a la casa de habitación de una hermana de Cely Munar, donde hallaron diversos objetos y electrodomésticos de dudoso origen, procediendo a su incautación, para luego ser reconocidos algunos de ellos por la señora Choiniere como parte del botín del punible consumado en su residencia. Igualmente, los pesquisadores lograron descubrir que el señor Angel Emiliano Páez había arrendado un garaje a Rafael Ernesto Delgado, quien llevó allí un Mercedes Benz de las mismas características del sustraído de la residencia Consular. Así lo declararon Emiliano Páez y su hijo Oswaldo, quienes señalaron a Delgado en diligencia de reconocimiento en fila de personas.

"Cabe destacar que al ampliar la denuncia la señora Choiniere ante el instructor, éste procedió a designar como intérprete al señor Vítor Gabriel Salguero, quien la interrogó en inglés, ante las dificultades que ofreció para el uso de la lengua castellana. No se dejó constancia alguna sobre la razón de la escogencia del señor Salguero, quien juró cumplir bien y fielmente sus deberes, y según el interrogatorio, la denunciante se limitó a ratificar lo dicho en su denuncia y todo lo referente a los reconocimientos.

"Igualmente se observa que en los reconocimientos la señora Choiniere actuó sin intérprete, y que el investigador designó como apoderado de oficio de Rafael Ernesto Delgado al Teniente Rafael Galán.

"Los precitados incriminados fueron oídos en indagatoria, negando sistemáticamente su participación en la comisión del punible investigado.

"Concluido el ciclo investigativo y calificado el mérito sumarial, dichos procesados fueron enjuiciados por el punible de marras; y tramitada en legal forma la causa, concluyó el juzgamiento con los fallos condenatorios referidos...".

LA DEMANDA:

Sobre la base de la causal primera, cuerpo segundo, del art. 580 del C. de P.P., se dice que la violación indirecta de la ley sustancial se concreta en la aplicación indebida que se hiciera de los artículos 350, 351 y 372 del C. P., debido a error de derecho manifiesto por falso juicio de legalidad.

Y la violación se evidencia en "el incumplimiento de los presupuestos mínimos en la aducción –sic– de la prueba, es decir le fue otorgado mérito sin que reuniera los requisitos exigidos por la norma que establece su rito (falso juicio de legalidad) y éstos, en último, fueron los elementos de convicción determinantes en la producción de la sentencia de condena".

Partiendo de este presupuesto y recordando el texto de los artículos 14, 151 y 279 del C. de P. P., se afirma que al recepcionarse la declaración de fs. 90, el instructor, al advertir las dificultades de la testimoniante para darse a entender en castellano, le designó como intérprete al señor Vítor Salguero Chacón. Pero nada se sabe "sobre la idoneidad del intérprete" –art. 280 C. P. P.–, ni tampoco "sobre la razón para que el señor Salguero hubiese sido designado intérprete" como "tampoco existiera certeza sobre el contenido de la traducción, si realmente ella dijo eso o más bien fue el señor Salguero quien ofreció respuestas personales a nombre de ella, pues no debe pasarse inadvertida la circunstancia de que este 'intérprete' estuvo en la casa cuando llegaron los efectivos del F-2".

Estas circunstancias, como también la falta de firma del jefe de la Unidad Operativa del Norte de la Policía Judicial, hacen inadmisible tal testimonio y, sin embargo, fue estimado en el sentido de haber reconocido la declarante a los procesados como los autores del ilícito perpretado en su residencia. También se omitió dar cumplimiento al 245, pues Lise o Loise Marie-Monique Choiniere "hace parte de la familia del Agente Consular del Canadá en la ciudad de Bogotá".

Citándose el contenido del art. 303 *ibidem*, se anota que "no hubo informe bajo la gravedad del juramento, no hubo identificación plena de acuerdo con los procedimientos internos de Policía Judicial y enviadas las diligencias al instructor no verificó la certificación de que habla la norma. Ahora, si como indicio no se ha especificado su valor probatorio, sucede que en el evento *sub lite* se apreció una diligencia inexistente con carácter de prueba y en ello radica otro de los errores manifiestos por parte de los sentenciadores de instancia. No significa lo anterior que me esté adentrando en la valoración o juicio de convicción hecho por el juez, ratificado por el Tribunal, tan solo parto de que se valoró un medio inexistente no por falta de un requisito intracendente, sino porque en su aducción –sic– hubo desconocimiento de la totalidad de los presupuestos de forma en aras a que pudiera ser valorado".

Se desechan los reconocimientos fotográficos y en fila de personas, pues su inexistencia se deduce del quebranto del art. 289-II tanto por su contenido como porque faltó el intérprete, y, además, por haberse extendido el acta correspondiente en "formatos preelaborados".

Estas argumentaciones en parte se aplican a los reconocimientos de Angel Emiliano Páez y Edgar Oswaldo Páez –fs. 16 y 17– pues de ellos dan cuentas unas

actas proforma, no se antecedió la actuación del interrogatorio previo –art. 407 *ibidem*– y. el procesado fue asistido por "un teniente de los propios organismos investigativos".

Y se concluye indicando que "El sentenciador de segunda instancia recabó sobre las diligencias en que tuvo participación la señora Choiniere; apreció también el informe del Jefe del Grupo Contraatracos de la Dipec; estimó las diligencias de reconocimiento recepcionadas en el F-2 y con base esencialmente en estos elementos de juicio, dedujo la responsabilidad del procesado y adecuó su conducta conforme a las previsiones de los artículos 349, 350, 351 y 372 del C. P. De ahí el porqué sobre un falso juicio hecho con relación a la legalidad de estas pruebas, violó indirectamente las normas sustanciales al aplicarlas de manera indebida".

"Como atrás se dejó sentado toda prueba debe recogerse observando el principio de legalidad, sin embargo, en lo que atañe al recaudo de la prueba en la investigación preliminar, se discute que durante esta etapa no hay controversia probatoria; no existe publicidad, pero ello no impide que deban respetarse las formalidades procesales y las garantías legales y constitucionales so pena de inexistencia de tales medios probatorios; aceptar otros procedimientos, sería abandonar el estado de derecho, la juridicidad y entregar la función jurisdiccional a la Policía Judicial. Han sido tan numerosos y peligrosos, tan extralimitados y soberbios los procedimientos actuales de la Policía Judicial que hoy por hoy, sus diligencias, nacidas de una atribución de orden legal, son recibidas con beneficio de inventario, pues lo que se discute no es la diligencia en sí, sino el valor de ésta como medio probatorio. No debe desconocerse que la nueva legislación procesal, atendiendo los sentidos reparos a las diligencias practicadas por Policía Judicial en la etapa preliminar, obliga la dirección de Juez en esta oportunidad procesal".

Como normas sustantivas y procedimentales quebrantadas se citan los arts. 349, 350, 351 y 372 del primer estatuto, y, 14, 151, 162, 215, 245, 279, 280, 289, 303 y 407, del segundo.

Motivaciones de la Sala y análisis de la delegada

Acompaña toda razón al Procurador 1° delegado en lo penal, cuando recuerda el repudio que le merece a la Corte la declaratoria de inexistencia de actos de investigación sobre la base de secundarias irregularidades, con descuido de aspectos de esencia que confirman la bondad del contenido de la diligencia así cumplida y del contexto acusador que se presenta contra un determinado procesado. El proceso sometido a estudio bien puede enmarcarse dentro de los casos que la Sala ha considerado para enunciar una crítica como la que se deja anotada.

Para la delegada la ausencia de la firma del funcionario que recibió la denuncia resulta intrascendente porque "el principio de la oficiosidad coloca en segundo plano la denuncia" y la "libertad de prueba, y la ratificación plasmada en la diligencia de ampliación, subsana plena y perfectamente el vicio, puesto que virtualmente lo dicho en la denuncia quedó incorporado en el testimonio-ampliación", que obra a fs. 90-91.

Agregaría la Sala un punto de mayor importancia y es el advertir que la omisión indicada tuvo un remedio más inmediato y total, pues a fs. 5, figura la comunicación que tal funcionario (Carlos Julio Vargas Zambrano, Jefe del Turno A de la Policía Judicial, Unidad del Norte), dirige al Juez de Instrucción Criminal (r), en la cual reconoce haber recibido tal denuncia.

La ausencia de intérprete, en dicha primera diligencia, y su intervención en la segunda, por "dificultad (en la Choiniere) para expresarse en idioma castellano", no impone la desestimación de estas diligencias. En este aparte se sobrevaloran situaciones que no tienen la entidad y efecto que se pretende asignarles. Lo que podía decirse de entrada es que si en una de las diligencias falta el intérprete, en la otra, que purga el defecto, la validez es absoluta, de donde esta última, que recoge todo lo dicho en la actuación inicial, traduce mérito.

Pero algo más, el M. Público recalca muy bien que la denunciante no carecía de aptitudes para hacerse entender en castellano y buena prueba de ello es la serie de datos que suministró y que quien le recepcionó su dicho ignoraba, llegándolos a conocer, entonces, por la correcta información de la señora Choiniere.

A esto hay que agregar que la intimidación (directa o indirecta) ejercida sobre la declarante para cuando se trató de ampliarle su testificación, aumentó artificiosamente sus apuros idiomáticos puesto que lo que pretendía era "rehusarse", por el señalado motivo, a rendir declaración. De ahí también la parquedad de su relato y la remisión a lo que en un principio había aseverado espontáneamente. Esta es una apreciación que fluye de la situación en que se colocó la testigo y que debe estimarse para aceptar integralmente sus primeras manifestaciones y reconocimientos, constitutivos de un gravamen acusatorio de imprescindible y notoria importancia.

Lo glosado sirve también para desechar la observación dirigida a colocar en entredicho la idoneidad del intérprete, pues lo cierto es que el funcionario le juzgó apto y no aparece motivo valedero para entender que no sabía el idioma que le llevaba al ejercicio de esta función, o que incumplió sus deberes de tal.

La Delegada, de otro lado, acierta cuando destaca que, según el art. 338 del C. de P. P., "la designación de peritos o intérpretes oficiales es preferencial, pero no impide legalmente en urgentes actuaciones, como los reconocimientos en fila de personas o recepción de la denuncia, etc., recurrir a expertos oficiales". Como tampoco es censura admisible que la persona escogida como intérprete, sirviera en la dependencia investigadora, punto este que debe tenerse en cuenta cuando se trata más que todo de la transmisión del pensamiento del procesado.

Conviene transcribir los siguientes pasajes de la opinión de la Procuraduría sobre algunos otros reparos del demandante, en los cuales la Delegada atina notablemente en la mayoría de sus calificaciones:

"En cuanto a la prerrogativa de la certificación jurada, vale decir que cuando su titular comparece voluntariamente a un despacho judicial, tácitamente renuncia a ella.

"El informe de Policía Judicial fue ratificado bajo la gravedad del juramento por el teniente Carlos Alberto Cañón Moreno, al rendir declaración ante el instructor, y

en él se cita por sus nombres y cargos a las unidades que participaron en el operativo. La atestación jurada vale más que la simple certificación. Luego, se cumplieron todas las formalidades legales.

"Parece que en verdad no hubo descripción previa del procesado Delgado, por parte de los señores Angel Emiliano Páez y Edgar Oswaldo Páez, formalidad ésta cuya ausencia degeneraría en inexistencia del acto de reconocimiento en fila de personas, en estricto derecho. Empero, ello tan solo daría lugar a la desaparición del indicio relativo a la tenencia del Mercedes Benz que fue sustraído de la residencia Consular, pero de ninguna manera podría afectar las demás pruebas que comprometen seriamente la responsabilidad de Delgado: el señalamiento-testimonio fidedigno de la señora Choiniere y el gravísimo indicio de capacidad moral para delinquir que se desprende del antecedente penal que registra el incriminado de la referencia.

"Dada la urgencia que conlleva la práctica de la diligencia de reconocimiento del indiciado, se puede designar como su apoderado de oficio a cualquier 'persona honorable', tal como lo pregona el artículo 407 del C. de P. P., y es apenas natural que se presuma la honorabilidad del teniente Rafael Galán, siendo también una simple apreciación personal la afirmación infundada del libelista en el sentido de que se puso en tela de juicio la sinceridad en la defensa del procesado. Desde luego que no deja de ser una irregularidad, pero intrascendente por la fugacidad de actuación, la designación de un empleado oficial como defensor, ya que debe recurrirse siempre a particulares. Quizá la misma urgencia en la práctica de la diligencia determinó ello...".

La Sala agrega:

No interesa reparar en que la diligencia realizada (reconocimiento en fila de personas o fotografías, avalúos, inspecciones judiciales etc.)., se documenta en papeles preelaborados, impresos, mimeografiados, fotocopiados. Importa sí la satisfacción de los requerimientos legales allí indicados. Lo previsto mecánicamente es la exigencia normativa que el funcionario debe atender y dejar constancia de su cumplimiento. Esto ocurre, o deja de realizarse, tanto en una como en otra actuación. Pero mientras exista como diligencia pública y salvo una prueba eficiente en contrario, debe aceptarse como verídico su contenido. La época incluso aconseja la adopción de estos sistemas prescriturales para abreviar tiempo en su redacción, que no en su efectiva ejecución, y ante la facilidad de los medios modernos de impresión, control, valoración, archivo (informática) y el abundante recargo de trabajo que se observa en las oficinas públicas que tienen que ver con la administración de justicia.

De lo atinente a la descripción previa, ha dicho la Corte que es conveniente cuando el testigo no la ha suministrado en actuación pasada o se quiere verificar su conservación o ampliar estas referencias; pero la cuestión no deja de ser secundaria. En el caso sub examine la denunciante dio cuenta de algunas características generales de los autores del ilícito –fs.7– fuera de señalar las posibilidades para retener sus fisonomías, rasgos coincidentes con los reconocidos en las comentadas diligencias –fs. 18, 19–.

La demanda ha dejado por fuera, y esto por sí constituiría presupuesto de condena adecuado, la realidad de los antecedentes criminales, en ilícitos de similar

desarrollo, del sentenciado –fs. 212 a 254–; la afirmación contenida en el informe de fs. 24, y más concreta a fs. 22 ("... En –sic– para la captura de Manuel González Fonseca, fue a raíz del intenso interrogatorio efectuado a Rafael Ernesto Delgado, quien manifestó que los que hacían parte de la banda eran..."), punto éste y el anterior destacado en el auto de proceder –fs. 407–; la relación existente entre Cely Munar, González Fonseca y Delgado, advirtiéndose que en casa ocupada o visitada por el primero se hallaron numerosos objetos de ilícita procedencia, entre ellos varios de la ofendida –fs. 20–; y también, el alquiler del garaje al señor Emiliano Páez Castelblanco, por parte de Delgado y Cely, en donde, al igual que en otras partes, guardaron varios vehículos, entre ellos el sustraído de la casa de la señora Choiniere –fs. 3, 16, 17– que por sus condiciones personales no podían tenerse como de origen legítimo sino como producto de actividad criminal. El auto de proceder, que es pieza integrante de la sentencia, así también lo determina –fs. 409–. Por demás está decir que las indicaciones precedentes, dan lugar a que la Sala estime, contra el parecer de la Delegada, que los reconocimientos de fs. 16 y 17, son igualmente válidos.

Las censuras no prosperan.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Guillermo Dávila Muñoz, Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Didimo Páez Velandia, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

INDAGATORIA - DERECHO DE DEFENSA

Es evidente, que la indagatoria, es la primera y más importante oportunidad que tiene el sindicado para ejercitar su defensa y que se vulnera con la omisión de las diferentes ampliaciones, cuando éstas sean de tal fuerza conclusiva, que de haberse practicado habrían modificado sustancialmente la sentencia.

Sentencia Casación. 23 de febrero de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Roberto Antonio Rodríguez Martínez, por el delito de homicidio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada: Acta número 012.

Bogotá, D. E., febrero veintitrés de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Roberto Antonio Rodríguez Martínez y su defensor, contra la sentencia de treinta y uno de marzo del pasado año, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado Trece Superior de esta ciudad, condenándolo a la pena principal de once (11) años de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona del doctor Gabriel Donado Ternera.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los que dieron origen a la formación del proceso aparecen fielmente reseñados por el Juzgado del conocimiento de la siguiente manera:

"Cuentan los autos, que el día veinte de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, a eso de las siete y media de la noche en la Avenida Boyacá frente al inmueble ubicado en el número 60A-36 de esta ciudad, se presentó una colisión entre la buseta

de placas SA-7137 afiliada a la empresa 'Conalmicros S.A.' y el automóvil Mercedes Bens (sic) de placas L K-0589, conducidos por Roberto Antonio Rodríguez Martínez y Gabriel Donado Ternera, entre quienes se presentó una discusión, en la cual intervinieron igualmente los señores Luis Vicente Rincón Zarta y Juan de la Cruz Castellanos, quienes acompañaban a los dos primeros".

"Posteriormente el sindicado Rodríguez Martínez embistió con la buseta al vehículo Mercedes Bens (sic), atropellando a Gabriel Donado Ternera, quien se encontraba escudándose detrás de éste; acontecido lo anterior, nuevamente el precitado implicado Rodríguez Martínez atropelló con la referida buseta al doctor Donado Ternera quien ya se hallaba en el piso, causándole graves lesiones que posteriormente determinaron su fallecimiento. Dentro de este mismo suceso, el acriminado Rodríguez Martínez le causó lesiones al señor Juan de la Cruz Castellanos la cual (sic) le ameritaron una incapacidad provisional de ocho (8) días".

Capturado el sindicado, cuando huía conduciendo la buseta, fue sometido a indagatoria, oportunidad en la que manifestó no recordar nada de lo ocurrido por encontrarse dormido en uno de los asientos del vehículo a consecuencia del licor ingerido horas antes en una cancha de tejo en compañía de Antonio Riaño y Vicente Rincón. Explicó que estando en ese estado le sustrajeron las llaves del bolsillo, desconociendo a la persona que maniobró la buseta ocasionando la colisión con el automóvil, agregando finalmente que dicho sujeto era un muchacho llamado "Luber", persona para él desconocida (fls. 30 y ss. del C.P.).

Sin embargo, Juan de la Cruz Castellanos Cortés, quien acompañaba al occiso en el carro Mercedes Benz y resultó lesionado en la cara a consecuencia de un golpe propinado por uno de los ocupantes de la buseta y los esposos Pedro Juan Panqueva Mogollón y María Hilda Avendaño de Mogollón, quienes persiguieron en su vehículo particular al conductor que huía solicitando la intervención de una patrulla de tránsito con el objeto de que fuera capturado, señalan inequívocamente al procesado Rodríguez Martínez como el único responsable de los hechos investigados.

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Trece Superior de Bogotá llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, a Roberto Antonio Rodríguez Martínez por los delitos de homicidio agravado y lesiones personales en las circunstancias de los artículos 324-7 y 332 del C. Penal vigente, y sobreseyó definitivamente en favor de Luis Vicente Rincón Zarta (fls. 432 y ss. *ibidem),* pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá en cuanto al llamamiento a juicio, cambiando la circunstancia específica de agravación punitiva deducida, revocado respecto al sobreseimiento definitivo consultado, por uno de carácter temporal y adicionado en el sentido de compulsar, copias a fin de investigar la conducta del sujeto conocido como "Luber", como lo ordena el inciso 2° del art. 482 del anterior C. de P.P. (fls. 33 y ss. del C. de T. S.).

Abierto el juicio a pruebas, solicitó el procesado ampliación de indagatoria "para probar la realidad de los hechos acontecidos". Su defensor y el representante de la parte civil pidieron la reconstrucción de los hechos y la práctica de careos, peticiones todas denegadas por el Juzgado Superior con fundamento en el art. 501 *ibidem,* en razón a que los peticionarios no indicaron clara y precisamente lo que se proponían

acreditar con cada una de las pruebas reclamadas, ordenando de oficio la práctica de una inspección judicial con reconstrucción de los hechos, por estimarla conducente y necesaria al esclarecimiento de los mismos (fls. 486 a 493 *ibidem).*

Tiempo después, Rodríguez Martínez pidió nuevamente ser oído en ampliación de indagatoria, "con el único fin de aclarar al despacho que el suscrito no es el autor del delito que se investiga, manifestar quién es el culpable y dónde se encuentra", solicitud negada por el Juzgado por haber sido presentada fuera de término (fl. 505 *ibidem).*

Concluida la audiencia pública, el jurado afirmó la culpabilidad del acusado en el delito de homicidio descartando la circunstancia de agravación punitiva deducida en su contra y consistente en haber procedido por "motivo abyecto o fútil" (art. 324 - 4° *in finem)* y negó su responsabilidad en el delito de lesiones personales, veredicción acogida por el Juzgado Superior y tenida como soporte de la sentencia que lo condenó a once años de prisión, fallo consultado con el Tribunal Superior y por éste confirmado sin ninguna modificación, mediante el que es objeto del recurso de casación.

LA DEMANDA:

Acogiéndose el demandante a la causal cuarta de casación del anterior Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad constitucional, formulando los cargos, a saber:

Primero: Desconocimiento del derecho de defensa del procesado por habérsele negado en dos oportunidades, durante la etapa probatoria del juicio, la posibilidad de ampliar la indagatoria con el propósito de demostrar la realidad de los hechos informando a la justicia cuál era el verdadero autor del delito y dónde se encontraba, negativa ésta fundada en el equívoco de exigirle a sus peticiones del requisito de la conducencia de los hechos que se proponía demostrar y su relación con los que eran materia de debate (art. 501 del C. de P. P. vigente), cuando por tratarse de un medio de defensa que asiste a todo sindicado para solicitar en cualquier estado del proceso cuantas ampliaciones de indagatorias crea necesarias, surgía para el juez la obligación de recibirlas en el menor tiempo posible.

Segundo. Violación de las formas del debido proceso y consecuente quebranto del derecho de defensa por habérsele deducido al procesado circunstancias genéricas o comunes de agravación punitiva para incrementarle la pena impuesta en la sentencia, a pesar de no haber sido relacionadas "específicamente en el vocatorio a juicio".

Aduce el censor, que se ha tomado como práctica omitir en el pliego de cargos toda referencia a tales circunstancias para ser apreciadas en la sentencia incrementando la pena impuesta al condenado "con fundamento en hechos que ya no puede devatir (sic) ni desvirtuar".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de examinar los cargos formulados concluye solicitando no casar la sentencia por estimar que no se quebrantó el derecho de defensa ni se pretermitieron formalidades del debido proceso.

En cuanto al primero de ellos, afirma que la negativa del Juez a oír en ampliación de indagatoria al procesado se fundamentó en razones legales por cuanto las solicitudes hechas en tal sentido, no cumplían las exigencias del art. 501 del C. de P.P. vigente para la época del juzgamiento, atinentes a la clara y precisa indicación de los hechos que el peticionario se proponía acreditar y su conducencia y relación con los que eran materia del debate y que la segunda de tales solicitudes fue rechazada por extemporánea.

Agrega, que la práctica de tal diligencia, resultaba inútil a los propios intereses de la defensa por aparecer comprobado en autos la autoría del hecho punible en cabeza del sindicado Rodríguez Martínez y que éste "gozó de la ocasión procesal de hacer valer las inquietudes que lo impulsaron a formular las dos fallidas ampliaciones de indagatoria: la audiencia pública, acto procesal en que pública y directamente tanto al juez de derecho como a los jueces de hecho el acusado pudo exponer sus palabras defensivas. Qué mejor auditorio y qué mejor oportunidad podría esperar. Sin embargo, para sorpresa, ni en las dos veces en que hizo uso del derecho de intervenir verbalmente en dicha vista pública (568-592) ni durante la inspección judicial al lugar de los hechos, con reconstrucción de ellos que se practicó durante el transcurso del acto de juzgamiento con la presencia del Juri (579), en ninguno de tales actos –se repite nada nuevo agregó el procesado a lo ya expuesto– en su injurada (30), como tampoco lo hizo su defensor".

Respecto al segundo reproche hecho a la sentencia, opina que no se violaron las formas del debido proceso por cuanto la apreciación y calificación de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva que el anterior Estatuto Represor denominaba de mayor o menor peligrosidad, corresponde al Juez de derecho en la sentencia y no en el auto de proceder, como fluye del claro texto de los artículos 483-3, 533 y 534, entonces vigentes, pues tales circunstancias aluden a la personalidad del agente y no a los elementos constitutivos o modificatorios de la infracción.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Primer cargo: *Es evidente, que la indagatoria, considerada ante todo como un medio de defensa, es la primera y más importante oportunidad que tiene el sindicado para ejercitar ese derecho, pues a través de ella va a ser enterado de la imputación que se le hace a fin de que conociéndola, rinda sin ninguna limitación, las explicaciones que considere pertinentes y solicite la práctica de pruebas conducentes a la comprobación de sus manifestaciones pudiendo reclamar, dentro de la etapa investigativa, ante el funcionario instructor o juez de la causa, cuantas ampliaciones considere necesarias (art. 395 del anterior C. de P.P., hoy 383 del Estatuto vigente.*

La negativa o limitación de dicha prerrogativa puede afectar en grado sumo el derecho de defensa viciando de nulidad la actuación por quebranto de esta específica garantía procesal consagrada en el art. 26 de la Constitución Nacional.

Pero, habiendo cobrado firmeza el auto enjuiciatorio dictado en esta causa mediante resolución en la que fueron examinadas las explicaciones del procesado confrontándolas con los elementos de convicción aducidos al sumario para llegar a conclusiones seguras sobre la materialidad del delito y su culpabilidad como autor del mismo, haciéndose una precisa y concreta formulación de cargos en su contra delimitándose de tal modo el ámbito entre acusación y defensa, el debate probatorio se circunscribía exclusivamente de ahí en adelante, a los hechos tenidos como probados.

Por dichas razones, la prosperidad de la solicitud de pruebas dentro del juicio se encuentra condicionada a la clara y precisa indicación de lo que el peticionario se propone acreditar con cada una de ellas, así como su conducencia por la relación que tengan con los hechos que son materia del debate, según las voces del art. 501 del anterior C. de P. P., hoy art. 491 del Estatuto vigente.

Como quiera que las peticiones del enjuiciado para ser escuchado en ampliación de indagatoria, no se ajustaron a las mencionadas exigencias legales y tan irregulares pedimentos no fueron corregidos o enmendados por su defensor, pudiendo hacerlo, colígese que la negativa del juez es conforme a derecho.

Sin embargo, argumenta el censor que ese proceder del juzgador vulneró ostensiblemente el derecho de defensa de su patrocinado porque se le privó de la oportunidad de contribuir al esclarecimiento de los hechos denunciando al verdadero responsable del delito, pero, pasa por alto que Rodríguez Martínez al momento de rendir indagatoria manifestó no darse cuenta de lo sucedido por encontrarse dormido por los efectos del alcohol ingerido en compañía de sus amigos Riaño y Rincón, ninguno de los cuales sabía conducir vehículos automotores según sus propias palabras, tratando de descargar la culpabilidad del hecho en el sujeto conocido como "Luber", cuya presencia en el lugar nadie supo explicar y respecto de quien se ordenó por el Tribunal Superior compulsar copias para continuar la investigación como lo ordenaba el inciso final del art. 482 del C. de P.P., versión categóricamente infirmada por el acompañante del occiso y el matrimonio Panqueva Avendaño, que lo señalan inequívocamente como el único autor de los ilícitos imputados.

Olvida además, que la diligencia reclamada en nada contribuía a esclarecer los hechos investigados, de suyo suficientemente esclarecidos, ni a cambiar la ilógica y contradictoria posición asumida por su representado. Su práctica resultaba inútil, como advierte el Procurador Delegado, y en cierto modo impertinente a los propósitos de la defensa porque su participación en el delito, por él negada, aparecía comprobada a través de variados y reales medios probatorios objetiva y razonablemente valorados por los juzgadores de instancia en el auto procesatorio.

No demuestra el actor de qué manera la diligencia notada de menos pudo afectar los intereses del procesado, pues no basta con suponer que de haberse producido habría cambiado favorablemente su situación jurídica. Es necesario, que las pruebas o diligencias omitidas o denegadas injustamente sean de tal fuerza conclusiva que de haberse practicado forzosamente habrían modificado sustancialmente la sentencia de condena.

La Corte no puede inclinarse por la nulidad que es la máxima sanción procesal y un mecanismo de control para restablecer la intangibilidad de las normas instrumen-

tales que gobiernan el debido proceso y garantizan el pleno ejercicio del derecho de defensa, sobre la base de meras apreciaciones personales, sino ante serios y ponderados elementos de juicio que demuestran el vicio denunciado y su incidencia definitiva en la sentencia impugnada.

A más de lo dicho, es preciso recordar, como lo hace la Procuraduría, que a pesar de habérsele negado al procesado recurrente la posibilidad de ampliar su indagatoria, éste tuvo oportunidad de rendir las explicaciones y adiciones que a bien tuviera al momento de ser interrogado por el juez en audiencia pública sobre los hechos materia del debate y en desarrollo de la diligencia de inspección judicial y reconstrucción de los hechos y no lo hizo para sorpresa de todos y que, el defensor durante el plenario nada manifestó sobre el particular orientando su defensa a un cuestionamiento crítico de las pruebas de cargo.

Conclúyese entonces, que en ninguna forma fue vulnerado, desconocido o limitado el derecho de defensa del procesado y por el contrario, éste gozó a plenitud de todas las prerrogativas legales inherentes a su defensa, por lo que el cargo formulado resulta infundado.

No prospera la impugnación.

Segundo cargo: No constituye nulidad de jerarquía constitucional por inobservancia de las formas del debido proceso, la omisión en el auto de proceder y el cuestionario, en procesos que se ventilan con intervención del jurado de conciencia, de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva, anteriormente llamadas de mayor o menor peligrosidad, porque por imperativo legal (arts, 483-3° y 534 del C. de P. P., vigentes para la época del juzgamiento), su inclusión en estos actos trascendentales del juzgamiento no era obligatoria para el juez de derecho, quien sólo podía y puede apreciarlas y calificarlas en la sentencia de condena para efectos de dosificar la pena imponible, dentro de los límites mínimo y máximo establecidos en la norma sustancial infringida.

Los criterios o pautas para fijar la pena, previstos en el art. 61 del Código Penal son de la incumbencia de los jueces de derecho no pudiendo el jurado resolver sobre la gravedad y modalidades del hecho punible, ni sobre la personalidad del agente como tampoco, sobre las circunstancias genéricas de agravación y atenuación punitiva, cuando no sean éstas modificadoras o elementos constitutivos del delito, razón de más para pensar que su falta de apreciación en el auto enjuiciatorio en nada afecta el debido proceso ni desconoce el derecho de defensa del procesado.

Pero además, cabe destacar que el incremento punitivo deducido al acusado se hizo, no en consideración a las taxativas circunstancias de agravación punitiva contempladas en el art. 66 del Código Penal, ninguna de las cuales fue apreciada como tal en la sentencia, sino a la gravedad del hecho punible, las circunstancias modales de su ejecución y la personalidad del agente deducible de los antecedentes penales que militan en su contra, factores éstos también determinantes de la tasación de la sanción, que emergen de las pruebas practicadas y no podían pasar desapercibidos o ignorados por la defensa.

No prospera el reproche formulado.

La cédula de ciudadanía del occiso (fl. 77 del expediente) debe ser desglosada de autos, con destino a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida a nombre del procesado Roberto Antonio Rodríguez Martínez, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

1° JUSTICIA PENAL MILITAR

En el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales no se señala el grado probatorio para dictar la resolución de convocatoria ni para formular los cuestionarios.

2° DERECHO DISCIPLINARIO
– PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

El servidor público que comete un hecho constitutivo a la vez de delito y falta disciplinaria, afecta un bien jurídico más que el simple particular, imponiéndose entonces su "doble" juzgamiento, sin que ello entrañe desconocimiento del mencionado principio.

Sentencia Casación. 23 de febrero de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al teniente del Ejército Nacional (r) Humberto Antonio Calderón Gómez, por los delitos de cobardía y desobediencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 12.

Bogotá, D. E., veintitrés de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el procesado teniente del Ejército Nacional (r) Humberto Antonio Calderón Gómez y su defensor, contra la sentencia de 2 de junio de 1987, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar, al confirmar la del Comando de la Sexta Brigada, lo condenó a la pena principal de 5 años y 6 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por los delitos de cobardía y desobediencia.

ANTECEDENTES.

1° Los hechos materia del proceso los resume así la Delegada:

"En desarrollo de la orden de operaciones número 064 del 28 de julio de 1985, el Comandante del Batallón Caycedo, con sede en Chaparral, ordenó –verbalmente, por radio– al teniente Humberto Calderón Gómez (Comandante de la Compañía de Contraguerrillas 'Girasol', compuesta por dicho oficial, diez suboficiales, treinta y cinco soldados y dos guías, que se hallaban en el sitio denominado 'Campoalegre', procedente de la 'Unión', donde había permanecido del 28 de julio al 15 de septiembre de 1985, cumpliendo tareas encaminadas a bloquear el paso del grupo M-19 hacia el Departamento del Tolima) que efectuara patrullaje en la parte alta del Cañón de la Virgen y estableciera emboscadas sobre la trocha que viene del Valle del Cauca hacia el Tolima, para taponar las posibles vías de escape de los grupos subversivos que venían siendo presionados por tropas de la Tercera Brigada. Allí llegó tal compañía, luego de varios días de marcha con limitaciones en víveres y elementos de dotación ubicándose inicialmente en la parte alta de la finca de Carlos Bautista y cerca de la casa donde vivía éste con su familia, alcanzando a armar carpas e instalar 'cambuches', pero al rato, pese a la renuencia de algunos suboficiales, el teniente Calderón Gómez, asesorado por el cabo primero Aarón Peinado Rodríguez, ordenó a la patrulla levantar las carpas y 'cambuches' y alojarse en la casa mencionada, atendiendo ofrecimiento de su propietario. Los componentes de la compañía completaban 8 días continuos de permanencia en esa casa, proveyéndose de los escasos alimentos que parcamente les ofrecía Carlos Bautista y durmiendo hacinados, durante la noche, confiados en la limitada e improvisada seguridad que les brindaban cuatro centinelas y un relevante, hasta la madrugada del primero de octubre de dicho año, cuando fueron sorpresiva y violentamente atacados por un numeroso grupo del autodenominado M-19, del que se tenía conocimiento por parte del Comandante de la patrulla, que se encontraba en el sitio 'Bolo Azul'; como resultado del ataque o golpe de mano propinado a la Compañía 'Girasol', resultaron muertos tres suboficiales y diez soldados y heridos otros trece militares, y el enemigo se llevó apreciable cantidad de armamento, material de intendencia y comunicaciones, así como a dos suboficiales y dos soldados, de rehenes. Concluido el combate, el teniente Calderón Gómez, con algunos suboficiales y soldados, huyó del lugar hacia donde se encontraba el capitán Melo, quien dos días después se presentó en el lugar de los acontecimientos, coadyuvando a la evacuación de los heridos y muertos".

2° La Presidencia del Consejo de Guerra Verbal convocada por el Comando de la Sexta Brigada, acogió los veredictos unánimes de los vocales y condenó a Calderón Gómez en los términos ya dichos, y cesó precedimento en relación con el resto de sindicados (suboficiales) que no fueron enjuiciados. Recurrido este fallo, el Tribunal Superior Militar lo confirmó mediante el suyo que ahora es objeto de la impugnación extraordinaria (fls. 194 y ss.).

3° Con anterioridad (sentencias de 3 y 26 de diciembre de 1985, fls. 236 y siguientes ibídem) esos mismos organismos de instancias habían acogido las veredicciones de un Tribunal de Honor y condenado a Calderón Gómez (y al Comandante del Batallón Caycedo, teniente Coronel Pedro Arturo Torres Paipilla) a la separación

absoluta de las Fuerzas Militares, dentro del respectivo proceso que se le adelantó por violación al reglamento del régimen disciplinario para las mencionadas fuerzas.

LA DEMANDA.

Plantea el actor tres cargos al amparo de la causal de nulidad contemplada en el numeral 3° del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal de 1987.

a) Afirma que la investigación no logró demostrar la prueba plena del "cuerpo del delito" previsto en el artículo 218-1 del Código Penal Militar como cobardía, y, por tanto, que "no existía mérito para la convocatoria y menos para la formulación de cuestionarios". Con detallados análisis de todos los elementos integrantes de dicha figura, intenta demostrar que la conducta imputada a su representado no es típica, habiéndose entonces incurrido –dice– en violación de los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, 3° y 567 del Código Penal Militar (principio de legalidad y facultad de convocatoria a Consejos de Guerra Verbales), 1°, 2° y 3° del Código Penal.

En este mismo reproche alega que se violó el principio *"non bis in idem"* porque su acudido fue condenado disciplinario y penalmente por un mismo hecho, habiéndosele dado, además "un alcance que no tiene" el artículo 115 del reglamento del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares, sobre la viabilidad de proseguir conjuntamente esas dos clases de acciones.

Pide a la Sala finalmente, "declarar en qué estado queda el proceso nulo a partir de la resolución de convocatoria al Consejo de Guerra, devolver el expediente al Juez *ad quem* para que se ordene por el Comandante de la Sexta Brigada la cesación de todo procedimiento seguido contra el oficial, por no existir mérito para la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal";

b) Existe la nulidad legal que prevé el numeral 6° del artículo 441 del Código castrense, ya que el cuestionario en torno al delito de cobardía se elaboró en desacuerdo con la fórmula contemplada en el artículo 559 ibídem, toda vez que al jurado (o a los Vocales) no se le debe preguntar si el hecho existió o no, si está o no probado, ni tampoco si el acusado es o no el autor. "La autoría o participación, la relación causal entre un hecho punible, artículos 14 del C.P.M. y 21 del C.P., debe estar previamente establecida en el expediente; esto es materia de la etapa sumarial", anota el censor, y reitera que el cuestionario únicamente debe indagar por "la responsabilidad" del encausado. Como en el primer cargo, dedica buen espacio a contradecir frontalmente las apreciaciones del haz probatorio contenidas en las sentencias, y también repite la atipicidad del comportamiento, terminando con esta petición:

"La honorable Corte deberá casar la sentencia, decretar la nulidad de lo actuado a partir de la formulación del cuestionario y devolver la actuación al Tribunal Superior Militar para que lo envíe al Comando de la Sexta Brigada en la ciudad de Ibagué con el fin de que reponga la actuación, ordenando la cesación de todo procedimiento seguido contra Humberto Calderón Gómez por el delito de cobardía en razón de que el hecho investigado no constituye infracción a la ley penal, artículo 417 del Código Penal Militar";

c) Idéntica censura extiende separadamente al cuestionario acerca del delito de desobediencia. Cuestiona la tipificación de este punible, criticando el alcance que los fallos le otorgan a "la orden" recibida por el procesado y refiriéndose a los elementos probatorios que obran en el expediente; echa de menos varias pruebas, y acota que "esta es otra palmaria demostración de que el cuestionario es impreciso, indeterminado *y sin respaldo probatorio en el expediente*" (fl. 54. Se subraya).

Por supuesto, aquí también concluye solicitando la nulidad, para los ulteriores fines de cesación de procedimiento "por falta de mérito para el juzgamiento".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO:

a) El señor Procurador delegado para las Fuerzas Militares responde al primer cargo que, como lo ha repetido la Corte (sentencias de 15 de marzo de 1978 y marzo 22 de 1983), "el ataque a la prueba está vedado" en esta clase de juicios, razón por la cual la censura no puede prosperar;

b) Tampoco lo puede el segundo, ya que el cuestionamiento por el delito de cobardía si se ciñe a lo preceptuado en el artículo 559 del Código Penal Militar, habiendo sido incluidas allí "diversas medidas preventivas que no convertían en difuso tal cuestionario (contempladas en el manual de instrucción de combate individual y patrullaje", sino que, por el contrario, lo aclaraban;

c) Que a igual conclusión debe llegarse respecto del tercer cargo, ya que en el cuestionario por el delito de desobediencia se observaron todas las reglas para su elaboración, incluidas las circunstancias de agravación. Y agrega para terminar su concepto:

"El artículo 115 del Decreto número 1776 de 1979 (Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares) –en opinión de la Delegada– consagra la independencia de la acción penal y la acción disciplinaria, respecto de los miembros de las Fuerzas Militares que incurren en conductas constitutivas de eventuales delitos y faltas disciplinarias, independencia que está consagrada para todos los demás empleados oficiales, luego no se presenta violación al principio *'non bis in ídem'* que arguye el libelista".

Estima, pues, que la sentencia no debe ser casada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Antes que todo debe observarse que el actor fundamenta los cargos de nulidad en el artículo 226-3 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto número 050), cuando por virtud del artículo 677 ibídem esa causal ha debido alegarla al amparo del artículo 580-4 del estatuto de 1971. No obstante, la Sala entrará a estudiar la demanda, pues el nuevo ordenamiento reprodujo en idénticos términos ese motivo de casación: "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

PRIMER CARGO.

1° *Afirma el actor que existe nulidad constitucional por violación al debido proceso, ya que se dictó resolución de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal y luego*

se formularon los cuestionarios respectivos, sin que obrara en el proceso la "plena prueba de la tipicidad" de los delitos de cobardía y desobediencia por los cuales fue condenado su acudido.

A ello debe responderse, en primer lugar, que constituye premisa jurisprudencial reiterada que los errores del sentenciador sobre los grados probatorios que se requieren para poder dictar determinada providencia, o cumplir con determinada actuación, únicamente pueden configurar nulidad cuando, por su propia y trascendental dimensión, entrañen una clara violación a alguna de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional. De lo contrario, y por conformar yerros in Judicando, tienen su marco propio dentro de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial.

Al respecto dijo la Sala en casación de 10 de mayo de 1979:

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

Es evidente que en este caso no hubo desconocimiento de la "legalidad" de los delitos por los cuales compareció en juicio el procesado. En efecto:

Dice el artículo 567 del Código Penal Militar que pueden convocarse Consejos de Guerra Verbales, exista o no investigación previa, y que la resolución indicará:

"a) Qué persona o personas aparecen hasta el momento como sindicadas;

"b) Qué delito o delitos se estructuran de acuerdo a lo actuado;

"...".

Dichos y pertinentes requisitos se cumplieron a cabalidad en la resolución que se dictó en el proceso (fls 194 y 195-3), la cual estuvo precedida de la investigación correspondiente, compuesta por numerosas y variadas pruebas sobre la tipicidad de los punibles y la responsabilidad del acusado, elementos de juicio que fueron prolijamente analizados en el concepto previo del señor Auditor de Guerra (fls. 168 a 193 ibídem).

Además, debe recordarse, frente al cargo en examen, que en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales no se señala el grado probatorio para dictar la resolución de convocatoria ni para formular los cuestionarios ("de acuerdo con lo actuado", dice el artículo 567 cit.), lo cual explica que ni una ni otros contengan una parte motiva, y que, por tanto, contra ellos no proceda recurso alguno.

Ahora bien: el cuestionario se somete a la consideración de los vocales, según el artículo 559 del Código castrense, que dice:

"El acusado N.N., es responsable, sí o no, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)".

Dichos "elementos constitutivos del hecho" son precisamente "la base de la comprobación del cuerpo del delito", acorde con la indicación expresa del artículo 495 ibídem, de donde la afirmación del censor de que los vocales no pueden examinar tal aspecto ("la tipicidad", dice) y pronunciarse en relación con él, carece de asidero jurídico.

Salta a la vista, pues, que conociendo el actor la reiterada prohibición doctrinaria de atacar la valoración de la prueba en esta clase de juicios ("acepta el defensor la tesis de que en casación no se debe discutir la prueba que tuvieron en cuenta los jueces de conciencia para afirmar o negar según su íntima convicción la responsabilidad del procesado" advierte) propone el reproche acudiendo a la causal cuarta, en un fallido intento por sortear la aludida imposibilidad jurídica (normalmente esgrimible como violación indirecta, se dijo), como lo resalta el hecho de que se dedica a oponer su propia y personal apreciación de los hechos y de su prueba, al fallo en conciencia emitido por los vocales, y a las motivaciones que los juzgadores de instancia hicieron en orden a descartar la contraevidencia de los veredictos. En todo ésto el actor es explícito, ya que extrae aparte de las sentencias, pasa a relacionar y valorar varios medios probatorios, reclama que no se hayan recaudado otros elementos de convicción, y, en fin, realiza una extensa y tenaz argumentación tendiente a rebatir, en el terreno probatorio, la tipicidad de los comportamientos imputados a su defendido, llegando al extremo de solicitar como consecuencia del éxito de éste y los demás cargos, la cesación de procedimiento prevista en el artículo 417 del Código que se viene citando, con base en que "la ley no lo considera (el hecho) como infracción penal".

No prospera entonces el reproche.

2° *El reparo por* "non bis in ídem" *ha debido no ser involucrado en este cargo, sino formularse independientemente, ya que tiene soporte diferente a la falta de tipificación. Por lo demás, es evidente que, por los mismos hechos, procedían las acciones disciplinarias y penal. Dice al respecto el artículo 115 del reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares:*

"Si se hubiere sancionado disciplinariamente un hecho del cual podría derivarse la comisión de un delito, se ordenará iniciar la acción penal correspondiente".

Dicha disposición es muy clara y no deja campo a la incertidumbre ni a una interpretación opuesta o diversa. Por otro lado, esa dualidad de procedimientos, común al resto de normatividades estatales, se explica sustancialmente porque el derecho penal propiamente dicho, y el derecho disciplinario tienen distinto origen y, consecuentemente, persiguen también fines distintos: mientras el primero se ejerce sobre todos los habitantes del territorio nacional con miras a hacer posible la convivencia, previniendo y/o reprimiendo graves daños al conglomerado, el radio de aplicación del segundo está restringido a las personas que tengan relación de dependencias con el Estado, y tiende, por tanto, a mantener la buena marcha de los servicios públicos; de ahí que a las penas disciplinarias también se las conozcan como "penas de servicio". En

estas condiciones, el servidor público que comete un hecho constitutivo a la vez de delito y falta disciplinaria, afecta un bien jurídico más que el simple particular, imponiéndose entonces su "doble juzgamiento, sin que ello entraña desconocimiento del mencionado principio.

Pero en este ataque también incurre en contradicción el casacionista, porque dice:

"Los hechos juzgados en el proceso penal son exactamente los mismos que se juzgaron en el Tribunal de Honor y los que dieron origen a la doble condena, como falta contra el honor militar, afirmación que se demuestra con los fallos de primera y segunda instancia incorporados en la etapa probatoria del Consejo de Guerra, y como delito de cobardía, aunque no encuentran adecuación ni en el Código Penal ni en el reglamento de régimen disciplinario, con el pretexto de darle al artículo 115 del reglamento disciplinario un alcance que no tiene".

La contradicción se ofrece nítida, pues la afirmación de "non bis in ídem" se excluye frontalmente con la que en el siguiente paso se hace respecto de la "atipicidad" de los delitos objeto de la "doble condena".

CARGOS SEGUNDO Y TERCERO.

Sobre la forma como están redactadas los cuestionarios, que el censor arguye como causal de nulidad legal (artículo 441-6 C. de J.P.M.), debe decirse:

El delito de cobardía por el cual fue condenado Calderón Gómez está previsto en el artículo 218 del Código Penal Militar, que dice así en la modalidad pertinente:

"Será sancionado con presidio de cinco a quince años el Comandante Militar que hallándose el país en estado de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público: 1° No adoptare las medidas preventivas necesarias... si está en peligro de ser atacado, siempre que de estas omisiones resultare... la desorganización y dispersión de las tropas que le hubieren sido confiadas o daños considerables en las operaciones de guerra".

El cuestionario referente a dicho punible es del siguiente tenor:

"El acusado presente, Humberto Antonio Calderón Gómez, para la época de los hechos oficiales del Ejército Nacional en servicio activo con el grado de teniente y perteneciente al Batallón Caycedo, Unidad Orgánica de la Sexta Brigada, natural... es responsable sí o no de haber adoptado las medidas preventivas necesarias, tales como efectuar el reconocimiento del terreno, hacer inteligencia y contrainteligencia de combate, montar observatorios sobre las posibles vías de aproximación del enemigo, efectuar emboscadas y ubicarse en sitios estratégicos, actividades éstas que le permitieran obtener ventaja sobre grupos subversivos armados durante el desarrollo de operaciones de contraguerrillas ordenadas por el Comandante del Batallón Caycedo, en el sector del Cañón de la Virgen, hallándose en peligro de ser atacado por un grupo subversivo armado perteneciente al M-19, de cuya presencia cercana ya tenía conocimiento, omisiones aquellas que facilitaron al ataque propinado por el citado grupo subversivo, resultando de ello la desorganización y dispersión de las tropas –Compañía de Contraguerrillas 'Girasol'– que le habían sido confiadas, conforme a hechos ocurridos cuando el acusado se desempeñaba como comandante militar de la

citada compañía, entre el 24 de septiembre y el primero de octubre de 1985, en el sitio denominado 'Cañón de la Virgen', comprensión municipal de Rioblanco, departamento del Tolima, hallándose el país en conmoción interior o turbación del orden público" (fls. 265-3).

El otro delito objeto de la condena –el de desobediencia– dice así en el artículo 139 ibídem:

"El militar que no cumpliere las órdenes del servicio... será sancionado".

El cuestionario sometido a consideración de los vocales es como sigue:

"El acusado presente... es responsable sí o no, de haber incumplido una orden del servicio que le fuera impartida en forma verbal por el Comandante del Batallón Caycedo, el día 21 de septiembre de 1985 hacia las 21:00 horas, orden consistente en ubicarse en la parte alta del Cañón de la Virgen y mediante emboscadas sobre las trochas que conducen al departamento del Valle al departamento del Tolima, impedir la penetración de grupos subversivos armados, incumplimiento que consistió en no desarrollar ni llevar a cabo dicha actividad y, por el contrario, alojarse con todos los miembros de la Compañía de Contraguerrillas 'Girasol' que comandaba, en una casa distante del lugar donde debía cumplir la misión, conforme a hechos ocurridos..." (fls. 264 ibídem).

A simple vista ambos cuestionarios se ciñen a lo dispuesto en el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, ya que allí se especifican los elementos que constituyen los delitos de cobardía y desobediencia por los cuales compareció en juicio, y también se enumeran pormenorizadamente las circunstancias dentro de las cuales se llevaron a cabo dichos punibles. Las "medidas preventivas" que el primer cuestionario contiene ("tales como") se encuentran en el Manual de combate del Ejército, y en vez de confundir u oscurecer la pregunta, la clarifican y la tornan más precisa, máxime si se tiene en cuenta que los vocales que emitieron los veredictos son oficiales de alto grado. El cuestionario referente al delito de desobediencia se caracteriza también por su riqueza descriptiva, que indudablemente le confiere su singular claridad. A este entorno del delito, de imprescindible inclusión en el cuestionario, se refiere el artículo 559 citado al hablar de la *especificación* de "las circunstancias" del hecho. La vaguedad o ambigüedad que atribuye el demandante a las preguntas hechas por la Presidencia del Consejo a los vocales, no aparecen por parte alguna, como se acaba de ver; tampoco menciona siquiera el actor de qué modo esa presunta mala elaboración de los cuestionarios introdujo en los jueces de conciencia confusión o perplejidad, efecto que hay que demostrar para *completar* una acusación de esta naturaleza, que en el presente caso ha quedado consecuentemente trunca.

Por otro lado, cuando de examinar este cargo se trata, la labor de la Corte se circunscribe a cotejar *la forma* del cuestionario (es decir su tenor, su literalidad), con los *textos* legales por los cuales comparece el procesado al juicio. Las censuras de índole probatoria (que son las que copan las alegaciones del casacionista) son entonces del todo ajenas a este reproche. Además, no se olvide que el cuestionario es precisamente eso, una pregunta, no siendo dable entonces sostener que él contiene

"afirmaciones", ni mucho menos, repítese, que éstas no están probadas, o que lo están en grado insuficiente para vocar a juicio. En todos estos yerros incurre el actor.

Como se ve, ninguna de las acusaciones contra la sentencia puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema –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:

1° NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis G. Salazar Otero
Secretario

TRANSITO DE LEGISLACION – PROCEDIMIENTO

Cuando el artículo 1° del Decreto número 1200 de 1987 dispone que los procesos de competencia de los Juzgados Superiores y de Circuito en estado de cierre para el 1° de julio de 1987, sigan siendo conocidos por esos despachos, no hace más que reiterar lo que el Código de Procedimiento Penal dispuso en su artículo 677.

Auto Colisión. 25 de febrero de 1988. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Segundo Superior de Santa Marta y Penal del Circuito de Riohacha.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 012 del 23 de febrero de 1988.

Bogotá, D. E., veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Por auto del ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987) el Juzgado Segundo Superior de Santa Marta ordenó la remisión del proceso que por falsedad y estafa se sigue contra Nohora Beatriz Aranguren Barros y Antonio Diaz Camargo, al Juzgado Penal del Circuito de Riohacha al considerar que era el competente para conocer del mismo.

Por auto del cinco (5) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete el Juzgado Penal del Circuito de Riohacha no avocó el conocimiento del proceso y ordenó su remisión a esta Corporación para que resolviera el conflicto planteado.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolverá lo pertinente luego de los siguientes:

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

El proceso que origina este conflicto fue calificado por auto de dieciocho (18) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) y con posterioridad a la entrada en vigencia del Nuevo Código de Procedimiento Penal, el Juez del conocimiento consideró en una muy confusa providencia que el artículo 677 del nuevo estatuto procesal no tiene como finalidad contravenir los principios rectores, puesto que en éstos se estipula en su artículo 5° que las normas relacionadas con la ritualidad y sustanciación del proceso, así como las que señalan la jurisdicción y competencia son de cumplimiento inmediato y por tanto el querer del legislador no fue que varios jueces conocieran de los procesos asignados a una misma competencia.

Manifestó que el Decreto número 1200 de 1987 era inconstitucional, por declaración que sobre la materia hiciera el Consejo de Estado, que además distorsionaba los postulados fundamentales del Código porque daba la oportunidad que jueces de diversas categorías hicieran juzgamientos en procesos que en principio estaban dentro de la órbita de competencia de jueces de una misma categoría.

El Juez de Riohacha por su parte consideró que lo dispuesto en el artículo 677 del Código de Procedimiento Penal no admitía discusión porque allí se establecía que los procesos que para el 1° de julio de 1987 se encontraren con auto de cierre de investigación ejecutoriado o que hubieran sido calificados, continuarán tramitándose hasta su terminación con base en el ordenamiento procesal anterior y que evidentemente en el proceso donde se origina el conflicto ya recibió la correspondiente calificación, razón por la cual debe continuar con su conocimiento hasta su finalización.

El artículo 677 del Nuevo Código de Procedimiento Penal dispuso que los procesos que se encontraren con auto de cierre de investigación para el momento de entrada en vigencia del nuevo estatuto procesal continuarían su tramitación conforme a las disposiciones del Código anterior.

Con la norma antes mencionada se establecía una excepción al principio rector enunciado en el artículo 5°, puesto que según éste, las leyes relativas a la sustanciación y ritualidad de los procesos serán de cumplimiento inmediato, queriendo indicar con ello que todos los procesos, independientemente del estado en que se encontraren debían continuar tramitándose conforme a las disposiciones del nuevo estatuto, por ser normas de cumplimineto inmediato; pero como evidentemente se establecían diferencias sustanciales en cuanto a la tramitación de los procesos especialmente durante el período de la causa, consideró el legislador que para evitar traumas y confusiones interpretativas era conveniente establecer una excepción a ese principio, que es precisamente la que se consagra en ese artículo, porque como ya se decía, como consecuencia de lo dispuesto en el mencionado artículo quinto, desde el día de entrada en vigencia del nuevo código procesal, todos los procesos en trámite debían seguir rituándose por las concepciones del nuevo estatuto, obviamente siempre y cuando no entraran en juego las diversas hipótesis de favorabilidad que podrían darse por la sucesión de leyes procesales. Con esta norma se trataba de evitar entonces, que procesos ya perfeccionados en su instrucción o en el trámite de la causa, por tanto ya conocidos por los funcionarios competentes, fueran a parar a manos de nuevos jueces que tenían

un total desconocimiento de los mismos y por tales circunstancias se imponía nuevo estudio total del proceso, originándose demoras y una mayor congestión en la administración de justicia.

Un día antes de la entrada de vigencia del estatuto procesal se dictó el Decreto reglamentario número 1200 de 1987, que en su artículo 1° establece que para los efectos de lo regulado en el artículo 677 de 1987 "los procesos de conocimiento de los jueces superiores y de circuito que a la fecha del 1° de julio de 1987 se encuentren con auto de cierre de investigación ejecutoriado, o en los que haya recaído calificación cualquiera que haya sido la decisión adoptada, continuarán tramitándose hasta su terminación en aquellos despachos".

Con la norma reglamentaria se trataba de evitar que por los cambios de competencia que se habían establecido en el nuevo código se presentaría una situación caótica de envío de expedientes de unos despachos a otros, con el consecuente entorpecimiento en la tramitación normal de los procesos. Se trató de evitar igualmente con esta norma, que especialmente los jueces de instrucción criminal recargados de trabajo por las nuevas disposiciones y en número insuficiente mientras tanto el gobierno no creara las nuevas plazas que la reforma exigía, fueran a recibir un mayor volumen de procesos con el envío de los que por las nuevas disposiciones eran de su competencia hasta la etapa de la calificación. Es decir, que las normas comentadas, tanto la del código como la del decreto que lo reglamenta, están guiadas fundamentalmente por razones de conveniencia y tiene plena justificación, puesto que es bien sabido que por las modificaciones procesales, el volumen de trabajo de los jueces superiores y del circuito disminuyó notablemente en cuanto a que cesaron sus labores de instrucción y de calificación, mientras que a los juzgados de instrucción, escasos en número, se les multiplicaron funciones que antes no tenían.

Es labor propia del legislador y además encomiable, que ante una reforma legislativa de esta naturaleza, tome las medidas que sean necesarias para que no se presenten grandes traumatismos, explicables, precisamente por modificaciones en la competencia y el procedimiento.

Podría discutirse la constitucionalidad del decreto reglamentario y algunos han anticipado la decisión de la Corporación competente para decidir sobre su constitucionalidad, al considerar que el decreto excede las facultades reglamentarias en cuanto a que regula situaciones no contempladas en el estatuto reglamentado; pero considera la Sala que en principio no existe tal extralimitación, porque precisamente si se interpreta el contenido del artículo 677 se ha de concluir que allí lo que se dispone es que los procesos que para el primero de julio tuvieran auto de cierre de ejecutoriado debían seguir tramitándose conforme a las previsiones de la norma procesal anterior y ello indica precisamente que debía de respetarse la competencia señalada en ese estatuto y que por ejemplo los procesos por falsedad que estuvieran en tal situación procesal debían seguir siendo conocidos por los jueces superiores, pues eran estos los funcionarios competentes para conocer de dicho delito conforme a lo previsto en las normas del código anterior.

Cuando el artículo 1° del Decreto número 1200 de 1987 dispone que los procesos de competencia de superiores y circuitos en estado de cierre para el primero de julio de

1987, sigan siendo conocidos por esos despachos, no hace más que reiterar lo que el código había dispuesto en el artículo 677 y trata ante todo de dar claridad a la norma para que no se fueran a presentar conflictos en su interpretación. En las condiciones anteriores mal puede pensarse que pudiera haber existido una extralimitación de las facultades reglamentarias por el ejecutivo, porque como bien se ve, su función se desarrolla dentro de los estrictos límites de la materia tratada en el código reglamentado.

Debe recordarse igualmente que la Corte Suprema de Justicia por providencia del 26 de noviembre de 1987 declaró la exequibilidad del mencionado artículo 677 que es reglamentado por el Decreto antes mencionado.

Maliciosamente peligrosa es la afirmación que el juez de Santa Marta *hace en relación a las presunta declaratoria de inconstitucionalidad del decreto reglamentario, porque la verdad es que contra éste se han formulado cuatro (4) demandas buscando tal declaratoria, de las cuales tres (3) fueron rechazadas y solo una admitida, pero sobre la cual dicha Corporación no ha hecho ninguna clase de pronunciamiento. Es lamentable que un juez de la República, sin tener un conocimiento cierto sobre hechos tan delicados, y en este caso la única forma de poder hacer tal tipo de afirmaciones, era con el conocimiento directo de la sentencia, haga afirmaciones de tal naturaleza con el único propósito de desembarazarse de un proceso de su conocimiento.*

Es claro entonces por las consideraciones precedentes que la competencia en este proceso le corresponde al Juez Superior de Santa Marta a quien se ordenará continuar la tramitación de la causa, informándose al Juez del Circuito de Riohacha de lo decidido en esta providencia.

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

RESUELVA:

DIRIMIR el conflicto de competencia suscitado, determinándose que el funcionario competente para seguir conociendo de este proceso, lo es el Juzgado Superior de Santa Marta.

INFÓRMESE de lo resuelto por medio de esta providencia al Juez Penal del Circuito de Riohacha.

ORDÉNESE la devolución del proceso al Juez Segundo Superior de Santa Marta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

PREVARICATO

No puede ser calificada de manifiestamente contraria a la ley, la posición del funcionario que sigue una respetable corriente doctrinaria, en relación con las normas aplicables en los juicios de amparo posesorio, en cuanto exige que la servidumbre se halle legalmente constituida.

Auto Unica Instancia. 1° de marzo de 1988. Se abstiene de iniciar proceso penal contra Jorge Ariel Infante Leal ex-gobernador del Departamento del Meta, denunciado por un presunto delito de prevaricato.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 14.

Bogotá, D. E., marzo primero de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Jorge Domínguez Gómez, obrando como procurador judicial de Luis Emilio Martínez, formuló denuncia penal contra Jorge Ariel Infante Leal ex-gobernador del Meta, por un presunto delito de prevaricato.

Agotada la indagación preliminar, ha llegado el momento de decidir si es el caso de iniciar acción penal y a ello se procede, mediante estas consideraciones:

HECHOS:

Ante la Alcaldía Municipal de Puerto López (Meta), se inició querella de policía, en uso de la acción de amparo posesorio, para que se protegiera el usufructo de la servidumbre de tránsito que Luis Emilio Martínez afirmó tener en el predio sirviente "Macaregua" de propiedad de José Ricaurte Díaz.

El señor Alcalde Municipal de Puerto López, recibió algunos testimonios solicitados por las partes y después de practicar una diligencia de inspección judicial,

en sentencia calendada el 26 de marzo de 1987 resolvió amparar la posesión al ejercicio de la servidumbre que el demandante dejo de tener sobre el aludido predio y ordenó remover todos los obstáculos que impidieran el libre tránsito por el lugar.

El apoderado del demandado interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la anterior sentencia, ante la Gobernación del Departamento del Meta, entidad que con la firma del gobernador Jorge Ariel Infante, resolvió revocar en todas sus partes la providencia de primera instancia, mediante sentencia del 31 de julio de 1987 y dejó a las partes en libertad para acudir a la Rama Jurisdiccional para resolver en derecho su controversia.

Considera el demandante, que la sentencia proferida por la Gobernación es manifiestamente contraria al artículo 478 del C. de Policía que "... taxativamente ordena a los funcionarios de policía, qué pruebas tendrán en cuenta para fundamentar la sentencia que resuelva sobre la perturbación a la posesión..." y que además el Gobernador consideró para emitir sentencia, la falta de la existencia legal del derecho de servidumbre, cuando el funcionario de Policía sólo puede apreciar para decidir la mera tenencia o el ejercicio de la servidumbre.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Se sostiene por principio general, que las autoridades de policía no protegen el derecho de propiedad, sino la posesión o tenencia, respecto a situaciones de hecho y que el amparo policivo se debe encaminar únicamente al restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de los actos de perturbación, al mantenimiento del "statu quo".

Por eso el artículo 125 del C. Nacional de Policía establece, que "... la Policía sólo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien y en caso de que se haya violado ese derecho, para restablecerlo y preservar la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación...".

Pues bien: este principio es absoluto, cuando se trata del derecho de posesión y aún de la mera tenencia sobre un bien que se tenga en forma regular o irregular, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 764, 770, 775, etcétera del C. Civil.

Se deduce de los anteriores preceptos, que con el amparo policivo se persigue garantizar la tenencia o posesión que la persona tenga sobre el bien, hecho físico que debe en esta acción prevalecer porque protegiéndose la posesión, se pretege la propiedad presunta. De ahí que en el caso de que se hayan vulnerado estos derechos, la autoridad de Policía puede intervenir únicamente para restablecer y preservar la situación que existía en el momento de la perturbación, porque como quedó dicho, en los procesos de policía, no se controvierte el derecho de dominio (artículo 126 de la C.N. de Policía).

Pero, este principio es relativo, no tiene la misma fuerza y alcance, cuando se trata del amparo policivo por perturbación de las servidumbres de tránsito.

En términos generales, se define la servidumbre como un gravamen impuesto sobre un predio sirviente en utilidad de otro predio dominante, de distinto dueño que reporta utilidad de ese gravamen.

Las servidumbres se clasifican como activas, pasivas, contínuas, discontínuas, positivas, negativas, aparentes, inaparentes, naturales o legales, etcétera.

La servidumbre de tránsito –iter actus via– *es por su naturaleza una servidumbre discontínua y así la define el artículo 881 del C. Civil, cuando expresa que servidumbre discontínua "... es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito...".*

En cuanto a la forma como pueden adquirirse las servidumbres de tránsito, enseña el artículo 939 del C.C. subrogado por el artículo 9º de la Ley 95 de 1890, que "... las servidumbres discontínuas de todas clases y las contínuas inaparentes, sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlas...".

Por eso la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 31 de octubre de 1935, dijo al respecto:

"... Los principios consagrados por nuestra ley respecto al título mismo de constitución de las servidumbres discontínuas y aparentes, se reducen a esto: a) Debe constar en escritura pública (artículo 760); b) Dicha escritura debe ser registrada (artículos 759, 760 y 2652); c) En esta escritura pública –que puede ser especial para la constitución de la servidumbre o referirse principalmente a otro contrato distinto, como a una enajenación en que se estipule accesoriamente la constitución de la servidumbre debe el dueño del predio sirviente expresar su voluntad de constituirla y el dueño del predio dominante su voluntad de aceptarla (artículo 760). Estos y no otros son los requisitos exigidos por el título constitutivo de la servidumbre...".

Estas servidumbres gozan del amparo policivo, siempre y cuando, de acuerdo al parecer de la mayor parte de los tratadistas sobre la materia, que hayan sido constituidas con las formalidades que la ley prescibe.

Quienes así opinan, se amparan en lo dispuesto en el artículo 128 del C. Nacional de Policía que dispone que "al amparar el ejercicio de servidumbre, el Jefe de Policía tendrá en cuenta los preceptos del Código Civil...".

Y el Código de Policía del Departamento de Cundinamarca adoptado por el Departamento del Meta, de acuerdo a la Ordenanza 16 de 1986, no obstante que en su artículo 444 limita la intervención de los funcionarios en los juicios de amparo posesorio y en caso de pertubación a "restablecer y preservar la situación que existía en el momento en que ésta se produjo en relación con las servidumbres, acoge las mismas orientaciones del C. Nacional de Policía y en sus artículos 445 dispone que "... los funcionarios de Policía para amparar el ejercicio de servidumbre tendrán en cuenta los preceptos del C. Civil...".

Este modo de pensar fue el acogido por el señor Gobernador del Meta, cuando expresó que "... de conformidad al artículo 128 del C. Nal. de Policía, en armonía con los artículos 441, 442 y 445 del C.P.M., a la Policía sólo le compete conocer de las

controversias que entre los particulares se presenten respecto solamente de las formas de uso de las servidumbres legalmente constituidas...".

Y agregó el funcionario como fundamentación a su sentencia:

"... De manera que mientras la servidumbre no se halle legalmente constituida, es evidente que la Policía no puede entrar a resolver sobre la misma, por cuanto si ampara el ejercicio de una de ellas que no tenga su validez legal frente al Estado, la estaría imponiendo usurpando las funciones propias del poder judicial y de otro lado negaría el derecho que tiene el dueño del predio sirviente para enervar eventualmente su acción –esta sí policiva– por perturbación a la posesión y además se le negaría el derecho de obtener del dueño del predio dominante el pago de la indemnización de que trata el artículo 905 del Código Civil, no obstante que tales declaratorias sólo son competencia de la autoridad jurisdiccional..." (fl. 118).

Esta posición doctrinaria, con fuerte respaldo en la ley, llevó al Gobernador acusado a revocar la providencia recurrida, porque no encontró en el juicio de amparo de servidumbre, título alguno que legalizara o constituyera este derecho de tránsito a favor del demandante.

Síguese de lo anterior, que la sentencia proferida por el señor Gobernador del Meta *no puede ser calificada de manifiestamente contraria a la ley, pues sigue en su contenido una respetable corriente doctrinaria, en relación con las normas aplicables en los juicios de amparo posesorio de las servidumbres.*

El prevaricato descrito en el artículo 149 del C.P. se tipifica por proferir resolución, sentencia o dictamen en ostensible contrariedad a la norma legal. No puede por tanto, erigirse en conducta reprochable penalmente una simple discrepancia conceptual entre el funcionario y alguna de las partes, sobre aspectos fácticos o jurídicos o sobre la interpretación del precepto legal.

En el caso sub exámine, el Gobernador acusado asumió responsablemente la función de interpretar y aplicar la ley, y su decisión con amplio respaldo legal, no puede tener la categoría delictiva de la prevaricación.

Estas razones llevan a la Corte, a dar aplicación al artículo 352 del C. de P.P. y abstenerse en consecuencia de iniciar proceso penal contra el funcionario acusado por atipicidad de la conducta.

Por ello, La Corte Suprema de Justicia –Sala de decisión Penal–, se abstiene de iniciar proceso penal contra Jorge Ariel Infante Leal exgobernador del Meta en razón de los cargos formulados en las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

COMPETENCIA

Aunque la nueva legislación haya variado la competencia para el conocimiento de la infracción respectiva –como el delito de falsedad–, esto no conduce a dejar sin efecto el artículo 677 de la misma, porque no existe razón válida para su desconocimiento y para limitar la aplicación únicamente a los casos que continuen en la competencia de Juzgado de la misma categoría.

Auto Colisión –7 de marzo de 1988–. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Tercero Superior de Santa Marta y el Juzgado Penal del Circuito de Riohacha.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Bogotá, D. E., marzo siete de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS:

Debe la Sala decidir de plano la Colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado 3° Superior de Santa Marta (Magdalena) y el Juzgado Penal del Circuito de Riohacha (Guajira) en torno al conocimiento del proceso adelantado por falsedad contra Araida Aracely de Luque y otro.

Remitido el asunto a esta Corporación una vez trabada la colisión referida, corresponde a la Corte resolver de conformidad con las normas procesales (art. 68, numeral 5° C. de P.P.) y por tratarse de Juzgados de diferentes distritos judiciales.

ANTECEDENTES

En el proceso por falsedad en documentos adelantado contra Araida Aracely Mendoza de Luque y Eduardo Evaristo Solano Palmezano, en curso en el Juzgado 1°

Superior de Riohacha, dicho despacho declaró cerrada la investigación por auto de 19 de agosto de 1986 (fl. 164), providencia que quedó ejecutorida. Posteriormente el Juez se declaró impedido, por enemistad con el apoderado de la parte civil, el cual se aceptó por el segundo de su misma categoría, quien a su vez y por igual motivo expresó que no podía conocer del proceso, ordenando pasarla al Tribunal por no existir otro Juzgado Superior. Y el Tribunal, aceptando el impedimento, ordenó su envío al Juzgado Superior de Santa Marta (reparto), por ser el Distrito Judicial más cercano y en atención a las previsiones del anterior estatuto procesal penal (art. 81, numeral 2° C. de P.P. derogado).

Repartido al Juzgado 3ª Superior de dicha ciudad dispuso su remisión por competencia al Juzgado del Circuito de Riohacha, a quien promovió colisión de competencia. Y por no aceptarla este último llegó a esta Corporación.

ARGUMENTOS DE LOS FUNCIONARIOS RESPECTO A LA COMPETENCIA

Para decretar la remisión al Juzgado del Circuito Penal, el *Juzgado 3° Superior de Santa Marta,* previa referencia al artículo 677 del C. de P.P. y al decreto reglamentario de esta norma (1200 de junio 30 de 1987), considera que estas normas son aplicables cuando se trate de delitos en los cuales no varíe la competencia, pero cuando así ocurra debe conocer el Juez a quien corresponde por la naturaleza del asunto, conforme al nuevo estatuto procedimental. En consecuencia, como el delito de falsedad materia de investigación, corresponde en las nuevas normas al Juzgado del Circuito, a este debe pasar para su decisión.

Se apoya en el artículo 5° del C. de P.P. en cuanto a la aplicación inmediata de las normas procesales y las que señalen la competencia, en este caso en el Juzgado del Circuito (art. 71), sin que resulte aplicable el artículo 677 del mismo estatuto por no guardar armonía con el principio antes indicado. Lo cual no significa –en su criterio– que tal norma no tenga efectividad, sino que se aplica solo en ilícitos en los cuales no cambie la competencia. Criterio que estima corresponde a una interpretación sistemática.

El Juzgado Penal del Circuito de Riohacha con base en los antecedentes existentes y en la norma referida (art. 677 C. de P.P.) se negó a conocer del caso.

SE CONSIDERA:

El nuevo estatuto procesal penal al referirse concretamente a los procesos ya en curso, establece en forma clara que las normas del anterior Código se aplicarán "...a los procesos que para la vigencia de este Decreto esté con auto de cierre de investigación ejecutoriado". Con lo anterior se señaló una pauta precisa a fin de evitar situaciones confusas, con las consiguientes dificultades en el curso de los procesos o de posibles vicios en su trámite.

Esta norma debe ser aplicada conforme a su texto, que por lo demás resulta claro sin que permita interpretaciones que conduzcan a desvirtuarlo y a dejar sin efecto las finalidades pretendidas con la misma.

Esta norma debe ser aplicada conforme a su texto, que por lo demás resulta claro sin que permita interpretaciones que conduzcan a desvirtuarlo y a dejar sin efecto las finalidades pretendidas con la misma.

Por esta razón no son admisibles las razones aducidas por el Juzgado Superior, pues, en primer término si bien el principio general es el de la aplicación inmediata de las norms sobre procedimiento y competencia, la norma legal que lo consagra y que cita dicho funcionario (art. 5° C. de P.P.), puede tener excepción por un precepto de la misma categoría, de acuerdo con las finalidades que se propone el legislador, en este caso el Presidente de la República mediante el ejercicio de facultades extraordinarias, como son las que se traducen de la disposición referida. Sin que esto contrarie o quebrante ninguna norma superior ni resulte por tanto inaplicable, sino que tiene plena vigencia.

Tampoco cabe hacer la distinción propuesta en la providencia indicada, ya que la reglamentación dicha es general y con tal alcance debe ser aplicada. Y aunque la nueva legislación haya variado la competencia para el conocimiento de la infracción respectiva, en este caso el delito de falsedad que corresponde ahora a los Jueces de Circuito, esto no conduce a dejar sin efecto el artículo 677 de la misma, porque como ya se expresó no existe razón valida para su desconocimiento y para limitar la aplicación únicamente a los casos que continúen en la competencia de Juzgado de la misma categoría. Lo cual solo llevaría a producir desconcierto o incertidumbre en situaciones y caso que se pretendió regular en forma expresa, como se logró a través de la referida disposición.

En este proceso, por lo tanto ejecutoriado con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Procesal el auto de cierre de la investigación, no cabe duda que su conocimiento corresonde al Juzgado Superior.

Por lo expuesto –la Sala de Casación Penal–, de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

DIRIMIR la colisión de competencias en el sentido de que el conocimiento corresponde al Juzgado 3ª Superior de Santa Marta, al cual se enviara el proceso,

Envíese copia de esta providencia, al Juzgado Penal del Circuito de Riohacha para su información.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Rúiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

1° VIOLACION – ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

Cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 del C. P.), la conducta se reprime exclusivamente por el "abuso" de la inferioridad o incapacidad en que la Ley presume que se encuentra el menor, pero cuando éste se resiste en cualquier forma, a ser accedido carnalmente el tipo legal que corresponde es el de Acceso Carnal Violento del artículo 298.

2° ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

El artículo 305 del C. P. señala tres modalidades de la conducta, que puede revestir este delito. La última de las cuales requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual con anticipación al natural despertar de su libido.

Sentencia Casación –8 de marzo de 1988–. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Alvaro Flórez Suárez, por los delitos de Violación y Actos Sexuales Abusivos (Corrupción).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada: Acta número 14 de marzo de 1° de 1988.

Bogotá, D. E., ocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alvaro Flórez Suárez, contra la sentencia proferida por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 11 de mayo de 1987, mediante la cual lo condenó a la pena principal de siete (7) años de prisión, más las accesorias de rigor, al hallarlo responsable de los delitos de "violación" y "actos sexuales abusivos" (corrupción), cometidos en la persona de la menor Beatriz Yaneth Martínez Sanabria.

Hechos y actuación procesal

Pocos días antes del 21 de julio de 1986, fecha de su aprehensión, Alvaro Flórez Suárez había sometido al acceso carnal, con violencia, a Beatriz Yaneth Martínez Sanabria, quien para la época no había cumplido sus ocho años de edad. Flórez Suárez, igualmente, había exhibido a esta misma menor varias fotografías en que posaban desnudas algunas niñas, y otras en las que él aparecía sin ropas. A ella también la obligó a desvestirse y a dejarse fotografiar.

Iniciada la investigación y vinculado a ella mediante indagatoria Flórez Suárez, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga, en cuya jurisdicción sucedieron los hechos, lo llamó a responder en juicio por los delitos de "violación" (acceso carnal violento) y "actos sexuales abusivos" (corrupción). Rituados los trámites propios del juicio, el aludido Despacho judicial lo condenó a la pena principal de siete años de prisión, como responsable de ambos delitos, en sentencia que integralmente fue confirmada por el Tribunal, mediante el fallo que fue objeto del recurso que ahora procede a resolverse.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera de casación, el actor acusa la sentencia del Tribunal "por cuanto es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, ya que entendió, dedujo e incluyó el tipo penal de Acceso Carnal Violento, para tipificar un concurso de delitos con la Corrupción cuando las pruebas y las circunstancias de modo, tiempo y lugar, nos llevan a que inequívocamente el tipo penal a aplicar es el del artículo 303 del Código Penal, del Acceso Carnal Abusivo con menor de Catorce años. Sin que existiera el llamado concurso".

Fundamenta el primer aspecto de su ataque, en el hecho de que el Tribunal en ningún aparte de su sentencia demostró o "dijo de la violencia ejercida por el sujeto activo del delito"; y en cuanto a la inexistencia del delito de corrupción, se apoya en la consideración de que "las fotos en sí no configuran actos sexuales", agregando que "en nuestro medio son muchas las publicaciones legales, que exponen fotos de desnudos tanto de adultos como menores, y que no son penados por ese solo hecho".

Como consecuencia de lo anterior, el recurrente solicita la invalidación parcial de la sentencia, para que se condene a Flórez Suárez sólo por el delito de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años", previsto en el artículo 303 del Código Penal, y se disponga la consiguiente rebaja de pena.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de explicar que la diferencia entre el acceso carnal violento y el acceso carnal abusivo con menor de

catorce años, radica en la violencia que media en el primer caso y que está ausente en el segundo, cuando el autor de la conducta simplemente abusa de la inferioridad del menor, de la cual se aprovecha para la obtención de la cópula sexual, concluye afirmando que no hubo error alguno en la selección de la norma penal hecha en la sentencia, toda vez que Flórez Suáres sí desplegó violencia física para someter al acceso carnal a la pequeña víctima.

Con respecto al delito de corrupción, el Delegado coincide con el censor. Luego de transcribir conceptos de algunos autores colombianos sobre este asunto, termina sosteniendo que, "como bien puede verse, no todo acto erótico es punible, pues la obscenidad es atípica en nuestro actual ordenamiento penal que ya no tutela como bien jurídico, la moral. Es por ello que el simple hecho de tomarle fotografías a una menor desnuda no constituye materia de tratamiento penal, circunscribiéndose a un reproche meramente social, como quiera que (en palabras de fallador) lo que buscaba el reo era 'satisfacer sus inquietudes morbosas' sin realizar ningún acto sexual determinado".

Finaliza su concepto el Ministerio Público, solicitando la casación parcial del fallo impugnado, "dictando en su lugar un fallo que únicamente penalice lo relativo al acceso carnal violento".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

En el mismo orden en que los plantea el recurrente, la Sala estudiará los dos aspectos de su acusación.

De la violación o de los actos sexuales abusivos.

Esta Sala, que ya ha tenido oportunidad de exponer su doctrina sobre este asunto (fallo de 4 de agosto de 1987, Magistrado Ponente doctor Jaime Giraldo Angel, con salvamento de voto del doctor Lisandro Martínez Zúñiga), se reafirma en ella.

En efecto, cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 del C. P.), la conducta se reprime exclusivamente por el "abuso" de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cual se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor no presenta. Ante la falta de resistencia de este último, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido, porque su víctima ha asentido a ello.

En cambio, cuando el menor de catorce años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción, y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia mostrada por su víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo. Por esta causa la pena para el acceso carnal violento es de dos (2) a ocho (8) años de prisión (art. 298), mientras que el acceso carnal abusivo con menor de catorce años se reprime con prisión de uno (1) a seis (6) años. No resulta lógico pensar que se sancione con mayor rigor la violencia ejercitada sobre quien legalmente está en la plenitud de su madurez física y psíquica,

que la desplegada sobre persona que por su edad, no ha alcanzado este grado de desarrollo físico ni espiritual. Por lo demás, tengase en cuenta que cuando el legislador describe el delito de acceso carnal violento, no hace reserva o distinción alguna sobre la edad de la víctima.

En este orden de ideas es pertinente agregar que cuando por la escasísima edad de la víctima, ésta no se encuentra en capacidad física de resistirse, ni en mínima parte, a la realización de unos actos sexuales cuya naturaleza ni siquiera comprende, la norma aplicable es el artículo 304 del Código Penal.

Si se aplica la anterior doctrina al asunto debatido en este proceso, la conclusión es clara: Flórez Suárez *desplegó fuerza para vencer la resistencia que la pequeña* Beatriz Yaneth *oponía a su cumplida pretensión de someterla al acceso carnal, y por ello no hubo error alguno al escogerse el tipo legal en que se encuadró su conducta: acceso carnal violento (art. 298).*

Por lo demás, es conveniente anotar que aun cuando en la casi inmotivada sentencia de segunda instancia, específicamente nada se dijo sobre la forma de violencia usada por el procesado ni sobre la prueba que demostraba su existencia, esta omisión, criticable desde luego, queda suplida con las referencias concretas que en el auto de proceder y en la sentencia de primera instancia, se hicieron sobre este particular aspecto. No sobra recordar que tanto en el aspecto jurídico como en el probatorio, todo lo expresado en el auto de proceder se entiende incorporado al fallo de primera instancia en la medida en que expresamente no hubiera sido contradicho por los resultados del término probatorio de la causa, o explícitamente excluidos en la sentencia, la cual, a su vez, forma una unidad con la de segunda instancia, en todo aquello que no la contradiga o que expresamente se deseche, sin que sea, por tanto, necesaria su repetición o remisión directa. Así lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación (Sentencia de 20 de agosto de 1986, Magistrado Ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez, y de 28 de abril de 1987, entre otras).

Expresa referencia al testimonio de la víctima se hizo tanto en el auto de proceder como en la sentencia de primera instancia, y de acuerdo con él es claro que Flórez Suárez *se valió de la fuerza para lograr sus criminales propósitos: "él me dijo que fuera a la casa de Chabela, que él me daba plata, que me daba cincuenta pesos y que me dejara hacer groserías yo le dije que no por que mi mamá me pegada, entonces me cogió de la mano a la fuerza y yo gritaba y le decía que me soltara y él no me soltó..." y al narrar el momento culminante del delito, expresó la menor: "él me quitó el vestido y me quitó los calzones y todo... y se me montó encima y me hizo groserías y yo grité y él me tapó la boca y él me metió el chichí y me dolío... y él me dijo que si le contaba a mi mamá que me mataba...". Si se tiene en cuenta la escasa edad de la pequeña víctima –menor de 8 años–, no se requería para vencer su resistencia de una fuerza superior a la que desplegó el procesado. Por todo esto, se insiste, no hubo error alguno al considerar este acto como una violación. No prospera, pues este primer aspecto del cargo.*

De la corrupción

Según el artículo 305 del Código Penal, tres son las modalidades de la conducta que puede revestir este delito:

a) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal, con persona menor de catorce años;

b) realizar esta misma clase de actos, en presencia del menor;

c) inducir al menor a prácticas sexuales.

La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan, y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su líbido.

De acuerdo con el auto de proceder, la conducta realizada por Flórez Suárez *y calificada de corruptora, consistió en "haberle tomado fotos (a la niña* Martínez Sanabria) *una de ellas desnuda y mostrarle las fotos de otras niñas desnudas y en posiciones grotescas lo mismo que las de él desnudo en diferentes poses y no en estado natural de desnudos" (fl. 87). Esta conducta, desde luego que no puede ser encuadrada dentro de las dos primeras modalidades que contempla el artículo 305 del Código Penal, pues por acto sexual, diverso del acceso carnal, es preciso entender una actividad o movimiento físico encaminado a provocar la concupiscencia de otro o a satisfacer la del propio agente, y la exhibición de unas fotografías, cualquiera que sea su contenido, no puede calificarse como acto sexual realizado con el menor o en su presencia.*

Pero obviamente que la actividad que se comenta sí puede ser un medio, muy eficaz por cierto, para iniciar al menor en prácticas sexuales y obtener así su corrupción, como sucedió en el caso subjudice, teniéndose en cuenta, claro está, la finalidad que el agente busca con la exhibición de las imágenes y el contenido de éstas. Desde luego que ante el avance de la técnica es posible realizar, valiéndose de los medios modernos, como el video, actos sexuales aunque el sujeto no esté físicamente practicándolos, pero que sí aparecen en las imágenes y que pueden tener el mismo significado y efecto que un acto sexual practicado en presencia del menor. Vale tanto realizarlo frente a él, que exhibírselo mediante un medio técnico que muestra la imagen en movimiento y que resulta, por tanto, equivalente a su realización personal.

En consecuencia, el fallo impugnado no se casará, pues para la Sala es claro que obligar a una menor a desvestirse y posar desnuda, es algo que atenta contra su libertad y pudor sexuales; lo mismo puede afirmarse del hecho de hacerle ver unas fotografías de contenido impúdico. Y si todo esto se realizó, con la manifiesta finalidad de despertar precozmente su desarrollo sexual, es indudable que la conducta es corruptora y encuentra exacta tipificación en el artículo 305 del Código Penal, cuando reprime el hecho de corromper a un menor de catorce años, induciéndolo prematuramente y por cualquier medio a practicar actividades sexuales.

En merito de lo expuesto, la Corte Suprema –Sala de Casación Penal–, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga (Con salvamento de voto); *Dídimo Paéz Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis G. Salazar Otero.
Secretario

CONCUSION

La concusión delito propio contra la administración se comete al igual que el tipo del artículo 162 del C.P., con abuso del cargo. Pero la Concusión requiere elementos especializantes que de configurarse trasladan el proceso de subsunción a este ilícito.

Auto Segunda Instancia. –9 de marzo de 1988.– Decreta la nulidad de lo actuado, a partir del auto calificatorio, en el proceso adelantado contra la doctora María Lucelly Chica Castrillón. Juez Promiscuo Municipal de Maceo, en el que el Tribunal Superior de Medellín la condenó por el delito de Abuso de Función Pública.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada: Acta número 14 de marzo de 1º de 1988.

Bogotá, D. E., marzo nueve de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Decide la Sala sobre la legalidad de la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, contra la doctora María Lucelly Chica Castrillón, Juez Promiscuo Municipal de Maceo, a quien condenó por el delito de Abuso de Función Pública a la pena principal de doce meses de prisión y decretó la suspensión de la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos años; contra esta decisión y con el fin de obtener su revocatoria, han interpuesto recurso de apelación la Fiscal Décima de esa Corporación y el defensor de la procesada.

HECHOS:

La funcionaria acusada, que se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de Maceo, cargo en el cual permaneció desde el 22 de mayo de 1984 hasta el 9 de

septiembre de 1985, cumplió con la comisión que le confirió el Juzgado Civil Municipal de Puerto Berrió en el juicio sucesorio de Zoila Rosa Agudelo Montoya, en donde se ordenó el secuestro de unos semovientes, siendo facultada la funcionaria comisionada para designar el secuestre, que recayó en la persona del señor Héctor Ramírez.

Practicada la diligencia, cuya fecha se ignora en esta investigación, se sabe que en los primeros días del mes de agosto de 1985, una de las reses fue atropellada por un vehículo, razón por la cual el secuestre se vio obligado a vender el animal en la suma de $28.850.00, dinero que le fue pagado mediante un cheque cobrado por él ante el Banco respectivo y no endosado a la doctora Chica Castrillón, como lo afirmó este auxiliar de la justicia.

Cesadas las funciones de la Juez por competencia delegada, visitó la Vereda donde residía el secuestre Héctor Ramírez y le manifestó que estaba autorizada por la titular del Juzgado Comitente para recibir los dineros producto de la venta del semoviente. Según afirmación del señor Ramírez, ante la petición le entregó el precitado dinero; pero al hacer dejación del cargo la doctora Chica Castrillón, el secuestre se preocupó por averiguar qué había pasado con el dinero, estableciendo que no reposaba en el Juzgado Civil Municipal de Puerto Berrío. Por este motivo, se comunicó con la Ex-juez de Maceo y ante su requerimiento, tres días más tarde por interpuesta persona recibió el monto citado y lo llevó el 7 de noviembre al Juzgado donde cursaba la sucesión.

El cheque con el cual Héctor Cardona Monsalve pagó el precio del vacuno fue cobrado ante la entidad girada, el 9 de agosto de 1985 y pagado ese día al secuestre Héctor Ramírez, quien si bien no precisó la fecha en que hizo la entrega a la Juez procesada, si afirma que esto sucedió dos o tres días después del 6 de agosto.

La indagatoria al intervenir en la audiencia pública, admitió la entrega del dinero por el secuestre, aclarando que fue en efectivo y no mediante cheque, enfatizando que lo hizo no en calidad de Juez, debido a que si bien no había entregado el Juzgado ya se había nombrado su reemplazo. Aclara la funcionaria el informe verbal que hizo de la situación a la funcionaria comitente, quien le refirió que debía informar al secuestre que consignara el dinero en la Caja Agraria, lo cual no fue posible por carecer de autorización para ese fin; en estas condiciones, agrega la acusada que volvió a comunicarse con la Juez de Puerto Berrío y ésta le solicitó exhortar nuevamente al secuestre para que se presentara al Juzgado de conocimiento.

Sin embargo, la doctora Soledad Giraldo, Juez Civil Municipal de Puerto Berrío, certificó que el 9 y 16 de agosto de 1985 fue llamada por la doctora Chica Castrillón, quien le expuso lo ocurrido con el semoviente entregado al secuestre, limitándose a solicitarle a su interlocutora le comunicara los hechos por escrito y le informara al secuestre que hiciera la consignación a la Caja Agraria a nombre del Juzgado donde cursaba la Sucesión.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:

La Fiscal recurrente en contradictoria sustentación, luego de reconocer la existencia del delito de Abuso de Función Pública afirma que acepta esta conclusión

del Tribunal pero que "no la comparte"; acto seguido a pesar de admitir que la funcionaria acusada recibió el dinero en las condiciones analizadas por el A-QUO, enfatiza sobre la duda en relación con el dolo, la que solo se podía eliminar con la práctica de algunas pruebas tendientes a demostrar el motivo por el cual la doctora Chica Castrillón no devolvió prontamente la suma recibida, como si el cargo por el cual se profirió la sentencia fuera el de Peculado por apropiación.

Entre tanto, el defensor de la procesada censura el fallo argumentando la atipicidad de la conducta, toda vez, que el dinero fue recibido por la Juez en carácter de particular.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, solicita de la Sala se confirme la sentencia impugnada al encontrarse plenamente probado el abuso de la función pública, por parte de la doctora Chica Castrillón, al haber solicitado y recibido el dinero al secuestre; para llegar a esta conclusión, afirma que la conducta se llevó a efecto cuando la acusada se desempeñaba como Juez de la República pero sin facultad alguna para solicitarle el precitado dinero al secuestre.

CONSIDERACIONES:

1. *La calidad de juez.* Afirmar que la calidad de Juez de la República se pierde en el momento en que el funcionario no es reelegido y por ende, ha sido designado otro que lo reemplace, sin que se haya llevado a efecto la correspondiente entrega y consiguiente recibo del respectivo Despacho, es verdaderamente insostenible por desconocer abiertamente la ley, pues de conformidad con el artículo 156 del C. P. constituye delito del abandono del cargo que sin justa causa haga el empleado oficial y por disposición del artículo 139, numeral 4° del Decreto número 1660 de 1978, Constituye "abandono del empleo" cuando el funcionario, sin justificación alguna, cesa de prestar el servicio antes de que asuma el empleo quien ha de reemplazarlo; por tanto, si la Juez Chica Castrillón se desempeño como Juez hasta el 9 de septiembre de 1985 y los hechos sucedieron para el mes de agosto del mismo año, es indudable que su conducta la ejecutó cuando tenía tal calidad.

2. *La calificación del delito. Como ya se reseñó, el Tribunal llamó a juicio y condenó por delito de abuso de funciones públicas de que trata el Libro II, Título III, Capítulo IX.*

En el auto vocatorio a juicio no se profundiza en forma convincente en la demostración de las razones por las cuales se califica el delito como de Abuso de funciones públicas. Las razones que se esgrimen se pueden resumir en los siguientes párrafos que la Sala transcribe:

"En este caso aprovechando, y sin competencia para ello, recibió el dinero, reteniéndolo a su favor, y si bien cumplió con la devolución posteriormente, fue sólo bajo la amenaza de intervención por las autoridades.

"El comportamiento ilegal que se afirma, demuestra por parte de la interesada en impulsarlo, el convencimiento de invadir una órbita ajena a su función, de aquí

que busque torcer su contenido, limitándolo a una simple relación entre particulares, porque no argumenta en su favor un desconocimiento, sobre lo normado y menos aún, un error en su interpretación; se advierte en cambio, un interés propio que hace referencia al dolo como fenómeno sicológico y resulta de la revisión de los elementos materiales (antecedentes manifestaciones posteriores al suceso, motivación del acto...) los cuales constituyen expresiones exteriores en el análisis de la responsabilidad. La constante típica que relaciona los componentes del delito, permite señalar la conciencia de antijuricidad como presupuesto del comportamiento".

3. *La sentencia.* La sentencia manifiesta que "el esquema típico a través del auto de proceder detecta varios puntos básicos:

1. La condición de funcionaria.
2. La entrega monetaria por el secuestre en razón de esta calidad.
3. La conservación indebida de la especie por la acusada.

Se explaya parcialmente en demostrar que cuando la acusada recibió el dinero del secuestre era funcionaria.

4. *La verdadera calificación. De lo relatado y aceptado en el proceso resulta claro que hay un factor cuya realidad se aceptó pero al cual no se le dio trascendencia jurídica alguna: el aspecto móvil económico.*

La procesada abusó es cierto de sus funciones, pero mediante una forma específica y con una finalidad concreta indujo a un secuestre, afirmando que estaba autorizada por la Juez comitente a que le diese un dinero. Tal dinero lo tuvo en su poder durante varios meses y la devolución se originó en la preocupación del secuestre por averiguar y requerir a la procesada.

Dentro de este orden de ideas, la Sala estima que el proceso de subsunción efectuado por el Tribunal en el auto de proceder y corroborado en la sentencia fue equivocado, ya que los hechos no corresponden al delito de abuso de funciones públicas (art. 162 C.O.) sino a una forma especial de tal abuso, tipificada con el nombre de Concusión, artículo 140 C.P.).

5. *El abuso de funciones. Tanto el artículo 162 como el artículo 140 tienen en común el emplear el elemento normativo bajo la común expresión "abusando de su cargo".*

Por este aspecto se incrusta en su comisión una de las modalidades constitutivas de los delitos dolosos por acción, el abuso.

"Dentro de las tres grandes categorías de los delitos dolosos comisibles por acción, esto es, la violencia, el engaño y el abuso, la que ha dado lugar a mayores dificultades de definición y limitación es la última, ya que tiene más connotaciones jurídicas y culturales que las otras dos enunciadas donde priman postulados fácticos" (Sala de Casación Penal, providencia de 11 de noviembre de 1986).

Por lo demás la expresión "abuso de funciones" no es exclusiva de los artículos citados, sino que aparece en otras normas bien sea bajo esa forma exacta, v.gr. el (art. 272 C.P., privación ilegal de la libertad) u otras similares (art. 152).

6. *La concusión y el abuso de función pública. El abuso de funciones, da una descripción general amplia de conductas abusivas que se consideran ilícitas. Se describen bajo la expresión funciones públicas diversas de las que "realmente le corresponden".*

En cambio la concusión concreta en forma especial conducta igualmente abusiva pero que tiene una finalidad económica. Es pues este dispositivo en virtud del principio de la especialidad el aplicable a este caso en virtud de los principios doctrinarios tendientes a resolver los concursos aparentes de normas penales coexistentes, aceptadas en nuestra legislación (art. 5 de la Ley 57 de 1987).

"Para que se tenga especialidad se necesita que la ley especial contenga por necesidad lógica, todos los elementos de la ley general con la agregación de un elemento especializante que justifica la existencia. Cuando tal relación subsista entre dos normas, la ley general debe ceder el puesto a la especial" (Bettiol).

En el caso a subsumir la concusión, delito propio contra la administración se comete al igual que el tipo del artículo 162 del C. P. con abuso del cargo, Pero mientras en este tipo, se reitera la descripción es amplia y general en la concusión se agregan elementos especializantes que de configurarse trasladan el proceso de subsunción a este ilícito.

Tales elementos son el móvil o finalidad económico (dinero o cualquier otra utilidad indebidos) el objeto material idem y el empleo o de constricción (violencia moral) o de inducción (engaño) ya que se trata de un tipo de conducta alternativa.

Al haber recibido dinero, la conducta de la procesada encaja más exactamente dentro de la fórmula especial del artículo 140 que la genérica del 162. Se acudió por ella a la modalidad engañosa (inducir) al usarse una maniobra, al afirmar que la Juez comitente la había autorizado para recibir el dinero de la venta del semoviente.

La circunstancia de haber devuelto el dinero no desfigura la concusión ni mucho menos, ya que ella se consuma al dar y aún al solicitar dinero u otra utilidad.

En tales condiciones en sentir de la Sala se ha configurado a partir del auto de proceder una nulidad que el anterior Código de Procedimiento Penal, contemplaba específicamente como error en el auto de proceder relativo a la denominación jurídica de la infracción (art. 210-5) y el Código vigente conserva genéricamente como irregularidad procesal que afecta el debido proceso. Tal nulidad debe decretarse oficiosamente y ordenarse que se reponga la actuación a partir del proveido decretado nulo.

Por lo expuesto, la –Corte Suprema de Justicia–, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. DECRETAR la nulidad de todo lo actuado a partir del auto calificatorio de marzo 6 de 1987, inclusive, para que se proceda de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

2. ORDENAR que se reponga la actuación a partir del nuevo auto calificatorio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero.
Secretario

ESTUPEFACIENTES.

La Ley 30 de 1986 en el artículo 43 elevó a la entidad de delito la tenencia de los componentes químicos que también había previsto el Decreto Legislativo número 1041 de 1984, por consiguiente la aplicación de una u otra norma debe responder al principio general de derecho penal que impone la más favorable.

ESTUPEFACIENTES.

El artículo 1° del Decreto número 1041 de 1984, no admite exégesis diferente a la de que el propósito del legislador fue sancionar administrativamente el comercio, porte o almacenamiento injustificados de los componentes químicos enunciados en el literal b), sin privar a la jurisdicción penal de la investigación de los comportamientos típicos autónomos que pudieran surgir.

Auto Colisión. 10 de marzo de 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Primero Superior de Aduanas y el Juez Diecinueve Penal del Circuito, los dos con sede en Medellín.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 014 de marzo 1°/88.

Bogotá, marzo diez (10) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS:

Se ha planteado ante la Corte colisión negativa de competencias entre el Juez Primero Superior de Aduanas y el Juez Diecinueve (19) Penal del Circuito, ambos con sede en Medellín.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

1. Los hechos que dieron origen a la presente investigación penal, fueron resumidos por el Juez Primero Superior de Aduanas de la capital Antioqueña en la providencia calificatoria del mérito sumarial, como sigue:

Mediante confuso procedimiento realizado en noviembre 15 de 1985 por Agentes del Resguardo Nacional de Aduanas, se incautó en las instalaciones de la "Sociedad Colombiana de Mercadeo y Comercialización –Somercol Ltda.–, la cual está ubicada en la carrera 52 número 9-27 del sector de "Guayabal" en esta ciudad, gran cantidad de productos químicos, tales como acetona que se encontraba en diferentes recipientes, como también se hallaron cantidades de este mismo líquido mezclado con benceno, tolueno, xileno, mientras que en otros envases se retuvieron ácidos nítrico, sulfúrico, clorhídrico e hidrocarburos destilados con resultados positivos para metanol, butanol, como también se retuvieron canecas con thiner, amoniaco y permanganato de potasio. Igualmente se encontraron otras sustancias sólidas que al decir de la peritación química, corresponden al "ensayo de cocaína base".

2. Por los hechos reseñados arriba, se produjo la apertura simultánea de tres averiguaciones, a saber:

a) La dispuesta por el Juzgado Tercero Departamental de Policía por delegación del Gobernador del Departamento, y dirigida a investigar y fallar la contravención prevista en el literal b) del artículo 1° del Decreto Legislativo número 1041 expedido el primero de mayo de 1984 por el Ejecutivo Nacional con fundamento en las facultades del artículo 121 de la Carta fundamental.

La disposición citada, vigente para la fecha de la comisión del comportamiento que es materia de este análisis, textualmente disponía:

"Incurren en contravención y arresto inconmutable hasta por un (1) año, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar, las personas que:

"a)... b) Quien comercie, porte o almacene sin justificación, gasolina, explosivos o elementos químicos tales como acetona, éter, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, solventes, disolventes, carbonato liviano y otros similares empleados en la fabricación de sustancias susceptibles de producir adicción síquica o física".

El mismo decreto determinó en su artículo 2° que la competencia para investigar y fallar las conductas contravencionales previstas en el literal b) ya transcrito, radicaba en los Gobernadores Departamentales, los cuales debían observar al efecto el procedimiento señalado en el artículo 228 del Decreto número 1355 de 1970.

b) La correspondiente al hallazgo de las dos papeletas de "bazuca" o basuco, la cual fue aprehendida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín, y posteriormente se remitió por competencia a un Juzgado de Instrucción Criminal de aquella ciudad; y

c) El presente diligenciamiento sumarial, que hace relación a la investigación del delito de contrabando, consistente, en criterio del Juez Aduanero, en que las sustancias químicas halladas dentro de las instalaciones de "Somercol Ltda.", habían

ingresado al país ilegalmente, adecuándose de tal manera ese comportamiento a la descripción típica contenida en el artículo 6° de la Ley 21 de 1977 (reformatoria del Estatuto Penal Aduanero).

3. El Juez Primero Superior de Aduanas, con posterioridad a la calificación del acervo probatorio, labor que realizó en auto acusatorio del 5 de febrero de 1987, decidió en providencia calendada el 9 de junio pasado, "declarar la nulidad de todo lo actuado" por virtud a que, según el entendimiento de ese funcionario, su despacho carecía de competencia para conocer de los hechos por los cuales se había procesado a las personas vinculadas en alguna forma a la tenencia de las sustancias determinadas en el Decreto número 1041 de 1984, e introducidas subrepticia e ilegalmente al territorio nacional, en consideración a que esa específica conducta calificada por esa jurisdicción especial con el *nomen juris* de "contrabando de segundo grado" había sido subsumida por el artículo 43 de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), y la facultad para juzgar esa ilicitud había sido otorgada a los juzgados penales del Circuito.

En el mismo auto a que se ha venido aludiendo en este numeral, el Juez Superior de Aduanas que se ha afirmado incompetente para continuar conociendo de los hechos que su despacho ya había calificado como constitutivos de "Contrabando de segundo grado", resuelve remitir el expediente al Juzgado 19 Penal del Circuito de Medellín, por virtud a que este funcionario ya había tenido conocimiento del asunto en la oportunidad en que se le remitieron las copias pertinentes para averiguar por separado el aspecto relativo a las papeletas de basuco.

Finaliza su providencia el Juez de Aduanas, instando al del Circuito a que, en el evento de que no comparta sus inquietudes jurídicas, remita el proceso al Tribunal Disciplinario (sic) para que ese organismo resuelva definitivamente el conflicto suscitado.

4. Recibido el expediente por el Juez 19 Penal del Circuito, este funcionario se pronuncia por auto del 3 de julio último, a través del cual se niega a afrontar la colisión de competencias que le propone el Juez Primero Superior de Aduanas, invocando en abono de su tesis los siguientes argumentos y circunstancias que la Sala estima conveniente extraer del texto:

"Lo concerniente al hallazgo de sustancias químicas en las instalaciones de la "Sociedad Colombiana de Mercadeo y Comercialización –Somercol Ltda"., y que tuviera lugar durante el procedimiento realizado en noviembre de 1985, fue objeto de investigación en cuerda separada, habiendo quedado en manos del Juzgado Primero Superior de Aduanas únicamente la actuación relacionada con el presunto delito de "Contrabando" y que ahora remite a este Juzgado con el planteamiento de una colisión de competencia. Pero sucede que aquellas actuaciones independientemente adelantadas en torno al decomiso de esos productos químicos y que en principio le fueran repartidas a este despacho, fueron enviadas desde el 9 de julio de 1986 al Juzgado Tercero Departamental de Policía, al estimarse que esa conducta encajaba dentro de las previsiones del literal b) del artículo 10 del Decreto número 1041 de 1984, a título de simple *Contravención* (sic) de conocimiento del señor Gobernador del Departamento, según lo preceptuado en el artículo 2° de dicho estatuto. Pues,

que era esa la ley preexistente al hecho incriminado y por ello aplicable a ese caso, en lugar de considerar esa conducta como delito al tenor del artículo 43 de la Ley 30 de 1986 estatuto éste expedido con posterioridad a los hechos denunciados, acatando así el principio de favorabilidad".

Culmina su providencia el Juez del Circuito insinuándole al funcionario que ha promovido el conflicto, que lo haga ante el Juzgado Tercero Departamental de Policía de Medellín, toda vez que fue este último el encargado de fallar la contravención que ahora se halla incluida como conducta delictuosa dentro del catálogo de comportamientos perseguibles por vía penal que contiene la Ley 30 de 1986.

5. El Juez de Aduanas en auto del 4 de julio responde la providencia producida por el del Circuito y que ha sido transcrita –en lo esencial– en el acápite anterior, insistiendo en que es este último el competente para seguir conociendo del proceso, por virtud a que la Ley 30 de 1986 así lo manda expresamente en su artículo 46, y advirtiéndole que no procede la colisión con el funcionario de policía citado, por cuanto el estatuto procesal que gobierna este asunto es el Decreto número 409 de 1971 y no el recientemente puesto en vigencia.

6. El Juez del Circuito, entendiendo que la normatividad instrumental que regula este proceso es el Decreto número 050 de 1987, decide hacer uso del dispositivo contenido en el artículo 101 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, y al efecto envía el expediente al Juzgado Tercero Departamental de Policía para que este funcionario administrativo se pronuncie acerca del fenómeno de discusión de competencias que, en criterio del Circuito, ha hecho presencia en el evento *sub lite*.

7. El funcionario de policía tercia en la polémica mediante la providencia del 15 de septiembre pasado, en donde expone con claridad su criterio frente al conflicto con argumentos de peso que pueden condensarse así:

a) Que lo procesalmente indicado en este evento era que el Juez del Circuito que declinaba la competencia que pretendía atribuirle el Superior de Aduanas, hubiera remitido el expediente al organismo competente para que allí se dirimiera definitivamente la colisión surgida entre esos dos despachos judiciales;

b) Que es un hecho cierto que ese Juzgado Departamental (sic) de Policía, por delegación del señor Gobernador, instruyó lo relativo a la conducta contravencional prevista por el Decreto número 1041 de 1984, pues era esa, y no otra, la norma aplicable al caso controvertido; y

c) Que el Gobernador de Antioquia falló definitivamente el proceso contravencional, lo que produce como consecuencia, que se está en presencia de una decisión que ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

Consecuente con sus planteamientos, el Juez de policía remitió el proceso al del Circuito, para que éste procediera de conformidad con las normas que regulan el trámite del conflicto de competencias entre funcionarios de la jurisdicción.

8. El Juez 19 Penal del Circuito decide finalmente trabar la colisión negativa surgida a instancias del Superior de Aduanas, y en auto del 26 de enero último dispone la remisión del negocio a esta Sala para lo pertinente, no sin antes hacer

hincapié en que en el evento materia de esta discusión no cabe la posibilidad de procesar a los sujetos comprometidos en la tenencia de los químicos, como presuntos responsables de violación al estatuto nacional de estupefacientes, por virtud a que la Ley 30 de 1986 se expidió con posterioridad a la comisión del comportamiento investigado.

9. En este orden de ideas, *producida formalmente la colisión que es objeto de este análisis, procede la Sala a dilucidar algunos aspectos que habrán de tener decisoria incidencia en la resolución a tomar, y que se puntualizan acto seguido:*

a) Constituye hecho demostrado en el proceso que las sustancias químicas de prohibido comercio a que se refieren los autos, fueron incautadas por la autoridad aduanera el día 15 de noviembre de 1985;

b) Tampoco admite duda que para la fecha indicada tenía pleno vigor en el territorio nacional el Decreto Legislativo número 1041, expedida el primero de mayo de 1984, a través del cual el Gobierno central elevó a la categoría de "Contravención" sancionada con arresto inconmutable hasta por un (1) año, entre otras, la conducta consistente en comerciar, portar o almacenar sin justificación, acetona u otros productos químicos y explosivos, que son utilizados en la producción de sustancias que producen adicción física o síquica;

c) Está probado en el expediente que el Gobernador de Antioquia, *en uso de las facultades que le había otorgado el mismo decreto de estado de sitio que había establecido la contravención en comentario, profirió con fecha 7 de octubre de 1986 providencia mediante la cual absolvió a los implicados en la tenencia de las materias prohibidas, poniendo así punto final a la controversia jurídica cuya solución definitiva e inapelable la misma ley del Estado había confiado a los mandatarios seccionales.*

d) No se remite a duda que la Ley 30 de 1986, expedida el 31 de enero de aquel año, entró en vigencia el 6 del mes siguiente (fecha de su promulgación); es decir, que los efectos jurídicos del estatuto Nacional de Estupefacientes empezaron a tener vigencia con posterioridad a la fecha de la incautación de las sustancias prohibidas.

Clarificado el aspecto atinente a la vigencia de las respectivas disposiciones, resulta absolutamente claro que el tratamiento punitivo que el Decreto número 1041 daba al comportamiento del cual se acusaba a los procesados, se limitaba a la imposición de una sanción de arresto inconmutable cuya duración máxima no podía exceder de un (1) año.

Ahora bien, de la lectura del tipo penal contenido en el artículo 43 de la Ley 30, surge en términos irrefutables que la tenencia de los componentes químicos que también había previsto el Decreto número 1041, había sido elevada a la entidad de hecho punible de naturaleza delictiva, y que la sanción prevista para sus transgresores oscilaba entre dos (2) y cinco (5) años de prisión.

Así pues que del elemental parangón que se acaba de verificar sobre las normas sometidas a cuestionamiento, fluye indubitable la circunstancia de que la ley posterior (30 de 1986), resulta mucho más desfavorable que la antecedente, como que aquella muta en delictuosa la actividad contravencional, y prescribe pena más drástica que la derogada.

De modo que por el aspecto que hace relación al principio general de derecho penal que impone la aplicación de la ley más favorable, no hay duda que resulta errada la tesis esgrimida por el Juez Superior de Aduanas por la cual pretendía que el hecho sub judice se le aplicara normatividad que resultaba mucho más lesiva a los particulares intereses y garantías de los procesados, no obstante que no era esa disposición legal la vigente para el momento de la comisión del evento ilícito.

e) De otra parte no debe desconocerse el principio de la "cosa juzgada", que prescribe que el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o auto que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le de una denominación distinta (C.P. artículo 9° C. de P.P. artículo 17).

Como está probado que el Gobernador de Antioquia facultado para ello por virtud del mismo estatuto extraordinario citado, dictó providencia absolviendo a los implicados, y que tal decisión había hecho tránsito a cosa juzgada, esto es, había producido efectos jurídicos *erga omnes* de naturaleza definitiva, no es aceptable la pretensión del Juez de Aduanas dirigida a que el Juez del Circuito reviviera una causa fallada.

f) *Conviene resaltar* igualmente, *que tampoco acertó el Juez Primero Superior de Aduanas, cuando teoriza acerca del fenómeno del "concurso aparente de normas penales", el cual, en su criterio, ha de resolverse en este caso específico mediante el principio de la especialidad.*

En efecto, si se lee el artículo 1° del Decreto número 1041 de 1984, ha de reconocerse sin incertidumbre alguna, que la expresión gramatical "sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar", no admite exégesis diferente a la de que el propósito del legislador fue sancionar administrativamente a título de contravención, el comercio, porte o almacenamiento injustificados de los componentes químicos enunciados en el literal b), sin privar a la jurisdicción penal (ordinaria o especial) de la facultad y el deber de investigar criminalmente los comportamientos típicos autónomos que pudieran surgir previa o coetáneamente a la estructuración de la contravención.

Desde esta posición hermenéutica, que parece no admite argumentos que le menoscaben su validez, aparece obvio que, demostrado en el informativo que la "acetona" u otros elementos químicos a que alude el literal b), fueron introducidos ilegalmente al país (como parece serlo en este asunto), se inicie por la jurisdicción aduanera en forma separada de la averiguación de índole administrativa, la correspondiente acción penal en aras de establecer por los medios legales adecuados, si los "contraventores" incurrieron o no en el delito de "Contrabando".

Es claro que no es este un evento de "concurso aparente de tipos penales" que admita la misma solución que el Tribunal de conflictos otorgó a casos similares en pretéritas oportunidades y a las cuales acude en su abono el funcionario colisionante. Esto, porque el tema controvertido y resuelto por la corporación citada, se planteó sobre la hipótesis de la concurrencia o no del delito de "Contrabando" y el de tenencia ilegal de sustancias que sirvan para el procesamiento de cocaína u otras drogas que produzcan dependencia (artículo 43 Ley 30 de 1986); habiéndose resuelto en el

sentido de reconocer que el término "ilegal" dentro de la estructura típica consagrada en el estatuto de estupefacientes en el artículo indicado, era comprensivo de toda actividad ilícita desplegada sobre las sustancias allí pormenorizadas, aún la consistente en su introducción clandestina al país.

De lo precedentemente expuesto se concluye afirmando que el conocimiento de las presentes diligencias sumarias, iniciadas a efecto de investigar el delito de contrabando, corresponde privativamente al Juez Primero Superior de Aduanas de Medellín.

De conformidad con las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–,

RESUELVE:

DIRIMIR LA COLISIÓN negativa de competencias surgida en este proceso, en el sentido de declarar que el funcionario competente para seguir conociendo de la investigación, es el Juez Primero Superior de Aduanas de Medellín.

Comuníquese esta determinación al Juez 19 Penal del Circuito de la citada ciudad, y remítase el expediente al funcionario competente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

1. CONCURSO - CONCEPTO

El concurso tiende a estructurarse cuando la acción o la omisión, pudiéndose quedar en una determinada zona, se extiende a otras, con un enriquecimiento del tipo penal que vulnera múltiples bienes jurídicamente tutelados y ofende a otros sujetos.

2. PENA

Para la dosificación de la pena el artículo 26 del C. Penal se refiere al delito de *mayor pena* y no al más grave.

Sentencia Casación. 14 de marzo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Ciro Antonio Sanabria Rincón, por los delitos de Falsedad en Documentos y Estafa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 16.

Bogotá D.E., marzo catorce de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Se procede a definir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de abril de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en la cual, por los delitos "falsedad en documentos y estafa", se impuso a Ciro Antonio Sanabria Rincón, cuarenta (40) meses de prisión, así como las accesorias pertinentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

De los primeros dice el Tribunal:

"... En diciembre de 1982 entre Mesías Cortés Beltrán y Ciro Antonio Sanabria Rincón, se celebró un contrato de permuta mediante el cual el primero, entregó al

segundo, un automotor marca "Land Rover, modelo 19-65, placas JB-0274 de Neiva, color verde, extralargo, los elementos propios del mismo y la suma de $100.000.00 y recibía en cambio un camión furgón, modelo 1966, de placas AH-0922, color azul. El 20 de enero de 1983 Cortés Beltrán formuló denuncia penal, porque la tarjeta de propiedad que le entregó Sanabria Rincón perteneciente al furgón, según informaciones obtenidas en Circulación y Tránsito, no era auténtica y además, porque dicho vehículo estaba solicitado por el Juzgado 25 de Instrucción Criminal.

"Segundo Efraín Cavieles Varela manifestó, que Sanabria Rincón le solicitó que le ayudara a sacar la carta de propiedad para un furgón, marca Ford y que él personalmente no podía hacer esas gestiones porque tenía vigente orden de captura. Que le respondió que hablaría con un amigo para que le hiciera esas gestiones. Que 8 días después le entró el dinero faltante y se lo llevó al que estaba sacando los documentos y éste se los entregó para que se los llevara a Sanabria Rincón. Tales documentos eran: Tarjeta de propiedad nueva, calcomonía de 1982 y los recibos. Que el individuo que hizo las gestiones de circulación no le sabe sus nombres, pero lo ha visto tomando tinto en las cafeterías contiguas a Circulación. El instructor le puso al declarante de presente los documentos que se encuentran en este proceso y manifestó que eran los mismos que le había entregado el individuo de circulación, pero que no sabía si eran o no auténticas, porque de eso no tenía conocimiento.

"Emilia Restrepo Villegas, quien es la propietaria del furgón manifestó que conocía a Sanabria Rincón desde 1980, porque le hizo entrega del mencionado furgón y otro automotor, dos letras de cambio por tres millones de pesos, un apartamento y un lote en Cajicá, y Sanabria Rincón tenía que entregarle una finca de 32.250 varas cuadradas, sembrado en eucaliptos, ubicada en el barrio "Montebello" de esta ciudad. Que la carta de propiedad del furgón figuraba a nombre de Ernesto Castillo, a quien autorizó para que hiciera el traspaso, pero al comprobar que el predio prometido en permuta no era de Sanabria Rincón sino de Alicia Durán de Sánchez y otra señora, dio orden a Castillo para que no le hiciera el traspaso.

"Benjamín Suárez Peña, quien sirvió como intermediario entre Sanabria Rincón y Emilia Restrepo Villegas para la permuta, manifestó que se llegó a la fecha convenida para correr la escritura y Sanabria Rincón no dio cumplimiento a lo pactado; la señora Emilia procedió como ella dijo.

"Jaime Báez Peña manifestó que Sanabria Rincón solicitó de la señora Emilia que por el furgón hiciera el traspaso a nombre de Mesías Cortés y por el Land Rover a nombre de la esposa de Sanabria Rincón. Que Cortés le entregó a Sanabria $100.000.00 en efectivo y una letra de cambio por una suma igual.

"Mesías del Carmen Barreto manifiesta que conoce a Sanabria Rincón y a Cortés Beltrán a quienes relacionó y se dio cuenta del negocio que hicieron en el cual se comprometió Cortés Beltrán a permutarle un Land Rover por un furgón marca Ford y le encimó la suma de cien mil pesos en efectivo y otra suma igual en una letra de cambio. Entregados los vehículos, no sabe el declarante si ambos registraron los documentos sobre la permuta. Respecto de la propiedad de cada vehículo quedó abierta, por si alguno deseaba venderlo, quien lo comprara recibiría la Carta de venta

de Cortés Beltrán o de Sanabria Rincón. Que se enteró que Cortés Beltrán fue hasta circulación y constató que el número del motor del furgón no correspondía al que estaba registrado, razón por la cual le solicitó a Sanabria que le arreglara ese problema, respondiéndole que tenía que esperar que regresara la persona que le había adelantado las diligencias. Que después Cortés Beltrán le comentó que le había detenido el furgón. Este declarante reconoció la firma que estampó en el documento de permuta como de su puño y letra.

"Capturado Ciro A. Sanabria Rincón, ante la Policía se presentó Elver Cortés, hermano de Mesías e informó que el capturado había permutado con su hermano un furgón y la tarjeta de propiedad resultó falsa. Que dicho furgón se encuentra solicitado por el Juzgado 25 de Instrucción Criminal. Con el informe se allegó una fotocopia de la licencia de tránsito número 77620 del furgón AH-0922 a nombre de Ernesto Castillo Rodríguez...".

De la segunda, anota la Delegada:

"Sanabria fue convocado a juicio como autor de los delitos de uso de documento público falso y estafa en concurso. Rituado el período probatorio de la causa y celebrada la audiencia pública, el Juzgado 21 Superior de Bogotá, condenó al acusado a la pena de veintiocho meses de prisión, incrementado a cuarenta por el Tribunal Superior, al confirmar el fallo condenatorio mediante sentencia materia del recurso que se examina...".

La demanda:

Dos cargos se formulan a la sentencia. Uno: el auto de proceder incurrió en un error en la denominación jurídica de la infracción (artículos 580, causal 4ª del C. de P.P.), pues tratántose de una sola conducta se dividió el comportamiento del procesado para tomarlo como constitutivo de dos delitos, o sea, que el engaño propio al de "falsedad en documentos" –haber utilizado un documento espurio, en cuya alteración no tomó parte– (artículo 222 inc. 1° C.P.), también se hizo servir para conformar el de "estafa" (artículo 356 ib.), violándose así la universal garantía del *non bis in idem.*

Se citan como normas infringidas los artículos 210-5 C.P.P. y 222 C.P.

El otro, se relaciona con la dosificación de la pena, señalándose "una violación directa de la ley sustancial (artículo 222, inciso segundo del Código Penal), por aplicación indebida, de donde se sigue que es atacable a través de la causal primera de casación, aparte primero, regulada por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1936".

En censor arguye: "En el auto de proceder se dijo claramente que a mi defendido Ciro Antonio Sanabria se le imputaba la infracción que contempla el inciso primero de la precitada norma, el cual señala pena de uno a ocho años de prisión.

"El artículo 26 *ibidem* dispone que el que infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, 'quedará sujeto a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto'.

"Ocurre que en la sentencia impugnada, para dosificar la pena en la forma que indica el artículo 26 del C.P., se aplicó indebidamente el inciso segundo del artículo 222 *ibidem*, ya que el auto de proceder ubicó a Sanabria en el inciso primero, y de ese modo se sostuvo que la pena más grave era la referente al uso del documento público falso y se partió de la base de veinticuatro meses para aumentarlos en 16 para un total de cuarenta meses de prisión.

"En el proceso quedó legalmente reconocido que al señor Sanabria se le imputaba el uso de documento que contempla el inciso primero del artículo 222 del Código Penal, y al aplicar el Tribunal el inciso segundo de dicha norma, incurrió en error de derecho, en aplicación indebida del citado inciso segundo, por supuesto con claro perjuicio para mi defendido, pues de lo contrario habría sido condenado a una pena inferior a la severa de cuarenta meses que contempla la sentencia acusada.

"La norma indebidamente aplicada no se concilia con los hechos procesalmente reconocidos y de ahí que el error de derecho aparezca claro.

"Sólo el error de derecho anotado y la consiguiente aplicación indebida del inciso segundo del artículo 222 del Código Penal podían llevar a la conclusión de que frente a la estafa la pena más grave era la señalada para el uso de documento público falso cuando era la que determina el artículo 356 del C.P. para la estafa.

"El error de derecho es manifiesto lo mismo que su relación de causa a efecto con respecto a la parte resolutiva del fallo atacado. Y en consecuencia, reitero a la honorable Corte mi respetuosa solicitud sobre infirmación de la sentencia y que en su lugar se imponga al procesado Sanabria una sanción inferior a la de cuarenta meses".

Consideraciones de la Corte y del Procurador 3° Delegado en lo Penal

1. *Los elementos probatorios indican, y así lo reconoce el memorialista, que el sentenciado se hizo a una tarjeta de propiedad que no le correspondía, ni podía corresponderle legítimamente, y luego la presentó para acreditar ese dominio sobre el automotor que negociaba con el señor Mesías Cortés Beltrán. Esta conducta la toma el recurrente como integradora de un solo delito, vale decir, el de falsedad documental, sin que pueda hacerse valer para estructurar un concurso de infracciones, al caso, también el reato de estafa.*

Ciertamente que, en punto de las formas concursales, no deja de advertirse una tendencia a evitar el desdoblamiento de un obrar delictivo para acreditar la existencia de varios delitos, prefiriéndose, por un proceso de subsunción, una única infracción. Constantemente se alude, en fundamento de este criterio, a la posible violación del principio del non bis in idem. *Esta tesis, también conviene recordarlo, era de mayor recibo en el Código Penal de 1936, y menos, indudablemente, en el actual, consideración ésta que se desprende de la forma como se redactaron las normas sobre el concurso de delitos.*

Advierte la conducencia del concurso cuando la conducta puede sectorizarse con una independencia tal que cada segmento o estadio del comportamiento adquiera y traduzca debida perfección; o, en otros términos, el concurso tiende a estructurarse cuando la acción o la omisión, pudiéndose quedar en una determinada zona, se

extiende a otras, con un enriquecimiento del tipo penal que vulnera múltiples bienes jurídicamente tutelados y ofende a otros sujetos. Esta discusión ha sido ardua respecto del título valor (cheque), cuando adulterado en su contenido logra ser cobrado directamente en la entidad crediticia o aceptado por un tercero. Los que inadmiten, minoritariamente, el concurso (falsedad en documentos y estafa), basan su disentimiento en el destino natural del cheque y en los antecedentes de la norma, ya que fue opinión de los comisionados que prepararon el proyecto del Código Penal vigente, evitar para este caso, el concurso. Pero debe advertirse que dicha tesis se circunscribe al comentado caso (cheques).

En el caso sub examine *resulta muy atinada la valoración de la Delegada, que se transcribirá, con fundamento en estas dos realidades:*

a) Que la conducta del procesado, en cuanto se refiere al fenómeno delictivo de la falsedad en documentos, fue interpretada benignamente al dejar por fuera su participación consciente en la adulteración de la tarjeta de propiedad, valiéndose de un tercero, pues bien sabía que legalmente no podía conseguir tal documento y la procuración de esos servicios sólo pretendía la obtención de un documento falso. Lo acreditado en autos indicaba su participación en ese hecho y no, en la forma como a la postre se calificó, esto es, teniéndole por persona ajena a la producción de esa tarjeta inauténtica, y destacándose su exclusivo aprovechamiento a los fines ya mencionados; y

b) Que perfectamente podían diferenciarse las dos conductas cumplidas, o sea, la de la obtención del referido documento, para su personal utilización en cuanto a las autoridades de tránsito y la de arbitrar la misma para inducir en error, mediante engaño tan eficaz, a otra persona que creyó en la propiedad que relacionaba tal documento. En el primer evento se tiene perfecto, en todos sus requisitos, el delito de la falsedad documental; y en el segundo, que exhibe una evidente autonomía y a su vez recoge todos los elementos propios de la figura, se da una estafa en perjuicio del mencionado señor Cortés Beltrán. Es imposible, en estas circunstancias, repudiar la forma concursal y aludir tan solo al esquema jurídico de la falsedad documentaria cuando, como se ha dicho, la conducta realizada logró insertarse en el quebranto de intereses separadamente protegidos y que por su manifiesta independencia cobraba vida distinta y demostraba su indiscutible individualidad, repudiando por tanto el fenómeno de la absorción.

La Procuraduría ha tenido ocasión de tratar el punto y al respecto anota:

"Es evidente que el uso que tipifica el delito del artículo 222, inciso 1°, es el uso natural del documento, el que le corresponde naturalmente dentro del tráfico jurídico ordinario de ese tipo de documento, o lo que es lo mismo, la capacidad de servir de medio de prueba en aquellos aspectos y circunstancias que corresponde al destino propio del documento. Tratándose de la tarjeta de propiedad de un automóvil, el uso no puede ser otro que el de acreditar la titularidad del dominio del mismo ante las autoridades de tránsito, ante los particulares o ante cualquier empleado oficial. Al portar el documento espurio y llevar consigo el vehículo, se consolidó el uso que tipifica el delito que venimos comentando. Ese es el destino natural de la

tarjeta de propiedad del vehículo. Se afectó así la fe pública, entendida como la garantía de veracidad y autenticidad de los documentos públicos.

"Pero como además, Sanabria Rincón, utilizó esa tarjeta para engañar y obtuvo una ventaja económica indebida, cometió también el delito de estafa del artículo 356, pues con su comportamiento vulneró el bien jurídico del patrimonio económico. Es que no puede admitirse que el uso natural del documento público pueda ser la estafa.

"Si el uso del documento público trasciende la esfera de su uso natural y alcanza la órbita del engaño para suscitar en la víctima un error y se obtiene un provecho ilícito, la imputación jurídica debe formularse también por estafa".

Se debe desestimar la censura.

b) El fallo recurrido, en cuanto a la dosificación de la pena, expresa:

"... El *aquo* para explicar los motivos que tuvo para fijar 28 meses como pena principal a Sanabria Rincón, manifestó que debe partirse del delito más grave, que es la estafa y siguiendo las directrices del artículo 61 del C. Penal, la pena debe ser de 28 meses de prisión.

"El Ministerio Público dice que como Sanabria Rincón tiene en su haber una condena por los mismos punibles y varias sindicaciones, no puede partirse del mínimo señalado para la falsedad que es el delito más grave por razón de la competencia para conocer de él, sino de 30 meses y en razón del concurso incrementarla en 15 meses más, para un total de 45 meses, en la cual solicita se le fije la pena al encausado.

"La Sala se permite fijar su criterio para la dosificación de la pena principal que debe purgar el acusado así:

"Teniendo en cuenta lo que estatuye el artículo 61 del C. Penal, la pena debe graduarse según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación y la personalidad del agente.

"Se ha demostrado plenamente que el procesado es un individuo que convive con el delito, su diario vivir es consecuencia de los actos reprochables en que actúa o participa y quien así procede no puede estar sujeto a penas benignas. El delito que le dio competencia *al aquo* es el de falsedad, reato que consumó totalmente el agente cuando ordenó a Cavieles Varela que le ayudara a tramitar la licencia de tránsito y recibió la número 1598044 la cual utilizó a sabiendas de su falsedad, para montar el teatro que le serviría para estafar a Cortés Beltrán. Quien así procede es un individuo curtido en esta clase de delitos y su astucia no tiene límites para conseguir el fin propuesto, razón por la cual para dosificarle la pena no puede partirse del mínimo del delito de mayor jerarquía sino de 24 meses; y como la falsedad se cometió en concurso con el de estafa que no está agravada, debe incrementarse en 16 meses más, para una pena total de 40 meses de prisión...".

2. *La censura,* en este punto, *no interpreta cabalmente la posición asumida por el Tribunal y pretende imponer como verdad el que, contrariándose lo dicho en el auto de*

proceder, se partió de la pena impuesta para el delito de falsedad en documentos contemplada en el artículo 222 inciso segundo del C. Penal.

En efecto, el Tribunal no modificó en lo más mínimo la apreciación vertida en el auto de cargos, pues siguió considerando la conducta del sentenciado no dentro del lineamiento del inciso segundo, sino del primero, del artículo 222. Adviértase que al sustentar la variación de la pena impuesta por el juzgador de la primera instancia, se argumenta sobre los factores que determinaban un aumento de pena sobre el mínimo de la sanción considerada por el precepto sustantivo aplicable. En parte alguna dice que se toma la pena del mencionado inciso segundo (un aumento hasta la mitad del año de prisión contemplado el inciso primero, o sea, que se partiría de 18 meses), sino que "para dosificarle la pena no puede partirse del mínimo del delito de mayor jerarquía sino de 24 meses". O sea, que por este aspecto se decidió aumentar el mínimo (un año) en doce meses, que de haberse partido de los dieciocho meses previstos por el artículo 222, inciso 2°, daría no veinticuatro sino veintiocho meses. A continuación se incrementó ese quantum, por razón del delito de estafa, en dieciséis meses, aumento que no merece ni ha merecido reproche.

El artículo 26 del C. Penal dispone: "Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto".

Nótese que el estatuto no se refiere al delito más grave, como equivocadamente lo entiende el Tribunal y que llevaría a la discusión de si es el delito que otorga una competencia en grado de jerarquía superior de juzgamiento (artículo 84 C.P.), o el de la pena más severa que comporte cualquiera de las infracciones concursales. Se trata de una determinación eminentemente objetiva, pues basta, cuando se trata de mínimos determinados en igual forma, considerar el máximo de la pena imponible. Así se conoce (por la pena más grave) el delito del cual debe partirse en la cuantificación punitiva. En el caso sub examine *el delito de mayor pena, indudablemente, lo sería la estafa, ya que su máximo es de 10 años (para no aludir a la agravación del artículo 372 C.P.), al paso que el artículo 222 inciso 1°, contempla a ese mismo respecto 8 años de prisión. No se estimó así, lamentablemente, por el Tribunal. Pero la cuestión no reviste la trascendencia que le adjudica al memorialista ni puede aceptarse su pretensión por las siguientes razones:*

1. *De tenerse en cuenta, en forma acertada el delito de mayor sanción, o sea el de estafa, habría lugar a una intensificación de pena que no se compadece con lo perseguido por la impugnación. En este punto sería dable acentuar la pena mínima por la incidencia de una agravación genérica y porque la mayor amplitud del máximo podría repercutir en la fijación del mínimo, pues no es lo mismo valorar éste en una sanción que va de 1 a 8 años (artículo 222), que hacerlo en otra que oscila entre 1 y 10 años (artículo 356 C.P.).*

2. *Porque así se haya considerado equivocadamente el delito de falsedad en documentos como el de mayor gravedad, la tasación resultó ajustada a derecho puesto que tanto aquél (artículo 222 inciso 1°) como éste (artículo 356) tienen un mínimo de un año de prisión, pena que el Tribunal consideró, con razones valederas, que debía*

aumentarse en doce meses más, para dar, por este primer concepto, un subtotal de veinticuatro meses de prisión; y,

3. *Porque el Tribunal no mudó en momento alguno, la ubicación de la conducta determinada en el auto de proceder, pues consideró que aquélla debía subsumirse en el artículo 222, sin aludir al inciso segundo de este dispositivo, pues de haberlo hecho, el mínimo de doce meses, intensificable hasta en la mitad, se hubiera determinado en dieciocho meses, alcanzando, entonces, por este primer aspecto, un subtotal de veintiocho meses de prisión.*

En estas circunstancias la casación no puede remover una decisión que, incluso puede mostrarse de reducida entidad, dada las modalidades del hecho, la personalidad del agente y los factores de mayor punibilidad que inciden en perjuicio del sentenciado.

Tampoco prospera el cargo.

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

RESUELVE:

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

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Guillermo Dávila Muñoz, Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar O.
Secretario

1. CONEXIDAD - FUERO

La unidad procesal para el juzgamiento tiene que conservarse so pena de una nulidad, en los casos de fuero señalados por la ley, así la competencia radique en las Corporaciones de la Jurisdicción ordinaria.

2. PREVARICATO

Si la ley exige como requisito previo a las medidas preventivas la prestación de una caución, mientras ésta no sea legalmente otorgada no pueden aquéllas decretarse y si lo fueron, al desaparecer el presupuesto con la revocatoria del auto que aceptó la caución, necesariamente tiene que desaparecer su efecto.

Auto Unica Instancia. 14 de marzo de 1988. Se abstiene de iniciar proceso penal contra los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá doctores Humberto Rodríguez Robayo, Antonio Rodríguez Rodríguez, Carlos Rojas Vargas, Alfredo Beltrán Sierra y Héctor Romero Díaz y la doctora Lucía Gómez Burgos Juez 12 Civil del Circuito de la misma ciudad, además ordena el envío de la actuación judicial, en relación con otros cargos y que hacen referencia a comportamientos exclusivos de la Juez.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 16.

Bogotá, marzo catorce de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo y Francisco Javier Jaramillo formularon denuncia contra la Juez 12 Civil del Circuito de Bogotá, doctora Lucía Gómez

Burgos, y contra el Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de la misma ciudad, doctor Humberto Rodríguez Robayo, por el presunto delito de prevaricato. Agotada la indagación preliminar, corresponde a la Corte decidir sobre apertura de investigación sumarial.

RESEÑA DE LOS HECHOS:

Al Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, a cargo de la doctora Lucía Gómez Burgos, correspondió la acción ejecutiva promovida el 9 de marzo de 1983 por el abogado Gustavo Gallón Giraldo, como endosatario al cobro de unos pagarés de financiera Leasing de Caldas S.A., contra Macías y Houghton Ltda., Esteban y Jaime Macías Vargas. En desarrollo del proceso la Juez ha tomado varias determinaciones que los denunciantes estiman manifiestamente contrarias a derecho tales como:

a) Haber levantado caprichosamente las medidas preventivas que había ordenado la misma juez;

b) Haber entregado a los demandados la suma de $560.000 a pesar de encontrarse embargado dicho dinero;

c) Haber anulado un emplazamiento que se había efectuado a uno de los demandados;

d) Haber condenado en costas a la parte actora en un incidente de nulidad que dicha parte no había propuesto, con violación del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil;

e) Haber desatendido la orden de embargo de derechos y créditos que tuvieran los demandados en el proceso, con desconocimiento del numeral 5° del artículo 681 del C. de P.C., y

f) Haber negado trasladar los bienes desembargados al juzgado que había ordenado embargar los remanentes con desconocimiento de los artículos 4° y 37 numerales 1° y 6° del C. de P.C., con la aquiescencia del Magistrado *Rodríguez Robayo* quien confirmó las tres conductas primeramente mencionadas a pesar de haberle hecho conocer la arbitrariedad de las mismas.

LA INDAGACIÓN PRELIMINAR:

Una vez acreditada la calidad de juez y magistrado de los funcionarios denunciados, mediante las actas de posesión y certificaciones correspondientes, así como la de los restantes magistrados que integraron la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá y que actuaron por consiguiente en las decisiones tildadas de prevaricadoras, se ordenaron como pruebas preliminares: inspección judicial al proceso ejecutivo que originó la denuncia; allegar en fotocopia autenticada la actuación de los funcionarios denunciados y, además, oír en exposición a varios de los imputados en los términos del artículo 344 del C. de P.P., diligencias que fueron recepcionadas en su oportunidad y que constituyen el fundamento probatorio de la decisión por tomar en el presente caso.

LA UNIDAD PROCESAL FRENTE AL FUERO:

1. *Como quiera que el proceso averiguatorio preliminar se hizo conjuntamente para funcionarios con distinto fuero –los Magistrados de Tribunal y la Juez–, estima la Corporación conveniente precisar, en forma previa al objeto central de la decisión, el alcance de las nuevas disposiciones sobre la materia del rito procesal vigente.*

El artículo 85 del C. de P.P. preceptúa: "En los procesos sometidos a la jurisdicción ordinaria, la unidad del proceso se conservará. En el caso de que figure como procesado alguna persona que goce de fuero, conocerá el juez de mayor jerarquía", norma que debe integrarse para efectos de su debida interpretación con el principio rector legislado en el artículo 14 del mi mo ordenamiento cuyo contenido es: "Salvo los casos de conexidad y las excepciones constitucionales y legales, por cada hecho punible se hará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes. Sin embargo, la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa".

Como puede observarse la regla que la nueva legislación de procedimiento adopta es la unidad procesal para cada hecho punible así sean varios los sindicados o entre ellos haya alguno con fuero de juzgamiento al igual que los casos de conexidad en donde es perfectamente posible un solo proceso por varios hechos punibles investigados.

Las excepciones a dicha regla son las que señala la Constitución o la ley, esto es, que a pesar de ser un solo hecho punible con varios sindicados no opera la unidad procesal:

La Constitución establece unos juzgamientos para altos dignatarios del Estado (juicios de responsabilidad por mal desempeño de funciones, por indignidad o por mala conducta) –artículo 68.7 C. de P.P.–, en donde exige la intervención del Congreso (artículo 97, num. 2 y 3 C.N.) bien para que haga el juzgamiento o para que simplemente permita el que corresponde hacer a la Corte Suprema de Justicia, constituyendo una verdadera jurisdicción especial. En tales condiciones no opera la unidad procesal referida en el artículo 85 del C. de P.P.

No ocurre lo mismo en los casos de fuero que señaló la ley (artículo 68 numerales 8° y 9° C. de P.P), donde la unidad procesal opera en la forma indicada en el artículo 85 sin que la referencia a "juez" que hace la norma permita una interpretación restrictiva, pues la trae en sentido genérico, esto es, juez singular o plural. Y está bien que así sea para evitar fallos contradictorios como los que presenta la experiencia judicial en vigencia del ordenamiento anterior que excluía toda unidad procesal frente al fuero.

Entre las excepciones que señala la ley pueden citarse, a manera de ejemplo, las siguientes:

a) Cuando el juzgamiento exija la intervención del jurado de conciencia, se rompe la unidad pues en las Corporaciones no existen listas de jueces populares, y

b) El juzgamiento de arzobispos, obispos o cualquier otra dignidad asimilable a éstos porque la Ley 20/74 establece como su juez natural la Curia romana. Por el contrario, los clérigos y demás religiosos juzgables en Colombia con fuero ante los

jueces superiores, la unidad procesal se conserva así haya otros procesados por el mismo hecho sin dicho fuero.

Significa lo anterior que en los casos de fuero señalados por la ley, así la competencia radique en las Corporaciones de la jurisdicción ordinaria, tendrá que conservarse la unidad procesal para el juzgamiento o procesamiento so pena de una nulidad por inobservancia de un rito esencial del debido proceso. No obstante ello, el mismo legislador quiso evitar las frecuentes nulidades que la práctica judicial muestra por falta de vinculación procesal de uno o varios sindicados, en la mayoría de las veces imaginados a última hora, al establecer que no hay lugar a dicha nulidad si con tal omisión no se ha afectado el derecho de defensa de la persona vinculada.

En el caso que examina la Corte hay varios sindicados de un mismo hecho punible, el posible prevaricato, sometidos a fuero en diferentes Corporaciones judiciales (los Magistrados del Tribunal ante la Corte Suprema de Justicia –artículo 68.8 C. de P.P.– y la juez ante el Tribunal Superior respectivo –artículo 69.2 C. de P.P.–), en donde el juez de mayor jerarquía es la Corte Suprema a quien corresponde el conocimiento del hecho punible denunciado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Corporación procede a analizar cada uno de los cargos que se han formulado en la denuncia para determinar si constituye el delito de la referencia u otro alguno:

2. La titular del Juzgado 12 *Civil del Circuito* de Bogotá *aceptó la caución prestada por el actor como garantía de las medidas preventivas que se ordenaron. Contra tal determinación el apoderado de los demandados interpuso recurso de reposición, el cual prosperó en auto de septiembre 29 de 1983. Consecuencia de dicha decisión fue el levantamiento de medidas preventivas decretadas. Esta providencia la recurrió el actor en reposición y subsidiariamente en apelación; como no se repusiera, subió al Tribunal cuya Sala de Decisión* presidida por el Magistrado *Humberto Rodríguez Robayo* e integrada además por los doctores *Antonio Rodríguez Rodríguez* y *Carlos Rojas Vargas la confirmó* por auto de mayo 15 de 1984.

El argumento central de las instancias para desestimar la caución prestada consistió en no haberse hecho figurar en ella como beneficiario a los demandados sino al propio Juzgado 12 *Civil del Circuito.*

El contrato de seguros es solemne en el momento mismo que se suscribe la póliza entre tomador y asegurador (artículo 1036 C. de Co.). Tomador, según este ordenamiento, es la persona que concurre a la Compañía de Seguros (asegurador) y contrata para sí o para otra el seguro. De ahí surgen otros sujetos que los define la doctrina y la jurisprudencia especializadas como serían el beneficiario que es la persona a quien la Compañía garantiza el pago de la indemnización de darse el riesgo amparado; el afianzado persona que toma el seguro para garantizar la obligación a su cargo lo que puede hacer en forma directa o a través de interpuesta persona, por ello puede confundirse con el tomador.

Ahora bien, según el contrato de seguros hay varias clases de pólizas por ejemplo el seguro de vida, el de daños a terceros, el de garantía en caso de cauciones que es el

que se suscribe en la llamada "póliza judicial" que, como todas las demás pólizas de seguro, son formatos aprobados por la Superintendencia respectiva.

Se observa a folio 2 del cd. 1 de las fotocopias allegadas en la póliza judicial, la número 24418, renglones separados para "beneficiario", "afianzado" y "cuantía de la caución". Allí figura como beneficiario el Juzgado 12 Civil del Circuito y la garantía se dice prestada "ante el Juzgado 12 Civil del Circuito"; a folio 7 del mismo cuaderno aparece un certificado de modificación de la póliza anterior pero en formato distinto. En este aparece como asegurado, el Juzgado 12 Civil del Circuito, y como beneficiario, el mismo despacho.

Según el artículo 1048.2 C. de Co. hacen parte de la póliza "Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza". En tales condiciones debe entenderse que este anexo modificó la póliza inicial para tomar como "beneficiario" y "asegurado" al Juzgado 12 Civil del Circuito, lo cual ciertamente no corresponde a la naturaleza de la garantía prestada. En efecto, se trataba de garantizar a los demandados o a terceros el pago de los perjuicios que se les pudiera causar con un embargo y secuestro de bienes denunciados por el actor.

De conformidad con las premisas sentadas inicialmente, el beneficiario tenía que ser los demandados o el tercero que resultase perjudicado, pero no el juzgado porque la caución que éste exigía no era para el cumplimiento de una obligación impuesta por el juzgado, sino una garantía frente a terceros prestada ante el juzgado. En consecuencia, si se presentaba en tales condiciones el riesgo cubierto nada podían hacer los perjudicados ante la Compañía aseguradora ya que aparecía como beneficiario quien no podía recibir perjuicio alguno.

En tales circunstancias el siguiente argumento que señala el juzgado en el auto cuestionado para tener por no constituida la caución, no puede ser ciertamente contrario a derecho y menos aún en forma manifiesta: "... vista la póliza judicial objetada, así como su certificado de modificación (folios 1 y 14 del presente cuaderno), se pone en evidencia que en la una y en el otro figuran como beneficiario y asegurado respectivamente el Juzgado 12 Civil del Circuito cuando el juzgado es simplemente la autoridad judicial que ordena prestar la caución" (fl. 15 vto. cd. 1 fotocopias).

El denunciante al cuestionar la conducta del Tribunal, lo hace no sólo por haber confirmado la anterior determinación, sino además por haber desconocido la certificación de la compañía aseguradora donde ratificaba sin ninguna duda el compromiso contractual adquirido.

Como bien lo explican en sus exposiciones los magistrados, si el contrato de seguros es solemne y la ley mercantil tiene como tal la póliza y sus anexos (artículo 1048. 2 C. de Co.), obviamente que la constancia que obra a folio 101 cd. de la Corte, no podía tenerse como anexo ni era posible hacer uso de la facultad inquisitiva en la segunda instancia que tiene el juez civil para ordenar pruebas, porque esto solamente opera para sentencias o autos que deciden incidentes y, además, una prueba de esa naturaleza conllevaría la modificación de una relación contractual que solamente incumbe a las partes. Por tanto, tampoco puede ser prevaricadora esta conducta de la Sala, ni el levantamiento de las medidas preventivas que se dio como consecuencia de

la confirmación del fallo ya que si la ley exige requisito previo a dichas medidas la prestación de una caución, mientras ésta no sea legalmente prestada no pueden decretarse dichas medidas, y si lo fueron como en el presente caso, al desaparecer el presupuesto con la revocatoria del auto que aceptó la caución necesariamente tiene que desaparecer su efecto.

2. El Juzgado por auto de abril 14/83 decretó "el embargo y secuestro de los bienes muebles de propiedad de los demandados que se encontraran en diversos sitios". Se comisionó para ello a la Inspección 2A Distrital de Policía cuyo titular se trasladó el 1° de septiembre de 1983 al apartamento 1601 de la Torre 3 de la carrera 5ª número 72-39 de Bogotá y a petición del actor embargó las rentas de arrendamiento de dicho apartamento denunciadas allí mismo como "bien mueble". El 8 de septiembre de 1984 el juzgado canceló dicho embargo porque la Inspección había excedido sus funciones y dispuso la entrega de ese dinero a los demandados, suma que ascendía para entonces a $560.000.

El auto cuestionado dice así: "Es evidente, que conforme a lo dispuesto por el juzgado, respecto de la medida cautelar de bienes muebles, comisionando al efecto al Inspector Segundo 'A' Distrital de Policía, se llevó a lugar el embargo de una situación que no fue decretada y que corresponde a aquella medida de las que se regulan en forma especial por el numeral 4° del artículo 681 del C. de P.C. atinente al embargo de unos cánones de arrendamientos. En tales condiciones, es ajustada a derecho y por ende viable la petición precedente, por lo tanto, el juzgado cancela el acto en cuestión evacuado sin orden judicial por el inspector comisionado..." (fl. 52 cd. 1 ftcps.).

Esta determinación fue recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación. Se negaron ambos recursos por auto de octubre 9 de 1984. Contra éste se interpuso reposición y en subsidio se pidieron copias para acudir al superior en queja.

El Tribunal, en Sala integrada por Humberto Rodríguez Robayo, Carlos Rojas Vargas y Alfredo Beltrán Sierra, por auto de diciembre 19/86 declaró bien denegado el recurso porque no se trataba de una nulidad, sino del levantamiento de una medida precautelar, decisión que no admite recurso de apelación (fl. 93 cd. 1 fotocopias).

El levantamiento de este embargo no es acto manifiestamente contrario a derecho aún con los argumentos que se expusieron para tomar la medida por las siguientes razones:

a) El auto de abril 14/83 ordenó embargar bienes muebles de los demandados, y si bien unos cánones de arrendamiento son bienes de esa naturaleza, en sentido estricto al embargarlos como tales se cambió el objeto del decreto judicial porque no era posible considerarlos bienes en poder del demandado;

b) El embargo de cánones de arrendamiento es un embargo sobre pagos futuros lo cual queda dentro de lo que se conoce como "embargo de un crédito a favor del demandado" que tiene una regulación procesal distinta a la adoptada en el presente caso;

c) Si bien es cierto que para irregularidades de esta naturaleza la ley prevé la nulidad de la actuación, también lo es que al no tener sustento la medida de embargo ni en auto ni en ley debe corregirse en cualquier momento aún oficiosamente tal como ocurre en los casos del exceso en el embargo, pues el no limitarse a los bienes señalados en el decreto de la medida se está ante un exceso evidentemente, y

d) Si todo lo anterior no fuere suficiente para demostrar la legalidad del acto, hay una razón que aun cuando no se adujo, no por ello pierde su fuerza de verdad procesal: al ordenarse el levantamiento de las medidas preventivas, entre las cuales estaba ésta, por auto de septiembre 29/83, confirmado en mayo 15/84 no solamente podía ordenar el levantamiento de la medida, sino que la misma ya había sido dispuesta definitivamente desde esta última fecha.

En tales circunstancias las decisiones tanto del juez como del Tribunal en este particular punto son ceñidas a la ley procesal correspondiente.

3. El juzgado comisionó a uno civil municipal de Neiva para notificar el mandamiento de pago a uno de los demandados residentes allí, el comisionado lo emplazó en los términos del artículo 320 del C. de P.C. por no haber sido posible notificarle personalmente. El comitente por auto de octubre 27/83 anuló dicho emplazamiento por no haberse demostrado el ocultamiento.

La providencia no fue recurrida, limitándose el actor a pedir el emplazamiento con base en el artículo 318 C. de P.C. Se le emplazó y designó curador *adlitem* el cual planteó incidente de nulidad, el juzgado por auto de septiembre 8/84 anuló la notificación. Se recurrió en reposición y subsidiariamente en apelación. El Tribunal, en Sala integrada por Humberto Rodríguez Robayo, Carlos Rojas Vargas y Héctor Romero Diaz, por auto de marzo 31/86 confirmó la providencia apelada (fl. 139 cd. 1 fotocopias). El denunciante estima prevaricadoras estas dos últimas decisiones porque desconocieron abiertamente el juramento que prestó la parte actora en el escrito donde solicitó el emplazamiento con desconocimiento evidente del artículo 318 C. de P.C.

En materia civil la notificación personal se suple por el emplazamiento en razón al desconocimiento del lugar de residencia que bajo juramento haga el actor (artículo 318) o por emplazamiento en razón al ocultamiento según los informes del secretario (artículo 320). Evidentemente que estos medios supletorios señalados en la ley procesal civil no quedan a la elección del actor y menos aún en forma alternativa como ocurrió en el presente caso en donde primeramente pide se le emplace en los términos del artículo 320 para lo cual siministra las direcciones respectivas, y luego demanda el emplazamiento en los términos del artículo 318 con la siguiente premisa: "El Juzgado 1° Civil Municipal de Neiva, en cumplimiento de comisión conferida por el Despacho a su digno cargo, intentó notificar el mandamiento de pago al demandado Jaime Macías Vargas".

"Para el efecto, el notificador del juzgado se desplazó en varias oportunidades a las *direcciones conocidas del demandado*, sin que lo hubiera localizado le dejó boletas de citación. *Tales direcciones son las correspondientes a la casa de habitación y al lugar de trabajo del señor Jaime Macías Vargas:* carrera 7ª número 19-10 Neiva y

carrera 7ª número 6-86 de Neiva, respectivamente" (fl. 103 cd. 1 de fotocopias. Subraya la Corte).

Esta afirmación de desconocer el paradero del demandado, que antecede al juramento, sería un buen argumento para sustentar la apelación del auto que anuló el emplazamiento hecho con base en el artículo 320, pero jamás para fundamentar el efectuado según el artículo 318 porque acepta conocer la residencia para seguidamente jurar no saber su paradero. Esta contradicción ameritaba la nulidad, luego no puede ser tal determinación manifiestamente contraria a derecho y tampoco lo es la del Tribunal que la confirmó.

La demora de un año en desatar el recurso que menciona la denuncia, no configura una prevaricación por omisión pues no existe prueba alguna que indique haber sido manifiestamente consentida. Por lo demás, el propio denunciante no la acusa siquiera como falta disciplinaria, ni hay base probatoria para considerarla como tal y ordenar así su investigación.

La ruptura de la conexidad

El análisis precedente permite afirmar fundadamente que el comportamiento de la juez y del magistrado denunciados, así como el de los demás magistrados que integraron la respectiva Sala de Decisión, no es constitutivo del delito de prevaricato ni de otro alguno con relación a los tres cargos acabados de examinar.

Esta circunstancia hace que la conexidad que permitió, en razón al fuero, la unidad en la etapa preliminar del proceso se rompa con relación a los tres siguientes cargos denunciados pues respecto de ellos nada tiene que ver el magistrado denunciado ni los que con él integran la Sala, cumpliéndose la hipóitesis prevista en el artículo 84 del C. de P.P.: "Cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios hechos punibles, sometidos a diversas competencias conocerá del mismo mientras subsista la conexidad el juez de mayor jerarquía".

Obviamente que al no ser posible abrir investigación sumarial contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá referidos anteriormente por ser atípica su conducta denunciada (artículo 352 C. de P.P.), deja de existir la conexidad que ameritaba el examen de la conducta de la juez denunciada respecto de los hechos a ella exclusivamente atribuidos en la denuncia –los tres últimos mencionados inicialmente–, ya que en relación con los tres primeros allí referidos debe igualmente proferirse auto inhibitorio por atipicidad de sus comportamientos.

Se enviará, en consecuencia, al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, copia de este proveído y de la actuación respectiva que deba ser objeto de estudio por dicha Corporación.

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

Resuelve:

1. Abstenerse de abrir investigación sumarial contra la doctora Lucía Gómez Burgos, Juez 12 Civil del Circuito de Bogotá, y contra la Sala Civil de Decisión del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá presidida por el doctor Humberto Rodríguez Robayo y de la cual formaron parte los doctores Antonio Rodríguez Rodríguez, Carlos Rojas Vargas, Alfredo Beltrán Sierra y Héctor Romero Díaz, por los tres primeros cargos denunciados en estas diligencias.

2. Envíese copia de la actuación respectiva, en la forma indicada en la parte motiva, con relación a los tres últimos cargos denunciados y que se refieren a comportamientos exclusivos de la juez acusada.

En firme, archívense las diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez (Aclaración de voto); *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

ACLARACIÓN DE VOTO

Fuero

La norma del actual Código de Procedimiento Penal –artículo 85–, en cuanto permite reunir a los varios procesados, siempre que ellos todos estén bajo la órbita de juzgamiento por fuero, resulta acertada, pero pretender que la interpretación de dicho precepto alcance, por igual, a los aforados por mandato constitucional y a los que carecen de esta característica o les viene dada por la ley, deviene en valoración dañina y antitécnica, por decir lo menos.

ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto la decisión tomada, no así su fundamentación.

Y estos son los motivos:

A) Constituye una equivocación, muy perjudicial por cierto, pretender que *toda* adscripción de competencia es del resorte de la ley y que cuando se trata de determinaciones, en este campo, provinientes de la Constitución, el aspecto tiene un igual significado y, por tanto, es dable adicionar el criterio señalado por la Carta, sin que ésta insinúe o exprese esta posibilidad.

En aras de la unificación de las investigaciones (una conducta, varios procesados; un procesado, varias conductas; varias conductas, varios procesados entremezclando unas y otras situaciones), que puede darse por múltiples motivos, v.gr. los concursos delictivos, la conexidad, las acumulaciones, etc., no se distingue este propósito cuando se trata de personas aforadas, respetándose a duras penas y en interpretación acomodaticia e incompleta, lo relacionado con la intervención de la Cámara de Representantes y el Senado de la República, en lo que toca con los artículos 96, 97, 102-4 de la Constitución Nacional.

Pues bien, cuando la Carta indica que un determinado organismo (Congreso, Corte, Tribunales, etc.), debe conocer, en determinadas condiciones, de la investigación o procesamiento de una persona, por obra de sus funciones, no es dable, en razón de los fenómenos enunciados (concursos, conexidades y acumulaciones) extender esta cobertura de juicio a las personas que carecen de iguales o similares atributos y que concurrieron al delito como coautores, copartícipes, cómplices, etc. o que, por razón de acumulación impropia (sumarios) o propia (causas) o de conexidad, se relacionen con el mismo. Esto desconoce la razón del fuero (juzgamiento de pares, con todas sus severas implicaciones), como también los gravámenes de procedimiento que se asumen por obra del compromiso que el justiciable ha adquirido para con el Estado. De ahí entonces que, dándose motivos de unidad de procedimiento, y no estando los procesados en análoga situación de fuero, las investigaciones y los juicios deben separarse. A esto atendía muy bien el antiguo código de procedimiento penal –artículo 39–. Era una norma que llevaba luz a la solución de un problema: qué hacer en el caso de aforados y no aforados, concurrentes a un mismo delito; pero, para un acertado intérprete de las instituciones en juego, la solución sería la misma así faltase esta específica previsión. La norma del actual Código de Procedimiento Penal –artículo 85–, en cuanto permite reunir a los varios procesados, siempre que ellos todos estén bajo la órbita de juzgamiento por fuero (Presidente de la República, Designado, Magistrados, Consejeros de Estado, Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Comandantes Generales, etc., –artículo 151–, jueces –artículo 162 C.N.–), resulta acertada, pero pretender que la interpretación de dicho precepto alcance, por igual, a los aforados por mandato constitucional y a los que carecen de esta característica o les viene dada por la ley, deviene en valoración dañina y antitécnica, por decir lo menos.

¿Qué tal, un Presidente de la República convocado a un juzgamiento por el Congreso, en asocio de su secretario, su chofer, su mayordomo, su escolta, etc. Representará este conjunto juzgamiento el objetivo del fuero, tanto por lo que trasciende al justiciable, o a la función que ejerce, como a la especial condición y características del organismo de juzgamiento? Y si no se parte del motivo válido de no permitir lo que la Constitución no auspicia, la hipótesis enunciada tendría fatal cumplimiento porque no habrá razón suficiente, a no ser una distinción artificiosa, huera y circunstancial (jurisdicción especial y jurisdicción ordinaria). De anotarse que como la Cámara y el Senado no pueden ocuparse de la acusación de otros procesados distintos a lo que indica el artículo 102-4, también se diría que ciertamente aquéllos limitan su intervención a tales funcionarios, pero al satisfacerse la condición de procedibilidad la Corte ya debe atender a lo que para la Mayoría de la Sala constituye máxima orientación, o sea, lo prescrito por el C. de Procedimiento Penal y los factores de acumulación, conexidad y concurso delictivo.

¿Cómo negarle, en esa privilegiada instancia, una solicitud de juzgamiento conjunto a los otros autores o copartícipes? ¿Y qué hacer en el caso de la unidad de conducta entre el Presidente y el Contralor General de la República, o su Gobernador, o su Comandante General, etc., o entre el Ministro de Estado y un Jefe Superior de la Oficina Principal de Hacienda de la Nación?

No resulta ejemplarizante ni eficaz, sino grotesco y enervante, el juicio conjunto de un Comandante General con su guardaespalda, su ordenanza o su subalterno; o el de un juez o magistrado, con su secretario o con el *quidam,* intermediario ilícito que le sirvió en el prevaricato o en la concusión. No, ciertamente, el fuero constitucional no quiere ni propicia estas exageraciones en la forma del juzgamiento. De donde cabe insistir en que lo criticable de la tesis no está en que todos los aforados, por precepto constitucional, puedan recibir juzgamiento conjunto, sino que éste se extienda a quienes no lo tienen. El fuero, por regla general, rompe la unidad del juzgamiento y más si se trata de uno discernido por la Constitución Nacional; en esta última hipótesis, la ley (v. gr. el Código de Procedimiento Penal, o similares estatutos) nada puede contra lo mandado expresamente por la Carta, así sea en plan de adicionar lo relativo a coautores o cómplices, carentes de fuero, y así se piense en la economía procesal, la celeridad de la justicia o la exclusión de fallos contradictorios, razones todas secundarias que no se contrarían tampoco con el procesamiento separado a que da lugar la concurrencia, en el delito, de personas con fuero y personas no aforadas.

Algo más: piénsese en un delito de homicidio, proceso este sometido a la doble instancia, con intervención del jurado de conciencia y con la posibilidad de recurso de casación, en el cual un coautor o copartícipe, no aforado, reclama ésta su forma de juzgamiento, eliminada por razón de que un cómplice está bajo el imperio de un Tribunal o de la Corte. Se le podrá negar tan válido pedimento aludiendo a factores de conexidad, acumulación, concurso delictual, sabiéndose que el sacrificio de garantías tales lo ha dispuesto la Constitución, en forma restrictiva, sólo para funcionarios sobre los cuales puede marcar tratamiento de tanta excepción? Para el suscrito la respuesta, obviamente, debe ser negativa.

Y qué tal, en pactos internacionales, v. gr. el Concordato, llevando a juzgamiento conjunto a quienes se quiso comprender en las cláusulas de esa convención y a los que nunca se quisieron o pudieron quedar cobijados por las mismas. Las particularidades de procesamiento que tales acuerdos suelen determinar, así como sus objetivos, no toleran esta indiscriminada mezcla o hibridación jurídica.

Cuando la Constitución ha establecido un fuero, a ello se debe ceñir, estrictamente, el intérprete, pero no adicionar su voluntad. Si la Carta sólo ha querido referirse a los aforados, no hay que enmendarle su plana mediante la ley, recurriendo a la conexidad, a la acumulación y a los concursos. Sería necesaria una previsión específica en este sentido. Pero mientras no se dé, la ley ordinaria no está autorizada para esta agregación, que desvirtúa la intención y objetivos de la Constitución.

No se puede hacer, en este campo, sino lo que se ha previsto específicamente, pero no imaginar conveniencias secundarias de intervención, desvirtuándose el instituto y perjudicando tanto a los procesados que carecen de fuero, como a los que sí lo tienen.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

NULIDAD - COPARTICIPACION.

La no conservación de la unidad procesal en la coparticipación, no siempre genera nulidad y así lo ha entendido y expuesto reiteradamente la Sala.

Sentencia Casación. 14 de marzo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Joaquín Antonio Vengoechea Pineda, por Infracción al Decreto número 1188 de 1974.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 16.

Bogotá, marzo catorce de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Se decide el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado Joaquín Antonio Vengoechea Pineda, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 10 de marzo de 1987, mediante la cual, al revisarse por apelación la de primera instancia, se condenó a éste a la pena principal de 54 meses de prisión como coautor responsable de delito contemplado en el Decreto número 1188 de 1974.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 18 de junio de 1982 al llegar a ciudad de Méjico procedente de Bogotá Joaquín Antonio Vengoechea Pineda en un vuelo de la compañía Varig, y serle revisado su equipaje por las autoridades del aeropuerto de aquella ciudad –a lo cual se opuso aduciendo poseer pasaporte diplomático colombiano– le fue hallada e incautada una importante cantidad de sustancia pulverulenta (9 kgs.) que resultó ser cocaína de alto grado de pureza. Junto con Vengoechea viajó a Méjico Alonso Delgado Martínez –ambos con tiquetes adquiridos por un tercero, Rafael Torres Tovar, que no fue vinculado al proceso–, porque según la estrategia organizada ambos viajeros

asistían, aquél en calidad de profesor y éste en la de Decano de la Facultad de Economía de la Universidad Central de Bogotá, a un supuesto seminario sobre asuntos de tal índole; pero ocurrido el incidente de la incautación del alijo, ambos regresaron al país luego de una brevísima permanencia de unas seis horas en Méjico.

Surtida la fase investigativa, ambos fueron comprometidos en juicio como coautores de delito tipificado en el Decreto número 1188 de 1974, y previo el trámite procesal correspondiente, condenados en primera instancia a sesenta meses de prisión, en sentencia que el Tribunal del Distrito modificó en el sentido de rebajarles a 54 meses la sanción aludida, para cada uno.

La demanda y el concepto del Ministerio Público

1. *La defensora del procesado Vengoechea Pineda solicita la casación del fallo de segundo grado apoyada en el numeral 4º del artículo 580 del C. de P.P. de 1971, por estimar que se profirió en juicio viciado de nulidades de carácter supralegal. Al efecto plantea y desarrolla dos cargos, del siguiente tenor:*

Primero: El proceso está viciado de nulidad porque no se vinculó a un personaje que en criterio de la recurrente tuvo enorme injerencia en la comisión del reato que motivó la condena de su patrocinado como fue Rafael Torres Tovar, *con lo cual se desconoció el precepto legal que impone la unidad del proceso (artículo 167 C.P.P./ 71) y se atentó contra el derecho de defensa de aquél.*

Afirma que habiendo sido Torres quien adquirió los pasajes para los viajeros pagándolos con tarjeta de crédito expedida a su nombre y mediante gestiones que realizó en conjunto con el coprocesado Alonso Delgado en la agencia de viajes que se los vendió, y estando demostrada su existencia real, su decisiva intervención, su experiencia en esa clase de diligencias, su vinculación antecedente amistosa con Delgado y su permanente atención a la suerte de éste en Méjico mediante llamadas telefónicas recíprocas, resultaba ineludible su compromiso procesal, que de haberse efectuado, habría permitido a Vengoechea demostrar su inocencia en los hechos y otorgarle credibilidad sobre la circunstancia de haber sido utilizado por Delgado y el no vinculado, y coaccionado por aquél ya cuando se hallaba en el aeropuerto mejicano, como lo refirió en su indagatoria, y que por tanto no habría sido ni enjuiciado, ni menos condenado.

Estima que la no vinculación de Torres *acarreó entonces grave perjuicio al sentenciado* Vengoechea *y derivó consecuencias procesales traducidas en la invalidez de la actuación. Respalda su opinión en la de connotado tratadista colombiano, que atempera el caso cuestionado.*

Segundo: Está igualmente afectado de nulidad el proceso porque se conculcó la garantía de las formas propias del juicio a su patrocinado, pues según la recurrente, "... el mayor número de pruebas incriminatorias de la responsabilidad" de aquél fueron practicadas por la policía mejicana, e incorporadas ilegalmente al proceso al ignorarse el precepto del artículo 246 del C.P.P. de 1971, que impone que las declaraciones recibidas en el exterior, deben serlo por autoridad judicial y señala el procedimiento a seguir.

Censura el criterio del Tribunal en el sentido de haber considerado válidas tales pruebas –que relaciona taxativamente–, y afirma que ellas fueron las que sirvieron "... de fundamento para dictar diversas providencias que afectaron a los sindicados" y concluye aseverando que así se violó el derecho de defensa del procesado y el de legalidad de las formas procesales por incumplimiento de "los ritos y procedimientos legales destinados a garantizar su juzgamiento acorde con el Estado de Derecho", y solicita la anulación del proceso para que se adelante como lo disponen la Constitución y la Ley.

2. El señor Procurador 1° Delegado en lo Penal considera carentes de fundamento los cargos y sugiere mantener la sentencia acusada.

En cuanto al primero, llamado por la demandante rompimiento de la unidad procesal, en nada afecta la situación jurídica del patrocinado de ésta, porque el procesamiento simultáneo de Torres Tovar no hubiera desvirtuado la responsabilidad de Vengoechea porque la conducta de ambos fue totalmente distinta y su responsabilidad individualizable. Señala cómo el dicho de Torres no habría desvirtuado la demostrada circunstancia de que Vengoechea, según su propia versión, "... una vez se enteró Delgado en el aeropuerto mejicano que había colocado cocaína en su maleta, hubiese pretendido introducir a dicho país el estupefaciente mediante la utilización de pasaporte diplomático, alegando inmunidad y oponiéndose al registro...". Descarta rotundamente la tesis de la censora porque no se trataba de un caso en que existiese "profunda interrelación" entre los comportamientos de los acusados para deducir su clase de responsabilidad.

Rebate así mismo el segundo cargo, advirtiendo que en el sistema procesal mejicano, que es acusatorio, la instrucción se desarrolla por la policía judicial bajo la dirección del Ministerio Público, y que en consecuencia las pruebas practicas en ese país lo fueron por la autoridad competente. Añade que las actas levantadas en aquel país y que recogen las diversas pruebas incriminatorias, fueron autenticadas ante el Consulado colombiano, y que en tal circunstancia adquirieron la calidad de documentos públicos con el valor que les otorga a éstos la ley colombiana según lo dispuesto en el artículo 259 del C.P.C., aplicable al caso por expresa remisión del Estatuto de Procedimiento derogado, y recalca que no fue la prueba allegada de Méjico la única determinante de la sentencia de condena ya que como elemento considerado por el juzgador existió la declaración de la Cónsul colombiana en ese país, señora Uribe Bejarano, de la cual comenta que "bien puede erigirse en plena prueba de la tipicidad y fuente indiciaria de responsabilidad".

Consideraciones de la Corte

A las observaciones del Ministerio Público, súmase la implícita contradicción entre los dos cargos formulados al fallo de segundo grado, pues mientras en el primero descarta la recurrente toda responsabilidad de su patrocinado con fundamento en la anhelada vinculación de quien le suministró los pasajes y la transfiere a éste y al coprocesado Delgado, en el segundo (también en forma sobreentendida), admite la contundencia de la prueba incriminatoria recaudada en Méjico en contra de su cliente, pero limita su cuestionamiento a la falta de legalidad de su asunción al proceso, con lo que de paso incurre además en grave error de técnica en la formula-

ción de esta última censura. En efecto, de ser cierto su aserto sobre la condenación basada exclusivamente en las pruebas practicadas por las autoridades extranjeras y su ilegal aportación y valoración en el proceso, se estaría frente a la causal 1ª de casación por violación indirecta de la ley sustancial proveniente de error de derecho, lo que devendría, no en la nulidad del proceso, sino en el proferimiento del fallo sustitutivo por esta Corporación.

Pero dejando de lado las observaciones precedentes, y *como bien lo anota la Procuraduría, no se vislumbra con relación al cargo primero perjuicio alguno para el patrocinado de la censora nacido de la no vinculación del comprador de los pasajes que este utilizó –y para cuya investigación el Tribunal ordenó expedir las copias pertinentes–, pues dadas las circunstancias de todo orden en que se desarrolló el iter criminoso, la responsabilidad de los copartícipes era perfectamente individualizable en su empresa delictiva, de manera que frente a la ley, la suerte de cada uno no dependía de la del otro.*

Es claro, y así lo admite la demandante, que la actividad material del no vinculado, no se extendió al límite de las de su cliente y el otro procesado sino que, habiendo sido totalmente efectiva al objetivo propuesto, revistió características que no excusaban de responsabilidad a Vengoechea, *de donde se infiere, que la falla que la interesada pretende encontrar en el proceso no admite tal calificativo; se trató de una irregularidad que no afecta la validez de la actuación ni las garantías del sentenciado. La no conservación de la unidad procesal en estos casos carece de relevancia jurídico-procesal, y así lo ha entendido y expuesto reiteradamente esta Sala.*

Además de la falta de técnica que ofrece el cargo segundo, no deja de observarse la carencia de fundamento de la censura. En efecto: las actas de las pruebas recaudadas por la autoridad competente en Méjico y autenticadas ante el Consulado colombiano en esa ciudad –que fue el que las remitió a nuestro país dirigidas al Procurador General de la Nación–, fueron en verdad consideradas en la sentencia, aunque en forma global en su mayoría, pero, y ello lo olvida la recurrente, los hechos de que tales documentos daban cuenta fueron admitidos por el procesado ante nuestras autoridades judiciales en la diligencia de indagatoria y sostenidos en careo, aunque con agregados que pretendían su favorecimiento, y el cúmulo de hechos de distinta clase anteriores y posteriores a su viaje, indicadores de su incursión delictuosa, realizados por él en nuestro país, son pruebas con las que, en la forma minuciosa y contundente como fueron apreciados en la sentencia y a lo largo del proceso, se demostraba con suficiencia, al tenor de los artículos 315, 264, 336 y sus concordantes del estatuto procesal vigente para la época del delito, la autoría y responsabilidad de Vengoechea en el delito por el cual fue condenado. De tal suerte, las pruebas enviadas desde Méjico, cuya validez no admite discusión, a la postre venían simplemente a complementar el material en que se apoyó el fallo. Tal vez sea esta la razón para que la demandante admita aunque con cierta reticencia, que "el mayor número de pruebas incriminatorias", no todas, fue el de las practicadas inicialmente en el citado país.

No prosperan los cargos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en –Sala de Casación Penal–, acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

1° PENA

La fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva (artículo 64), siempre que no se presenten otros factores de los que enumera el artículo 61, como determinante de incremento punitivo.

2° MEDIDAS CAUTELARES – ESTUPEFACIENTES

El comiso especial consagrado en el artículo 52 del Decreto número 1188 de 1974, hoy 47 de la Ley 30 de 1986, procede contra determinados medios de transporte, cuando han sido empleados en la comisión de esos "delitos" y cobija los conceptos jurídicos de consumación y tentativa.

Sentencia Casación. 14 de marzo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a Roger Max Noblet, por infracción al Decreto número 1188 de 1974.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 16.

Bogotá, D. E., marzo catorce de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Agotada la correspondiente tramitación, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Roger Max Noblet contra la sentencia de 8 de abril de 1987, mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva confirmó con algunas reformas la dictada por el Juzgado Primero Superior de Garzón, condenándolo a la pena principal de 36 meses de prisión y a las sanciones accesorias de rigor, como infractor al artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, en grado de tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los que dieron origen a la formación del proceso fueron reseñados por el Tribunal Superior de Neiva, de la siguiente manera:

"En desarrollo de conversaciones y acuerdos telefónicos previos entre Guillermo Díaz Cuervo desde esta ciudad y los hermanos entre sí de origen francés Noblet Roger Max (sic) y Jean Marie Suquet, éstos efectuaron un giro de dinero en Bogotá para ser cobrado en esta ciudad a la cual llegaron el 25 de junio de 1980, hospedándose en el hotel Chicalá. El 26 hicieron contactos con el ciudadano primeramente mencionado, concurriendo los tres a las sucursales de los Bancos de Bogotá y Comercial Antioqueño donde retiraron la suma de $2.115.000.00, monto del traslado bancario y que fue recibido en efectivo. Hecho esto, emprendieron viaje a la ciudad de Garzón ocupando Díaz Cuervo su propia camioneta Renault 12 Break y los mencionados y un tercero, el campero marca Toyota con placas HT-0545. Como el propósito central de los viajeros era adquirir una porción de sustancias estupefacientes, en Garzón, Díaz Cuervo recibió una cantidad de dinero y por intermedio de otra persona entregó a los franceses la mercancía que se proponían comprar y que fue rechazada como consecuencia de un examen porque no correspondía a la naturaleza del alucinógeno negociado. Sometieron entonces al vendedor a la obligación de devolver el dinero recibido si no les situaba la sustancia auténtica y fue así como mientras se cumplía esto, fueron llevados en el vehículo últimamente mencionado a la hacienda La Sosa o San Miguel, ubicada a un lado de la carretera, en proximidades de la municipalidad de Guadalupe. Ahí fueron instalados con comida y trago mientras Díaz Cuervo reunía la sustancia o su sustituto en dinero. Llegada la noche, con la recaudación apenas parcial de lo último, Díaz Cuervo fue tomado como rehén en la compañía de Jesús Salcedo Parra uno de sus empleados, mientras su guardaespaldas y socio Jaime Almario Vieda gestionaba la consecución del dinero con otras personas en Altamira y Guadalupe. Como las horas transcurrían angustiosas y los dos rehenes habían sido sometidos a ataduras para inmovilizarlos, los viajeros y su acompañante que al parecer obraba como catador del estupefaciente y mencionado como Arturo Romero, decidieron abandonar la finca y trasladarse con los dos individuos a Bogotá, oportunidad que aprovechó uno de ellos para intentar la fuga. Se desató un abaleo y como consecuencia de ello, Guillermo Díaz Cuervo, quedó gravemente herido tendido sobre el piso de su propia residencia campestre y su acompañante Jesús Salcedo Parra ubicado dentro del mismo fundo pero fuera de las habitaciones, perseguido por quien posteriormente al ser capturado fuera identificado como Noblet Roger Max mientras que los otros dos, Jean Marie Suquet a quien llaman Arturo Romero, viajaron en el campero hasta Garzón donde lo dejaron abandonado y desaparecieron del escenario de los acontecimientos. Como epílogo de todo esto, Guillermo Díaz Cuervo dejó de existir pocos días después; en el vehículo campero se encontraron porciones de sustancias alucinógenas y al parecer, la retención de los dos ciudadanos comportaba ilícito penal como los comportamientos anteriores y entonces se abrió la investigación que ahora es objeto de estudio para calificación de segunda instancia".

Superados varios incidentes de orden procedimental, y perfeccionada en lo posible la investigación, el Juzgado Primero Superior de Garzón calificó el mérito del

sumario con sobreseimientos definitivos para unos procesados y temporales para otros, pronunciamiento revisado por el Tribunal Superior de Neiva en vía de consulta, mediante el suyo de 4 de junio de 1985 por el que llamó a responder en juicio, con intervención de jurado de conciencia, a los hermanos Roger Max Noblet y Jean Marie Suquet por los delitos de homicidio, doble secuestro y contra la salubridad pública, infracción esta última en concurso de hechos punibles, consistentes en transportar o conservar cocaína (delito consumado) y tratar de comprar o comerciar con dicha sustancia (tentativa). Se dispuso en la misma providencia la revocación de la orden de entrega del vehículo campero de propiedad de Jean Marie Suquet, por haberse encontrado en su interior dos tubos plásticos que contenían muestras de cocaína de alta pureza y en su lugar, se ordenó el secuestro para los fines previstos en el artículo 52 del Decreto número 1188 de 1974, hoy artículo 47 de la Ley 30 de 1986, impartiéndose confirmación a los sobreseimientos definitivos y temporales proferidos en favor de Jaime Almario Vieda, Jesús Salcedo Parra y Arturo Romero (fls. 10 a 42 del C. número 2°).

Al término de la audiencia pública, el jurado contestó negativamente los cuestionarios sometidos a su consideración, veredicción acogida por el Juzgado del conocimiento respecto al homicidio y declarada contraria a la evidencia de los hechos en cuanto a los delitos de secuestro y contra la salubridad pública, decisión confirmada por el Tribunal en proveído de 16 de julio de 1986.

El nuevo jurado, mediante veredicto definitivo afirmó la culpabilidad de los acusados por el tráfico de estupefacientes en la modalidad de tentativa y la negó respecto a las demás infracciones, respuesta acogida por el Juzgado Superior y tenida como fundamento de la sentencia que condenó a los hermanos Roger Max Noblet y Jean Marie Suquet a 18 meses de prisión, negándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional, fallo consultado con el Tribunal Superior de Neiva, y por éste confirmado, mediante el que es objeto del recurso, con la modificación de incrementar a 36 meses de prisión la pena impuesta a cada uno de los responsables.

Cabe destacar, que el doctor Mario Medina Alzate, apoderado del procesado Jean Marie Suquet, durante el sumario y quien suscribe la demanda de casación a nombre de Roger Max Noblet, solicitó a título particular ante el Juez Superior y el Tribunal la devolución del vehículo campero marca Toyota, aduciendo entre otras razones, ser su legítimo dueño por haberlo adquirido del primero de los nombrados mediante contrato de compraventa, celebrado en el mes de septiembre de 1980, peticiones que le fueron negadas en las instancias.

Demanda de casación

En el marco de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 226 del C. de P.P. vigente, se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 61 del Código Penal y 52 del Decreto número 1188 de 1974 "puesto que a las pruebas que obran en el proceso, el Juez de Derecho les dio una fuerza y un valor que la ley no les atribuye", formulándose dos cargos a saber:

Primero. Aplicación indebida del artículo 61 del Código Penal, por cuanto el Tribunal sentenciador al imponer la pena de 36 meses de prisión a cada uno de los

procesados, no tuvo en cuenta, como resulta probados en autos, su buena conducta anterior, el mínimo o casi nulo grado de aproximación al momento consumativo del delito, tratándose de tentativa y la imposibilidad real en que se encontraban de adquirir cocaína por haber sido engañados con un paquete de almidón de yuca, circunstancias atenuantes que de haber sido consideradas por el juzgador de derecho habrían determinado la imposición de una pena mínima de 18 meses de prisión.

Segundo. Indebida aplicación del artículo 52 del Decreto número 1188 de 1974 (hoy artículo 47 de la Ley 30 de 1986), porque el decomiso del vehículo Toyota decretado en la sentencia no guarda relación con los hechos probados en el proceso.

Afirma el censor, que apareciendo demostrado que el automotor en cuestión fue utilizado únicamente en el transporte de personas de la ciudad de Bogotá a la población de Garzón movidas por "el señuelo de la posibilidad de una compra" que no se materializó y no para transportar, almacenar, vender o suministrar cocaína o cualquiera otra sustancia sicotrópica, su decomiso para los fines contemplados en la norma citada resulta exagerado, pues dicha sanción sólo se predica de delitos consumados y no de meras tentativas.

"Por lo tanto –agrega–, la pena del comiso no guarda correspondencia con las probanzas recaudadas y resulta incontestable la violación de la ley sustancial, por aplicación indebida".

Concluye, solicitando casar parcialmente la sentencia a fin de rebajarle la pena impuesta a su patrocinado, concederle el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenar la devolución del vehículo incautado.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que los cargos hechos a la sentencia adolecen de insubsanables fallas de técnica en su presentación y fundamentación, pues, por tratarse de aspectos de estricto derecho relacionados con la atipicidad de la conducta y el sentido y alcance del artículo 52 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, debieron ser planteados bajo el ámbito de la violación directa de la ley, al margen de cualquiera consideración sobre las pruebas aportadas al proceso.

Sin embargo, al examinar el primero de los reproches formulados, opina que la conducta endilgada a los súbditos franceses y por la cual fueron llamados a juicio y condenados, configura el llamado delito imposible que contemplaba el artículo 18 del Código Penal de 1936, por ausencia del objeto material del delito y absoluta falta de idoneidad de los medios utilizados, infracción que desapareció con el advenimiento del Estatuto Represor vigente.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. *Consiste la indebida aplicación del artículo 61 del C. Penal en que el Tribunal Superior al elevar a 36 meses de prisión el mínimo de 18 meses impuesto por el Juzgado Superior a cada uno de los responsables de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tentativa, no tuvo en cuenta que respecto del procesado recurrente*

concurrían circunstancias de atenuación punitiva, tales como su buena conducta anterior, el mínimo o casi nulo grado de aproximación al momento consumativo del delito y la imposibilidad real en que se encontraba de haber adquirido cocaína, las que de haber sido consideradas por el juzgador de derecho le hubieran significado la imposición de la mínima sanción.

Para efectos de graduar la pena que corresponda al infractor por el delito cometido deben relacionarse necesariamente los artículos 61 y 67 del C. Penal, pues las circunstancias de agravación y atenuación punitiva son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación de la pena. Al lado de ellos, se encuentran también, como factores de regulación de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente. Y tratándose de tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo.

El artículo 67, que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61".

La claridad de estos preceptos permite concluir que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva (artículo 64), siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61, como determinantes de incremento punitivo.

En el presente caso, el Tribunal acogiendo los planteamientos del Fiscal, estimó con acierto que las circunstancias modales del hecho y la personalidad del agente no permitían imponer el mínimo de la sanción prevista en la norma violada (artículos 38 del Decreto número 1188 de 1974 en armonía con el 22 del C. Penal), sino que era preciso incrementarlo en otro tanto sin exceder los límites señalados en la disposición últimamente citada. Es decir, que en presencia de reales factores que impedían la imposición del mínimo de la sanción, de su absoluta incumbencia, optó por aumentar el mínimo de la pena sin que con dicho proceder haya quebrantado el artículo 61 por indebida aplicación.

A los razonamientos del juzgador, concernientes a la tasación de la sanción antepone el censor sus personales puntos de vista, sin lograr demostrar la violación de la norma sustancial. Omitió además, señalar como infringido el artículo 67, dispositivo penal que guarda íntima relación con el artículo 61 y sus propias pretensiones, el que debió ser citado para integrar con éste la proposición jurídica completa.

La pena aparece entonces, correctamente fijada y en consecuencia el cargo es infundado, debiendo desestimarse.

Extraña resulta a la Sala, la posición asumida por la Procuraduría Delegada, al predicar de una parte la configuración de un delito imposible en el comportamiento de los procesados (modalidad delictuosa erradicada del C. Penal), y de la otra, la atipicidad de dicha conducta, yendo más allá de las pretensiones del propio demandante y rebasando el ámbito de sus atribuciones como parte no recurrente, limitándose en este caso a coadyuvar el libelo o apartarse de sus planteamientos.

Segundo cargo. *Uno de los presupuestos para recurrir en casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en los casos taxativamente señalados, es la personería para impugnar o legitimación de obrar, consideradas como la facultad de accionar que la ley confiere al titular de un interés jurídico determinado.*

La ley de procedimiento (artículos 570 del anterior C. de P.P. y 219 del Estatuto vigente), sólo confiere esa titularidad al procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil y el fiscal del Tribunal.

Entendido el recurso no como una tercera instancia que autorice la revisión oficiosa de la sentencia acusada, sino como un extraordinario medio de impugnación discrecional de las partes legitimadas, limitado en sus alcances a las pretensiones del recurrente, es obvio que la Corte en sede de casación no puede ocuparse de examinar cargos extraños a la demanda o propuestos por quien carece de personería para recurrir.

Es evidente, que en el caso sub judice, *la presunta violación de la ley por indebida aplicación de la norma que autoriza el decomiso de vehículos utilizados para el transporte o comercialización de sustancias estupefacientes que produzcan dependencia física o psíquica, aparece propuesta por quien no tiene personería para reclamar, pues el doctor Mario Medina Alzate no representa los intereses del procesado Jean Marie Suquet, propietario del campero Toyota de las características conocidas en autos, incautado por las autoridades de Policía. Por el contrario, actúa a nombre propio a manera de tercero incidentista, alegando ser legítimo dueño del vehículo por haberlo adquirido de aquél, mediante negociación realizada con posterioridad a los hechos investigados.*

Bastarían las anteriores consideraciones, para rechazar el cargo formulado por falta de personería del recurrente, pero la Sala no puede pasar inadvertida la afirmación del demandante en el sentido de que el comiso especial consagrado en el artículo 52 del Decreto número 1188 de 1974, hoy 47 de la Ley 30 de 1986, respecto de los vehículos y medios de transporte utilizados con fines ilícitos relacionados con el tráfico de sustancias sicotrópicas solamente opera tratándose de infracciones consumadas y no de meras tentativas, pues como tuvo oportunidad de expresarlo el Tribunal Superior, la ley no hace dicha distinción, limitándose a señalar que tal medida, que no tiene carácter punitivo por ser la consecuencia natural del hecho punible, procede contra tales medios de transporte cuando han sido empleados en la comisión de "los delitos" descritos en el mencionado Estatuto Nacional de Estupefacientes, expresión que cobija los conceptos jurídicos de consumación y tentativa.

Excepcionalmente se autoriza la devolución de los vehículos destinados a esta ilícita actividad a favor de "terceras personas que acrediten que a pesar de la suma diligencia y cuidado por ellas puestos, no pudieron conocer el destino ilícito dado a sus bienes". Y no se remite a dudas que el peticionario en este caso, adquirió el campero marca Toyota con posterioridad a los hechos investigados, enterado, como debía estarlo por razón de su ministerio profesional, que el automotor se encontraba incautado, retenido o decomisado por cuenta de este proceso, dentro del mismo fueron halladas

muestras de cocaína de alta pureza y era el medio destinado a transportar o comerciar el alucinógeno que su cliente obstinadamente se propuso adquirir.

En consecuencia, el decomiso debe mantenerse por haberse decretado de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.

Finalmente, habiendo sido excarcelado el procesado recurrente por pena cumplida con posterioridad a la presentación de la demanda y no conteniendo el libelo impugnatorio, ningún razonamiento relacionado con el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, la Corte se abstendrá de cualquier pronunciamiento al respecto, por carecer de elementos de juicio sobre el particular.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida a nombre del procesado Roger Max Noblet, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

REVISION

Las sentencias ejecutoriadas de absolución o de condena, son las únicas suceptibles de ser impugnadas en revisión ante la Corte y no los demás pronunciamientos con fuerza de cosa juzgada.

Auto Revisión. 14 de marzo de 1988. Rechaza la demanda de revisión del proceso que, contra la mujer Raquel Bajonero Cantor, se adelantó en el Juzgado setenta y cuatro de Instrucción Criminal de Bogotá y el que finalizó con cesación de procedimiento dictada por el Tribunal Superior de la misma ciudad por prescripción de la acción penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 16.

Bogotá, D. E., marzo catorce de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

El ciudadano Alfonso León Acero, mediante apoderado especial, solicita la revisión del proceso adelantado en el Juzgado setenta y cuatro de Instrucción Criminal de Bogotá contra la mujer Raquel Bajonero Cantor por el delito de falsedad en documentos, el que finalizó con cesación de procedimiento dictada por el Tribunal Superior de este Distrito dentro del cual figura como denunciante.

Adujo èl impugnador como causales de revisión las contempladas en los ordinales 4° y 5° del artículo 231 del C. de P.P. vigente por estimar que la sindicada insiste en hacer valer como prueba ante la jurisdicción de menores las falsas partidas de registro civil de nacimiento de un hijo suyo cuya paternidad le atribuye al recurrente.

Pide a la Corte revocar la decisión impugnada ordenando la captura de la acusada y la continuación del proceso en forma establecida en la ley,

SE CONSIDERA

La naturaleza y alcances de este extraordinario medio de impugnación aparecen perfectamente delimitadas en las disposiciones legales que lo reglamentan, entre ellas, el artículo 231 del C. de P.P. vigente que por la claridad de sus términos sólo permite la procedencia del recurso contra "sentencias ejecutoriadas" de absolución o de condena, en los casos y por los motivos taxativamente señalados en dicha norma, consagrando en esta materia una importante innovación con relación al anterior estatuto procedimental que únicamente lo hacía viable respecto de sentencias condenatorias.

Tan rotundo cambio en la tradición procesal del país al institucionalizar el recurso de revisión contra las sentencias absolutorias cuando éstas hayan sido determinadas por un hecho delictivo del juez o de un tercero, o se hayan fundamentado en testimonio, peritación, documento o cualquiera otra prueba falsa, hizo necesario legitimar como parte recurrente al titular de la acción civil dentro del proceso penal, por cuanto su interés jurídico orientado preferencialmente a obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción resultaba desconocido con un pronunciamiento de tal naturaleza.

Es obvio entonces, que solamente las sentencias ejecutoriadas de absolución o de condena son las únicas susceptibles de ser impugnadas en revisión ante la Corte, entendiendo por tales, aquellas decisiones que normalmente precluyen el proceso penal o "deciden el objeto del proceso, previo el agotamiento del trámite de la instancia o de la casación", según las voces del artículo 185-1° ibídem, y no los demás pronunciamientos con fuerza de cosa juzgada que en forma extraordinaria finiquitan el proceso como la providencia que ordena cesar procedimiento por los motivos expresamente contemplados en la ley (artículo 34 ibídem).

Siendo además la revisión, recurso esencialmente probatorio, el escrito mediante el cual se propone, debe ir acompañado de pruebas demostrativas de la legitimación para recurrir y de aquellas en que se funda la causal o causales de revisión invocadas.

En el caso sometido a consideración de la Sala, es evidente la improcedencia del recurso interpuesto por haberlo sido contra decisión judicial que no tiene carácter de sentencia y por quien carece de personería para recurrir, pues de los documentos aportados a la demanda no aparece siquiera insinuado su reconocimiento como parte civil dentro del proceso penal en el que figura como denunciante y perjudicado con el ilicito (artículo 33 ibídem).

Suficientes son los anteriores razonamientos para que la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, rechace *in limine* la demanda de revisión presentada a nombre del señor Alfonso León Acero contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá que declaró prescrita la acción penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

TENTATIVA

Si el propósito de cometer un determinado delito no se traduce en actos que tengan la potencialidad suficiente para la obtención del resultado propuesto, no es posible hablar de tentativa frente al explícito texto del artículo 22 del C.P.

Sentencia Casación. 15 de marzo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Pedro Antonio Escobar Alvarado, por los delitos de Homicidio (Tentativa) y Violación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada: Acta número 17.

Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la sentencia proferida por esa Corporación el 25 de mayo de 1987, que confirmó integralmente la emitida por el Juzgado Segundo Superior de la referida localidad, mediante la cual y acogiéndose la veredicción del jurado, se impuso la pena principal de nueve (9) años de prisión, más la accesorias de rigor, a Pedro Antonio Escobar Alvarado, al ser declarado responsable de los delitos de homicidio (tentativa) y violación, que habían motivado su llamamiento a juicio.

Hechos

Aparecen relatados así, en el fallo objeto de impugnación:

"Próxima a desposarse con su novio Pedro Antonio Escobar Alvarado, nunca creyó Silvia Calvo Tálaga, joven de 24 años de edad, que su boda se viera frustrada por la loca aventura a que se forzó a asistir cuando a instancias de su galán decidió

viajar con él de Yumbo a Cali el 14 de diciembre de 1985, so pretexto de comprar algunas mercancías propias para la formación de su futuro hogar.

"Vinieron a Cali, efectivamente, y de regreso, no faltaron razones para que Pedro Antonio se ingeniara el modo de que el joven acompañante de su novia, Gerardo Antonio Padilla, abandonara el bus en que viajaban; y más adelante, hizo lo propio con su amada, insistiéndole hasta tal punto en que se bajaran del bus que ella terminó por complacerlo. Y se internaron por un caminito a instancias de Pedro, quien más adelante, en un paraje solitario, procedió a despojar a su novia de sus ropas exigiéndole perentoriamente su entrega carnal. La novia lo rechazó inicialmente, pero a las amenazas del apasionado galán no podía oponerse el afecto que próximamente habría de ligarlos en el matrimonio; y fue así como Pedro le apuntaló 14 puñaladas a su novia en diversas partes del cuerpo, como pudieron certificarlo posteriormente los legistas, que a la vez certificaron la desfloración antigua de la novia. Ella sostuvo repetidamente que en ningún momento hizo física repulsa a las exigencias de su novio, ni siquiera ante la agresión armada de que la hizo objeto, y mucho menos en los momentos en que éste tozudamente le oprimía la boca para impedirle la respiración, luego de lo cual le tomaba el pulso para ver si ya había dejado de respirar. Cuando creyó alcanzado su cometido huyó. Silvia logró ganar la carretera y pedir auxilio, logro que salvó su vida, a pesar del lamentable estado físico en que llegó inicialmente al hospital de Yumbo, donde recibió los primeros auxilios" (fls. 305 y 306 del cuaderno principal).

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Primero Penal Municipal de Yumbo, que adelantó la investigación y decretó la detención preventiva de Escobar Alvarado por los delitos de homicidio (en grado de tentativa) y violación, remitió el proceso a los Juzgados Superiores de Cali, habiéndole correspondido, por reparto, al segundo. Este Despacho, aunque inicialmente aceptó su competencia, se abstuvo de ordenar el cierre de la investigación por considerar que no se tipificaba el delito que le permitía conocer del proceso, ya que en su sentir sólo podía hablarse de unas "lesiones personales" pero no de una tentativa de homicidio. En consecuencia, dispuso su envío a los Jueces Penales del Circuito de la misma ciudad en virtud de delito de "violación" concurrente, proponiendo de una vez la colisión negativa de competencias. El proceso fue repartido al Juzgado Catorce Penal del Circuito, el cual, luego de analizar extensamente los elementos de convicción aportados, no aceptó la competencia y dejó en manos del Tribunal Superior la decisión del conflicto. Esta Corporación resolvió que el competente era el Juzgado Superior y a él ordenó remitir las diligencias.

Clausurada la investigación, Escobar Alvarado fue llamado a responder en juicio por los delitos de "homicidio", en grado de tentativa, "violación", y "secuestro", pero el Tribunal, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el mismo incriminado, revocó lo pertinente al último de los citados delitos, en relación con el cual lo sobreseyó definitivamente. En lo demás, el auto de proceder fue confirmado.

Durante la audiencia el Fiscal respaldó la determinación del Juzgado, y, en consecuencia, pidió al juri una respuesta afirmativa para los dos cuestionarios. El defensor, por su parte, hizo suyos los argumentos expuestos por el Fiscal Sexto del

Tribunal en el concepto que rindió durante el trámite de la apelación del auto de proceder. Con base en ellos, pidió que se negara la responsabilidad de Escobar en relación con la tentativa de homicidio, que no se había estructurado por la "inidoneidad" del arma utilizada. Subsidiariamente, solicitó que al menos se reconociera la atenuante del estado de ira o de intenso dolor. Luego de 20 minutos de deliberación, el Jurado respondió afirmativamente los dos cuestionarios, y en consonancia con ellos Escobar Alvarado fue condenado a la pena de nueve (9) años de prisión, en sentencia que integralmente confirmó el Tribunal, mediante el fallo objeto del recurso que ahora se desata.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal cuarta de casación, el recurrente formula un único cargo a la sentencia: estar dictada en un juicio viciado de nulidad. Esta la hace consistir en la incompetencia del juez (art. 210 del Código de Procedimiento Penal), ya que no estructurándose la tentativa de homicidio sino un simple delito de lesiones personales, el competente para haber conocido del proceso era el Juez Penal del Circuito, y no el Superior, en virtud del delito de "violación" concurrente.

Para fundamentar el cargo, argumenta el Fiscal que no obstante la aceptación expresa del procesado de que su intención era la de matar a Silvia Calvo Tálaga, "el arma empleada... para dar rienda suelta a su instinto criminal no era el medio idóneo para el agotamiento del hecho cuyo propósito le animaba". Sostiene además que "nada existe en el proceso que indique que la acción ejecutada por Pedro Antonio Escobar Alvarado contra la integridad de Silvia Calvo Tálaga se hubiera interrumpido por circunstancias ajenas a su voluntad, ya que ni la propia ofendida así lo afirma, y, la soledad que acompañaba a los protagonistas de esta tragedia habría hecho propicia la culminación del atentado. Ni siquiera se menciona –agrega– el más mínimo movimiento aún inconsciente de la víctima para evitar un desenlace fatal". Expresa también que "el reconocimiento médico-legal apenas permite afirmar la existencia de "lesiones personales", y termina el intento de fundamentación del cargo sosteniendo que "la mente del autor del hecho, perturbada por la pasión de los celos, no obstante su expresión formal, le impedía dirigir su acción hacia un fin único, concreto y determinado, inhesitablemente apuntado hacia la muerte de la víctima.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, de conformidad con el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, se abstuvo de ampliar la demanda.

Consideraciones de la Corte

Consecuente con el principio de la antijuridicidad material adoptado como norma rectora por el artículo 4° del Código Penal ("para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley"), el artículo 22 del mismo estatuto exige para la configuración de la tentativa, que el propósito de cometer un delito sea manifestado externamente por medio de actos ejecutivos, que no sólo estén dirigidos inequívocamente a la consumación del ilícito, sino que además sean idóneos, esto es, aptos para alcanzar el resultado que busca el sujeto. Si no fuere así, se correría el riesgo de considerar antijurídicas

conductas que no lesionan pero ni siquiera ponen en peligro, por su inidoneidad, los intereses jurídicos tutelados por la ley, lo cual estaría en contradicción con lo prescrito categóricamente por el citado artículo 4° del Código.

En este orden de ideas, el principio del cual parte el recurrente para estructurar su demanda es cierto: si el propósito, confesado como en este caso, de cometer un delito no se traduce en actos que tengan la potencialidad suficiente para la obtención del resultado propuesto, no es posible hablar de tentativa frente al explícito texto del artículo 22 ibídem.

Más lo anterior de ninguna manera significa que el cargo deba prosperar.

Cuando la nulidad invocada para buscar el rompimiento del fallo consiste en la incompetencia del juez derivada de la naturaleza del hecho punible, es preciso que el demandante demuestre que se incurrió en error al momento de determinar la tipicidad de ese hecho en el auto de proceder; en otros términos, le resulta indispensable probar, sin asomo de duda, que el proceso de adecuación típica fue equivocado, porque la conducta objeto de juzgamiento tipificaba un delito distinto del que finalmente se determinó, y para conocer del cual no era competente el funcionario que a la postre intervino como juzgador.

En el caso subjudice, el Fiscal recurrente tenía que demostrar a la Sala que la agresión sufrida por Silvia Calvo Tálaga *no constituía una tentativa de homicidio sino un simple delito de lesiones personales. Seguramente esto fue lo que trató de hacer, pero no lo que hizo realmente.*

Si se analizan con atención los términos de la demanda, fácilmente se advierte que el cargo formulado carece por completo de toda demostración. El censor se limita a consignar una serie de "hechos", agrupados en once (11) numerales, pero en parte alguna de su escrito demuestra la acusación que hace a la sentencia.

Muy diciente al respecto es este aparte de la demanda: "La descripción de las heridas inferidas por Pedro Antonio Escobar Alvarado *a* Silvia Calvo Tálaga *no hacen posible la conclusión jurisdiccional del conato de homicidio, por el cual fue convocado a juicio y condenado el procesado". ¿En qué razones se basa el censor para hacer esta afirmación? ¿Por qué fue equivocada la conclusión del juzgador? Nada al respecto dice la demanda.*

Igual consideración puede hacerse a este otro aserto que contiene el libelo: "el arma empleada por el procesado para dar rienda suelta a su instinto criminal no era el medio idóneo para el agotamiento del hecho cuyo propósito le animaba". Aquí el actor no sólo restringe indebidamente el concepto de la idoneidad de la conducta al reducirlo al de la idoneidad del arma, sino que en parte alguna demuestra, como era su obligación, que en verdad el arma que usó el procesado no fuera apta o idónea para causar la muerte de su víctima, teniendo en cuenta todo el contexto de la conducta desplegada y toda las circunstancias que le sirvieron de marco. Con razón se ha dicho que hasta un pequeño alfiler puede resultar idóneo para producir la muerte de un ser humano, dependiendo su aptitud para este efecto, de una serie de factores, tales como la manera de usarlo, la fragilidad de la víctima, entre otros.

Tampoco demuestra el censor, como tenía que hacerlo, que la muerte de Calvo Tálaga *no se produjo por decisión voluntaria del procesado. Se limita a este respecto, exclusivamente, a manifestar que no existe prueba de que el no fallecimiento de la víctima se hubiera debido a motivos extraños al querer de* Escobar Alvarado *(pasando por alto el hecho de que la víctima hubiera sido recogida por las autoridades de policía y llevada rápidamente a un centro hospitalario donde recibió adecuada asistencia médica), pero no demuestra la verdad de su afirmación.*

Lo mismo puede glosarse a su aserto, según el cual "la mente del autor del hecho, perturbada por la pasión de los celos... le impedía dirigir su acción hacia un fin único, concreto y determinado, inhesitablemente apuntado hacia la muerte de la víctima". ¿Donde está la demostración de ésto?

Como se puede deducir de todo lo expuesto, el casacionista se limitó a plasmar en su demanda una serie de premisas, sin expresar las razones que acreditaran su realidad, y con apoyo en todas ellas llegó a una conclusión que por lo mismo se quedó sin demostración, desconociéndose de este modo la perentoria obligación de indicar en "forma clara y precisa los fundamentos" en que se apoya la causal invocada (art. 576 del C. de P. P.), y esto es más que suficiente para que la Sala deseche su demanda.

No puede la Sala ocultar su asombro ante las demandas de casación que presenta el señor Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Cali, no sólo por el desconocimiento de la técnica de este recurso que en ellas se hace ostensible, sino también por la desafortunada concepción del derecho que suele servirles de fundamento.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis G. Salazar Otero
Secretario

DICTAMEN PERICIAL

Cuando una persona es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, como las grabaciones magnetofónicas, procede a preconstituir la prueba del delito, no necesita autorización de autoridad competente, ya que con base en ese documento podrá promover las acciones pertinentes.

Sentencia Segunda Instancia. 16 de marzo de 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, en cuanto condenó a la doctora Diana Inés Córdoba Rentería, Juez Promiscuo Municipal de Acandí, por el delito de Concusión, la reforma para aumentar la pena principal y la revoca para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada: Acta número 16-III-14/88.

Bogotá, D. E., marzo dieciséis de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Revisa la Sala, por vía de consulta, la providencia de 18 de diciembre de 1986 por medio de la cual el Tribunal Superior de Quibdó condenó a la doctora Diana Inés Córdoba Rentería, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Acandí (Chocó) a la pena privativa de la libertad de dos (2) años de prisión e interdicción de Derechos y Funciones Públicas por el término de un (1) año; al pago del equivalente a cinco (5) gramos oro, en moneda nacional como indemnización de perjuicios a favor del Estado y le otorgó el beneficio de la condena de ejecución condicional mediante caución prendaria por la suma de dos (2) salarios mínimos mensuales y la suscripción de la diligencia de compromiso a que se refiere el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal anterior, como autora responsable del delito de concusión por el cual fue llamada a responder en juicio criminal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal de Instancia los resume en el fallo consultado de la siguiente manera:

"Fueron denunciados personalmente ante la Sala Penal de la Corporación por el Suboficial (sic) de la Policía Nacional, Napoleón Benítez Briceño, de cuya exposición se resume que en la población de Acandí, el 8 de abril del año pasado (1985), como a las 5 de la tarde, fue llamado por teléfono por la doctora Diana Inés Córdoba Rentería, Juez Promiscuo Municipal de esa cabecera, quien lo invitó a su Despacho a partir de las 6 p.m. de esa misma fecha, de modo que acudió entonces la Funcionaria en compañía de su secretaria, la señora Carmen Zapateiro de Ortiz, le comunicó estar informada que el Suboficial (sic) en asocio de otros de su rango, había facilitado el tráfico de un cargamento de estupefacientes, contenidos en unas canecas, y que por esa operación había percibido gruesas sumas de dinero calculadas en varios millones de pesos, así que lo dicho por la funcionaria fue respaldado por su secretaria. Dice el Tte. Benítez Briceño, que tanto la una como la otra trataron de extorsionarlo, ofrecerle que estaban en condiciones de no comunicar a los superiores de él, ni iniciar o denunciar lo sucedido a cambio de que les suministrara la cantidad de quinientos mil pesos ($500.000.00). Por su parte el Suboficial (sic) se demostró interesado en la propuesta, y entretanto, acompañado de otro suboficial (sic) especializado en Antinarcóticos, resolvió confirmar con la funcionaria y la empleada, y desarrollaron actividades técnicas tendientes a recolectar la prueba de lo propuesto por la señora Juez y su secretaria, de tal manera que posteriormente la llamó por teléfono, le grabó el diálogo y la funcionaria se mantuvo en la suma inicial de los quinientos mil pesos ($500.000.00) para dejar callada la situación".

Por auto de 24 de abril de 1985 el Magistrado sustanciador dispuso la apertura de la correspondiente investigación penal contra la doctora Diana Inés Córdoba Rentería y la reproducción de la grabación realizada por el Oficial-denunciante Benítez Briceño y que fuera entregada para los fines investigativos.

El Juzgado Tercero de Instrucción ambulante por comisión del Tribunal Superior de Quibdó, adelantó la correspondiente investigación penal, dentro de la cual se acreditó la calidad de Juez Promiscuo Municipal de Acandí que ostentaba la procesada por la época de los hechos (acta de posesión); se le recibió declaración indagatoria y se realizó confrontación entre el denunciante y la funcionaria Diana Inés Córdoba Rentería; se solicitó al Instituto de Medicina Legal de esta ciudad el examen y dictamen de los casetes (13 en total) aportados a la investigación y se recibieron numerosos testimonios. Más adelante se analizarán estas pruebas para determinar la responsabilidad de la acusada en los hechos investigados.

Con fecha 7 de noviembre de 1985, el Magistrado sustanciador declaró cerrada la investigación y mediante providencia de 23 de junio de 1986 se le comprometió en juicio criminal por el delito de concusión, se le decretó su detención preventiva, pero se le otorgó el beneficio de excarcelación.

Como el auto calificatorio no fuera recurrido, se abrió el juicio a prueba sin que las partes hicieran uso de él, ni el Tribunal decretara pruebas de oficio.

Con asistencia de la acusada, el 5 de noviembre del año próximo pasado se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública y el Tribunal Superior de Quibdó en sentencia de 18 de diciembre siguiente, la condenó a la pena privativa de la libertad de dos (2) años de prisión; interdicción de Derechos y Funciones Públicas por un (1) año; al pago del equivalente a cinco (5) gramos de oro para responder por los perjuicios ocasionados con la infracción y le otorgó el beneficio de la ejecución condicional de la sentencia para lo cual debía prestar caución prendaria por el valor de dos (2) salarios mínimos mensuales.

Como el fallo de primera instancia fue notificado en forma personal a todas las partes intervinientes y ninguna de ellas hizo uso de los recursos legales, procede la Corte, por vía de consulta, a decidir lo que legalmente corresponda.

Concepto del Ministerio Público

Como el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuestiona el origen, producción y aducción de la prueba principal tenida en cuenta para fundamentar el fallo consultado, debe decidirse previamente la validez de ella y del proceso. Se expresa así la Delegada:

"Es imperativo que se advierta por esta Delegada en lo Penal, en primer lugar, la no viabilidad plena de la principal prueba de cargo que se aduce contra la procesada funcionaria, esto es, la cinta magnetofónica obtenida como producto de la subrepticia grabación que se hiciera de una conversación telefónica en que el denunciante indujo intencionalmente a la Juez Córdoba Rentería, pieza procesal ésta que no procede elevarse a la categoría de prueba cubierta de pleno mérito probatorio ni legal, como se pretende, toda vez que se trata de un medio procedimental ilícito en su origen, en su producción y hasta en su aducción a las diligencias investigativas".

"La Constitución Nacional en su precepto 38 consagra el inalienable derecho de las personas a la intimidad en sus comunicaciones –habladas y escritas– al paso que el Código Penal refuerza este principio y vela por su garantía mediante la sanción que dispone su artículo 288 para personas que dolosamente vulneran este principio constitucional".

"Se conoce como excepción a dicho derecho la disposición que en el Código de Procedimiento Penal se distinguen con el número 372, y las siguientes que lo desarrollan, las que en armonía con la norma 220 del mismo estatuto Adjetivo permiten la interceptación o grabación de conversaciones telefónicas, siempre y cuando medie para ello, previamente, la correspondiente autorización judicial, que debe ser expresa y escrita en respuesta a solicitud anterior en tal sentido. Ello, en cumplimiento del principio procesal de la previa disposición u orden judicial, que a su vez revierte en garantía de los también principios de contradicción e inmediación de las pruebas".

"Significa lo anterior que para que una prueba del calibre como la que nos ocupa esté dotada de la validez legal y eficacia probatoria que demandan los artículos 481 y 215 del C. de P.P., es preciso que exista una acción penal en desarrollo, que el funcionario instructor tenga conocimiento de los hechos supuestamente delictivos y de la posibilidad de demostrarlos a través de este medio, según petición que en tal

sentido haya recibido, y que, por consiguiente, autorice expresamente la práctica de esta excepcional prueba técnica. Ello, desde luego, contándose con la plena observancia de las ineludibles solemnidades que estatuyen los artículos 376 y 389 del C. de P. P., así como del artículo 229 del C. de P. C. El desconocimiento de las anteriores disposiciones genera la tacha de inadmisibilidad para la prueba así practicada, toda vez que se violan derechos fundamentales de la persona humana que la Constitución Nacional y las leyes consagran en favor de los asociados, como son el derecho a las comunicaciones, la libertad y privacidad de las mismas, y la propia dignidad del individuo. Aceptar la prueba recaudada en desmedro de estas garantías, conlleva, de contera la *inobservancia* de otro mandato constitucional cual es el debido proceso".

"Pues bien; aplicado lo expuesto al particular evento materia de este análisis, es forzoso admitir que se refleja claramente cómo la grabación obtenida por el denunciante carece por completo de todas las condiciones legales anteriormente reseñadas como inevitables, lo que deja como consecuencia que nos encontremos frente a una prueba ilícita, no generadora de mayores efectos probatorios que los de una simple capacidad indiciaría –puesto que su contenido fue aceptado por la sindicada– pero, como se dijo, aceptación a riesgo de tolerar o admitir la pretermisión de mandatos legales y la violación de derechos individuales".

No obstante el anterior planteamiento de la Delegada, esto es, que en el presente caso se violaron normas procedimentales y se desconocieron garantías constitucionales, como por ejemplo, el debido proceso, encuentra que la causa contra la Funcionaria acusada encierra elementos de juicio de diferente orden que la inclinan a demandar la confirmación del fallo consultado.

Por ello, se refiere a los testimonios del denunciante y su compañero de institución Teniente de la Policía Antinarcóticos José Angel Mendoza, de la secretaria Carmen Zapateiro de Ortiz y la indagatoria de la propia acusada, para concluir que "... no es difícil tener como demostrado que ciertamente la doctora Córdoba Rentería y su Secretaria Zapateiro de Ortiz solicitaban al Teniente Benítez Briceño una respetable suma de dinero a cambio de garantizar la total inactividad de su obligación judicial, en tratándose de la ya muy publicada transacción entre los contrabandistas y los oficiales policivos".

"Y contra la contundencia de la anterior conclusión no puede oponerse válidamente argumentos como los que esgrimen el defensor, la funcionaria y su exsubalterna, pretendiéndose la configuración de dos circunstancias que exonerarían la responsabilidad penal a la Juez por aceptar su real participación en este delito, a título de 'llevarle la idea al Teniente': inculpabilidad por insuperable coacción ajena, ante las amenazas de muerte que el Oficial les lanzaba permanentemente, e inculpabilidad por convicción errada e invencible de proceder legalmente, al buscar la comprobación de un delito de manera extra-procesal o, lo que es peor, sin que existiera proceso alguno ni tuviera competencia para ello, como proponen, en su orden, defensor y acusada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe la Sala previamente determinar si en este caso, como lo advierte la Delegada, se violaron derechos constitucionales y legales de la acusada, por cuanto, de estar presentes las fallas procedimentales anotadas por el Ministerio Público, comportarían la nulidad del proceso, sin importar la existencia de otros elementos de juicio que eventualmente prediquen la autoría y responsabilidad de la funcionaria acusada del delito que se le dedujo en el auto de proceder, ya que de haberse violado el principio constitucional del debido proceso y como consecuencia de ello el derecho de defensa, resulta impropio aseverar que la presencia de una o varias pruebas con fuerza suficiente para declarar la responsabilidad de la procesada, deban considerarse aptas para subsanar vicios que irremediablemente darían al traste con la investigación y desde luego con el fallo definitivo.

El artículo 38 de la Carta consagra la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los telégrafos y correos y, así mismo, autoriza para interceptar y registrar las cartas y papeles privados, única y exclusivamente a la autoridad, mediante orden de funcionario competente, con las formalidades legales y con el fin de buscar pruebas judiciales.

Así mismo, el artículo 288 del Código Penal, en desarrollo del citado mandato constitucional, sanciona con pena de arresto a quien ilícitamente, esto es, sin orden o permiso de autoridad competente, sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona o se entere indebidamente de su contenido y con prisión, si el autor de ese hecho, revela el contenido de la comunicación o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro.

De la norma anteriormente citada, se deduce inequívocamente que el sujeto activo de la infracción, debe ser distinto de aquellos que dirigen la correspondencia y de su destinatario. Ello, por cuanto resulta de simple sentido común que, quien crea el documento o papel privado y quien lo recibe (destinatario) son los únicos que pueden decidir su divulgación. La norma sanciona a quien sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada o se entere de su contenido, desde luego sin autorización de autoridad competente, cuando el remitente y el destinatario desean que el contenido deba permanecer en reserva. Pero, cuando uno y otro la dan a la publicidad o por lo menos ponen su contenido en conocimiento de otras personas, éstas de modo alguno incurren en el ilícito previsto en la norma comentada, salvo que se les haya confiado con el carácter de reservado.

Lo mismo ocurre respecto de las grabaciones magnetofónicas, es decir, que nadie puede sustraer, ocultar, extraviar, o destruir una cinta magnetofónica o interceptar o impedir una comunicación telefónica, sin autorización de autoridad competente. Pero, cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita de autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede promover las acciones pertinentes. Este por cuanto quien graba es el destinatario de la llamada.

Y es que no puede predicarse ilicitud en la conducta de quien acude a los cuerpos secretos y de seguridad en busca de protección y descubrimiento de quienes por vía telegráfica (cartas o mensajes) o telefónica son víctimas de delincuentes que pretenden extorsionar o chantajear a un ciudadano, bien sea entregándoles los escritos recibidos o demandando la intercepción de sus propias líneas telefónicas para la ubicación del sitio de donde provienen. Tal actitud, no requiere de autorización de autoridad competente que en este caso lo sería un Juez de la República o un cuerpo auxiliar de la Justicia como lo es la Policía Judicial.

Entonces, un ciudadano o cualquier funcionario público no solamente puede, sino que debe en cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal vigente (art. 12 del C. de P. P. anterior) dar cuenta de la comisión de un hecho punible o iniciar la correspondiente investigación, según el caso, salvo en las excepciones expresamente consagradas en la ley, aportando todos los elementos de juicio que permitan el éxito de la misma, sin que por ello incurran en violación de la Constitución Nacional o la ley.

Ocurre sin embargo, que ha sido permanente motivo de discrepancia jurisprudencial y doctrinal si una grabación es o no un medio de prueba y cuál su naturaleza. En Colombia, a partir de 1971 con la adopción del Código de Procedimiento Civil, se despejó dicha problemática al consagrar en el artículo 251 que "... son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas *magnetofónicas, discos,* grabaciones magnetofónicas, *radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general..." por cuanto no es imperioso identificar como documento todo aquello que conste por escrito, sino el hecho de que sobre el mismo se haya representado alguna cosa a través de los signos gráficos que constituyen la escritura o que permitan que su contenido se perciba directamente, es decir, sin pasar a través de la mente del hombre, como lo serían por ejemplo, las fotografías y las grabaciones magnetofónicas.*

Por ello, las grabaciones magnetofónicas que constituyen una clase de documento privado, resulta apto como medio de prueba al tenor de lo preceptuado por los artículos 262 del Código de Procedimiento Penal anterior y 258 del actualmente vigente, cuyo valor depende de su autenticidad, aducción, publicidad y controversia procesal.

En el caso concreto, el Tribunal Superior, de Quibdó *en el auto cabeza de proceso admitió la cinta magnetofónica aportada por el denunciante y dispuso para su verificación y autenticidad que tanto la diligencia de indagatoria de la acusada como las intervenciones del denunciante, fueran grabadas con el fin de confrontarlas con la primera mediante la intervención de expertos del Instituto de Medicina Legal. Y, fue la propia sindicada quien aceptó que la conversación sostenida por ella y su secretaria con el Teniente de la Policía Nacional* Napoleón Benítez Briceño *que fuera grabada por éste, tuvo real existencia, aunque pretendió justificar su proceder aduciendo querer constituir prueba incriminatoria contra el oficial para iniciar investigación criminal en su contra por conductas contrarias a sus obligaciones oficiales.*

En tales condiciones dicha prueba fue legalmente admitida por el Tribunal y apreciada adecuadamente por el juzgador de instancia, sin que pueda predicarse su inexistencia o inadecuada aducción al proceso y mucho menos violatoria de los

principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa que obligaran a la Corte a declarar la nulidad del proceso.

Por lo anterior, la Sala entra a valorar la prueba existente en el plenario para fundamentar la decisión que deba tomarse en este caso.

En primer término el denunciante Teniente Benítez Briceño en amplia exposición da cuenta de que la funcionaria acusada enterada por su Secretaria de una supuesta ilicitud de su parte en el ejercicio de sus funciones, pretendió exigir al oficial la suma de quinientos mil pesos ($500.000.00) con el fin de no dar cuenta de las negociaciones oscuras con particulares para facilitar el paso de sustancias aptas para el procesamiento de drogas alucinógenas o no iniciar oficiosamente la correspondiente investigación criminal. Por ello, solicitó el concurso de su compañero el oficial Mendoza Guzmán para que fuera testigo de los hechos que se desarrollaban en la forma ya descrita, procediendo a grabar las conversaciones telefónicas entre Benítez y la Juez Córdoba Rentería.

Por su parte el Teniente de la Policía Antinarcóticos José Angel Mendoza Guzmán ratifica lo dicho por su compañero de institucion y da fe de lo percibido por él en forma directa y de la autenticidad de la grabación aportada al proceso como prueba fundamental para respaldar su denuncia contra la acusada.

La doctora Diana Inés Córdoba Rentería en diligencia de indagatoria acepta que la grabación que presentara el Teniente Benítez Briceño fue real aunque apunta que por la personalidad del oficial, ella y su secretaria se vieron precisadas a llevarle la idea ya que no contaban con pruebas suficientes para ordenar la investigación penal contra el oficial, además, que éste la tuvo siempre amenazada y que, incluso, recibió llamadas telefónicas que le exigían su retiro del lugar dándole un plazo de quince (15) días para proceder de conformidad. Advierte también que la grabación que se le puso de presente, no contiene la totalidad de la conversación realizada por ella y el oficial, precisamente porque éste es persona experta en esa clase de trabajos, es decir, que la cinta magnetofónica fue borrada parcialmente o mutilada.

Finalmente la Secretaria del Juzgado Carmen Zapateiro de Ortiz coincide con las apreciaciones de su Jefe inmediata la aquí sindicada doctora Diana Inés Córdoba Rentería y narra extensamente todos los hechos ocurridos en la localidad con relación a las actividades del oficial denunciante en el ejercicio de su cargo.

Los demás declarantes dentro del proceso informan sobre los hechos registrados en el Municipio de Acandí durante el mes de abril de 1985, más concretamente durante la Semana Mayor, es decir, sobre el comportamiento del Oficial Benítez Briceño y de comentarios que se hicieron sobre el posible trato de éste con particulares para permitir, a cambio de dinero, el transporte de varias canecas de éter para el procesamiento de estupefacientes.

No obstante la conducta del oficial de la Policía, que debe estar siendo investigada por las autoridades correspondientes, debe la Sala precisar algunos hechos que inciden sustancialmente en la responsabilidad de la doctora Córdoba Rentería en la conducta que se le imputan.

Dice el oficial en su denuncio presentado el 12 de abril de 1985 ante el Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó doctor Ely Gómez Ortega, que el día lunes 8 del mismo mes, siendo las cinco y treinta minutos de la tarde, recibió una llamada telefónica proveniente del Juzgado a cargo de la acusada, citándole para tratar asuntos de suma importancia. Como quiera que la funcionaria y su Secretaria le manifestaron estar enteradas de actividades delictuosas por parte de él en el ejercicio de sus funciones, le exigieron participación de los dineros que supuestamente él había recibido por permitir el paso por la región de elementos sustanciales para la elaboración de narcóticos.

En la misma denuncia dice que al día siguiente, luego de comentar lo sucedido a su compañero el Teniente Mendoza Guzmán, procedió a llamar a la funcionaria y grabar la conversación con el fin de preconstituir la prueba idónea para poner en conocimiento del Tribunal la conducta de su denunciada.

A folio 11 del informativo aparece el oficio número 059 con fecha 10 de abril de 1985, suscrito por la Juez Promiscuo Municipal de Acandí doctora Diana Inés Córdoba Rentería, dirigido al Señor Presidente del Tribunal de Quibdó dando cuenta de las irregularidades presentadas en el municipio respecto del oficial Benítez Briceño, documento que inexplicablemente fue incorporado a los autos tan solo el día 24 del mismo mes y año, esto es al día siguiente de su recibo en la Corporación.

Resulta extraño que la acusada diera cuenta al Tribunal Superior de la conducta del Oficial de la Policía Nacional y no lo hiciera al inmediato Superior o al Comandante de la Policía Nacional y a la Procuraduría General de la Nación o Regional para que se investigara su conducta. Da la impresión más bien que, una vez enterada de la denuncia presentada ante el Tribunal por el Teniente Benítez Briceño, procedió a la elaboración del oficio con el fin de justificar la charla telefónica que fue grabada y de la que se enteró en su contenido en la reunión que se realizara en casa del señor Blas Arcadio Valencia Martínez.

También resulta extraño que solamente el 24 de abril mediante comunicación telegráfica distinguida con el número 056, diera cuenta al Tribunal de las amenazas de que fuera víctima y la exigencia de abandonar la zona o localidad, cuando ella misma dice en su indagatoria que una vez fue amenazada, acudió al Oficial Benítez Briceño en busca de protección, es decir, antes de que éste procediera a elevar la denuncia con base en la grabación magnetofónica aportada al informativo, pues absurdo sería recurrir a quien se había convertido en su enemigo y querellante.

La funcionaria acusada, una vez tuvo conocimiento de las actuaciones delictuosas de Benítez Briceño, nada hizo en su condición de Juez de la República para concretar oficialmente los cargos, esto es, haber recibido declaración juramentada a su secretaria y a las personas que en una u otra forma tuvieron conocimiento de los hechos ocurridos durante la Semana Mayor, lapso en que el Juzgado disfrutaba de vacaciones judiciales. Era esta la vía expedita para luego dar cumplimiento al artículo 12 del Código de Procedimiento Penal y no el de "llevarle la idea" al oficial en la proposición de no realizar actuación alguna con la promesa de retribución con dinero o especies como lo relata en su injurada.

No cabe duda que la Secretaria del Juzgado puso en conocimiento de su superiora los comentarios que se hacían sobre la posible negociación del oficial con narcotraficantes y que, por la cantidad apreciable de dinero, las dos optaron por informar al oficial de su conocimiento y bajo la intimidación de iniciar la correspondiente investigación penal, exigieron la entrega de la suma de quinientos mil pesos ($500.000.00) a cambio de dejar las cosas quietas y así prestar ayuda mutua como funcionarios de la localidad.

Y es que actuaciones como las realizadas por la funcionaria como la charla que fuera grabada por el oficial, son indicativas de su querer delictuoso y no como lo asegura Diana Inés, con el fin de obtener certeza del proceder del oficial para poder dar cumplimiento al mandato legal de poner en conocimiento de la autoridad competente la comisión de un delito.

Tampoco puede aceptarse que su actuación se debió a las reiteradas amenazas de que era víctima, pues, recuérdese que tan solo dio cuenta de ellas al Tribunal Superior mediante comunicación telegráfica muchos días después de la denuncia contra ella presentada. Además, como lo destaca el Tribunal, la funcionaria manifestó al oficial no tenerle miedo a lo cual éste le dijo "... hace mal, porque a mí hay que tenerme miedo...", es decir, que su estado de ánimo para la fecha de los hechos no se hallaba afectado en ningún grado, máxime que de la lectura de la transcripción de la grabación, ninguna expresión allí consignada revela ser fruto de amenazas o miedo, sino por el contrario, con la naturalidad y firmeza de quien desea obtener un favor de persona conocida y con el grado de amistad que le permite, incluso, relaciones de otra índole.

En suma, la providencia consultada merece su ratificación por estar presentes todos los requisitos legales para dictar fallo de condena, pero se modificará en cuanto la pena privativa de la libertad y revocará el subrogado penal de la condena de ejecución condicional que se le otorgó, pues en su caso, no se reúnen las exigencias del artículo 68 del Código Penal.

En efecto. Las modalidades del hecho, que denotan la audacia y la falta de todo escrúpulo de la acusada, puesto que las exigencias de dinero a sabiendas de su posible procedencia ilícita, a otro funcionario público, indican que la funcionaria no es acreedora al subrogado penal ya citado, así como tampoco a que se le imponga el mínimo de la pena prevista para su comportamiento, máxime que Diana Inés Córdoba Rentería pretendía montar un verdadero negocio ilícito en su propio juzgado, para facilitar labores del oficial en beneficio mutuo y con el menor riesgo posible, como sería impartir órdenes de allanamiento, dictar autos de detención, etc., todo con el fin de obtener beneficios económicos, con la complicidad de su propia secretaria, es decir, sin peligro de ser descubierta.

En consecuencia, la pena privativa de la libertad que le corresponde por su conducta, es la de treinta (30) meses de prisión, razón por la cual el Tribunal Superior de Quibdó procederá a establecer si la acusada desempeña actualmente algún cargo público y, en caso positivo, solicitará su suspensión y vigilancia con el fin de hacer efectiva su captura y el cumplimiento de la sentencia.

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

REFORMA

La sentencia de fecha 18 de diciembre de 1986 proferida por el Tribunal Superior de Quibdó contra la doctora Diana Inés Córdoba Rentería, en el sentido de fijar como pena privativa de la libertad la de *treinta (30) meses de prisión* y REVOCAR el numeral tercero (3°), esto es, el subrogado de la condena de ejecución condicional, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia. Se CONFIRMA en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario



PREVARICATO

La ley penal no exige hoy por hoy para la estructuración del tipo de prevaricato una finalidad (ingrediente subjetivo) especial, ni un por qué particular pues basta a este efecto la manifiesta ofensa al principio de legalidad.

Sentencia Segunda Instancia. 16 de marzo de 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, por medio de la cual condenó al doctor Roberto Schamun Manzur. Juez Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad, por el delito de Prevaricato.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobada Acta número 18.

Bogotá, D. E., marzo dieciséis de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante fallo de marzo diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y siete (1987), condenó al doctor Roberto Schamun Manzur, Juez Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad, a la pena principal de un (1) año y dos (2) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y a la indemnización en abstracto de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, como autor responsable del delito de prevaricato por acción.

Contra tal determinación interpuso recurso de apelación el defensor, el que sustentado en oportunidad legal, fue concedido en auto de abril diez (10) del año en curso.

El Fiscal del Tribunal, en la audiencia pública, abogó por la condena del procesado, en tanto que el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita a la Corte "revocar la sentencia condenatoria, y en su lugar, absolver al doctor Roberto Schamun Manzur".

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la ciudad de Cartagena, la señora Rosamelia de la Peña de Sosa, representada por el doctor Winston Lugo Martínez, adelantaba proceso de separación de bienes contra su esposo Alberto Sosa Torres. En esas, éste vendió a crédito una embarcación al señor Alvaro Taján Gómez, y como éste incumpliera, aquél le confirió poder a los doctores Roberto Mordecai Marrugo y Manuel Bula Bula, para que iniciaran las correspondientes acciones ejecutivas, habiendo correspondido la demanda presentada por el primero de los mencionados al Juzgado Quinto Civil del Circuito, y las de Bula, al Juzgado Sexto, cuyo titular era el doctor Roberto Schamun Manzur, juez acusado.

Enterado el representante de doña Rosamelia de los hechos referidos, solicitó al Juzgado Cuarto, dentro del susodicho proceso de separación, el embargo de los créditos pertenecientes al esposo de su mandante y la consiguiente comunicación del mismo a los mencionados juzgados. Fue así como mediante oficios números 929 y 930 la Juez Cuarta libró las respectivas comunicaciones. Este último, de septiembre 1 de 1983, fue el dirigido al Juez Schamun Manzur y textualmente dice: "Por el presente me permito informar a usted, que este despacho en providencia de la fecha, dentro del proceso que cursa contra el señor Alberto Sosa Torres, de separación de bienes, promovido por el doctor Winston Lugo Martínez, como apoderado judicial de la señora Rosamelia de La Peña de Sosa, decretó el embargo y secuestro de los créditos a favor del demandado Alberto Sosa Torres, dentro del proceso presentado por el señor doctor Manuel Bula Bula, como endosatario al cobro y radicado bajo el número 1770", tiene fecha de recibo, septiembre 2 del mismo año.

Para cuando se recibió el susodicho oficio, el doctor Schamun Manzur, había por auto de 23 de febrero de 1983, admitido la demanda y librado mandamiento de pago a favor del "doctor Manuel R. Bula Bula, como endosatario al cobro de Alberto Sosa Torres, por la suma de $172.000.00, moneda corriente, a más de los intereses de la obligación...". Y el mismo 23 de febrero había admitido la caución prestada por el doctor Bula y decretado el embargo y secuestro previo del yate "Corsario", de propiedad de Alvaro Taján Gómez, quedando el primero registrado en la Capitanía del Puerto, Dirección General Marítima y Portuaria bajo el número 09-83, folio 17 del libro 4°, y secuestrado en diligencia practicada por la Inspección 1ª Central de Policía de Cartagena, el once (11) de marzo del mismo año.

El 12 de abril de 1983, el doctor Bula presenta otra demanda ejecutiva, con base en otra letra de cambio por el mismo valor ($172.000.00), actuando también como endosatario al cobro de Alberto Sosa Torres y contra el mismo Alvaro Taján Gómez. Con ella eleva un memorial, dirigido por el Juez Sexto Civil del Circuito, en el que solicita la acumulación. Y en junio 9 de 1983, se libra la correspondiente orden de pago por vía ejecutiva, ordena la acumulación y dispone lo pertinente (artículo 540 C. de P. C.).

El 9 de septiembre de 1983 los doctores Manuel Ramón Bula B. y Walfredo Alvear Morales, se dirigen por escrito al señor Juez Sexto Civil del Circuito, "para ponerle en conocimiento que desistimos del negocio de la referencia (el proceso ejecutivo de marras, expediente número 1770) por haber llegado a un arreglo

amigable extrajudicial, por lo tanto pedimos el desembargo de los bienes trabados en este asunto, renunciamos a las condenas en costas como a reclamos de perjuicios. Los dineros que se encuentran en el juzgado serán entregados al doctor Walfredo Alvear, renunciamos a términos y ejecutoria de la providencia favorable que recaiga sobre el presente escrito. Los honorarios del secuestro serán cancelados por el demandado, previa regulación del juzgado".

Y el 12 de septiembre del mismo año, el juez acusado resuelve:

"1. Admitir el desistimiento solicitado por los doctores Manuel R. Bula B. y Walfredo Alvear Morales; 2. Decrétese el levantamiento de las medidas previas, ofíciese a las entidades respectivas para el desembargo de los bienes; 3. No hay condena en costas por arreglo de las partes. Regúlese los honorarios del secuestre, para pago de ellos por el demandado, en la suma de $8.000.00 moneda corriente; 4. Entréguese los títulos que reposan en este juzgado, de este proceso al doctor Walfredo Alvear; 5. Admítase la renuncia a la notificación y ejecutoria del presente auto; 6. Dése por terminado el proceso, anótese lo pertinente en los libros que se llevan en este juzgado como Indice y Radicador; 7. Archívese lo pertinente" (sic).

El quince (15) de septiembre la secretaria del juzgado, le hace saber al señor juez que no ha tenido en cuenta el oficio enviado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito.

El dieciséis (16) de septiembre, el doctor Winston Lugo Martínez, se dirige al juez Schamun M., haciéndole precisión, entre otras cosas de que el arreglo extraproceso de los doctores Bula y Alvear, "es ilegal, hay pago indebido y por lo tanto tratando de burlarse del derecho que le asiste a mi mandante y no respetar la petición hecha por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito", han presentado desistimiento, solicitando el archivo del proceso. Y el mismo dieciséis de septiembre, el juez responde a todas estas inquietudes, en el siguiente breve auto:

"Por error involuntario se omitió el pronunciamiento sobre este punto, que sí fue tenido en cuenta al momento de proferirse el que se adiciona.

"El juzgado ha considerado que si bien es cierto que aparece el embargo del crédito que aquí se cobra, no lo es menos que por razón de haberse llegado a una transacción extra-proceso no existe dinero o bien alguno sobre el cual materializar el embargo. Los apoderados de las partes llegaron a un acuerdo cuyos términos no son del conocimiento del juzgado y no existe en él bien alguno que se encuentra trabado, salvo el mismo crédito. Cosa distinta sería la situación que proviniera de que se hubiese consignado o puesto a órdenes del juzgado el valor del crédito, pues entonces, si bien sería viable el dar por terminado el proceso, no podría entregarse al demandante su valor en virtud del oficio del Juzgado Cuarto Civil del Circuito. Pero es necesario aún anotar que en dicho oficio no se dio cumplimiento al límite del embargo, lo que es una irregularidad, pero que ahora carece de significancia por las razones ya dichas. En mérito de lo expuesto se *resuelve:* Adiciónase el auto de fecha septiembre 12 del presente año, en el sentido de actuar de conformidad con lo resuelto en él, ya que el embargo decretado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito no se materializó por sustracción de materia".

Por estos hechos formuló denuncia contra el Juez Sexto Civil del Circuito, doctor Roberto Schamun Manzur, el doctor Lugo Martínez. Practicadas diligencias preliminares, se ordenó abrir investigación el 12 de junio de 1985, la que perfeccionada se cerró el 11 de septiembre del mismo año, calificándose en abril 2 de 1986, llamando a responder en juicio criminal al doctor Schamun Manzur, por el delito de prevaricato, habiendo salvado voto el doctor Munir Jaller Cure. Interpuesto recurso de reposición, se mantuvo la determinación asumida. Debidamente tramitada la etapa de la causa, se emitió sentencia condenatoria, también con salvamento de voto del mencionado magistrado, la que es ahora motivo de revisión por la vía de la apelación.

Quiere la Corte traer a colación apartes de la indagatoria de Schamun Manzur, así: "... El juzgado a mi cargo por razón de haberse presentado un desistimiento de la acción ejecutiva por medio de la cual el señor Sosa Torres pretendía hacer efectivo su crédito, debió dar por terminado el proceso ejecutivo, pues no otra salida le cabía en virtud de tal desistimiento. La acción ejecutiva que era fruto de una demanda propuesta por el titular del crédito y que conllevaba a poner en movimiento la maquinaria jurisdiccional sólo podía cesar en virtud del mismo derecho que le asistía al accionante o actor o ejecutante para renunciar a esa misma acción. Considerando el juzgado, repito, que el desistimiento o renuncia de una acción ejecutiva, como era el caso, no podía ser negado por el juzgado pues cumplía con los requisitos procedimentales que para tal fenómeno jurídico consagra nuestro C. de P. C., como lo es la suscripción del documento por el ejecutante y su correspondiente presentación personal, accedió a admitir el desistimiento y dar por terminado el proceso... De manera que el juzgado admite el desistimiento y levanta las medidas cautelares a fin de restablecer el patrimonio económico de un tercero en contra de quien no existía ya acción ejecutiva alguna... En ningún momento considero que el juzgado se abstuvo de dar cumplimiento al referido oficio (el proveniente del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena)... Creo oportuno y se me ocurre manifestar que una cosa es el embargo del crédito del señor Sosa Torres que había ordenado el otro funcionario judicial y otra cosa es el embargo de los bienes del tercero por intermedio de los cuales se pretendía hacer efectivo dicho crédito. Pero esos bienes, consideró el juzgado, en estricto derecho no pueden confundirse ni fusionarse con el crédito que se pretendía cobrar, pues ellos permanecen dentro del ámbito del patrimonio económico del señor Taján, hasta que se conviertan en un pago del crédito. Entonces sí se materializaba el crédito embargado en la suma de dinero pagada y ésta quedaba obviamente embargada por razón de la existencia del oficio en mención, debiéndo ser remitida el juzgado que presido al juzgado en donde estaba el proceso de separación. Creo que yo me hubiera abstenido de cumplir con el oficio de embargo si hubiera desembargado el crédito, o sea actuado en contra de la orden del juzgado donde existe el proceso de separación... Por otra parte, con el mayor de los debidos respetos, quiero hacer notar que se está incurriendo en un error al tratar de hacer sinónimos con vocablos jurídicos sustancialmente diferentes. En los interrogantes que se me han formulado con anterioridad se me ha hablado de la admisión de un desistimiento y ahora se me habla de haber admitido una transacción. No se si tal vez la confusión existente alrededor de estos dos fenómenos jurídicos sea lo que haya podido dar lugar a esta indagatoria. La transacción que se me dice equivocadamente admití es un contrato

que aparece por los artículos 2470, si no me equivoco del C.C. y que para su validez demanda que las partes que lo suscriben cedan recíprocamente en sus pretensiones quedando clara y manifiestamente establecido en dicho contrato cuáles son los términos de dichas cesiones. Al paso que el desistimiento no es un contrato sino que es un acto jurídico unilateral de carácter puramente procedimental y en virtud del cual quien acciona judicialmente puede renunciar a ese derecho. No requiere el desistimiento de la coadyuvancia de la parte favorecida, a menos que quien desiste desee exonerarse de las costas y perjuicios que puedan sobrevenirle. De manera que esta es la aclaración que debo responder diciendo que yo no admití ninguna transacción, pues el documento suscrito por los señores Sosa y Tajón literalmente dice que se trata de un desistimiento, por una parte, y por la otra como quiera que en él, como ya lo dije anteriormente, se habla de un simple arreglo amigable, no aparece como lo exige la transacción que se manifiesten los términos de la misma, o sea cuáles han sido las cesiones recíprocas en virtud de las cuales se precave o termine un litigio. Igualmente quiero manifestar que si bien la transacción, que no fue lo que ocurrió aquí, es fuente de extinción de las obligaciones, el desistimiento no tiene siempre por qué serlo y en este caso concreto en mi criterio habiendo admitido tal desistimiento de la acción, el crédito embargado continúa con vigencia legal, pues en parte alguna se ha dicho que tal desistimiento haya ocurrido por pago de la obligación...".

CONCEPTO DE LA DELEGADA

1. A esta altura del proceso "no puede hablarse categóricamente de la demostración plena del factor objetivo del punible", porque la disposición legal supuestamente desatendida por el inculpado (artículo 681-5 C. de P. C.), al abstenerse de cumplir la orden recibida del juzgado Cuarto Civil del Circuito, no reviste las características de clara aplicabilidad en un sólo y determinado sentido". Y una de las varias interpretaciones bien puede ser la que plasmó el juez acusado, producto de "su propia y razonable manera de interpretar el texto legal". Puede que no sea la más correcta, pero ello no corresponde decirlo ahora a la Corte, sino al Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil.

Tampoco está claro que la norma a aplicarse fuera el mencionado artículo 681-5 del C. de P.C. porque existe también la posibilidad de operancia del numeral 6° del mismo artículo.

2. "... No contiene esta ya vasta actuación penal evidencia alguna que, siquiera a manera de indicio, permita predicar ni deducir que el inculpado funcionario judicial actuó con conciencia plena de hallarse quebrantado un texto de procedimiento civil cuando profirió la providencia de la manera como se conoce, ni mucho menos que esa violación normativa estuvo presidida por una voluntad inequívocamente dirigida a materializar ese atentado contra la ley, en forma tal que lo convierte en digno merecedor de un juicio de reproche. No se ve en este informativo interés alguno del funcionario que pudiera perturbar su recta conciencia para inducirle a un comportamiento abiertamente ilegal. No está de presente la mala fe del Juez Civil como génesis de su conducta".

La culpabilidad no se presume, ni se intuye, "toda vez que razonablemente no se concibe, mucho menos en tratándose de un juez de la República, la simple violación de la ley por el sólo placer de hacerlo. Todo comportamiento prevaricador ha de verse presidido, necesariamente, por una intención malsana, es decir, es premeditado".

En conclusión: se debe revocar la sentencia condenatoria, y en su lugar, absolver al doctor Schamun Manzur.

Consideraciones de la Sala

1. Quiso la Corte verificar una extensa relación de los hechos para que se patentizara el decurso del proceso donde tuvo ocurrencia el ilícito de prevaricato. Así las cosas no existe duda alguna de que, para cuando el juez acusado recibió la comunicación de la Juez Cuarta Civil del Circuito de Cartagena, informándole que había decretado el "embargo y secuestro" de los créditos a favor de Alberto Sosa Torres, en el respectivo proceso no solamente se había librado mandamiento de pago, sino que se había decretado el embargo y secuestro del yate "Corsario", diligencia ésta que ya efectivamente se había cumplido. Igualmente es incuestionable que fue con posterioridad al recibo de aquella trascendental noticia, es decir, estando, según el artículo 681-5 del C. de P. C., perfeccionado el embargo (septiembre 2 de 1983), cuando los doctores Manuel Ramón Bula y Walfredo Alvear Morales presentaron su escrito manifestando que habían llegado a *"un arreglo amigable"* y que por ello desistían (septiembre 9 de 1983). Esa era pues la innegable situación fáctica y jurídica, pero el juez la desconoció, dando por terminado inexplicablemente el proceso (septiembre 12 de 1983). La secretaria, entonces, creyendo en la buena fe del funcionario, le hace saber que ha olvidado el oficio proveniente del Juzgado Cuarto (septiembre 15). Y la parte interesada, por los perjuicios que recibía, ciertamente preocupada le informa que el susodicho arreglo es ilegal, que hay pago indebido y que quienes solicitan el archivo del proceso lo único que buscan es burlar indebidamente "el derecho que le asiste a mi mandante" (septiembre 16). Pero el juez desatiende todo llamado a volver las cosas al marco legal, y obstinadamente, profiere su auto de septiembre 16 de 1983, donde asegura que él sí ha tenido en cuenta el oficio de marras, más por "error involuntario se omitió el pronunciamiento sobre el punto"; que "por razón de haberse llegado a una *transacción* extra-proceso no existe dinero o bien alguno sobre el cual materializar el embargo; que "en dicho oficio no se dio cumplimiento al límite del embargo"; en fin, que "el embargo decretado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito no se materializó por sustracción de materia".

2. *Es indudablemente alejado de toda realidad jurídica y procesal que el juez sostenga que por razón de una transacción de cuya existencia se tuvo noticia en el juzgado el 9 de septiembre de 1983, no exista bien alguno sobre el cual materializar un embargo que estaba perfeccionado desde septiembre 2 del mismo año,* y siendo además verdad inconcusa que desde el 11 de marzo, es decir, 6 meses atrás, se encontraba secuestrado el yate "Corsario". *Pero no es sólo eso, sino que, buscando abundar en "razones jurídicas", para sellar la arbitrariedad y la injusticia, advierte que en el oficio no se dio cumplimiento al límite del embargo, como si no supiera, estudioso como se le presenta de las disciplinas jurídicas (después afirmó que en ese sentido sí se había*

equivocado), que por venir la orden de embargo emitida por un juez dentro de un proceso que se adelantaba por separación de bienes, era absurda aquella limitante.

3. Conviene precisar desde ya que la defensa, buscando acreditar la atipicidad de la conducta, ha hecho hincapié en la diferencia entre los fenómenos de la transacción y el desistimiento, afirmando también que lo admitido por el juez acusado fue éste y no aquélla, y que así no pudo vulnerar ninguna disposición legal. Lo primero, que habría que decir al respecto es que en el auto de septiembre 16 se alude concretamente a la *transacción*. Pero hay más: no se entiende por que si el fenómeno jurídico que estaba aplicando el juez era simplemente el desistimiento que, como tal, deja las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciar el respectivo proceso, lo por él dispuesto fue la entrega de los títulos al doctor Walfredo Alvear. Así las cosas, lo que estaba haciendo era bien distinto, pues entregándolos a la contraparte, despojaba a la parte actora y mejor aún a doña Rosamelia de Sosa, representada por el doctor Lugo Martínez, de cualquier oportunidad de defensa de sus intereses, negándole también arbitrariamente los derechos ya adquiridos fruto de la comunicación del embargo.

Era extremadamente fácil ver que con la maniobra de los abogados cuanto se buscaba era que el embargo decretado por la Juez Cuarta Civil del Circuito, el que estaba legalmente perfeccionado, quedara sin ningún efecto, para así burlar los legítimos derechos de doña Rosamelia. *Y a todo ello increíblemente se prestó el juez, porque con los criticados autos pasó por encima de lo ordenado por la Juez Cuarta, despreciando un embargo y secuestro vigentes, aceptando una transacción que así la llame desistimiento no podía admitir porque los bienes estaban fuera del comercio, levantando las medidas cautelares, y lo que es más grave, entregando los títulos a la contraparte para cerrar cualquier oportunidad de volver sobre los mismos, pues la entrega en la forma dicha equivalía a la desaparación de los documentos, o sea que se destruía la única prueba válida para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora.*

Nada pues más alejado de la realidad procesal y jurídica que el aserto del juez de que en ningún momento se abstuvo de cumplir con el oficio de marras que le comunicaba el embargo y secuestro, y que el crédito embargado continuaba con vigencia legal.

Para rebatir una verdad como la expuesta, la defensa con denuedo ha buscado, trayendo en su apoyo conceptos de distintos especialistas en derecho civil, demostrar que las determinaciones asumidas por el juez Schamun Manzur, no fueron manifiestamente arbitrarias o ilegales, porque la interpretación por él sentada tiene asidero en nuestro derecho. La Corte respeta mucho las opiniones traídas a colación, pero no cree que solucionen el evento sub-exámine. Baste, pues, al respecto significar lo siguiente, muy brevemente: la tesis, nueva por cierto, que presenta el doctor Manrique Guzmán, en el sentido de que "en tratándose de embargo de títulos valores, la disposición aplicable del C. de P. C. no sería el numeral 5° del artículo 681, sino el 6° del mismo artículo, cuyo inciso segundo establece que el embargo '... de efectos negociables...' se perfeccionará con la entrega *del respectivo título al secuestre", es rebatida por el propio doctor Murcia Ballén, en su concepto profesional, cuando expresa: "... Pero si, en principio, todos los bienes patrimoniales son objeto lícito de embargo, no siempre tal*

medida se practica en la misma forma: los legisladores, quizás atendiendo a la naturaleza de las cosas sobre las cuales recae, han especificado los procedimientos a seguir en cada caso, los que, dado su carácter especial, es menester observar en los eventos en que cada uno de ellos corresponda.

"En punto a la manera de practicar el embargo de 'derechos o créditos que la persona contra quien se decrete el embargo persiga o tenga en otro proceso', el artículo 681-5 del C. de Procedimiento Civil establece que se consuma con la comunicación 'al juez que conozca de él para los fines consiguientes'; y que se considerará perfeccionado 'desde la fecha del recibo del oficio en el respectivo despacho judicial'. O sea que ya desde la vigencia de la Ley 105 de 1931 (artículos 282), y por lo consiguiente al amparo del Código de Procedimiento de 1970, modificando legislación anterior se adoptó al efecto la tesis consistente en que es suficiente, para que el embargo de esta clase de derechos se perfeccione, la comunicación de la medida por el juez que la decreta al que conoce del proceso respectivo".

También debe decirse que el planteamiento que ahora se comenta parece conducir a que tiene sustraerse el título valor del respectivo proceso y entregarlo al secuestre, porque estando en aquél, siendo la base misma de la ejecución que se adelanta, inexplicablemente, pierde allí su esencia, hasta el punto de que el derecho en él incorporado se diluye, razón por la cual para la seguridad y mérito del mismo necesariamente hay que sacarlo de allí y entregárselo al secuestre. Así las cosas no se ve por qué pueda tener más vigencia esta tesis que la tradicional que deja el documento de contenido crediticio surtiendo sus naturales efectos en el respectivo proceso.

Como lo recuerda el Fiscal del Tribunal, la doctrina nacional considera que la vía procesal propia para este tipo de eventos es la señalada por el artículo 681-5. Así se expresa uno de estos tratadistas:

"Embargo de derechos que se reclaman en otro proceso

"A qué clase de derechos se aplica. El numeral 5° del artículo 681 reglamenta el embargo de derechos o créditos que la persona contra la cual se decreta el embargo, persiga o tenga en otro proceso. Los derechos o créditos que se tienen o persiguen en otro proceso por él ejecutado, pueden ser: a) el derecho de herencia; b) los derechos litigiosos que en cualquier juicio tenga el ejecutado; y, c) los créditos que esté cobrando el demandado dentro de proceso ejecutivo.

"Forma de perfeccionar el embargo. El embargo se perfecciona comunicándolo por oficio al juez que conoce del proceso donde el ejecutado tiene o persigue derechos litigiosos o derechos-créditos o cobra títulos ejecutivos, 'para los fines consiguientes'. Con los 'fines consiguientes' quiere significarse que dentro del proceso donde el ejecutado tiene o persigue derechos litigiosos, herenciales o créditos, *el juez tome nota de que esos derechos han sido embargados, para efectos de que el ejecutado no los pueda ceder, enajenar o renunciar (mediante desistimiento, porque aquí ya no puede desistir o renunciar a sus derechos el ejecutado y si desiste, pues ya no se le puede aceptar el desistimiento.* El juez hará constar mediante nota inserta en el proceso, que los derechos litigiosos o créditos, o los derechos herenciales del ejecutado, le han sido embargados.

"Cuándo se consuma el embargo. El embargo se tiene por consumado en la fecha en que el oficio haya sido entregado al respectivo despacho judicial, y si se presentaron varios oficios en él mismo día, prevalecerá el primero que se haya presentado al juzgado; por ello es importante que en el oficio y en la nota de recibo se haga constar, además del día, la *hora,* en que fue presentado al juzgado el oficio de embargo" (subrayas de la Sala).

Queda claro entonces que se trata de un esfuerzo que no logra convencer en el sentido de que el caso sometido a la decisión del juez acusado se prestaba a diversas fundadas interpretaciones, menos –se reitera– cuando él ni siquiera pensó en esta nueva posibilidad que sienta ahora la doctrina.

En el concepto del doctor Murcia Ballén, se dice que el desistimiento, "como acto eminentemente procesal jamás produce ese específica efecto (la enajenación de derechos), pues su consecuencia natural y obvia es la de dejar los bienes en el mismo estado en que se encontraban antes de formular el proceso que se desiste". Pues bien, ya quedó visto que fruto de las determinaciones del juez Schamun Manzur se ordenó la entrega de los títulos valores base de la ejecución a la contraparte, o sea que el ejecutante cuyo crédito había sido embargado por el doctor Lugo Martínez, como apoderado de doña Rosamelia de Sosa, se desprendió de él en la transacción amigable por ellos realizada, lo que significa que hubo una verdadera enajenación, reconocida, desde luego, por el juez acusado.

No responde pues el concepto a cuanto demuestra la realidad plasmada en lo actuado por el funcionario o, dicho de otra manera, la opinión profesional referida puede ser trasunto de un ponderado y acertado pensar en derecho civil, pero los hechos son distintos y encajan en una innegable violación de la ley.

4. Para la Corte no hay duda de que se está en presencia de comportamiento típico, antijurídico y culpable. Típico, porque la actuación cumplida por el juez es manifiestamente contraria a la ley. No podía el funcionario desconocer, dado lo elemental de la materia, que el embargo y secuestro que le había comunicado la Juez Cuarta Civil del Circuito estaba perfeccionado, era una realidad jurídica ostensible. Y, a pesar de estar los correspondientes bienes fuera del comercio, acepta la entrega de los títulos a la contraparte, admite el desistimiento o transacción y levanta las medidas cautelares. Adecuó así su conducta al tipo plasmado en el artículo 149 del C. Penal, indudablemente, causando además graves perjuicios a la señora Rosamelia de Sosa, en cuyo nombre se había dispuesto el embargo del crédito. Y es antijurídico el comportamiento porque no puede negarse que vulneró sin derecho el interés jurídico estatal en la recta y equilibrada solución del conflicto de marras.

Que el juez entendía la manifiesta ilegalidad de las resoluciones por él proferidas, que tenía conciencia de que con tales pronunciamientos vulneraba el bien jurídico de la administración pública y voluntad de emitir los proveídos ilícitos, lo demuestra, como bien lo entendio la instancia, lo diáfano de las normas aplicables al caso, su extraordinaria experiencia judicial y docente, lo absurdo de las explicaciones dadas que recibieron franco rechazo del proceso, el indudable, patente desamparo ilegal en que dejaba a doña Rosamelia de Sosa, y su obstinación en desatender las justas peticiones del doctor Lugo Martínez y el alerta que le dio su secretaria.

El hecho de que varias personas "hablen bien del procesado" no destruye la existencia del dolo en el evento sub-examine, pues éste se desprende no de lo que ha sido su conducta, sino de su comportamiento concreto en el proceso donde cumplió los actos prevaricadores. Esa demostración de sus antecedentes cumple otro papel distinto al de negar el dolo en las incidencias del proceso (contribuye a la concesión de la condena de ejecución condicional); igual sucede con el hecho de que sea profesor de la Universidad de Cartagena, pues ello no comporta el que no hubiera podido cometer el demostrado ilícito. Y el que el condenado sea hombre de fortuna económica no impide que pueda realizar acto prevaricador.

Recuérdase que la ley penal no exige hoy por hoy para la estructuración del tipo de prevaricato una finalidad (ingrediente subjetivo) especial, ni un por qué particular, pues basta a este efecto la manifiesta ofensa al principio de legalidad. Y si conoce y asume la ilegalidad o injusticia de su decisión, no se podrá negar la culpabilidad del comportamiento. Es que las motivaciones tienen su importancia, pero en cuanto demuestran mejor el elemento subjetivo, mas no son de su esencia. Por ello el que no aparezca demostrada amistad o animadversión para con una de las partes o que fruto de su acto ilegal derivó alguna utilidad personal, no implica que haya de negarse el dolo, porque esos especiales ingredientes no son en este particular evento delictivo, se recalca, de la sustancia de aquél y para la configuración de lo subjetivo sólo se exige (tampoco menos) conciencia y voluntad de estar emitiendo determinación no ceñida a la ley y la justicia.

Ha dicho la Corte:

"No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación. De ser así, la más notoria contradicción con la ley o con el derecho que se supone conocido, encontraría favorable y exitoso pretexto para desvirtuar el elemento doloso que exige esta figura penal. El funcionario no es ajeno a padecer esta clase de fallas intelectuales y la doctrina abunda en casos en los cuales ha prosperado esta invocación. Pero también la praxis judicial tiene por acertado derrotero, para evitar la impunidad de conscientes y buscadas violaciones de la ley, advertir que hay aspectos tan básicos, fundamentales y simples, que no es admisible una exculpación de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los mismos fluye de una manera fácil y atinada y sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un desacierto notorio, advertible y advertido" (Auto de 7 de junio de 1985. M.P. Doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Se deberá confirmar, pues, integralmente la sentencia condenatoria apelada, como quiera que las decisiones asumidas, incluida la dosificación punitiva y la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, consultan la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–,

RESUELVE:

CONFIRMAR, integralmente, la sentencia condenatoria apelada, ya señalada en su fecha, origen y naturaleza.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

REVISION

El demandante incurre en error sustancial, cuando de una parte pretende aducir circunstancias que no podrían conducir en manera alguna a la demostración de la inocencia del reo y, por otra, en presentar argumentos y tesis que ineludiblemente imponen un nuevo examen del acervo probatorio.

Auto Revisión. 16 de marzo de 1988. Desecha el recurso de revisión interpuesto en el proceso que, por el delito de Hurto, se tramitó en el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, contra Francisco Javier Aldana Sarmiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 16 de marzo 14/88.

Bogotá, D.E., marzo dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El ciudadano Francisco Javier Aldana Sarmiento fue condenado a la pena de dos (2) años de prisión como autor responsable del delito de "Hurto", según fallo del Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, proferido el 15 de octubre de 1987.

Contra esta sentencia condenatoria interpuso el correspondiente Agente del Ministerio Público el recurso extraordinario de revisión, por lo que en esta oportunidad se ocupará la Corte del examen de la demanda, a efecto de resolver sobre su admisión o rechazo.

CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES

1. *Dentro del proceso que nos ocupa, se juzgó por el trámite abreviado previsto en el nuevo estatuto procesal penal, por razón de haberse producido la aprehensión del agente en circunstancias de flagrancia; y en desarrollo de la diligencia de indagatoria, el condenado Aldana Sarmiento aceptó la comisión del violento despojo de los bienes de*

su víctima, pero invocando coetáneamente el reconocimiento de un "estado de necesidad", fundado en que su ilicitud estaba finalísticamente dirigida a la obtención de dinero para adquirir los fármacos que por prescripción médica estaba compelido a consumir periódicamente por causa de la epilepsia padecida desde la infancia.

2. *A pesar de haberlo ordenado oportunamente el Juez de instancia, el dictamen pericial médico-siquiátrico llegó al despacho del congnoscente después de haberse producido la ejecutoria del fallo cuya revisión se pretende.*

3. En las motivaciones de la sentencia condenatoria, el juzgador de manera indiscutiblemente acertada, discurre acerca de la supuesta situación de justificación que invocara el reo en sus descargos y de las consecuencias jurídico-penales que se derivaban de la enfermedad mental padecida por el responsable, en términos que se condensan acto seguido:

"Respecto del estado de necesidad, descrito como la necesidad (sic) de proteger un derecho, en este caso propio, de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado y que no tenga el deber jurídico de afrontar, se considera que en primer término, la enfermedad alegada no fue establecida y de serlo, no representa una determinación en la conducta que haga al agente cometer el delito bajo la imperiosa necesidad de enfrentarla. No es de tal entidad el peligro a la salud, pues según las propias palabras del sindicado y del declarante Jairo Pedraza, la enfermedad no era reciente, y aun más, en los momentos de reclusión en que había permanecido el encartado, no requirió tratamiento especial alguno...".

En materia de la situación de inimputabilidad que al unísono pretendieron colocar procesalmente al autor, tanto su defensor como el Fiscal, también fue claro el fallador al descartarla argumentando que todo en el proceso indicaba (amén de su misma confesión) que al momento de consumar el latrocinio Aldana Sarmiento sabía perfectamente que el comportamiento desplegado era punible, y por ello mismo había huido velozmente del escenario del hecho.

Igualmente recabó el Juez competente, que si bien la enfermedad mental aducida por el reo y su defensor no se había establecido pericialmente por la causa ya anotada, en el evento de que tal aserto fuera veraz, la responsabilidad penal de Aldana Sarmiento seguía incólume, toda vez que él había actuado como sujeto imputable y había realizado el hecho punible conociendo que ese atentado al patrimonio ajeno era prohibido por la ley positiva bajo la amenaza de encarcelamiento.

4. *El señor representante del Ministerio Público sustentó su pretensión en la circunstancia de que el dictamen psiquiátrico recibido tardíamente en el Juzgado, revelaba que efectivamente el condenado padecía de inmadurez psicológica y de un trastorno mental de base epiléptica, y que esa conclusión del galeno otorgaba pleno e indiscutible respaldo a la causal de justificación que el sujeto-agente había planteado desde su injurada.*

El Fiscal invoca la causal a del artículo 231 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, advirtiendo que la "nueva prueba" no conocida al tiempo de los debates por el Juez, concurre a asegurar en forma "concluyente la inocencia alegada".

5. Reiteradamente ha afirmado esta Corporación que "la revisión busca remediar las consecuencias de un fallo condenatorio injusto que ha hecho tránsito a cosa juzgada. Pero, para que la revisión pueda remover los efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad propios de la sentencia que tiene el carácter de res iudicata, *es indispensable que por el recurrente se invoque y se ponga en evidencia, una cualquiera de las causales que taxativamente señala el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal (artículo 231 del actual)".*

En el caso que ocupa a la Corte, si bien el Juez antes de proferir el fallo de condena no tuvo en sus manos el dictamen pericial que ha servido de soporte a la demanda que se examina, resulta evidente que esta prueba "no conocida" anteladamente por el juzgador, no puede en modo alguno conducir a la inocencia del procesado.

En efecto, lo que pretende el demandante es utilizar el peritaje del psiquiatra oficial, en donde mal podría calificarse de inimputable a Aldana *por razones de sobra conocidas, para revivir todo el debate probatorio que el juez agotó en el fallo, con el propósito de demostrar que el autor era inocente, en consideración a que ahora sí se hallaba probada fehacientemente su condición de trastornado mental, y por lo tanto debía la jurisdicción penal aceptar que el enjuiciado había obrado dentro de la causal de justificación contenida en el estatuto punitivo en su artículo 29 numeral 5.*

In limine se advierte entonces, que las razones invocadas por el recurrente no se ajustan en forma alguna ni a la ley, ni a la realidad palpable en el proceso.

En efecto, de la comprobación científica de que Aldana Sarmiento es un sujeto inmaduro sicológicamente y que presenta un trastorno mental de origen epiléptico, no se desprende inexorablemente que su actuación no rebasó los diáfanos marcos de la juridicidad, por virtud a que el despojo que se le atribuye tuvo como única y plausible motivación la de proveerse de la droga necesaria para prevenir o contrarrestar los perniciosos efectos de su desafortunado cuadro clínico.

Así pues, que como el juzgador de instancia se ocupó seria y críticamente en la sentencia acusada, de la causal de justificación aducida por el reo y el recurrente, para llegar a la conclusión de que no se dio la excepcional situación eximente de responsabilidad, cabe advetir que lo que pretende el demandante en este evento, es revivir la valoración de los elementos de juicio que ya fueron materia de examen por el Juez de la causa, cuestión que como lo ha afirmado la jurisprudencia "resulta labor incompatible con la naturaleza y la ratio del recurso extraordinario de revisión".

A términos de lo brevemente expuesto, aparece manifiesto el error sustancial del demandante, consistente por una parte en aducir circunstancias que no podrían conducir en manera alguna a la demostración de la inocencia del reo, y por otra, en presentar argumentos y tesis que ineludiblemente imponen un nuevo examen del acervo probatorio.

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

RESUELVE:

DESECHAR el recurso de revisión interpuesto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Cuando de errores en materia de pruebas se trata, reiteradamente ha dicho la Sala que, para los efectos de alegarlos en sede de Casación, la legislación colombiana conoce exclusivamente el error de hecho manifiesto y el error de derecho.

Sentencia Casación. 16 de marzo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Pedro Luis Ladino Hernández y Luis Alberto Forero, por los delitos de Estafa y Fraude Procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 15 de marzo 8/88.

Bogotá, D.E., marzo dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué condenó a Pedro Luis Ladino Hernández y Luis Alberto Forero como coautores de los delitos de Estafa y Fraude Procesal a la pena privativa de la libertad de veinticuatro (24) meses de prisión, en perjuicio del patrimonio económico de la sucesión de Tomás Vergel, representada por su hijo Jorge Enrique Vergel Valero; a las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y al pago de los perjuicios ocasionados con las infracciones citadas.

El Tribunal Superior de la misma ciudad mediante sentencia de fecha 28 de mayo de 1987 confirmó en todas sus partes el fallo de instancia, decisión que fuera recurrida en casación por el procesado Luis Alberto Forero y por el Defensor de Ladino Hernández, el cual fue admitido por esta Sala mediante providencia de 28 de agosto siguiente y declaradas las demandas ajustadas a las formalidades del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal anterior por auto de 10 de diciembre del mismo año. Se procede, en consecuencia, a tomar la decisión de fondo que corresponda.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se hallan sintetizados en el proceso de la siguiente manera:

"El señor Jorge Enrique Vergel Valero, en su condición de heredero único y universal de la sucesión de su padre Tomás Vergel Valero, denunció penalmente a Pedro Luis Ladino Hernández y a Luis Alberto Forero 'por el delito de Falsedad por ocultamiento de documento privado', refiriendo que su progenitor adquirió mediante Escritura Pública número 853 del 30 de abril de 1982, del Círculo Notarial de Ibagué, una casa-lote ubicada en el barrio Jardín, Manzana D. número 3 con matrícula 3500015598 del 24 de mayo del mismo año, mediante permuta de un camión mixto marca Mercury, modelo 1962, distinguido con las placas WT-08-82 y expedición de una letra de cambio por valor de $1.550.000.00 con vencimiento el 20 de febrero de 1982, llevándose a cabo el traspaso del automotor y la cancelación de la letra en su totalidad a Pedro Luis Ladino en el Municipio de Puerto Boyacá, que fallecido su padre embargaron la sucesión por suma de dinero igual a la representada en la citada letra de cambio en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad con base en el título ejecutivo nulo por haber sido pagado y que con ello se persigue hacer valer el documento nuevamente engañando a la Justicia Civil" (Folios 650 cuaderno original número 1).

El Juzgado 36 de Instrucción Criminal de Ibagué por auto de 3 de octubre de 1983 declaró abierta la correspondiente investigación penal y luego de practicar algunas diligencias recibió indagatoria a los presuntos autores del ilícito. Con fecha 4 de noviembre siguiente dictó auto de detención contra Pedro Luis Ladino y Luis Alberto Forero por el presunto delito de Falsedad en Documentos y dispuso la captura de los procesados.

Con fecha 20 de enero de 1984 el Juzgado Primero Superior de Ibagué avocó el conocimiento del proceso y dispuso se continuara con la investigación a través de juez comisionado, razón por la cual el Juzgado 36 de Instrucción Criminal practicó numerosas diligencias tendientes a su perfeccionamiento.

Por auto de 1° de agosto de 1984 el Juzgado 1° Superior de Ibagué declaró clausurada la investigación, pero en auto interlocutorio fechado el 20 de septiembre siguiente se declaró incompetente para calificar el mérito de sumario por considerar que el delito de falsedad en documentos por ocultación no se encontraba estructurado en este caso, sino un posible delito de estafa cuyo conocimiento radicaba en los Jueces Penales del Circuito.

El Juzgado 2° Penal del Circuito de Ibagué a quien correspondió por reparto, cerró la investigación el 6 de noviembre siguiente y por auto de 23 de enero de 1985, sobreseyó temporalmente a los acusados y dispuso la reapertura de la investigación. En la nueva etapa se practicaron numerosas pruebas y fue así que mediante providencia de 10 de octubre de 1985 se llamó a responder en juicio criminal a los acusados como coautores del delito de Estafa en grado de tentativa, decisión que el Tribunal Superior de Ibagué, en Sala Mayoritaria confirmó con la adición de comprometerlos en juicio criminal, además, por el delito de fraude procesal.

Abierto el juicio a prueba, la defensa solicitó la práctica de varias diligencias, las que fueron decretadas en su totalidad por el Juez del conocimiento. Practicadas en lo posible, luego de varios intentos, se logró realizar la diligencia de audiencia pública dentro de la cual se practicaron nuevas pruebas, con la intervención de los señores Defensores y del Apoderado de la Parte Civil, en ausencia de los acusados por encontrarse gozando del beneficio de excarcelación provisional mediante causión prendaria.

El 9 de febrero de 1987 el Juzgado 2° Penal del Circuito de Ibagué dictó fallo condenatorio imponiendo a los procesados la sanción principal comentada al iniciar esta providencia, decisión que fuera objeto de confirmación por parte del Tribunal Superior respectivo, en forma unánime.

LAS DEMANDAS

El Defensor del procesado Luis Alberto Forero presentó demanda de Casación el 15 de octubre de 1987 y una de adición, corrección y aclaración de la anterior el 21 del mismo mes y año. Como en la Segunda se incorporó textualmente el contenido de la primera, la Sala procede al estudio de aquélla, para una mayor claridad pues, entiende que ella sustituye a la original.

El censor acusa la sentencia recurrida con fundamento en la "causal primera, cuerpo segundo del artículo 580, del derogado Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida".

Enuncia el cargo con transcripciones de las normas que considera infringidas y comentarios de tratadistas nacionales con el fin de demostrar "... los evidentes errores de hecho, en que incurrió el sentenciador, al analizar estos tipos penales consistentes en una disparidad entre los hechos reconocidos en la sentencia y los procesalmente establecidos; entre la verdad de facto que consagra el fallo y la verdad formal... Estos errores evidentes, de hecho, se refieren a que el juzgador de segunda instancia, frente a prueba documental emanada de los Juzgados Cuarto y Primero Civil del Circuito de Ibagué, dio por plenamente probado, que el proceso ejecutivo incoado por Luis Alberto Forero, en contra de la sucesión de Tomás Vergel Valero, es decir, la sola presentación de la demanda, fue la inducción en error, al Señor Juez Civil del Circuito de Ibagué (empleado oficial), quedando así tipificados los delitos de fraude procesal y tentativa de estafa..."

Dice el libelista que las normas aplicadas indebidamente en la sentencia recurrida fueron los artículos 182, 356, 22, 26 y 27 del Código Penal y el 215 del Código de Procedimiento Penal anterior que rige para este asunto por mandato del artículo 677 del actual Código de Procedimiento Penal.

Tal como lo destaca el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la acusación la centra el actor en tres motivos diferentes que los sintetiza de la siguiente forma:

"A. Haber dado por probado, frente a los documentos provenientes de los Juzgados 4° y 1° del Circuito Civil de Ibagué, que la sola presentación de la demanda constituía inducción en error, elemento de los tipos penales de fraude procesal y

estafa; al desarrollar el cargo afirma el censor que al juez no se le inquirió si había dictado mandamiento de pago en el proceso ejecutivo (folio 59) pero luego acepta que fue proferido aunque sostiene que ello no se produjo por error sino por imperativo legal."

"Otros planteamientos que hace en la presentación y demostración de este error se dirigen a acreditar que cuando el derecho se ejerce dentro de ciertos límites su ejercicio es legítimo y excluye la punibilidad (cita el artículo 25, numeral 1° del Código de Procedimiento). Que como lo que se ejercitaba era un derecho de acción no prohibido por norma alguna y sí autorizada por muchas otras –que también cita– la actividad de su poderdante era legal".

"Estima que entablar la acción, aún con fines fraudulentos, ni siquiera es delictivo 'porque está amparado en el derecho de accionar, según algunos autores', es decir, que la demanda no puede ser artificio tipificante de estafa como elemento fundamental del tipo".

"Así la pretensión sea objetiva o subjetivamente infundada, el ejercicio del derecho no es engaño ni artificio, ni el proceso es el medio idóneo para engañar al Juez; y no es posible engañarlo porque el legislador ha convocado al juzgador precisamente para averiguar la procedencia de las pretensiones del actor; eso mismo implica entonces, ante el principio de la libre apreciación de la prueba, que no pueda existir la denominada estafa procesal".

"B. El sentenciador dio a las indagatorias de los procesados carácter de confesión, sin que ésta exista. Considera que hubo manifiesto error de hecho por falso juicio de identidad, porque los sindicados nunca admitieron la autoría de los delitos que les imputaron y como prueba de su postura, expresa que precisamente por ello hubo necesidad de someterlos a careo con el testigo Fabio Gómez Jaramillo y de sobreseerlos temporalmente en una primera oportunidad".

"Añade que no existiendo indagatorias-confesión, mal podría hablarse de divisibilidad o indivisibilidad de confesiones".

"C. Se dio carácter de indicio necesario a hechos que no ostentaban dicha categoría, pues el *ad-quem* no señaló los elementos del indicio y sí tomó como hechos indicadores los testimonios de cargo a éstos podían oponerse los testimonios de descargo que los descartan razonablemente. Cita los artículos 229, 230, 231 y 235 del Código de Procedimiento Penal. Añade que si tomó como hecho indicador la prueba documental, se trata además de un error completamente equívoco en virtud de lo dispuesto por el artículo 624 del Código de Comercio, ya que allí se prevé que en caso de pago de la obligación, en el título debe aparecer constancia de ello".

"Termina el censor manifestando que estos últimos dos errores violaron indirectamente la ley sustancial, 'esto es el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal'. Y que tal como se demostró en la demanda, la conducta de su representado es atípica, no se dio concurso de hechos punibles, no se demostró la responsabilidad, y se debió proferir sentencia de absolución".

SE RESPONDE

Cuando de errores en materia de pruebas se trata, reiteradamente ha dicho esta Sala que, para los efectos de alegarlos en sede de casación, la legislación colombiana conoce exclusivamente el error de hecho manifiesto y el error de derecho, de que trata el cuerpo segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, cuyas precisiones, por petición de la Delegada, se reproducen una vez más:

ERROR DE HECHO

1°. *El sentenciador ignora la existencia de una prueba que, si la hubiera valorado, habría definido el proceso en sentido diferente.*

2°. *El sentenciador presume la existencia de una prueba de naturaleza preponderantemente conclusiva.*

3°. *El sentenciador distorsiona o falsea el sentido de la prueba en que funda su juicio de forma que su interpretación por él vale lo mismo que haberla supuesto o suprimido.*

ERROR DE DERECHO

1°. *El sentenciador admite y le concede valor probatorio a un hecho aducido al proceso, irregularmente, con omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción.*

2°. *El sentenciador valora un hecho probatorio y le otorga mérito superior o inferior al que le fija el legislador.*

En ambos casos la incidencia del error en las conclusiones de la sentencia debe demostrarse con fuerza inobjetable.

La demanda presentada por el Señor apoderado del procesado Luis Alberto Forero, si bien es cierto cumple con los requisitos de orden legal y así lo declaró la Sala en auto de 10 de diciembre último, no cumple a cabalidad con lo requisitos de orden técnico que son exigencias de creación doctrinaria y jurisprudencial que como lo destaca el Ex-Magistrado de la Corte doctor Fabio Calderón Botero en su libro "Casación y Revisión en materia Penal", al que recurre el casacionista en múltiples oportunidades para fundamentar su escrito, cuando afirma que ellas se basan en la "lógica y en el profundo conocimiento jurídico del instituto. Son un conjunto de reglas encaminadas a determinar la forma como cada causal debe alegarse en sí misma y en relación con las demás, para no incurrir en incompatibilidades, en desaciertos de prelación y en incongruencias de fondo que dan al traste con el recurso".

Por ello, aunque el actor inicialmente encausa su libelo en forma acertada, luego incurre en contradicción porque, como lo destaca la Delagada, "... el desarrollo que el censor imprime al primer error de hecho impide la prosperidad de la impugnación. Allí, en el fondo, se discute la atipicidad de la conducta no por errores de apreciación o falta de apreciación de determinadas pruebas, sino por una falta de adecuación típica entre los hechos reconocidos en la sentencia (presentación de la demanda, utilización de una letra de cambio sin virtualidad de legitimar el derecho presuntamente incorpo-

rado en ella, proferimiento de decisiones ilegales por la jurisdicción civil) y los condicionantes de los preceptos definidores de los ilícitos de fraude procesal y estafa".

Así mismo, el libelo ataca primordialmente en su comienzo la documentación proveniente de los Juzgadores Civiles para asegurar que no se dictó mandamiento ejecutivo y que en el proceso penal se desconoció el documento público que lo afirmaba, para luego aceptar que dicha resolución finalmente fue impartida, no por error sino por imperativo de la ley procesal civil.

En estas condiciones el hecho inicialmente cuestionado como violatorio de la ley sustancial que según el censor originó un error de hecho manifiesto, termina por aceptarlo sin reparo alguno, lo cual, hace improcedente el estudio de la impugnación pues la Corte no puede enmendar las demandas presentadas o caprichosamente acoger determinada parte de ellas y desechar o no considerar argumentaciones contrarias a la inicialmente planteada bajo el mismo motivo de casación, porque tal planteamiento o ataque a la sentencia se encuadra en la violación indirecta de la ley y violación directa de la misma, incapaces de subsistir coetáneamente por su propia naturaleza.

Siendo así que solamente el apoderado del procesado hace un solo cargo a la sentencia recurrida, con base en tres motivos diferentes, aun en el evento de acertar uno de ellos, la Corte no puede dictar fallo sustitutivo como se pretende en este caso, razón por la cual habrá de desestimarse el cargo.

Además del error de técnica ya señalado, no puede la Sala dejar sin comentario la reprobable afirmación del casacionista de que "entablar acción aun con fines fraudulentos; ni siquiera es delictivo", pues tal postura es ética y jurídicamente inadmisible dentro de los principios de nuestra organización jurídica, que se sustenta sobre las sólidas bases de la buena fe, la lealtad con la justicia y con las partes y exige del abogado una inicial valoración de su actividad con el fin de precisar la corrección del derecho que impetra al Juez, ajustando de esta forma su actividad a la rectitud y honestidad que le exigen la ley y la justicia.

Más graves resultan las fallas en el escrito sustentario del recurso presentado por el apoderado del procesado Pedro Luis Ladino Hernández *pues en él se limita a presentar su crítica personal al fallo impugnado con enunciación de diferentes pruebas que en su sentir fueron equivocadamente apreciadas por las instancias, sin indicar las normas violadas ni su incidencia, para reclamar la infirmación del fallo, así como el concepto de violación (directa o indirecta) todo lo cual hace del escrito un simple alegato de instancia con desconocimiento de la técnica propia del recurso extraordinario que imposibilita un pronunciamiento de fondo. Por tal motivo habrá de desecharse la demanda presentada.*

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

VIOLACION INDIRECTA – Técnica

Es evidente la falta de técnica del censor, cuando no precisa si la violación indirecta de la ley sustancial proviene de un error de hecho o de uno de derecho.

Sentencia Casación. 16 de marzo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carmen Stella Cipamocha Pedraza, por los delitos de falsedad en documentos y fraude procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada: Acta número 017 del 15 de marzo de 1988.

Bogotá, D. E., dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

El Juzgado Primero Superior de Bogotá, mediante sentencia de fecha veintitrés (23) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), condenó a la procesada Carmen Stella Cipamocha Pedraza a la pena principal de veinticuatro meses de prisión, como responsable de los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal. Apelado como fuera el fallo, el Tribunal Superior de Bogotá, en decisión del diez (10) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987) revocó la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolvió a la enjuiciada.

Contra esta última determinación, se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual fue declarado admisible por la Sala en auto de cuatro (4) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987), para declarar luego la demanda ajustada a los cánones legales en proveído de veintinueve (29) de julio de este mismo año.

HECHOS

El señor Humberto Castiblanco Rodríguez, quien dijo actuar en nombre y representación de la firma Coque-Química Colombia Ltda., formuló denuncia penal en contra de la señora Carmen Stella Cipamocha Pedraza, a quien acusó de haber sustraído el cheque número 0964270 de una cuenta corriente que la compañía tenía en el Banco de Bogotá, oficina Colsubsidio de esta ciudad, documento que luego llenó abusivamente la encartada por la suma de dos millones quinientos veinticinco mil trescientos once pesos ($2.525.311.00), aprovechando que el formato estaba firmado en blanco porque así se lo había entregado el denunciante debido a la confianza que tenía en la acusada.

El mencionado cheque fue luego entregado a un profesional del derecho, quien instauró contra Coque–Química Colombia Ltda. un proceso ejecutivo ante el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, ocasionándole a la firma citada graves perjuicios de orden económico.

ACTUACIÓN PROCESAL

Formulada la denuncia, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Bogotá inició la correspondiente investigación penal en auto de fecha doce de noviembre de mil novecientos ochenta y dos. Recibida la indagatoria a la acusada el día primero de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983) se decretó su detención preventiva por los delitos de Abuso de Confianza y Fraude Procesal.

Practicadas las diligencias de instrucción necesarias, se cerró la investigación en proveído del doce (12) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), y se calificó su mérito en auto de diecisiete (17) de octubre del mismo año, con un sobreseimiento de carácter temporal a favor de la sindicada.

Agotada la nueva fase investigativa, el Juzgado Primero Superior de Bogotá llamó a responder en juicio criminal por los delitos de Falsedad y Fraude Procesal a la encartada, mediante providencia de fecha tres (3) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el día diez (10) de diciembre del mismo año.

Tramitada la etapa del juicio, y oídas las exposiciones de las partes en la audiencia pública correspondiente, el Juzgado Primero Superior de Bogotá dictó sentencia condenatoria en contra de la procesada, a quien condenó a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, como responsable de los delitos de Falsedad en documento privado y fraude procesal, el día veintitrés (23) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986). Apelada la sentencia en forma oportuna, el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo calendado el diez (10) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987) revocó la determinación del Juzgado Superior, y en su lugar absolvió de los cargos a la enjuiciada.

Contra la sentencia de segunda instancia se interpuso el recurso extraordinario de casación que aquí se resuelve.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento, propone el recurrente cuatro cargos en contra de la sentencia recurrida.

En el primer cargo, considera el recurrente infringida indirectamente la ley sustancial por apreciación errónea de las declaraciones de renta de la encausada debidamente aportadas al proceso. Sin determinar si el juzgador incurrió en error de hecho o de derecho en la valoración probatoria, pero con argumentos propios de esta última especie, el casacionista pide a la Corte "invalidar todo lo actuado", porque considera que las declaraciones de renta aportadas al proceso son prueba fehaciente, "objetiva, incontrovertible, irrefutable", y no fueron así apreciadas por el Tribunal Superior de Bogotá, el cual estimó que los citados documentos no son pruebas de peso en contra de la sentenciada.

En el segundo cargo pide el censor casar la sentencia por haberse violado indirectamente la ley sustancial, por falta de apreciación de las pruebas, sin precisar tampoco si el error en que se incurrió fue de hecho o de derecho. Al desarrollar la censura, comienza por aducir que se "dejó de apreciar la prueba del lleno y elaboración del título valor por la suma de $2.525.331.00 y que es la base primordial de la investigación"; más adelante, sin embargo, menciona otros medios de prueba diversos al cheque base del proceso, como un pagaré, algunos testimonios y pruebas trasladadas de otro proceso a éste.

El tercer cargo, fundamentado en la falta de apreciación de las pruebas, tampoco específica si la violación se produjo por error de hecho o error de derecho, como lo exige el cuerpo segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Ataca, en este punto el demandante, el testimonio del señor Josué Millán Guevara, que considera inadecuadamente valorado por el Tribunal, y concluye solicitando a la Corte, nuevamente, "invalidar todo lo actuado" por el juzgador de segunda instancia.

El último cargo formulado se dirige a quebrar la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, debido a una falta de apreciación de las pruebas. Aun cuando inicialmente el censor menciona la declaración del señor José María Rodríguez Vargas, en el desarrollo del ataque analiza otros medios probatorios que considera decisivos en la determinación final. Sin embargo, no concretó tampoco la naturaleza del error que dio origen a la vulneración de la ley.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita a la Corte no se case la sentencia recurrida, toda vez que en su sentir ninguno de los cargos está llamado a prosperar.

Por lo que hace a la primera de las acusaciones que se dirigen contra la sentencia, estudia el Colaborador Fiscal la naturaleza misma de las declaraciones de renta aportadas al proceso y, aunque reconoce la eficacia probatoria que tienen tales documentos a nivel judicial, hace una necesaria precisión en el sentido de que una

cosa es que la ley las admita como medio de prueba, y otra bien diversa es que tales documentos, para un caso específico, lleguen a tener poder de convicción.

Señaló acertadamente el Agente del Ministerio Público que el Tribunal Superior no desconoció la capacidad probatoria de las declaraciones de renta, sino que no les otorgó el valor probatorio que pretende el demandante, simplemente porque frente al caso estudiado, tales documentos carecen de la fuerza necesaria para probar los hechos que con ellas se trató de comprobar.

Con relación al segundo cargo, anotó el Procurador Delegado, el censor comienza por confrontar "las tesis expuestas por el juez colegiado en el vocatorio a juicio y en el fallo de segunda instancia, invadiendo terreno de la causal segunda de casación", y enmendado luego el error, retoma los planteamientos propios de la infracción indirecta por falta de apreciación de las pruebas. No obstante, el ataque subsiguiente lo es contra unos testimonios que considera mal valorados por error de derecho, con lo cual torna el cargo en inaceptable ante la ausencia de tarifa legal para la estimación de tales pruebas. Finalmente acotó el fiscal la imprecisión en que incurrió el demandante al discurrir sin técnica alguna por el cargo, y señaló cómo queda imposible entender el verdadero sentido de la censura.

Para que la Sala deseche el tercero de los cargos, el Procurador Delegado precisó cómo el casacionista confunde la falta de apreciación de las pruebas con la valoración equivocada de ellas, razón por la cual se torna imposible de dilucidar lo pretendido y determinar el contenido de la violación.

En las misma fallas anteriormente anotadas, a juicio del colaborador fiscal, incurrió el demandante al formular el cuarto cargo contra la sentencia de segunda instancia.

Consideraciones de la Corte

Evidente resulta la falta de técnica en que incurre el demandante. Como una primera equivocación, debe anotarse que en ninguno de los cargos precisó si la violación indirecta de la ley sustancial proviene de un error de hecho o de uno de derecho, pese a que incluso transcribió la parte pertinente de la norma en cada uno de sus ataques. Es verdad que en partes de su demanda pueden extractarse consideraciones que apuntan al señalamiento de la clase de error que pretende invocar el libelista, mas no es esta circunstancia suficiente para que se considere técnicamente propuesta la demanda. Debe recordarse, al respecto, que el recurso extraordinario de casación no tiene el mismo sentido y contenido que los alegatos de instancia; no se trata aquí de presentar simplemente argumentos de interpretación probatoria, o de señalar razones en procura de una decisión judicial específica. El recurso extraordinario es una vía excepcional de impugnación que procede únicamente por los motivos específicamente señalados en la ley y con las formalidades en ella expresadas, que responden justamente a los fines mismos de la casación cuales son la unificación de la jurisprudencia, la realización del derecho objetivo, y la reparación del agravio inferido a las partes. Precisamente por esto, se exige el cumplimiento estricto de algunas condiciones, porque la justicia se ha impartido ya en las instancias, en donde se han brindado a las partes las oportunidades y ritos procesales correspondientes para una adecuada defensa, y

solamente por vía de excepción, se abre la puerta a la casación como forma de especial rigorismo que pueda erradicar los errores posibles que allí se hayan cometido; para ello, resulta entonces indispensable señalar no solamente los yerros, sino también su trascendencia procesal.

Particularizando, se pueden señalar estos otros errores de técnica en la demanda que ahora se resuelve. En referencia al cargo primero, invoca el demandante violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea de la prueba, y su desarrollo en verdad apunta a tal motivo de casación; sin embargo, luego de transcribir unas consideraciones del fallador de segunda instancia en las cuales hace precisa alusión a las declaraciones de renta de la procesada –que considera mal evaluadas el censor–, ataca la sentencia por falta de apreciación de los mismos medios de prueba, tal como se revela en el siguiente pasaje del libelo:

"Este riguroso análisis del honorable Tribunal, respecto a que la declaración de renta no es prueba procesal, riñe contra el examen jurídico de las mismas, ya que en reiteradas ocasiones han sido acogidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado" (Subraya la Sala).

No se define, pues, el demandante a señalar con precisión si la vulneración indirecta de la ley provino de una apreciación errónea de las mencionadas declaraciones de renta, o lo fue de una falta de apreciación de las mismas, y a tal punto llega la confusión que tiene al respecto, que en uno de los párrafos del ataque reúne los dos motivos y habla de que los documentos citados tienen valor probatorio señalado por la ley, en el sentido de que su contenido se presume verídico.

A más de lo anterior, debe señalarse que no procede, como lo pretende el libelista en el cargo segundo, confundir el hecho objeto de prueba con el medio probatorio correspondiente. En este segundo cargo, en efecto, el censor alegó falta de apreciación de las pruebas y la consecuente violación indirecta de la ley sustancial, por que el Tribunal *"dejó de apreciar la prueba del lleno y elaboración del título valor por la suma de $2.525.331.00 y que es la base primordial de la investigación"* (Subraya la Sala); esta notoria contradicción, obviamente, le impidió formular adecuadamente la censura, y le obligó a atacar indiscriminadamente un testimonio, un presunto pagaré existente, el cheque allegado a la investigación y las valoraciones hechas por el fallador de segunda instancia, incluso cuando éste se refiere a algunas pruebas trasladadas a este proceso.

En el tercer cargo es igualmente patética la falta de técnica que presenta la demanda. Inicia el censor por alegar una violación indirecta por falta de apreciación del testimonio de Josué Millán Guevara, respecto del cual, paradójicamente, señala en qué punto del fallo de segunda instancia fue considerado por el Tribunal Superior de Bogotá; es verdad que allí no quedaron consignadas, a reglón seguido, las consideraciones de valoración de esa prueba en forma precisa, mas no menos cierto resulta que en la misma sentencia de segundo grado, aun cuando sea en forma genérica, fueron mencionadas por el Juzgador las razones que motivaron no sólo la apreciación de esa específica prueba, sino de los testimonios que en similares condiciones se recaudaron en el plenario.

Pero, a más de ello, tampoco señaló el demandante en qué forma el testimonio pretendidamente ignorado habría variado la decisión final del juzgador, porque si bien anotó el libelista que la única razón que tuvo el Tribunal para absolver a la acusada lo fue la comprobación de que ésta sí tenía medios para prestar una fuerte suma de dinero al denunciante, la prueba atacada no logra desvirtuar esa pretendida única razón, como que la suma a que se hace alusión en el testimonio no es más que la cuarta parte, aproximadamente, del total del dinero debatido en el proceso.

Más deficiente aún es la censura formulada en el cuarto cargo, porque inicialmente se refiere el casacionista al testimonio de José María Rodríguez Vargas, y luego lo deja de lado para ocuparse de la existencia de un título valor por treinta mil pesos, pretendiendo con su examen dar valor probatorio al testimonio, pero desconociendo, como en el anterior cargo, la trascendencia del error en el fallo atacado.

Finalmente, considera conveniente la Corte señalar que en la demanda se omitió consignar las razones claras de la violación indirecta a la ley sustancial, porque en ningún momento el libelista trató de señalar el contenido de las normas pretendidamente infringidas, su verdadero contenido, y su adecuada aplicación, sino al final de cada uno de los cargos enumeró los artículos que consideró violados.

Todas estas faltas de técnica ya anotadas, y algunas otras no señaladas, hacen improcedente que la Sala considere acertados los ataques.

Los cargos no prosperan.

Para terminar, una aclaración es necesaria. No se refirió la Sala específicamente al contenido del escrito presentado por el abogado no recurrente, como quiera que la demanda adolece de las notables imperfecciones técnicas que fueron puestas de presentes en primer término por el Agente del Ministerio Público, y resultaba por tanto intrascendente estudiar el fondo del asunto, como en algunos puntos lo hizo el no recurrente.

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 y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Paéz Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Tanto en el C.P. de 1936 como en el de 1980, el *uso* del documento falso no puede emparentarse siempre y fatalmente con una significación económica o patrimonial.

Sentencia Casación. 17 de marzo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Jairo Hincapié Cardona, por el delito de hurto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobada Acta número 18 del 16 de marzo de 1988.

Bogotá, D. E., marzo diecisiete de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Se resuelve el recurso extraordinario interpuesto por el defensor de Jairo Hincapié Cardona contra la sentencia de 14 de abril de 1986, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín lo condenó a la pena principal de cincuenta y un meses de prisión como responsable de los delitos de hurto, falsedad de particular en documento público, falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documentos públicos y falsedad ideológica en documentos privados en concurso material heterogéneo, perpetrado contra los intereses económicos del Banco de Bogotá.

Hechos y actuación procesal

1. Jairo Hincapié Cardona, era Jefe de Caja del Banco de Bogotá en una sucursal de Medellín; se le acusó de disponer en forma reiterada y temporal de altas sumas de dinero que no mandaba consignar pero hacía aparecer en la contabilidad como depositadas; uno o varios días después se consignaba el dinero pero la operación se repetía posteriormente.

Como conocedor que era Hincapié, sabía que únicamente a fin de mes se acostumbraba conciliar el extracto diario del Banco de la República. Obviamente a fines del mes se hacía un alto en las sustracciones y el balance aparecía sin novedad.

2. Sin embargo, en el año de 1984, se hizo una conciliación extra del extracto en día diferente del acostumbrado. Detectóse así una diferencia de saldos. Inmediatamente separóse a Hincapié del cargo mediante perentoria concesión de vacaciones. Así en ese momento se constató un faltante de $5.000.000.00. Ello porque a pesar de que en contabilidad se había hecho figurar una remesa en efectivo al Banco de la República por valor de $57.980.000.00 y solamente se habían enviado $52.000.000.00.

3. La investigación penal, amén del citado faltante de $5.000.000.00 concretó apropiaciones transitorias cada caso por ($3.000.000.00) por $6.000.00 más en marzo y mayo de 1984 mediante sistema similar. En el primer caso el valor se restituyó ocho días y en el segundo al día siguiente.

4. Para la sustracción de los $5.000.000.00, suma ésta que el acusado no restituyó se estableció que el procesado pretendió ocultar el hecho mediante el cambio de la fecha en un recibo de consignación de valor idéntico, pero fecha anterior.

5. El Juzgado 6º Superior de Medellín, llamó a responder a juicio a Hincapié Cardona por los delitos de hurto y falsedad y lo sobreseyó temporalmente en relación con los otros cargos. El Tribunal confirmó el enjuiciamiento y revocó el sobreseimiento temporal. En la sentencia ya reseñada se condenó al procesado como se expresó.

Contra la sentencia se interpuso el recurso extraordinario de casación.

La demanda

La Causal invocada es la primera del artículo 580 del C. de P.P. por el aspecto de violación directa de la ley sustancial y se divide en dos cargos:

Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida en cuanto que el *uso* de la falsedad en documento privado (art. 221 del C. P.) absorbe, el daño patrimonial económico y por ende no "permite la existencia del concurso material de la falsedad en documento privado y el hurto".

Como punto de partida el recurrente acepta que el asunto es polémico y transcribe apartes de sentencias de esta Corporación.

Sin embargo, para apartarse de tales proveídos comienza por hacer consideraciones sobre el interés jurídicamente protegido en los delitos de la falsedad documental. Si se entiende que ese interés es la fe pública de manera exclusiva, es muy probable que el daño patrimonial producido con ocasión del uso del documento, estructure una nueva infracción; pero si ese interés es complejo o plural y dentro de él cabe el patrimonio, lo más seguro es que el daño económico forme parte del mismo delito de falsedad documental.

Como de soslayo recuerda en la demanda la polémica sobre la existencia de la fe pública para definirse por la tesis afirmativa.

Igualmente se identifica con el carácter pluriofensivo de los delitos llamados contra la fe pública y sostiene que ella no tutela exclusivamente la confianza colectiva, sino también derechos patrimoniales, públicos o privados.

Pretende apoyar su manera de entender el concepto de "pluriofensivo" con citas de comentaristas nacionales. Llega a afirmar que la expresión "simple uso" está indefectiblemente ligada al daño patrimonial que para algunos constituye otro delito.

Debe observarse que algunos de los apartes doctrinarios y jurisprudenciales transcritos, se refieren es a la polémica sobre el concurso entre la falsedad en documento privado y la *estafa* y no al concurso con el *hurto* que es el tema materia de la alegación en este recurso extraordinario.

Segundo cargo. Violación directa de la Ley sustancial. El fallo recurrido habría "castigado doblemente al reo en lo relativo al apoderamiento de los finales cinco millones de pesos a título de agravación por un lado" (art. 222-2) y a título de hurto, por el otro. Se había aplicado indebidamente el artículo 26 del C.P. (concurso de delitos) previa indebida aplicación de los artículos 349, 351 y 372 por equivocada interpretación del artículo 322.

Tercer cargo. Igualmente es por violación directa de la ley sustancial y se puede sintetizar con la afirmación de que aun cuando los empleados del Banco de la República puedan considerarse como funcionarios públicos, no siempre los documentos que producen son públicos, ya que para que tengan tal calificación tiene que ser en el ejercicio de su función pública.

En apoyo de su tesis cita el artículo 2° del Decreto número 386 de 1982, que acepta que las operaciones mercantiles y civiles se regirán por las disposiciones del derecho privado.

Sostiene el recurrente que la operación consistente en recibir dinero de un Banco privado, por parte del Banco de la República es un acto privado, no uno administrativo. Según la demanda la relación entre el Banco de la República y los particulares está regida en punto a consignaciones por las normas comunes y ordinarias por disposición del Decreto número 386 de 1982.

Al regirse pues esta relación por el derecho privado, el delito a subsumir sería falsedad en documento privado. Habíase violado el Decreto número 1982 citado amén del artículo 26 del C. P., por no poderse configurar concurso.

Concepto de la Procuraduría

No es partidario el colaborador Fiscal de que se case la sentencia recurrida.

En cuanto al primer y el segundo cargo estima conveniente analizarlos de manera conjunta, ya que "se sustentan y desarrollan la base de un fundamento técnico idéntico".

Respecto al primer cargo observa el recurrente que las tesis que se esgrimen para negar el concurso son valederas con relación al delito de estafa y no al del hurto. Por ende no resultarían aplicables al caso a estudio, ya que en el hurto, el apoderamiento tiene características distintas de los artificios o engaños de la estafa donde podía predicarse que el uso comprendía tanto el engaño, como la defraudación patrimonial.

Sostiene el Procurador la autonomía típica de los delitos de falsedad y hurto que permite sustentar el concurso. Existió pues pluralidad de conductas que realizaron tipos independientes.

No se acepta pues la aplicación indebida de la ley alegada en los dos primeros cargos.

En cuanto al tercer cargo la Procuraduría lo rechaza con argumento de la llamada técnica del recurso. El cargo debió haberse orientado por violación indirecta de la ley y no directa. Ello porque se consideró la existencia de un error de derecho en la valoración de los documentos referidos. Se cita una jurisprudencia de esta Corporación que se estima aplicable al caso concreto, según la cual el "error que recae sobre el proceso de adecuación del documento a un tipo legal de la prueba documental constituye error de derecho por falso juicio de legalidad".

II. Consideraciones de la Corte

1. *Presupuestos metódicos.* Le asiste razón a la Procuraduría cuando responde de manera conjunta a los dos primeros cargos, pues ellos "se sustentan y desarrollan sobre la base de un fundamento teórico idéntico".

La demanda, debe reconocerse, plantea interesantes inquietudes teóricas, sobre temas de influencia en la resolución del caso concreto, tales como los referentes al alcance del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad, el de la existencia de la fe pública, el de los llamados delitos pluriofensivos, el verdadero contenido del verbo rector "usar" en el artículo 221 del C.P., etc.

Se estudiarán previamente para hacer precisiones necesarias y extraer conclusiones respecto a los dos primeros cargos, algunos de los temas académicos planteados en la demanda, para luego sí referirse concretamente a los dos primeros cargos, pues la aclaración previa facilitará la labor de la Sala.

2. *Consideraciones teóricas.* A. El bien jurídico y los delitos pluriofensivos. El alcance interpretativo del bien jurídico.

A. *El recurrente para sustentar su punto de vista de que el "uso" del artículo 221 del C.P. absorbe el daño patrimonial e impide el concurso material entre la falsedad en documento privado y hurto, expone un punto de partida que califica de obvio: el de saber cual es el interés jurídicamente protegido en los delitos de falsedad documental. Si es exclusivamente la fe pública, se permitiría el concurso, más no así si el interés es complejo o plural y dentro de él cabe el patrimonio económico; el daño de esta naturaleza forma parte de la falsedad documental.*

Esta manera de raciocinar es muestra de la tendencia que aún subsiste en nuestro ambiente jurídico de sobrevalorar la teoría del bien u objeto jurídico.

La autoría de la teoría del bien u objeto jurídico, atribuida al alemán Birbaum, divulgado por el civilista Rudolf Von Iheing tiene primordialmente finalidad clasificatoria sistemática de los delitos, más no puede estimarse como base única para la interpretación de las normas penales.

El legislador al clasificar los delitos según la divulgada teoría del bien u objeto jurídico, busca determinar cuál es en su concepto el bien jurídico que principalmente agrede un grupo de hechos típicos.

En tal clasificación sistemática "existe cierta arbitrariedad e interviene la apreciación subjetiva" (Politoff, Grisolía y Bunster – Derecho Penal Chileno, Pedrazzi, etc.).

Pero existen delitos que no solo ofenden un bien jurídico, sino varios, así se les incluya para efectos nomenclaturísticos en un solo capítulo: son los llamados por la doctrina delitos pluriofensivos.

Así por ejemplo el peculado ofende además de la pública administración el patrimonio del Estado. Por ello el legislador castiga este ilícito en forma más grave que la agresión al simple patrimonio particular. Pero esto no significa que no pueda concurrir el Peculado con Falsedad, por ejemplo.

El hurto agravado con violencia personal, es un delito que además del patrimonio económico, afecta la libertad individual, pero el legislador estima más grave la primera ofensa.

Por eso prevé una pena mayor que los tipos de hurto sin violencia. Si esa forma de hurto violento se ataca además de la vida o integridad personales, no se puede sostener sensatamente que porque el hurto es delito pluriobjetivo, no pueda concurrir con homicidio o lesiones.

El sostener pues, que el delito pluriobjetivo excluye el concurso, es una novísima aseveración sin respaldo doctrinario y jurisprudencial alguno y una indebida correlación entre dos conceptos diversos, amén de una falta de enfoque en las características del bien jurídico.

Otros y muy distintos son los argumentos que reglan el concurso delictual. Además las citas que se hacen de un distinguido comentarista no consignan tamaña aseveración.

B. *La fe pública. La expresión fe pública, es una conjunción sintética y llamativa de dos términos de origen respectivamente místico y sociológico.*

Como autor de ese acuñamiento verbal se señala al noble italiano del Siglo XVIII Gaetano Filangeri; 30 años después de su muerte, la expresión aparece por primera vez en el ámbito legislativo en el Código Penal de las dos Sicilias en 1818.

Muchas son las teorías que han surgido en torno a la fe pública. Las críticas contra ella han asumido variados aspectos. Desde negar de plano la existencia del interés abstracto llamado la fe pública (Binding, Grispigni), considerarla como expresión engañosa y poética, como concepto vago y artificial hasta calificarla como de sustituible por otras como "fe política" por ejemplo. Sin embargo a pesar de las

numerosas críticas contra el concepto de fe pública; la verdad es que tal acuñamiento nominalístico, ha resistido el paso de los años y no se ha encontrado otro más apropiado para reemplazarlo. Así las cosas, aceptando las críticas formuladas a la noción de la fe pública, se ha tratado de definirla y comprenderla.

En dos grandes grupos se pueden sintetizar las teorías prevalentes para aproximarse al concepto de la fe pública. Por un lado la tendencia psicólogica naturalista y por otro la publicística - normativa.

"Según la primera concepción el término, fe pública se entiende como sinónimo de una real posición psicológica de la colectividad que lleva a atribuir genuinidad y veracidad *(subraya la Sala) a determinados valores documentales, sellos, títulos o calidades relevantes para la vida social; de donde la fe pública correspondería a las experiencias de protección de un status sicológico de buena fe y de credibilidad hacia todos los objetos".*

"Según la otra concepción el término se dirige a expresar la certeza atribuida por el ordenamiento jurídico a determinados objetos cuya relevancia depende de la garantía de genuinidad y veracidad ínsita en la naturaleza de los objetos mismos por las funciones que ellas están destinadas a desenvolver en las relaciones públicas y privadas. Por ello existe represión penal de toda conducta violadora de toda certeza legal". (Antonio Cristiani en "La Fe Pública" en el Novísimo Digesto Italiano Tomo VII).

Ambas posiciones conceptuales han sido sometidas a recientes críticas. Si se analizan con detenimiento, se concluye que cada una enfoca una cara de la misma medalla. La posición psicológica naturalista mira el efecto causado en la colectividad por una institución legal y en cambio la publicista normativa recalca la posición misma o sea la certeza, el aspecto objetivo. Podría decirse que esta tendencia, se tiene en la causa y aquélla en el efecto.

Sin embargo, ambas coinciden en recalcar dos aspectos fundamentales de la fe pública. La garantía de genuinidad y veracidad de los medios de prueba. Por tanto si se le quiere dar un contenido pragmático a la fe pública hay que aceptar que debe reducirse "al interés específico que es garantizado por la genuinidad y veracidad de los medios de prueba" (Antolisei).

La genuinidad o autenticidad es secuela del aspecto formal de dichos medios de prueba y en cambio la veracidad es sustancial. Un documento es genuino o auténtico cuando cumple los requisitos de forma, de apariencia, de la objetividad externa. Cuando corresponde al autor, la firma, los sellos, etc. En fin cuando se cumplen requisitos formales.

Es veraz cuando su contenido está acorde con la realidad.

La referencia al sentimiento colectivo de confianza agrega una discusión teórica que se enfoca sobre el efecto y no sobre la causa misma. En estos términos, se reitera, la fe pública puede ofender un aspecto meramente formal como es la genuinidad o un aspecto sustancial como es la veracidad de la finalidad o destino; pero siempre en indispensable referencia con la idoneidad o destinación probatoria.

Con este planteamiento resulta fácil entender cómo para que se concrete la ofensa de la fe pública deben contemplarse como agredido uno de estos dos factores y no necesariamente los dos y cómo para el proceso de determinación de la ofensa debe tenerse en cuenta la naturaleza misma del documento.

C. La expresión "usar" del artículo 221. Como ya se reseñó el argumento tal vez más importante es el de sostener que no puede concurrir la falsedad en documento privado con el hurto; porque ese hurto fue el uso que se le dio al documento y por tanto queda subsumido como elemento de la falsedad. No comparte la Sala tal manera de raciocinar.

Es cierto que como bien lo acepta sintéticamente Irureta Goyena, la falsedad es uno de los "delitos más difíciles, más accesibles a concepciones que ofrece el derecho racional y se puede decir del derecho positivo". Por ello en la interpretación de este delito abundan los distingos y discrepancias.

La calidad de público o privado del documento ha sido siempre elemento trascendente, no solo desde el punto de vista clasificatorio, sino para la determinación de las modalidades del delito.

La mayoría de los legisladores han protegido de la manera más estricta el documento público, que el privado y han castigado más drásticamente el delito que tiene como objeto material aquel documento que el limitado a éste.

Se ha estimado que la sola falsedad en instrumento público constituye una verdadera lesión de la función autenticadora del Estado, en cambio "el documento privado por emanar de los simples particulares no merece esa confianza colectiva..." Por tanto la falsedad que se comete en instrumentos privados no vulnera de modo inmediato la fe pública, sino indirectamente en cuanto al escrito lo utiliza el responsable para engañar a un tercero creándole un juicio falso sobre determinado derecho con el fin de perjudicarlo" (Casación de 5 de agosto de 1949).

En cuanto a su estructuración, dinámicas y efectos de los documentos según sean públicos o privados, en las legislaciones aparecen dos grandes grupos: la tendencia inspirada en el Código Penal de Napoleón, equiparaba ambos documentos, no hacía distingos en cuanto a la configuración de la falsedad; por ende "no importaba para los efectos de la punición que se hiciera uso o no del documento falso" (Romero Soto Luis Enrique). Dentro de esta tendencia pueden comprenderse el Código Penal Suizo, el Argentino y el Colombiano de 1936.

Esta extrema posición ha sido atemperada por la doctrina, aceptando la tentativa cuando no se lleva a cabo el uso.

En cambio en otras legislaciones distintas de la francesa, se planteó el elemento uso, bien sea exigiéndolo a toda clase de documentos, como en el Código Alemán de 1871 o en la configuración del delito en la falsedad en documentos privados (Código Italiano de Zanardelli de 1889 y de Rocco de 1930).

La primera tendencia, inspirada en el Código Napoleónico se ha denominado como objetiva o formalista y la segunda como subjetiva. La exigencia del uso sobre todo

cuando el objeto material es documento privado, tiende a predominar en las legislaciones recientes.

D. La diferencia entre el legislador colombiano de 1936 y el de 1980. El artículo 240 del Código Penal Colombiano de 1936 determinaba que para que se configure la falsedad en documento privado las 9 hipótesis descritas en el artículo 231 como modalidades de la acción falsaria, deberían realizarse con perjuicio de tercero o intención de causarlo.

Ello llevó a los comentaristas de la época a sostener que en la falsedad en documento público se consuma con la mutación de la verdad, mientras la del documento privado requiere al menos la intención del perjuicio.

Y algunos comentaristas del Código de 1980 sostienen que por este aspecto nuestra legislación abandonó la tendencia formalista para acogerse a la subjetiva.

Entendiendo en forma sencilla el Código de 1980 puede concluirse que conserva para el documento público la tendencia formalista en el sentido de que no es menester el uso. Este uso es delictivo, es delito aun cuando concurre con la falsificación (art. 222 C.P.) y es agravante cuando fuese la misma persona quien usa y falsifica.

En cambio para el documento privado para que el hecho de falsificarlo resulte delictivo, debe usarse (art. 221).

El verbo rector Usar solo aparece en los artículos referidos como se expresó en los citados artículos 221 y 222, pero debe hacerse una interpretación global de su alcance.

Se ha aceptado que el uso es un concepto jurídico, esto es: "el empleo del documento como medio de prueba; el documento en otros términos debe utilizarse para uno de aquellos fines al cual serviría si no fuese falso".

"No se configura por ello el delito si el documento se usó como papel: por ejemplo como para envolver un objeto, encender una fogata, etc." (Antolisei).

"La conducta del agente por tanto tiene relevancia cuando se trasluce el empleo de un documento (falso) en una relación con tercero y con una finalidad jurídicamente relevante sobre la base de la naturaleza y destinación del documento mismo" (Dinacci Ugo).

Tanto en el Código Penal de 1936 como en el de 1980, el uso del documento falso no puede emparentarse siempre y fatalmente con una significación económica o patrimonial, pues puede representar otros variados alcances, aunque sí conviene advertir que en el primero de ellos, por el empleo del término "perjuicio", no faltaba quienes le daban tan restringida e incompleta valoración.

Hoy por hoy la doctrina pues acepta que el uso es jurídico, probatorio y no necesariamente patrimonial.

E. El uso y el hurto. Debe resaltarse que la expresión "uso" que aparece en la descripción de los citados delitos de falsedad documentaria, no tiene, en cuanto a los efectos del concurso delictual; igual trascendencia para todos los reatos contra el patrimonio la cual si se marca en la doctrina y en la jurisprudencia cuando se trata de

acciones de estafa y falsedad en documentos (Providencia de 20 de marzo de 1931, jurisprudencia de la Corte Suprema, Tomo V., página 622; providencia de 24 de enero de 1984, de 23 de abril de 1985, de 15 de septiembre de 1983, Casación de 5 de agosto de 1949; providencias publicadas en las Gacetas Judiciales LXVI número 2075–76, páginas 476-481; sentencia de 23 de noviembre de 1978, de 26 de abril de 1961; salvamento de voto de los doctores Gómez Velásquez y Velásquez Gaviria; providencia de 15 de septiembre de 1983 M.P. doctor Aldana Rozo).

Pero se reitera el planteamiento del problema en lo referente con la Estafa, es muy específico y distinto del caso del hurto.

La Estafa requiere inducción en error, maniobra engañosa. La discusión se enfoca sobre la definición del uso, se centra sobre si aquel a que se refiere el delito de falsedad, pues de considerarse como parte de las maniobras engañosas y ser subsumido por la Estafa, o si se puede aceptar el concurso; las soluciones han proliferado y en ellas se distingue según el documento sea público o privado, debiéndose decir que en cuanto al documento público no se ha negado el concurso y hasta ahora es prevalente su aceptación en el caso del privado.

Pero tal discusión se ha facilitado precisamente por la dificultad de delimitar el uso de la maniobra engañosa y la posibilidad de predicar que el uso comprendía el engaño y la defraudación patrimonial.

Pero en tratándose del delito de hurto, tal equivocidad conceptual no aparece, ya que no puede afirmarse que el uso del documento se subsuma en el hurto. Las conductas de falsedad y hurto, son naturalísticamente separables, fácilmente delimitables, esto es, totalmente autónomas y permiten el concurso. No debe olvidarse que en este caso los documentos se usaron para evitar el descubrimiento del Hurto y no como medio comisivo de él.

Como bien lo dice la Procuraduría "resulta evidente aquí que ni el delito de falsedad en documento privado (el uso) ni en la agravación del uso del documento público se hace referencia al apoderamiento de cosa mueble ajena".

F. El caso concreto. Así las cosas resulta claro concluir que las interesantes disquisiciones del recurrente sobre el bien jurídico, sobre los delitos pluriofensivos, sobre la fe pública, sobre el término uso, carecen de alcance y pertinencia para demostrar que no puedan concurrir el hurto y la falsedad material en documento privado y que se haya castigado doblemente al reo.

Igualmente que las consideraciones jurisprudenciales y doctrinarias rememoradas no son pertinentes para el caso sub exámine.

3. *El tercer cargo.* Tiene razón la Procuraduría al poner de presente que este cargo está formulado sin cumplir los requisitos de la llamada técnica del recurso, ya que esta Corporación ha reiterado que en estos casos el cargo debe orientarse por violación indirecta de la ley y no directa. Trátase de un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Sin embargo, para mayor claridad, la Sala se permite anotar que no es evidente la afirmación que lo que el recurrente denomina consignaciones de los Bancos particu-

lares en el Banco de la República, no son simples actividades mercantiles, sino funciones legales atribuidas desde el artículo 13 de la ley 25 de 1923, al Banco de la República donde él existe.

Es la actuación del Banco Emisor como Cámara de Compensación (Clearing House) establecida en tal norma.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

REVISION

La Corte ha sostenido que este recurso, el más exigente, no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales, entre éstos el alegato de fondo que sucede al período probatorio.

Auto Revisión. 17 de marzo de 1988. Niega la revisión del proceso que, contra José Luis Medardo Cárdenas Salamanca, se tramitó en el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá y en el Tribunal Superior de Tunja, por el delito de estafa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 18 de marzo 16 de 1988.

Bogotá, D. E., marzo diecisiete de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Decide la Sala sobre el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado de José Luis Medardo Cárdenas Salamanca, contra las sentencias condenatorias que por el delito de estafa profirieron el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá y el Tribunal Superior de Tunja el 23 de noviembre de 1982 y el 24 de marzo de 1983, respectivamente.

HECHOS

José Luis Medardo Cárdenas Salamanca fue condenado por haber organizado, en asocio de Pedro Pablo Sánchez Tovar, la rifa de una motocicleta de su propiedad, la cual se abstuvo de entregar al poseedor de la boleta ganadora desapareciendo del municipio de Moniquirá después de discutir y lesionar a Sánchez Tovar por la polémica que se suscitó al negarse Cárdenas Salamanca a cumplir con la rifa que no tenía autorización legal.

La demanda

Con fundamento en la causal quinta del artículo 584 del C. de P.P. anterior, el actor impetra la invalidación de las sentencias ya ejecutoriadas y la revisión del proceso, por haberse presentado con posterioridad a la condena, pruebas nuevas que demuestran la inocencia de su representado.

Aduce el demandante, que Cárdenas Salamanca no participó como organizador ni promotor de la rifa, ya que fue Sánchez Tovar quien abusivamente utilizó el nombre de aquél para hacerlo aparecer en las boletas como responsable del juego.

Llega a esta conclusión luego de criticar algunas pruebas testimoniales y advertir que al practicarse inspección judicial en la tipografía donde se elaboraron las precitadas boletas y recepcionarse las declaraciones de los testigos Humberto Alonso Correa, Félix Alberto Niño y Antonio Zafra Ariza, necesariamente se llega a concluir que Cárdenas Salamanca le había vendido la motocicleta a Sánchez Tovar y que fue ese último quien mandó a elaborar los talonarios de la rifa; por estas razones, solicitó la práctica de estos testimonios y enfatizó sobre la inspección judicial en la tipografía, pruebas todas que fueron decretadas por la Sala, incluyendo oficiosamente la inspección judicial, pues a pesar de servir de fundamento en los argumentos de la demanda no se impetró su práctica expresamente.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal en concepto que precede, solicita de la Sala no se ordene la revisión del proceso, por cuanto si bien se estableció en inspección judicial que el trabajo de elaboración de las boletas fue ordenado a la tipografía por Pedro Pablo Sánchez Tovar, este hecho no significa que necesariamente Cárdenas Salamanca no sea el autor de la estafa, pues cualquier otra persona hubiera podido realizar esa labor, además, que ese sólo hecho no tiene la virtualidad de oponerse a la prueba que fundamentó la condena.

En relación con los testimonios nuevos, afirma el colaborador fiscal, que no se oponen seriamente a los allegados al proceso, de conformidad con los cuales Cárdenas Salamanca se anunció como la persona que estaba rifando la moto y el hecho de que los nuevos declarantes se refieran a la negociación que iban a realizar el condenado y Sánchez Tovar, no significa que aquél le hubiera vendido la motocicleta a éste, quien en su indagatoria explicó haber sido, únicamente, vendedor de las boletas para ganar una comisión, motivo por el cual fue sobreseído definitivamente.

Alegato de conclusión

Informa el Secretario de la Sala, que el 11 de febrero de 1988 empezó a correr el término de quince días de traslado para que el recurrente presentara sus alegaciones de conclusión, lapso este que venció el 27 del mismo mes, día sábado, razón por la cual el proceso pasó al despacho para fallo el 29 de febrero, lunes; posteriormente, el 2 de marzo de 1988, el apoderado del condenado José Luis Medardo Cárdenas Salamanca, presentó su alegación, aclarando en la iniciación del escrito, que lo hace "estando dentro del término legal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° Traslado al recurrente en revisión. *Por haberse interpuesto este recurso con anterioridad al primero de julio de 1987, corresponde dar aplicación al C. de P.P. anterior, de conformidad con el cual una vez admitida la demanda de revisión, se abrirá el proceso a prueba por treinta días y vencido el término probatorio, el Magistrado Sustanciador ordenará correr traslado al Procurador General de la Nación y al recurrente, por quince días a cada uno, para que presenten sus alegatos por escrito. Concluido este término, la Sala fallará el recurso dentro de los treinta días siguientes, tal como lo dispone este Estatuto en el inciso primero del artículo 587.*

Se debe precisar, respecto al trámite de este extraordinario y exigente recurso y específicamente en cuanto se refiere al traslado para alegar una vez vencido el término probatorio, que no se trata de un trámite facultativo sino por el contrario, de obligatorio cumplimiento; de ahí los imperativos términos empleados por la ley al disponer que vencido el término probatorio, el Secretario de la Sala "dará el informe correspondiente" y el Magistrado Sustanciador "ordenará correr traslado del proceso al Procurador General de la Nación y al recurrente por quince días a cada uno para que presenten sus alegatos por escrito".

No es posible, por tanto, omitir ninguna de estas exigencias procesales, ya que de no correrse el traslado al Procurador y al recurrente no se estaría ante una simple informalidad, sino ante una omisión que incidiría directamente en el derecho de defensa y al no presentarse el alegato por parte del recurrente, esta renuencia impide el pronunciamiento de fondo de la Corte, pues no es suficiente que se interponga el recurso de revisión sino que impera sustentar la causal o causales invocadas en la demanda.

"Esta Corporación ha sostenido que el de revisión" es un recurso, el más exigente, que no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales. Entre ellos está el alegato de fondo que sucede al período probatorio y en el que el actor debe analizar razonablemente la prueba, en orden a demostrar, a poner de resalto la existencia real del motivo presentado en el escrito de demanda, con táctica similar a la que preside la casación. No basta de ordinario, al menos en el derecho positivo colombiano, formular la petición de revisión y solicitar luego la práctica de pruebas; es menester, para el planteamiento completo, sustentar la causal o causales presentadas en la demanda que origina el proceso sui generis de la revisión mediante el alegato de conclusión, pues la Corte no tiene actuación oficiosa para darle forma a la acusación contra el fallo que se ataca (Revisiones 11-XX-70, 10-XX-81, 7-IV-81, 1-IV-82, 12-IV-84).

2° Excepción a la presentación del alegato. *No obstante, ha afirmado la Sala en las precitadas decisiones que "por vía de excepción, en casos muy especiales, podrá el recurrente ser eximido del alegato de conclusión, en la hipótesis de que el libelo de demanda fundamentará con claridad y precisión el motivo aducido y demostrará en él la existencia de la causal invocada con pruebas acompañadas a la misma demanda y que no requieren ratificación o nueva producción en la etapa probatoria del recurso, que pudieran ser apreciadas en la decisión sin más condiciones, por tratarse v. gr. de documentos oficiales auténticos".*

3° Caso juzgado. La Corte anota que esta decisión no hace tránsito a cosa juzgada ya que podrá intentarse el recurso extraordinario de revisión de nuevo.

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

RESUELVE:

NEGAR el recurso extraordinario de revisión y DISPONER que se deje copia de esta providencia en la Corte.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

PENA – Rebaja

Solo es aceptable como trascendente para conceder la rebaja la confesión hecha durante la primera versión judicial, como allanamiento del camino investigativo.

Auto Casación. 22 de marzo de 1988. Niega libertad provisional a Pedro Antonio Escobar Alvarado, condenado por el Tribunal Superior de Cali, por los delitos de homicidio (tentativa) y acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 020.

Bogotá, D. E., veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Ante el Juzgado Segundo Superior de Cali el procesado Pedro Antonio Escobar Alvarado solicitó nuevamente el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado en el artículo 72 del Código Penal por considerar que el tiempo efectivo en reclusión y el que le corresponde con rebajas por trabajo y Ley 48 de 1987, sobrepasa el mínimo previsto en la norma primeramente citada luego de reducir su condena por aplicación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, por confesión.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha emitido concepto desfavorable para la excarcelación del procesado ya que no tiene derecho a la reducción de pena por confesión y las rebajas por estudio y trabajo, sumadas al tiempo efectivo en reclusión resultan insuficientes para el cumplimiento del primero de los requisitos del artículo 72 del Código Penal, no obstante el reconocimiento de la rebaja para la infracción que la permite (acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir), pues sumados todos ellos, dan un parcial de veintinueve (29) meses y veintidós (22) días, insuficientes para pronunciarse sobre los factores subjetivos que consagra la disposición citada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No obstante que en providencia de 26 de enero del presente año la Corte negó al procesado Pedro Antonio Escobar Alvarado el beneficio de libertad provisional sobre idénticos presupuestos a los ahora reclamados y que el 23 de febrero siguiente le fuera notificada personalmente la mencionada decisión, al día siguiente dirigió al Juez de Primera Instancia (Segundo Superior de Cali), nueva solicitud de libertad condicional.

El peticionario fue condenado a la pena privativa de la libertad de nueve (9) años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio agravado, en grado de tentativa y acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, sanción que resulta inmodificable al quedar en firme la sentencia de segundo grado en atención al fallo de esta Sala de fecha 15 de marzo del corriente año por medio de la cual no prosperó el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Cali.

En tales condiciones, Escobar Alvarado al haber sido capturado el 13 de enero de 1986, ha descontado efectivamente en prisión *veintiséis (26) meses y nueve (9) días*. Por trabajo y estudio el procesado tiene derecho a una rebaja de *un (1) mes y diecisiete días* y por aplicación de la Ley 48 de 1987 respecto del delito no excluido del beneficio allí previsto (acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir) una rebaja adicional equivalente a la sexta parte del incremento por el concurso, es decir, *dos (2) meses,* para un total acumulado de *veintinueve (29) meses y veintiséis (26) días,* tiempo muy inferior a las dos terceras partes de la pena impuesta que equivalen a setenta y dos (72) meses de prisión.

El procesado no tiene derecho a la reducción de pena prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal ya que en su versión inicial, si bien aceptó haber realizado el hecho, esto es, haberle causado lesiones a Silvia Calvo Talaga, con intención de matar, en el careo con la víctima y en audiencia pública, negó rotundamente haber tenido esa intención y más bien quiso presentar el hecho como justificante de un presunto estado de ira, al manifestar que "... ella me invitó a que hiciéramos el amor por última vez, ya que hicimos el amor ella sí me confirmó que tenía a otro, me humilló pues me dijo que ella tenía otro que era mejor que yo, entonces me dio mucha rabia y cogí y la herí pero claro está no pensaba en matarla, *yo solo quería era castigarla para que aprendiera a respetar los hombres...", es decir, que la ahora pretendida confesión para obtener la reducción de pena, no resulta eficaz para los fines del proceso y como tal, no fué aceptada por los juzgadores de instancia y el jurado de conciencia al haberlo hallado responsable del delito de homicidio agravado en grado de tentativa, es decir, tampoco puede considerarse como sustento del fallo condenatorio.*

Al respecto ha dicho la Sala que "... a la jurisdicción le interesa que se le facilite la investigación, que se le obvien los inconvenientes propios de ellas por lo que solo acepta como trascendente para conceder la rebaja la confesión hecha durante la primera versión, que para los efectos debe entenderse como la primera versión judicial (296) siendo la razón de tal existencia el allanamiento del camino investigativo que se logra mediante la deposición franca y explícita del procesado aceptando la realización del hecho; que no tendría razón de aceptarse en los casos en que producido todo un debate

probatorio y sometido el proceso a intensa controversia, el procesado en una nueva versión confesare el hecho. Por ello aunque la norma no lo dice hace parte de su entendimiento lógico el que el procesado mantenga su confesión judicial durante el proceso, *pues si se retracta genera confusión, atenta contra la lealtad exigida e invalida por ello los efectos de la confesión". Lo mismo ocurre cuando el procesado cambia su versión inicial y aceptando el hecho material, predica distinta circunstancia o motivo, en la ejecución del mismo, pues tal postura, igualmente genera confusión e invalida la primera versión, pues le resta absoluta credibilidad.*

Como esto fue lo ocurrido con el procesado Escobar Alvarado, el beneficio previsto en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal resulta inaplicable y, consecuencialmente, inmodificable la sanción impuesta en las instancias.

La rebaja a que se refiere la Ley 48 de 1987, solamente puede ser reconocida respecto de la infracción que permite su aplicación ya que el delito de homicidio agravado fue excluido expresamente por la norma, no importa que, como en el presente caso, lo fuera en grado de tentativa.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NIEGA al procesado Pedro Antonio Escobar Alvarado el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

COLISION DE COMPETENCIAS

De conformidad con el Decreto número 2137 de 1983 la Policía de Vigilancia Portuaria en lo referente a la "Justicia Penal Militar", quedó bajo la jurisdicción del comandante del respectivo Departamento de Policía.

Auto Colisión. 7 de abril de 1988. Dirime colisión de competencias entre el Comandante del Departamento de Policía Valle y el Inspector General de la Policía Nacional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 18 de marzo 16 de 1988.

Bogotá, D. E., abril siete de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Ha sido remitido a la Corte el proceso adelantado por homicidio contra el agente Manuel José Delgado Ochoa, adscrito a la Policía Portuaria de Buenaventura, para definir el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Comando del Departamento de Policía Valle y la Inspección General de la Policía.

ANTECEDENTES

En horas de la tarde del 6 de noviembre de 1984, los agentes de policía Manuel José Delgado y José Espitia Galindo, quienes prestaban servicio de vigilancia en el Terminal Marítimo de Buenaventura, procedieron a capturar a un individuo que había penetrado sin las autorizaciones necesarias cuando lo sorprendieron apoderándose de un rollo de corazas para bicicleta, correspondiente a mercancía que se descargaba del barco "Ciudad de Armenia". Recuperada y entregada la mercancía referida, el hombre mencionado quien después fue identificado como Angel Custodio Torres, al parecer trató de hacer resistencia y de huir, por lo cual los agentes de Policía iniciaron su persecución, dando como resultado la muerte de Torres Mosquera como consecuencia de un disparo realizado por Delgado Ochoa.

Iniciada la investigación, oído en indagatoria el acusado y cumplidas otras diligencias, se remitió el proceso al Comando del Departamento de Policía Valle como Juzgado de primera instancia. Este de acuerdo con el criterio de la Auditoría de Guerra, se abstuvo de conocer por carecer de competencia y propuso colisión negativa a la Inspección General de la Policía, a la cual estimaba correspondía el Juzgamiento, disponiendo también por la misma providencia la nulidad desde el auto por el cual avocó el conocimiento.

La Inspección General de la Policía Nacional, después de disponer la práctica de algunas pruebas, rechazó a su vez la competencia y para la decisión respectiva ordenó la remisión del proceso a la Corte.

Razones de los funcionarios para rechazar la competencia

El Comando del Departamento de Policía Valle, expresa en síntesis, que para la fecha de los hechos, el agente procesado se encontraba destinado a prestar servicios en la vigilancia portuaria de Buenaventura. Que de conformidad con el Decreto número 2137 de 1983 –Estatuto Orgánico de la Policía Nacional– vigente para esa fecha, la Policía de Puertos depende de la Dirección Operativa, División de Servicios Especializados (artículo 47), por lo cual el juzgamiento le corresponde a la Inspección General, de acuerdo con el artículo 349 del Código de Justicia Penal Militar que le atribuye competencia a esta última en los casos no previstos por otras normas del Código indicado.

La Inspección General de la Policía, por su parte, anota que la Dirección General de la Institución, con base en las facultades conferidas por el artículo 3° del Decreto número 2347 de 1971, expidió la Resolución número 02283 de junio 17 de 1975, conforme a la cual el personal destinado a vigilancia portuaria dependerá administrativamente de la Rama de Servicios de Policía y en lo restante, incluida la Justicia Penal Militar, del Comandante del respectivo Departamento de Policía. Anota también que el artículo 155 del citado Decreto número 2137 de 1983, dispone que mientras se dictan las disposiciones reglamentarias correspondientes "... continuarán rigiendo las normas existentes al entrar en vigencia el presente decreto...".

Concluye entonces que se halla vigente la resolución referida en cuanto a la competencia en materia penal militar y alude a memorando del Secretario General de la Policía (diciembre 2 de 1987, doctor Luis Eduardo Acosta Calvache) conforme al cual la Resolución número 2283 rige salvo en lo relacionado con el aspecto disciplinario, reglamentado por Resolución número 5647 de 1983 y por tanto lo penal y lo disciplinario tienen tratamiento diferente y se ha considerado conveniente unificar la competencia en los Comandantes de Departamento.

Cita auto de esta Sala de fecha octubre 27 de 1987, por el cual se resolvió colisión de competencias entre funcionarios de la Policía. Anota finalmente que si bien el artículo 47 del Decreto número 2137 de 1983, Estatuto de la Policía, incorporó la Policía Portuaria a la Dirección Operativa, en su artículo 155 dispuso que mientras se dictaban los reglamentos respectivos, continuarían rigiendo las normas anteriores, que deben atenderse mientras no se modifiquen.

SE CONSIDERA

1° *Corresponde a la Corte definir la colisión por haberse producido entre dos funcionarios de la Policía (artículo 397 Código de Justicia Penal Militar).*

Por otra parte cumplido el trámite en debida forma y habiendo manifestado ambas autoridades las razones para rechazar la competencia, se procede de plano a su definición.

2° *El Comando del Departamento de Policía Valle, con referencia a las normas del Estatuto Orgánico de la Policía (Decreto número 2137 de 1983, artículos 47 y 97) y al Código de Justicia Penal Militar (artículo 349) estima que la competencia es de la Inspección General por tratarse de caso no previsto.*

La controversia se plantea en torno a la Resolución número 002283 de 17 de junio de 1975, que mantuvo la dependencia de la Policía destinada a vigilancia portuaria en todos los aspectos, incluidos la Justicia Penal Militar, del Comando del respectivo departamento. Reglamento este que mantuvo su vigencia una vez dictado el Decreto número 2137 de 1983 conforme al artículo 155 del mismo.

Al definir colisión de competencias en caso que guarda estrecha similitud con el que es actualmente objeto de examen, dijo la Corte lo siguiente que se hace necesario transcribir:

"... Como ha quedado visto, el conflicto de competencias ha sido generado por la interpretación que los funcionarios protagonistas del mismo han dado a la Resolución número 002283 de junio 17 de 1975, por medio de la cual el Director General de la Policía, con fundamento en las facultades conferidas por el artículo 3° del Decreto número 2347 de 1971 para organizar servicios especializados, creó la "Unidad especializada de Policía de Vigilancia Portuaria dependiente de la Dirección General de la Policía, a través de la Rama de Servicios de Policía", dependencia esta última a la cual se le dio vida en el artículo 4° de la resolución aludida, ante cuyo jefe debía responder el Comandante de la unidad especializada de vigilancia portuaria y ante éste, el de cada uno de los puertos terminales.

Es indudable que si no se hubiese regulado en forma expresa lo atinente a la Justicia Penal Militar en la mencionada resolución, en verdad que le asistiría razón al señor Comandante del Departamento de Policía Valle, pues el artículo 349 del C. de J.P.M. establece que "el Inspector General de las Fuerzas de Policía conocerá en primera instancia de los procesos penales militares en los casos no previstos en los artículos de este capítulo".

Sin embargo, en el artículo 7° de la cuestionada resolución se consagró:

"El personal que preste sus servicios en la Policía de Vigilancia Portuaria dependerá administrativamente de la jefatura de la Rama de Servicios de Policía y para todos los efectos del servicio incluyendo Justicia Penal Militar, del Comandante del respectivo Departamento de Policía" (Subraya la Sala).

Del texto de la norma transcrita claramente se infiere que para la época de los hechos si bien el personal que prestaba sus servicios en la Policía de Vigilancia

Portuaria dependía administrativamente de la "Rama de Servicios", en lo referente a "Justicia Penal Militar", estaba bajo la jurisdicción del Comandante del respectivo Departamento de Policía, que para el caso materia de la controversia, es el de la Policía del Valle. *Luego, si en forma clara se reguló lo concerniente a Justicia Penal Militar y se señaló el funcionario competente para conocer de los procesos penales contra personal vinculado a las tantas veces citada Unidad Especializada de Vigilancia Portuaria, mal puede afirmarse como lo hizo el proponente de la colisión, que la creación de la mencionada unidad especializada dependiente de la Dirección General, a través de la Rama de Servicios, "implícitamente llevaba también lo atinente a la jurisdicción y competencia y por ende señalando el juez natural para sus componentes", pues tales normas en nada se ocupan de este aspecto. Es el preanotado artículo 7° el que en forma no implícita sino expresa estatuye que para todos los efectos del servicio, "incluyendo Justicia Penal Militar", el personal que preste sus servicios en la unidad de vigilancia portuaria "dependerá" del Comandante del respectivo Departamento de Policía.*

Es cierto que mediante Decreto número 2137 de 1983, se reorganizó la Policía Nacional, habiendo quedado integrada a la División de Servicios Especializados de la Dirección Operativa (artículo 47), la Policía de Puertos, pero como bien lo advierte el funcionario que aceptó la colisión, las reglamentaciones orgánicas "en nada han variado la competencia en materia penal militar, que han venido ejerciendo los Comandantes de Departamentos de Policía", amén de que el artículo 155 de dicho estatuto preceptúa que mientras se organizan las diferentes dependencias, se crean las plantas y se dictan las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de dicho decreto, "continuarán rigiendo las normas existentes al entrar en vigencia el presente Decreto", lo que indica que será cuando se produzcan las reglamentaciones del caso que podrá hablarse de desplazamiento de competencias" (Auto Colisión de Competencias, octubre 27/87, Magistrado ponente doctor Dávila Muñoz).

De lo anterior aparece que se trata de los mismos argumentos o razones expuestos por los funcionarios que intervienen en el caso materia de la controversia, por lo cual el criterio debe ser el mismo toda vez que no se tiene conocimiento que se haya presentado variación alguna en las reglamentaciones existentes. En consecuencia, deberá enviarse el proceso para su conocimiento al Comandante del Departamento de Policía Valle, tratándose por otra parte de hechos ocurridos con ocasión del servicio, circunstancia que determina la existencia del fuero.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

DIRIMIR la colisión negativa de competencias en el sentido de declarar que es competente para conocer el Comandante del Departamento de Policía Valle, como juez de primera instancia, a quien se remitirá el proceso.

Envíese para su información copia de esta providencia al señor Inspector General de la Policía.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

INDICIO/JURADO DE CONCIENCIA

La tesis predominante sobre la prueba indiciaria es sostener la dificultad en que se suele estar para desechar el reconocimiento, que para condenar o absolver haya hecho el juzgador y resulta todavía más improcedente cuando es el jurado de conciencia el que estima los elementos de convicción.

Sentencia Casación. 11 de abril de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carlos Villalba Riveros, por el delito de homicidio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 22. Abril 6/88.

Bogotá, D. E., abril once de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

El Juzgado Veintisiete Superior de Bogotá condenó a Carlos Villalba Riveros a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión mediante fallo de 18 de septiembre de 1986, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Víctor Manuel Bastidas Vergel, decisión que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, según providencia de 19 de diciembre del mismo año.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los sintetizó el Tribunal de instancia de la siguiente forma:

"El 1° de enero de 1982, entre la una y dos de la mañana, en la intersección de la calle 78 con carrera 61 de esta ciudad Víctor Manuel Bastidas Vergel recibió un balazo que acabó con su vida antes de poder recibir atención médica, el cual fue disparado por Carlos Villalba Riveros".

El Juzgado 49 de Instrucción Criminal de Bogotá abrió la correspondiente investigación penal el 5 de enero de 1982 y dentro de ella recibió declaración bajo juramento a Abel Quiroga Quiroga, Luz Marina, Alvaro y Jorge Enrique Bastidas Vergel, Alejandrina Vergel de Bastidas, Isabel Cubillos de Villalba, Marco Fidel González Delgado, Luis Eduardo Castillo Rojas, Héctor Julio Martínez Herrera, Rosa Oliva Villalba de Hurtado, José Ignacio Forigua Nova, Víctor Manuel Bonilla, Alicia Bello de Villalba, Esmeralda Prieto de Bonilla, Ricardo Vargas Gil o José Ricardo, Cleotilde Forero de Cañón, Francisco Antonio Vargas Sabogal, Teodora de Forero, María Circuncisión Barrero de Rodríguez y las menores Patricia y Luz Dary Infante Bastidas, así como a Roque Paipa Botía.

Se recibió declaración de conducta a Luis Carlos Vargas Angel, Luis Enrique Vargas Rodríguez, Bernardo Castellanos Caballero, Germán Cubillos Riveros, Carlos Eliseo Romero Cruz, Manuel Báez Peña y Eliseo Cruz Villalba.

Se practicaron varias diligencias de confrontación entre el sindicado Carlos Villalba Riveros con Alvaro Bastidas Vergel, Luz Marina Bastidas Vergel y Jorge Enrique Bastidas Vergel, hermanos del occiso; Abel Quiroga Quiroga con Alvaro, Jorge Enrique y Luz Marina Bastidas Vergel y Jaime Ignacio Forigua Nova con Alvaro y Luz Marina Bastidas Vergel.

Finalmente, se realizó la diligencia de reconstrucción de los hechos y recibió declaración indagatoria al procesado Carlos Villalba Riveros.

Con este material probatorio, el Juzgado del conocimiento con fecha 18 de junio de 1985 llamó a responder en juicio criminal, con intervención de jurado, a Carlos Villalba Riveros como autor del delito de homicidio voluntario en la persona de Víctor Manuel Bastidas Vergel (artículo 323 del Código Penal). Esta decisión no fue recurrida por las partes.

Agotado el término probatorio y conformado el jurado respectivo, la diligencia de audiencia pública se llevó a cabo durante los días 11 y 16 de junio de 1986 con veredicto unánime de "sí es responsable" razón por la cual el Juzgado 27 Superior de Bogotá lo acogió sin reservas y condenó al procesado a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión. Recurrido el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior respectivo confirmó en todas sus partes la decisión adoptada por el *a-quo* y, el mismo profesional recurrió en casación y presentó su demanda la que fue admitida por la Sala en auto de 4 de agosto de 1987.

La demanda

Con invocación de la causal cuarta (4ª) de casación el actor hace dos cargos a la sentencia recurrida por violación de las formas propias del juicio y quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Primer cargo

"Carlos Villalba Riveros no podía ser enjuiciado ni condenado por el delito de homicidio, porque los requisitos sustanciales exigidos por la ley procedimental para dictar auto de proceder no tuvieron cabal cumplimiento en el acto de calificación".

Sustenta el recurrente que "El Juez Veintisiete (27) Superior de Bogotá en providencia de 18 de junio de 1985, por la cual llamó a juicio criminal con intervención de jurado de conciencia a Villalba Riveros, consideró que el cuerpo del delito se hallaba plenamente comprobado, y que en el proceso "se estructuraba el indicio *grave* de responsabilidad penal que compromete como autor del hecho investigado a Carlos Villalba Riveros, *dándose así los requisitos* que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para residenciar en juicio criminal con intervención del jurado de conciencia, como autor y penalmente responsable del delito de homicidio".

Aduce el memorialista que a pesar del esfuerzo dialéctico realizado por el *a-quo* para demostrar la presencia del indicio grave de responsabilidad, "tuvo que recurrir al insólito expediente de amalgar la prueba testimonial, despreciada vigorosamente en la misma resolución, con la estimación errada y acomodaticia del resultado del experticio técnico".

No obstante, agrega el actor, que el juzgador de instancia consideró que los testigos de cargo no ofrecían serios motivos de credibilidad, acudió a la prueba técnica para, deducir de ella y de la prueba testimonial en conjunto y no autónomamente, el "indicio grave" de responsabilidad y autoría, o sea que, primero la rechaza y luego la acepta, para incurrir por este modo en violación del artículo 26 de la Constitución Nacional al proferir auto de enjuiciamiento sin el lleno de los requisitos procedimentales (artículo 481 del Código de Procedimiento Penal) ya que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

SE RESPONDE.

Asiste razón a la Delegada cuando destaca que "mal puede confundirse a este propósito las llamadas formas propias del juicio, tuteladas por la Carta Fundamental, con los denominados grados probatorios que son requeridos por la ley procedimental para la emisión de determinadas providencias, tal como lo hace el censor, en el escrito de su demanda. Esto se dice por cuanto es bien sabido que aquellas dicen de las garantías y características propias del proceso que, cuando se ven conculcadas por acto del juzgador generan errores in-procedendo, *que tienen como consecuencia derribar parte del proceso, al paso que las restantes aluden a condiciones o requisitos legales cuya violación por la equivocada apreciación o valoración del juez promueven el nacimiento de errores* in-judicando, *los que solo permiten atacar la sentencia".*

Debe anotarse además, que la tesis predominante sobre esta clase de prueba (indiciaria) es sostener la dificultad en que se suele estar para desechar el reconocimiento, que para condenar o absolver, haya hecho el juzgador. Y, si se trata de juicios con intervención del jurado de conciencia, resulta todavía más improcedente este ataque por cuanto los elementos de convicción estimados por el jurado al emitir su veredicto, para condenar o absolver, son apreciados por ellos con plena libertad. No es posible, entonces, contraponer reflexiones jurídicas respecto de las pruebas tenidas en cuenta por el juzgador de primera instancia para comprometer en juicio criminal al procesado, pues si ellas, como en el presente caso, fueron ampliamente controvertidas en audiencia pública, y se desconoce cuáles fueron en definitiva las probanzas que convencieron al jurado para pronunciar una respuesta condenatoria unánime y categórica.

Finalmente debe destacar la Sala que el casacionista viene asistiendo al procesado desde el inicio de la etapa del juicio y que ningún reparo hizo en su oportunidad al auto de proceder pues se notificó de él y ningún recurso interpuso para buscar su revocatoria o aclaración. Tampoco creyó pertinente solicitar pruebas para controvertir las existentes en el plenario y en diligencia de audiencia pública las criticó ampliamente demandando, del jurado, la absolución de su representado y, en alegato escrito al Juzgado, la nulidad del proceso por los motivos que ahora aduce en casación.

La acusación no prospera.

SEGUNDO CARGO:

"La sentencia acusada fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por haberse cerrado la investigación y calificado el mérito del sumario omitiendo la vinculación procesal de los autores del delito de lesiones personales y contra el patrimonio económico de que fuera víctima el procesado, en concurso recíproco con el de homicidio que se le imputa a éste, con violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por inobservancia de las formas plenas del juicio y conculcando el derecho de defensa del procesado".

La anterior enunciación la desarrolla el actor de la siguiente manera:

Afirma el actor que las lesiones causadas al sindicado, a su ayudante y a la esposa del primero, debieron ser investigadas y falladas en un mismo proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal pues la unicidad que guardan respecto de todos los hechos y de todas las personas involucradas en los mismos, la prueba tiene en sí un doble contenido, con lógica proyección dual sobre el objeto del proceso en el plural resultado.

Los elementos probatorios conllevan –dice el casacionista– doble carga, para una de las conductas será favorable, en tanto que, para la otra será desfavorable; a más de que los sujetos de la acción, para una de ellas es activo y para la otra será pasivo. Existe, pues, una comunidad entre las conductas, imposible de desarticular para su juzgamiento, tal como lo prevé el artículo 167 mencionado.

Este proceder, llevó a la violación del principio constitucional consagrado en el artículo 26 de la Carta, sobre observancia plena de las formas propias del juicio, incurriéndose, por lo tanto, en vicio que genera nulidad de lo actuado desde la providencia que ordenó la clausura de la etapa de instrucción, inclusive.

Además, prosigue el actor, se atentó contra la garantía de la debida defensa, porque el derecho se conculcó al impedir que se investigara "y fallara" en el mismo proceso las conductas de que fuera víctima el procesado y que tenían esencial influencia en la calificación y resultado final del mismo.

Advierte finalmente que tal comportamiento del juzgador incidió sustancialmente en la calificación del mérito del sumario pues, de haberse investigado el delito de lesiones personales y vinculado a sus autores, en la providencia de llamamiento a juicio se hubiese reconocido el atenuante de la riña. Como ello no ocurrió, se violó el derecho de defensa y las formas propias del juicio.

SE RESPONDE:

La doctrina es permanente y abundante en cuanto repudia declaraciones de nulidad como la pretendida por el actor sobre actuaciones de ésta o similar índole. Acoger los planteamientos presentados, sería tanto como estimular la impunidad que la sociedad rechaza ahora más que nunca. Y es que la ley procesal tiene como objetivo el investigar y fallar en un mismo proceso, hasta donde sea posible, todos los aspectos personales y de hecho que la comisión de uno o varios delitos susciten, igualmente en cabeza de uno o varios procesados.

La omisión involuntaria, las dificultades en la investigación o el errado juicio de no interesar al juzgamiento, ha dicho la Corte, tienen remedio procesal mediante la expedición de copias para evitar la destrucción y desconocimiento de lo actuado, sin que ello implique el marginamiento de las formas propias del juicio o el quebranto del principio constitucional del derecho de defensa. Por el contrario, si se procede de tal manera, se está garantizando al procesado un trámite oportuno de la causa y la definición de fondo del asunto.

Resulta aún más improcedente la nulidad planteada en este caso, ya que sobre simples hipótesis de lo que pudo haber ocurrido y no ocurrió, no puede edificarse eficazmente un motivo de casación, máxime que las lesiones de que fueron víctima el procesado, su esposa y su acompañante el día de los hechos, fueron de tan poca significación que se hallan sancionadas con pena de arresto y que, por haber transcurrido más de cinco (5) años desde su ejecución, la acción se halla prescrita (artículo 80 del Código Penal), siendo jurídica y procesalmente imposible llamar a los presuntos autores para que respondan de ellas. Mucho menos resulta procedente invalidar un proceso que se adelantó adecuadamente, con el lleno de los requisitos legales, so pretexto de que el juzgador incurrió en incompleta calificación por no haber vinculado mediante indagatoria a los familiares del occiso y resuelto su situación jurídica.

Finalmente, el Juzgado Superior en el auto calificatorio, respecto al delito contra la propiedad, consignó que "... Atribuir el delito de robo de que fue víctima el sindicado, a la familia Bastidas Vergel, resulta apresurado, pues aunque al parecer algunos miembros de la familia intervinieron en la agresión del sindicado, esposa y ayudante Abel Quiroga; también, según testigos, fue mucha la gente que se aglomeró allí y que bien pudo haber aprovechado la oportunidad para despojar al procesado o sustraerse lo que vieran a la mano..." (transcripción textual).

Quiere decir lo anterior que ninguna prueba existía en el proceso que permitiera al juzgador vincular a los miembros de la familia Bastidas Vergel, como posibles autores o cómplices del ilícito contra la propiedad, máxime que un testigo dijo haber visto en la Comisaría de las Ferias a un agente de la Policía con dos armas "... una en el cinto y otra en la chapuza, me supuse que el arma de dotación era la que tenía en la chapuza y le pregunté que si esa era el arma homicida y me dijo que sí...".

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema –Sala de Casación Penal–, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA

Cualquiera de los sujetos procesales puede suscitar la colisión de competencias, pero de ahí no puede desprenderse que cuando el funcionario no acepta los argumentos del solicitante, por ello surja el conflicto.

Auto Colisión. –12 de abril de 1988.– Se inhibe de conocer por no surgir conflicto de competencia entre el Juzgado de Instrucción Criminal de Tumaco y el cincuenta y ocho de la misma categoría radicado en Bogotá.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada: Acta número 23.

Bogotá, D. E., abril doce de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

El presente proceso lo venía adelantando el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá. Para el primero de julio de 1987, aún no se había dictado auto de cierre de la investigación. Por ello en julio 6 de 1987 decidió "de conformidad con lo establecido en los artículos 73 y 467, inciso 2º del C. de P. Penal (Decreto número 50 de 1987), remítase el presente proceso al Juzgado 58 de Instrucción Criminal", funcionario éste que por auto de julio 21 de 1987, "avoca el conocimiento del asunto". Luego, en determinación de agosto 27 de 1987, envía el proceso al Juez de Instrucción Criminal radicado en Tumaco, quien asume el conocimiento en octubre 2 del mismo año.

Encontrándose cerrada la investigación, el procesado Manuel A. Pamplona, con nota de presentación ante notario de noviembre 10 de 1987, dirige un memorial al Juez de Instrucción de Tumaco, solicitándole "declare que no tiene la competencia, pues esta territorial y preventivamente, la tiene el Juez 58 de Instrucción Criminal de Bogotá".

Según constancia de la secretaría del juzgado, la susodicha petición fue recibida el 30 de diciembre de 1987, siendo evidente que el "treinta" aparece escrito a máquina sobre un espacio de papel que sufrió borrado mecánico.

El 23 de diciembre del mismo año, el juzgado dispone: "Antes de realizar la calificación jurídica del mérito del sumario, se ordena primero verificar estudio y resolver la Colisión de Competencias Negativa provocada por el sindicado Manuel A. Pamplona"

En enero 25 de 1988, el referido juzgado doce resuelve: "No aceptar la colisión negativa de competencia territorial, provocado contra este Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Tumaco, por el procesado Manuel Antonio Pamplona Gil, y en su lugar declara que posee dicha competencia; ...se ordena remitir sólo el original a la honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo actuado –sic– para lo de sus funciones, con las que decidirá la Colisión...".

Breves consideraciones de la Sala

1. *Ha dicho la Corte:*

"De esta norma (art. 67 –hoy 95– del C.P.P.) se desprende, en primer término, que para que exista colisión, esto es, choque o enfrentamiento en punto a la determinación de cuál es el juez o tribunal al que compete el conocimiento de un asunto, es preciso que existan, cuando menos, dos juzgados interesados en la controversia; en segundo lugar, se requiere que cada uno de ellos exprese las razones por las cuales considera que es o no competente para conocer del asunto y, en último término, que uno de ellos no acepte las razones expuestas por el otro, que es, en suma, lo que caracteriza la colisión.

"De conformidad con el artículo 70 –hoy 98– ibidem, de otra parte, cualquiera de las partes en un proceso puede suscitar colisión de competencia por medio de un memorial dirigido al juez que esté conociendo de él o al que considere competente para dicho conocimiento, solicitud que no puede resolverse sino mediante uno de los dos trámites que la ley impone al juez ante quien se formula, uno, rechazando la solicitud, en cuyo caso la colisión no llega a presentarse, por sustracción de materia; el segundo, accediendo a la solicitud, en cuyo caso el juez que la admite debe proceder conforme el trámite señalado en el artículo 69 –hoy 97–, dirigiéndose al juez o tribunal ante quien promueve la colisión, con expresión de los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto" (Magistrado Ponente doctor Dante Luis Fiorillo P. Diciembre 7 de 1979).

2. En el evento sub-exámine, aparece claro que en ningún momento el Juez 58 de Instrucción Criminal manifestó las razones por las cuales consideraba que era incompetente para conocer del proceso, sino que simplemente, como suele viciosamente acontecer en la práctica judicial, remitió las diligencias por competencia a los Juzgados de Instrucción Criminal de Tumaco, reparto, donde le correspondió al doce. Este funcionario aceptó ser el competente. De ahí que en manera alguna puede afirmarse que entre estos jueces se hubiera presentado conflicto, lo primero porque en rigor no se provocó, y segundo, por cuanto aquel a quien se remitió el proceso siempre admitió que era suya la competencia. *Es conocimiento elemental en estas materias que el conflicto surge, cuando, entre quienes tienen facultad para hacerlo, se sostienen sobre un mismo punto de derecho criterios encontrados que se niegan o se destruyen y que imposibilitan la determinación del factor competencia. Pero cuando los funcionarios están de acuerdo sobre quién es el competente es absurdo pregonar la existencia de pugna.*

3. Estando el proceso con cierre de investigación, el sindicado dirigió un memorial, solicitando al juez doce que se declarara no competente para el conocimiento del asunto, porque en su sentir, ésta radicaba en el Juzgado 58 de Instrucción Criminal de Bogotá. *Pero como no era otro juzgado quien le provocaba el conflicto, sino un sujeto procesal, ha debido simplemente pronunciarse mediante auto interlocutorio, haciendo la manifestación de ser el competente, mas no hacer alusión a ninguna colisión y menos enviar el proceso a la Corte para que la dirimiera, porque en estricto sentido ésta no se da sino "cuando dos o más jueces o tribunales consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar o conocer un proceso penal, o cuando se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos" (art. 95 C.P.P.).*

Lo anterior significa que el funcionario equivocó la ruta procesal, dando por existente un conflicto que aún no nacía. Es cierto en este sentido que, según manda el artículo 98 del C. de P.P., "cualquiera de los sujetos procesales puede suscitar la colisión de competencias", pero de ahí no puede desprenderse que cuando el funcionario no acepta los argumentos del solicitante, por ello surja el conflicto, pues en el fondo lo que se declaraba era precisamente lo contrario, que no había siquiera lugar a provocarlo.

La determinación que así siente el juez es susceptible de recursos. Y si el superior decide en sentido contrario al del juez, o sea compartiendo el criterio del solicitante, revocará la decisión y el proceso se enviará al funcionario que se estime competente, el cual, si no está obligado a obedecer a quien ha tomado esta determinación, puede aceptar las razones de la decisión o disentir de ellas, hipótesis esta última que da lugar al surgimiento del conflicto de competencias. Es claro, además, que tampoco se presentará la colisión en el evento de que se confirme la resolución del juez que se negó, a instancia de parte, a declararse incompetente.

Ahora, en el caso de que el juez a quien se le excita por uno de los sujetos procesales a provocar la colisión, comparta los argumentos de éste, procederá a remitir las diligencias a quien juzgue competente, quien de admitir esta posición conceptual aprehenderá el conocimiento del proceso; y, en caso contrario, responderá creando el susodicho conflicto de atribuciones. Resulta pues evidente que el incidente de competencias surge entre dos o más funcionarios que, simultáneamente, reclaman su capacidad para intervenir o niegan tal aptitud funcional. Los sujetos procesales apenas pueden estimular un pronunciamiento en este sentido, sin que la respuesta dada a una pretensión de esta índole, por sí, de lugar al conflicto, el cual requiere para su nacimiento de la intervención de otro u otros funcionarios que se dicen llamados a conocer del proceso en cuestión.

4. El artículo 155 del actual C. de P. Penal (160 del anterior), prohibe las raspaduras y enmiendas en las actuaciones judiciales. La secretaría del juzgado doce de instrucción criminal de Tumaco actuó en contra de lo así dispuesto, cuando verificó un borrado mecánico sobre una constancia secretarial siendo lo indicado salvar el error a continuación. Pero no es sólo ésto, sino que además demuestra descuido, negligencia cuando allí superpone el número "treinta", pues resulta evidente, en consideración al auto de diciembre 23 de 1987, emitido inmediatamente después y que obedece al memorial a que alude la mencionada constancia, que ese número es equivocado, o sea que la solicitud de marras mal pudo recibirse en la

secretaría el "treinta" de diciembre de 1987. Esa manera ligera de asumir el cumplimiento de las funciones a su cargo, en sentir de la Corte debe ser investigada por la Procuraduría, para lo cual se remitirá copia de este pronunciamiento a la Regional de Nariño.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, –Sala de Casación Penal–, se *inhibe* de conocer del presente asunto, por resultar evidente que no hay conflicto de competencia que ella deba desatar.

Por la Secretaría de la Sala, dése cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4° de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

JUSTICIA PENAL MILITAR – CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

En el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, por su misma naturaleza, determinada por la calidad y funciones de las personas a quienes se aplica, el derecho de defensa no tiene la misma amplitud que se le reconoce dentro del proceso ordinario.

Sentencia Casación. –12 de abril de 1988.– No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Helmer Astudillo García, Teniente de la Fuerza Aérea Colombiana –FAC–, por el delito de hurto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada: Acta número 23.

Bogotá, D. E., doce de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el procesado Helmer Astudillo García, teniente de la Fuerza Aérea Colombiana –FAC–, contra la sentencia de 20 de abril de 1987, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar, al confirmar la del Comando de la Base Aérea del Atlántico con sede en Soledad, lo condenó a la pena principal de 30 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de hurto.

ANTECEDENTES

1. Los hechos materia del proceso se refieren a que el 5 de febrero de 1986 el Teniente de la FAC Helmer Astudillo García, destinado al escuadrón de abastecimiento de la Base Aérea del Atlántico, entró al almácén aeronáutico del Comando Aéreo de Combate número 3, y se apoderó de 50 bujías para avión B-80, las cuales le fueron encontradas al día siguiente en un maletín de su propiedad.

2. Como dicha Unidad carecía de Juzgado de Instrucción Penal Militar, fue designado como Juez Instructor del proceso su Auditor Auxiliar 95 de Guerra, doctor Ricardo Rojano Rodríguez, quien posteriormente invocó dicha función instructora para abstenerse de rendir concepto sobre el mérito de la investigación, motivo por el cual tal rito fue cumplido por el Auditor de Guerra Superior, de acuerdo con el cual se convocó al Consejo de Guerra Verbal que terminó con veredicto absolutorio por unanimidad y que fue acogido por su Presidencia mediante sentencia de agosto 5 de 1986 (fls. 155 y s.s.). Consultada esa decisión, el Tribunal Superior Militar la revocó por estimar contraevidente el veredicto que tuvo por fundamento, ordenando la consecuente convocatoria a un segundo Consejo, procedimiento cumplido mediante resolución de febrero 6 de 1987, en el cual se fijó inicialmente el 13 de dicho mes para celebrar el Consejo, haciéndoselo saber el día 9 al procesado, quien se encontraba en Bogotá cumpliendo con sus presentaciones en el Juzgado 43 de Instrucción Penal Militar. Astudillo García le comunicó esa fecha a su abogado, mas el día 10 siguiente recibió información telefónica de que el juzgamiento se había adelantado para el 12, día para el cual aquél le manifestó que no podía estar presente en el Consejo por haber adquirido con anterioridad otros compromisos. El acusado entonces, en vez de contratar los servicios de otro profesional del derecho, optó por comparecer sin abogado, y una vez instalado el Consejo, solicitó su aplazamiento, sobre la base de que su apoderado no estaba presente, petición que le fue rechazada, advirtiéndosele del derecho de nombrar un apoderado, para cuyo efecto, y de conformidad con el artículo 573 del Código de Justicia Penal Militar, se le puso de presente la lista de los diez oficiales que para ese día aparecían "disponibles como defensores", de la cual escogió al señor Capitán Juan Manuel Delgado Canaval (fl. 128), quien en estas condiciones tuvo a cargo su defensa. El veredicto fue esta vez condenatorio por unanimidad, y el mencionado Comando profirió la sentencia que recibió confirmación integral del Tribunal por medio de la suya de 20 de abril de 1987, que es objeto de la impugnación extraordinaria.

La demanda. Respuesta del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y Consideraciones de la Corte.

La demanda contiene dos cargos, ambos dentro del marco de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971 y que se examinarán y despacharán en los términos que siguen.

Primer cargo.

1. Nulidad constitucional con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional por atentado al debido proceso, consistente en que el funcionario competente para emitir el concepto previo a la resolución de convocatoria era el Auditor de Guerra del Comando de la Base Aérea del Atlántico, y no el Auditor de Guerra Superior. Agrega que si hubiera conceptuado el primero de ellos –doctor Ricardo Rojano Rodríguez– "el resultado del juicio podría haber sido distinto", pues él no solamente instruyó el proceso y conocía por tanto mejor la situación jurídica del procesado, sino que "fue el asesor jurídico del primer Consejo de Guerra y firmó con el juez de instancia la sentencia absolutoria que posteriormente revocó el Tribunal, y en dicha sentencia le reconoce la justificación del hecho planteada por la defensa".

2. La Delegada contesta ese ataque diciendo en primer término que no puede trasladarse la competencia del juzgador a la del Auditor, para efectos del concepto que este último debe rendir conforme al artículo 567 del Código Penal Militar, máxime que acorde con dicho estatuto los jueces de primera instancia pueden designar libremente a los Auditores de Guerra, bien como funcionarios de instrucción, ora como asesores jurídicos. "En este orden de ideas –dice–, el Auditor Superior de Guerra del Comando de la Fuerza Aérea, al rendir el concepto que le solicitó el Comandante de la Base Aérea del Atlántico, no excedió sus funciones, sino que plasmó su criterio respecto del mérito de la investigación adelantada contra el Teniente Astudillo García, descorriendo el traslado que le hizo dicho Comandante, que en esta forma aceptó el impedimento declarado por el Auditor Auxiliar 95 de Guerra y designó el reemplazo pertinente, dando aplicación a los artículos 401 y 402 del citado Código". En segundo lugar, estima que, de constituir el reproche un "error *in procedendo*", no se puede demostrar el nexo de causalidad entre él y la parte resolutiva del fallo impugnado.

3. La Sala comparte el criterio de la Procuraduría. En efecto, el Auditor Auxiliar 95 de Guerra del Juez de primera instancia, Comando de la Base Aérea del Atlántico, instruyó el proceso según la facultad prevista en el literal f) del artículo 357 del Código castrense, motivo por el cual estimó que "deberá remitirse la actuación a la Auditoría de Guerra Superior de la Fuerza Aérea para que sea este Despacho el que emita el concepto solicitado" (Fl. 115), criterio efectivamente acogido por el juzgador de primer grado, cumpliéndose entonces las previsiones que para efectos de impedimentos y recusaciones prevé dicha normatividad en los artículos 401 y 402, es decir, que el Auditor comunicó el impedimento a su "superior judicial", quien procedió a designar su reemplazo. Por otra parte, los artículos 371 y 567 ibídem establecen de manera clara la libertad que tienen los Jueces de primer grado para designar sus Auditores.

Y es más: aparte de que el cuestionado concepto no ata al Juzgador (art. 371 cit.), el rendido en este caso lo fue por el Auditor de Guerra Superior, que, como su calificativo lo indica, es el Auditor de mayor jerarquía y debe reunir los mismos requisitos de Magistrado del Tribunal Superior; mientras que para ser Auditor de Guerra Auxiliar (como "el competente" en este caso, según el casacionista) se requiere apenas haber concluido estudios de derecho (art. 373 ibídem).

El "cambio" de Auditor de Guerra que se reprocha, no comporta, pues, relevancia alguna frente a la estructura básica del proceso ni tampoco en relación con la defensa del procesado, de donde este cargo no prospera.

Segundo cargo.

1. Afirma el demandante que el proceso se encuentra viciado de nulidad de índole supralegal, toda vez que al procesado no se le permitió ejercitar su defensa por medio de apoderado de confianza, lo cual obedeció a que, según la resolución de convocatoria, el Consejo de Guerra Verbal debía celebrarse el 13 de febrero de 1987, como se enteraron acusado y defensor; pero luego se borró esa fecha y se la cambió por el 12, o sea un día antes, fecha para la cual el Abogado estaba comprometido profesionalmente. "El cambio en la fecha del Consejo de Guerra fue la potísima

razón para que el procesado, que había coordinado con su defensor para viajar a la audiencia el día 13 y no el 12, se viene en el momento del Consejo sin su defensor, que era un Abogado", puntualiza el actor, y agrega:

"... Pasando por alto la solicitud de aplazamiento y las motivaciones de la misma se obligó al procesado a escoger como defensor a un oficial de la lista de defensores de oficio, quien sin la menor idea del caso que se juzgaba, trató de cumplir con su deber... La presencia del Abogado defensor del Teniente Helmer Astudillo García habría tenido efectos en el fallo de los Vocales, si se tiene en cuenta que en el primer Consejo de Guerra Verbal fue representado por un profesional del derecho quien alegó una causal de justificación reconocida por el Jurado y por el Juez fallador. Y es evidente que cuando se plantea una justificación del hecho como el relativo al caso en estudio, se requiere, por lo menos, que quien la invoque tenga la calidad de Abogado. Derecho que le fue negado a Helmer Astudillo al negársele el aplazamiento del Consejo y verse obligado a aceptar un defensor de oficio.

Insiste, pues, en que se violó el derecho de defensa del procesado, razón por la cual debe decretarse la nulidad de lo actuado a partir de la resolución que convocó al segundo Consejo de Guerra Verbal y disponerse la devolución del expediente al Juzgado de primera instancia para que reponga el procedimiento afectado.

2. El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares considera que le asiste al censor la razón en este segundo reparo, y que, en consecuencia, debe declararse la nulidad por ataque al derecho de defensa del Teniente Astudillo García, "quien no pudo ejercer debidamente su derecho de defensa, por cuanto había citado a un Abogado para que lo defendiera el 13 de dicho mes y tal profesional del derecho no pudo asistir el 12 por haber adquirido otros compromisos, para esa fecha, con anterioridad".

3. *Para establecer si en un determinado caso se han violado o no los derechos de la defensa, y si por ende se ha desconocido el debido proceso garantizado por la Constitución nacional (art. 26), es preciso analizar las normas legales que regulan el específico procedimiento de que se trate. No puede pasarse por alto, que si bien es cierto que para la validez de todo juzgamiento es indispensable que la defensa del acusado haya podido desplegarse, ello no significa que en todos los procedimientos previstos por la ley esto puede cumplirse con igual amplitud.*

El legislador ha adoptado un procedimiento ordinario, dentro del cual el derecho de defensa está reglamentado con gran amplitud y encuentra vastas posibilidades de ejercicio; los términos probatorios son extensos; múltiples son las oportunidades que tiene el acusado para presentar sus argumentos; las exigencias legales para adelantar el procedimiento y tomar algunas medidas que puedan afectarlo son rígidas; hay múltiples causales de excarcelación, y en fin, son muchos los privilegios y prerrogativas de que goza la defensa.

Pero por diversas razones, sustanciales o circunstanciales, el legislador regula procedimientos en los cuales, sin desconocer el derecho de defensa porque violaría claros mandatos constitucionales, sí lo restringe, limitando, por ejemplo, los términos probatorios, la notificación de providencias y el rigor de los requisitos que les son

indispensables, las causales de libertad provisional, y en general, recortando los recursos y oportunidades que la defensa tiene para desplegarse, tal como sucede, verbigracia, en el procedimiento abreviado, que para los casos de confesión y flagrancia consagra el nuevo Código de Procedimiento Penal (art. 474 a 485).

Igual cosa acontece con el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, reglado por el Código de Justicia Penal Militar, en el cual, por su misma naturaleza, determinada por la calidad y funciones de las personas a quienes este estatuto se aplica, el derecho de defensa no tiene la misma amplitud que se le reconoce dentro del procedimiento ordinario, ni goza de idéntica posibilidades de ejercicio. Es este un procedimiento diseñado para ser más expedito que el ordinario, y en el cual por tanto los términos son más cortos; sus formalismos son menores y son menos frecuentes los incidentes que puedan dilatar su desarrollo. Al fin y al cabo es sólo para aplicarse a los Militares en servicio activo que cometan delitos relacionados con el mismo servicio (art. 170 C. N.).

En este orden de ideas, es preciso destacar cuáles son las regulaciones que dentro de este mencionado procedimiento, se hacen en punto a escoger defensor, y de qué términos dispone este último para preparar su intervención en el Consejo de Guerra Verbal. Si las normas que regulan estos aspectos fueron desconocidas en el caso subjudice la demanda estará llamada a prosperar como lo solicita el señor Delegado. Pero en caso contrario será desechada, así el procedimiento acusado contraríe el previsto como ordinario en el Código de Procedimiento Penal, porque no fueron éstas las normas que rituaron el juzgamiento que culminó con el fallo impugnado.

Pues bien: el Código de Justicia Penal Militar no prevé término alguno dentro del cual deba ser notificada la resolución de convocatoria, quedando ello al arbitrio del Presidente del Consejo de Guerra Verbal (literal (d) art. 567 ibidem). A contrario, pues, de lo que ocurre en el procedimiento ordinario (arts. 505 y 493 de los Códigos de Procedimiento Penal de 1971 y 1987, respectivamente) no existe para ninguna de las partes un término o traslado previo a la celebración de la audiencia de juzgamiento, y obedece ello no sólo a que el proceso es leído en el Consejo en presencia de los apoderados, sino a que éstos únicamente empiezan a "actuar como defensores" a partir de la formulación del cuestionario o cuestionarios, disponiendo cada uno de ellos de tres horas para preparar sus alegatos (art. 574 y 580 del C. J. P.-M.).

Sentadas esas premisas, cabe señalar que al procesado Astudillo García se le notificó el día 9 de febrero de 1987 que el Consejo se celebraría el 13 siguiente, mas el 10 se le comunicó que tal debate tendría lugar el 12, fecha para la cual, como se dijo, su abogado no estaba disponible. Así las cosas, el acusado, en vez de contratar los servicios de otro profesional del derecho, para que lo asistiera en la audiencia, prefirió comparecer sin abogado titulado, motivo por el cual el Presidente del Consejo, en acatamiento estricto del artículo 573 del estatuto castrense, le hizo saber el derecho que tenía para designar un apoderado, derecho del cual hizo uso Astudillo García, procediendo a nombrar al Capitán del Ejército Juan Manuel Delgado Canaval, quien efectivamente llevó a cabo la defensa.

El citado artículo 573 dice:

"Instalado el Consejo, acto seguido se hará comparecer a los sindicados presentes y se les leerá la resolución de convocatoria, con la advertencia de que deben designar un apoderado Militar, que sea oficial y que figure en la lista de que trata el artículo anterior. A quien no hiciese la designación, el presidente le nombrará uno de oficio.

".....".

Si tal es el rito previsto en el Código de Justicia Penal Militar respecto de la designación de apoderado en los Consejos de Guerra Verbales, mal puede afirmarse, como lo hacen el casacionista y la Delegada, que se vulneraron las formas *propias* del juicio y/o del derecho de defensa del procesado que las mismas tutelan. Por ningún otro aspecto aparece tampoco transgredido el artículo 26 de la Carta Política.

Este aserto, de constatación irrefragable en los autos, conduce a rechazar también este segundo cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del 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 y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis G. Salazar Otero
Secretario

PREVARICATO – DERECHO DE DEFENSA

Los jueces de derecho no son soberanos en sus actuaciones; sino que están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley, por manera que sus fallos deben contener la necesaria motivación para garantizar al ciudadano la justicia y la protección contra la arbitrariedad.

Sentencia Segunda Instancia. 18 de abril de 1988. Confirma el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas, Juez Laboral del Circuito de Girardot, por el delito de prevaricato.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 023 del 12 de abril de 1988.

Bogotá, D. E., dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Decide la Sala sobre la legalidad de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a la doctor Myrta Beatriz Alarcón Rojas, Juez Laboral del Circuito de Girardot, por el delito de prevaricato por acción a la pena principal de un año de prisión y dispuso la suspensión condicional de la misma por el término de prueba de dos años; contra esta decisión el defensor de la funcionaria interpuso recurso de apelación y en relación con él se pronuncia la Corte.

Hechos

El 19 de noviembre de 1981, el menor adulto Bernardo Casilimas García, compareció ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Girardot con el fin de cumplir con la etapa de conciliación para reclamar del señor Manuel Ernesto Bojacá Acosta, las prestaciones sociales a que tenía derecho por haber trabajado como

albañil, a órdenes de este último, desde el 13 de julio al 17 de octubre de 1981, devengando un salario semanal de $1.050.00 más el almuerzo y los gastos de transporte.

En esta diligencia no se llevó a acuerdo por cuanto el señor Bojacá Acosta manifestó no estar conforme con las fechas de entrada y salida del trabajador, las cuales no recordó; igualmente se mostró inconforme con el salario reclamado porque a Casilimas García "le daban $150.00 pesos diarios, más le daba el almuerzo y los pasajes".

Agotada esta primera etapa, el 28 de febrero de 1983, Bernardo Casilimas Suárez actuando como representante legal de su hijo Bernardo Casilimas García demandó ante el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot a cargo de la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas al ex-empleador Manuel Ernesto Bojacá Acosta para obtener el pago de las precitadas prestaciones.

Al contestar la demanda, Bojacá Acosta negó los hechos propuestos por la parte actora y atribuyó el vínculo laboral aducido por Bernardo Casilimas García a Luis Alfonso Barrera, un contratista independiente, debido a que el contrato que trabajó existió entre éstos y no con él.

Adelantado el trámite procesal, en audiencia pública los trabajadores del demandado, Luis Alfonso Luna, Omar Díaz Morales, Omar Olarte Chávez, Augusto Espinosa, al igual que Bernardo Casilimas Suárez, padre del menor reclamante, quien también trabajó con Bojacá Acosta, declararon para afirmar que Casilimas García fue contratado por Bojacá para trabajar como ayudante de construcción y que al llegar como contratista para enchapar una piscina Luis Alfonso Barrera, el menor empezó a laborar con éste pero que Bojacá Acosta le siguió pagando el salario.

Luis Alfonso Barrera, en su testimonio afirma que él celebró un contrato verbal con Manuel Bojacá Acosta para enchapar una piscina, quien le dijo que se llevara al ayudante Casilimas García, que lo ocupó por diez semanas pagándole $1.050.00 pesos semanales, dinero éste que se lo mandaba con Bojacá, el que además transportaba al trabajador y le suministraba el almuerzo; en conclusión, reconoce que en ese lapso el precitado menor trabajó como obrero suyo.

Con estas pruebas y una fotocopia sin autenticar del acta de conciliación, el juzgado laboral a cargo de la funcionaria acusada, el 27 de julio de 1983, pronunció fallo, absolvió al demandado y condenó en costas al actor; para tomar esta decisión la doctora Alarcón Rojas hizo la siguiente consideración: "... En el expediente obran pruebas de que entre Bernardo Casilimas García y Manuel Ernesto Bojacá existió un contrato de trabajo, pero las pruebas practicadas quedan desvirtuadas por Luis Alfonso Barrera quien manifestó (fl. 24) que el señor Bernardo Casilimas García, trabajó bajo sus órdenes y no bajo las órdenes del demandado Manuel Ernesto Bojacá...".

Fundamentos de la impugnación

El defensor de la funcionaria procesada impetra la revocatoria de la sentencia impuganda por considerar, que la doctora Alarcón Rojas fundamentó el fallo censu-

rado como ilegal en la libertad de convicción que autoriza el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, motivo por el cual le dio mayor credibilidad al testimonio de Luis Alfonso Barrera, pues al carecer de valor probatorio la fotocopia sin autenticar de la diligencia de conciliación, imperaba recurrir a los testimonios y a la conducta observada por las partes a lo largo del proceso, conforme lo dispone la ley procesal del trabajo.

Igualmente afirma, que no es posible concluir que existió contrato de trabajo entre Casilimas García y Bojacá Acosta, por cuanto no se demostró en el proceso la fecha de iniciación y terminación del mismo y en estas condiciones imposible resulta exigir prestaciones por parte del trabajador; advierte finalmente, la falta de prueba para tasar el salario y la continuidad en la subordinación respecto a Bojacá Acosta por haber trabajado Casilimas García con Luis Alfonso Barrera, razón por la cual no quedaba otra alternativa que absolver al demandado.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, solicita de la Sala se confirme la sentencia impugnada, toda vez, que el fallo cuestionado es abiertamente contrario a la ley.

Al igual que el Tribunal *a quo*, fundamenta su criterio en la fotocopia sin autenticar que la parte actora presentó con la demanda para probar el agotamiento de la etapa conciliatoria; le parece inexplicable que la juez acusada haya dado credibilidad al testimonio de Luis Alfonso Barrera y concluye afirmando, que al abstenerse las partes de proponer tacha de falsedad contra la precitada fotocopia, esta pasó a ser documento auténtico y que al reconocer Barrera ser el empleador de Bernardo Casilimas García debió dar aplicación a los artículos 145, del Código Procesal Laboral y 54 del Código de Procedimiento Civil integrando la *litis* en contra de este contratista.

Consideraciones de la Corte:

Desconcierto es por decir lo menos la actitud que despierta en la Sala, la posición asumida por la procesada en la diligencia de indagatoria, cuando antes que tratar de dar explicaciones legales y plausibles sobre la imputación que por prevaricato se le ha formulado, con actitud desconcertante y de desconocimiento de las normas generales de derecho sostiene de manera olímpica que no tiene por qué dar razones de su fallo, llegando a sostener que incluso ha podido llegar a la misma decisión absolutoria con razonamientos más breves; cuando precisamente la decisión que ha sido calificada como prevaricadora, es la negación de lo que debe ser una sentencia de acuerdo a las exigencias de la ley procesal, y al mismo tiempo un absoluto desconocimiento del debido proceso y el derecho a la defensa, porque podría afirmarse sin que con ello se estuviera exagerando, que el fallo cuestionado carece de motivaciones y que por no llenar las exigencias legales desde el punto de vista formal y sustancial no puede considerarse propiamente de procesal la existencia de una sentencia.

En la reprochable decisión judicial la juez ahora procesada se limita a sostener: "En expediente obran pruebas de que entre Bernardo Casilimas García y Manuel

Ernesto Bojacá existió un contrato de trabajo, pero las pruebas practicadas quedan desvirtuadas por Luis Alfonso Barrera, quien manifestó (fl. 24) que el señor Bernardo Casilimas García trabajó bajo sus órdenes y no bajo las órdenes del demandado Manuel Ernesto Bojacá".

"En estas circunstancias deberá absolverse el demandado Manuel Ernesto Bojacá de todas y cada una de las peticiones de la demanda".

Es obvio concluir que esas no pueden considerarse como motivaciones suficientes para sustentar una decisión de tanta trascendencia como lo es una sentencia judicial, pues en ella además de hacerse afirmaciones contradictorias, no se hace ningún análisis probatorio que dé sustentación al fallo, con absoluto desconocimiento sobre las normas legales que regulan las formalidades de las decisiones judiciales, que vienen a constituir un reglamento constitucional del debido proceso y del derecho a la defensa, porque ha sido una de las grandes conquistas de la democracia occidental, el de lograr la publicidad de los procesos para garantizar a los ciudadanos la limpidez de los procedimientos y para que puedan ejercitar la labor de fiscalización que es necesaria sobre la actividad de lo funcionarios públicos; el de conquistar el reconocimiento del principio de contradicción sobre la base de que el proceso es una posición dialéctica de probar y contraprobar, de argumentar y contraargumentar, que obtiene su final consolidación en la decisión judicial en la que el juez de manera clara y precisa debe dar las razones de hecho y de derecho en las que fundamenta su fallo, además de que debe contestar a las partes con razonamientos válidos, por qué rechaza sus argumentaciones o sus pretensiones; el de obtener la necesaria motivación de los fallos judiciales que garantizan al ciudadano la existencia de fallos justos y lo protegen contra la arbitrariedad de los jueces, puesto que la ausencia de motivación fue en el pasado y lo es en la actualidad, el boquete abierto para que el juez pueda decidir conforme a su capricho o a sus intereses, conculcando los derechos de las partes procesales y ocasionando grave ofensa a la administración pública y desconfianza en la ciudadanía en la función de amparo y tutela que el Estado cumple o debe cumplir en relación con sus súbditos.

Solo con el surgimiento del proceso acusatorio, cuando en las repúblicas griegas y en la romana, era el pueblo soberano que reunido en sitio especial de la ciudad, resolvía los conflictos interindividuales que se presentaban entre los miembros de la comunidad y como era la decisión de todo el pueblo, es obvio concluir que sus decisiones no necesitaban motivación, ni eran susceptibles de recursos, porque siendo el pueblo director soberano de sus propios destinos no tenía por qué dar explicación de sus fallos y tampoco podía pensarse en autoridad de jerarquía superior a la suya que pudiera revisar sus fallos en apelación. Como rastros de ese primigenio proceso acusatorio queda el jurado popular, que como exponente del pueblo soberano, puesto que es una parte del mismo, no tiene por qué fundamentar sus fallos y tradicionalmente sus decisiones solo son susceptibles del recurso extraordinario de casación. Pero en situación bien distinta nos encontramos los jueces de derecho, que somos unos muy importantes funcionarios del Estado, pero no por ello, somos soberanos en nuestras actuaciones, sino que por el contrario estamos sometidos al imperio de la constitución y de la ley y en obediencia a una y otra norma nuestros fallos no pueden ser el resultado de una vocación caprichosa, sino de consideraciones que estén atemperadas a las previsiones constitucionales y legales.

El artículo 72 del Código Procesal del Trabajo le imponía a la procesada motivar su fallo en el que se alude que debe hacerse oralmente, pero como en realidad la sentencia es escrita es en este documento donde el juez "examinará los testigos que presenten las partes y se enterará de las demás pruebas y de las razones que se aduzcan", complementado por el artículo 60 del mismo estatuto que establece que "el juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo".

Es cierto que la ley procesal del trabajo acepta para los fallos en esta disciplina la libre formación del convencimiento, es decir que no está supeditado al criterio de la tarifa probatoria, pero la existencia de la libre apreciación de la prueba no quiere decir que esté consagrando potestades arbitrarias o caprichosas para el juzgador porque el mismo estatuto procesal laboral en su artículo 61 dispone que el juez "formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes".

Esta sabia orientación legislativa ha sido bien entendida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha sostenido que pese a la existencia del sistema de la libre apreciación de la prueba "que la ley consagra en los juicios del trabajo, no puede ir hasta el extremo de que en forma arbitraria el juez desestime los elementos que arrojen una evidencia indudable acerca de los hechos que se trate de demostrar, en términos que el convencimiento del juzgador llegue a ser contrario a la realidad de los hechos" ... porque sostiene esa misma Corporación "en el derecho del trabajo el juez forma libremente su convencimiento, atendidas y analizadas las probanzas allegadas"...

Es palpable entonces la violación de claros preceptos legales por parte de la funcionaria procesada en el fallo que se analiza, que se reafirma con el principio de integración de las normas procesales civiles que se consagra en el artículo 145 del estatuto tantas veces citado y que han debido llevar a la funcionaria sometida a juzgamiento que sí desconocía su obligación de fundamentación de los fallos que le imponía la ley laboral, debía conocer por lo menos los principios generales de derecho que le imponía la ley procesal cuando establece en el artículo 304 cuál debe ser el contenido de la sentencia al regular que "la sentencia deberá contener la indicación de las partes, un resumen de las cuestiones planteadas, las consideraciones necesarias sobre los hechos y su prueba, los fundamentos legales y jurídicos o las razones de equidad en que se base". Principio general de derecho que se repite en todas las ramas especializadas del derecho, porque como se sostenía con anterioridad es el reglamento legal del precepto constitucional del debido proceso y del derecho a la defensa y debe la Corporación aprovechar la ocasión para formular crítica severa a la costumbre viciosa de muchos funcionarios judiciales que se muestran prestos y solícitos para declarar nulidades constitucionales por violación del debido proceso, porque considera que se ha desconocido el derecho a la defensa, porque una de las partes no estuvo representada o estándolo, su representante legal no cumplió adecuadamente con una representación técnica de los derechos procesales a él confiados, pero esta manifiesta inclinación por las nulidades por la violación de tal precepto constitucional no es respetado con igual fervor cuando de tomar las decisiones se trata, porque son ampliamente conocidas las frases sin contenido y de cajón que se

acostumbran en las sentencias judiciales al sostenerse vacuamente "no tiene razón el representante del Ministerio Público", o "no acepta el despacho las más disertas argumentaciones del apoderado", porque con tales expresiones gramaticales no se está contestando nada, puesto que son afirmaciones sin contenido, que evidentemente violan el principio de contradicción y el derecho a la defensa, pilares fundamentales del debido proceso, de rango constitucional.

Las exigencias del código procesal civil son repetidas con mayor énfasis en el código procesal penal cuando se dispone en el artículo 186 que "toda sentencia contendrá:

1° Un resumen de los hechos investigados.

2° La identidad o individualización del proceso.

3° Un resumen de los alegatos presentados por los sujetos procesales.

4° El análisis y valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión".

Las anteriores formalidades que en realidad son de carácter sustancial son ratificadas en el artículo 471 que enumera los requisitos formales que debe contener la resolución de acusación que son los siguientes: "1° La narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifiquen. 2° La indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación. 3° La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del código penal. 4° *La respuesta a los alegatos de las partes*" (Subraya la Sala).

Las anteriores *exigencias no son puramente formales, ni surgen por capricho del legislador, sino que todas están destinadas a garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa de que no se concreta por la presencia material de un defensor, ni siquiera con la intervención técnica del mismo en procura de los intereses a él confiados, sino que en realidad solo viene a obtener su real significación y garantía, cuando el funcionario luego de analizarlos hace las consideraciones pertinentes para aceptar o rechazar las pretensiones de las partes y solo con tal actitud podrá decirse que el debido proceso, con sus infaltables principios de contradicción y derecho a la defensa se habrá salvaguardado, porque de qué sirve tener un representante legal en el proceso, e igualmente qué trascendencia tiene que este actúe en el cumplimiento de su deber, si el juez hace un ominoso silencio sobre las pruebas y argumentaciones de las partes o cuando más, responde con las esquemáticas y vacías expresiones antes reseñadas de que el agente del Ministerio Público no tiene la razón o que respetuosamente se discrepa de las interesantes argumentaciones del abogado. Con estas actitudes es evidente que se viola el principio de contradicción, el derecho a la defensa y consecuentemente el debido proceso de consagración constitucional y por ello la Sala debe hacer énfasis para reprochar estos vicios que lamentablemente son cotidianos y afectan de manera grave, como en el caso que se analiza la pronta y debida administración de justicia que el Estado debe a sus súbditos como el primero y más importante servicio público que puede prestar a la colectividad.*

Es un fallo contradictorio porque su escasísima motivación se inicia afirmando que entre Casilimas y Bojacá "existió un contrato de trabajo" para a renglón seguido sostener que "las pruebas practicadas quedan desvirtuadas".

Es contradictorio porque si pretende que lo que sostiene en segundo lugar corresponde a la realidad, no es posible sostener la afirmación que hace primeramente.

Pero la gravedad ilícita del fallo cuestionado no radica sólo en la ausencia de motivación sino que amparada ilegalmente en el criterio del libre convencimiento rechaza una serie de testimonios uniformes, serios y responsivos que probaban la relación de trabajo, sino que acepta la presencia de un testigo mendaz, que se menciona en proveído de primera instancia como "perjura declaración" y contra lo demostrado por la presencia de un documento privado auténtico, porque efectivamente el demandante en el proceso laboral aportó el acta de conciliación que se había celebrado ante la inspectora del trabajo entre demandante y demandado y en esta diligencia el demandado aceptó la existencia de la relación obrero patronal cuando expresó: "no estoy de acuerdo con las fechas de entrada y salida de ninguno de los demandantes, pero no las recuerdo, con el salario que ellos dicen tampoco estoy de acuerdo... no estoy de acuerdo en pagarles nada de lo que ellos reclaman"; documento que fue rechazado olímpicamente por la juez procesada al decir en la indagatoria, que no en la providencia prevaricadora, que no podía servir como prueba de la existencia de la relación de trabajo porque no estaba debidamente autenticado y aquí nuevamente da muestras de un desconocimiento flagrante del derecho en sus principios fundamentales, porque existiendo en la ley procesal laboral el principio de integración previamente citado era evidente que ha debido dar valor a dicho documento puesto que se ajustaba a las exigencias del Código de Procedimiento Civil que en su artículo dice que es documento auténtico al sostener: "es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha firmado o elaborado.

El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

1° ...

2° ...

3° Si habiéndose aportado al proceso y afirmado estar suscrito o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, éste no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

4° ...

La anterior norma es ratificada en el artículo 276 del mismo estatuto que contempla el reconocimiento implícito al sostener 'la parte que aporte al proceso un documento privado, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad.

Existe también reconocimiento implícito en el caso contemplado en el numeral 3º del artículo 252'.

Las normas precedentemente transcritas no pueden ser más claras y han debido ser aplicadas por la procesada en el fallo cuestionado, puesto que el documento rechazado como medio probatorio por no estar debidamente autenticado, al tenor de la norma procesal civil, válida para el proceso laboral por el principio de integración, era un documento auténtico, pues había tenido reconocimiento implícito por el demandado, puesto que fue aportado al proceso laboral por el demandante, sin que la parte contra quien se opuso no lo tachó de falso oportunamente".

El desconocimiento e inaplicación de las normas mencionadas demuestran una vez más y de manera palpable la manifiesta contradicción de la decisión judicial con la ley existente y hace surgir claro el prevaricato en su aspecto material y subjetivo, para que pueda la Sala concluir que la sentencia impugnada se encuentra ajustada a derecho y que por tanto debe confirmarse la decisión condenatoria dictada contra la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas en su calidad de Juez Laboral del Circuito de Girardot, a la pena principal de un año de prisión, como responsable del delito de prevaricato por acción por el que había sido llamado a juicio. Debe aclararse, sin embargo, que a la enjuiciada se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional por reunirse a su favor las exigencias legales, y no la "libertad provisional" como equivocadamente lo afirmó el Tribunal en su fallo de primer grado, ya que en este último fenómeno es diverso del inicialmente mencionado y no procede una vez proferida la sentencia.

La decisión a que se llega en esta sentencia, debe lógicamente llevar a la compulsación de copias, para que si es del caso, se investigue penalmente a Manuel Ernesto Bojacá y a Luis Alfonso Barrera, a cuyo testimonio se refiere la sentencia de primera instancia como "perjura declaración" sin que tome las decisiones lógicas consecuentes.

En todo lo demás se confirmará la sentencia revisada por apelación.

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 sentencia impugnada en su integridad.

COMPULSENSE las copias para que si es del caso se investigue penalmente la conducta de Manuel Ernesto Bojacá y Luis Alfonso Barrera.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

De acuerdo con la ley procesal, presento copia del Proyecto inicial elaborado por el suscrito por el cual se revocaba la condena contra la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas. Tal proyecto según la ley se tiene como Salvamento de voto.

Fecha, *ut supra.*

Lisandro Martínez Z.
Magistrado

SEGUNDA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número...

Bogotá,...

VISTOS:

Decide la Sala sobre la legalidad de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas, Juez Laboral del Circuito de Girardot, por el delito de prevaricato por acción a la pena principal de un año de prisión y dispuso la suspensión condicional de la misma por el término de prueba de dos años; contra esta decisión el defensor de la funcionaria interpuso recurso de apelación y en relación con él se pronuncia la Corte.

HECHOS:

El 19 de noviembre de 1981, el menor adulto Bernardo Casilimas García, compareció ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Girardot con el fin de cumplir con la etapa de conciliación para reclamar del señor Manuel Ernesto Bojacá Acosta, las prestaciones sociales a que tenía derecho por haber trabajado como albañil a órdenes de este último, desde el 13 de julio al 17 de octubre de 1981, devengando un salario semanal de $1.050.00, más el almuerzo y los gastos de transporte.

En esta diligencia no se llevó a acuerdo por cuanto el señor Bojacá Acosta manifestó no estar conforme con las fechas de entrada y salida del trabajador, las cuales no recordó; igualmente se mostró inconforme con el salario reclamado porque

a Casilimas García "le daban $150.00 pesos diarios, más le daba el almuerzo y los pasajes".

Agotada esta primera etapa, el 28 de febrero de 1983, Bernardo Casilimas Suárez actuando como representante legal de su hijo Bernardo Casilimas García demandó ante el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot a cargo de la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas al ex-empleador Manuel Ernesto Bojacá Acosta para obtener el pago de las precitadas prestaciones.

Al contestar la demanda, Bojacá Acosta negó los hechos propuestos por la parte actora y atribuyó el vínculo laboral aducido por Bernardo Casilimas García a Luis Alfonso Barrera, un contratista independiente, debido a que el contrato de trabajo existió entre éstos y no con él.

Adelantado el trámite procesal, en audiencia pública los trabajadores del demandado, Luis Alfonso Luna, Omar Díaz Morales, Omar Olarte Chávez, Augusto Espinosa, al igual que Bernardo Casilimas Suárez, padre del menor reclamante, quien también trabajó con Bojacá Acosta, declararon para afirmar que Casilimas García fue contratado por Bojacá para trabajar como ayudante de construcción y que al llegar como contratista para enchapar una piscina Luis Alfonso Barrera, el menor empezó a laborar con éste pero que Bojacá Acosta le siguió pagando el salario.

Luis Alfonso Barrera, en su testimonio afirma que él celebró un contrato verbal con Manuel Bojacá Acosta para enchapar una piscina, quien le dijo que se llevara al ayudante Casilimas García; que lo ocupó por diez semanas pagándole $1.050.00 pesos semanales, dinero este que se lo mandaba con Bojacá, el que además trasportaba al trabajador y le suministraba el almuerzo; en conclusión, reconoce que en ese lapso el precitado menor trabajó como obrero suyo.

Con estas pruebas y una fotocopia *sin autenticar del acta de conciliación,* el Juzgado Laboral a cargo de la funcionaria acusada, el 27 de julio de 1983, pronunció fallo, absolvió al demandado y condenó en costas al actor; para tomar esta decisión la doctora Alarcón Rojas hizo la siguiente consideración: "... En el expediente obran pruebas de que entre Bernardo Casilimas García y Manuel Ernesto Bojacá existió un contrato de trabajo, pero las pruebas practicadas quedan desvirtuadas por Luis Alfonso Barrera quien manifestó (fol. 24) que el señor Bernardo Casilimas García, trabajó bajo sus órdenes y no bajo las órdenes del demandado Manuel Ernesto Bojacá...".

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

El defensor de la funcionaria procesada impetra la revocatoria de la sentencia impugnada por considerar, que la doctora Alarcón Rojas fundamentó el fallo censurado como ilegal en la libertad de convicción que autoriza el artículo 61 del C. de P.L., motivo por el cual le dio mayor credibilidad al testimonio de Luis Alfonso Barrera, pues al carecer de valor probatorio la fotocopia sin autenticar de la diligencia de conciliación, imperaba recurrir a los testimonios y a la conducta observada por las partes a lo largo del proceso, conforme lo dispone la ley procesal del trabajo.

Igualmente afirma, que no es posible concluir que existió contrato de trabajo entre Casilimas García y Bojacá Acosta, por cuanto no se demostró en el proceso la fecha de iniciación y terminación del mismo y en estas condiciones imposible resulta exigir prestaciones por parte del trabajador; advierte finalmente, la falta de prueba para tasar el salario y la continuidad en la subordinación respecto a Bojacá Acosta por haber trabajado Casilimas García con Luis Alfonso Barrera, razón por la cual no quedaba otra alternativa que absolver al demandado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, solicita de la Sala se confirme la sentencia impugnada, toda vez, que el fallo cuestionado es abiertamente contrario a la ley.

Al igual que el Tribunal *a quo,* fundamenta su criterio en la fotocopia sin autenticar que la parte actora presentó con la demanda para probar el agotamiento de la etapa conciliatoria; le parece inexplicable que la juez acusada le haya dado credibilidad al testimonio de Luis Alfonso Barrera y concluye afirmando, que al abstenerse las partes de proponer tacha de falsedad contra la precitada fotocopia esta pasó a ser documento auténtico y que al reconocer Barrera ser el empleador de Bernardo Casilimas García debió dar aplicación a los artículos 145, del C.P.L., y 54 del C. de P. C., integrando la *litis* en contra de este contratista.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1° *La obligación de motivar.* De conformidad con lo ordenado con la ley procesal laboral en los artículos 60 y 61, las sentencias proferidas por los jueces de esta jurisdicción deben ser debidamente motivados, lo cual significa, que impera precisar los hechos y las circunstancias que causaron el convencimiento del juzgador, quien no está sujeto a un sistema legal tarifario de pruebas.

2° *La crítica probatoria.* Esto implica que la ley no autoriza una especie de arbitrariedad en la valoración de las pruebas, ya que por mandato de la última norma precitada, ese juicio de convicción debe inspirarse en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes.

3° *El libre convencimiento.* El libre convencimiento en consecuencia, no puede asimilarse a una forma amañada u oculta de decidir; de ser así carecería de sentido la exigencia de la ley al Juez para que motive la decisión. La prueba debe ser valorada explicándose los motivos por los cuales ofrece o no credibilidad; no debe confundirse el convencimiento racional que debe encontrar fundamento en las pruebas aportadas al proceso con la personalísima voluntad del juez desconocedora de la realidad probatoria.

Siendo éstos los parámetros que rigen las decisiones que deben tomar los jueces en materia laboral, debe concretarse la discrepancia de la Corte con la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas por el delito de prevaricato por acción, pues, el juicio de reproche para deducir su responsabilidad penal se ha fundamentado en premisas inciertas.

4° *La extensión de las providencias.* La motivación que exige la ley procesal no es sinónimo de extensión en las argumentaciones como equivocadamente lo entendió la Corporación de instancia; cuestionar por ilegal la sentencia dictada por la Juez acusada con el criterio de que fue muy breve en la motivación, significa desvirtuar la naturaleza de este delito contra la administración pública, ya que este radica en el proferimiento de una resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley de conformidad con la descripción típica que hace el artículo 149 del C.P. y no en la forma como se redacte la decisión; un fallo puede abundar en razones y citas y ser contrario a la ley. No existe ninguna norma que exija una determinada extensión a las providencias.

5° *La tesis del caso a estudio.* El punto de vista de la juez no puede considerarse como carente de respaldo probatorio; acepta un número plural de testigos que sostienen la existencia de un contrato de trabajo entre Casilimas García y Bojacá, más descarta su credibilidad frente a la afirmación de Luis Alfonso Barrera, quien fue enfático en reconocer que Casilimas trabajó bajo sus órdenes y no bajo las del demandado Bojacá Acosta. Esto es, que ante dos hipótesis, la una respaldada en un número plural de declarantes y la otra en uno solo, optó por esta última. En abstracto la crítica probatoria acepta estas posibilidades.

6° *El testimonio singular.* El plural número de testigos aportados por el trabajador reclamante en contra posición con el del contratista Barrera, no es pues argumento para censurar la apreciación probatoria que hizo la funcionaria; un principio universalmente admitido en el derecho probatorio insiste en que al juzgador no le debe interesar el número de pruebas sino su calidad; "los testigos no se cuentan, se pesan", sostiene un adagio jurídico. En materia laboral la prueba debe sopesarse con "las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes" y en este proceso no se ha desvirtuado la afirmación de la doctora Alarcón en el sentido de que evidentemente Luis Alfonso Barrera en el proceso laboral aceptó ser el patrón de Casilimas; este hecho aunado a la falta de precisión de los testigos trabajadores respecto a la celebración del contrato de trabajo entre el demandante y Bojacá Acosta o entre aquél y Luis Alfonso Barrera, pues todo se remitió a concretar la labor material que efectuó su compañero de labores, llevaron a la Juez a valorar la prueba en la forma en que lo hizo.

7° *La jurisprudencia laboral.* Como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte al tratar el punto de la libre apreciación de la prueba, "... los jueces de las instancias al evaluar las pruebas pueden fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surge de otras, sin que el simple hecho de esta escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así, la existencia de errores por falta de apreciación probatoria..." (Sentencia de abril 22 de 1977).

Y ese que en esto consiste el proceso de valoración probatoria, en apreciar el conjunto de pruebas para concluir a cuáles se les da mayor credibilidad; de lo contrario sobraría el juicio decisorio que debe tomar el juez; la funcionaria acusada valoró el complejo probatorio y ante la enfática afirmación del contratista Luis Alfonso Barrera, no desconoció las pretensiones del trabajador Casilimas García, sino que dejó abierta la vía para que se iniciara la acción contra quien debía hacerse.

8° *Valoración de las fotocopias.* Afirmar como lo hizo el Tribunal, que la doctora Alarcón Rojas debió tener en cuenta la fotocopia sin autenticar de la diligencia conciliatoria o como lo expresa el Procurador Delegado en lo Penal, que por no ser tachada de falsa pasó a ser documento público auténtico, corresponde a un juicio de personalísima interpretación que no pueda servir de fundamento para sustentar una sentencia condenatoria; como lo ha afirmado la Sala de Casación Civil de la Corte en decisión de enero 18 de 1982, con ponencia del doctor Alberto Ospina Botero: "... cuando se trata de copia por reproducción mecánica, ésta debe estar revestida de autenticación ante notario o juez previo el respectivo cotejo, o sea, con sujeción a los artículos 253, 254 y 252-3, del Código de Procedimiento Civil"; por tanto, no puede imputársele a la Juez el hecho de no haber valorado la fotocopia que adjuntó la parte actora a la demanda.

9° *La omisión de la consulta.* Podría endilgarse como incriminante contra la procesada, la circunstancia de haber omitido ordenar consultar la providencia censurada; sin embargo, por ser una decisión de única instancia no procede contra ella el recurso de apelación ni el grado de jurisdicción denominado consulta.

10. *El llamado reenvió procesal.* Equivocado resulta el criterio del señor Procurador Delegado, al criticar la conducta de la Juez por no haber aplicado el artículo 54 del C. de P.C. por vía de remisión en cumplimiento del artículo 145 del C. de P.L., toda vez que este procedimiento se rige bajo un principio básico como es el de que la integración procesal no vaya contra la naturaleza misma del juicio laboral, lo cual hace inaplicable en estos casos la omisión que censura el colaborador fiscal.

11. *La decisión.* Con fundamento en estas premisas necesario es concluir, que la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas en calidad de Juez Laboral del Circuito de Girardot, no actuó contra derecho; ejerció su forma muy somera por cierto la facultad de analizar la prueba, mas ello no significa necesariamente que haya prevaricado. Optó dentro de la libertad de apreciación probatoria por una tesis numéricamente menos respaldada que otra; pero tal hipótesis es resultante del llamado libre convencimiento del juez importado de países mejor conformados cultural y jurídicamente que el nuestro. Si alguna exageración se ha cometido aquí, sería atribuible al transplante a nuestro medio de tal institución.

Por lo demás, la premisa fáctica aceptada por la providencia objeto del proceso, concluye en sostener que el legitimado para responder pasivamente no era del demandado Bojacá, sino Barrera; ello hacía innecesario un mayor examen de la prueba testimonial, pues el planteamiento era sustancial respecto a si había o no contrato de trabajo con el demandado. Tratábase pues, esencialmente de un problema *legitimatio ad-causa pasiva.*

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

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia objeto de impugnación; en consecuencia, ABSUELVE a la doctora Myrta Beatriz Alarcón Rojas en calidad de Juez Laboral del Circuito de Girardot, de los cargos por los cuales se adelantó este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

PREVARICATO

La manifiesta oposición con la ley, es condicionante íncita en el tipo de Prevaricato por acción, de tal manera que su ausencia comporta atipicidad de la conducta.

Auto Segunda Instancia. 19 de abril de 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual se abstuvo de iniciar proceso penal contra el doctor Leonidas G. Amézquita Baldión. Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías, por presuntos delitos contra la Administración Pública.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada: Acta número 24.

Bogotá, D. E., abril 19 de 1988.

Por apelación conoce la Corte del auto de noviembre 19 de 1987, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio se abstuvo de abrir investigación penal contra el Juez 2° Promiscuo del Circuito de Acacías, doctor Leonidas G. Amézquita Baldión por presuntos delitos contra la administración pública.

Reseña de los hechos

El 22 de abril de 1987 el Juez 2° Promiscuo del Circuito de Acacías, doctor Leonidas G. Amézquita Baldión calificó con auto de proceder el mérito del sumario que se adelantó contra Aurora Barrera, a quien en julio de 1982 se le decomisaron 223,2 gramos de cocaína en una requisa efectuada a los pasajeros de un bus de servicio público en la carretera entre Guamal y Acacías, a consecuencia de lo cual le revocó la libertad provisional de que gozaba y dispuso su captura.

Percatada de su enjuiciamiento la acusada otorgó poder al abogado Jorge Alberto Matus para que la representara en el proceso, en memorial que autenticó personalmente ante la Notaría 20 del Círculo de Bogotá el día 6 de julio de 1987 y que el profesional entregó en el juzgado dos días después.

El titular del juzgado se abstuvo mediante auto del 10 de julio del citado año, de reconocer la personería al defensor designado con fundamento en el artículo 677 del nuevo C.P.P. porque en su criterio el proceso debía continuar tramitándose de acuerdo al ordenamiento procesal anterior, que en su artículo 120 exigía la presentación personal del poder al sindicado sobre el que pesara auto de detención; y por proveído del 15 de los mismos mes y año, rechazó peticiones del mismo abogado (al parecer los recursos contra aquella decisión) porque carecía de personería.

Considerando entonces que sus peticiones debieron ser acogidas de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 130 del nuevo C.P.P. y que por tanto fueron ilegalmente rechazadas porque el juzgado desatendió el principio de favorabilidad de los artículos 26 de la Carta y 5° del C.P.P., el profesional denunció a nombre de su poderdante al funcionario por los supuestos delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

El Tribunal de origen consideró improcedente la apertura de investigación porque si bien el juez se equivocó al no dar aplicación al artículo 130 precitado, que no exige, como el aplicado, la presentación personal del poder a quien ha sido legalmente vinculado a un proceso, desconociendo así el principio de favorabilidad, su decisión no constituyó conducta típica, frente a las normas que definen los delitos por los cuales se lo acusó. Razona para excusar al funcionario, sobre el cúmulo de nuevas normas que cada día entran al mundo jurídico del país y que "... a veces no dan tiempo a los encargados de aplicarlas, de asimilarlas y cotejarlas..." para dar cabida al principio de favorabilidad, y se muestra adverso a la iniciación de la investigación contra los servidores públicos cuantas veces al interpretar las normas llegadas a su dominio en estas condiciones, cometan equivocaciones.

Por su parte, ni el denunciante ni la Procuraduría 1ª Delegada en lo Penal comparte el criterio del Tribunal y sugieren en sus respectivas intervenciones la revocación de la providencia inhibitoria. Aquel censura la, en su sentir, benignidad con que se analiza el comportamiento del acusado a través del auto apelado en el que prácticamente se avala la ignorancia de la ley y se lo excusa, y ésta, sencillamente da por sentada la objetividad del delito de prevaricato.

Consideraciones de la Corte

Resulta conveniente hacer precisiones sobre la cuestión que se plantea: *La Sala recuerda que el delito de prevaricato por acción, como abuso de autoridad calificado que es, ofrece formas de manifestación características y exclusivas que absorben, tratándose del mismo hecho, otras expresiones comportamentales deferidas por la ley penal positiva a actos "fuera de los... especialmente previstos como delito", a que se refiere el tipo de abuso de autoridad.*

Ahora bien, no se remite a duda la favorabilidad del artículo 130 del nuevo C.P.P., que para la fecha de los hechos llevaba rigiendo apenas 10 días, frente al precepto contenido en el artículo 120 de la codificación anterior, pues mientras aquél no exige la presencia en el juzgado del otorgante vinculado legalmente a un proceso, éste la imponía como condición de aceptación. Sin embargo, no basta la inaplicación objetiva de normas que impliquen favorabilidad al acusado para que pueda pregonar-

se la ocurrencia de delito contra la probidad y la rectitud del juez como agente de la administración pública, y se dé iniciación a un proceso penal en su contra.

Obsérvese que el acusado recurrió a la excepción del artículo 677 del nuevo C.P.P. para deducir en su proceso de interpretación, con base en el prohibido tránsito legislativo para los procesos señalados en ese mandato, la impertinencia de la aplicación de la norma del artículo 130 de ese estatuto, vale decir, su decisión del 10 de julio de 1987 careció del sello de lo manifiestamente contrario a derecho como presupuesto de la tipicidad del prevaricato. En la observancia de la norma de excepción, no vislumbró el desconocimiento del derecho reclamado por el denunciante, y así, al rechazar en el auto del día 15 las otras pretensiones (al parecer recursos interpuestos), obró consecuentemente con su criterio del primer proveído, de donde resulta que tampoco esta decisión tuvo el carácter de manifiesta oposición con la ley.

Esta característica condicionante íncita en el tipo del prevaricato por acción debe ser evidente, como su nombre lo indica, pues es estructurante de la descripción legal de ese hecho punible y su ausencia comporta atipicidad de la conducta.

En algunos delitos la estructura de la tipicidad presenta un fenómeno de antiguo observado por los teorizantes del derecho penal cuya actualidad permanece invariable y que resulta obligado destacarse sin que ello implique matrícula en determinada corriente filosófica de la teoría del delito. A él se refiere el tratadista Waldo Ortúzar L. en su obra "Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal", Ed. Jurídica de Chile, 1958, p. 340, en estos términos:

... el tipo desempeña principalmente una función descriptiva de carácter objetivo, totalmente ajena a la culpabilidad y a la antijuridicidad. Por ejemplo, en el homicidio, donde la ley dice: "el que mate a otro".

Sin embargo, hay numerosos casos en que se involucran en el tipo elementos normativos y subjetivos pertenecientes a los otros caracteres del delito, y vemos entonces enlazados, formando un solo todo, el tipo con un elemento propio de la antijuridicidad o de la culpabilidad. En este caso el tipo está representado no solo por la mera descripción objetiva, sino por ésta y por los elementos, también típicos, subjetivos de lo injusto (ánimo de lucro, miras deshonestas, etc.); o por elementos típicos normativos (deshonrar, desacreditar, etc., etc.).

Creemos... que estos elementos son también típicos y, por tanto, forman parte integrante e inseperable del tipo o figura rectora. Un error acerca de ellos lleva a error en cuanto al total de la figura del hecho.

La misma cuestión ha sido objeto de estudio por otro investigador, Carlos Fontán Balestra, en su Tratado de Derecho Penal (2ª Ed. 1970), quien al referirse a los delitos conocidos como con elementos subjetivo específico afirma que: "... por obra de la tipicidad, la exigencia subjetiva se completa con la presencia de la culpabilidad y la del elemento subjetivo del tipo...", y esta Corporación, en constantes pronunciamientos referidos a imputaciones por el delito de que se trata, ha mantenido su criterio en el mismo sentido (p.e. auto 16 de oct. /87. Rad. 2082), encontrando atípicas decisiones judiciales por el estilo de las cuestionadas.

En estas condiciones resulta procedente la providencia de primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en –Sala de Casación Penal–, en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto inhibitorio recurrido en apelación.

Cópiese y devuélvase. Cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Matilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

1. PROVIDENCIA

PREVARICATO

Cuando se desconoce la prueba para convertir todo en coincidencia y con este procedimiento infirmar los indicios, debe concluirse, que no se trata de ninguna valoración jurídica de las pruebas, sino de un amañado e irregular proceder para violar la ley.

2. SALVAMENTO DE VOTO

PREVARICATO

La sana crítica como lo enseña la doctrina es la reunión de las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia, con toda la amplitud que esto último comporta y que requiere, por tanto, amplísimos conocimientos y claro criterio de los funcionarios, virtudes que no todos tienen.

Auto Segunda Instancia. 19 de abril de 1988. Llama a responder en juicio a la doctora Luz Marina Borda Guzmán como Juez Octava de Instrucción Criminal de Bogotá, por el delito de Prevaricato y ordena a favor de la misma el cese de procedimiento por el delito de Cohecho.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobada: Acta número 25 abril 19 de 1988.

Bogotá, abril diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Agente Especial del Ministerio Público contra el auto de 13 de mayo de 1986 mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá sobreseyó temporalmente, por segunda oportunidad a la doctora Luz Marina Borda Guzmán por los delitos de cohecho y prevaricato que se le imputan cuando desempeñaba el cargo de Juez Octava de Instrucción Criminal de Bogotá.

HECHOS

Se acusa a la doctora Luz Marina Borda Guzmán de haber recibido dinero para revocar el auto de detención dictado por el Juez Doce de Instrucción Criminal de Villavicencio contra José Antonio Gutiérrez, Gilma Soacha de Gutiérrez, Juan de Dios Bohórquez, Balmore Buitrago, Jaime Rubio Quiroga, Agustín Ortiz, Rosendo Cordero y Senén Benito Gutiérrez, sindicados de Tráfico de Estupefacientes.

Impugnada esta decisión por el Ministerio Público, el Tribunal Superior de Bogotá decidió revocarla en relación con los procesados José Antonio Gutiérrez, Gilma Soacha de Gutiérrez, Juan de Dios Bohórquez, Balmore Buitrago y Jaime Rubio, y mantenerla respecto de Agustín Ortiz, Rosendo Cordero y Senén Benito Gutiérrez.

Calificado el mérito del sumario por el Juez Sexto Penal del Circuito de esta ciudad, se profirió auto de proceder contra Beatriz Rivera de Gutiérrez, José Antonio Gutiérrez Baquero, Gilma Soacha de Gutiérrez, Jaime Rubio Quiroga, Antonio José Sánchez Junca, José Orlando Puerta, Manuel Aranzales Laverde, Rito Antonio Matéus, Balmore Buitrago Arboleda, Juan de Dios Bohórquez Celis, Roberto Díaz, Juan de Dios Cortés Martínez y Orlando Escobar Cante; igualmente se sobreseyó en forma definitiva a Edgar Barrera Rivera, Rosendo Cordero Quintanilla, José del Carmen Pabón Ortega, Roberto Rivera Rivera, Efrén Sánchez Hernández, Senén Benito Gutiérrez, Agustín Ortiz Sandoval, Rito Antonio Cubides Cárdenas, Angel Custodio Gaitán Mahecha y Alonso Gutiérrez.

El llamamiento a juicio se hizo por infracción al artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974, con excepción de los sindicados Juan de Dios Cortés Martínez y Orlando Escobar Cante, a quienes se les atribuyó esta conducta, pero a título de culpa de conformidad con el artículo 43 del mismo Estatuto.

Por estos hechos se vinculó mediante indagatoria a la precitada funcionaria, quien manifestó ser natural de Bogotá, nacida el 29 de marzo de 1955, hija de Luis Eduardo y María Ligia, de profesión abogada, con domicilio y residencia en esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía número 35455855 de Usaquén, desempeñándose como Juez Octava de Instrucción Criminal de Bogotá, para la época en que sucedieron los hechos objeto de investigación.

ANTECEDENTES

1. Iniciadas por la Procuraduría las diligencias necesarias para establecer la conducta disciplinaria de la Juez procesada al revocar la referida medida detentiva, dispuso compulsar copias al Tribunal Superior de Bogotá, con el fin de que se considerara la posibilidad de iniciar investigación penal por estos hechos, como en efecto sucedió.

2. Adelantada la etapa instructiva, se recepcionaron los testimonios de los empleados del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, entre los cuales sobresale el rendido por Freddy Miguel Paternina, secretario de ese Despacho, quien manifiesta su sorpresa por el hecho de que la Juez hubiese redactado el auto cuestionado, sin que él se hubiese enterado de ello y afirma haber oído comentarios de que su jefe y el

novio de ella, Javier Linares, para esa época secretario del Juzgado Primero de Instrucción Criminal, recibieron dinero. A esos mismos rumores se refieren Laura Torres y Walter Guillén. Hernando Guzmán Sáenz notificador de la Seccional de Instrucción Criminal, manifestó que en ningún momento la Juez le ofreció dinero para agilizar el cumplimiento de sus deberes, tal como se rumoraba. Estos subalternos son enfáticos en afirmar no constarles si en realidad los comentarios que se hacían en el edificio donde funcionaba el juzgado, eran ciertos o no.

3. El secretario Paternina expone que desde el momento en que llegó el proceso en comisión, la Juez le manifestó que por lo delicado de la investigación, en el evento en que solicitaren revocatoria de los autos de detención, se iría a abstener de hacerlo, sobre todo por precaución, y que en todo caso los sujetos procesales podían apelar y que fuera el Tribunal quien resolviera al respecto.

Explica, que la funcionaria resolvió guardar el expediente en el Despacho para luego regresar con la providencia elaborada, situación ésta que le extrañó porque comúnmente era él quien escribía a máquina las providencias y que al enterarse de la decisión tomada, se abstuvo de firmar el auto por considerarlo ilegal.

4. Javier Linares Rubio, manifestó que las relaciones con la doctora Borda Guzmán eran estrictamente sentimentales, que hasta la fecha de su testimonio no había salido del país y allegó copia de un escrito con presentación ante el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal firmado por Alfredo Linares Zapata, relacionado con traspaso de derechos de la hacienda vacacional "Los Delfines Club Campestre", al cual se refirió Freddy Paternina como un documento sospechoso respecto al proceder de Linares Rubio.

5. Por estos hechos se vinculó al proceso mediante indagatoria a la doctora Borda Guzmán, quien declaró haber tomado la controvertida determinación para resolver peticiones presentadas por algunos de los apoderados de los sindicados, apartándose del concepto fiscal, el cual fue desfavorable; admite haber redactado buena parte del auto fuera del juzgado y otra en su despacho; enfatiza en que la decisión la fundamentó en las pruebas existentes en el expediente, no haber recibido dinero ni dádivas para ese fin y haber actuado de buena fe.

6. En diligencia de careo entre la sindicada y su ex secretario, éste reitera que le pareció forzado el auto de aquélla en cuanto contrariaba la realidad procesal y reitera lo de los rumores sobre dinero, aunque advierte que nada le consta a ese respecto; la doctora Borda Guzmán por su parte, sostiene que actuó en derecho.

7. En confrontación entre la indagada y su subalterno Walter Guillén Aragón, éste manifestó no constarle que los abogados hayan sabido antes, de que tenían que pagar caución o no, pues inexplicablemente al revocarse los citados autos de detención se les fijó caución prendaria.

8. Se trajo a la investigación certificación jurada de los Magistrados del Tribunal de Bogotá, doctores José María González Fernández y Luz Stella Mosquera de Meneses en el sentido de haber investigado por comisión de esa Corporación estos hechos, cuando se debatía el nombre de la funcionaria procesada como candidata a la

reelección sin encontrar datos serios que los confirmasen, por lo que recomendaron que se la mantuviese en el cargo.

9. Se adjuntó certificación jurada de los Magistrados del Tribunal de Bogotá, integrantes de la Sala de Decisión que conoció en segunda instancia del auto de la Juez Octava de Instrucción Criminal que motivó esta investigación, doctores Fernando Maldonado Cala, Pantaleón Mejía Garzón y Gonzalo Mejía Picón, en la que señalan que nada anormal encontraron en la providencia de la Juez, pues motivó razonadamente su determinación aunque la Sala decidió confirmarla sólo parcialmente.

10. Probada documentalmente la calidad de Juez con que actuó la procesada al emitir la providencia censurada, el Tribunal de Bogotá, sobreseyó definitivamente a la doctora Borda Guzmán.

Luego de analizar algunos indicios en su contra, tales como el supuesto nerviosismo por la época de los hechos, la llevada del expediente a su casa, la inconformidad de su secretario con la providencia y la presunta entrega de $500.oo al notificador para que fuera hasta la cárcel a cumplir con las diligencias referentes a la libertad de los sindicados, llegó a la conclusión de que el auto en cuestión no puede ser tenido como manifiestamente ilegal, sino como providencia en la que la Juez expone argumentadamente su criterio sobre la situación jurídica de los detenidos.

11. Apelada la decisión por el Ministerio Público, esta Corporación por auto de 26 de febrero de 1985, revocó la providencia recurrida y en su lugar, sobreseyó temporalmente a la doctora Luz Marina Borda Guzmán por los delitos de Cohecho y Prevaricato que se le atribuyen y dispuso la práctica de algunas pruebas.

12. En la etapa de reapertura de la investigación, se allegó fotocopia de los extractos bancarios de la cuenta corriente y de ahorros de Alfredo Linares, al igual que de las declaraciones de renta de los años 1983 y 1984 correspondientes a éste y a la procesada, sin que presenten capital superior al normal en empleados de esta categoría; el médico Jaime Gómez González, reconoció y ratificó el texto de la certificación que expidió como director del Instituto Neurológico de Colombia en la que hace constar que la doctora Borda Guzmán sufre de epilepsia; se tomaron muestras en las máquinas de escribir que afirmó la procesada realizó el auto de revocatoria, corroborándose su afirmación; se practicó careo entre Freddy Paternina y Hernando Guzmán, notificador de la Seccional de Instrucción Criminal, diligencia en la cual cada uno se reafirmó en sus iniciales versiones, aclarando que por el tiempo transcurrido no estaban en condiciones de recordar con precisión los hechos.

13. El gerente de la firma "Proindelco Ltda." informó que la acción DA-276, fue comprada por Alfredo Linares Zapata, el 15 de junio de 1979, siendo traspasada el 27 de julio de 1983 a favor de Javier Linares Rubio. Se adjuntó fotocopia del contrato y del traspaso.

14. Los abogados Abraham Casallas Alejo, Armando Martínez Galeano y José Ignacio Galindo Ledesma, apoderados de algunos de los sindicados en el expediente por tráfico de estupefacientes, manifestaron no haberse dado cuenta de irregularidad alguna en la tramitación del precitado proceso; entre tanto, el doctor Julio Simón

Salgado Vásquez, apoderado de los sindicados Orlando Esobar y Juan Cortés Martínez, afirma que cuando se produjo la revocatoria, se rumoró que la decisión había sido motivada por razones diferentes a las jurídicas, hasta el punto de que la Fiscal especial solicitó investigación y que de todas formas, la juez prevaricó al no revocarse el auto de detención de sus defendidos.

15. Igualmente, se trajo al proceso fotocopia en seis cuadernos del expediente adelantado contra Beatriz Rivera de Gutiérrez y otros por infracción al Decreto número 1188 de 1974.

16. Clausurada la investigación, el Tribunal sobreseyó temporalmente, por segunda vez, a la doctora Borda Guzmán, al considerar, que "... en relación con el posible Cohecho (la investigación) sigue en estado de precariedad" y respecto al prevaricato, se argumentó, que "... las copias de toda la actuación del proceso seguido contra los sindicados con la providencia que se acusa de manifiestamente contraria a la ley, no aportan el aspecto subjetivo del Prevaricato, no lo aceptó la sindicada en la diligencia de indagatoria ni en las de confrontación, ni se infiere de la exposición de Freddy Miguel Paternina".

17. Interpuesto recurso de apelación contra esta providencia por el Agente Especial del Ministerio Público, solicita se llame a juicio por el delito de Prevaricato y se confirme el segundo sobreseimiento temporal por el Cohecho.

Expone el Agente Fiscal, que el Tribunal omitió la valoración de los elementos de juicio con que contaba la acusada al momento de proferir el auto tildado de espurio, y su confrontación con los presupuestos jurídico-probatorios con que se dictó el auto que ordenaba la detención preventiva de los sindicados, pues de haberlo hecho necesariamente debía colegir que esta decisión fue abiertamente contraria a la ley.

18. El apoderado de la doctora Luz Marina Borda Guzmán, impetra de la Sala, se revoque la providencia que se revisa para que se profiera sobreseimiento definitivo por los delitos que se le imputan a su defendida; luego de afirmar que el Agente Especial del Ministerio Público no sustentó el recurso de apelación, lo cual "conduciría a la inadmisión del recurso", afirma, que al no haberse modificado las pruebas con las cuales la Corte sobreseyó temporalmente a la Juez acusada y teniendo en cuenta que la decisión cuestionada fue "el resultado del estado y evaluación de la prueba, acompañado del exclusivo propósito de administrar pronta y cumplida justicia, tal como se infiere del serio y extenso análisis jurídico-probatorio efectuado en el auto de once de junio de 1983", debe concluirse la inexistencia de delito.

Consideraciones

1. *Sustentación del recurso.* De conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, disposición vigente para el momento en que el agente especial del Ministerio Público, impugnó la providencia de que ahora se ocupa la Sala, quien interpusiera el recurso de apelación en proceso penal debía sustentarlo por escrito ante el Juez que profirió la decisión correspondiente.

Al fijar el alcance de esta exigencia, consideró esta Corporación, que su interpretación equitativa debía respetar los derechos procesales de quienes intervienen en el proceso, de tal forma que no se fueran a cercenar y a su turno, el interés del Estado por una pronta y cumplida administración de justicia. Bajo estas premisas se concretó que la sustentación a que se refería la ley significa que "en este acto procesal, no es necesaria la exhaustiva presentación de argumentos para demostrar incorformidad con la resolución apelada" sino que "basta con enumerar en el oportuno escrito, en forma clara y precisa, los fundamentos del disenso" (Auto de septiembre 11 de 1984, Magistrado Ponente, doctor *Luis Enrique Aldana Rozo).*

En el escrito presentado por el apelante se especifica el motivo de su inconformidad con la providencia del Tribunal y se fundamenta el desacuerdo en forma concreta, y si bien no profundiza sobre aspectos teóricos que pueden afianzar su petición, esto no implica que pueda afirmarse como no sustentado el recurso, tal como lo solicita el apoderado de la Juez acusada, pues como lo precisó la Corte en la decisión precitada, lo importante es que la fundamentación se haga en forma "clara y precisa".

El recurrente especifica el fin de su desacuerdo y determina los motivos que le sirven de base: Afirma que la impugnación tiene por objeto obtener la revocatoria del segundo sobreseimiento temporal proferido en favor de la doctora Luz Marina Borda Guzmán en cuanto se refiere al delito de Prevaricato y la confirmación respecto al Cohecho; estas impetraciones las sustenta en el hecho de que la Corporación de primera instancia no valoró la decisión cuestionada como ilegal, ya que al haberlo hecho tenía que colegir, necesariamente, que desconoció la realidad procesal, y en cuanto al Cohecho, afirma, que la falta de prueba para proferir auto de proceder o sobreseer definitivamente a la funcionaria acusada, hace que se dicte en su favor un nuevo sobreseimiento temporal.

Si se tiene en cuenta el motivo del disenso y los fines perseguidos por el agente especial, al igual que la naturaleza del fenómeno jurídico que se presenta en este caso, es obvio que no pueden ser otros los fundamentos que podía proponer al recurrente desde su punto de vista; en consecuencia procederá la Sala a pronunciarse sobre el fondo del recurso.

2. La providencia recurrida. El análisis de la prueba testimonial aportada al proceso y la corroboración de las afirmaciones hechas por la doctora Borda Guzmán en su indagatoria respecto a la actividad que desarrolló para elaborar la providencia tildada de ilegal en esta investigación, constituyen el fundamento del segundo sobreseimiento temporal proferido en favor de la funcionaria acusada.

Necesaria resulta esa valoración probatoria para concretar el juicio de responsabilidad por el delito de Cohecho; pero es errado aplicar el mismo método para establecer el Prevaricato, desechando el análisis de las pruebas existentes para tomar la decisión cuestionada, pues la conducta atribuida como delictiva se concreta, precisamente, en la decisión discutida como ilegal. Bastaría para recalcar la diferencia entre ambos ilícitos recordar que en el Cohecho aparece en el sujeto activo un móvil o finalidad económica el cual no obra en el Prevaricato donde se procede por razones subjetivas de simpatía, antipatía, aversión, deseo de favorecer o perjudicar, o

de violar la ley. Tal diversidad de móviles, desecha usar el mismo rasero, para la determinación del dolo.

De la afirmación del Tribunal en el sentido de que de "las copias de toda la actuación del proceso seguido contra los sindicados (y de) la providencia que se acusa de manifiestamente contraria a la ley (no es posible probar) el aspecto subjetivo del Prevaricato..." (fl. 640), se colige que la Corporación de primera instancia, dio por probado la objetividad de este delito contra la administración pública y no analizó por qué de la valoración de la providencia criticada es posible concluir la ausencia de dolo, ni por qué merece credibilidad la buena fe expuesta por la Juez acusada, y respecto a la declaración del secretario Freddy Miguel Paternina y los demás testimonios, su valoración incide directamente con el Cohecho, pero no es admisible trasladar ese análisis para establecer la inculpabilidad del Prevaricato, dejando de lado la propia providencia insinuada como abiertamente contraria a la ley.

Se sustenta, así mismo, el segundo sobreseimiento temporal en las consideraciones que hizo esta Corporación para revocar el sobreseimiento definitivo y proferir el primer sobreseimiento temporal.

Se afirma que los argumentos "que sobre el presunto ilícito de Prevaricato, tuvo en cuenta la honorable Corte Suprema de Justicia, no fueron objeto de modificación alguna con la prueba aportada en la etapa de reapertura de la investigación (fol. 640), pero si se lee con detenimiento la motivación y las pruebas que se ordenaron para ser practicadas en la etapa de reapertura de la investigación, se establece que no se tomó la extrema decisión del enjuiciamiento o la del sobreseimiento definitivo, precisamente porque era necesario allegar, entre otras pruebas, las fotocopias del proceso en que se dictó la revocatoria cuya ilicitud se imputa a la Juez acusada, ya que la valoración debía hacerse con fundamento en los elementos de juicio con que contaba la doctora Borda Guzmán, para proferir tal providencia, de ahí el porqué en el auto de esta Sala se afirmó que existían fundadas dudas acerca de los hechos y del eventual comportamiento punible en que hubiere incurrido la procesada..." (fol. 89 del cuaderno de la Corte).

Por tanto, la situación procesal en este momento no es igual a la existente para la oportunidad en que esta Corporación revocó el sobreseimiento definitivo, toda vez, que se cuenta con la actuación que sirvió de base al Juez Doce de Instrucción Criminal de Villavicencio para proferir el precitado auto de detención y a la Juez Octava de Instrucción Criminal de Bogotá para revocarlo parcialmente.

3. *Las pruebas en que se fundamenta la providencia cuestionada.* Corresponde establecer si de conformidad con las pruebas allegadas a la investigación cuando la Juez acusada profirió el auto de junio 11 de 1983, las cuales sustancialmente son las mismas que sirvieron de base para detener preventivamente por infracción al artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974 a José Antonio Gutiérrez, Gilma Soacha de Gutiérrez, Juan de Dios Bohórquez, Balmore Buitrago, Jaime Rubio Quiroga, Agustín Ortiz, Rosendo Cordero y Senén Benito Gutiérrez, permitían mantener esta medida precautelativa.

Las pruebas con las cuales contaba la Juez acusada para decidir sobre las peticiones de revocatoria del auto de detención, fundamentalmente son las siguientes:

a) Informe policial rendido por el capitán Ricardo Reyes Calderón, en el cual se da cuenta que por seguimientos realizados el día 10 de febrero de 1983, se estableció que de la residencia ubicada en la Calle 102 número 17-51 de esta ciudad, de propiedad de Beatriz Rivera de Gutiérrez, fueron sacadas unas maletas que fueron transportadas hasta Acacías (Meta). Este recorrido fue debidamente vigilado por las diversas patrullas que se colocaron durante todo el viaje, procedimiento éste que permitió determinar el lugar de su destino.

Una vez ubicados los agentes antinarcóticos en las fincas La Cabaña y Alaska o Villa Beatriz, en la madrugada del 11 de febrero, dieron captura a Beatriz Rivera de Gutiérrez, José Antonio Gutiérrez, Rito Antonio Matéus, Juan de Dios Cortés, Martínez, Orlando Escobar Cante, estos dos últimos, piloto y mecánico de una avioneta que aterrizó cuando se llevaba a efecto el operativo y que esperaban los narcotraficantes para transportar la cocaína llevada desde Bogotá; igualmente se dio captura a Senén Benito Gutiérrez, Antonio José Sánchez Junca, Orlando Puerta, Juan de Dios Bohórquez y Balmore Buitrago Arboleda, incautándose 132 bolsas de cocaína en cantidad de 146.094.41 gramos, se decomisaron varias armas y vehículos, además de elementos útiles para el empaque de la droga;

b) Acta manuscrita realizada en la casa de la finca La Cabaña el 11 de febrero de 1983, que trata de la incautación de la droga señalando el sitio de hallazgo de las maletas y tulas en las que se encontró la cocaína, que de inmediato fue sometida a la correspondiente prueba de campo con resultados positivos para este estupefaciente. Se especifica en esta Acta que la referida sustancia fue encontrada en una de las habitaciones principales de la mencionada hacienda;

c) Informe rendido por el teniente de la Policía, Mauricio Santoyo Velasco, referente al registro de la residencia ubicada en la casa de la calle 102 de Bogotá, el día 11 de febrero en cita donde fueron capturados otros individuos entre los que se encuentra Rosendo Cordero Quintanilla y se decomisaron varias armas, equipos de comunicación, una báscula, pasaportes y otros elementos;

d) Declaración del capitán Ricardo Reyes Calderón, jefe del operativo, quien narra el procedimiento efectuado entre los días 10 y 11 de febrero de 1983, con los resultados ya conocidos. Expresa que una vez efectuadas las capturas en las citadas fincas, Beatriz Rivera, le insinuó que arreglaran, que no la fuera a perjudicar y que esperaban la llegada de una avioneta que traía 30 kilos de cocaína, la cual efectivamente llegó en esos momentos, informando el piloto que no le habían entregado la droga y que venía a recoger la mercancía allí existente. Dialogó también con José Gutiérrez, quien también le manifestó que arreglaran, que ellos se hacían cargo con Beatriz y respondían por lo que sucediera. Informa que el agente de la DEA, Rafael Aguirre escuchó la conversación que realizó con Beatriz Rivera y agrega que Orlando Puerta, otro de los capturados, le comunicó que la sustancia incautada era la que habían llevado desde Bogotá;

e) El teniente Luis Javier Velásquez, luego de relatar la forma como se llevó a efecto el operativo, afirma que José Antonio Gutiérrez Baquero habló con él y le propuso un arreglo para que le facilitara la huída;

f) El agente Daniel Alejandro Ladino Pabón, manifiesta además de la labor que realizó en el seguimiento, que el capitán habló con doña Beatriz, lo mismo que el teniente Velásquez lo hizo con Antonio Gutiérrez;

g) El agente Gustavo Penagos Cardozo, afirma que las maletas incautadas son las mismas que vio sacar de la residencia de la calle 102 de Bogotá y que las camionetas decomisadas también son las que vio salir de esa casa cuando se inició la persecución hacia Villavicencio;

h) El agente José Domingo Borja Cuadros, explica que en el interior de la pieza donde se encontró la cocaína en la finca La Cabaña, habían pedazos de papel del mismo de las envolturas de la droga incautada, al igual que una balanza;

i) Beatriz Rivera de Gutiérrez, en exposición rendida ante la Policía Judicial y en la indagatoria, manifiesta haber viajado desde Bogotá hasta la finca La Cabaña el día 10 de febrero de 1983, en compañía del chofer Sánchez Junca y de Orlando Puerta, llegando a su destino entre las 9 y 10 de la noche; desconoce quién llevó la cocaína hasta su hacienda sobre la cual afirma es copropietaria con José Antonio Gutiérrez Baquero; niega haber hablado cuando fue capturada con el capitán Reyes Calderón; se muestra ajena a los hechos desconociendo además, tener conocimiento anterior sobre el aterrizaje de la avioneta sin conocer a los tripulantes; no se dio cuenta de dónde sacaron las maletas con la droga los agentes del F-2; en cuanto a las camionetas decomisadas en el operativo, dice son de su propiedad;

j) José Antonio Gutiérrez Baquero, tanto en la exposición como en la indagatoria, acepta ser copropietario de la finca La Cabaña; afirma desconocer los hechos relacionados con la incautación de la cocaína; reconoce que el precitado 10 de febrero viajó desde Villavicencio hasta la finca donde se encontró la droga, viaje que hizo con su esposa Gilma y el capitán de aviación Jaime Rubio, piloto de fumigación; niega haber hablado con el capitán o con el teniente para que lo dejaran en libertad;

k) Gilma Soacha de Gutiérrez, corrobora la versión de su esposo José Antonio en cuanto al viaje a la finca en compañía de Jaime Rubio y afirma su completa inocencia sobre los hechos.

En la exposición que rindiera ante la Policía Judicial esta procesada, importante es tener en cuenta lo sucedido en su recepción, ya que de conformidad con las constancias dejadas en la respectiva acta por los funcionarios que intervinieron esta sindicada cogió una hoja escrita que se encontraba encima de un escritorio, la cual había sido separada de los objetos que ésta portaba en su bolso por contener una lista de los precios de cuatro tulas, bolsas de polietileno, esparadrapo, papel contac, gasolina, pago "a poli", trabajo realizado por César y otras anotaciones, procediendo a masticarla por cuanto esa hoja era un problema para ella; en su injurada, al contrario de lo afirmado inicialmente, dice no saber en qué sitio de la residencia durmió su esposa la noche del operativo;

l) Jaime Rubio Quiroga, manifiesta que el 10 de febrero llegó a Villavicencio procedente de Bogotá, dirigiéndose a la casa de José Gutiérrez con el fin de solicitarle trabajo como piloto de fumigación, invitándole éste a pasar el fin de semana en la Cabaña con proyectos de ir a pescar; una vez aceptada la invitación se trasladaron en un Toyota blanco carpado en compañía de Gutiérrez y doña Gilma a conocer la finca. Era la primera vez que iba a ese lugar, no vio cuando llegó Beatriz Rivera, ni con quién se encontraba durmiendo, hasta el día siguiente se enteró de lo que sucedía cuando vio que sacaban unas maletas;

ll) Agustín Sandoval, en la exposición dice que llegó a la hacienda La Cabaña a las 3 de la tarde del día 10 de febrero manejando una camioneta color gris con material para la construcción de un puente, dándose cuenta que en la finca no habían más personas y únicamente hasta el día siguiente se enteró que habían más personas y que estaban estacionados más carros, entre ellos un Toyota blanco y una camioneta cabinada; agrega que no llegó solo como había afirmado, sino en compañía de Senén Benito Gutiérrez a quien había recogido en el parque el Hacha de Villavicencio, ya que iba a trabajar en la finca en los riegos del arroz; enfatiza sobre su desconocimiento de los hechos por los cuales fue vinculado al proceso;

m) Senén Benito Gutiérrez, refiere al igual que el anterior, ser obrero de la finca La Cabaña y corrobora la cita que le hace Agustín Ortiz respecto a la forma como llegó a esa Hacienda;

n) Rosendo Cordero Quintanilla, manifestó haber sido capturado en casa de Beatriz Rivera de Gutiérrez, a quien le trabajaba como conductor de un camión; nada le consta sobre el operativo llevado a efecto en Acacías por cuanto fue capturado en la casa de la Calle 102 de esta ciudad, cuando iba a almorzar; agrega saber que doña Beatriz viajó en esos días, pero ignora a dónde y a qué;

o) Balmore Buitrago Arboleda, afirma que acordaron un viaje con Juan Bohórquez a Villavicencio el jueves 10 de febrero, el cual se realizó, llegando a esa ciudad al día siguiente en las primeras horas de la mañana; cuando esperaban el bus para dirigirse a la casa de la hermana de Bohórquez, afirma, que pasó un amigo de éste y los invitó a la finca La Alaska, llegando a ella a las tres y media de la mañana, desayunaron, montaron a caballo, jugaron cartas, luego llegaron los agentes del F-2 y los capturaron sin saber el motivo. Expresó este procesado vivir con Orlando Puerta a quien conoció en Medellín desde hace algún tiempo; en su indagatoria sostiene que fue torturado para "decir cosas"; desconoce la procedencia de la cocaína incautada en la Hacienda La Cabaña;

p) Juan de Dios Bohórquez, se desempeñaba como agente conductor del F-2, respecto a los hechos manifiesta que el jueves de la semana en que fue capturado, estuvo prestando servicio en la Sipec, hasta las siete de la noche, decidió abandonar el turno para irse a Villavicencio a visitar a una hermana que estaba enferma, para lo cual invitó a Buitrago, pero al fin no visitaron a la enferma sino que se fueron a la finca La Alaska por invitación que les hizo un amigo de nombre Rito a quien coincidencialmente se lo encontró en esa ciudad; que le fue decomisado un revólver 38 largo; desconoce lo relacionado con la incautación de la cocaína. Entre la exposición rendida ante la Policía Judicial y la indagatoria, varias son las contradic-

ciones en que incurre respecto al lugar donde se encontró con Buitrago para viajar a Villavicencio y las actividades que realizó ese día en la finca La Alaska;

q) José Orlando Puerta, Juan de Dios Bohórquez Celis y Balmore Buitrago Arboleda, resultaron ser agentes de la Policía Nacional.

Con fundamento en estas pruebas, la doctora Luz Marina Borda Guzmán, revocó el auto de detención que dictó el Juez 12 de Instrucción Criminal de Villavicencio contra José Antonio Gutiérrez, Gilma Soacha de Gutiérrez, Juan de Dios Bohórquez, Balmore Buitrago, Jaime Rubio Quiroga, Agustín Ortiz, Rosendo Cordero y Senén Benito Gutiérrez como sindicados de infringir el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974.

4. *La decisión ilegal.* El artículo 439 del C. de P.P., aplicable para el momento en que se profirió aquella decisión, exigía como requisitos para detener preventivamente, por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 del mismo Estatuto, o un indicio grave de responsabilidad, siempre que el delito por el cual se procede, se encuentre sancionado como pena privativa de la libertad.

De la valoración de las pruebas con que contaba la doctora Borda Guzmán para resolver sobre las peticiones de revocatoria del auto de detención mencionado, se concluye, sin ninguna clase de esfuerzo, que con excepción de Agustín Ortiz, Rosendo Cordero y Senén Benito Gutiérrez, trabajadores de Beatriz Rivera de Gutiérrez, no era posible, legalmente, acceder a las revocatorias mencionadas. Veamos:

a) Hasta el momento en que correspondió tomar esa decisión, obraba en el proceso el informe policial que dio cuenta de la captura de los precitados sindicados en el lugar donde fue incautada la apreciable cantidad de cocaína empacada, lista para ser transportada;

b) Con el mismo informe y el testimonio del agente Gustavo Penagos Cardozo, especialmente, además de la declaración del capitán Ricardo Reyes Calderón, jefe del operativo, se estableció que de la residencia de Beatriz Rivera ubicada en la calle 102 de esta ciudad, el día 10 de febrero de 1983, se sacaron unas maletas, presumiblemente con cocaína; en la finca La Cabaña en Acacías, se encontraron las mismas maletas, las mismas camionetas en las que fueron transportadas, vehículos éstos que Beatriz Rivera reconoció ser de su propiedad, aclarando, que respecto a uno de ellos, sólo era copropietaria;

c) El agente Daniel Alejandro Ladino Pabón, testificó sobre el seguimiento que se le hizo a los referidos automotores desde Bogotá hasta Acacías; el procesado Orlando Puerta, agente de la Policía Nacional para esa fecha, le manifestó en el operativo al capitán Reyes Calderón, que la sustancia incautada era la que habían llevado desde Bogotá;

d) Se encontró en la habitación donde estaba la cocaína empacada, pedazos del material utilizado para empacar la droga, al igual que elementos indispensables para esa labor, incluyendo una balanza;

e) Beatriz Rivera y José Antonio Gutiérrez Baquero reconocieron ser copropietarios de la finca La Cabaña, donde se incautó la sustancia y se llevó a efecto el operativo;

f) El capitán Reyes Calderón, expuso cómo Beatriz Rivera y José Gutiérrez propusieron sobornarlo si los dejaba en libertad, reconociendo estar involucrados en el tráfico de drogas, informando aquella que iba a llegar una avioneta transportando cocaína y efectivamente esto se cumplió, estableciéndose que este aparato se encontraba acondicionado con unos tanques adicionales para combustible, lo que permitía una mayor capacidad de vuelo; lógico es colegir, que la avioneta iba para transportar la cocaína que ya estaba empacada y debidamente pesada, además así lo manifestó el piloto en presencia del capitán;

g) El teniente Luis Javier Velásquez, también declaró que Antonio Gutiérrez le propuso "un arreglo" para que le facilitara la huída y el agente Ladino Pabón, declaró haber visto que tanto el capitán como el teniente hablaron con Beatriz Rivera y Antonio Gutiérrez;

h) Estas pruebas, indican meridianamente, que desde la casa de la Calle 102 de esta ciudad se llevó la cocaína hasta la finca La Cabaña, ubicada en Acacías, y que en ese lugar se procedió a su empaque para transportarla hasta otro lugar en la avioneta previamente convenida;

i) Ahora, la presencia de los liberados por la doctora Borda Guzmán, con excepción de los citados trabajadores, se encontraba seriamente comprometida.

Beatriz Rivera es la propietaria y vivía en la casa de donde se sacó la cocaína en esta ciudad y copropietaria con Antonio Gutiérrez de la finca La Cabaña, los carros en que se transportaba la sustancia, son de su propiedad y fueron decomisados en esa hacienda; estas dos personas tratan de sobornar a las autoridades de Policía para obtener la libertad, son capturados en el interior de la casa de la finca donde se llevó a efecto el operativo; entonces, su afirmación en el sentido de ignorar la procedencia de la droga y afirmar su inocencia no puede ser digno de credibilidad.

Además la esposa de Antonio Gutiérrez, Gilma Soacha de Gutiérrez, quien pretendió escapar cuando entró la policía a la hacienda, tampoco ignoraba la existencia de la cocaína en ese lugar; es muy comprometedor el hecho de pretender comerse el papel donde se encontraban anotadas las compras y gastos, los cuales en sana lógica, hacen referencia al tráfico de estupefacientes y específicamente a la labor que realizaban. En efecto, las tulas, bolsas de polietileno, esparadrapo, papel contac, gasolina, pago "a poli", etc., corresponde al material utilizado para el empaque de la droga y precisamente, como lo afirmó el agente José Domingo Borja Cuadros, en la habitación donde se incautó la cocaína se encontraron pedazos de papel del mismo de las envolturas decomisadas; esta es la razón por la cual pretendía desaparecer ese papel, el cual le había sido encontrado en su cartera.

De otra parte, estos esposos, tratan de justificar su actividad el día 10 de febrero con el viaje que realizaron con Jaime Rubio, piloto de fumigación, quien puerilmente explica su presencia en el lugar afirmando que iba a conseguir trabajo en esa finca y luego resulta de paseo con sus posibles empleadores al ir de pesca; la no credibilidad

que brinda esta afirmación hace que las de Antonio Gutiérrez y su esposa Gilma, también sean desvaloradas; de otra parte, no es creíble que unas personas prácticamente desconocidas decidan invitar a pasear a quien va a solicitar trabajo.

En cuanto a Balmore Buitrago Arboleda y Juan de Dios Bohórquez Celis, es un hecho que fueron capturados en la finca Alaska, el mismo lugar donde se decomisó una de las camionetas en la que se transportaron las maletas que contenían la droga; eran agentes de la policía y su presencia en ese lugar no la justificaron. Bohórquez Celis, expuso que viajó a Villavicencio estando en servicio en esta ciudad y se fue a visitar a una hermana que estaba enferma, para lo cual invitó a Buitrago Arboleda, pero no cumplieron con el fin propuesto sino que deciden aceptar la invitación que les hace en Villavicencio Rito Antonio Matéus, quien coincidencialmente pasa por el lugar donde se encuentran y se dirigen a la finca Alaska; como se ya vio, igualmente, las contradicciones en que incurren estos procesados, les resta toda credibilidad a sus versiones. Buitrago Arboleda, afirmó que una vez estaban en la Alaska, desayunaron, jugaron cartas y montaron a caballo, entre tanto Bohórquez Celis, primero afirma que cuando invitó a Buitrago para ir a Villavicencio a visitar a su hermana, abordaron un bus a la altura de la Hortúa en esta ciudad, ya en su indagatoria, expone que Buitrago lo recogió en la Flota La Macarena, no montó a caballo en la finca y Rito no lo llamó para ir a la Alaska sino que lo vio coincidencialmente.

Así mismo, estos dos sindicados conocían a Orlando Puerta, también agente de la Policía, y se debe tener en cuenta que éste ante la Policía Judicial manifestó que acompañó a Balmore Buitrago el 10 de febrero a la finca la Alaska, saliendo luego para la otra finca; este hecho es importante, debido a que de conformidad con los operativos que intervinieron en el seguimiento de las camionetas que transportaron las maletas desde la calle 102 de esta ciudad, afirman que estos vehículos entraron primero a la finca la Alaska y de ésta salió una de las camionetas junto con un campero toyota carpado con dirección a la finca la Cabaña, que fue donde se incautó la droga dentro de las precitadas maletas.

Los dos requisitos exigidos por el precitado artículo 439 del C. de P. P. se cumplen a plenitud en este caso; los testimonios del capitán Ricardo Reyes Calderón y el teniente Luis Javier Velásquez, corroborados por la declaración del agente Daniel Alejandro Ladino Pabón, en cuanto estos oficiales hablaron con Beatriz Rivera y Antonio Gutiérrez en el operativo, de acuerdo con los cuales estos sindicados trataron de sobornarlos para que los dejaran en libertad, incuestionablemente compromete la responsabilidad de estos sindicados y en cuanto interesa a esta decisión, la de Gutiérrez. Si era inocente no tenía porqué tratar de comprar la justicia.

Estos testimonios de los policías merecen credibilidad de conformidad con los criterios de valoración de la sana crítica; ningún interés diverso al de cumplir con sus funciones aparece en el proceso como para pensar en que por el afán de perjudicarlos declararan contra Baquero y Beatriz Rivera; sus relatos son amplios, claros y con referencia a terceros como personas que presenciaron y escucharon tales ofrecimientos; además, no está por demás anotar, que en el decurso de la investigación, inclusive en diligencias de careos, siguieron sosteniendo los cargos.

Pero además de estos testimonios, obran en su contra indicios graves, que comprometen su responsabilidad: la presencia injustificada de este sindicado en la finca La Cabaña de la cual era copropietario con Beatriz Rivera, pues no se trata de una estadía normal como él la presenta, si se tiene en cuenta que en ese lugar se encontró la cocaína; además se contradice en sus afirmaciones con las de Beatriz Rivera, ya que mientras él asevera que en la finca La Cabaña no habló con su socia, Beatriz sostiene lo contrario y precisamente, cuando estaba en la citada finca, es cuando llega de Bogotá la droga, es empacada, aparecen otras personas que tampoco han justificado su presencia y aterriza la avioneta con las características ya anotadas para transportar la droga incautada.

La falta de credibilidad de la versión de la esposa de Gutiérrez, Gilma Soacha; el pretender huir cuando hicieron su aparición los agentes antinarcóticos y la destrucción del papel que le fue encontrado en su cartera en el cual estaba escrita la lista ya referida, que indudablemente la comprometía, implican la gravedad del indicio de presencia que compromete su responsabilidad, pues en esa casa y encontrándose pernoctando en ella, se encontró la cocaína.

El mismo indicio obra contra el piloto de fumigación, Jaime Rubio Quiroga, sobre quien, como ya se expuso, ninguna credibilidad ofrece la explicación que dio para justificar su presencia en ese lugar, al afirmar que se hizo presente para solicitar trabajo y resulta paseando con sus posibles empleadores y hasta quedándose esa noche en la finca con el fin de pasar el fin de semana en ese lugar, precisamente el día que llegaba la cocaína desde Bogotá.

En cuanto a Balmore Buitrago Arboleda y Juan de Dios Bohórquez Celis, agentes de la Policía Nacional para esa época, la no credibilidad de sus versiones, en las que incurren en múltiples contradicciones en cuanto a su viaje a Villavicencio y las actividades que desarrollaron en la Finca Alaska, lugar donde también llegó una de las camionetas que salieron de Bogotá con las citadas maletas, hacen que su presencia en ese lugar no esté justificada.

Desde luego, que además de este indicio grave de presencia y el de mala justificación, contra todos estos sindicados concurre el indicio de oportunidad para delinquir, como que en el lugar donde estaban se encontró la cocaína y respecto a los dos sindicados que fueron capturados en la finca La Alaska, claro resulta de la forma como se desarrollaron los hechos, que cumplían con una típica división de trabajo.

Imperaba, en consecuencia, mantener el auto de detención contra estos sindicados, pues, se insiste, se cumplen a cabalidad los requisitos exigidos por la ley de procedimiento para tal fin.

5. *La conducta prevaricadora.* Necesario es advertir, que el reproche se hace respecto a la inobservancia de la ley penal al revocar el auto de detención proferido contra los esposos Gutiérrez, Juan de Dios Bohórquez, Balmore Buitrago y Jaime Rubio, y no en relación con los trabajadores de Beatriz Rivera, Agustín Ortiz, Rosendo Cordero y Senén Benito Gutiérrez, en favor de quienes imperaba su libertad; pero esta situación no compensa la ilicitud prevaricadora, debido a que si bien las sindicaciones fueron por los mismos hechos, las situaciones y por ende, la prueba sobre estos últimos es sustantivamente diferente a los demás.

Sofístico es, por tanto, argumentar que al confirmar el Tribunal la revocatoria del auto detentivo de los precitados trabajadores, se estaba compartiendo el criterio de la Juez acusada. No. Precisamente, la conducta cuestionada es la referida a los sindicados contra los cuales se cumplían los requisitos para detener y respecto a ellos el Tribunal revocó el auto liberatorio y posteriormente, el Juzgado Sexto Penal del Circuito, los llamó a juicio; además, es irrebatible en el derecho penal actual, la individualidad de la responsabilidad.

Como lo expuso la Sala en la providencia que revocó el sobreseimiento definitivo y profirió el de carácter temporal: "La presencia de argumentaciones más o menos extensas en una providencia, no significa necesariamente que ésta sea ajustada a la ley. Obsérvese que el comportamiento descrito en el artículo 149 del C.P. no consiste en dictar resolución o dictamen carente formalmente de motivación, sino que al proferir uno u otro se contraríe manifiestamente la ley; y la legalidad o ilegalidad de una decisión no es, obviamente, aspecto que pueda establecerse apenas cuantitativamente por el número de folios o de razones aducidas. Nada impide, por consiguiente, que una providencia extensamente argumentada sea a la vez ostensiblemente ilegal" (Auto de 26 de febrero de 1985).

No es, entonces, la falta de motivación de la providencia dictada por la juez procesada el hecho constitutivo de censura, como lo afirma la defensa al hacer esta argumentación con el fin de demostrar la atipicidad de la conducta, ya que por el contrario se ha reconocido su extensión, como tampoco la revocatoria del auto de detención que afectaba a los mencionados trabajadores de Beatriz Rivera, *sino la decisión manifiestamente desconocedora de la normatividad jurídica respecto a los sindicados* José Antonio Gutiérrez, Gilma Soacha de Gutiérrez, Juan de Dios Bohórquez, Balmore Buitrago Arboleda y Jaime Rubio Quiroga.

Afirma este apoderado, que la decisión cuestionada fue el resultado del "estado y evolución de la prueba" existente para ese momento en la investigación, pero la realidad procesal demuestra lo opuesto:

Al analizar la situación jurídica de José Antonio Gutiérrez, se deconoció la premisa fundamental que desvirtúa la inocencia afirmada por este sindicado al tratar de justificar su presencia en la finca La Cabaña, valiéndose para esto de su calidad de copropietario de la hacienda que facultaba para estar en ese lugar cuando quisiera. Este supuesto, que fue a su turno, el que sirvió de base a la funcionaria para revocar el auto detentivo, carece de valor si se tiene en cuenta que el capitán jefe del operativo, expuso bajo juramento que José Gutiérrez trató de sobornarlo afirmándole que lo dejara huir y que se responsabilizaban de todo, él y Beatriz Rivera; igualmente, el teniente que intervino en las capturas, expuso cómo este procesado le manifestó que "arreglaran" y que cogiera "parte de la mercancía" y le facilitara "el escape" (folios 111 y ss. 177 del cuaderno 1).

Al hacer esta clase de ilícitas proposiciones a las autoridades policivas, incurrir en contradicción con Beatriz Rivera respecto al encuentro en la finca La Cabaña, la justificación que le da a la increíble versión del piloto Rubio Quiroga, para justificar su presencia en ese lugar el 10 de febrero citado y el haber pernoctado aquella noche cuando llegó la cocaína a la hacienda, dejan sin valor el contraindicio de la

copropiedad de la finca, pues este hecho es, precisamente lo que le facilitaba la comisión de la conducta delictiva; además el hecho de proponer el soborno en su nombre y el de Beatriz Rivera, está significando que no ignoraba lo que sucedía en la Cabaña.

Desconocer éstas pruebas para remitir la valoración a la copropiedad de la finca y de ahí concluir la buena fe de José Gutiérrez, es buscar una forma para motivar acomodaticiamente la decisión, es decir, darle motivación ilegal a la decisión, que si es coherente, también es ilícita, tal como sucede en este caso.

Igual procedimiento se adoptó para revocar el auto detentivo de Gilma Soacha de Gutiérrez, al considerar como normal la tentativa de huída en el momento del operativo; el corroborar, al igual que su esposo la versión del piloto de fumigación para aparentar concordancia; y fundamentalmente, el hecho de tratar de destruir el papel al comerse un pedazo, en el que estaban anotadas las compras de elementos y gastos indudablemente relacionados con la conducta delictiva que realizaban.

Francamente ilógica es la valoración que se hizo en la decisión prevaricadora, al considerar que debía tenerse en cuenta las palabras que el perito alcanzó a observar en el pedazo de papel que quedó y de ahí colegir, que esos términos en nada comprometían la responsabilidad de la sindicada, pues es obvio, que ya el papel estaba casi destruido y eso era lo que se pretendía, destruir la prueba. Pero claros fueron los funcionarios que intervinieron en esas diligencias, cuando afirmaron que el escrito se refería a gastos de elementos necesarios para el empaque de la droga e inclusive, el pago a la "poli".

Atribuir ese hecho al nerviosismo de la sindicada, es desconocer que el papel le fue encontrado en su bolso, la relación familiar que existía con José Gutiérrez, las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, cómo se encontró envuelta la cocaína, los desperdicios de papel y demás elementos que se encontraron en La Cabaña, en fin, ignorar la prueba allegada al proceso.

Respecto a Jaime Rubio Quiroga, como ya se ha insistido en esta providencia, su versión justificativa no resiste el menor análisis de credibilidad al confrontarla con la realidad; no es admisible que al ir a solicitar trabajo sea invitado a pasear y a quedarse descansando el fin de semana, es lógico que no fue simple coincidencia su visita con la llegada de la cocaína, más aún, cuando esta versión forma parte de la coartada de los esposos Gutiérrez, que como se vio, tampoco merece credibilidad.

Y para los agentes de la Policía Nacional, Juan de Dios Bohórquez y Balmore Arboleda, también se ignoró la prueba y se fundamentó su libertad en el hecho de que en la finca La Alaska donde fueron capturados no se encontró cocaína, pero no se tuvo en cuenta que la presencia de éstos no se justificó, nunca fueron a visitar a la hermana de Bohórquez que se dijo estaba enferma, múltiples son las contradicciones en que éstos incurrieron sobre los mismos hechos, la hacienda La Alaska quedaba colindante con La Cabaña, una de las camionetas que llevó la cocaína de Bogotá a Acacías entró a La Alaska, Bohórquez abandonó su turno en la policía para irse a ese lugar y los dos conocían al sindicado Puertas, también agente de la Policía, quien vivía en Bogotá con Balmore y se sabe que aquél viajó transportando la droga.

Con ésta básica prueba, ningún conocimiento máximo en la ciencia jurídica se necesitaba, el quebrantamiento de la ley en este caso es manifiesto, la legal decisión no requería de muchos análisis, ni de razonamientos profundos para su entendimiento, pues corresponde a aspectos tan básicos, tan fundamentales y tan simples que no es admisible una exculpación de buena fe, máxime cuando el conocimiento sobre los mismos fluye de manera fácil y sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un desacierto notorio, advertibles y advertido por el concepto Fiscal.

Se desconoció la prueba allegada al proceso en los fundamentales aspectos que comprometían a los procesados liberados y la que se valoró se hizo parcial y parcializadamente, dándole el carácter de contraindicios a verdaderos indicios, encontrando explicaciones de coincidencia a todos y cada uno de los hechos que comprometían a tales procesados.

La libre valoración del testimonio en el sentido de no estar limitada por la tarifa legal, en ningún momento significa arbitrariedad. El artículo 236 del C. de P.P., vigente para el momento en que se tomó la decisión prevaricadora, exige que se haga bajo los principios de la sana crítica, lo cual significa que además de las exigencias de judicialidad, juramento, oralidad y retrospectividad, el testimonio debe reunir el requisito de inmediación y objetividad, esto es, que el testigo debe dar su declaración sobre un hecho concreto, que no exponga suposiciones, más aún si la exposición se hace sobre hechos que presenció, y estos requisitos los cumplieron las declaraciones del capitán, el teniente y demás agentes que participaron en el operativo; entonces, no es posible desconocer estas testificaciones en forma apriorística cuando no se había demostrado que mentían y al contrario fueron corroboradas en ese momento y fortalecidas en el posterior avance de la investigación en diligencias de careo.

La racional crítica de la prueba testimonial debe fundamentarse en la prueba existente en el proceso, al igual que sucede con los contraindicios, los cuales también deben estar probados para interrumpir la relación causal; pero cuando se desconoce la prueba para convertir todo en coincidencia y con este procedimiento infirmar los indicios, debe concluirse, que no se trata de ninguna valoración jurídica de las pruebas, sino de un amañado e irregular proceder para violar la ley.

Aquí no se trata de una simple discrepancia conceptual entre funcionarios, y alguna de las partes, e interpretación legal diferente a la tradicional o dominante o de un caso de compleja solución jurídica, No. Aquí se trata es de una determinación que se evidencia con características de ostensible y protuberante ilegalidad porque así lo quiso la funcionaria acusada.

El delito de prevaricato en su forma comisiva, descrito en el artículo 149 del C.P. consiste esencialmente en la lesión a deberes jurídicos que los funcionarios y empleados públicos tienen hacia el Estado llevada a cabo al proferir dictamen, auto, sentencia o resolución contrarios a la ley, conociendo la ilicitud de tales conductas por saber cuál es el derecho aplicable en el caso correspondiente y decidir con plena coincidencia y voluntad, dar aplicación a normas distintas de las pertinentes.

Si bien este tipo penal no exige en el sujeto agente el ánimo de favorecer o perjudicar a los interesados, pues, el prevaricato en la forma comisiva no requiere

móvil semejante, siendo suficiente el conocimiento de la ilicitud del acto unido a la voluntad de ejecutarlo, es decir, que el Juez pese a que conoce el derecho que debe aplicar, da aplicación a uno distinto, en este caso, aparece claro de la providencia proferida por la doctora Luz Marina Borda Guzmán, *que desconoció la prueba allegada a la investigación para valorar acomodaticiamente sólo aquella que podía servirle para fundamentar la ilegal decisión, indudablemente, que tal proceder no tuvo fin diverso que el de favorecer a los precitados procesados a quienes se les revocó el auto de detención.*

Inadmisible resulta admitir buena fe en la funcionaria cuando era de público conocimiento la importancia del proceso que debía decidir y lo reconoció cuando había intuido la posibilidad de que se hicieran peticiones de revocatoria del auto detentivo de algunos de los sindicados, cuando desconoce la prueba y la que analiza la desfigura; además, como se dijo, se trataba de una decisión jurídica realmente sencilla, sin ninguna complejidad y que como Juez de Instrucción Criminal de no muy corta experiencia, este caso, correspondía a una de sus diarias funciones; la voluntaria y consciente disparidad entre el derecho aplicable y el aplicado es manifiesto.

6. *El cohecho.* No sucede lo mismo con el delito de Cohecho, que también ha sido objeto de sindicación a la doctora Borda Guzmán. Conforme lo resaltó el Tribunal *a quo,* y en esto le asiste la razón, las pruebas allegadas a la investigación en la etapa de reapertura no permitieron establecer si realmente se recibió la elevada cantidad de dinero que se rumoraba en los medios judiciales para obtener las revocatorias mencionadas, pero tampoco se desvirtuó a plenitud que esto no haya sucedido.

En estas condiciones necesario es clarificar, que este hecho en ningún momento desintegra el prevaricato, como lo afirmó esta Corporación en anterior oportunidad. "No es verdad, como lo afirma la defensa, que indemostrada la motivación pecuniaria del citado auto desaparece la dolosidad del prevaricato, y no lo es porque este tipo no exige que la manifiesta ilegalidad de la resolución o del dictamen sean fruto de contraprestación económica; la torcida motivación que impulsa al actor a emitir providencia prevaricadora puede ser de cualquier naturaleza y no es indispensable que se ponga procesalmente en evidencia" (Sentencia de agosto 9 de 1983, Magistrado Ponente doctor *Alfonso Reyes Echandía).*

7. *Las decisiones.* Por ende, impera dar aplicación al artículo 481 del Decreto número 409 de 1971, aplicable en este caso de conformidad con el artículo 677 del actual C. de P.P., llamando a responder en juicio criminal a la doctora Luz Marina Borda Guzmán, por el delito de Prevaricato de que trata el C.P. en el Libro Segundo, Título III, Capítulo Séptimo.

En cuanto se refiere al delito de Cohecho, por cuanto la insuficiencia probatoria hace aplicable el artículo 489 del citado Decreto sobreseyendo temporalmente, por segunda vez, a la Juez acusada, se procederá a declarar el cese de procedimiento por este hecho punible, de acuerdo con el artículo 473 del actual C. de P.P (Decreto número 0050 de 1987) por ser norma favorable de obligatoria aplicación de conformidad con los artículos 26 de la Constitución Nacional y 5° del Nuevo Estatuto Procesal Penal.

Dada la circunstancia de que los hechos investigados tuvieron lugar en el mes de junio de 1983 y que el delito de Prevaricato alcanzó a ésta en cuanto al beneficio de la libertad provisional contemplado en el Decreto número 1853 de 1985 durante algún tiempo, amparado por él, corresponde conceder tal beneficio.

Por tanto se reitera que se concederá la libertad provisional a la enjuiciada.

Para tal fin se le impondrá a la doctora Borda Guzmán, la obligación de prestar caución prendaria por el equivalente a cinco salarios mínimos, debiendo firmar la correspondiente acta en la que se comprometa a cumplir con las obligaciones de que trata el artículo 443 del C. de P. P.

En mérito de lo expuesto, de acuerdo con el concepto Fiscal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. Llamar a responder en juicio criminal, por los trámites ordinarios, a la doctora Luz Marina Borda Guzmán, en calidad de Juez Octava de Instrucción Criminal de Bogotá, por el delito de Prevaricato, previsto en el Libro Segundo, Título III, Capítulo Séptimo, del Código Penal.

2. DECRETAR la detención preventiva de la doctora Luz Marina Borda Guzmán, en calidad de Juez Octava de Instrucción Criminal de Bogotá, por el delito por el cual se le llama a responder en juicio criminal.

3. ORDENAR la libertad provisional de la doctora Luz Marina Borda Guzmán, para lo cual deberá prestar caución prendaria por la suma equivalente a cinco salarios mínimos mensuales legales, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, previa firma de diligencia en la que se comprometa a cumplir con las obligaciones de que trata el artículo 443 del actual Código de Procedimiento Penal.

El dinero de la caución deberá consignarlo en el Banco Popular de esta ciudad a la Cuenta de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

4. Al notificarse esta providencia, póngase en conocimiento de la funcionaria enjuiciada el derecho que le asiste sobre su defensa.

5. DECRETAR el cese de procedimiento por el delito de Cohecho a que se refiere esta providencia, en favor de la doctora Luz Marina Borda Guzmán.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Leonel Olivar Bonilla, Conjuez; *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

SALVEDAD DE VOTO

Honorables Magistrados de la
Corte Suprema de Justicia,
Sala Penal,
E. S. D.

Presento a ustedes las razones de mi desacuerdo con el auto de proceder dictado contra la doctora Luz Marina Borda Guzmán en el proceso que se le sigue por el presunto delito de Prevaricato. Como ha sido necesario examinar los medios probatorios del expediente adelantado contra particulares por infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes y que dio origen al que se inició contra la Juez de Instrucción, debo hacer consideraciones relacionadas con las dos, que me permitan concluir si se dan las exigencias que la ley establece para llamar a juicio.

El tipo de delito definido en el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974 es *alternativo* y se perfecciona con cualquiera de los comportamientos siguientes, realizado con los estupefacientes que menciona:

a) Introducirlos al país;

b) Sacarlos del país;

c) Llevarlos consigo;

d) Almacenarlos;

e) Conservarlos;

f) Elaborarlos;

g) Venderlos;

h) Ofrecerlos;

i) Adquirirlos;

j) Suministrarlos;

k) Transportarlos.

Es de los llamados de *simple conducta;* basta cualquiera de las que allí se mencionan, sin necesidad de que produzcan un resultado.

Es de peligro: porque no exige la destrucción o el menoscabo de bien jurídico protegido, para que el hecho sea típico.

Es instantáneo: se agota inmediatamente se adquiere, se lleva consigo, se ofrece, se elabora, se introduce al país, se saca de él, se vende, o se suministra la droga. Por excepción, *es permanente* en las modalidades de llevar consigo, almacenar y transportar.

En términos generales podemos afirmar que no es posible la tentativa, artículo 22 del Código Penal, porque al iniciarse la ejecución del hecho en cualquiera de las modalidades previstas por los diferentes verbos rectores, se consuma en su totalidad al

quedar encuadrado en otro de los modelos que el tipo contiene. Por ejemplo, quien intenta sacar del país o introducir a él cocaína y es detenido antes de que pueda hacerlo, realizó la acción consistente en llevar consigo el estupefaciente; si no lo llevaba pero lo tenía listo para transportarlo, quiere decir que lo conservaba. *Ofrecer* agota también la conducta aun cuando no se tenga la droga si se trata de una oferta real.

Quizás como excepción puede considerarse que admitan la tentativa, *adquirir* y *suministrar* el estupefaciente, por la posibilidad de dar comienzo a la ejecución del hecho, mediante actos idóneos inequívocamente dirigidos a la consumación sin que ésta se produzca por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. En el primer caso, por ejemplo, cuando con esta finalidad se exterioriza la intención a una persona que se sabe es proveedora y se hacen las gestiones comerciales correspondientes, pero la autoridad frustra la entrega, como acto final. El presunto adquirente debe responder por tentativa; el vendedor en apariencia debería responder por tentativa, pero si se tiene en cuenta que la compraventa que consideramos es un contrato consensual en el que una persona se obliga a dar y la otra a pagar el precio, aunque con objeto ilícito que lo torna delictuoso, al "vender", en la realidad agota el delito. Y lo realiza además por llevar consigo la droga o por transportarla. También se puede dar comienzo a la ejecución del hecho de suministrarla a otro, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a este fin; cuando, por ejemplo, un farmacéuta en forma ilícita inicia el proceso tendiente a ponerle una inyección de heroína a un drogadicto pero en el momento en que va a consumar el hecho interviene la policía. Difícil que se dé o por lo menos que se pruebe la tentativa de elaboración, ya que la adquisición y conservación de materias primas también es delictuosa y por lo tanto encuentra adecuación en disposiciones penales.

Además de la autoría que es lo común, es posible la complicidad, que es cooperación en la realización del delito por otro.

Las anteriores consideraciones se hacen en relación con el alcance que se da en el proyecto al artículo 439 del Código de Procedimiento Penal anterior, en el caso de las pruebas que se afirma no tuvo en cuenta la juez cuando procedió a revocar el auto de detención: una declaración de testigo o un indicio grave de responsabilidad; observamos la ausencia de un agregado importante en la providencia: esa responsabilidad se puede deducir, por ser el procesado autor o partícipe de una de las conductas alternativas mencionadas en el tipo.

¿El indicio grave o la declaración creíble, en relación con cada uno de los favorecidos con la decisión de la juez y que fue revocada parcialmente por el Tribunal, lo señalaba como autor o como cómplice?

¿Era autor o era cómplice del almacenamiento de la droga? ¿De llevarla o de transportarla?

Si alguno o algunos de ellos fueron cómplices, ¿de quién lo fueron y cómo cooperaron? ¿Quién es el autor al que prestaron la cooperación, y en qué forma?

¿O deben responder por tentativa, como autores o partícipes de la misma?

Para afirmar la existencia de la responsabilidad en una providencia, para hacer en ella el juicio lógico-jurídico provisional o definitivo se debe individualizar el cargo para cada procesado; se debe señalar el nexo entre el delito cometido y su comportamiento como causa.

La dificultad de acertar o la posibilidad de equivocarse en relación con estos aspectos es lo que explica que apesar de que el Tribunal modificó la decisión de la funcionaria, en forma expresa, se abstuvo de compulsar copias para que se iniciara la investigación penal, tal como se lo solicitó el Representante de la Procuraduría; que los integrantes de la misma Sala declararan por certificación que no habían encontrado delictuosa o incorrecta la conducta de la Juez. Explica también los dos pronunciamientos de la otra Sala de la misma Corporación en relación con el delito de Prevaricato, para no mencionar por innecesaria la imputación por el Cohecho. Luego de la dispendiosa labor que significa examinar la totalidad de las pruebas de uno y otro expediente concluyeron que no había mérito para llamarla a juicio. Si la Corte en su sabiduría, en la primera providencia confirma el sobreseimiento temporal y en la segunda encuentra la completa comprobación del delito y de la existencia del dolo, si considera que se reúnan las condiciones para llamar a juicio con fundamento en las pruebas analizadas y estudiadas por las dos Salas del Tribunal, este contraste de opiniones significa que tanto a la Juez como sus superiores en el proceso por el Tráfico de Estupefacientes en el que tomó la primera providencia, como a sus juzgadores de primera instancia les fue dispendiosa la labor de apreciación de las pruebas que obran en el primer expediente mencionado; se revocó la decisión tomada por la funcionaria con respecto de unos de los sindicados liberados y se confirmó en cuanto a otros. Pero los Magistrados de las dos Salas no encontraron medios probatorios que les permitieran afirmar la existencia del dolo en el comportamiento de la misma.

Veamos cómo describe el Código Penal el Prevaricato por acción en el artículo 149:

"El empleado oficial que profiera resolución o dictamen *manifiestamente* contrarios a la ley" (subrayo).

a) Si la contrariedad de la providencia que revocó parcialmente el auto de detención *es manifiesta,* el comportamiento es *típico.* De lo contrario no;

b) Si lesiona o pone en peligro el interés jurídico tutelado por la ley, es *antijurídico;*

c) Si la funcionaria conocía el hecho como punible y quiso su realización como tal, es *culpable* por haber procedido con dolo.

Es posible considerar que la Juez no acertó; que se equivocó, en materia grave, si se quiere, pero no delinquió. Porque si fuera tan clara la situación para cualquier juzgador, si como se dice en el proyecto de providencia, página 31, con la prueba básica ningún conocimiento de la ciencia jurídica se necesitaba, si la decisión que debía tomar no requería ningún análisis, no encontraríamos explicación posible para que los señores magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Fernando Maldonado Cala, Pantaleón Mejía y Gonzalo Mejía Picón, integrantes de la Sala

que conoció en segunda instancia del proceso contra los particulares, y luego los doctores Plinio Moreno Rodríguez, Beatriz Castaño de López y Edilma Cely de Suárez quienes integraron la Sala para juzgar a la juez en primera instancia, que suscribieron el auto de sobreseimiento definitivo de 27 de julio de 1984, folio 422 y siguientes del último cuaderno, no hubieran visto esa evidencia que solamente ahora ve la Corte. A lo anterior debemos agregar los testimonios de los magistrados *José María González Fernández y Luz Stella Mosquera de Meneses,* quienes afirman que fueron comisionados por la Presidencia de la Sala Penal, revisaron el expediente y encontraron correcto el comportamiento de la Juez y recomendaron su reelección. Ahora el sobreseimiento temporal apelado, de 13 de mayo de 1986 es proferido por los doctores Jorge Ortiz Rubio y *Dídimo Páez Velandia,* hoy magistrado de esta Sala de Casación Penal además del doctor Moreno Rodríguez quien firmó el anterior. En total diez magistrados del Tribunal de Bogotá.

Hay que tener en cuenta que un profundo análisis de la prueba indiciaria en la forma como lo presenta la Corte con la ponencia elaborada por un eminente jurista y profesor distinguidísimo, no está al alcance de todos los abogados, aunque se pueda replicar innecesariamente que todos cursaron la asignatura de pruebas en la universidad. El estudio del indicio es uno de los más arduos y su desarrollo en la práctica, como lo puede comprobar la honorable Sala de Casación Penal de la Corte y quienes se han desempeñado como abogados en ejercicio o como falladores, es donde más frecuentemente se equivocan los jueces de primera instancia y los instructores; con menos frecuencia los falladores de segunda instancia. La naturaleza del indicio, la plena prueba del hecho indicador, la inferencia directa e inmediata, qué es lo que se infiere, cómo se analiza y se valora en forma aislada para luego ser apreciada en conjunto, los diferentes grados de certeza, sus diferencias con la sospecha, son aspectos que no todos los abogados dominan, y que producen para utilizar los términos de la ponencia utilizados en la página 32, "discrepancias conceptuales entre funcionarios" como puede verse de la forma como se presentan los autos interlocutorios que hemos leído y analizado incluidos los proferidos por la honorable Corte Suprema de Justicia.

Con frecuencia se menciona en las providencias el indicio de presencia; se dice también que las contradicciones en que incurre el procesado constituyen indicio grave en su contra. Son frases que sin mayor análisis hacen carrera en los medios judiciales. Para analizar la primera, me valgo de la autoridad indiscutible de Pietro Ellero, que dice:

"Hay tres especies o subclases de indicios, los cuales, por considerarlos remotos, esto es, no conexos materialmente con un delito dado, no tienen, ni en el pasado ni en el presente sistema probatorio más que un valor secundario o supletorio; siendo así que, estudiados de cerca, exceptuando las comprobaciones materiales, componen precisamente aquel concurso de circunstancias morales necesarias y suficientes para delinquir. Refiérense estos indicios a la capacidad, al móvil y a la oportunidad para delinquir".

Considero por esta razón que la presencia no suficientemente justificada de uno de los distintos procesados en el lugar de los hechos no es de por sí un indicio sino

elemento del indicio de oportunidad para delinquir, que es remoto, secundario, que no guarda conexidad material con el delito; su valoración no es tan simple. Y en cuanto a la segunda, ya el tratadista Santiago López Moreno enseñaba que entre las declaraciones contradictorias *como hecho indicador* y la comisión de un delito *como hecho indicado* no existe ni puede existir nunca relación de ninguna especie y por lo tanto aquélla nunca puede elevarse a la categoría de indicio.

Conviene recordar en relación con la *presencia* de dos sujetos que la funcionaria explicó que en la finca donde fueron detenidos, *la autoridad no encontró estupefacientes.*

Si *evidencia* es la forma como se presenta una verdad al espíritu con exclusión de toda duda, si la prueba de la responsabilidad de la funcionaria en el delito, –que para serlo debe realizarse con dolo– estaba en la misma providencia, si la existencia del dolo escapó a la observación de diez magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, si ha sido objeto de dos pronunciamientos de la Corte, es porque la existencia del Prevaricato como hecho típico, antijurídico y culpable no es evidente; o no es evidente la culpabilidad; o ésta no existe; o existe en la modalidad culposa que es como negar su existencia puesto que en el Código no se consagró el Prevaricato culposo.

La sana crítica, como lo enseña la doctrina es la reunión de las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia, con toda la amplitud que esto último comporta y que requiere por tanto amplísimos conocimientos y clarísimo criterio de los funcionarios, virtudes que no todos tienen, y que de acuerdo con lo expresado en las providencias analizadas no lo tiene la juez sindicada.

La falta de criterio, de experiencia, de conocimientos exigidos por el sistema de la sana crítica, es lo que hace tan frecuentes los errores que se cometen al dictar los autos de detención, al revocarlos o al no dictarlos, y que han hecho posible frases tan absurdas y arbitrarias como aquellas que dicen que un auto de detención no se le niega a nadie, o que para dictarlo sólo se requiere una hoja de papel y una máquina. Si la juez se equivocó *al revocar el auto, en la extensión y en el sentido que fue enmendado* por el Tribunal Superior de Bogotá; no era desacertado iniciar la investigación penal; no fue desacertado el sobreseimiento definitivo anterior. Ahora la Corte confirma implícitamente el sobreseimiento temporal por lo menos para el delito de Cohecho, al cambiarlo por una cesación de procedimiento.

Se dice en el proyecto que el análisis de la prueba testimonial aportada al proceso y la corroboración de las afirmaciones hechas por la doctora Borda Guzmán en su indagatoria respecto de la actividad que desarrolló para elaborar la providencia tildada de ilegal en esta investigación, constituyen el fundamento del segundo sobreseimiento temporal proferido en favor de la funcionaria; no existían cuando se dictó el sobreseimiento definitivo y son favorables a la acusada. En cambio las que se consideraban desfavorables sí existían antes del primer sobreseimiento temporal.

Se dice que es necesaria esta valoración para concretar el delito de Cohecho, pero que es errado aplicar este método para establecer el Prevaricato desechando el análisis de las pruebas existentes para tomar la decisión cuestionada, pues la conducta

atribuida como delictiva se concreta, precisamente en la decisión que se tiene como ilegal. No comprendo por qué, cuando se trata de la apreciación de las pruebas que obran en el proceso adelantado por dos delitos contra la Administración Pública y frente a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal sobre apreciación en conjunto y libre valoración, o con las normas del estatuto anterior se considere correcto un método para el análisis de los medios probatorios acerca de la comisión de un delito y de la responsabilidad pero que ese mismo método se considera equivocado cuando se trata del análisis del otro ilícito, página 11.

Más adelante en el auto se dice que el Tribunal dio por probada la objetividad de delito de Prevaricato, pero que no analizó el por qué, de la valoración de la providencia criticada le fue posible concluir la ausencia de dolo, ni por qué merece credibilidad la buena fe de la Juez Acusada. Tal vez, honorables Magistrados, pienso yo, por una razón muy sencilla: porque la buena fe se presume y no es necesario probarla. Porque el dolo no se presume y es necesario probarlo. Y si los magistrados del Tribunal no encontraron elementos que desvirtuaran esa presunción, no tenían obligación de respaldarla con medios probatorios; como no hay obligación de probar la inocencia cuando no hay prueba de responsabilidad en el proceso. Y si no encontraron la prueba de la existencia del dolo, no tenían por qué invocar medios probatorios para sustentar una negación indefinida como es su no existencia. Y si está probada la objetividad del delito, es decir, si se considera que el hecho es típico pero no hay medios para afirmar la existencia del dolo, no es posible entonces calificarlo de punible para deducir la responsabilidad.

Pero es más: en el auto se admite expresamente que la providencia del Tribunal, que ahora se estudia, para proferir el segundo sobreseimiento temporal, se sustenta en las mismas consideraciones de la Corte para revocar el sobreseimiento definitivo y proferir el sobreseimiento temporal, página 12.

Tampoco entiendo la afirmación de que no es admisible trasladar el análisis para establecer la inculpabilidad dejando de lado la propia providencia insinuada como abiertamente contraria a la ley, página 11. No: es dar por probado con la providencia que sirve de fundamento al sumario, lo que se quiere probar a través del mismo: el Prevaricato. La providencia siempre ha estado ahí; es la base para la investigación y el fundamento de la imputación del hecho. La conoció la Corte cuando estudió el sobreseimiento definitivo y cuando dictó el sobreseimiento temporal. Pero si la prueba de la culpabilidad a título de dolo es insuficiente, o sencillamente no existe, si se concluye que no hay culpabilidad o que éste se da en la modalidad de culpa, el delito de Prevaricato puede existir como hecho típico, pero no como hecho culpable y por lo tanto no existe como hecho punible frente a las propias exigencias establecidas por las normas rectoras del Código Penal, donde se proscribe expresamente toda la forma de responsabilidad objetiva.

Al hacer el estudio de las pruebas que obran en los dos procesos es necesario que tengamos en cuenta que unas son las que establecen la responsabilidad de los particulares procesados por el delito de Posesión y Tráfico de estupefacientes, y otras las que pudieran establecer la responsabilidad de la juez en los delitos de Cohecho y Prevaricato, aunque existe la conexidad probatoria, o los medios probatorios fueran comunes para las dos investigaciones. Pero la prueba del delito de Tráfico de

Estupefacientes y la de la responsabilidad de los particulares en el mismo, más la providencia considerada como ilegal, no prueban necesariamente el hecho calificado provisionalmente como Prevaricato, que para tener la calidad de punible debe ser doloso; y que para atribuirlo como doloso debe estar comprobada la existencia del dolo.

Se dice en la página 33 del auto que el delito de Prevaricato en su forma comisiva, descrito en el artículo 149 del Código Penal, consiste esencialmente en la lesión a deberes jurídicos que los funcionarios y empleados públicos tienen hacia el Estado llevadas a cabo al proferir dictamen, auto o sentencia o resolución contrarios a la ley, "conociendo la ilicitud de tales conductas por saber cuál es el derecho aplicable en el caso correspondiente y decidir, con plena conciencia y voluntad, dar aplicación a normas distintas de las pertinentes. Si bien este tipo penal no exige en el sujeto agente el ánimo de favorecer o perjudicar a interesados, pues el prevaricato en la forma comisiva no requiere móvil semejante, siendo suficiente el conocimiento de la ilicitud del acto unido a la voluntad de ejecutarlo, es decir, que el juez pese a que conoce el derecho que debe aplicar, da aplicación a uno distinto, *en este caso aparece claro de la providencia* proferida por la doctora Luz Marina Borda Guzmán, que desconoció la prueba allegada a la investigación para valorar acomodaticiamente aquella que podía servirle para fundamentar la ilegal decisión, *indudablemente que tal proceder no tuvo fin diverso que el de favorecer a los precitados procesados* a quienes se les revocó el auto de detención".

No: lo que se quiere probar no debe ser empleado como base de prueba.

Si aparece claro que en la providencia valoró mal la prueba, no acomodaticiamente como se dice en el auto, no es indudable que tal proceder no tuvo otro fin diverso del de favorecer a los procesados a quienes se revocó el auto de detención. Este era el objeto de la investigación penal; el punto de partida era precisamente el contenido de la providencia. Sebastián Soler con mucho acierto y siguiendo a Carrara, según la afirmación y la cita que hace el profesor Antonio Vicente Arenas dice que "no basta demostrar la incorrección jurídica de una sentencia: será preciso mostrar la incorrección moral del juez". En este sentido se ha orientado también la jurisprudencia constante de la Corte.

Las razones para la declaratoria de cesación de procedimiento por el delito de Cohecho luego de un segundo sobreseimiento temporal son las mismas en mi concepto para el delito de Prevaricato. En este sentido debe ser el pronunciamiento de la Sala.

En vista de la complejidad de los aspectos que se observan en estos voluminosos expedientes, cómo es de indispensable una disposición legislativa que permitiera a las partes acercarse a sus jueces colegiados cuando se trata de apelación o casación, bien por medio de la audiencia pública o por una autorización para dirigir sus memoriales en copias en forma simultánea a cada uno de los integrantes de la Sala. Se facilitaría el trámite al tener todos ellos un inmediato conocimiento del objeto de la impugnación. El eminente jurista español Angel Ossorio y Gallardo en uno de sus más conocidos libros decía: "Con el debate público, cada juez escucha las razones de los abogados y cuando recibe la impresión de la ponencia, coteja ésta con los discursos

anteriores, hace la crítica de unos y otros y determina, suficientemente ilustrado el rumbo de su conciencia". Pero esto ya es problema del Legislador, aunque de profundo interés para la sociedad.

Leonel Olivar Bonilla
Conjuez

PENA, IRA E INTENSO DOLOR

Ha sido objeto de innumerables pronunciamientos de la Corte, el análisis del veredicto del jurado de conciencia, referido al tema del reconocimiento de la diminuente en el estado emocional de la ira nacida de la provocación ajena grave e injusta.

Sentencia Casación. 20 de abril de 1988. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de San Gil, por medio del cual condenó a Jairo Cárdenas Cáceres, por el delito de Homicidio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada: Acta número 26.

Bogotá, D. E., abril veinte de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Se resolverá el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 2° del Tribunal Superior de San Gil y por el defensor del procesado Jairo Cárdenas Cáceres, contra la sentencia proferida por esa Corporación con fecha 25 de febrero de 1987, mediante la cual, al modificarse la de primera instancia, se condenó a éste a la pena principal de diez años y cuatro meses de prisión como responsable del delito de homicidio en la persona de Juvenal Cárdenas.

Antecedentes y actuación procesal

Por el camino que del municipio de Onzaga conduce a la vereda "El Ramal" de esa comprensión territorial avanzaban los primos Jairo Cárdenas y José Antonio Cárdenas el 8 de agosto de 1985, aproximadamente a las cinco de la tarde; aquél iba asido a la cola de una mula de propiedad de su tío Juvenal Cárdenas quien al observar su actitud los alcanzó y le exigió que soltara al animal, pero no fue atendido, por lo que se suscitó una especie de riña entre los parientes, en la que resultó muerto con

arma cortopunzante Juvenal Cárdenas por su sobrino Jairo a quien éste había agredido previamente con una piedra en la cabeza causándole lesión que le reportó cinco días de incapacidad.

Al ser calificado el sumario, José Antonio Cárdenas fue sobreseído definitivamente y Jairo Cárdenas comprometido en juicio por homicidio simplemente voluntario según proveído del Tribunal de origen expedido al conocer por apelación el vocatorio de primera instancia. En armonía con el pliego de cargos el Juez 2° Superior de San Gil redactó y sometió a la consideración del jurado de conciencia el cuestionario pero al responderlo éste, afirmando la responsabilidad del encausado, hizo un agregado en los siguientes términos:

"Sí, pero en estado de ira provocada".

La expresión afirmativa del veredicto en la forma en que se presentó, llevó al juez del conocimiento a acoger el atenuante del artículo 60 del C.P. por estimar que él admitía que el delito había ocurrido bajo el estado emocional de la ira causada por comportamiento ajeno grave e injusto, y a señalarle como pena principal la de 42 meses de prisión.

Pero, al conocer en grado de consulta el fallo aludido, el Tribunal descartó la circunstancia de atenuación porque interpretó como solamente afirmativo el veredicto, puesto que no bastaba para su reconocimiento el haber actuado en estado de ira sino que la provocación del mismo había de ser causada por comportamiento ajeno además de grave, injusto. Excluyendo por principio el rigorismo sacramental de las expresiones vertidas por el jurado, condicionó la aceptación de la diminuente a que el veredicto exprese una de las dos características de la provocación del estado de ira: la gravedad o la injusticia de ésta, como la jurisprudencia ha venido a aceptarlo, pero siempre y cuando a ella se hubiera hecho alusión en la audiencia pública y contara con respaldo probatorio en el proceso. Observó que el fiscal y la parte civil en el debate aludieron a la atenuante pero para descartarla por no haber sido grave la ofensa inferida por el occiso al victimario, y agregó que el defensor la planteó en subsidio de otras opciones favorables, extrayendo la gravedad de la provocación de las palabras soeces que según los testigos le lanzó aquél al procesado, de donde concluyó que la ira reconocida por el jurado, *no* fue la prevista en el artículo 60 del Código Penal. Con fundamento en esta apreciación dosificó la pena para el homicidio simple agravándola por razón del parentesco entre los protagonistas.

Las demandas y el concepto del Ministerio Público

1. El señor Fiscal 2° del Tribunal Superior de San Gil y el defensor del procesado impetran la casación del fallo de segundo grado, ambos con respaldo en la causal 2ª del artículo 580 del C. de P.P. de 1971, porque en su criterio, la sentencia se profirió en desacuerdo con el veredicto del jurado, desconociendo el precepto del artículo 519 del mismo Estatuto, irrogando perjuicio al sentenciado.

Con los mismos argumentos jurídicos, aunque cada cual dentro de su propio estilo literario, los recurrentes, aduciendo como respaldo de su planteamiento jurisprudencia de esta Sala –no publicada– del 31 de mayo de 1983, de la que cada uno cita apartes distintos, consideran que el jurado de conciencia reconoció la circunstan-

cia diminuente del artículo 60 del Código Penal acusado, porque aunque no plasmó sacramentalmente la fórmula contenida en esta disposición en el veredicto, la expresión con que lo hizo no daba lugar a duda, debido tanto al respaldo probatorio con que cuenta el proceso sobre la provocación grave e injusta de que fue objeto el acusado por parte del occiso, como a la ilustración que en grado suficiente recibió el *iuri* sobre tal ocurrencia durante el debate público, en que el defensor la expuso como una de las posibilidades favorables, explicando con claridad su fundamento.

El Fiscal advierte que desde el auto calificatorio, él había sugerido al Tribunal –cuando fue apelado– del reconocimiento de la atenuante con la base probatoria con que entonces contaba el informativo; dilucida detalladamente los episodios que culminaron con la muerte de Juvenal Cárdenas, cuestiona el fallo del Tribunal porque en su sentir implícitamente confiere justeza a la actitud provocadora del occiso; observa que al jurado de conciencia no se le pueden exigir fórmulas sacramentales en sus veredictos, y considera que si la intención de éste hubiera sido reconocer la responsabilidad simple y llana del homicidio, con la ilustración que había recibido en la audiencia, no habría acudido al agregado atenuador, sino que se habría atenido al cuestionario tal como se le presentó.

Coincidiendo con el defensor recurrente, concluye que el jurado acogió la diminuente y la reconoció en el veredicto, y que por tanto el fallo acusado, al *no* estar proferido en concordancia con aquél, debe ser casado parcialmente.

II. El señor Procurador 1° Delegado en lo Penal adelanta análisis de la prueba sobre las circunstancias del delito, en particular de aquella en que se hace consistir por los recurrentes la atenuante del artículo 60 del C.P., y concluye restándole toda credibilidad a su ocurrencia, y sobre esta base argumental sugiere el mantenimiento de la sentencia acusada.

Consideraciones de la Corte

El análisis del veredicto del jurado de conciencia en la causal de casación consistente en la discordancia de la sentencia con él, referida al tema del reconocimiento de la diminuente de responsabilidad consistente en el actuar del sujeto activo del delito bajo el estado emocional de la ira nacida de la provocación ajena grave e injusta, ha sido objeto de innumerables pronunciamientos de esta Corporación por la variada gama de respuestas que el iuri en su insondable potestad falladora y distinta manera de expresarse sobre la responsabilidad del acusado, emplea en cada caso.

En su labor, siempre se ha considerado que el juez popular cuenta –en el Código Procesal Penal bajo el cual ha de definirse este recurso, el derogado–, con la ilustración que se le brinda en la audiencia pública por los intervinientes y con la que le ofrecen los elementos procesales, en particular el auto de proceder y el cuestionario que se le presenta –que de ordinario condensan el respaldo probatorio a la pregunta que se formula–, y con la posibilidad de contemplar circunstancias ajenas a las consignadas en éste cuando estima que es bajo ellas que se ha cometido el delito (art. 535 C. cit.).

La evolución de la jurisprudencia ha venido desde la exigencia de respuestas con expresiones literales según el texto de la definición del fenómeno en el C.P. en tratándose de veredictos no confusos, ni ambivalentes, ni contradictorios, hasta posi-

ciones que tendientes a la aplicación de la justicia material como expresión positiva del derecho de defensa, han avanzado en la interpretación del fallo popular, sin trasponer las facultades del jurado.

Ciertamente es frecuente que el jurado deduzca responsabilidad con un agregado simple como cuando responde "sí, pero en estado de ira", aspecto que requiere necesariamente una interpretación para saber si se reconoció o no la diminuente del art. 60. La jurisprudencia ha ido evolucionando desde la sentencia de febrero 26 de 1976 donde se rechazó la exigencia de los términos sacramentales de la ley, cuanto sostuvo:

El juez de derecho al analizar un veredicto debe comprometerse en la siguiente ordenada tarea: primero, advertir si la respuesta expresa un concepto (que el veredicto exista); luego, observar que es coherente, esto es, que sus términos proposiciones o supuestos guarden armonía, no se contrapongan ni excluyan (que el veredicto no sea contradictorio); y, finalmente, deducir que esa opinión o apreciación no repugne ostensiblemente a la justicia de lo probado en el proceso, en particular a los resultados del debate de audiencia, momento culminante de la crítica probatoria (que el veredicto no sea contraevidente).

Resulta obvio que estas modalidades no se relacionan con la oscuridad o ambigüedad del veredicto. Aquí simplemente se da una inicial dificultad para fijar el sentido y evitar dispares interpretaciones, la misma que no pasa de ser momentánea y se elimina mediante fácil raciocinio, ajeno a intrincadas cavilaciones o abstrusas operaciones jurídicas (G.J. 2393 p. 44 y ss.).

Posteriormente afirmó que el simple agregado es suficiente para aceptar que el jurado reconoció la diminuente "siempre y cuando el debate público haya hecho referencia a la misma y exista un atendible respaldo probatorio de su existencia" (Cas. nov. 20/80), criterio reafirmado en sentencia de junio 21/83 así:

Con relación a la interpretación del veredicto la jurisprudencia ha tenido una notoria evolución, pues ciertamente a los miembros de un jurado popular no puede exigírseles el empleo de expresiones técnicas o frases sacramentales; sin embargo, esto en manera alguna significa que la amplitud interpretativa permita al juez de derecho crear la respuesta o so pretexto de desentrañar su alcance, hacerle decir cosas que no se deducen de su texto.

Lo ideal es que la respuesta esté en absoluta conformidad con las disposiciones legales a las cuales quiso hacerse referencia, pero como esto no siempre se logra, puede llegarse a la conclusión de que el jurado pretendió reconocer una determinada circunstancia en la medida en que las cláusulas en que aparece vertida la veredicción, interpretadas en relación con los hechos oportunamente demostrados y con los debates suscitados en la audiencia, lleven a la inequívoca conclusión de que esa fue la voluntad de los jueces de conciencia.

Este es el alcance de las sentencias del 14 de noviembre de 1975 (G. J. CLI No. 2392, p. 462), del 20 de noviembre de 1980 y del 31 de mayo de 1983, no publicadas. En tales providencias no se exigió para el reconocimiento del delito emocional,

fórmulas de estricto contenido, siempre que de ellas pudiera deducirse que el sujeto había actuado dentro de los supuestos legales que estructuran la atenuante y en la medida en que los hechos y el debate permitieran llegar a esa razonable convicción (Jurisprudencia penal 1983, compilador *Alfonso Reyes,* U. Externado, pág. 318).

Al reafirmar su criterio, la Corte recientemente sostuvo que cuando haga falta alguno de estos dos requisitos el simple agregado resulta inane y puede ser desestimado por el juez de derecho en consecuencia: "Se pretende deducir del agregado '... en estado de ira' la aminorante prevista en el artículo 60 del C.P... La jurisprudencia de la Corte ha estado orientada en el sentido de que tal agregado es inane en el veredicto si no hay antecedentes atendibles en el proceso que hayan permitido su invocación..." (Cas. marzo 27/84).

Por último, la Corte en providencia de junio 17/87, con ponencia del doctor Gustavo Gómez V., específicamente sobre el término provocación, afirmó:

... quiere agregar la Sala, en apoyo definitivo de su tesis, que los doctrinantes suelen conceder al término "provocación" un valor técnico tan destacado que, para algunos, aparece indistinto hablar del estado de ira o intenso dolor por grave o injusta provocación. La provocación, pues no comporta la equivocidad inherente a la ira o al intenso dolor, por lo mismo puede llevarse con soltura a la circunstancia de aminoración de pena, sino que resulta término equivalente a la analizada diminuente del artículo 60 del Código Penal.

La interpretación del agregado apunta, como lo sostuvo la Corte en sentencia de mayo 31 de 1983, a examinarlo "frente a la realidad probatoria que emana del proceso y principalmente a las intervenciones en audiencia pública", de lo cual puede ocurrir una de varias situaciones: a) Que no fue planteada la diminuente en el debate público ni hay prueba alguna en el proceso en dónde fundarla, circunstancia en la cual puede y debe el juez de derecho rechazar el agregado por inane; b) Que se planteó en audiencia por alguna de las partes pero no hay prueba que la respalde. En tal evento fuerza aceptar que el jurado la reconoció pero resulta contraevidente todo el pronunciamiento por ausencia de respaldo probatorio, "... no podía ser rechazada sino por la vía de la contraevidencia, mas no por la de 'inexistencia' o 'inanidad' de parte del veredicto", sostuvo la Corte en sentencia de febrero 23/88, y c) Que se planteó en el debate y hay prueba en dónde respaldar el pronunciamiento popular, en cuyo caso no hay la menor duda de haber sido reconocida por el jurado y es deber del juez de derecho pronunciar sentencia de acuerdo con el veredicto.

En el caso que ocupa la atención de la Sala se tiene que el día de los hechos el joven Jairo Cárdenas avanzaba asido a la cola de una mula de propiedad de su tío Juvenal Cárdenas por un camino veredal y que semejante actitud no agradó a aquél, que le exigió soltarse del animal, pero como no obedeció, Juvenal se apeó del semoviente en que cabalgaba y a la par con palabras injuriosas le lanzó una piedra a Jairo, quien al recibir el sorpresivo impacto en su cabeza montó en cólera y lo agredió, trenzándose con él en singular combate en el que le ocasionó heridas que determinaron la muerte del dueño del animal.

A la Corte compete únicamente dilucidar si la interpretación del veredicto por los juzgadores de instancia se ajustó a la hermenéutica atendible en el sentido reiterado en que la jurisprudencia de tiempo atrás viene pronunciándose.

El acta de audiencia recoge el episodio, que las exposiciones del Fiscal y del representante de la parte civil desdibujan suprimiéndole hasta el carácter de provocación al comportamiento del occiso y por ende restándole el carácter de grave e injusto, pero que el defensor destaca en el mismo debate con tales calificativos en demanda del reconocimiento de la atenuante. Ante el interrogante del cuestionario sobre la responsabilidad en el homicidio simple, el jurado extendió su respuesta a la afirmación, pero condicionada a haber actuado "en estado de ira provocada".

Ilustrado como fue el jurado durante la audiencia pública y a través del auto de proceder en el que el Tribunal razona como lo anota el Fiscal recurrente (fl. 191 cd. ppl.), fuerza deducir que de no haber querido reconocer la atenuante, ciertamente le habría bastado responder afirmativamente el cuestionario en que la circunstancia no había sido mencionada. No tenía el jurado la necesidad de añadir la condición a su respuesta afirmativa de responsabilidad, y del razonable material probatorio sobre la ocurrencia de la circunstancia de que se habla bien puede inferirse que tampoco quiso invadir la órbita del juez de derecho reconociendo la mera atenuante genérica de haber obrado el acusado en estado de emoción o de pasión excusables.

El no haber consignado una fórmula sacramental, o la misma que el defensor le sugirió, solo puede atribuirse a su versación escasa o nula en materias jurídicas, y no puede afirmarse que el agregado ajeno a la afirmación de responsabilidad hubiese sido inane. Así lo entendió el juzgado de primera instancia, que al hallarlo razonablemente acorde con la evidencia probatoria y suficientemente claro, no lo desestimó, sino que le confirió el alcance que el iuri quiso darle.

Al restarle la trascendencia favorecedora de la disminuente del artículo 60 del Código Penal al agregado en mención, el Tribunal emitió fallo en desacuerdo con el veredicto, y por consiguiente esta decisión habrá de ser casada parcialmente con el consecuente resultado de la disminución de la pena en la proporción autorizada, quedando señalada en el *quantum* que dedujo el juez de primera instancia, esto es 42 meses de prisión, por concordar en su tasación con los criterios señalados al efecto, y sin desconocer la circunstancia nacida del parentesco entre víctima y procesado (art. 65.2 C.P.). Prospera el cargo.

No hay lugar, por lo demás, al otorgamiento de la libertad provisional del procesado con base en la Ley 48/87 por cuanto el tiempo exigido en detención efectiva, no ha sido satisfecho.

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

RESUELVE:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada. En consecuencia, imponer al procesado Jairo Cárdenas la pena principal de 42 meses de prisión por el delito de

homicidio a que se contrae el fallo acusado, con la advertencia de que éste permanece en los demás aspectos de su parte resolutiva, en plena validez y alcances.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD – IMPEDIMENTO

Mientras se esté en la misma etapa procesal (sumario o juicio) el criterio que se plasme en su decurso, ni aun por el principio de favorabilidad, puede constituir la causal de impedimento del artículo 535 inciso segundo del C. de P.P. de 1987.

IMPEDIMENTO – PREVARICATO

Está haciendo carrera el formular la recusación una vez se tiene conocimiento de que se ha registrado, por el respectivo Magistrado Sustanciador, el proyecto pertinente, contrariando así la finalidad que se busca con esta causal de impedimento.

Auto Recusación. 20 de abril de 1988. Declara infundada la recusación formulada a los doctores Abelardo Rivera Llano y Marino Alberto Rodríguez Muñoz. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 26.

Bogotá, D. E., veinte de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Resuelve la Sala la recusación formulada a los doctores Abelardo Rivera Llano y Marino Alberto Rodríguez Muñoz, Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que se adelanta respecto de Iván Puyo Vasco y otros, por el delito de peculado.

ANTECEDENTES

El 19 de febrero de 1987 el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia penal de condena en contra de los procesados Iván Alberto Puyo Vasco, Alberto Peñaranda Canal, Iván Obregón Sanín, Gonzalo Meza Obando, Ernesto Obregón Torres y Jorge Eduardo Estrada Villegas, por el delito de peculado, según hechos que han sido reseñados de la siguiente manera:

"... Mediante una visita fiscal, por parte de los funcionarios de la División de Investigaciones de la Contraloría General de la República la empresa Promover, auspiciadora del concurso futbolero 'supergol', decubrieron que los representantes o encargados de la citada entidad dejaron de recaudar los impuestos conforme a lo dispuesto en la Ley 78 de 1966, y por consiguiente no habían sido girados a las Beneficencias Departamentales como era su deber; además, el representante legal le informó a los visitadores que no existía el dinero para ello, los funcionarios decidieron entonces poner en conocimiento de las autoridades esta situación por considerar que se había violado la ley penal".

Dicho fallo fue recurrido en apelación por los defensores de los procesados, y, cumplido el trámite propio de la segunda instancia, el expediente entró el 10 de marzo de 1987 al Despacho del Magistrado Alvaro González Pimienta, quien reemplazaba temporalmente al doctor Abelardo Rivera Llano, Magistrado Sustanciador de la Sala de Decisión que integra con los doctores Marino Alberto Rodríguez Muñoz y Juan Manuel Torres Fresneda.

El primero de julio del mencionado año volvió a asumir sus funciones el doctor Rivera Llano, quien registró un primer proyecto de ponencia en ese proceso, el 22 de enero de 1988, y uno segundo el 12 de febrero siguiente. Una semana después, los procesados Iván Puyo Vasco, Alberto Peñaranda Canal, Jorge Eduardo Estrada y Gonzalo Meza Obando, presentaron personalmente en la Secretaría del Tribunal un escrito mediante el cual recusan a la Sala, con excepción del doctor Torres Fresneda ("Como quiera que éste no ha intervenido en las decisiones que son presupuesto para el impedimento que se demanda"), aduciendo las siguientes causales:

1. La prevista en el artículo 535 inciso segundo, del nuevo Código de Procedimiento Penal, por haber la Sala revisado con anterioridad el auto que negó la cesación de procedimiento y el que llamó a juicio a los sindicados. Este motivo lo sustentan así:

"El artículo 535 citado, establece un derecho sustantivo y objetivo en favor del procesado, para ser juzgado por persona absolutamente imparcial que no haya comprometido su opinión, sea incumplimiento o no de sus funciones.

"Como derecho sustancial que es (así se consagra en el Código de Procedimiento), reconocido en la ley permisiva y favorable, ésta debe aplicarse de preferencia, al tenor de los artículos 6° del Código Penal y 6° del Código de Procedimiento Penal (6° y 5° de los Códigos vigentes actualmente)".

Dentro de esta misma causal, arguyen los recusantes que "a más del aspecto objetivo" que consagra el citado artículo 535, la Sala incluyó en el auto de proceder el

siguiente pronunciamiento, "que compromete seriamente su imparcialidad en la causa":

"Si en algo se ha caracterizado nuestra clase inversionista, capitalista, industrial o económica, es por su capacidad sorprendente de convertir en próspera una empresa que ha partido generalmente de bajos aportes de capital y al cabo de pocos meses resulta con jugosas sumas y dividendos a más de su habilidad en el conocimiento de la complejidad de los mecanismos de control público... Por ende dentro de los meandros mismos de las leyes... a través de las cuales se mueven con una impunidad que causaría alarma en otras latitudes... que explica esta clase de delincuencia para no mencinar la de cuello blanco...".

Y agregan que es pertinente destacar que antes de que el auto confirmatorio del enjuiciamiento de 18 de mayo de 1985, "saliera a la Secretaría del Tribunal", el diario El Tiempo en su edición del día siguiente, "bajo el título de cárcel y juicio para 6 conocidos empresarios, publicó con lujo de detalles la decisión del *ad quem*". Adjuntan copia auténtica del ejemplar respectivo y dicen que ante el reclamo de uno de los defensores, la Sala ofició a la Procuraduría "para que se investigara lo ocurrido, lo que curiosamente nunca se cumplió".

2. "Dejar vencer, sin actuar, los términos que la ley señala al efecto, causal consagrada por el artículo 78 numeral 12 del Código de Procedimiento Penal (artículo 103 numeral 9º del actual)", ya que "el expediente del negocio se encuentra al Despacho, desde hace cerca de diez meses", en desobedecimiento de lo que prevén al respecto los artículos "677 del Código de Procedimiento Penal", y 535 del actual.

Mediante auto de 9 de marzo último, los Magistrados Rivera Llano y Rodríguez Muñoz replican a dichos argumentos:

1. Que el trámite que a este proceso corresponde es el contemplado en el Código de Procedimiento Penal anterior, con arreglo al artículo 677 del Código de 1987. "Por consiguiente, la filosofía y el espíritu que anima la nueva codificación, al separar el funcionario (singular o plural), que haya emitido pronunciamiento con antelación al fallo, no rige para este proceso y, por lo mismo, la causal de recusación prevista en el numeral 7º del artículo 103 del actual estatuto procesal no puede invocarse para los fines que se persiguen".

2. Que en cuanto al "presunto ánimo de prevención", la transcripción hecha por los recusantes es parcial, y no corresponde, por tanto, "ni al *sentido* ni a la *finalidad* que dichas expresiones tuvieron dentro del contexto total de la providencia en la cual se consignaron" (subrayas del original), no pretendiéndose entonces nada distinto a presentar "un argumento objetivo", a manera de ilustración del examen probatorio, y con base "en la reciente experiencia que vivió el país con el surgimiento del llamado delito económico... prescindiendo de las condiciones personales de los procesados contra quienes se argumentó".

En torno de la publicación periodística sobre el auto de proceder, expresan los funcionarios recusados que la Sala fue del todo ajena a ella, y que una vez se tuvo conocimiento de la misma "dejó sentada su protesta y procedió como debía hacerlo", no pudiéndosele, pues, atribuir "si la Procuraduría actuó o no".

3. Respecto del cargo por morosidad, dice el doctor Rivera Llano que cuando se reintegró al Tribunal en el mes de julio de 1987, encontró el proceso al Despacho, con una ponencia elaborada por el Magistrado que lo había reemplazado, la cual no había sido acogida por los restantes miembros de la Sala de Decisión. "En la medida de las *posibilidades reales*, se le dio prelación al proceso en estudio, que involucraba cuestiones civiles, comerciales, tributarias y penales propiamente dichas, que se cuestionaban y presentaban a la consideración de la Sala, por parte de los señores recurrentes". Pone de presente, además, la relación de trabajo por él cumplido entre los citados meses de julio y enero de 1988, cuando registró la primera ponencia, la cual, anota, "hubo de corregirse por defectos mecanográficos, siendo registrada nuevamente el 12 de febrero próximo pasado". Destaca que, en consecuencia, como lo tiene establecido la jurisprudencia (algunos de cuyos apartes cita), "la mora cesa precisamente en el momento en que se presenta la ponencia respectiva, en el caso de las Corporaciones Colegiadas".

Los Magistrados adjuntaron una certificación de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal acerca de la labor cumplida por el doctor Rivera Llano en el lapso correspondiente, y copias de los "registros de proyectos" números 001 y 005, de fechas ya indicadas. Rechazaron la recusación y dispusieron el envío del proceso a la Corte, donde se procede a resolver de plano.

Consideraciones

1. *El artículo 535 del Decreto número 050 de 1987 (nuevo Código de Procedimiento Penal) dice en lo pertinente:*

"……

"Las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación por delitos cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los Tribunales, se decidirán por la Sala respectiva, la cual quedará impedida para conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento.

"Cuando se trate de Tribunal con Sala única, se aplicará lo dispuesto en el artículo 110.

"En igual forma se procederá si se tratare de consulta" (Se subraya).

Este motivo de impedimento (que, por tanto, configura también causal de recusación) no estaba previsto en el Código de Procedimiento Penal de 1971, y debe su existencia a la "separación" que el nuevo estatuto procedimental establece, para determinados casos, entre las etapas de investigación y de juzgamiento, las cuales quedan a cargo de distintos funcionarios, entre quienes no se da nexo de subordinación funcional ninguno: de ahí que las notas preponderantes de dichos segmentos del proceso, sean la autonomía y la independencia. Siendo ello así, resulta obvio que esta causal de impedimento no tiene cabida en los casos en que la resolución de acusación (antes auto de proceder) es proferida por el funcionario de conocimiento propiamente dicho, es decir el encargado por ministerio de la ley para adelantar el juicio y dictar la sentencia. Esta hegemonía procesal, por así decirlo, gobernaba sin distingos todo el procedimiento penal de 1971, y continúa rigiendo en el actual para los Juzgados

Municipales, algunos de Instrucción Criminal (especializados y de orden público), Tribunales Superiores y Corte Suprema. Baste decir que el caso que aquí se afronta es uno de éstos, por la sencilla razón de que sigue el rito del estatuto anterior, y en estas condiciones desde mayo de 1985 el Tribunal confirmó el auto de proceder y luego revisó por apelación otros proveídos; es decir, que ya dentro de la etapa del juicio ha venido pronunciándose la Sala recusada, factor éste suficiente de suyo para que su capacidad para emitir la sentencia respectiva se mantenga incólume.

La Corte ya ha tratado estos temas en varias oportunidades. Así, en auto de 27 de octubre del pasado año, dijo:

"Ciertamente el nuevo Código de Procedimiento Penal consagra una causal de impedimento Sui Generis *en el inciso segundo del artículo 535, para ser aplicada únicamente en el procedimiento que señala el Código, en atención a los cambios fundamentales que se introducen en la etapa del juzgamiento respecto de procesos de competencia de los jueces superiores y del circuito. En efecto, se separan completamente la investigación y la causa correspondiendo a cada etapa un funcionario diferente sin subordinación funcional; la acusación, que la formula el funcionario instructor en forma exclusiva, es provisional para dinamizar la etapa del juzgamiento que se había tornado meramente formal.*

".....

"En tales condiciones no es de recibo la tesis del impedimento, ni la del cambio de competencia en virtud de lo señalado por el artículo 535 inciso 2°, porque tal precepto solamente es aplicable a los procesos que se ritúen con el procedimiento especial que admite resolución acusatoria por Jueces de Instrucción Criminal, aspecto que no ha tenido ocurrencia en el presente caso y no es posible 'ajustarlo' al actual porque quedó reglado expresamente por el procedimiento tradicional que el legislador le señaló en el artículo 677 referido".

Y luego en auto de diciembre primero último:

"... obsérvese cómo el asunto (art. 535, inciso segundo) se limita a los Tribunales, en asuntos de los cuales conocen en segunda instancia por vía de apelación (o de la consulta, según el inciso final del artículo que se comenta) y cuando el proceso se encuentre en la fase instructiva y para impedirles su conocimiento en la etapa de juzgamiento. Es entendido entonces que en todos los otros eventos la opinión manifestada por el funcionario en estricto cumplimiento de sus funciones mal puede ser elevada a la categoría de prohibitiva para proseguir en el conocimiento del respectivo proceso. Así, pues, mientras esté en la misma etapa procesal (sumario o juicio) el criterio que se plasme en su decurso no inhabilita de manera alguna..." (subrayas del original).

En ese orden de ideas, resulta claro que la disposición en examen (artículo 535 inciso 2° del C. de P.P.) se limita a consagrar un trámite especial en la segunda instancia en casos igualmente especiales (procesos de que conocen los juzgados Superiores y de Circuito), para, repítese, preservar durante todo el proceso la tajante separación que el nuevo ordenamiento marca para dichos eventos, y que, en últimas, se traduce en un factor de competencia, al señalar la propia ley que, invariablemente,

otro juzgador distinto del que conoció por apelación en la etapa instructiva, debe ser quien realice lo propio en el tramo del juicio. Si la norma en cuestión, es, pues, de rito, la invocación de favorabilidad hecha por los procesados recusantes, carece de asidero y, por tanto, ha de rechazarse.

2. El segundo "prejuzgamiento" endilgado a los Magistrados se hace consistir, como se vio, en determinadas consideraciones hechas en el auto de proceder referidas a los entornos socioeconómicos que presentan delitos de características similares al peculado materia de este proceso. Las "reflexiones" que "comprometen seriamente la imparcialidad de los Magistrados", según el escrito recusador, están enmarcadas dentro del siguiente contexto argumental del proveído enjuiciatorio de segunda instancia:

"Discrepa, así mismo, la Sala del planteamiento del señor defensor ya citado, así como del doctor Ibáñez Sandobal cuando el primero pregona que no hubo aprovechamiento de los dineros recaudados, ni por parte de su cliente ni de los restantes acusados, y del segundo cuando predica, además de la inexistencia del punible, el error o fuerza mayor. Ya se ha dicho que, a partir de la actuación-gestión del implicado Obregón, el destino, la utilización o giro de la apreciable suma dejada por el tantas veces citado ex socio Arango, no se ha explicado adecuada y satisfactoriamente (cuando la empresa estaba en condiciones más que idóneas para hacer los pagos legales debidos y liquidados). Allí se abre una incógnita, que ciertamente no puede resolverse en favor de los implicados. Por el contrario, revierte sobre ellos.

"Predicar buena fe, frente a profesionales del derecho, de gentes experimentadas y con conocimientos específicos del ramo en que estaban trabajando, resulta, por decir lo menos, ingenio. Si en algo se ha caracterizado nuestra clase inversionista, capitalista, industrial o económica, en general, es no solamente por su capacidad sorprendente para convertir en próspera una empresa que ha partido, generalmente, de bajos soportes de capital y al cabo de unos meses resulta con jugosas sumas y dividendos, a más de su habilidad en el conocimiento de la *complejidad de los mecanismos* de control público, de la morosidad del Estado en el cumplimiento de sus deberes y tareas, etc., y por ende, dentro de los meandros mismos de las leyes, incisos y decretos, encuentran *las contradicciones del sistema,* a través de las cuales se mueven en una impunidad que causaría alarma en otras latitudes. Aspecto éste de suma importancia en el estudio de la moderna criminología, especialmente crítica, que explica esta clase de delincuencia, para no mencionar la de cuello blanco que ha venido azotando, como flagelo lacerante, el país en los últimos años, pero que, desde luego, no es del caso entrar a analizar en esta sede, sino que se trae a colación simple y llanamente, en orden a ilustrar una afirmación que se hace con apoyo, desde luego, en las fuentes probatorias, los signos y circunstancias que rodean esta investigación. De lo contrario, de no procederse dentro de esta óptica, en el análisis y escudriñamiento de la verdad histórica y real (hasta donde le es dable a la justicia humana hacerlo) tendríamos que recaer, inmediatamente, en el mero formalismo, no pudiendo traspasar los esquemas, desde luego probados en el plenario, de la insolvencia, ante la cual (premisa básica), la consecuencia, inculpabilidad o inexigibilidad, ya que ante lo imposible nadie está obligado; luego atipicidad o aplicación del artículo 491 del C. de P. P. y allí concluiría todo.

"Pero es que el juzgador, en el esfuerzo por cumplir adecuadamente su tarea y función, debe tomar el *conjunto* del haz probatorio; escudriñar, analizar y criticar los antecedentes, circunstancias y hechos que, aun considerados aisladamente, serían neutros y conllevarían a consecuencias negativas frente a la estructuración y surgimiento del hecho punible, vistas en su *conjunto*, conociendo los antecedentes de la historia reciente económica del país (fuentes de información que aportan modalidades de acción comunes, habilidades desplegadas), integran las *reglas de la experiencia* guías y maestras del juzgador para arribar, no sólo a la comprensión del fenómeno fáctico que tiene entre manos, sino su juzgamiento en justicia, que es cuanto se pretende y persigue.

"De ahí por qué el esfuerzo analítico-crítico y las deducciones del juzgado de instancia, las encuentre el Tribunal correctas, imparciales, ajustadas a la realidad investigada y a las inferencias propias de una sana lógica del raciocinio y del juicio" (fls. 74 a 76 del cuaderno número 3 de copias-subrayas del texto original).

La anterior transcripción muestra de por sí que las consideraciones que reprochan los recusantes, están encaminadas a sustentar las tesis mediante las cuales el Tribunal respondió a las alegaciones de los defensores sobre inexistencia del delito de peculado, y, especialmente, sobre la buena fe, la fuerza mayor u otra causal de inculpabilidad. Es que el delito expresa un conflicto social, y como tal su examen en cada caso concreto exige consideraciones de tipo individual y colectivo, matiz este último que se pone de manifiesto en mayor grado en delitos que tienen como escenario propio el manejo de grandes sumas de dinero, bien oficiales, ora de propiedad particular o privada, y que sólo se entienden y explican por virtud del gran avance y desarrollo de la industria, el comercio y, sobre todo, del sistema financiero. "Reflexiones" de esta índole, son, pues, las que aparecen en el auto de proceder, como lo dijeron los Magistrados recusados, sin que en ellas se vislumbre un prejuicio o ánimo prevenido de los juzgadores respecto de las personas concretas y determinadas que figuran procesadas, y que, de existir, pondría en cuestión la imparcialidad que, sin excepciones, debe presidir y regir todo juzgamiento.

Este "prejuzgamiento" se pretende afianzar por los recusantes con la circunstancia de que al otro día de dictarse el auto de proceder, el diario El Tiempo publicó la noticia con una breve reseña del caso. A los pocos días el defensor del procesado Gonzalo Meza Obando hizo por escrito el reclamo al Magistrado Ponente (fls. 86 ibídem), quien, de inmediato, encontró razonada la queja y dispuso, en consecuencia, oficiar a la Procuraduría General de la Nación, "para que se investigue lo sucedido y denunciado en este asunto" (fls. 91 ibídem), sin que su incumplimiento le pueda ser atribuido al doctor Rivera Llano, como tampoco que hubiera tenido participación alguna en la referida nota periodística.

Así las cosas, esta causal de impedimento también carece de fundamento.

3° *La causal 12 de recusación prevista en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal de 1971 (reproducida en lo sustancial por el artículo 103-9 del nuevo estatuto), dice:*

"Dejar vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora se deba a fuerza mayor o caso fortuito" (se subraya).

Se ve, pues, de entrada, que para la procedencia de dicha causal es presupuesto indispensable que el funcionario no actúe; si lo hace, resulta obvio que la recusación deviene extemporánea y ya deja de tener objeto, porque la mora ha terminado. Cabe entonces preguntarse en qué momento es dable afirmar que el funcionario "ha actuado" y por ende ha puesto fin a la mora.

Pues bien: el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil (que se integra al de Procedimiento Penal), dice: "... En los mismos términos los Magistrados deberán dictar las providencias que le corresponde o presentar los proyectos de las que sean de conocimiento de la Sala; ésta dispondrá de la mitad del respectivo término para proferir la decisión a que hubiere lugar, que se contará desde el día siguiente a aquel en que se registre proyecto en un cuadro especial que se fijará en lugar visible de la Secretaría" (Se subraya).

El juzgador "actúa", entonces, cuando registra el proyecto respectivo, acto que fue cumplido por el doctor Rivera Llano el 22 de enero de 1988 y luego el 12 de febrero (fls. 108 y 109 cuaderno del Tribunal), de donde se sigue que la recusación propuesta el 19 de febrero, ya no procedía. *La jurisprudencia ha sido en este punto reiterada, como lo recuerdan los Magistrados recusados al citar apartes de los autos de esta Sala, de fechas 6 de diciembre de 1983 y 6 de marzo de 1984. En providencia de 29 de septiembre de 1981, dijo al respecto esta Corporación:*

"En el segundo caso (juez colegiado) debe entenderse que el término hasta el cual es posible la recusación del Magistrado Ponente es el de la fecha en que presenta a la Sala el proyecto de fallo respectivo y no aquel en que la Corporación aprueba o afirma la decisión tomada. Son razones de esta interpretación las siguientes:

a) La función del Magistrado Ponente es la de estudiar el proceso que le ha correspondido en reparto para presentar ante la Sala su criterio sobre la cuestión pertinente, vertido en un proyecto de providencia; registrado éste culmina su misión de ofrecer a la Sala su personal propuesta de solución del conflicto jurídico que todo proceso implica; de allí en adelante es la colegiatura, con aporte de todos sus integrantes, la que decidirá sobre la suerte final de la ponencia;

b) La inmediata finalidad de la recusación por mora no es otra que la de lograr la separación del funcionario moroso recusado para que sea otra persona (el Magistrado que le siga en turno si se trata de Tribunal o Corte) quien realice oportunamente la actividad judicial no desarrollada aún por el recusado; si esto es así, carecería de sentido separar del conocimiento del negocio a un Magistrado recusado por mora después de que éste ya ha cumplido, así hubiese sido con retardo, la función de elaborar la ponencia correspondiente y ponerla en conocimiento de la Sala, porque en tal hipótesis nada tendría que hacer el Magistrado que debiese reemplazar a quien fue objeto de la recusación. A este propósito no sobra recordar lo que esta Sala dijo respecto de la causal de recusación que ahora ocupa a la Corporación. 'Conviene destacar que la recusación comentada se proyecta hacia el futuro, cuando no ha surgido la actividad procesal que se requiere del funcionario judicial, y no para afectar una competencia subjetiva, cuando ésta se ha ejercitado, así sea dentro de las condiciones del artículo 78 del C. de P. P.' (Auto de junio 12 de 1978)".

Al respecto observa la Sala que está haciendo carrera al formular la recusación una vez se tiene conocimiento de que se ha registrado, por el respectivo Magistrado Sustanciador, el proyecto pertinente. Esta costumbre, que bien puede calificarse de perniciosa, sólo encuentra explicación en que se busque por los recusadores una cualquiera de estas dos finalidades: o que se produzca el cambio del ponente original para dilatar más aún la decisión del recurso, o que, conocido por cualquier medio subrepticio el sentido de la ponencia, se pretenda buscar, en el nuevo Sustanciador, un criterio más favorable a los intereses de quienes formularon la recusación. Nada más ajeno y contrario a la finalidad que se busca con esta causal de impedimento, que no es otra que la de evitar las demoras injustificadas en la tramitación y resolución de los procesos.

Sin perjuicio de lo dicho, conviene destacar la labor cumplida por el Magistrado Sustanciador, doctor Rivera Llano, dentro de los seis meses de mora que se le imputan: el primero de julio de 1987 recibió de su antecesor 11 procesos a Despacho, dentro de los cuales se encontraba éste por peculado, y entraron 257 más. Fueron aprobadas durante dicho lapso (julio de 1987 a enero de 1988) por la Sala presidida por él *248* ponencias, y registrados 13 proyectos más, para un gran total de 261 asuntos (fls. 106 y 107 del cuaderno del Tribunal).

En tales circunstancias, a las que se suman el hecho de que la ponencia inicial fue rechazada y que, en consecuencia, le correspondió al doctor Rivera Llano emprender el estudio del expediente (en verdad complejo e implicado por situaciones del resorte de varias áreas del derecho), la Sala encuentra que no existe mérito para que se haga la compulsa para efectos disciplinarios.

La recusación, por tanto, se declarará infundada.

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

RESUELVE:

DECLARAR infundada la recusación propuesta respecto de los doctores Abelardo Rivera Llano y Marino Alberto Rodríguez Muñoz, Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis G. Salazar Otero
Secretario

NULIDAD SUPRALEGAL VIOLACION INDIRECTA

No pueden confundirse las formas propias del juicio con los grados probatorios.

Sentencia Casación. 27 de abril de 1988. No casa el Fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Luis Alfredo Prada y Carlos Bermúdez Peña, por los delitos de Concierto para delinquir y Perturbación del Transporte Oficial o colectivo y a Wilfredo Manuel Galarcio Polo y Roberto Camacho Duarte, por el delito de Concierto para delinquir.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 25. Abril 19 de 1988.

Bogotá, D. E., abril veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Por sentencia del 20 de noviembre de 1986, el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó a Luis Alfredo Prada y Carlos Bermúdez Peña a la pena principal de cuatro años de prisión como responsables de los delitos de Concierto para delinquir y Perturbación del Transporte Oficial o Colectivo y a Wilfredo Manuel Galarcio Polo y Roberto Camacho Duarte, por el delito de Concierto para delinquir.

Oportunamente fue interpuesto el recurso extraordinario de casación, que una vez concedido fue admitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente se declaró ajustada a los requerimientos legales la demanda presentada dentro de término.

Se escuchó el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó que no se casara el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que dieron origen al proceso culminaron con la colocación de bombas incendiarias en el parqueadero de los vehículos de la empresa estatal Ecopetrol, que ocasionaron daños de poca consideración a tres vehículos de esa empresa. El atentado fue posteriormente reivindicado por el "Morec", sigla del Movimiento Obrero Revolucionario de Ecopetrol, que había aparecido en 1984, como una organización armada y política, que resolvió acudir a las vías de hecho, pero circunscribiendo su accionar al sector petrolero. Durante todo este tiempo estuvieron apareciendo comunicados y boletines que hablaban de la existencia de este grupo de la misma manera que alcanzaron a formular amenazas contra personal directivo de la empresa. Realizaron algunas otras actividades ilícitas que fueron oportunamente denunciadas y que dieron origen a la apertura de varios procesos penales.

La explosión que originó los daños tuvo ocurrencia el cinco (5) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Fueron capturados Alfredo Prada Rodríguez, Wilfredo Manuel Galarcio Polo, Roberto Camacho Duarte, Carlos Bermúdez Peña, Jairo Calderón Rueda y Jairo Sedano Ayala, presuntos miembros del "Morec".

El Juzgado Octavo Superior de Barrancabermeja por auto del once de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco dictó auto de proceder contra Luis Alfredo Prada Rodríguez y Carlos Bermúdez Peña por los delitos de Concierto para delinquir y Perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial en concurso, y a Wilfredo Manuel Galarcio y Roberto Camacho Duarte, por el delito de Concierto para delinquir.

Por sentencia del 23 de julio de 1986, el mismo Juzgado absolvió a Luis Alfredo Prada Rodríguez, Carlos Bermúdez, Wilfredo Galarcio y Roberto Camacho, por el delito de concierto para delinquir y a Carlos Bermúdez Peña por el cargo de Perturbación en servicio de transporte, condenando a Prada Rodríguez por este último.

El Tribunal Superior de Bucaramanga por providencia del 20 de noviembre de 1986 revocó el fallo absolutorio y condenó a Luis Alfredo Prada y a Carlos Bermúdez Peña como responsables de Concierto para delinquir y perturbación de Transporte Oficial o Colectivo, y a Wilfredo Manuel Galarcio Polo por Concierto para delinquir, condenando a los dos primeros a la pena de cuatro años de prisión y al último a tres años y seis meses de prisión.

LA DEMANDA

El censor plantea tres cargos contra el fallo revisado: dos al amparo de la causal cuarta y el tercero en el ámbito de la causal primera.

La nulidad alegada en primer lugar, se hace consistir en violación del debido proceso de carácter constitucional (art. 25 y 26), por haberse tenido como prueba

válidamente producida la confesión que los procesados rindieron ante el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar y luego trasladadas al proceso de la justicia ordinaria, no obstante haber sido el resultado de torturas físicas a que fueron sometidos. En tales condiciones, considera que las mencionadas confesiones carecen de los requisitos legales que les darían validez, como es la libertad y la espontaneidad.

Como segundo cargo, plantea nuevamente una nulidad esta vez de carácter legal, por haberse incurrido en error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, pues considera, que no se dio el delito de concierto para delinquir por el cual fueron llamados a juicio, sino el de constreñimiento ilegal (art. 276) y se refuerza en las argumentaciones que en su momento dio el Tribunal de Bucaramanga para negar la aplicación del indulto, por considerar que lejos de conformar un grupo político, el "Morec", no tenía otra finalidad que convertirse en un grupo de presión entre la empresa, para preparar el ambiente propicio para la discusión de un nuevo pliego de peticiones.

Al amparo de la causal primera, acusa a la sentencia de infringir la ley sustancial de manera indirecta por falta de aplicación del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, por errores manifiestos de hechos y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Como error de derecho considera el haberle dado validez a la confesión, pues la misma fue allegada al proceso con violación de las formalidades legales propias de esta prueba, puesto que se produjo bajo tortura.

Predica igualmente la existencia de errores de hecho por haber apreciado equivocadamente el sentido y alcance probatorio de la inspección judicial, igualmente trasladada a este proceso en la que se da cuenta del decomiso de varios elementos para la fabricación de explosivos armas y propaganda subversiva, pero que tales elementos tienen una destinación equivocada y de la verificación que de ellos se hace en la inspección judicial no puede llegarse a la conclusión de la existencia del delito de Concierto para delinquir y que lo único que con ello se demuestra es que esos materiales fueron encontrados allí.

Con relación al delito de Perturbación de Transporte Público u Oficial, que pretende demostrarse con la inspección judicial que se efectuó al sitio donde estaban parqueados los vehículos dañados y con los testimonios de las personas que participaron en la sofocación del incendio, plantea que dicha prueba sólo confirma el aspecto objetivo del delito, más no el aspecto subjetivo y que con ello tampoco se demuestra quiénes fueron sus autores y que de esta manera se distorsionó por el fallador de instancia el valor probatorio de dicha prueba.

Sostiene igualmente, la existencia de otros errores de hecho cuando afirma, que hay indicios de la presencia de Prada Rodríguez dentro de las instalaciones de la empresa, antes y después de la explosión, pero que en realidad el Juzgado no menciona cuáles son esos indicios, que en realidad son supuestos por el fallador, presentándose de esta manera la violación indirecta de la ley sustancial y concretamente del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal que consagra el *in dubio*

pro reo, para concluir solicitando se case totalmente la sentencia, para que en su lugar, se dicte sentencia absolutoria por no existir prueba suficiente para condenar.

El concepto del Procurador Delegado

En relación con el primer cargo de nulidad supralegal, el Colaborador Fiscal solicita se rechase la impugnación, al considerar que la alegación fundamental del casacionista tiene relación con el principio de legalidad de la prueba, pero que el quebranto de este principio tiene en sede de casación un tratamiento específico, pues debe quedar comprendido dentro del concepto de la violación indirecta de la ley por error de derecho en la apreciación de las pruebas y que por la especificidad y taxatividad que gobiernan el recurso extraordinario para el actor era imperativo formular la censura al amparo de la causal primera del cuerpo segundo.

Que no es posible confundir esta problemática, con el postulado del debido proceso, que se refire según la jurisprudencia "a los trámites fundamentales que caracterizan los procesos penales en general y al específico tipo de proceso dentro del cual se dictó la sentencia censurada", situación que excluye la discusión relativa al valor de las pruebas consideradas con violación de las reglas de su aducción.

Que si toda la argumentación se orientó fundamentalmente a la demostración de la existencia de pruebas ilegalmente aducidas y se produjo dentro de la causal cuarta de casación, es evidente el yerro de técnica en que incurre el censor, pues "las formas propias del juicio hacen relación a las garantías universalmente reconocidas a los diferentes sujetos procesales en virtud de su interés jurídico particular dentro del proceso y a las peculiaridades y modalidades específicas que diferencian y distinguen los distintos procedimientos entre sí, garantías y peculiaridades que al ser conculcadas por la actividad fallida del juez, constituyen errores *in procedendo* en sentido diverso, los grados probatorios son los precisos requisitos de razón que demanda la ley para poder declarar judicialmente demostrado un hecho concreto, requisitos o presupuestos cuya violación por el discurrir falso del juzgador, conforman errores *in judicando.* La conclusión es obvia. Comporta un imperdonable desacierto de técnica, invocar fallas de juzgamiento dentro de una causal que, como la cuarta, por su especial naturaleza, se fundamenta en la existencia de errores *in procedendo,* constitutivos de nulidad legal o constitucional" (Cas. de febrero 3 de 1981). Solicita finalmente, que se rechace el cargo.

Considera el Colaborador Fiscal, que el segundo cargo de nulidad por errónea calificación debe ser igualmente rechazado, anotando que incurre el censor en un error de técnica, al formular una proposición jurídica incompleta, pues se limita a demostrar la no existencia de un delito de concierto para delinquir, pero no prueba la existencia del constreñimiento ilegal y se limita a describirlo sintéticamente, pero termina concluyendo que la imputación por el delito de Concierto para delinquir fue acertada, pues la unión de los que integran el grupo "Morec", se hizo con carácter de permanencia y actuaron con el propósito de cometer delitos y que ello se concluye de los propios comunicados del movimiento.

En relación con el cargo formulado al amparo de la causal primera, acepta que efectivamente le asiste razón al censor en cuanto a que las pruebas trasladadas del otro

proceso adelantado por la justicia militar, no han podido considerarse como una auténtica confesión y que igualmente, no ha podido descartarse por parte del Tribunal la existencia de posibles torturas en la consecución de las "confesiones", pero que a pesar de lo anterior, considera que se debe rechazar el cargo, porque el Juez no tiene esas pruebas como únicas, sino que hacen parte de un contexto probatorio que corrobora las pruebas tachadas como producidas ilegalmente.

Con relación a los otros errores de hecho destacados por el impugnante, sostiene el Fiscal de la Corporación que no aparece clara la distorsión del sentido de la inspección judicial, también trasladada del otro proceso, en el sentido de que lo constatado por medio de esa prueba tiene un sentido equívoco, porque el fallador apreció la prueba en conjunto y no esa prueba individualmente considerada. Que idéntica afirmación puede hacerse en relación con la crítica que el impugnador dirige a la prueba demostrativa de la materialidad del delito de perturbación de transporte oficial, pues toma la prueba parcialmente y no en su conjunto como fue apreciada por el juzgador de instancia.

Finalmente, rechaza las argumentaciones del censor cuando critica los hechos indicadores tenidos en cuenta por la instancia para concluir con la presencia de Prada Rodríguez en el lugar de los hechos, por el hallazgo del radio de comunicaciones de Ecopetrol en su poder y propaganda del "Morec", desconociendo que esas realidades fácticas fueron los hechos indicadores tenidos en cuenta para deducir la participación en el delito.

Solicita se rechace la demanda.

Consideraciones de la Corte

El primer cargo que por nulidad plantea el censor es por violación de la ley superior en el contenido de sus artículos 25 y 26, por haberse tenido como prueba determinante de participación la confesión hecha por los procesados ante el Juzgado 24 de Instrucción Militar, pese a haber sido el resultado de torturas físicas y de amenazas formuladas por miembros del Batallón Nueva Granada con sede en Barrancabermeja.

Considera el censor, que se violaron las formas propias del juicio y el derecho de defensa del acusado, porque la garantía del proceso no se refiere exclusivamente a las normas procedimentales, sino también al contenido de los actos procesales.

Se ha sostenido reiteradamente por la Corte, que en el artículo 26 de la Constitución están consagradas cuatro garantías con naturaleza objeto y consecuencias propias, así:

a) Preexistencia de la ley que origina el juzgamiento;

b) Legalidad de la ley procedimental;

c) Respeto a las formas propias del juicio;

d) Aplicación de la ley favorable, así fuere posterior al acto que se imputa.

Sobre los conceptos anteriores, se ha venido sosteniendo de manera uniforme que se reconoce la existencia de nulidades supralegales o constitucionales, cuando "... se trate de irregularidades procedimentales que impugnen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado". Como tales se han estimado, en la elaboración jurisprudencial de casación la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causa con aplicación de leyes sustanciales posteriores al delito (sentencia de 19 de febrero de 1943); la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formulación de la actuación impida la precisión del delito materia de juicio (sentencia 19 de febrero de 1943 y 24 de enero de 1980); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencia de mayo 18 de 1962, 15 de diciembre de 1950, 11 de julio de 1952, 23 de enero de 1953, 7 de diciembre de 1955 y 7 de noviembre de 1961 entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al Jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencia 26 de julio de 1964, 10 de noviembre de 1955 y 12 de noviembre de 1956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sentencia de 11 de febrero de 1948). Casación de 5 de julio de 1976.

Con la precisión de los conceptos anteriores con relación a cuál es el alcance del artículo 26 de la Constitución Nacional, claramente se observan los vicios sustanciales que quitan validez a una actividad procesal y por tanto, las nulidades que jurisprudencialmente ha venido reconociendo la Corte.

Pero, precisamente por los conceptos anteriores, no pueden confundirse las formas propias del juicio con los grados probatorios porque con el primer concepto se hace relación a las garantías universalmente reconocidas a los ciudadanos para garantizar los derechos individuales y sociales que se presentan en el proceso y que constituyen errores in procedendo, *mientras que los errores en relación con los grados probatorios, son las exigencias que la ley demanda para la validez de una prueba y por tanto tenga capacidad probatoria; la violación por la errónea apreciación del juzgador generan los vicios* in iudicando.

El aspecto fundamental del censor lo hace radicar en la violación del principio de legalidad de la prueba, que dentro de la técnica de casación queda comprendida en la violación indirecta de la ley, por la existencia de un error de derecho en la apreciación de la prueba y que por tanto dentro de la realidad taxativa de las causales de casación y dentro del marco específico que se exige en el ataque a un fallo, es imperativo que la censura se haga al amparo de la causal primera, y no dentro de la cuarta, como se hizo antitécnicamente en este caso, porque como ya se estableció con anterioridad, la violación del debido proceso comprende fundamentalmente los vicios in procedendo, *que son los que específicamente quedan cubiertos en el mandato constitucional del artículo 26.*

Tratándose como se trata, de un vicio in iudicando, que hace relación fundamentalmente *a la apreciación de los medios probatorios, no puede hablarse de la*

violación del debido proceso para pretender el reconocimiento de una nulidad supralegal, sino que el ataque ha debido orientarse a la demostración de la existencia de un error de derecho, con el que se ocasione una infracción indirecta a la ley sustancial.

Desorientado entonces, es el ataque que formula el impugnante y tal como lo solicita el Procurador Delegado, no debe aceptarse éste como cargo primero.

Como cargo segundo plantea una nulidad de carácter legal, por haberse incurrido en errónea calificación jurídica de la conducta, vicio ubicable en el numeral 5° del artículo 210 del anterior Código de Procedimiento Penal, porque considera el censor que no se trata de un Concierto para delinquir, sino de un constreñimiento ilegal.

Considera la Sala que la calificación jurídica que se dio al comportamiento de las personas procesadas como integrantes del Movimiento Revolucionario de Ecopetrol "Morec" fue acertada, porque evidentemente no se trató simplemente de crear un grupo de presión de la clase obrera contra las directivas de Ecopetrol para forzar a una rápida aprobación del pliego de peticiones que se iba a comenzar a discutir, sino que la unión formalizada tenía características de permanencia y no simplemente con el propósito de presionar un arreglo de carácter obrero patronal, igualmente sus propósitos manifestados no eran los de circunscribirse a ese nivel de actuación, sino a la realización de diversas actividades de carácter delictivo.

Por sus comunicados, se observa que se trata de una organización de carácter político-militar, que decide recurrir a las vías de hecho para defender a la clase obrera, manifestando claramente que el hecho ocurrido el cinco de febrero no es más que el comienzo de su actividad, y ofrecen acciones de mayor envergadura contra los intereses de la burguesía y de las transnacionales. Con tales propósitos, evidentes en uno de los comunicados allegados al proceso, no puede pensarse jamás, como así lo cree el impugnante, que se trate de un simple constreñimiento, sino que por el contrario, la adecuación jurídica de las conductas se encuentra acertadamente elegida, pues en realidad se reúnen las características típicas del Concierto para delinquir.

En las condiciones anteriores, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, el cargo no debe prosperar.

Tercer cargo:

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, se plantea una violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en que incurrió el juzgador de instancia, al reconocer el valor probatorio en los términos del artículo 264 del C. de P. P. anterior, a la confesión de Luis Alfredo Prada, recibida por Juez incompetente y bajo tortura.

Se alega igualmente violación indirecta de la ley, por error de hecho en la apreciación del contenido de la diligencia de Inspección Judicial, porque según el censor, "... los elementos encontrados en ella, son equívocos, porque no se puede

decir que esas municiones, explosivos, etc. eran con el fin de cometer delitos, sí como indicio grave tomamos la nombrada inspección judicial...".

Y agrega el censor: "... En este caso hay error de hecho porque el sentenciador distorsionó el sentido de una prueba en que fundó su juicio en forma que su interpretación vale lo mismo que haberla supuesto o suprimido...".

El señor Procurador Delegado en lo Penal, rechaza el cargo presentado por el censor como violación indirecta en relación con el valor de la confesión, sosteniendo que si bien es cierto que este medio de prueba fue producido en forma no sólo irregular sino incluso delictuosa, no fue sin embargo el único medio probatorio tenido en cuenta en la instancia ya que la confesión no fue más que una corroboración de las evidencias obtenidas por otros medios probatorios.

En relación con el segundo motivo de inconformidad incluido en este tercer cargo, sostiene el Ministerio Público, que la Inspección Judicial no fue distorsionada en su alcance y sentido probatorio, porque si bien dicha prueba "considerada individualmente puede no indicar la participación y responsabilidad de Prada Rodríguez en los hechos investigados, relacionada con los demás elementos de juicio, sí adquiere una precisa significación que lo compromete penalmente...".

La Sala, considera jurídica y acertada la posición conceptual de la Procuraduría Delegada.

Bien sabido es que, cuando se alega en sede de casación la violación indirecta de la ley por error de derecho y como en el caso concreto por falso juicio de legalidad, no es suficiente que el censor demuestre que la prueba se allegó al proceso con violación de las normas reguladoras de su aducción, sino que es necesario además, acreditar su trascendencia en la parte resolutiva del fallo impugnado y que sin ella se desquiciarían todos los fundamentos de la sentencia.

No sucede tal cosa en el caso que se examina, donde el juzgador se encontró ante una prueba indiciaria, grave, concordante y seria que no sólo confirmó el contenido de la confesión, sino que daba como lo entendió el Tribunal de instancia suficiente sustento a la sentencia impugnada.

Demostrado está en autos, que los acusados pertenecían al "Morec", asociación armada y delictiva, encaminada a presionar a la empresa petrolera, realizando sabotajes, atentados de toda clase, incendios de vehículos, amenazas a los directivos, de todo lo cual dan cuenta los comunicados del "Morec", hecho que pone en evidencia, las armas, municiones, explosivos, elementos manuales para su construcción, encontrados en poder de los acusados, sin que se pueda explicar en forma alguna tan ilícita conducta. Hay indicios no desvirtuados, que sitúan al acusado en el lugar donde los vehículos de transporte colectivo fueron incendidados y dinamitados y en su poder se halló el radio de comunicaciones de Ecopetrol, para interferir las comunicaciones de la empresa, actividades subversivas todas estas, las cuales el Morec "reivindicó la autoría" en uno de sus boletines. Por eso dice con razón el Ministerio Público que "... la estructura probatoria del fallo puede subsistir aún con prescindencia de las cuestionadas confesiones.

Es además un aspecto de singular importancia en el campo probatorio y en relación con el tema que ocupa la atención de la Sala, el saber que el contenido de la confesión obtenida de manera irregular fue ratificada espontáneamente por todos los procesados quienes libremente y con todas las garantías que la ley establece, confesaron dentro del proceso y ante juez competente, su participación en el Morec como movimiento subversivo político y militar, hecho que autorizaba al juzgador para apreciar la confesión de acuerdo a la sana crítica y en armonía con todo el caudal probatorio aportado al proceso.

Y esta confesión legalmente producida, cobró especial poder de convicción, cuando en el período de la causa, los procesados, incluido el recurrente Prada Rodríguez, confesaron su participación en el Morec y solicitaron del Tribunal la concesión del "Indulto" admitiendo estar dedicados a actividades subversivas. Y, recuérdese que fue precisamente el Morec en uno de sus comunicados a la asociación quien reconoció haber realizado en las instalaciones de Ecopetrol los actos de sabotaje que ahora se juzgan.

No prospera el cargo.

Censura igualmente el recurrente, el error de hecho en que afirma, incurrió el juzgador, al dar a la diligencia de Inspección Judicial un alcance que no tiene (falso juicio de identidad), pues sin desconocer la legalidad del medio probatorio, sostiene que el hallazgo de explosivos en poder de los acusados no puede demostrar el Concierto para delinquir, ni la participación de aquéllos en los hechos investigados.

Debe responderse a lo anterior, que como se expresó al refutar la anterior censura, que no fue la inspección judicial la única prueba tenida en cuenta para proferir la sentencia, sino que ella fue examinada y valorada en armonía con otros elementos de convicción a los cuales ya se ha hecho referencia en esta providencia, formando un conjunto probatorio que infundió en el juzgador de instancia, el pleno convencimiento de la participación de los acusados en los hechos punibles.

Por razones de técnica, propias del recurso y en acatamiento a los principios de limitación y taxatividad que rigen la casación en lo penal, no puede examinar la Corte la legalidad o ilegalidad en su aducción de la prueba impugnada, porque esta actividad es propia de la violación indirecta a la ley por error de derecho, objeción que no fue planteada por el recurrente, y no de la violación indirecta por error de hecho (falso juicio de identidad) que fue la vía escogida por el demandante para encaminar la censura.

No puede la Corte, examinar oficiosamente en relación con la apreciación de dicha prueba, aspectos que no han sido cuestionados por el censor, motivos de casación no invocados, ni suplir en este campo las deficiencias de la demanda.

No prospera el cargo.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, acogiendo en su integridad el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

NO CASA la sentencia condenatoria, objeto de impugnación, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velázquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (con salvamento de voto).

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

FLAGRANCIA CAPTURA. ALLANAMIENTO

La captura en flagrancia es un concepto restringido y así debe ser entendido por todos los ciudadanos y especialmente por los miembros de la autoridad y para el allanamiento, con la misma finalidad, es evidente que el sorprendimiento se logre por pruebas que de manera clara establezcan la comisión de un delito en determinado domicilio.

Salvamento de Voto. Acta No. 028 de 27 de abril de 1988. Doctor Edgar Saavedra Rojas.

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 028 del 27 de abril de 1988.

Con el acostumbrado respeto me permito presentar las razones que me impulsan a estar parcialmente en desacuerdo con los considerandos y la parte resolutiva de la sentencia, aprobada mayoritariamente por la Sala.

Acepta el suscrito Magistrado que los cargos presentados por el censor en relación con el delito de Concierto para delinquir no pueden prosperar tal como se proyectó inicialmente en la ponencia derrotada por la mayoría; pero diversa es la situación respecto al delito de Perturbación del Transporte Oficial, porque la única prueba que se tiene en cuenta es la confesión, que en realidad es medular en el juicio de responsabilidad que hace la instancia en contra de los procesados, advirtiéndose que hasta los mismos elementos que se dice les fueron decomisados, finalmente terminan apoyándose en la confesión, puesto que se argumenta que aceptaron la posesión de los elementos incautados precisamente en diligencia de allanamiento igualmente ilegal. Debe advertirse que en las confesiones de militancia del Morec que hicieron válidamente en el período probatorio de la causa, no admitieron haber participado en el atentado dinamitero y en tales condiciones la conclusión a que se llega con relación al delito del concierto no puede hacerse extensivo al de perturbación del transporte oficial y por ello se considera que efectivamente se produjo una violación indirecta de la ley sustancial, puesto que se originó una sentencia condena-

toria por el referido delito sin que existiera prueba demostrativa de la responsabilidad penal, ya que la prueba sustentatoria del fallo fue practicada ilegalmente y por tanto, no podía ser apreciada en su contexto, como lo fue indebidamente por las instancias.

Debe recordarse que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por providencia del nueve (9) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), de la que fue ponente el doctor Gustavo Gómez Velásquez no casó una sentencia cuya invalidez se demandaba, porque el impugnante consideró que la Policía Judicial había ingresado en el domicilio donde se encontraron los estupefacientes sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 23 de la Constitución Nacional al sostener: "En cuanto a la violación del artículo 23 de la Constitución Nacional, por haber penetrado la Policía Judicial al apartamento del procesado, dice que ésta puede por iniciativa propia inspeccionar el lugar de los hechos, de acuerdo con el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, y que la flagrancia se da no sólo en el momento de cometerse el delito, sino cuando la conducta delictiva es permanente, como en este caso, porque las sustancias decomisadas eran conservadas en poder del procesado, figura que está reprimida también por el artículo 38 del Decreto número 1188 de 1974".

Pero se debe volver nuevamente sobre este importante tema, porque se considera que existen razones suficientes para llegar a precisiones importantes que no se hicieron en el texto citado.

Es cierto, como se sostiene en la jurisprudencia antes mencionada, que en el Código anterior la Policía Judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 289, literal c, numeral 1, por iniciativa propia en casos de flagrancia o cuasiflagrancia, podía "Inspeccionar minuciosamente el lugar de los hechos", pero en esta expresión normativa no puede interpretarse que esa facultad incluye la inspección del lugar de los hechos, cuando el sitio quede ubicado dentro del domicilio privado de un ciudadano, porque evidentemente la norma legal, no puede contrariar las disposiciones de una ley de superior categoría como lo es la Constitución Nacional. Debe entonces entenderse que la disposición citada, consagraba tales facultades siempre y cuando el lugar de los hechos estuviera por fuera del domicilio de una persona y tan cierta es la interpretación anterior, que en el artículo 355 del antiguo código se establecía como un imperativo que el allanamiento estuviera precedido por auto motivado, aún para casos de verdadera flagrancia, pues debe recordarse que la norma citada establecía que "Cuando haya serios motivos para presumir que en un bien inmueble o nave o aeronave se encuentra alguna persona contra quien obra orden de captura o que habiendo sido víctima de un delito deba ser rescatada, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución, el funcionario de instrucción podrá ordenar, mediante auto motivado, el correspondiente allanamiento y registro".

No puede existir un delito más permanente por antonomasia que el secuestro y esta hipótesis delictiva está concretamente contemplada en la norma parcialmente transcrita, puesto que allí se dice: "o que habiendo sido víctima de un delito deba ser rescatada..." y sin embargo ante tal eventualidad se exige al funcionario jurisdiccional que ordene el allanamiento por medio de un auto motivado y se comparte esta apreciación legal, porque se encuentra conforme a la disposición constitucional que

establece que la captura de las personas y el allanamiento de los domicilios sólo se puede producir en "virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes".

Lo anterior ha sido ratificado por sentencia de constitucionalidad de la Sala Plena de la Corporación, cuando por sentencia del 3 de marzo de 1988 declaró la inconstitucionalidad del artículo 40 literal A y B del Decreto número 180 de 1988, que facultaba a los miembros de las Fuerzas Armadas a capturar y allanar sin orden judicial.

No podría afirmarse que en la codificación procesal existiese contradicción entre la norma que regula el allanamiento y la que le daba facultades a la Policía Judicial, porque como ya se precisó, estas facultades de inspección, no podían entenderse extendibles por ningún motivo al interior de los domicilios, a menos que existiese la orden judicial correspondiente.

La situación antes planteada no presenta modificaciones en la nueva ley procesal, porque aquí igualmente se consagra como una de las facultades de la Policía Judicial el poder realizar la diligencia de inspección al lugar de los hechos de acuerdo con lo previsto en el numeral segundo del artículo 334, mientras que en el artículo 368 se repite la anterior disposición al contemplarse que "cuando haya serios motivos para presumir que en un bien inmueble o nave o aeronave se encuentra alguna persona contra quien obra orden de captura o que habiendo sido vícitma de un delito deba ser rescatada, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución el funcionario de instrucción ordenará, en auto motivado, el correspondiente allanamiento y registro".

El artículo 24 de la Constitución Nacional prevé una situación que podría interpretarse como una autorización para poder penetrar a domicilio ajeno, sin orden judicial, pero esta norma debe ser analizada muy cuidadosamente porque regula una excepción a lo previsto en el artículo 23, pero como excepción que es, se trata de una situación restringida, puesto que sólo se pueda hacer dicho ingreso cuando "los agentes de la autoridad lo persiguieren (al delincuente) y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él para el acto de la aprehensión; y si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al dueño o morador"; lo anterior quiere decir que esta forma excepcional de allanamiento sólo podrá ocurrir cuando exista previamente una persecución del delincuente y evidentemente cuando los perseguidores durante la misma, perciben de manera directa su ingreso a domicilio, para que en tales circunstancias puedan ingresar en el mismo para realizar la captura.

La flagrancia significa el sorprendimiento de un delincuente en el instante en que realiza una actividad delictiva "o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura". El anterior concepto implica necesariamente, que se establezca una relación directa entre el ciudadano que captura y el capturado y que el primero puede haber percibido de manera clara que la persona estaba infringiendo la ley penal o que por la existencia de los indicios

mencionados en la norma antes transcrita parcialmente se puede concluir con claridad y evidencia de que se acaba de cometer un hecho delictivo.

La captura en flagrancia es un concepto restringido y así debe ser entendido por todos los ciudadanos y especialmente por los miembros de la autoridad, porque la garantía constitucional es precisamente una consagración del derecho a la libertad de locomoción y la inviolabilidad del domicilio y por tanto, ninguna de las dos conductas pudiera realizarse, cuando el que realiza la captura no haya sorprendido a la persona directamente en estado flagrancia y para efectos del allanamiento es evidente que igualmente es preciso que el sorprendimiento en flagrancia sea por pruebas que de manera clara establezcan que en determinado domicilio se está cometiendo un delito, o se den las circunstancias previstas en el artículo 393 y por tanto no podría procederse a realizar un allanamiento simplemente para ver si se descubre algo de carácter ilícito, o realizar tal diligencia por informes o pruebas de cualquier naturaleza que no den la seguridad de la existencia del delito flagrante; porque el proceder de manera tan ligera, daría lugar a que se pudieran realizar muchos abusos, puesto que quedarían los ciudadanos y los miembros de la policía y de las fuerzas armadas con las puertas abiertas para realizar los más grandes atropellos contra la inviolabilidad del domicilio, porque bastaría que alegasen la existencia de determinadas informaciones o de dudosas pruebas para irrespetar la privacidad que se garantiza con la inviolabilidad del domicilio.

En el caso específico que es motivo de analisis debe concluirse que los allanamientos fueron realizados en los domicilios de todas las personas consideradas como sospechosas, sin que previamente se tuviera prueba sobre la existencia de delincuencia en flagrancia y prueba de ello, es que varios de los allanamientos realizados tuvieron resultados negativos y es precisamente la realización de este tipo de allanamientos indiscriminados, para ver qué resulta, que no pueden estar autorizados por la ley, porque ello constituiría dar vía libre a toda clase de excesos.

Es pertinente realizar algunas reflexiones sobre la legalidad de la prueba y sus efectos procesales, porque demostrada la violación de las formas que regulan su producción, es absolutamente lógico que lo demostrado de esta manera no puede ser considerado procesalmente, porque finalmente, si así se procede, se estaría dando validez, a lo que por su nacimiento espúreo no puede tenerla, y porque finalmente se estarían conculcando todas las garantías constitucionales y legalmente consagradas en favor de los ciudadanos, creadas precisamente para garantizarles su libertad y los derechos fundamentales, de las arbitrariedades y abusos de poder en que pueden incurrir los funcionarios del Estado encargados de realizar la función represiva.

La reflexión que se hace en la providencia de la instancia, según la cual el encuentro de algunos elementos explosivos y manuales para la fabricación de las bombas "viene a confirmar su aceptación de los hechos punibles que se les deducen" es la clásica argumentación que generalmente se hace por parte de los jueces que en ocasiones reconocen la ilegalidad de la prueba, pero finalmente terminan dando por demostrados los hechos en virtud de los ya comprobados fácticamente con la prueba ilícitamente producida. Si bien es cierto que en el caso que se analiza, en ningún momento se acepta la ilegalidad de la prueba, también lo es, que la reflexión que se

analiza es inconveniente, porque mediante ella se termina por desconocer todas las garantías creadas en favor de los ciudadanos. Lo lógico entonces es que la prueba ilegalmente obtenida, no pueda tener consecuencia probatoria de ninguna naturaleza y lo así obtenido debe ser considerado como inexistente.

No se comparten las razones que tuvo la instancia para desconocer la existencia de las torturas, porque hay abundantes medios probatorios que hablan de su realidad; así lo reconoce el señor Procurador Delegado, porque la argumentación que en este sentido se ofrece en la sentencia de segundo grado no es de recibo, porque el hecho que dos de las personas sometidas a interrogatorio por los militares, que también fueron sometidos a tortura, pero que no confesaron al grupo subversivo "Morec", no es demostrativo, de que éstos sean inocentes, ni tampoco, que lo afirmado por quienes lo manifestaron sea cierto, porque basta recordar a ese clásico de las libertades y garantías procesales que fue Beccaria, quien en su famosa obra publicada en 1764, sostenía al rechazar cualquier forma de tortura, que finalmente lo que producía esta inhumana práctica era la posibilidad de una absolución del fuerte culpable y la condena del débil inocente, queriendo demostrar con este aserto, que la confesión de haber realizado un hecho ilícito dependía no de que fuera su autor, sino, simplemente de su capacidad para resistir el dolor físico o moral a que es sometido, y que por tanto era perfectamente posible que un delincuente, con gran capacidad de resistencia al dolor no confesara así fuera sometido a los más terribles vejámenes, mientras que una persona débil y con poca resistencia al dolor podría terminar confesando delitos que no había cometido para liberarse rápidamente de los sufrimientos a que es sometido mediante tortura.

Es exactamente lo que sucede en este caso, que unos hayan confesado y otros no, no es indicativo de las conclusiones a que llega la instancia y por tanto no pueden realizarse juicios sobre la verosimilitud o falsedad de lo reconocido en tan excepcionales circunstancias, como tampoco es indicativo de no participación el hecho de que algunos de los torturados no hubieran confesado.

Son las anteriores razones las que me llevan respetuosamente a discrepar de la decisión mayoritaria de la Sala.

Edgar Saavedra Rojas

PRESCRIPCION DE LA ACCION.
EMPLEADO OFICIAL

El incremento a que alude el artículo 82 del estatuto represivo, en tratándose de delitos sancionados con pena restrictiva de la libertad inferior a los cinco años o con penas diferentes a aquélla, debe aplicarse al mínimo a que se refiere el canon 80 de la codificación penal sustantiva.

Auto Unica Instancia. 28 de abril de 1988. Formula acusación penal contra el doctor Roberto Paccini Solano ex gobernador del departamento del Atlántico, por los delitos de peculado y celebración indebida de contratos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 28 de abril 27 de 1988.

Bogotá, D. E., abril veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Clausurada la presente investigación penal por auto del 11 de febrero último y vencido en silencio el término previsto en el nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 468, procede la Corte a calificar el mérito de las sumarias, previos los análisis y consideraciones de orden probatorio y jurídico que a continuación se puntualizan.

I. LOS HECHOS Y SUS CIRCUNSTANCIAS

El doctor Roberto Paccini Solano, en su doble condición de gobernador del departamento del Atlántico y de presidente de la "Junta Pro-erradicación de tugurios" de esa división territorial, dispuso a través de la Dirección Regional del "Instituto de Crédito Territorial" que en desarrollo de lo previsto por la Ley 41 de 1966, se celebraran contratos de pavimentación de algunas vías públicas situadas en barrios "marginales o tuguriales" de la ciudad de Barranquilla.

En cumplimiento de las resoluciones tomadas por la junta de erradicación de tugurios, el "Instituto de Crédito Territorial", dirigido en el Atlántico para la época de los hechos por el doctor Jorge Benedetti Gómez, celebró varios contratos de pavimentación de vías correspondientes a zonas marginadas, los cuales habrían de ser satisfechos económicamente con el producto de la estampilla "pro erradicación de tugurios" que para esos específicos fines había sido autorizada por el Decreto número 483 de 1967 (reglamentario de la Ley 41 del año anterior).

No obstante que algunos de los contratos que celebrara el "Instituto de Crédito Territorial" por disposición de la junta respectiva comenzaban a ejecutarse con sujeción a las previsiones y objetivos fijados por el legislador ordinario en la Ley 41 de 1966, el gobernador Paccini Solano, utilizando al efecto simples comunicaciones escritas, ordenó al Director Regional de la entidad contratante, que "variara la ejecución de las obras" en el sentido de suspender los trabajos en los tugurios, y en su lugar acometer la pavimentación de algunas vías públicas que comunican sectores residenciales de importante estrato socio-económico de la capital del departamento.

Además de la variación de los contratos a que hemos hecho mención, se estableció dentro del expediente que el doctor Paccini Solano en su condición de gobernador del Atlántico había suscrito un contrato de suministro de tubería "de alta presión", con el ciudadano Luis Caparroso, con inobservancia de los requisitos señalados al efecto por el estatuto de la contratación administrativa vigente para la fecha del acuerdo en comentario (Decreto número 150 de 1976).

II. De los elementos de prueba y su evaluación

1° Con los medios probatorios idóneos se demostró en autos de calidad del gobernador del departamento del Atlántico que para la fecha de los hechos denunciados, ostentaba el doctor Paccini Solano.

Igualmente se estableció que el acusado desempeñó las funciones de gobernador, a partir del día 23 de marzo de 1981, hasta el 31 de agosto de 1982.

2° Se allegaron al expediente en copias auténticas todos los documentos y las pruebas que se adjuntaron al voluminoso expediente que adelantara la Procuraduría Delegada para la contratación administrativa, y de los cuales se destacan por su trascendencia e importancia probatoria, los siguientes:

a) Contratos suscrito entre el "Instituto de Crédito Territorial" –Dirección Regional del Atlántico– y el ingeniero Carlos Saavedra Manjarrés, fechado el 2 de junio de 1981 y por el cual se convenía la "pavimentación en concreto asfáltico y construcción de canales de drenaje en concreto rígido" del barrio "El Bosque" de la zona sur de la capital, por un valor de $4.999.672.37;

b) Contrato suscrito por la misma entidad con el ingeniero Ricardo Manotas Camp, fechado el 8 de junio de 1981, para la "pavimentación en concreto asfáltico y canales de concreto rígido" para los barrios "20 de Julio" y "Santa María" de la misma zona, por la suma de $4.997.488.47;

c) Contrato suscrito por el "Instituto de Crédito Territorial" y el ingeniero Edgardo Navarro Vives, para la "pavimentación en concreto asfáltico y obras de arte" en los barrios del sur "Santa María" y "El Pueblo", por la suma de $4.998.124.61;

d) Contrato celebrado entre el "Instituto de Crédito Territorial" y la firma constructora "Conidec Ltda." (representante legal David Name Terán), fechado el 2 de junio de 1981, para la "pavimentación en concreto asfáltico" de los barrios "Buena Esperanza" y "La Esmeralda", por la suma de $4.999.052.52;

e) Copias de los oficios calendados el 22 de septiembre de 1981, y por los cuales el gobernador Paccini Solano, ordenó al Director Regional del Instituto de Crédito Territorial del Atlántico, doctor Jorge Benedetti Gómez "variar la ejecución de los trabajos correspondientes" a los contratos "Ley 41 I.C.T." suscritos con Carlos Saavedra Manjarrés, Ricardo Manotas Camp y "Conidec. Ltda.", para en su lugar acometer obras de pavimentación en diferentes calles y avenidas de zonas residenciales de Barranquilla;

f) Copias de las actas números 001 del 5 de mayo de 1982 y 001 del 10 del mismo mes y año, en las cuales consta que el Director Regional del Instituto de Crédito Territorial, atendiendo la solicitud elevada a esa entidad por el gobernador Paccini Solano, ordenó a los contratistas Saavedra Manjarrés, David Name Terán "Conidec Ltda." y Ricardo Manotas Camp, la suspensión de las obras que se estaban ejecutando en zonas tuguriales con arreglo a la Ley 41 de 1966, para en lugar de ellas iniciar la pavimentación de vías totalmente alejadas de los barrios marginales;

g) Copias heliográficas del plano de la ciudad de Barranquilla, elaborado y remitido por la Oficina de Planeación de esa capital, a través de las cuales se estableció fehacientemente que las obras de pavimentación ordenadas por el gobernador acusado y que se realizaron en sustitución de las contratadas con arreglo a la ley de "erradicación de tugurios" tuvieron cumplimiento en sectores perfectamente ajenos a las zonas marginales de la urbe;

h) Copia del oficio número 002792 suscrito el 16 de julio de 1982 por el Director Regional del Instituto de Crédito Territorial doctor Benedetti Gómez, en donde le hace saber al gobernador denunciado que "de conformidad a su solicitud telefónica del día de hoy, me permito enviar a ustedes todos los documentos que componen el movimiento de los dineros recibidos y gastados para llevar a cabo los programas aprobados por la junta y ordenados por usted, realizados en el departamento del Atlántico y que no han incluido aportes directos del Inscredial, en virtud del convenio realizado entre la junta y la Gerencia General de nuestra entidad en que se ha tenido en cuenta la deuda existente de la Junta para el I.C.T., que asciende a la suma de $120.121.029.80.

"Estos documentos –prosigue el Gerente del Inscredial en el oficio en comentario–, serán entregados a usted o a la persona que usted encargue para su revisión, por el señor tesorero de la regional, en su despacho; conforme su solicitud estos documentos, incluyen en original contratos realizados, chequeras, extractos bancarios, órdenes de pago, órdenes de trabajo, comprobantes, etcétera".

"Quedan así cumplidas sus órdenes con el fin de que usted pueda presentar un informe de las labores realizadas durante su mandato de Gobernador y Presidente de la Junta, antes del 7 de agosto del presente año";

i) Copia del acta de la visita practicada al despacho de la Secretaría Privada de la Gobernación del Atlántico por el abogado asesor de la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa, y en la cual se establece que en los archivos de esa dependencia no aparece el oficio número 002792 librado por el Gerente del Inscredial al Jefe Seccional, y del cual se hizo mérito en el literal anterior.

Conviene destacar que el investigador no pudo hallar en el despacho del gobernador Paccini, ni el oficio remisorio comentado, ni los documentos referidos en él mismo;

j) Oficios suscritos por el Jefe de la División Técnica y la Secretaría Regional del "Inscredial" con fechas marzo 21 y junio 22 de 1983, en los cuales se comunica al funcionario investigador de la Procuraduría, que en esas oficinas "los contratos señalados... (se refiere a los celebrados con sujeción a la ley de erradicación de tugurios), ni existen ni han existido en los archivos de la División Técnica documentos que indiquen qué sistema de contratación se utilizó para cada una de las obras en mención...";

k) Copia del "contrato de suministro" de tuberías Eternit de alta presión con destino a la obra urbanización "El Pueblo", celebrado entre el gobernador Paccini Solano y el ciudadano Luis Caparroso, el cual fue suscrito el día 30 de abril de 1982;

l) Copia de la exposición injurada rendida por el ex-gobernador Paccini Solano ante el abogado asesor de la delegada para la Contratación Administrativa el día 23 de marzo de 1983, de la cual obliga transcribir los siguientes apartes:

"Preguntado: Sírvase decirnos si recuerda haber recibido el mes de julio de 1982, en su calidad de gobernador del departamento del Atlántico el original de los contratos realizados, chequeras, extractos bancarios, órdenes de pago, órdenes de trabajo, comprobantes, y otros documentos, todos estos relacionados con inversiones y manejos de cuentas que afectaron fondos de la Ley 41 de 1966 y que según se afirma le fueron enviados por el señor Jorge Benedetti Gómez, por ese entonces Director Regional del... (ilegible) ¿qué trámite les dio, o si sabe dónde se encuentran? Contestó: "Por tratarse de documentos específicos como chequeras, extractos bancarios y otros de similar índole, puedo recordar con mucha precisión, no haberlos recibido, ya que en cuatro años que fui funcionario público, primero como alcalde y luego como gobernador, no recuerdo haber tenido jamás en mis manos una chequera oficial. Sin duda sí recibía informes no solo del Instituto sino de otras entidades de estados de cuentas, estados financieros, pero jamás en forma distinta a información". Preguntado: En autos obra copia mecanográfica al carbón del oficio número 002792 del 16 de julio de 1982, dirigido por el doctor Jorge Benedetti Gómez, Director Regional del Instituto de Crédito Territorial, al doctor Roberto Paccini Solano, gobernador del departamento del Atlántico y presidente de la Junta Erradicación Tugurios. En la parte inferior colocado de frente el oficio, a la derecha aparece una firma, presumiblemente en señal de haber recibido el citado documento y sus

anexos. La firma aparece autógrafa y en tinta negra. Teniendo de presente el documento citado, díganos doctor si reconoce esa firma como suya. Se le pone de presente al doctor Paccini la copia del oficio número 002792 del 16 de julio de 1982. Contestó: "Aunque parece tener una similitud con la firma mía, tengo la certeza de que no es".

En vista de la manifestación del ex-goberandor acerca de la apocrifidad de la rúbrica que se presumía suya, el investigador procedió a tomar muestras escriturarias con el propósito de someterlas a posterior cotejo grafológico.

3° Como consecuencia de la exhaustiva investigación disciplinaria que adelantara la Procuraduría Delegada para la Contratación Administración, se produjo con fecha 7 de marzo de 1984 providencia por medio del cual se corrieron cargos al ex-gobernador investigado, y los cuales se concretan como sigue:

"De los hechos expuestos y de las pruebas en que se apoyan se colige que en lo que compete a esta delegada existe mérito suficiente para dar traslado de cargos al gobernador del departamento del Atlántico, Roberto Paccini Solano, por ordenar la variación de la ejecución de las obras correspondientes a los contratos celebrados con Carlos Saavedra M., "Codimec Ltda.", Edgardo Navarro y Ricardo Manotas, por lo cual se realizaron los mismos en zonas no tuguriales, y, aprobar el pago al señor Luis Caparroso de $6.000.000.00 por concepto de suministro e instalación de una tubería para la urbanización 'El Pueblo', que no se había ejecutado por el contratista".

Respecto a las conductas irregulares atribuidas al Director Regional del Inscredial, el funcionario de la delegada para la Contratación Administrativa dispuso en el mismo pliego de cargos que: "... en relación con las demás irregularidades mencionadas (contratación sin los requisitos de ley, no ejecución de los contratos e irregularidades en el pago, cancelación indebida del contrato celebrado con Luis Caparroso, e irregularidades en el nombramiento del interventor para la obra), las cuales pueden ser atribuibles al Director General del I.C.T., Jorge Benedetti, se deben remitir copias de las presentes diligencias a la Procuraduría Regional de Barranquilla para que resuelva por competencia lo que considere conducente...".

4° El doctor Paccini Solano respondió los cargos desde la ciudad de Miami (Florida), en términos que no fueron suficientes como para desvirtuar las serias acusaciones que en el pliego respectivo le había elevado la alta agencia fiscal de la Nación, y en su consecuencia se produjo la providencia del 25 de abril de 1985, mediante la cual la delegada para la Contratación Administrativa halló demostrado plenamente los irregulares y graves comportamientos que sin vacilación se atribuían a quien había dirigido los destinos del Atlántico, y le impuso en primera instancia la sanción consistente en "solicitud de suspensión por el término de quince (15) días del cargo de gobernador".

La delegada sustentó la sanción en la circunstancia de que todo el acervo probatorio constituido luego de ardua y difícil investigación disciplinaria, reflejaba que el doctor Paccini Solano había violado innumerables disposiciones legales en materia de contratación administrativa y fundamentalmente las referidas al manejo y administración de los recaudos de la llamada estampilla "Pro-erradicación de tugu-

rios". El Procurador Delegado concretó en la resolucion de sanción en comentario, los comportamientos de ex-mandatario seccional susceptibles de sanción disciplinaria y de investigación criminal, en los siguientes términos:

"Se le imputa:

1° En su calidad de gobernador del departamento del Atlántico y presidente de la junta "Ciudadela Universitaria del Atlántico" (sic), haberle ordenado al Director Regional del Instituto de Crédito Territorial, variar la ejecución de los contratos Ley 41 de 1966, que para la pavimentación de vías se habían convenido con Carlos Saavedra Manjarrés, Codimec Ltda., Edgardo Navarro Vives y Ricardo Manotas Camp, por lo cual se realizaron obras en zonas no tuguriales de la ciudad de Barranquilla...".

"Con lo anterior ha podido usted infringir el artículo 2° de la Ley 41 de 1966, que al respecto dice:

"El producido de la estampilla que se establece por esta ley está exclusivamente destinado a formar los fondos para la erradicación de tugurios existentes en aquel departamento, labor que se hará por conducto del Instituto de Crédito Territorial, entidad a la cual la junta de que versa el artículo 5° de la Ley 20 de 1961, entregará los fondos que se recauden destinados sólo a estos fines".

"Y el artículo 8° de la Ley 77 de 1981, literal b) que dispone:

"La totalidad del producto de las estampillas a que se refiere esta ley será aplicado así: a) ...; b) Veinte por ciento (20%) para los fines y en la forma que se indica en la Ley 41 de 1966".

"2° Haber aprobado dentro del contrato suscrito entre la Gobernación del Atlántico y Luis Caparroso el pago de $6.000.000.00 por concepto de suministro e instalación de la tubería de la urbanización 'El Pueblo', siendo que dicho suministro e instalación no se llevó a cabo por el contratista mencionado...".

5° Igualmente obra en las sumarias la copia auténtica de la providencia calendada el 23 de febrero de 1987, y en virtud de la cual el Procurador General de la Nación al desatar el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el ex-gobernador Paccini Solano contra el auto proferido por el delegado para la Contratación Administrativa, resolvió "modificar la sanción de solicitud de suspensión por el término de quince (15) días impuesta por el Procurador Delegado al doctor Roberto Paccini Solano en su condición de gobernador del Atlántico y presidente de la junta "Ciudadela Universitaria del Atlántico" y en su lugar imponerle sanción multa equivalente a diez (10) días de sueldo...

En el ameritado auto, a través del cual el Jefe del Ministerio Público acoge casi integralmente los planteamientos de su delegado, el señor Procurador decide absolver al ex-gobernador del cargo consistente en haber suscrito el contrato con el ciudadano Luis Caparroso, en consideración a que –en criterio del Procurador General–, "como bien lo afirma el acusado en apelación, al gobernador le es imposible verificar en forma personal la ejecución de cada una de las obras que emprende; esa no es tarea suya, sino de quien desarrolla la labor de interventoría, cuyo informe resulta de capital importancia".

6° En cumplimiento de las plurales comisiones ordenadas por la Sala en aras de la clarificación de los graves hechos puestos en conocimiento de la jurisdicción penal por la misma Procuraduría General de la Nación, se obtuvo la recepción de los testimonios de tres de los contratistas que habían celebrado convenio para el desarrollo de obras en zonas tuguriales con el ex gobernador sindicado, y estos ingenieros coinciden en afirmar que efectivamente los contratos de autos, cuya ejecución estaba sometida a los parámetros normativos previstos por la ley de erradicación de tugurios en el departamento del Atlántico, sí habían sido modificados por orden del mismo Director Regional del Inscredial, en el sentido de "cambiar los sitios" en donde debían realizarse las respectivas obras (Ver testimonios en el anexo 5 y en el cuaderno principal de la Corte a los folios 36, 38 y 74).

7° Dentro de este capítulo dedicado a la indicación y evaluación de los elementos de juicio allegados a la investigación, conviene destacar en primer término que el gobernador denunciado no compareció ante sus jueces a rendir la indagatoria que esta Corporación había ordenado, por lo cual hubo de procederse a su emplazamiento y a la consiguiente declaratoria de reo ausente.

En consecuencia, como se cuenta en autos con la versión injurada del acusado, y sólo obra en el expediente copia de los descargos que Roberto Paccini Solano rindiera ante la Delegada para la Contratación Administrativa, obliga clarificar un aspecto que infortunadamente fue materia de errada apreciación por la Procuraduría General de la Nación, y que consistió en sancionar al ex funcionario por faltas cometidas cuando fungía como presidente de la junta "Ciudadela Universitaria del Atlántico", siendo que la realidad procesal, incontrovertible a todas luces, revela que el doloso cambio de destinación de los recaudos que en esta providencia es objeto de calificación jurídico-penal, se perpetró por el Gobernador con abuso inobjetable de las atribuciones que le había otorgado la Ley 41 de 1966, esto es, como presidente de la junta "Pro-erradicación de tugurios" del departamento del Atlántico .

En efecto, acogiendo integralmente las conclusiones a que llegara el abogado asesor para la Contratación Administrativa, precisa hacer un breve recuento histórico-legislativo para eliminar así de una vez por todas, las sombras que aparentemente pudieran oscurecer este importante aspecto probatorio.

Mediante la Ley 41 de 1966, el Congreso de la República dictó disposiciones de carácter social para la "erradicación de tugurios" en el departamento del Atlántico y estableció otras medidas en favor de las clases menos favorecidas.

En el artículo 1° de la ley mencionada se dijo: "conforme a los términos de las Leyes 27 de 1949 y 20 de 1961, en el departamento se aplicará la estampilla denominada 'erradicación de tugurios', con la efigie de don Marco Fidel Suárez, en un lapso de treinta años que se inician desde el primero de mayo de 1966".

Y en el artículo 2° se especificó: "el producido de la estampilla que se establece por esta ley *estará exclusivamente destinado* a formar los fondos para la erradicación de tugurios existentes en aquel departamento (Atlántico), labor que se hará por conducto del Instituto de Crédito Territorial, entidad a la cual, la junta que versa el artículo 5° de la Ley 20 de 1961, entregará los fondos que se recauden *destinados sólo a esos fines*" (subrayas de la Corte).

La junta recaudadora y administradora de los fondos provenientes de la estampilla "Pro-erradicación de tugurios", es entonces la misma creada mediante la Ley 20 de 1961, la cual estaba conformada por el gobernador del Atlántico como su presidente; por un representante del Gobierno Nacional; por el presidente de la Cámara de Comercio de Barranquilla; por un representante de las entidades obreras y por el alcalde de Barranquilla.

Luego de la expedición de numerosos decretos de orden nacional que reglamentaban la Ley 41 de 1966, pero que en absoluto variaron la destinación de los dineros recaudados por concepto de la estampilla en referencia, se produjo la expedición de la Ley 77 del 9 de diciembre de 1981, "por la cual el Congreso de la República dispone lo concerniente acerca de la construcción de la Ciudadela Universitaria del Atlántico".

En esta última ley (la 77 de 1981), se dispuso en términos que no requieren de interpretación diversa a la más elemental exégesis gramatical, que de los fondos provenientes de la estampilla "pro-erradicación de tugurios", se destinará el 80% a la construcción, dotación y sostenimiento de la "Ciudadela Universitaria" y el 20% restante "para los fines previstos en la Ley 41 de 1966; esto es, la erradicación de las zonas marginales de la capital del Atlántico.

De la antecedente reseña legislativa se desprende sin lugar a dubitación alguna, que de los fondos provenientes del expendio de la estampilla tantas veces citada, no podía en absoluto el gobernador del Atlántico ordenar obras públicas que se alejaran del destino específico que el legislador ordinario había previsto para los recaudos consagrados en las Leyes 41 de 1966 y 77 de 1981.

8º Cabe resaltar finalmente, que a pesar de que en las providencias de primera y segunda instancia, mediante las cuales tanto la delegada para la Contratación Administrativa, así como la Procuraduría General, impusieron sanción al ex-gobernador Paccini Solano por los hechos investigados disciplinariamente, se hace constar que en el respectivo expediente obran las copias de los oficios suscritos por el acusado a través de los cuales ordena la variación de las obras contratadas con los cuatro contratistas (Carlos Saavedra, Ricardo Manotas, "Conidec Ltda." y Edgardo Navarro Vives) resulta forzoso concluir después de la revisión minuciosa de los numerosos cuadernos que integran el proceso, que la nota correspondiente al último de los ingenieros mencionados –Navarro Vives–, no reposa dentro del cúmulo de documentos que han sido objeto de análisis y evaluación.

III. Calificación jurídica, y otras determinaciones

De todo cuanto se ha pormenorizado en precedencia fluye para la Corte con meridiana claridad, que dentro de este expediente fue comprobada fehacientemente la perpetración de dos conductas por parte del ex-gobernador Paccini Solano, que por ser constitutivas de comportamientos típicos dentro del vigente estatuto penal sustantivo, y hallarse desprovistas de todo matiz que las justifique o las excuse, deben ser objeto de reproche criminal en esta instancia, tal como pasa a puntualizarse.

1° *Peculado por aplicación oficial diferente:*

Consiste esta figura delictiva al tenor de la descripción abstracta contenida en el artículo 136 del Código Penal de 1980, y específicamente en la modalidad que se le atribuye a Paccini Solano, en "dar a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado a un empleado oficial por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquélla a que están destinados".

Evidente resulta frente a la definición legal anterior, que cuando el gobernador Paccini Solano, a través de simples notas que calendó el 22 de septiembre de 1981, ordenó al Director del Instituto de Crédito Territorial del Atlántico que notificara a los ingenieros Ricardo Manotas, Carlos Saavedra y a Name Terán (éste en su condición de representante de "Conidec Ltda.") que se suspendieran los trabajos de pavimentación de vías de sectores tuguriales, para en su lugar acometer la pavimentación de calles y avenidas de Barranquilla, perfectamente alejadas de los barrios cuya redención se propuso el Congreso mediante la Ley 41 de 1966, incurrió en "peculado por aplicación oficial diferente".

Acerca del interés jurídico tutelado en la disposición violada en pluralidad de ocasiones por el ex-funcionario sumariado, dijo la Corte que "con esta tipicidad se tutela esencialmente el interés jurídico de la administración pública en el concreto aspecto de la planificada ejecución del gasto público, que tiene fundamento constitucional en el artículo 207 de la Carta, y de la previa destinación de bienes oficiales al cumplimiento de finalidades específicas; considera el legislador penal, con razón, que tales modificaciones de la cosa pública alteran el lógico y ordenado desarrollo de la administración. No sobra destacar que aunque en algunos casos tales decisiones del funcionario con poder de administrar ocasionan detrimento patrimonial al Estado, el hecho no deja de ser punible porque ello no ocurra, pues como ya se advirtió, lo que genera reproche jurídico a esta clase de comportamiento es la lesión que se causa a la planificada administración de los bienes del Estado..." (Casación de junio 7 de 1983, M.P. doctor Alfonso Reyes Echandía).

2° *Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales:*

Incurrió en este comportamiento punible el mandatario seccional acusado, cuando violando flagrantemente el régimen de contratación administrativa vigente para la época (Decreto número 150 de 1976), suscribió contrato de suministro de tuberías con el ciudadano Luis Caparroso (folio 62 del anexo número 5), toda vez que con indiscutible beneficio para el supuesto contratista y el correlativo perjuicio para el tesoro departamental, soslayó el requisito *sine qua non* de la licitación privada a que obligaba el artículo 70 del mencionado estatuto, en consideración a que la suma por la cual comprometió Paccini Solano al departamento cuyos destinos regía, alcanzó el nada despreciable guarismo de los seis millones ($6.000.000.00) de pesos.

Vale destacar igualmente sobre este aspecto, que en el contrato que convino Paccini con Caparroso, se omitieron también en forma por demás reveladoras del fraude que el documento ocultaba en sus entrañas, todas aquellas cláusulas de insoslayable observancia en todo contrato de la administración pública, y que hacen

relación a la potestad de la llamada "caducidad administrativa", garantías de seguridad y cumplimiento por parte del contratista, y otras que son precisamente las que permiten al Estado administración, la asunción de una posición de prevalencia o superioridad frente a las personas o entidades de derecho privado con quienes se compromete contractualmente en aras del beneficio de la comunidad.

La conducta a que se viene refiriendo la Corporación en este ordinal, está consagrada en el Código Penal de 1980, en su artículo 146 (modificado por el artículo 1° del Decreto número 141 de 1980), y textualmente prescribe:

"Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El empleado oficial por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años".

En consecuencia con lo antecedentemente expuesto, la Corte proferirá resolución acusatoria en contra del ex-gobernador Roberto Paccini Solano, a título de autor responsable penalmente de los delitos de "peculado por aplicación oficial diferente", que consagra el estatuto punitivo en su artículo 136 y cuya sanción consiste en prisión de seis (6) meses a tres (3) años y multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años; y de "contrato sin cumplimiento de los requisitos legales" que define el artículo 146 del Código Penal.

Los hechos delictuosos cuya autoría se imputa al ex-gobernador Paccini Solano, deben entenderse regulados para los efectos punitivos ulteriores por la norma 26 del Código Penal vigente, por cuanto se trata de un concurso heterogéneo y sucesivo de tipos penales.

Las conductas punibles por las cuales se dicta resolución acusatoria, están previstas en el Código Penal vigente en el Título III, Capítulo Primero y Cuarto, bajo las denominaciones genéricas –en su orden– "del peculado" y "de la celebración indebida de contratos".

Por otra parte como aparecen acreditados en el proceso los requisitos sustanciales exigidos por el Código de Procedimiento Penal para imponer medida de aseguramiento en contra del sindicado, así se procederá de conformidd con los artículos 414 y 419 del estatuto adjetivo, fijándole al doctor Roberto Paccini Solano una caución prendaria equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales habrá de consignar a órdenes de esta Corporación en la institución oficial indicada por la ley.

Finalmente, *considera la Corporación de especial importancia plasmar en este acápite su criterio acerca del fenómeno de la prescripción de la acción penal en este particular evento, en consideración a que las conductas punibles que se le han atribuido al ex-gobernador* Paccini Solano *se consumaron hace más de cinco años, y en atención a que el máximo de pena privativa de la libertad prescrita para ambas ilicitudes no supera los tres años de prisión.*

El vigente Código Penal, a diferencia del inmediatamente anterior, consagró en su artículo 82 un incremento de una tercera parte predicable del lapso señalado en el artículo 80 ibídem, cuando las conductas delictuosas fueron cometidas dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos.

La norma es comentario, en sentir de la Sala, no es otra cosa que la concreción de la voluntad del legislador penal dirigida a que el Estado retenga en su poder por un tiempo superior al indicado para las infracciones perpetradas por los particulares o por los funcionarios que delinquen sin relación con el servicio público, la potestad punitiva que le compete privativamente para la persecución de las conductas que el ordenamiento jurídico considera dignas de represión criminal.

En este orden de ideas, surge obvio que el incremento a que alude el artículo 82 del estatuto represivo en tratándose de delitos sancionados con pena restrictiva de la libertad inferior a cinco años, o con penas diferentes a aquélla, debe necesaria e inexorablemente aplicarse al mínimo a que se refiere el canon 80 de la codificación penal sustantiva.

De lo anterior deviene con fuerza inocultable, que cuando se persiguen delitos cometidos por sujetos investidos de la cualificación jurídica de empleados oficiales, y siempre que su delincuencia sea por causa o en relación con el cargo o función, el término de prescripción no puede ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, que es el cuantum *temporal resultante de aplicar al mínimo del artículo 80 el incremento de la tercera parte que dispone el artículo 82 del Código Penal.*

Por todo lo anterior aparece claro que ninguna de las ilicitudes imputadas al doctor Paccini Solano y por las cuales se convoca a juicio, escapa a los efectos de la acción penal, habida cuenta que la incursión en el peculado por aplicación oficial diferente se cumplió el 22 de septiembre de 1981, y la celebración del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales se consumó el 30 de abril de 1982.

A mérito de lo expuesto, y reunidos cabalmente los requisitos que para acusar señala el artículo 470 del estatuto procesal penal vigente, la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Primero. Formular acusación penal en contra del doctor Roberto Paccini Solano, ex gobernador del departamento del Atlántico, a título de autor responsable de los delitos de "peculado" y "de la celebración indebida de contratos".

Segundo. Imponer en contra del acusado medida de aseguramiento consistente en caución prendaria que se fija en la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

FUERO MILITAR. COLISION

La actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio, o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando.

Auto Colisión. 3 de mayo de 1988. Dirime colisión de competencias entre el comando del Batallón de Infantería "Patriotas" con sede en Honda y el Juez Quinto de Instrucción Criminal de Tuluá.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 29.

Bogotá, D.E., mayo tres (3) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Debe dirimir la Corte, la colisión de competencias negativas suscitada entre el Comando del Batallón de Infantería "Patriotas" con sede en Honda y el señor Juez Quinto de Instrucción Criminal de Tuluá dentro del proceso que por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales se adelanta contra el soldado del Ejército Nacional Victoriano Camacho Monroy.

La Sala de Casación Penal de la Corte, es la señalada para dirimir las colisiones de competencia que puedan presentarse entre la justicia ordinaria y una especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del Decreto número 050 de 1987.

SE CONSIDERA

En el caso que se examina, los dos funcionarios en pugna reconocen el carácter restrictivo que tiene el artículo 170 de la Constitución Nacional y los dos entienden que la Justicia Castrense, sólo puede sustraer del conocimiento de los jueces ordinarios el juzgamiento de delitos comunes cometidos por militares en servicio activo y

"en relación con el mismo servicio", como reiteradamente lo ha establecido esta Corporación, entre otras decisiones, en los autos del 8 de octubre de 1987, noviembre 18 de 1987 y septiembre 25 de 1987.

La disparidad de criterio surge entonces, cuando se trata de determinar si el soldado Camacho Monroy realizó la conducta en actividades propias del servicio, como lo sostiene el Juez de instrucción de Tuluá, o en funciones ajenas a dicho servicio como lo afirma el Comando del Ejército.

Se sabe, que el diez de agosto de 1987, el Comando de un destacamento del Ejército que se hallaba ubicado en un sitio cercano al Corregimiento de Cristales del Municipio de Trujillo, Departamento del Valle, destinó a un grupo de soldados para que bajo el mando del sub-Oficial Gonzalo Huertas *y del cual formaba parte el soldado* Camacho Monroy, *se dirigiera al caserío con el fin de recoger unas remesas y cargar las baterías de los radios de comunicaciones.*

Ya en el pueblo y cuando los mismos soldados cumplían con esta misión y esperaban que las baterías fueran cargadas, resolvieron entrar con sus uniformes y armas de dotación a un establecimiento público donde se dedicaron a consumir bebidas embriagantes y a bailar con unas damas que en el lugar se encontraban. De improviso, en circunstancias aun no perfectamente determinadas, la carabina que portaba el soldado Camacho Monroy *se disparó en tres oportunidades, ocasionando la muerte de Magnolia Ríos y sufriendo lesiones de consideración Aracely Largo y Fernando Torres.*

Vistas las anteriores pautas, debe la Corte examinar para fijar la competencia, si el hecho que se imputa como violatorio de la ley penal, se realizó por militares y en acto relacionado con el servicio.

El "Reglamento de Guarnición de las Fuerzas Armadas de Colombia", define en su artículo 2° como acto de servicio, "... aquél que se efectúa en uso de las atribuciones o en cumplimiento de los deberes inherentes a los militares...".

Las atribuciones propias de los militares las señala la ley y los Reglamentos de las Fuerzas Armadas. Estos reglamentos expresan claramente que los militares a quienes se atribuya una función de Comando, adquieren competencia para expedir órdenes las cuales deben ser lógicas, oportunas, claras, precisas y de obligatorio acatamiento en guarda de la disciplina y obediencia que son propias de la función militar.

Por eso dice el Reglamento de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en su artículo 15, que la responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta.

Establece el mismo reglamento, en su artículo 14, que las órdenes deben cumplirse en el tiempo y en el modo indicado por el Superior y que sólo pueden variarse por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, siempre que no se pueda consultar con el Superior a quien se le comunicará la decisión tomada tan pronto como fuere posible.

Fluye de todo lo anterior, que la actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio, o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando.

En estas condiciones, el militar que no adecue su conducta al acto propio del servicio, o que no actúe en cumplimiento de órdenes superiores, o se aparte de ellas, para dedicarse a actividades particulares por su propia cuenta, estará actuando por fuera del servicio y en asuntos que no guardan relación con éste, y los hechos punibles que llegare a realizar en estas condiciones, pertenecen indudablemente a la órbita de competencia de la Justicia Ordinaria.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la patrulla al mando del Sub-oficial Huertas Medina, bajó al caserío de Cristales, en cumplimiento de una orden militar impartida por su Superior, como era reclamar una remesa y cargar las baterías de la radio. Del cumplimiento de esta orden y sin razón alguna que lo justifique, se apartaron los soldados para dedicarse a actividades particulares, contrarias al régimen militar como consumir bebidas embriagantes y bailar en una cantina pública del lugar, circunstancias en las cuales se produjeron los disparos que acabaron con la vida de una joven e hirieron a dos personas más.

Por eso, tiene razón el Comandante del Batallón "Patriotas" de Honda, cuando en providencia del 12 de febrero del año en curso, afirma que el soldado Camacho Monroy Victoriano "... ejecutó el hecho en circunstancias ajenas y extrañas al servicio, en circunstancias independientes de las ordenadas por el Comando y no obstante que el personal militar se encontraba en Cristales en cumplimiento de una orden expresa en el momento mismo en que el personal ingresó a la cantina, dejó de realizar actividades relacionadas con el servicio, es más, desde ese momento quien comandaba el personal estaba incurriendo en un delito militar de desobediencia...".

Se infiere de lo anterior, que la competencia para conocer de este proceso, corresponde a la justicia ordinaria y será adelantado por el juez competente, de acuerdo con la naturaleza del hecho y al factor territorial.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, DIRIME la presente Colisión de Competencias negativas, atribuyendo la competencia para conocer de este sumario a la justicia ordinaria. Remítase el expediente al Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Tuluá. Copia de esta providencia envíese para los efectos legales al señor Comandante del Batallón de Infantería "Patriotas" de Honda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

CONCURSO. CESACION DE PROCEDIMIENTO. COMPETENCIA

Aun cuando la investigación estuviere cerrada la cesación de procedimiento por prescripción de la acción en el delito que le otorga competencia al Juez de mayor jerarquía, priva a éste de la posibilidad de calificar el mérito del sumario.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 023 de abril 12 de 1988.

Bogotá, mayo cuatro (4) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Se resuelve el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el representante legal del procesado Oscar Pupo Daza, contra la sentencia de 30 de octubre de 1986 que confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Mompós, que le condenó a la pena principal de un año y medio de prisión como autor responsable de Fraude procesal y Estafa.

HECHOS

1. Esta investigación se inició a raíz de unas copias ordenadas compulsar en un proceso civil reivindicatorio promovido por el procesado Oscar Pupo Daza ante el Juzgado Unico Civil del Circuito de Mompós. La investigación la inició el Juzgado Unico Superior de Magangué.

Se basaba en el hecho de haberse aportado como base de la demanda civil exactamente el día 4 de noviembre de 1980 (se subraya) una tarjeta de propiedad de un campero. Tal tarjeta figura como expedida el 1° de julio de 1975 (y no de 1985) como erróneamente lo sostiene la Procuraduría.

La tarjeta fue redargüida de falsa, proponiéndose tacha de falsedad, que fue aceptada en el proceso civil y dio origen a la denuncia penal.

2. Después de practicar varias diligencias y agregar copias del proceso civil, el Juzgado Unico Superior de Magangué, procedió a calificar el mérito del sumario, el 12 de marzo de 1985, y declaró que la acción penal contra Pupo Daza y el funcionario de Tránsito de Mompós, Pantaleón Manrique estaba prescrita en cuanto al delito de falsedad documental. Por ende ordenó por este aspecto la cesación de procedimiento.

Pero en el mismo proveído se residenció en juicio a Oscar Pupo Daza por el delito de Fraude Procesal. Se afirma que el procesado fraudulentamente trató de inducir en error al respectivo funcionario en el negocio reivindicatorio para tratar de obtener una sentencia contraria a la ley.

3. El Tribunal Superior de Cartagena, adicionó el llamamiento a juicio haciendo concurrir el Fraude Procesal con el delito de Estafa, pero en el grado de tentativa.

Sostuvo igualmente el Tribunal que debería abrirse causa contra Pupo Daza y el funcionario Manrique Echavarría por Falsedad en documentos privados, pero que tal ilícito estaría prescrito, ya que el respectivo documento tiene fecha 1° de julio de 1975.

4. Adelantado el juicio, el Juzgado Penal del Circuito de Mompós, dictó sentencia condenatoria que fue confirmado en su integridad por el Tribunal de Cartagena en la forma ya reseñada.

Demanda de casación

1. El defensor del procesado desarrolla toda la demanda con base en existencia de nulidades, fundándose en la Causal 4 del artículo 580 del C.P.P. anterior.

Plantea cuatro cargos así:

Primer cargo. Incompetencia de jurisdicción.

La hace consistir en la circunstancia de que el Juez Superior de Magangué en el mismo proveído en el cual simultáneamente estaba decretada cesación de procedimiento por prescripción por la Falsedad, llamó a juicio por Fraude Procesal.

Según el recurrente tal Juez sólo podía decretar la prescripción del delito respecto al cual tenía competencia, mas no dictar auto de proceder por Fraude Procesal; ello porque al aceptar la prescripción quedaba desprovisto de facultad jurisdiccional y al llamar a juicio por delito que no era de su competencia, estaba arrebatando funciones del Juez de Circuito.

Segundo cargo. Violación del principio de cosa juzgada. Se enuncia este cargo afirmando que al haberse decretado la prescripción de la acción penal a nuevo proceso así se le diese denominación distinta como "Fraude Procesal" o "Estafa tentada". Al hacerlo se viola el principio de cosa juzgada plasmada en el artículo 115 del C. de P.P. anterior.

Tercer cargo. Aplicación de la ley post delictum. El auto de proceder por el delito de Fraude Procesal, se fundó en la presentación que se hizo ante un Juzgado Civil del Circuito, de la tarjeta de propiedad de un campero. Pues bien: como ya se reseñó, tal presentación se hizo el 4 de noviembre de 1980. Para tal época regía el Código Penal de 1936 que no contemplaba el delito de Fraude Procesal, el cual sólo comenzó a tener vida jurídica el 29 de enero de 1981.

Por tanto se infringió el artículo 28 de la C.N. sobre la estricta legalidad y el artículo 26 ib. al darle efecto retroactivo a una ley penal en lo concerniente a la incriminación como delictiva de una conducta.

Cuarto cargo. Al desaparecer el delito de falsedad documental por prescripción y no configurarse conforme al anterior cargo el Fraude Procesal, el Tribunal de Cartagena al llamar a responder a juicio a Pupo Daza por Estafa tentada, lo hizo como Juez de primera, mas no exactamente de única instancia usurpando la competencia al Juez Penal del Circuito de Mompós, quien era el competente para la calificación; habría nulidad desde el auto de proceder.

Es de observarse que este cuarto cargo, se presenta como "cuestión adicional" en el supuesto de que ninguno de los cargos anteriores prosperase.

Concepto de la Procuraduría

Primer cargo. Para la Procuraduría no existe la usurpación de jurisdicción alegada; ello porque en el momento de la calificación, el Juez Superior conservaba plena capacidad legal para pronunciarse en cualquier sentido respecto a los delitos investigados en conexidad, mientras ésta no precluya por decisión debidamente ejecutoriada.

Además una vez calificado el proceso en primera instancia por Fraude Procesal y cesación de procedimiento por Falsedad documental, la providencia llevó al Tribunal, que estaba ampliamente facultado para revisar el auto impugnado. En este caso lo adicionó, ordenado enviar el negocio al Circuito.

Al respecto se cita una providencia de esta Corporación de fecha 10 de octubre de 1979 (Ponente doctor *Velásquez Gaviria).*

Segundo cargo. Tampoco es partidario el Colaborador Fiscal de que se acepte el Segundo, ya que lo actuado procesalmente no contraría el principio de cosa juzgada pues –el delito de *Estafa*– contiene elementos típicos de contenido fácticos y normativos diferentes al uso de documento público falso.

Tercer cargo. Estima la Procuraduría que este cargo sí debe prosperar.

Efectivamente el hecho investigado y calificado como Fraude Procesal, tuvo lugar el 4 de noviembre de 1980 y al presentar el documento tachado de falso, misteriosamente la demanda se admitió el 14 de noviembre del mismo año. El delito de Fraude Procesal, no existía en el Código de 1936, que regía en ese momento. Sólo comenzó a regir el 29 de enero de 1981.

Pupo Daza fue llamado a responder en juicio y condenado por un delito de (Fraude Procesal) qué no tenía existencia jurídica en la comisión del hecho (noviembre de 1980).

Presentóse según la Procuraduría, clara violación del principio de legalidad, esquema básico y fundamental del juzgamiento que vicia irremediablemente de nulidad el proceso.

Por tanto la Procuraduría solicita respetuosamente a la Sala se case la sentencia, se decrete la nulidad correspondiente para que se efectúe la calificación que corresponde. Aclara la Procuraduría que el Decreto de nulidad debe ser respecto a la totalidad del auto de proceder.

Cuarto cargo. Se abstiene la Procuraduría de opinar ya que es cuestión adicional en el supuesto de que ninguno de los anteriores prosperase y el Ministerio Público es partidario de aceptar el Tercer Cargo.

Consideraciones de la Corte

1. Incompetencia de jurisdicción:

Se tiene que el señor Juez Superior de Magangué en el momento de calificar el mérito del sumario adelantado por los delitos de Falsedad y Fraude Procesal, se percató de que la hipótesis delictiva de la falsedad de donde le devino la competencia se hallaba prescrita, declarándolo así en el auto calificatorio, al tiempo que enjuició por el Fraude Procesal.

La cuestión que se plantea a la Sala consiste en determinar, conforme al anterior Código de Procedimiento Penal por ser esta la normatividad que reguló el proceso, si estando prescrito en el momento de la calificación el delito que le otorgaba competencia al Juez Superior, éste era incompetente para calificar aquellos delitos que se habían acumulado sin tener la competencia natural de ellos, habiendo debido limitarse a declarar la prescripción de la falsedad y enviar al Juez competente el expediente para efecto de la calificación de las restantes hipótesis delictivas; o si por el contrario podía calificar los otros delitos y una vez en firme tal providencia enviar al competente para los trámites siguientes.

Indudablemente la cuestión presenta algunas dificultades en su solución y sobre el particular debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte ha avanzado en ello logrando precisar algunos aspectos así:

1. *Una vez asumido el conocimiento por parte del Juez de mayor jerarquía, si en el momento de calificar el mérito del sumario, el delito que le otorga competencia se resuelve bajo las hipótesis de sobreseimiento definitivo o temporal, tal solución no impide que el mismo funcionario califique los restantes delitos y sólo cuando tal auto adquiera firmeza debe enviar al competente el negocio para continuar su trámite. (Casación de julio 22 de 1987 P.M. doctor Rodolfo Mantilla Jácome).*

2. *Situación diferente ocurre en aquellos casos en los cuales dentro del sumario y antes del cierre de investigación se produce cesación de procedimiento sobre el delito*

que le otorga competencia al Juez de mayor jerarquía, por cualquiera de las cuatro causales del artículo 163 del derogado Código de Procedimiento Penal, a saber:

a) *Que el hecho imputado no ha existido;*

b) *Que el procesado no lo ha cometido;*

c) *Que la ley no lo considera como infracción penal, y*

d) *Que la acción penal no podía iniciarse o proseguir; porque en tal caso la decisión así tomada implica pérdida de la competencia que le impide al Juez continuar adelantando el sumario, por lo cual debe enviárselo al competente para su proseguimiento, resultando afectada de nulidad cualquier actuación posterior.*

3. *Ahora bien, en los casos en los cuales cerrada la investigación y habiendo procedido el funcionario a su calificación, debe tenerse en cuenta que tres de las cuatro hipótesis de la cesación de procedimiento (artículo 163) se pueden resolver por mandato legal por la vía del sobreseimiento definitivo; esto es, cuando esté comprobado:*

a) *Que el hecho no ha existido;*

b) *Que el procesado no lo ha cometido, y*

c) *Que la ley no lo considera como infracción penal; eventos en los cuales opera la solución dada en el numeral primero, esto es, sobreseer definitivamente por esta hipótesis y calificar las restantes, perdiendo la competencia el funcionario sólo cuando adquiera ejecutoria tal providencia, momento en el cual debe enviar al competente para que prosiga su trámite. Pero en los casos en que se trate de la presencia de la cuarta hipótesis de cesación de procedimiento esto es: que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, tal decisión, aun estando cerrada la investigación debe resolverse con auto de cesación de procedimiento y no con auto de sobreseimiento definitivo que implicaría calificación del mérito del sumario. Por ello en tal hipótesis se impone la solución dada en el numeral 2 de esta providencia, esto es, que una vez se declare la cesación de procedimiento por prescripción por ejemplo del delito que le otorga la competencia al juez de mayor jerarquía, éste la pierde sin tener posibilidad de calificar el mérito del sumario.*

Conforme a lo anterior se tiene que le asiste razón al recurrente, cuando sostiene que al decretar el Juez Superior de Magangué la extinción de la acción penal por falsedad, por haberse cumplido el fenómeno prescriptivo carecía de competencia para calificar el proceso llamando a juicio por delito de competencia del Juez de Circuito, por lo que se impone declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación inclusive, dictado por el Juzgado Superior de Magangué. Como tal juzgado sí tenía competencia para ordenar la cesación de procedimiento por prescripción, este aspecto de la providencia continúa en firme ya que no es objeto de la declaración de nulidad.

En consecuencia los aspectos de trámite procesal en cuanto los demás delitos deberán ser subsanados por el Juez competente que lo es el Penal del Circuito de Mompós al cual se devolverá el expediente por intermedio del Tribunal Superior de Cartagena.

Lo anterior es suficiente para que la Corte Suprema –Sala de Casación Penal–, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia recurrida.

2. DECLARAR la NULIDAD parcial de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive, del Juzgado Unico Superior de Magangué de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

FLAGRANCIA

La flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen su participación.

Auto Casación. 4 de mayo de 1988. Niega libertad provisional a Luis Eduardo Flórez Manosalva, condenado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por el delito de homicidio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 030.

Bogotá, cuatro (4) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El Apoderado judicial del procesado Luis Eduardo Flórez Manosalva solicita el beneficio de libertad provisional para su representado con invocación del numeral 2° del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal vigente y la aplicación de las Leyes 32 de 1971 y 48 de 1987, así como la rebaja contemplada en el artículo 301 del estatuto procedimental, por confesión del acusado.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha conceptuado desfavorablemente para la excarcelación provisional del procesado, pues al no ser acreedor a la reducción de pena de que trata el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, no cumple las dos terceras partes de la sanción que le fuera impuesta. Esto por cuanto su versión no fue sustento de la sentencia, requisito ausente en este caso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Luis Eduardo Flórez Manosalva fue condenado por el Juzgado Primero Superior de Sogamoso a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Con el fin de determinar si es o no procedente el beneficio de excarcelación solicitado, debe la Sala establecer previamente si en este caso concreto, la versión del sindicado constituye o no confesión y si ella, en caso afirmativo, permite reconocer la reducción de pena de que habla el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

Esta Sala en múltiples decisiones ha precisado los alcances de la norma citada, especialmente lo referente a la exclusión del beneficio cuando la conducta ha sido realizada en flagrancia.

La noción de flagrancia la contempla el Código de Procedimiento Penal en el artículo 393, norma que señala "se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundamentalmente (sic) que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad o cuando por voces de auxilio se pide su captura".

Esta noción legal involucra en un solo concepto los doctrinalmente conocidos de flagrancia y cuasiflagrancia, lo cual es un avance en la técnica legislativa dadas las similares consecuencias que se otorgan en la ley procesal a una u otra situación indiscriminadamente.

Debe reconocerse que no ha sido tarea fácil establecer los alcances de tal concepto en la práctica judicial colombiana, por ello nos ocuparemos de precisar algunos de estos aspectos.

Desde el punto de vista puramente literal y gramatical, flagrante es lo que se está ejecutando actualmente, en el mismo sentido se pronuncia Escriche, cuando señala que "flagrantes es participio del verbo flagrar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración".

Doctrinalmente se ha pretendido por algunos conceptualizar la flagrancia junto con la captura del partícipe en el hecho, esto es que mientras no exista captura no puede hablarse de flagrancia. Tal opinión parece equivocada en cuanto confunde la causa con el efecto, ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia es posible la captura de facto del partícipe por cualquier persona sin que sea preciso orden de autoridad competente con el lleno de los requisitos legales, de donde se desprende que no es lógico atar la captura que es una consecuencia de la flagrancia a la flagrancia misma. En ese sentido la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una y otra situación; así por ejemplo, entratándose del artículo 301 que comentamos hable simplemente de flagrancia, al tiempo que al señalar, los asuntos cuyo trámite es el procedimiento abreviado, expresamente se refiere a los casos en que el imputado sea capturado en flagrancia (474).

Otros pretenden que sólo existe flagrancia cuando la conducta del delincuente se ubica dentro de un comportamiento sinuoso, escondido, que al ser visto o descubierto genera para él un estado de sorpresa; apoyan su tesis quienes esto sostienen en la misma expresión legal que habla de que la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, o es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas del mismo.

De este criterio se disiente por cuanto subjetiviza la noción de flagrancia haciéndola depender más del ánimo y de la particular forma de actuar del actor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del fenómeno. Así, si nos atuviésemos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas no sería este un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada impide el surgimiento de la idea de ser sorprendido. Pero además la prueba incontrastable de que este es como sostenemos nosotros un ejemplo clásico de flagrancia, radica en la hipótesis de que si cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia del hecho sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado.

La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indique fundadamente su participación en el hecho punible.

Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho.

Luis Eduardo Flórez Manosalva realizó el hecho punible en presencia de la esposa e hija de la víctima y de varios testigos como lo fueron, entre otros Isabel Tarache de Garzón, profesora de la localidad, Alfonso Nossa Rodríguez, Germán Velandia Rincón, Armando Rodríguez y Néstor Raúl Cabezas, quienes lo identificaron plenamente por conocerlo de tiempo atrás, es decir que el hecho fue cometido en flagrancia, motivo suficiente para negarle el reconocimiento de la reducción de pena como lo determina expresamente la norma comentada.

Fuera de lo anterior, en su primera versión el procesado planteó una legítima defensa e incluso manifestó que su intención no fue el darle muerte al hoy occiso. Y, al ser condenado por homicidio voluntario, su versión no constituye fundamento de la sentencia, razón por la cual, como lo destaca la delegada, no es acreedor al beneficio reclamado por la defensa.

Siendo así que la pena de diez (10) años resulta inmodificable por este aspecto, Flórez Manosalva no ha cumplido con el primero de los requisitos que exige el artículo 72 del Código Penal para la procedibilidad del subrogado de la libertad

condicional, esto es, el factor objetivo de las dos terceras partes de la sanción como mínimo a descontar.

El procesado se presentó a las Autoridades el día 25 de enero de 1985, es decir, ha descontado efectivamente en prisión *treinta y nueve (39) meses y nueve (9) días.* Por aplicación de la Ley 48 de 1987, tiene derecho a una rebaja de la sexta parte de la pena impuesta, es decir, *veinte (20) meses* y por trabajo una redención equivalente a *once (11) meses y tres (3) días,* para un total acumulado de *setenta (70) meses y doce (12) días,* inferiores a las dos terceras partes de la pena impuesta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, Niega al procesado Luis Eduardo Flórez Manosalva el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

NULIDAD SUPRALEGAL. VIOLACION INDIRECTA

Tratándose de un vicio *in iudicando* que hace relación básicamente a la apreciación de los medios probatorios, no puede hablarse de la violación del debido proceso, sino que el ataque debe orientarse a la demostración de la existencia de un error de derecho.

Sentencia Casación. 6 de mayo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a César Augusto Cuéllar y a Alirio Ramírez, por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 029 del 3 de mayo de 1988.

Bogotá, D. E., seis de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Por sentencia del 31 de mayo de 1986 el Juzgado 40 Penal del Circuito de esta ciudad condenó a César Augusto Cuéllar y a Alirio Ramírez Cano a la pena principal de cuatro años de prisión como responsables de infracción al estatuto de estupefacientes.

Por providencia de segunda instancia del 9 de octubre de 1986, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó integralmente la providencia recurrida.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y declarado admisible por esta Corporación; posteriormente se consideró ajustada a la demanda a las exigencias legales.

Se escuchó el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó se desechará la demanda propuesta.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes,

Hechos

El 9 de octubre de 1985, en la carrera 22 con calle 5ª de esta ciudad se interceptó por una unidad de la Policía el Renault 18 modelo 1980 de placas FC-1791, en el que se movilizaban Alirio Ramírez Cano, César Augusto Cuéllar García y Crisóstomo Cubillos Contreras, habiéndose encontrado en el baúl del automotor una sustancia que al parecer era cocaína, un revólver sin salvoconducto y además dinero en efectivo y dólares al parecer falsificados. El primero de los nombrados dijo ser el dueño del automotor.

Actuación procesal

Se decretó la apertura del proceso penal mediante auto del 11 de octubre de 1985 por el Juzgado 53 de Instrucción Criminal.

Sometidos a indagatoria los capturados, se decretó su detención por providencia del 21 de octubre de 1985.

Por auto del 24 de febrero de 1986 se llamó a responder en juicio a César Augusto Cuéllar García y a Alirio Ramírez Cano por infracción al estatuto de estupefacientes.

Realizada la diligencia de audiencia pública el 20 de mayo de 1986, se dictó sentencia condenatoria de primera instancia el 31 de mayo del mismo año y de segunda el 9 de octubre de 1986.

La demanda

El impugnante plantea dos cargos, el uno de nulidad por violación del debido proceso, por considerar que se violó el derecho de defensa al haberse interrogado a los procesados durante las diligencias de indagación preliminar sin la debida presencia de un defensor, pues estima que la argumentación de no ser necesaria, porque en este momento no hay proceso, no es válido, puesto que se interroga al procesado sobre hechos esenciales relacionados con la responsabilidad, y la asistencia del defensor es indispensable para oponerse a las preguntas capciosas o inconducentes y para garantizar que la disposición sea el fruto de una voluntad libre.

Que en las condiciones anteriores se debe decretar la anulación del proceso por violación del debido proceso al desconocerse el derecho a la defensa.

El segundo cargo lo plantea al amparo de la causal primera, por considerar que el juzgador de segunda instancia violó indirectamente la ley sustancial al dejar de aplicar el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta de manera indebida el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 por haber apreciado de forma manifiestamente errada las distintas pruebas periciales que eran contradictorias entre sí, puesto que unas hablan de la existencia de cocaína para la sustancia decomisada, mientras que otras experticias fueron negativas en cuanto a esta calidad.

Termina concluyendo que "y tanto más equivocada la conclusión de certeza sobre la pericia positiva para cocaína, cuando frente a otras que dan resultado negativo, se opta por acoger la que perjudica al sindicado, sin haberse resuelto la duda que surge y resolviendo, así no más, en contra del sindicado tal duda, contra lo que manda el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

Este yerro manifiesto en la apreciación de estas pruebas periciales contradictorias, puesto que no hay motivo para escoger la que perjudica a mi mandante y no la que lo favorece, hizo que se tuviera como plenamente comprobado el cuerpo del delito de tráfico de estupefacientes, sin los requisitos de esta plena prueba que para condenar manda el artículo 215 de la obra citada yerros y violaciones de la ley procesal que permitieron la indebida aplicación de la norma sustancial que define y sanciona el tráfico de estupefacientes, conforme al artículo 33 de la Ley 30 de 1986".

El concepto del agente del Ministerio Público

El colaborador fiscal solicitó se rechazara la demanda presentada argumentando que la nulidad planteada por haberse recibido la versión libre y espontánea de los procesados por miembros de la Policía Judicial sin la presencia del respectivo defensor no es de recibo, porque la Corte en su jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que tal asistencia no es indispensable para la validez de la actuación y cita la providencia del 23 de julio de 1982 en la que se sostuvo: "por su parte, el artículo 289 del mismo estatuto procesal al consagrar como atribución de la Policía Judicial la de recibir por escrito la versión 'que libre y espontáneamente quiera hacer el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho, su participación en él y la de otras personas', solamente precisa que ella ha de estar firmada 'por el imputado en señal de asentimiento', sin que exija para su desarrollo la presencia de apoderado. No siendo, pues, requisitos de validez de tal diligencia la intervención de apoderado, como que aún no haya proceso, su ausencia no puede ser reclamada como motivo de nulidad legal ni constitucional'.

En relación con el segundo cargo, por haber considerado peritajes contradictorios para dar por probado el cuerpo del delito en perjuicio de las pretensiones de los procesados y de esta manera haber violado indirectamente la ley sustancial por apreciación manifiesta de las mismas, considera que debe ser rechazado por fallas de técnica en la formulación del mismo, puesto que en ninguna parte del libelo se precisa si el error sustancial en que dice haberse incurrido, lo fue de hecho o derecho y que en tales condiciones no podría la Corte suplir las fallas del casacionista.

Consideraciones de la Corte

Plantea el impugnante la existencia de una nulidad supralegal por haberse recibido la diligencia de exposición durante la indagación preliminar por parte de la Policía Judicial, sin la asistencia del respectivo defensor de los procesados, y que esta ausencia viola evidentemente el derecho de defensa constitucionalmente consagrado, puesto que la presencia del apoderado es vital para rechazar las preguntas capciosas o inconducentes y para garantizar que tal deposición se rinda en situación de libertad y espontaneidad.

Sin entrar a resolver sobre el fondo del problema planteado, debe la Corte advertir que el censor equivoca la vía, puesto que el cargo no ha debido ser planteado al amparo de la causal cuarta, sino de la causal primera, puesto que evidentemente se trataría, en caso de aceptarse la hipótesis propuesta por el demandante, de una errónea valoración de la prueba, ante la existencia de un error de derecho, por haberse apreciado un medio probatorio que viola sus propios ritos de formación, puesto que se trataría de una prueba contentiva de una flegalidad intrínseca que por la misma razón no debería haber sido tenida en cuenta por el fallador.

Considera el censor que se violaron las formas propias del juicio y el derecho de defensa del acusado, porque la garantía del proceso comprende todos los actos que se realizan para dictar sentencia definitiva.

Se ha sostenido reiteradamente por la Corte que en el artículo 26 de la Constitución están consagradas cuatro garantías con naturaleza, objeto y consecuencias propias, así:

a) Preexistencia de la ley que origina el juzgamiento;

b) Legalidad de la ley procedimental;

c) Respeto a las formas propias del juicio y,

d) Aplicación de la ley favorable, si fuere posterior al acto que se imputa.

Sobre los conceptos anteriores, se ha venido sosteniendo de manera uniforme que se reconoce la existencia de nulidades supralegales o constitucionales cuando: "... se trate de irregularidades procedimentales que impugnen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado". Como tales se ha estimado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causa con aplicación de leyes sustanciales posteriores al delito (sentencia 19 de febrero de 1943); la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formulación de la actuación impida la precisión del delito materia del juicio (sentencia 19 de febrero de 1943 y 24 de enero de 1980); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencia de mayo 18 de 1962, 15 de diciembre de 1950, 11 de julio de 1952, 23 de enero de 1953, 7 de diciembre de 1955 y 7 de noviembre de 1961 entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencia del 26 de julio de 1964, 10 de noviembre de 1955 y 12 de noviembre de 1956 entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sentencia de 11 de febrero de 1948). Casación de 5 de julio de 1976".

Con la precisión de los conceptos anteriores con relación a cuál es el alcance del artículo 26 de la Constitución Nacional, claramente se observan los vicios sustanciales que quitan validez a una actividad procesal y por tanto, las nulidades que jurisprudencialmente ha venido reconociendo la Corte.

Pero precisamente por lo antecedentemente expuesto, no pueden confundirse las formas propias del juicio con los grados probatorios, porque con el primer concepto se

hace relación a las garantías universalmente reconocidas a los ciudadanos para garantizar los derechos individuales y sociales que se presentan en el proceso y que constituyen errores in procedendo; *mientras que los errores en relación con los grados probatorios son las exigencias que la ley demanda para la validez de una prueba y que por tanto tenga capacidad probatoria; la violación por la errónea apreciación del juzgador genera los vicios* in iudicando.

El aspecto fundamental lo hace radicar el censor en la violación del principio de legalidad de la prueba, que dentro de la técnica de casación queda comprendida en la violación indirecta de la ley (salvo que se tratara de la indagatoria o de una que no permitiese dictar la sentencia de reemplazo), por la existencia de un error de derecho en la valoración de la prueba y por tanto dentro de la realidad taxativa de las causales de casación y dentro del marco específico que se exige en el ataque a un fallo, es imperativo que la censura se haga al amparo de la causal primera, y no dentro de la cuarta, como se hizo antitécnicamente en este caso, porque como ya se estableció con anterioridad, la violación del debido proceso comprende fundamentalmente los vicios in procedendo, *que son los que específicamente quedan cubiertos en el mandato constitucional del artículo 26.*

Tratándose como se trata de un vicio in iudicando, *que hace relación básicamente a la apreciación de los medios probatorios, no puede hablarse de la violación del debido proceso para pretender el reconocimiento de una nulidad supralegal, sino que el ataque ha debido orientarse a la demostración de la existencia de un error de derecho, con el que se ocasionara una infracción indirecta a la ley sustancial.*

Desorientado es entonces el cargo que formula el impugnante porque además deben tenerse en cuenta las consecuencias procesales que se originan si el ataque se plantea al amparo de la causal cuarta o de la primera, porque es evidente que la ilegalidad intrínseca o extrínseca de una prueba no puede ocasionar la nulidad de la actuación; básicamente la sanción procesal que existe para este tipo de violaciones es la inadmisión de la prueba o su no apreciación en el momento de emitirse el fallo; así los tratadistas de manera general están acordes en que no es preciso que se declare la nulidad como una forma de sanción para el medio probatorio que viola sus formalismos de aducción o de formación. Si, aceptando como hipótesis discutible la planteada por el censor, la ilegalidad de la prueba por violar sus propios ritos de formación, tiene como sanción procesal, una vez admitida, el no tenerla en cuenta en el momento de la apreciación de las mismas, es evidente que la solución no es la nulidad del proceso, de allí entonces que las consecuencias que se originan de orientar el ataque al amparo de la causal cuarta o de la primera, son trascendentales, porque obviamente los requisitos o exigencias de la técnica en el recurso extraordinario, no son el resultado de una vocación caprichosa del legislador, sino que por el contrario todas ellas están sustentadas en la más profunda lógica y mirando la celeridad y provecho del proceso y de la administración de justicia; por ello es entonces que en este tipo de casos la censura dentro de una correcta técnica debe ser orientada por la causal primera, para que el juez extraordinario dicte la sentencia de reemplazo, en la que no debe tener en cuenta dentro del acerbo probatorio la prueba ilegalmente producida. Si se acepta el equivocado camino propuesto por el censor, debería ser su consecuencia la nulidad de todo un proceso, que en muchos de sus actos procesales y diligencias ninguna relación tienen

con la prueba tachada de ilícita y que por no tener esta vinculación o conexión funcional, ni lógica, la pretendida nulidad no tiene porqué abarcar aspectos que fueron producidos en legal forma y que por tanto no los puede cobijar una sanción de nulidad.

Son suficientes las razones anteriormente dadas para que se concluya que no puede prosperar el cargo propuesto.

Plantea el censor un segundo cargo, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial, al apreciarse erróneamente peritajes contradictorios y por considerar con capacidad probatoria aquellos que son desfavorables a los intereses del procesado.

Lamentablemente, de nuevo el impugnante incurre en errores de técnica, porque en ninguna parte de su libelo, menciona si el error que propone es de hecho o de derecho, y esta omisión dentro del recurso extraordinario es sustancial, porque bien se sabe la diversa naturaleza y consecuencias que genera bien sea la existencia de un error de hecho o de derecho, puesto que se ha sostenido jurisprudencialmente que la violación indirecta de la ley sustancial puede darse de diversas maneras. En el error de hecho: a) cuando se desconoce la existencia de una prueba; b) cuando se tergiversa su alcance o expresión fáctica y c) cuando se supone una prueba que no existe. En el error de derecho: a) cuando se aprecia una prueba que viola sus propios ritos de formación; b) cuando se aprecia una prueba que viola las normas generales para su aducción; c) cuando a la prueba se le niega, de modo absoluto, el valor que la ley le asigna y d) cuando a la prueba se le da un valor, mayor o menor del que la ley le otorga.

Ante tal pluralidad de hipótesis es pertinente que el censor se decida por una de las dos alternativas de error y dentro de tal escogencia, es menester que precise cuál de las diversas modalidades del error de derecho o de hecho.

Reiteradamente esta Corporación ha venido sosteniendo en pacífica doctrina que no puede la Corte sustituir al demandante, ni puede enmendar sus errores o suplir sus fallos, porque la exigente técnica del recurso así lo manda y en tales circunstancias el cargo propuesto no puede prosperar, sin poder siquiera entrar a considerar el fondo del problema, porque las deficiencias protuberantes del libelo de la demanda, así lo exigen. En consencuencia, no prospera el cargo.

Son suficientes las consideraciones precedentemente formuladas, 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:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

LIBERTAD DEL PROCESADO.
IMPEDIMENTO

La Corte carece de competencia para resolver sobre peticiones de libertad, cuando conoce del incidente de recusación.

Auto Recusación. 9 de mayo de 1988. Se abstiene de resolver sobre la petición de libertad de Luis Felipe Arias Castaño en el trámite de procesos acumulados por los delitos de falsedad y estafa, mientras se tramite la recusación a los Magistrados del Tribunal Superior de Medellín.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 031.

Bogotá, D. E., nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El procesado Luis Felipe Arias Castaño solicita el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal y la aplicación de las Leyes 32 de 1971 y 48 de 1987, al considerar que el tiempo de reclusión y el que le correspondería como rebajas, resultan suficientes para obtener su excarcelación. Lo anterior lo demanda ante la Corte, por cuanto los juzgadores de instancia a través de sus decisiones han demostrado su parcialidad y desconocimiento total del derecho hasta el punto de violar los principios constitucionales del debido proceso y derecho de defensa.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita de la Corte se abstenga de resolver la petición de libertad elevada por el procesado ya que esta Corporación resulta incompetente para decidir incidentes distintos al de la recusación propuesta por el memorialista. Lo anterior basado en reiterados pronunciamientos de la Sala como los de fecha 26 de enero de 1984 y 22 de abril de 1987.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el Juzgado 13 Superior de Medellín cursa un proceso (causas acumuladas) contra Luis Felipe Arias Castaño y otros, por los delitos de falsedad y estafa, dentro del cual se surtió la diligencia de audiencia pública en una de las causas (4 de diciembre de 1987 al 25 de enero de 1988) y por auto de 29 del mismo mes y año, se dispuso la acumulación del proceso que cursaba en el Juzgado 5° Penal del Circuito de Medellín, es decir, no se ha dictado sentencia de primer grado.

El 2 de febrero siguiente el procesado Arias Castaño solicitó su excarcelación provisional con base en los mismos presupuestos que ahora expone ante la Corte, la cual le fue negada mediante providencia de fecha 9 del mismo mes y año. Notificada personalmente la decisión al procesado, recurrió en reposición como impugnación principal y en apelación, como subsidiaria, y luego de la correspondiente tramitación, en providencia de 23 del mismo mes y año se le negó el primero y se le concedió el segundo, razón por la cual, llegó al Tribunal Superior de Medellín el proceso, para decidir sobre la viabilidad de la excarcelación propuesta.

En el escrito de sustentación, el procesado recusó a los Magistrados que integran la Sala de decisión, con fundamento en lo preceptuado por el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal actualmente vigente, incidente que fuera rechazado unánimemente por la Sala de decisión correspondiente en providencia de 7 de abril siguiente, es decir, se halla pendiente de resolución la impugnación contra la providencia que le negó el beneficio de libertad en primera instancia.

La Corte en sesión verificada el tres del presente mes y año, rechazó la recusación propuesta por el procesado contra la Sala del Tribunal Superior de Medellín que viene conociendo del proceso y dispuso la devolución del expediente a dicha corporación para que continúe conociendo de él y resuelva el recurso que se halla pendiente.

Le asiste razón al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando solicita a la Sala se abstenga de resolver sobre la petición de libertad presentada por el procesado Arias Castaño *ya que la Corte carece de competencia para ello como lo ha dicho en oportunidades pasadas frente a similares incidentes.*

El artículo 453, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal anterior, vigente para este caso concreto (artículo 677 del actual Código de Procedimiento Penal), enseña que el procesado tendrá derecho a su excarcelación provisional, "... cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele".

"Se considera que ha cumplido la pena, el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla".

"La excarcelación a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista".

Quiere decir lo anterior que debe determinarse previamente si la Corte es o no competente para resolver sobre la petición de libertad provisional a que se viene haciendo referencia.

El Título III, Capítulo 2º del Código de Procedimiento Penal, consagra la "competencia funcional y por razón de la naturaleza del hecho y la calidad de los procesados".

En el artículo 32 ibídem, señala taxativamente la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de los procesos de la justicia penal ordinaria, que es este caso.

En esta norma, se repite, que determina la competencia de esta Sala, no le asigna el conocimiento de los procesos para decidir sobre impedimentos o recusaciones.

El artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, es el que le atribuye competencia para "dirimir de plano", es decir sin trámite previo, el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal cuando ha sido rechazado por la Sala Dual correspondiente o, la recusación propuesta por una de las partes contra el mismo funcionario y ésta la encuentra infundada.

Así mismo, el artículo 87 ibídem enseña que "desde que se presente la petición de recusación, o desde que se manifieste impedido el juez o magistrado, hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso, si estuviere en estado de juicio; pero si fuere sumario, podrán ejecutarse los actos urgentes de instrucción".

Esta disposición contempla dos aspectos fundamentales:

a) Cuando se presenta el escrito de recusación por una de las partes, inmediatamente se suspende el proceso cuando se halle en estado de juicio, esto es, una vez cauce ejecutoria el auto de proceder, o, desde el mismo momento en que el juez o Magistrado manifieste su impedimento para conocer del asunto;

b) Si el proceso se hallare en estado de sumario, éste no se suspende, pero solamente puede el funcionario impedido o recusado, realizar actos urgentes de instrucción (indagatoria al procesado detenido, resolución de la situación jurídica, excarcelación, entre otros).

En el primer caso, la situación jurídica del procesado se halla debidamente concretada en el pliego de cargos, sin lugar a modificación por el juez, precisamente por su firmeza. En cambio, en el segundo, la investigación se halla en curso y el incidente debe decidirse en la actuación de copias, las que deben ser remitidas inmediatamente al superior para que dirima "de plano" el incidente.

La aceptación de la recusación o su rechazo y la manifestación de impedimento del funcionario que esté conociendo del proceso, debe hacerlo mediante auto motivado con expresión exacta de los motivos que lo llevan a declarar el impedimento o rechazar la recusación, providencia que no requiere de notificación y que debe ser puesto en conocimiento de la autoridad que deba decidir el incidente. A su vez, quien deba resolverlo, lo hará igualmente, mediante auto motivado, sin trámite previo, pero dicha decisión debe ser notificada a las partes a fin de enterarlas de la designación del nuevo

funcionario en caso de prosperidad de la recusación o del impedimento o, en caso contrario, para que conozcan las razones que se tuvieron para declarar la improcedencia del incidente.

La ley ha sido cuidadosa en fijar las diversas hipótesis en las cuales no conviene a la Administración de Justicia que determinado funcionario actúe como juez o magistrado, precisamente en busca de conservar el buen nombre de la Rama Jurisdiccional, garantizar la rectitud y acierto de las decisiones y evitar que se ignoren los sentimientos personales del fallador. Pero, así mismo, el legislador consecuente con la garantía de los derechos de las partes, previó un trámite rápido para decidir esta clase de incidentes, hasta el punto de prohibir nueva recusación o declaratoria de impedimento respecto del funcionario que tenga que resolver el incidente, no obstante concurrir en él una cualquiera de las causales previstas en el artículo 78 ibídem (artículo 86, inciso primero del C.P.P.).

En conclusión, razón le asiste el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando solicita de la Sala se abstenga de decidir sobre la petición de libertad provisional elevada por el procesado Arias Castaño, pues, como se dejó anteriormente consignado, la Corte no tiene competencia sino para pronunciarse con relación al incidente de recusación propuesta por el mismo procesado, como ya lo hizo en sesión pasada como consta en providencia separada.

Además, recuérdese que el Tribunal Superior de Medellín, debe pronunciarse, en segunda instancia, sobre el referido incidente de libertad. De hacerlo ahora la Corte, estaría decidiendo la segunda instancia que solamente corresponde a esa Corporación, y de paso violando las formas propias del juicio cuyo respeto reclama el mismo memorialista en sus reiterados escritos, es decir, revisando por vía extraña, la negativa de libertad provisional que profiriera el Juzgado 13 Superior de Medellín y que fuera recurrida en oportunidad por Arias Castaño.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, se abstiene de resolver sobre la petición de libertad elevada por el procesado Luis Felipe Arias Castaño.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Así se tenga de la condena condicional el concepto de tratarse de un derecho y no de una gracia o beneficio, ello no quiere decir que el mismo carezca de adecuaciones legales puesto que la situación individual o social que alcanza a conformarse como tal, es aquella que ha cumplido con los requisitos que la ley impone.

Sentencia Casación. 10 de mayo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual condenó a Manuel María Vélez Franco, por infracción al Estatuto Penal Aduanero.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 31.

Bogotá, D. E., mayo diez (10) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Vistos

Se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de quince de septiembre del año próximo pasado, mediante la cual, por infracción al Estatuto Penal Aduanero, se impuso a Manuel María Vélez Franco, dieciocho (18) meses de prisión, así como las accesorias pertinentes.

Hechos y actuación procesal

Así los relaciona el Procurador 1° Delegado en lo penal:

"... Manuel María Vélez Franco fue procesado y condenado por cuanto que se le imputó haber retirado de la bodega "Los Alamos", de la Aduana Interior de Bogotá, doce unidades dentales introducidas al país entre el 16 de julio y el 24 de septiembre de 1982, exhibiéndose los manifiestos de Aduanas números 35982 y 50075 del año en cita, que resultaron falsos.

"Todo el trámite procesal se cumplió en legal forma, y al proferirse el fallo condenatorio de segundo grado, que impugna el censor, se denegó el subrogado de la condena de ejecución condicional por tres razones:

a) Haber viajado el procesado a Venezuela sin permiso judicial cuando se encontraba disfrutando de excarcelación;

b) Haber incumplido las presentaciones inherentes al beneficio de la libertad provisional; y

c) En razón a 'la naturaleza del hecho, la cuantía del reato, en uno y otro se denota ponderación...'.

La demanda

Se invoca el numeral 1° del artículo 580 del Decreto número 409 de 1971 y concretamente se dice que la violación directa de la ley sustancial consistió en la falta de aplicación de los artículos 68 y 69 del Código Penal que consagran el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Se afirma que la negativa a conceder este beneficio, apoyada en la necesidad de someter al sentenciado a un adecuado tratamiento penitenciario, carece de fundamento serio y atendible puesto que, con apoyo en un análisis crítico de los tratadistas Jorge E. Gutiérrez Anzola y Alfonso Reyes Echandía, puede aceptarse, en nuestro medio, "la ausencia absoluta del mal llamado 'tratamiento penitenciario', además, el procesado se muestra como persona que no requiere de este medio rehabilitatorio; y, por último este subrogado, que es un derecho y no una gracia ni beneficio, solo es dable negarlo cuando, con base objetiva en el proceso, el juzgador concluya que solo mediante la reclusión se van a obtener los fines consagrados en el mencionado precepto.

Concepto de la delegada

Esta admite la prosperidad de la impugnación parcial del fallo, no sin destacar ciertos reparos al contenido de la demanda; al respecto anota:

"...En el caso sub exámine el censor acierta en la selección o escogencia del motivo de casación frente a la causal primera: violación directa de la ley sustancial. Sin embargo, surge incertidumbre en la relación con el acierto en cuanto al sentido del quebrantamiento invocado, pues invoca falta de aplicación o exclusión del artículo 68 del Código Penal, cuando la nueva corriente jurisprudencial al respecto ubica el yerro judicial en la interpretación errónea (fallo de septiembre 29/87, con ponencia del ilustre Magistrado: doctor *Jorge Carreño Luengas),* posición que comparte integralmente este Despacho.

"Empero, habida consideración a que la Sala mayoritaria de casación penal que antecedió a la actual, estimaba que el sentido de la violación, para el caso que nos ocupa, no era otro que el de la exclusión o falta de aplicación, tal como se consignó en fallo del cual fue ponente el doctor Reyes Echandía; y el acertado criterio plasmado en sentencia de julio 21 de 1976, con ponencia del doctor *Jesús Bernal*

Pinzón, de morigerar el rigor de la técnica de casación cuando 'de la lectura de la demanda se evidencia claramente el pensamiento del recurrente y los motivos de su inconformidad' ... y aun cuando pueda considerarse que la demanda adolece de algunas fallas... que "no son de tal significación como para impedir que la Corte haga su examen...", como sucede en este caso, estima la Delegada que en justicia debe acogerse y despacharse favorablemente la demanda del doctor Roberto Medina López, por estar fundamentada en razones doctrinarias, jurisprudenciales, procesales y personales tan convincentes o evidentes que exigen compartirlas.-

"En efecto: según los planteamiento del Tribunal de Aduanas, se da el primer requisito para conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional, pero no el segundo: esto es, el relativo al aspecto moral o subjetivo, por los simples hechos de incumplirse unas presentaciones, viajarse al exterior sin permiso y por la naturaleza y cuantía del reato, los cuales son sofísticos razonamientos que no analizan de fondo tal aspecto moral o subjetivo, porque se concentran en la misma situación jurídica juzgada y sancionada y dejan de lado el estudio de la personalidad del agente. A este respecto cabe aseverar que el procesado Vélez Franco no registra anteriores condenaciones, ni otros procesamientos en curso que permitan presumir tendencia proclive al delito; ningún dato concreto arroja el expediente como para suponer que se trate de un sujeto empecinado u obstinado en ejecutar conductas antisociales, etc., etc.

"Luego, un simple viaje al exterior sin permiso judicial y el incumplimiento de unas presentaciones, por razones desconocidas puesto que como bien lo anota su defensor, no se le pidieron explicaciones, jamás podrán ser razones valederas o suficientes para suponer que requiere tratamiento penitenciario, porque todo ello engendra equivocidad y de suyo no guarda relación con el aspecto moral.

"La naturaleza del hecho: un concurso de contrabando con uso de documento falso, tampoco es de gravedad o trascendencia requerida como para denegar el sustituto en referencia porque son punibles que de suyo no producen tanta alarma social como la que sí generan los espantosos crímenes o atroces punibles que se vienen sucediendo y que ellos sí revelan insensibilidad social, perversidad y otras deformaciones morales causantes de auténtica alarma social.

"En suma, estima la Delegada que el Tribunal de Aduanas Interpretó erróneamente los artículos 12 y 68 del Código Penal, desconoció la función plurifinalista de la pena y se fue en contravía de la *'ratio legis'* al hacer caso omiso del 'amplio criterio liberal' y de la 'medida de política criminal' que inspiró al legislador en la concepción y definición del subrogado en cuestión. Tanto es así que, al pregonar el nuevo Código de Procedimiento Penal en el numeral 1° del artículo 439, que la libertad provisional allí prevista no podrá negarse bajo el predicamento de que el imputado requiere tratamiento penitenciario, el legislador ratifica ese amplísimo criterio liberal y su convencimiento de la bondad de la pertinente y fructífera medida de política criminal, encaminada entre otras razones, a impedir que el delincuente se acabe de destruir moralmente en nuestro antitécnico ambiente carcelario...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Censor y Ministerio Público desatinan un tanto cuando como razón de su confluyente criterio recuerdan la inoperancia del sistema penitenciario, la delincuencia grave y abundante que àzota al país y la finalidad del referido subrogado penal. Estas observaciones, a las cuales no es dable negar todo contenido de verdad, no tienen el valor absoluto que quiere atribuírseles ni pueden alcanzar el generalizado efecto que con ellas se busca. En repetidas ocasiones la Sala ha tenido que recabar más ponderación en esta clase de presentaciones porque la exageración que ellas exhiben conduce a instituir, como decisión uniforme y fatal, el que siempre se conceda la condena condicional, propósito totalmente ajeno al legislador y que lejos de estimular, en épocas tan aciagas como las que se viven, la reducción del delito, repercutiría en un aumento del mismo, por la blanda respuesta del mecanismo punitivo. No está bien que como contestación a la loca carrera de la delincuencia actual se diga que delitos de relativa entidad tengan que mirarse con extrema benevolencia por obra de la aguda y desalmada delincuencia que se padece. La situación tal vez, desafortunadamente, sea otra: que la justicia deba dar a entender que mientras ella no obtenga una fehaciente demostración de los requisitos para otorgar la condena condicional, la pena impuesta debe purgarse de manera efectiva.

Pero de otro lado, la apreciación nihilista sobre las características de nuestro sistema penitenciario, que está muy lejos de ser lo que debe ser o aproximarse a un patrón de recomendación en todos sus aspectos, no puede secundarse de modo integral. Las incesantes rebajas de pena por concepto de "estudio y educación", que a diario llegan a conocimiento de los organismos judiciales, repudia dicha consideración, pues estas ocupaciones, tenidas como elementos fundamentales de la resocialización, demuestran que el purgamiento de la pena no deja de tener consecuencias positivas para el reacondicionamiento de la personalidad del delincuente.

Finalmente, dentro de este marco de lucubraciones generales, no conviene admitir que como el sistema penitenciario puede presentar objeciones múltiples, la consecuencia obligada es la de regalar la condena condicional, pues a este paso también debería llegarse al extremo de no imponer las sanciones previstas por la ley, para evitar, de una vez, todos los males que se le cargan a esta clase de penas cumplidas de manera deficiente. Y éste no es un plausible modo de pensar, así se pueda participar de algunas de estas críticas, pues lo menos que podría decirse en respuesta de tan nocivo criterio sería el que la imperatividad de cumplir con todos los dictados de un determinado dispositivo legal se logra no evadiendo su aplicación sino precisamente imponiendo su vigencia. La manera como las regulaciones de nuestros ordenamientos penales llegarán a tener una entidad real del tenor de lo imaginado teóricamente por legislador, será convenciendo a los procesados y a las autoridades que tienen que ver con la satisfacción de la pena, de que la rama jurisdiccional será rigurosa en la atención que se debe a la ley, prefiriendo no su total omisión sino su cumplimiento en el grado más ostensible. Esta es, indudablemente, una de las reglas automáticas del equilibrio social, que bien puede reiterarse anotando que hay lugar a la benignidad cuando el delito tiene una magnitud que el cuerpo social logra resistir sin comprometer su existencia, pero que empieza a desaparecer y a volverse extraña cuando se va formando la idea

válida de que solo la severa aplicación de la ley, en su integridad, logra desestimular al delincuente.

Centrándose la Sala en la censura, debe decir que así se tenga de la condena condicional el concepto de tratarse de un derecho y no de una gracia o beneficio, ello no quiere decir que él mismo carezca de adecuaciones legales puesto que la situación individual o social que alcanza a conformarse como tal, es aquella que ha cumplido con los requisitos que la ley impone. Lo que el distingo (no es "gracia" ni "beneficio") quiere alejar es el que su reconocimiento obedezca tan solo a la arbitrariedad, al capricho, a la irracionalidad o llegue a tomarse como un "favor" del funcionario, debido a sus íntimas e inescrutables vivencias.

Hace tanto en el desconocimiento de un instituto de esta naturaleza el que se le uniforme al punto que todos accedan a él, como el que siempre se le niegue y sea el antojo, la veleidad o la extravagancia del funcionario la que determinen su concesión o rechazo.

La Sala cuando ha dicho que la objetividad del proceso es la que guía al juez en esta determinación, está indicando que las razones para ello deben ser una realidad procesal y que las mismas puedan ser compartidas de manera aceptable por quien considere y sopese el alcance de la resolución tomada.

De ahí que prospere el recurso en este sentido, cuando el juzgador ha silenciado todo motivo al negar la condena de ejecución condicional, o cuando los que ha expresado son extraños al proceso, o aparecen tan nimios que ni explican ni justifican tal decisión.

Lo que cabe preguntarse, entonces, es si algunas de estas hipótesis se dan en autos, porque de no, la casación, así sea parcial, no puede resultar exitosa.

Lo que la Corte advierte, a este respecto, es que el Tribunal ha ofrecido argumentos para imponer su negativa y que éstos figuran en el proceso, dándose además, un notorio juicio de valor en los mismos.

La gravedad del hecho no es característica descartable, no obstante que en este ámbito los reatos suelen representar tasaciones desmesuradas, pues la cuantía no fue inferior a los quince millones de pesos (1983).

Tampoco es desestimable lo que juzgador de primera y segunda instancia dijeron en cuanto a las sindicaciones, por conductas afines a la juzgada que le aparecen a Vélez Franco, *puesto que si bien éstas concluyeron en sobreseimiento definitivo y cesación de procedimiento, a los fines del subrogado es dable reconocer significativa incidencia, al menos al segundo de los procesos, pues el excepcional motivo de su terminación (art. 83-1 E.P.A.), permitía al sentenciador una fundada y no desvirtuada desconfianza sobre la personalidad* de Vélez Franco, *incompatible con una condena de ejecución condicional.*

Y menos puede criticarse lo relacionado con la ausencia del país, por parte del sentenciado, cuando le era necesario para tal fin, por las restricciones que al respecto se establecieron en su época contar con el asentimiento de la autoridad judicial. Ahora se dice que sobre las mismas nada se demostró y no se le pidieron explicaciones. Pero es que

ante un desacato de esta índole, no está en el juez imaginar razones valederas si no en verificar el hecho de la desobediencia y revocar los beneficios que tal incumplimiento hizo caducar. El beneficiado es quien debe ofrecer, si las tiene, demostraciones sobre el particular. Pero su desentimiento puede abonar la tesis de no mediar explicaciones admisibles o resultar en una indiferencia y menosprecio por la función judicial que repercuten en su contra. Nuevamente el funcionario, sobre puntos de abierto parentesco (libertades que se conceden bajo la condición de cumplir con las obligaciones impuestas), ha deducido una incredulidad sobre el procesado, máxime tratándose de un abogado y a fe que no se encuentran circunstancias favorables para rechazar esta opinión. En condiciones tales los juzgadores de instancia o el de sede casación, pueden arribar a una coincidente y adversa conclusión, o, por lo menos, este último no puede tomar como reciocinio ilógico, carente de fuerza demostrativa y extraño a la realidad procesal, la forma como ha actuado el Tribunal Superior de Aduanas.

La censura no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR, como en efecto NO CASA, la sentencia ya indicada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Guillermo Dávila Muñoz, Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario



IMPEDIMENTO. SOCIEDAD

Las cooperativas tienen peculiaridades que las separan nítidamente de las sociedades a que se refiere el Código de Procedimiento Penal actual en el numeral 11 del artículo 103 y no concurren, en consecuencia, el impedimento establecido por el legislador.

Auto Recusación. 10 de mayo de 1988. Declara infundada la recusación contra el doctor Sixto Arias Vargas, Magistrado del Tribunal Superior de Tunja.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*

Aprobada Acta número 29 de mayo 3 de 1988

Bogotá, mayo diez (10) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

De plano procede la Corte a resolver el incidente de recusación surgido en este proceso, con ocasión de la petición elevada por la apoderada de la parte civil en ese sentido al doctor Sixto Arias Vargas, Magistrado integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el escrito en referencia la profesional del derecho que representa los intereses de la entidad presuntamente afectada por los hechos punibles investigados en este expediente, solicita del Magistrado *Arias Vargas* se aparte del conocimiento del asunto, en consideración a que él es deudor y socio de la "Caja Popular Cooperativa", cuya sede y centro de operaciones es la ciudad de Tunja. Se precisa que la recusante no presentó pruebas acerca de sus manifestaciones.

El funcionario recusado profiere el auto de fecha 10 de marzo último, a través del cual y con apoyo en conocida decisión de esta Corporación, se niega a acceder a la

pretensión de la apoderada de la parte civil, en razón a que no es cierto que en la actualidad sea deudor de la entidad comentada, y porque, en su criterio, la naturaleza jurídica del ente cooperativo, escapa a las previsiones que en materia de impedimentos y recusaciones consagra el numeral 11 del artículo 103 del vigente estatuto procesal penal.

Para los fines propios de la resolución del presente incidente, *conviene destacar que el actual estatuto procesal penal en su artículo 103, numeral 11, siguió sustancialmente los lineamientos previstos en el artículo 78 del régimen derogado el año pasado. Esto es, que no incluyó dentro de la enumeración de sociedades que allí se señalan, a las asociaciones cooperativas, que por definición legal son aquéllas constituidas por una "asociación voluntaria de personas en que se organizan esfuerzos y recursos con el propósito principal de servir directamente a sus miembros sin ánimo de lucro, siempre que se reúnan las siguientes características básicas..." (Decreto número 1598 de 1963, art. 4º).*

Ahora bien, como esta Corporación ya ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto del fenómeno que en este expediente ha hecho presencia; vale decir, de la recusación de un funcionario judicial por la circunstancia de ser socio de una "asociación cooperativa", resulta suficiente para dirimir el conflicto con acudir a lo expuesto en la providencia fechada el 12 de julio de 1983 (M.P. doctor Darío Velásquez Gaviria), *toda vez que –como ya se advirtió–, la regulación de las causales de impedimento y recusación en el nuevo Código de Procedimiento Penal, permiten sostener la vigencia de la tesis sostenida por la Corte acerca de la exégesis del artículo 78 del anterior estatuto.*

Se dijo en la indicada ocasión:

"Pues bien, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 78 del C. de P.P. procede la separación del juez en relación con el conocimiento de determinado asunto cuando, respecto de alguna de las partes trabadas en el mismo, sea socio en compañía colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple, esto es, en sociedades de las generalmente llamadas de personas".

"Las cooperativas no pertenecen a ninguna de esas categorías de sociedades, aunque asuman el sistema de responsabilidad limitada, como les permite hacerlo el artículo 12 del Decreto número 1598 de 1963, que dice:

"Las cooperativas podrán adoptar el régimen de responsabilidad limitada o el de responsabilidad suplementaria".

"Para los efectos de este artículo, la responsabilidad es limitada cuando los socios responden solo hasta concurrencia del valor de sus aportaciones de capital, y es suplementaria cuando los socios consienten, además, en responder hasta por una cantidad adicional al valor de los aportes, que será establecida en los estatutos de la Cooperativa".

"La responsabilidad de la sociedad para con terceros compromete la totalidad del patrimonio social".

"Y no pertenecen a las sociedades a que se refiere ese numeral 10 del artículo 78 citado, por éstas son de naturaleza comercial y persiguen ánimo de lucro, como se desprende de la noción que de las mismas da el artículo 98 del Código de Comercio en los siguientes términos:"

"Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social" (las subrayas no pertenecen al texto).

"Las Cooperativas, por el contrario, carecen de ese ánimo mercantilista, como lo preceptúa el artículo 4° del Decreto número 1598 de 1963, que es del siguiente tenor:

"Es cooperativa toda asociación voluntaria de personas en que se organicen esfuerzos y recursos con el propósito principal de servir directamente en sus miembros sin ánimo de lucro, siempre que se reúnan las siguientes características básicas..." (subrayas fuera de texto).

"Además de esa diferencia de carácter sustancial, existen otras entre las Cooperativas y las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, que son las que más se les asimilan entre las enunciadas en la causal de impedimento que se estudia. Son ellas:"

"El número de socios, que en las de responsabilidad limitada no pueden exceder de veinticinco (artículo 356 del Código de Comercio), en tanto que en las Cooperativas es variable y no limitado (artículo 4° ordinal a) del Decreto número 1598 de 1963".

"La obligación existente en las sociedades de responsabilidad limitada de ofrecer a los demás socios la primera opción de compra de las acciones del que se retira (artículo 363 del Código de Comercio), exigencia que no existe en las Cooperativas".

"La posibilidad de continuar la sociedad con los herederos del socio difunto, eventualidad consagrada para las de responsabilidad limitada (artículo 368 del Código de Comercio), y no para las Cooperativas".

"Los llamados excedentes cooperativos no tienen carácter de dividendos, y se distribuyen entre los socios no en razón de sus certificados de aportación, sino 'en proporción a las transacciones que cada uno realice con la sociedad, o a la participación en el trabajo, según el tipo de cooperativa de que se trate' (ordinal d) del artículo 4° del Decreto número 1598 de 1963)".

"Finalmente, tal como lo establece en su artículo 4° literal c) el Decreto que acaba de citarse, las Cooperativas deben asegurar 'la igualdad de derechos y obligaciones de los socios, sin consideración a sus aportaciones de capital" (las subrayas fuera de texto).

"Todas estas peculiaridades separan nítidamente a las cooperativas de las sociedades a que se refiere el Código de Procedimiento Penal en el ordinal 10 de su artículo 78".

"No perteneciendo ellas a ninguna de esas especies no se da tampoco la razón que tuvo el legislador al establecer el impedimento, que viene a ser la estrecha vinculación que se crea en esas sociedades de personas entre sus socios, de tal forma que cada uno de ellos se siente inclinado a favorecer a los demás".

Como corolario de lo puntualizado en precedencia, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–,

RESUELVE:

DECLARAR INFUNDADA la recusación formulada por la apoderada de la parte civil en este proceso, contra el doctor Sixto Arias Vargas, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para que siga su trámite normal.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

PRESCRIPCION DE LA ACCION. EMPLEADO OFICIAL

El legislador quiso alargar en un lapso determinado la extinción de la acción penal por el simple y llano transcurso del tiempo, en los delitos de responsabilidad cometidos por los empleados oficiales.

Sentencia Segunda Instancia –10 de mayo de 1988– Confirma la providencia del Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual condenó a la doctora Blanca del Socorro del Hierro Findlay ex juez Promiscuo Municipal de Olaya Herrera-Bocas de Satinga por el delito de Detención Arbitraria y la modifica para que se haga efectiva la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 31.

Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el defensor, revisa la Sala la sentencia de 12 de enero del presente año, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a la doctora Blanca del Socorro del Hierro Findlay, ex-Juez Promiscuo Municipal de Olaya Herrera-Bocas de Satinga, a la pena principal de un año de prisión, y a las accesorias de rigor, como autora del delito de detención arbitraria, concediéndole la ejecución condicional de la condena.

ANTECEDENTES

1. Al confirmar el auto de proceder dictado en contra de la doctora Del Hierro Findlay, la Sala resumió así los hechos origen de este asunto:

"En los primeros meses del año de 1982, Remberto Hurtado, ex trabajador del aserrío 'El Danubio', demandó laboralmente en el Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya Herrera-Bocas de Satinga, a cargo de la universitaria Blanca del Socorro del Hierro Findlay, al administrador de esa empresa, Santiago Cuero, con el objeto de que se le pagaran $6.000.00 correspondientes al saldo de sus prestaciones sociales. El 5 de junio de 1982 compareció al mencionado despacho judicial Heriberto Torres Cuero, padre del anterior y propietario del aserrío, quien le manifestó a la Juez que en ese momento estaba en capacidad de cancelar la mitad de la deuda prestacional, y que se le diera plazo para conseguir el resto, pero la funcionaria no se lo permitió y lo puso preso en los calabozos de la policía. Pocas horas después, el mismo agente policial que lo había conducido a prisión le prestó a Cuero Torres los tres mil pesos faltantes y éste canceló a la Juez la totalidad de la obligación laboral, e inmediatamente quedó en libertad.

"El 29 de julio del año en mención, Heriberto Cuero Torres denunció penalmente a la funcionaria, argumentando que ésta 'sin razonamiento legal alguno y menos sin el lleno de los requisitos legales correspondientes, me ordenó pagar la suma de $6.000.00, valor éste que en dicho momento no tenía, y por ello pedí que se me permitiera pagar la suma de $3.000.00, para saldar el resto en cinco días. La mentada denunciada no aceptó, y antes, por varios comentarios y alegaciones, insistiendo en que un aserrío no podía quedarse sin plata, se rehusó a recibir, y sin otro miramiento ordenó mi encarcelación inmediata, por lo cual debí permanecer privado de mi libertad personal y a su orden por espacio de tres horas, cuando, porque uno de los agentes del orden me prestó los $3.000.00 que me faltaban, y al pagar la totalidad, ordenó ponerme en libertad",

Por esos hechos, el Tribunal, mediante auto de 30 de septiembre de 1985, dictó auto de proceder respecto de la doctora Del Hierro Findlay, por el delito de detención arbitraria tipificado en el artículo 272 del Código Penal, providencia recurrida en apelación por el defensor y que fue confirmada por la Sala en la suya de 7 de julio de 1987, con la aclaración de que se debían expedir copias con miras a investigar los posibles delitos de falsedad por la desaparición del expediente laboral a que dio origen la demanda de Remberto Hurtado, y de las boletas mediante las cuales se formalizaron la encarcelación y la libertad de Heriberto Torres Cuero. De otra parte, y ante la solicitud que en tal sentido se hizo al sustentar el recurso, la Sala declaró que la acción penal no estaba prescrita, por virtud del aumento que prevé el artículo 82 del Código Penal (fls. 189 y s.s.).

2. El juicio fue abierto a pruebas, sin que se practicara ninguna, y en estas condiciones el 11 de noviembre de 1987 se celebró la audiencia pública, en la cual la procesada, que no compareció, estuvo asistida por su defensor de confianza, el mismo que apeló el enjuiciamiento. El fiscal del Tribunal solicitó condena para la funcionaria, acorde con el pliego de cargos, y el defensor, a su turno, elevó las siguientes peticiones:

a) Que se declarara la prescripción de la acción Penal; y

b) que se absolviera a su patrocinada, ya que no existe en el proceso la prueba plena para condenar, la cual estaría conformada por las diligencias de tipo laboral y las órdenes de encarcelamiento y libertad de Cuero Torres, documentos éstos que no aparecen en el proceso (fls. 202 y s.s.).

En la sentencia impugnada se ratifican los planteamientos del auto de proceder en ambas instancias, subrayándose que la numerosa prueba testimonial recaudada, la misma injurada de la ex-juez, y el recibo donde consta la obligación laboral (cuyo incumplimiento dio lugar a la detención calificada de arbitraria), son elementos probatorios que conducen a la certeza sobre la existencia del delito y la responsabilidad de la acusada.

"La Sala –dice el Tribunal– no desatendería la argumentación de la defensa, en lo atinente a que por falta de boleta de encarcelamiento o de otra prueba documental similar, si del contexto de la prueba de cargo no existiera la certidumbre de haberse vulnerado el derecho de libertad en forma caprichosa, arbitraria y en un persistente comportamiento de prepotencia de autoridad al emitir la orden de ese encarcelamiento injusto, por eso se ha enfatizado en el proceso que existe la evidencia de este atropello contra el más sagrado derecho individual como es la libertad, cuya evidencia no requiere, por tanto, aquella otra prueba documentaria que vendría a ser, esa sí, complementaria del proceder despótico de la ex funcionaria, cuyo abuso de su función se demostró plenamente en la faz sumarial, situación que ha permanecido invariable hasta el momento de la diligencia de audiencia pública, o sea, hasta antes de dictar sentencia" (fls. 219 y 220).

Dicho fallo fue apelado por la propia doctora Del Hierro Findlay, quien al sustentar considera, en primer término, que "no obra en el proceso la plena prueba que se requiere para condenar, ya que los simples testimonios, que fueron rebatidos por mi defensor, no era suficientes para ello", y, en segundo lugar, que "existe otra razón más de fondo", cual es la nulidad por falta de defensa, pues estima que en la indagatoria nombró como apoderado al señor Francisco España Tovar, quien "sólo tenía licencia temporal para ejercer el oficio, no podía, en tales condiciones, actuar ante el Tribunal Superior", quedándose ella, en consecuencia, sin defensa en la etapa del sumario, hasta el punto que, cerrada la investigación, "no hubo quien alegara en mi favor".

El señor Procurador Primero delegado en lo Penal considera en cuanto a la nulidad "por falta de defensa técnica", que este planteamiento "constituye un desatino", si se tiene en cuenta la defensa que tuvo la funcionaria una vez se produjo el auto de proceder. Respecto de la prescripción, retoma la réplica hecha por la Sala al confirmar el pliego de cargos, y agrega: "El artículo 82 del C. P. al aumentar el término de prescripción de la acción penal, cuando el reato sea cometido por empleado público en ejercicio de sus funciones y dentro del territorio nacional, no ha hecho excepción ni salvedad alguna, para considerar que el delito de 'detención arbitraria' no queda sujeto a aquella norma".

Por último, estima la Delegada que sí existe plena prueba para condenar, acotando que para acreditar un hecho "todas las pruebas reconocidas por la ley, son hábiles para lograr tal propósito". Solicita, por ende, la confirmación de la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La prescripción.

El artículo 82 del Código Penal dispone:

"Prescripción del delito cometido por empleado oficial. El término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder del término allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos".

Esta norma, que no existía en el Código Penal de 1936, se incorporó al estatuto del 80, según la exposición de motivos del proyecto de 1978, "atendiendo a la dificultad para descubrir e investigar delitos cometidos por empleados oficiales, quienes en no pocas veces se aprovechan de su posición para obstruir la acción de la justicia, por lo cual se amplía el término de prescripción para los delitos cometidos por ellos en ejercicio de sus funciones, recogiendo en esta forma el clamor nacional por la purificación de la administración pública".

Quiso, pues, el legislador alargar en un lapso determinado, la extinción de la acción penal por el simple y llano transcurso del tiempo, en estos delitos de responsabilidad cometidos por los empleados oficiales. Por ende, es la figura de la prescripción la que resulta afectada por el artículo 82, mas de ningún modo el respectivo tipo penal, como lo plantea el señor defensor cuando afirma que "si el delito de detención sólo puede cometerlo un empleado oficial que abusa de sus funciones, mal podíamos estar pensando que se le puede colocar como agravante, digamos así, para efectos de la prescripción penal, aumentando el término de prescripción cuando tiene que ver con un mismo empleado oficial, porque el delito de detención arbitraria no se concibe cometido por otra persona que sea empleado oficial" (fl. 206). En otros términos, el efecto de la prescripción es el de aniquilar la acción penal, óptica desde la cual resulta ser un fenómeno eminentemente procesal y que no incide, por supuesto, en la estructura del delito. Ahora bien: la tasación del tiempo requerido para que el Estado reconozca la prescripción, se hace teniendo en cuenta, esencialmente, criterios de política criminal, como el que se expresó al rememorar líneas atrás el fundamento del artículo 82, el cual no incide para nada ni en el precepto ni en la pena prevista en el artículo 272.

De conformidad con las disposiciones precitadas, es claro entonces que la acción penal aún no ha prescrito.

La nulidad.

Como se vio, la hace consistir la procesada en que durante la etapa del sumario no estuvo asistida por un apoderado, sin que por parte alguna diga, ni mucho menos demuestre, en qué medida esa ausencia de representación profesional afectó su derecho de defensa: esta forma tan escueta, lacónica e insustentada de formular un reproche de semejante dimensión y trascendencia, bastaría de por sí para decidir su rechazo sin otras consideraciones. Empero, conviene recordar que la ley sólo prevé como obligatoria la presencia del apoderado en unos pocos eventos consagrados expresamente (indagatoria, reconocimiento en fila de personas, etc.), en ninguno de los cuales cabe ubicar el reclamo de la doctora Del Hierro Findlay. También ha reiterado la jurisprudencia que el alegato precalificatorio no constituye un elemento

esencial e imprescindible del derecho de defensa, como lo pretende la acusada. Por otro lado, la actividad jurisdiccional desplegada de oficio en la etapa del sumario, fue diligente, toda vez que se practicaron en lo posible todas las pruebas, de donde se sigue que tampoco existió esa inercia o desidia investigativa que, en determinadas circunstancias, podría apuntar a un desconocimiento del derecho de defensa. Además, cuando se la llamó a responder en juicio, la acusada designó defensor, el cual la asistió durante la etapa de la causa, con loable esfuerzo en el cumplimiento de su cargo, tal como lo destacó el Tribunal.

"Agréguese a lo anterior –dijo la Corte en providencia de 12 de marzo de 1985– que aunque el derecho de defensa debe ejercerse a lo largo de todo el proceso, sus principales manifestaciones, esto es, aquellas cuya ausencia haría pensar fundadamente en la existencia de una nulidad por este aspecto, son las que corresponden a la etapa del juzgamiento, que es cuando se cuenta ya con la concreta formulación del cargo que trata de desvirtuar el sindicado".

En este orden de ideas, por el motivo en cuestión, ni por ningún otro, este proceso se encuentra aquejado de nulidad.

El fallo impugnado.

Cuando ratificó el pliego de cargos la Sala abordó la realidad procesal en estos términos:

"En verdad, en autos logró probarse plenamente que el señor Heriberto Cuero Torres fue efectivamente privado de su libertad personal por varias horas en los calabozos respectivos del Municipio de Olaya Herrera. Así lo sostuvieron bajo juramento el propio afectado (fls. 1, 15 y 35), su hijo Pedro Santiago (fl. 73), Edgar Nuvy Cuero Yela, agente policial que lo condujo a prisión y le facilitó el dinero para que recobrara la libertad (fl. 25), el Escribiente del Juzgado José Flower Orobio Perlaza (fl. 80), Manuel Oscar Cifuentes, quien lo visitó en los calabozos (fl. 79) y Julián Rengifo Guerrero, Alcalde de la mencionada población y quien dijo que 'la noticia fue pública, que lo habían detenido por un problema laboral' (fl. 75).

"Ahora bien: dichos testigos se refieren a que la titular del juzgado era la universitaria Del Hierro Findlay al momento de producirse el encarcelamiento de Cuero Torres, afirmación que coincide cabalmente con la realidad procesal, pues es la propia sindicada quien informa que se desempeñó como Juez de Olaya Herrera hasta el 20 de julio de 1982 (fl 93), cargo del cual había tomado posesión el 20 de agosto de 1981 (fl. 66), y el hecho tuvo ocurrencia el 5 de junio de 1982, como se prueba con la copia al carbón del recibo que reposa a folios 12 y cuyo tenor es el siguiente:

" 'En Bocas de Satinga a los cinco días del mes de junio de 1982 al Despacho del Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya Herrera, compareció el señor Heriberto Cuero Torres con el fin de hacer entrega real de la suma de seis mil pesos ($6.000.00) al señor José Remberto Hurtado quien se siente satisfecho de haber recibido la cantidad mencionada y para constancia se firma en Bocas de Satinga como aparece, por los que en ella intervinieron después de ser aprobada por quien recibe'.

"Firman el documento Cuero Torres y Remberto Hurtado, siendo conveniente recordar que el mismo fue aportado por el primero de los nombrados en el momento de ratificar su denuncia (fl. 15), y que lejos de merecer cuestionamiento, este elemento de convicción ofrece plena credibilidad y se encuentra respaldado por el haz testimonial ya citado, el cual coincide en que el motivo del encarcelamiento de Cuero Torres fue la no cancelación total e inmediata del excedente prestacional debido al señor Hurtado. Y tan cierto será que ella y no otra fue la causa, que aquél fue liberado apenas pagó dicha deuda. De suerte que el 'irrespeto' a la Juez, sugerido veladamente por el Escribiente del Juzgado, como origen fáctico de la detención, pierde toda validez.

"Tan apabullante es la prueba de cargo en procura de la tipificación de la conducta descrita como detención arbitraria en el artículo 272 del Código Penal, que a la totalidad de las preguntas que se le hicieron en la indagatoria, la Juez Del Hierro Findlay respondió con un lacónico e inmutable 'no recuerdo nada' (fls. 92 y s.s.).

"Dentro de los parámetros precedentes, la incriminación se torna impermeable al ataque que el recurrente le dirige por la carencia en el proceso del expediente laboral y de las boletas de encarcelación y libertad referidas a Cuero Torres, pues repítese que a través de la prueba testimonial y documental (el recibo del dinero en copia, antes relacionado) ha logrado demostrarse que Heriberto Cuero Torres fue privado de su libertad de manera abiertamente ilegal, concretamente para que cancelara la obligación ya aludida.

"Sin embargo, no sobra destacar que el caudal probatorio que integra el proceso, sí informa sobre la existencia del asunto laboral y de las boletas en cuestión. En torno al primero el señor Remberto Hurtado dijo 'yo traje a este Juzgado el vale y la demanda que me la hizo Miguel Salazar' (fl. 136); respecto de las boletas, a ellas se refiere expresa y claramente el quejoso, el Agente policial Cuero Yela, y el Escribiente del Juzgado Orobio Perlaza" (fls. 191 y 192).

Que, como alega la defensa, no haya coincidencia precisa en cuanto al tiempo que duró Cuero Torres privado de la libertad, es cuestión cierta (a más de atendible, dada la naturaleza del hecho y las circunstancias que lo rodearon) pero que en momento alguno incide en la tipificación de la conducta punible en examen, pues para ella es suficiente que la libertad se vea coartada, sin que para esos efectos interese su duración. Similar planteamiento merece la objeción del defensor en lo que atañe al sitio donde Cuero Torres estuvo preso, el cual resulta indiferente en punto a la consumación de la ofensa al bien jurídico protegido, en este caso, la libertad individual.

Siendo ello así, no hay duda de que están plenamente demostradas la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento atribuido a la ex Juez. Ahora bien: en lo que atañe a la culpabilidad, la Sala señaló en la ya mencionada oportunidad:

"En el Estado de derecho el poder omnímodo no existe. Precisamente su propia organización jurídica (materializada en la Constitución) es la que le impide a sus funcionarios ejercer el poder de manera indiscriminada e ilimitada, y, por el contrario, les marca el derrotero para que aquél se ejerza con respeto a la libertad y a la

dignidad del ser humano. Este control, que traduce el principio de 'legalidad', debe ser un molde rígido e infranqueable.

"La juez Del Hierro Findlay en este caso desbordó tal marco jurídico, puesto que, abusando de sus funciones, o sea ilegalmente, privó de su libertad a Cuero Torres. 'Es principio Constitucional el que nadie puede ser 'reducido a prisión o arresto, ni detenido', sino 'en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos definidos en las leyes' (art. 23 C. N.)., dijo esta Sala en providencia del 21 de marzo de 1980; y justamente es el cuerpo segundo del citado texto constitucional el que prohibe de manera expresa la privación de la libertad por deudas: 'en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles'.

"Esta prohibición se halla revestida de una universalidad y notoriedad de tales dimensiones que su desconocimiento resulta inexcusable e incomprensible, sobre todo para quien haya cursado estudios de derecho; de ahí que el dolo de la doctora Del Hierro Findlay (conocimiento de la ilegalidad del apresamiento y voluntad libre de llevarlo a efecto, art. 36 C. P.) se ofrezca en el proceso particularmente pleno y nítido, y no merezca, por tanto, otras glosas" (fls. 193).

Sentadas las anteriores precisiones, la declaración de responsabilidad se imponía con arreglo a las pautas marcadas por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal de 1971. Por tal motivo, se la confirmará, junto con la dosificación e imposición de las penas principal y accesoria, y la condena, en abstracto, al pago de los perjuicios causados con la infracción, medidas respecto de las cuales no encuentra la Sala reparo alguno que formular.

Se modificará, sí, el otorgamiento de la condena de ejecución condicional a la doctora Blanca del Socorro Del Hierro Findlay, en el sentido de excluir de dicho beneficio, para que se haga efectiva, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a la procesada, con base en el artículo 69 del Código Penal, y disponer, en armonía con el artículo 614-2 del Código de Procedimiento Penal, que se envíe copia del fallo a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Procuraduría General de la Nación.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia impugnada modificándola en el sentido de disponer que se haga efectiva la pena de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a la procesada, y de ordenar que se expidan las copias a las cuales se hizo alusión en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis G. Salazar Otero
Secretario

NULIDAD SUPRALEGAL. TESTIMONIO

Los indicios de falta de sanidad mental en el testigo, no pueden constituir base de una nulidad, porque queda dentro de la competencia del juzgador la apreciación de su mérito probatorio.

Sentencia Casación –11 de mayo de 1988 – No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Jesús Vélez Jaramillo y Elkin de Jesús Gil Correa, por el delito de homicidio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 31 del 10 de mayo de 1988.

Bogotá, D. E., once de mayo de mil novecientos ochenta y uno.

VISTOS

Por sentencia de primera instancia del 24 de octubre de 1986 fueron condenados Jaime Vélez Jaramillo y Elkin de Jesús Gil Correa a la pena principal de dieciséis (16) años como coautores del delito de homicidio agravado por el cual habían sido llamados a juicio.

La anterior decisión fue confirmada por providencia del 30 de marzo de 1987.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue admitido por auto de esta Corporación y declarada admisible la demanda presentada en término, por ceñirse a las exigencias legales.

Procede la Sala de Casación Penal a resolver lo pertinente luego de sintetizar lo siguiente:

HECHOS

El siete (7) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) en las horas de la noche, en el casco urbano de la ciudad de Puerto Berrío estaban Héctor Eutimio González y Arley Gómez Serrano, esperando a su común amigo Rubén Darío Parra Estrada, decidieron tomarse un refresco antes de irse a dormir, pero mientras tanto Eutimio fue a una tienda cercana a conseguir cigarrillos, siendo interceptado a su regreso por dos individuos en una motocicleta e impidiendo que uno de sus compañeros se uniera a ellos para llevárselo contra su voluntad y aparecer posteriormente su cadáver con varios impactos de arma de fuego.

ACTUACIÓN PROCESAL

Se abrió proceso penal por auto del 9 de octubre de 1984.

Indagados los procesados se decretó la detención de los mismos por auto del 12 de octubre del mismo año.

Por auto del 11 de abril de 1985 se los llamó a responder en juicio por el delito de homicidio agravado.

Realizada la diligencia de audiencia pública se dictó sentencia de primera instancia condenándose a los procesados a la pena principal de 16 años, el 24 de octubre de 1986, que fue confirmada por sentencia del 30 de marzo de 1987.

LA DEMANDA

Dos cargos formula el censor contra la sentencia que es motivo de revisión, ambas al amparo de la causal cuarta, por considerar que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, consistente el primer vicio en no haberse realizado todas las diligencias investigativas para determinar el estado de salud mental de uno de los testigos, que en criterio del impugnante presentaba claros indicios de padecer de una enfermedad psiquiátrica y considera que tales diligencias eran trascendentes por la importancia que ese testimonio tiene en la solución final del proceso. Culmina su argumentación sosteniendo que "Así las cosas, el testigo Arley Gómez Serrano debió ser sometido a examen psiquiátrico, para que al establecerse sus condiciones psíquicas se pudiese determinar el grado de credibilidad de su testimonio; como ello no ocurrió, se incurrió en la nulidad constitucional o supralegal de que trata el artículo 26 de nuestra Carta Fundamental, particularmente por no haberse observado la plenitud de las formas de cada juicio" y como consecuencia solicita se declare la nulidad desde el cierre de la investigación.

El segundo cargo de nulidad lo hace consistir en violación al debido proceso, pues no aparecen claros los razonamientos probatorios en que se fundamenta la imputación a los procesados, particularmente de aquellas que sirvieron de base para agravar la responsabiliad de los mismos.

Sostiene que tanto en el auto de cargos de primera como de segunda instancia, aparecen solo tímidas alusiones a que la víctima fue amenazada e imposibilitada para defenderse, pero que tal imputación sólo puede emerger del testimonio de Arley

Gómez Serrano, quien en su versión sostiene que Eutimio obró con entera libertad al marcharse con los hombres de la motocicleta.

Como consecuencia de sus argumentaciones solicita se decrete la nulidad del proceso a partir del auto de calificación del mérito sumarial.

El concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Sostiene el Colaborador Fiscal que el impugnante recurre a la causal cuarta, para hacer consideraciones de tipo probatorio, pues trata de restarle credibilidad al principal testigo del cargo y recurre a esta vía sabedor que en los procesos con intervención del jurado, no es posible la formulación de cargos que tengan como fundamento consideraciones de carácter probatorio.

Que a pesar de que disfraza su argumentación, sosteniendo que se trata de la violación de las formas propias del juicio, el aparente trastorno mental del principal testigo, y su no comprobación procesal por medio de peritaje psiquiátrico, pero que olvida que las formas propias del juicio "son el conjunto de exigencias y de garantías procesales que caracterizan un determinado procedimiento y que permiten por consiguiente distinguirlo de otro. De manera que cualquier informalidad o inobservancia del rito procesal no puede reputarse como apta para predicar omisión de formas propias del juicio. Para que tal violación tenga esa entidad debe ser manifiesta sobre lo que constituye la diferencia específica de su modo de ser con el de otro procedimiento" Cas. de diciembre 3 de 1981.

Termina aceptando que diversa sería la conclusión, si el posible problema psiquiátrico fuera de uno de los procesados y que como no es así no debe prosperar el cargo.

Con relación al segundo cargo, considera que tampoco le asiste la razón al censor, porque apoyándose en una jurisprudencia de esta Corporación, sostiene que unos son los errores *in procedendo* que daría origen a la existencia de nulidades y otros los errores *in iudicando,* que deben ser atacados, bajo la óptica de la causal primera y que tienen que ver precisamente con los grados probatorios.

Sostiene el Fiscal que a pesar de que no fue muy claro en el análisis de las circunstancias de indefensión sí hubo referencias a esta específica circunstancia y citando una doctrina de esta Sala sostiene que cuando un hecho es evidente o por lo menos protuberante, la falta de motivación no tiene eficacia para entender que se haya dificultado la defensa, para terminar concluyendo que no se debe casar la sentencia.

Consideraciones de la Sala

El primer cargo formulado contra la sentencia es por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por considerar el censor, que uno de los testigos, a pesar de que presentaba síntomas de sufrir enfermedad mental no fue enviado donde los psiquiatras y considera que por este hecho se violó el debido proceso, por no haberse observado las formas propias del juicio.

Como bien lo dice el Fiscal de la Corporación, el recurrente sabedor que se trata de un juicio con jurado, que no puede ser atacado por el aspecto probatorio, escoge esta vía para finalmente hacer un ataque probatorio que en definitiva consiste en tratar de quitarle credibilidad al que él considera testimonio trascendental en contra de los intereses del procesado.

La Corte de manera reiterada ha sostenido que se violan las formas propias del juicio, cuando se omiten actos procesales que son trascendentales, o cuando se incurre en irregularidades que afectan notoriamente el conjunto de exigencias y garantías que constituyen la médula del proceso y por ello se ha sostenido reiteradamente que no cualquier irregularidad puede ser considerada como violatoria de las formas propias del proceso, como para que se pueda concluir en la existencia de una nulidad supralegal.

Es prácticamente imposible que en una investigación puedan ser evacuadas la totalidad de las pruebas que fueran de desear, porque en la realidad, se presentan una serie de factores, entre otros la imposibilidad material de poderlas realizar; la preclusión de los términos para decretarlas o practicarlas; por considerar el instructor que determinada prueba no es necesaria o simplemente porque por diversos factores no tuvo el cuidado de decretarla, y ha de reconocerse finalmente que por estos y otros factores es prácticamente imposible que una investigación esté totalmente perfeccionada, porque siempre por criterios subjetivos podrá alguien decir que faltó determinada prueba o que algunas de las que fueron practicadas resultaron inútiles, pero no por estas apreciaciones subjetivas de cuáles son las pruebas que deben estar contenidas en un proceso, podrá concluirse en la existencia de una nulidad, pues es obvio que todos los procesos serían nulos, porque siempre habría alguien que podría advertir la ausencia de una determinada prueba.

Como bien los sostuvo el Colaborador Fiscal, si los indicios de falta de sanidad mental hubiesen sido predicados en relación al procesado, habría bases discutibles para poder pensar en una nulidad, pero tal solución procesal es impensable en tratándose de un testigo, porque finalmente queda dentro de la competencia del juzgador el apreciar el mérito probatorio de ese testimonio, de la misma manera que debe tener en cuenta diversos factores relacionados con la amistad o enemistad, la edad, la ubicación del deponente, la capacidad perceptiva, el grado cultural y muchos otros que debe considerar el juzgador para apreciar el adecuado valor probatorio de un testimonio. Como en el caso presente, se trata de un juicio decidido por jurado popular, no puede saberse cuál fue el grado de credibilidad que se le dio a este testimonio, pero es evidente que el no envío del testigo al psiquiatra no puede constituir una causal de nulidad como la que pretende el censor. En las condiciones anteriores se rechazará el cargo.

El segundo cargo planteado es también de nulidad, por no aparecer claros los razonamientos en que se fundamentó la incriminación de los procesados, y especialmente la relacionada con las que sirvieron para agravar la responsabilidad de los mismos.

Es cierto que no existe mayor especificidad en cuanto al análisis de la agravante del homicidio por la circunstancia de indefensión o inferioridad de la víctima, pero también lo es, que de manera muy clara se establece que el llamamiento a juicio lo es

por homicidio agravado por tales circunstancias, y no se hace un mayor análisis de la causal, porque precisamente ella surge clara de la síntesis de los hechos y de las pruebas allegadas al expediente, puesto que el relato de los mismos es diáfano en cuanto a que la víctima fue llevada contra su voluntad por los procesados quienes estaban armados con armas de fuego y que posteriormente aparecería el cadáver con cuatro impactos de arma de fuego. Ese hecho por sí solo, sin ningún otro análisis está demostrando la existencia de la indefensión y precisamente por lo notorio, es que los juzgadores de instancia omiten hacer cualquier comentario, pues se limitan a establecer que el homicidio es agravado por la indefensión y a citar la correspondiente disposición penal. Pero esta falta de motivación en cuanto a la agravante no puede considerarse como un vicio que haya afectado el derecho de defensa del procesado, porque aún aceptando la falta de motivación en cuanto a la agravante era un hecho evidente y notorio la indefensión de la víctima de la sola narración de los hechos.

La Corte en un caso similar se pronunció en el mismo sentido, al sostenerse con ponencia del Honorable Magistrado Calderón Botero que:

"No cabe duda que el artículo 483-2 del Código procesal exige el análisis de las pruebas en que '... se funde la imputación al procesado...', esto es, que todo cargo debe estar apoyado por un estudio probatorio que lo demuestre, pues, de lo contrario, el auto de enjuiciamiento estaría basado en afirmaciones que el procesado y su defensor tendrían que entrar a comprobar cuando, precisamente, ellos son los que tienen pleno derecho a que se les de razonadamente el origen probatorio de la imputación para poder debatir en el juicio sus fundamentos.

Si esta es una verdad procesal, no siempre esa actitud constituye un desafuero que afecte el derecho de defensa. En efecto, cuando la afirmación escueta corresponde a un hecho evidente o al menos protuberante, la falta de motivación no tiene eficacia para dificultar la defensa. Sólo cuando esa ausencia de razones sea absoluta y recaiga sobre hechos que para conocerlos se deben desbrozar con ayuda de un esfuerzo dialéctico, puede hablarse de atropello efectivo del derecho de defensa.

En este proceso el hecho tenido como circunstancia específica de agravación –parentesto de afinidad entre la víctima y el procesado– era notorio. Los testigos más allegados dan cuenta de que M.S.H.F. era el suegro de R.V.R. y, éste lo confirma plenamente. No existía duda al respecto ni se necesitaba lucubraciones probatorias para afirmar esa realidad. Entonces, resulta obvio concluir que la falta de motivación en este caso concreto no perjudicaba o perturbaba en modo alguno la defensa del procesado".

En las condiciones anteriores se ha de concluir que el cargo no debe prosperar.

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:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

HABEAS CORPUS

El recurso de Hábeas corpus no permite la discusión de los motivos que una autoridad competente haya estimado suficientes para decretar la privación de la libertad, sino que debe mirar exclusivamente el cumplimiento de las formalidades legales exigidas para tal determinación.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Como el artículo 15 del Decreto número 1853 de 1985 fue declarado inexequible por sentencia de la Corte de mayo 22 de 1986, a partir de esa fecha no puede edificarse en él ningún derecho por no ser tal precepto ni legítimo ni válido.

Auto Segunda Instancia. 12 de mayo de 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal al doctor Rafael Pulido Rodríguez, Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de la misma ciudad, por el delito de Prevaricato y la revoca parcialmente para fijar como medida de aseguramiento la de caución prendaria, a cambio de la detención preventiva.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 026 del 20 de abril de 1988.

Bogotá D. E., doce de mayo de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Tramitada conforme a la ley la segunda instancia, decidirá la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, lo que resultare pertinente en relación con el reurso de apelación interpuesto oportunamente en contra de la providencia de fecha cinco de junio de mil novecientos ochenta y siete, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá llamó a responder en juicio criminal al doctor Rafael Pulido Rodríguez por el delito de Prevaricato.

Hechos

Para el día nueve de enero de mil novecientos ochenta y seis el acusado José Rafael Alfredo Pulido Rodríguez desempeñaba el cargo de Juez 48 Penal Municipal de esta ciudad, y ante él había sido formulada una solicitud de amparo de Hábeas Corpus a favor del ciudadano José Antonio Cabrera Sarmiento, quien se encontraba por entonces detenido a órdenes del Ministerio de Justicia con fines de extradición, por haberlo así solicitado el Gobierno de los Estados Unidos de América por la vía diplomática.

Asumido el trámite de las diligencias, el funcionario acusado estimó que si bien pesaba contra el citado Cabrera Sarmiento un auto de detención, éste carecía de fundamento legal por dos razones básicas: la primera de ellas, porque en la solicitud de detención elevada por el Gobierno de los Estados Unidos de América se mencionaron las referencias de unas providencias que se habían dictado en esa nación contra personas diferentes a la requerida, y por tanto, el auto detentivo proferido con base en tal error ha debido revocarse inmediatamente se percataron en el Ministerio de tal equivocación; el segundo motivo aducido por el juez fue el de ser inaplicable, por excepción de inconstitucionalidad, la detención ordenada por un funcionario administrativo, ajeno a la rama jurisdiccional del poder público. En estas circunstancias, el sindicado reconoció el Hábeas Corpus a Cabrera Sarmiento a quien, no obstante, puso a disposición de la Decimotercera Brigada a fin de que descontara un total de siete años de pena privativa de la libertad que con anterioridad le había sido impuesta por el delito de tráfico de estupefacientes, según rezan los autos.

Actuación procesal

La doctora Marina Naged de Torres, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, formuló la denuncia penal que dio origen a esta actuación, y en ella reseñó que en virtud de nota verbal número 307 de 16 de mayo de 1984 el Gobierno de los Estados Unidos de América solicitó la detención preventiva, con fines de extradición del señor José Antonio Cabrera Sarmiento, pedimento al que accedió el Ministerio mediante auto del 22 de mayo del mismo año.

El día primero de febrero de mil novecientos ochenta y cinco el mismo gobierno de los Estados Unidos formalizó la solicitud de extradición en contra de Cabrera Sarmiento con nota verbal número 074, en la cual además aclaró el citado gobierno que por error involuntario en la primera solicitud se había incurrido en error respecto de la referencia de los autos de procedimiento dictados en contra del requerido.

El día 21 de marzo de 1985, fue capturado el requerido Cabrera Sarmiento y puesto a disposición del Ministerio de Justicia. Días más tarde, la documentación fue remitida a la Corte Suprema de Justicia para que emitiera su concepto acerca de la extradición, concepto que fue favorable según acta de fecha ocho de octubre de mil novecientos ochenta y cinco. Con esta base, se dictó la Resolución Ejecutiva número 339 del 20 de noviembre de 1985, mediante la cual se accedía a la extradición del solicitado y se ordenaba su entrega a las autoridades norteamericanas.

Por intermedio de la Procuraduría General de la Nación el señor Cabrera Sarmiento solicitó se le reconociera el amparo de Hábeas corpus, y tal petición fue despachada en forma adversa por el Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá en proveído del 30 de diciembre de 1985.

Días más tarde, el propio Cabrera solicitó el mismo recurso, el cual fuera concedido por el juez acusado.

La investigación, abierta en auto de catorce de febrero de mil novecientos ochenta y seis, se dirigió a comprobar básicamente los hechos narrados en la denuncia a través de los documentos pertinentes. Así, se logró establecer la veracidad de tales manifestaciones, y simplemente debe anotarse al respecto la argumentación que tuviera el acusado al momento de reconocer el Hábeas corpus a favor de Cabrera Sarmiento.

Dijo el funcionario, en aquella ocasión, que la detención con fines de extradición de Cabrera Sarmiento se produjo en acuerdo con la Nota Verbal número 307 de 16 de mayo de 1984, en la cual el Gobierno de los Estados Unidos de América invocó concretamente los *"indictment"* 80-413-CR-CA, y 81-527-CR-CA; siendo ésta la determinación de las acusaciones, dentro de los sesenta días siguientes a la aprehensión del requerido el citado gobierno ha debido perfeccionar la solicitud de extradición, adjuntando copias de los referidos autos de procesamiento; empero, ello no sucedió así, sino que se consideró corregido el error con la simple recepción de la nota verbal número 074 de fecha primero de febrero de 1985 que indicaba como referencia correcta de las acusaciones 75-CR-429-CA, 81-CR-0856, y SS-84-CR-51, que fuera luego adicionada con la Nota Verbal número 406 de 3 de junio de 1985, en la cual se mencionaron los autos de proceder distinguidos con las referencias 84-2781-CF y 84-634-CF-A,B,C,D,E,Y. En consecuencia, el Ministerio de Justicia no profirió un nuevo auto de detención, sino que dejó vigente el relacionado con la primera de las notas verbales que se refería a cargos no formulados en contra de Cabrera Sarmiento. Estimó el acusado que ante este evento se ha debido revocar la orden de detención del Ministerio de Justicia, por no haberse dado estricto cumplimiento a lo ordenado en el artículo 11 del Tratado suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, vigente para la época de los hechos investigados.

Adicionalmente, y aunque de sus apreciaciones no surge muy claro el planteamiento, el sindicado alegó razones de constitucionalidad para no mantener privado de la libertad a Cabrera Sarmiento, considerando al efecto que los funcionarios administrativos no pueden válidamente ordenar la detención de ciudadanos, función que compete exclusivamente a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional del poder

público. Finalmente, concluyó que siendo que el requerido se encontraba privado de su libertad en virtud de providencias que no era contra él oponibles (se refiere concretamente a los autos de procesamiento invocados por el Gobierno de los Estados Unidos en su nota verbal 307 de 16 de mayo de 1984), esa limitación de la libertad era ilegal, y consecuente con ello ordenó la libertad del solicitante para efectos de la extradición, aunque lo mantuvo privado de su libertad y ordenó ponerlo a disposición de la Decimotercera Brigada para que purgara la pena que allí se le había impuesto por el delito de tráfico de sustancias estupefacientes, en un total de siete años.

En su indagatoria el implicado reafirmó su convicción de haber actuado conforme a la ley y declaró además que con la nota verbal número 074 del primero de febrero de mil novecientos ochenta y cinco no se solicitó la detención con fines de extradición de Cabrera Sarmiento, sino simplemente se pedía la extradición del mismo, razón por la cual se entendió diverso el contenido de dicha nota verbal con el de la distinguida con el número 307 de 16 de mayo de 1984.

La providencia de primera instancia

Comienza el Tribunal Superior por precisar que existen dos tipos de privación de libertad: la primera de ellas, emanada de autoridades jurisdiccionales en la cual el funcionario mediante providencia motivada debe evaluar las pruebas, citar la disposición transgredida y ordenar el encarcelamiento; la segunda, proferida por autoridades administrativas, de naturaleza diversa pero en todo caso permitida por la Constitución y la ley, como los casos de retención por motivos de orden público a que alude el artículo 28 de la Constitución Nacional, y detención con fines de extradición prevista en el artículo 742 del Código de Procedimiento Penal (Decreto número 409 de 1971).

Hecha esta distinción, el juzgador de primera instancia estimó que en el auto de detención pronunciado por el Ministerio de Justicia no "se tocaba ni analizaba la prueba", sino que simplemente se daba cumplimiento a los mínimos requisitos señalados en el tratado de extradición suscrito entre los gobiernos de la República de Colombia y los Estados Unidos de América, según los cuales se estableció la identidad del reclamado, el principio de la doble incriminación, el límite cuantitativo de la sanción y la existencia de una orden de encarcelamiento que pesaba contra el solicitado, presupuestos éstos que pudo percibir el juez ahora acusado al momento de su actuación en el Hábeas corpus. Además de lo anterior, contaba el mismo funcionario con los conceptos favorables emitidos por la Corte Suprema de Justicia a la extradición de Cabrera Sarmiento y la anterior decisión del Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá sobre el mismo asunto, resoluciones éstas que tomaron en su justa medida el error cometido inicialmente por el Gobierno de los Estados Unidos, estimando que él mismo no producía efectos de trascendencia tal que pudiera anular la orden de encarcelación proferida contra Cabrera y hecha efectiva por las autoridades del Departamento Administrativo de Seguridad.

Rechazó el Tribunal las consideraciones tenidas en cuenta por el Juez procesado como válidas para ordenar la excarcelación del reclamado en extradición, y resaltó al respecto que nada importó para el Juez Pulido Rodríguez que se hubiera corregido el yerro inicialmente cometido en la nota verbal número 307 de 16 de mayo de 1984 aún antes de haberse hecho efectiva la privación física de libertad del solicitado en

extradición. De estas argumentaciones, dedujo el fallador de primera instancia que el delito de prevaricato se encuentra demostrado en su parte objetiva, como quiera que ante la evidencia probatoria se imponía decisión contraria a la tomada por el funcionario.

Igualmente, reparos tuvo el Tribunal en torno a la tesis de inconstitucionalidad alegada por el procesado en su injurada y mencionada en el auto que reconoció el Hábeas corpus a Cabrera Sarmiento, fundamentando su inconformidad con dicha tesis no sólo en razonamientos jurídicos, sino también en el hecho de que las autoridades encargadas del trámite de la extradición no pusieron objeción a la forma como ésta se adelantó, razón que indica la falsa motivación a que tuvo que acudir el funcionario para dejar en libertad al reclamado.

Finalmente, en somero análisis el juzgador consideró que el comportamiento a más de típico era antijurídico, y realizado con plena intencionalidad como que no se evidenció la existencia de alguna de las causales descritas en la ley para eliminar cualquiera de estos dos elementos del delito, al paso que sí se cuenta con pruebas demostrativas de la ausencia de error en que haya incurrido el acusado de buena fe, argumentos que, más explícitos, fueron también consignados en el auto por medio del cual se negó la reposición de la providencia y se concedió el recurso de apelación.

Las razones de la impugnación

La Fiscal Quinta del Tribunal Superior de Bogotá solicitó la reposición, y en subsidio la apelación de la providencia, aduciendo al efecto que nada demuestra en el expediente la actitud dolosa del juez acusado; resaltó cómo el funcionario estimó que si bien en la nota verbal número 074 de primero de febrero de 1985 el gobierno de los Estados Unidos corrigió la referencia de los autos de procesamiento dictados contra Cabrera Sarmiento, no ratificó su petición de detención con fines de extradición, ni hizo una nueva con base en tales pliegos de cargo, razón por la cual el sindicado consideró ilegal la detención del requerido.

Alegó además que los jueces no se enfrentan habitualmente a la tramitación de amparos de Hábeas corpus por detenciones con fines de extradición, elemento éste que se erige así mismo como circunstancia exculpatoria de la responsabilidad penal del indagado, y presentó, además, a consideración el hecho de que Cabrera Sarmiento no recuperó efectivamente su libertad por haber quedado a órdenes de la Decimotercera Brigada, lo que demuestra así mismo que la intención del incriminado no era la de otorgar la libertad a Cabrera Sarmiento.

El propio sindicado recurrió igualmente de la providencia, y señaló como argumentos para su revocatoria que ninguna intención torcida lo acompañó al momento de reconocer el derecho de Hábeas corpus al señor Cabrera Sarmiento, y que solamente desarrolló jurisprudencia de esta misma Corporación, según la cual el mencionado derecho no tiene áreas de prohibida aplicación; por lo demás, reafirmó su concepto de que el auto de detención con fines de extradición adolecía de vicios graves que lo hacían ilegal, como quiera que se dictó con una base probatoria diferente a la que luego presentara el gobierno de los Estados Unidos de América.

La opinión del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, haciendo eco de las argumentaciones de los impugnantes, solicita a la Corte se revoque la providencia apelada en razón a que la conducta denunciada es atípica, porque si bien se puede evidenciar en ella un concepto diverso al de la denunciante y a una de las posibles interpretaciones de las normas aplicadas, tales exégesis no resultan descabelladas ni fuera de tono, sino que se ven jurídicas y por tanto como base suficiente para predicar que no se reúne el requisito de manifiesta contradicción que exige el tipo penal del prevaricato.

Someramente, por lo demás, advirtió que tampoco existe prueba alguna de la culpabilidad del acusado, lo que impone así mismo la revocatoria del auto sometido a la segunda instancia.

Consideraciones de la Corte

Suficientemente claros han quedado los hechos. El gobierno de los Estados Unidos de América solicitó la detención con fines de extradición del ciudadano Cabrera Sarmiento, alegando para ello la existencia en su contra de autos de procesamiento que, sin ser requisito legal, especificó por sus referencias judiciales en el país de origen. De allí, surgió la providencia encarcelatoria del Ministerio de Justicia. Más adelante, y aún sin haberse hecho efectiva la captura, se suministraron al mismo Ministerio los números correctos de los pliegos de cargo, pese a lo cual ninguna modificación sufrió la providencia que ordenaba la medida, y por ello el juez ahora acusado estimó ilegal la detención de Cabrera Sarmiento, a quien amparó con el recurso Hábeas corpus, todo ello con base en lo dispuesto en el Decreto número 409 de 1971, vigente para la época de los hechos.

Conviene, entonces, precisar cuál es la base de la acusación que se formula en contra del Juez Pulido Rodríguez. *El Decreto número 409 de 1971 en su Título IV regulaba la institución de Hábeas corpus, y al respecto señalaba su procedencia cuando una persona se encontraba privada de su libertad por más de cuarenta y ocho horas, y considerara que se estaba violando la ley. Por lo demás, el artículo 420 establecía que si durante el trámite del recurso se comprobaba que la privación de la libertad se había operado "sin las formalidades legales" (subraya la Sala), se debería ordenar su inmediata libertad, y el artículo 421 a renglón seguido agregaba la improcedencia del amparo cuando existiera "auto o sentencia de autoridad competente" (subraya la Sala), que justificara la restricción de la libertad personal.*

Las disposiciones reseñadas son, en un todo, de una claridad conceptual irrefutable; el recurso de hábeas corpus no permite la discusión de los motivos que una autoridad competente haya estimado suficiente para decretar la privación de la libertad, cuando se trate de tales eventos, sino que debe mirar exclusivamente el cumplimiento de las formalidades legales exigidas para tal determinación; por ello mismo, se establece en la ley su improcedencia cuando exista providencia que ordene la detención, sin importar el contenido o fundamento o legalidad de la misma. Las formalidades legales no son más que esos requisitos mínimos que dan apariencia de legalidad, independientemente de su contenido formal, a los actos de la jurisdicción.

Así, cuando la ley procesal establece que el recurso de Hábeas corpus solamente examine las formalidades legales, ordena que al juez compete determinar si existe providencia restrictiva de la libertad, pero le impide entrar en consideraciones acerca de los motivos de la misma.

Predicar cosa contraria, como lo hizo el juez acusado, *sería privar de toda seguridad jurídica a las decisiones jurisdiccionales, porque a más de los recursos ordinarios previstos en el ritualismo procesal, quedará al acusado la vía alterna del amparo de habeas corpus para evadir la acción de la justicia; bastaría con consultar la opinión contraria a la del funcionario que ordenó la medida, para recobrar inmediatamente la libertad aún por encima de los ordenamientos.*

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 421 del Código Procesal recientemente sustituido, el amparo es improcedente cuando exista auto o sentencia de autoridad competente, sin importar su contenido, como ya se afirmó. Ahora bien, en el caso en estudio el señor Cabrera Sarmiento se encontraba privado de la libertad por orden del Ministerio de Justicia, la cual se había expedido con las formalidades legales, esto es, debidamente amparada por una solicitud presentada por la vía diplomática ante el gobierno colombiano con los requisitos exigidos por la ley, y ordenada a través de un auto del funcionario competente para ello. Se cumplían así las exigencias formales, y por ello no era procedente desconocerlas. La legalidad del auto no correspondía discutirla al juez acusado, porque la propia ley establece vías diversas para ello. En el evento específico, esta legalidad se ha debido debatir a través del recurso de reposición y posteriormente ante las autoridades de lo contencioso administrativo, como finalmente parece que se intentó por los apoderados de Cabrera Sarmiento; la intromisión del implicado en estos asuntos dejó sin piso la normatividad, desconociendo la separación de los poderes y las funciones que el mismo juez había jurado cumplir.

La normatividad contemplada en el Título IV del Decreto número 409 de 1971 es, además, por tal modo clara, que no es aceptable el argumento de los impugnantes en el sentido de que la conducta investigada encuadra simplemente en una interpretación de las disposiciones, contraria a la que hace el juzgador de primera instancia. No existe en los textos de los artículos 420 y 421 del citado código expresión que llame a engaño o que sea de difícil comprensión para alguien que, como el acusado, ha transitado por los caminos del derecho no sólo durante su formación universitaria, sino luego como funcionario jurisdiccional con una vasta experiencia, tal como lo recalcó el acusado en su indagatoria.

El desconocimiento total de las jurisdicciones que a través de su providencia declaró el incriminado, no puede convertirse en base suficiente para predicar la atipicidad de la conducta. Y tampoco lo entendió así el juez procesado; a tal punto parece que llegó su convencimiento de actuar en contra de las disposiciones procesales, que hubo de esgrimir discutibles tesis de inconstitucionalidad acerca de la facultad del Ministro de Justicia para ordenar la detención preventiva del requerido, desconociendo, sorpresivamente, mandatos de la Constitución que invocó.

No cabe duda, entonces, que la conducta es típica; su aspecto meramente objetivo se encuadra dentro de las previsiones del artículo 149 del Código Penal, tal como lo estimó el Tribunal Superior de Bogotá.

A este respecto, valga repetir las consideraciones ya plasmadas. *Los textos de los artículos 420 y 421 del Decreto número 409 de 1971 no ofrecían motivos de duda, ni confusión terminológica o causas de interpretación en cuanto se refiere a la procedencia o improcedencia del amparo de Hábeas corpus. El primero de ellos, claramente señala que el recurso opera cuando la persona se encuentra capturada o detenida sin las formalidades legales, y éstas, como se precisó, no tienen relación alguna con el contenido de las medidas a fin de garantizar la seguridad jurídica del juzgamiento, la independencia del juez de injerencias externas, y la producción de situaciones que resultarían no solamente injustas sino contrarias a las normas de derecho público que gobiernan el procedimiento.*

Como si lo anterior fuese poco, el artículo 421 del Decreto mencionado aclaraba aún más la situación al establecer la improcedencia del Hábeas corpus ante la existencia física de un auto o sentencia que ordenara la privación de la libertad del peticionario. Tampoco aquí se alude al contenido sustancial de la providencia, simplemente se contempla la existencia de ella, sin entrar a determinar el funcionario que conoce del amparo si ésta se ajusta en su contenido a las exigencias legales..

Vedado le estaba, entonces, al señor Juez 48 Penal Municipal de Bogotá entrar a cuestionar la legalidad sustancial del auto de detención que había proferido el Ministerio de Justicia.

Por lo que atañe a la responsabilidad penal del acusado, observa la Corte que igualmente se encuentran satisfechos los mínimos probatorios para justificar el llamamiento a juicio proferido. En efecto, reiteradamente doctrina y jurisprudencia han enseñado que no basta con el simple acomodamiento de la conducta a la abstracta descripción del tipo, sino que se requiere, para predicar la culpabilidad del implicado, que el actuar doloso haya sido producto del entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la providencia proferida, que ésta se haya dictado además con plena conciencia de la vulneración del interés jurídico protegido –en este caso la administración pública– y que se tenga voluntad para proferir el proveído ilícito, pudiendo y debiendo hacer un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia.

Pues bien, del propio auto que concedió el Hábeas corpus a Cabrera Sarmiento puede la Corte establecer la intención dolosa y plena de conocimiento del incriminado; ya se vio cómo las normas rectoras del fenómeno materia de pronunciamiento son por tal modo claras que impedían interpretación diversa a la establecida en ellas; sin embargo, el acusado tuvo que hacer esfuerzos jurídicos bastante altos para contrariar la preceptiva legal y reconocer el amparo solicitado, invocando incluso de manera deficiente una excepción de inconstitucionalidad sobre aspectos claramente definidos en repetidas decisiones de esta Corporación.

Aún más, es el propio encartado quien en su indagatoria proporciona prueba suficiente de su conocimiento y voluntad, cuando, tratando de exculparse, se refiere al hecho de que el Hábeas corpus, tal como lo ha dicho esta Corporación, no tiene zonas de prohibida aplicación, *valga mencionar,* en este aspecto, *el auto de la Sala de fecha 7 de junio de 1985 con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, en el cual precisamente se hicieron concreciones sobre las facultades de los jueces en el trámite del amparo,* tal como se reitera a continuación:

No puede negarse, y éste constituye pronunciamiento anterior de la Corte (mayo 30/83), que el Hábeas corpus como institución general y fundamental, no encuentra zonas de prohibida aplicación. Donde quiera se dé una privación de libertad mayor de cuarenta y ocho horas (artículo 417), susceptible de estimarse como violatoria de la ley, opera esta protección, sin consideración de la categoría del funcionario que la ha causado y que debe en el ejercicio de sus funciones ajustarse plenamente a las normas de derecho, a la condición del capturado o retenido.

Pero si bien se afirma esta potestad, también se enfatiza en el riguroso cumplimiento, por parte del juez penal o promiscuo municipal competente para cumplir con esta actuación judicial, de los preceptos legales que gobiernan esta trascendente potestad. No es el caso, pues, de admitir, falsos pretextos en su aplicación, ni tolerar análisis de aspectos que no puedan ser cuestionados, ni desconocer el imperio de otras facultades, debidamente realizadas. El afianzamiento del derecho de libertad no puede apoyarse ni realizarse con el desconocimiento del orden jurídico. Muy estricto debe ser el cumplimiento de esa función para evitar su distorsionamiento y deterioro. En esto no es dable proceder con ambigüedades, apresuramientos, supuestas facultades, interpretaciones ayunas de verdad y acierto.

Dentro de este orden de ideas el Juez competente para conocer de un Hábeas corpus tiene que respetar la legislación especial (Constitución, Tratado, Ley, Decreto) que regule lo concerniente a la privación de libertad de una persona. Mientras se cumplan esas determinaciones, no puede considerarse violación de la ley su correcto ejercicio. Sobrepasado este marco, empieza la posibilidad de ejercer aquella garantía en forma correcta y eficaz.

Esta providencia, invocada expresamente por el procesado en alegato posterior, obviamente pone de presente los límites mismos de la actividad jurisdiccional frente a las situaciones de extradición y su detención preventiva para tales efectos; la misma fue proferida con anterioridad a los hechos debatidos en este expediente, y era conocida por el funcionario procesado, quien además contaba para la adecuada decisión que ha debido tomar con los antecedentes de una negativa del mismo beneficio que ya había hecho un Juez de la República, y el concepto mismo de la Corte en el proceso de extradición del ciudadano que fue amparado con el Hábeas corpus, siendo que este último documento fue conocido directamente por el incriminado, toda vez que él mismo practicó diligencia de inspección judicial al expediente en donde para esa fecha ya se había pronunciado la Corte, sin vislumbrar razones de inconstitucionalidad en el trámite pertinente.

El sereno análisis probatorio que hace el Tribunal en torno a la responsabilidad penal del acusado es, entonces, compartido por esta Corporación, resaltando así mismo que el hecho de que el acusado no hubiera puesto físicamente en libertad al señor Cabrera Sarmiento no puede eliminar el reproche que se debe hacer a la conducta, porque los efectos jurídicos de la decisión prevaricadora sí atentaron contra el bien protegido de la administración pública.

En consecuencia con lo anterior, por este aspecto deberá confirmarse la providencia. No así sucede, en cambio, en relación con la medida de detención que profiriera el Tribunal en contra del Juez Pulido Rodríguez. Dicha Corporación

ordenó la detención preventiva del mencionado funcionario, aplicando al efecto lo dispuesto en los artículos 42, 46 y 47 de la Ley 2ª de 1984, lo que además permitió la concesión del beneficio de excarcelación bajo caución. Debe recordarse, empero, que los hechos delictivos tuvieron ocurrencia el día nueve de enero de mil novecientos ochenta y seis, cuando ya había entrado en vigencia el Decreto número 1853 del 8 de julio de 1985 y el cual extendió su vida jurídica hasta el día nueve de octubre de mil novecientos ochenta y seis, cuando fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia.

En estas condiciones, deben aplicarse las regulaciones del mentado Decreto por resultar más favorables al procesado, como que no se prevé allí medida detentiva para casos como el que es materia de juzgamiento, sino que se establece en su artículo 10 que la medida de aseguramiento lo es la de caución; al efecto, se revocará el auto de detención proferido al procesado, se dispondrá como medida de aseguramiento en su contra la de caución prendaria en una cuantía equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales, para lo cual se tomará como depósito válido el ya realizado con título judicial número 0902863, y se suscribirá la respectiva diligencia.

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

RESUELVE:

REVOCAR el auto de detención preventiva proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en contra del acusado José Rafael Pulido Rodríguez, y en su lugar, DECRETAR como medida de aseguramiento para el procesado en mención la de *caución prendaria* por una cuantía equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales, de conformidad a lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

CONFIRMAR la providencia apelada en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz (con salvamento parcial de voto), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia* (con salvamento parcial de voto), *Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Los suscritos magistrados, al discrepar respetuosamente de la argumentación que sirvió de base a la Corte para cambiar la medida asegurativa impuesta al doctor Rafael Pulido Rodríguez, consignamos a continuación las razones de nuestro disentimiento parcial.

La Corte mayoritariamente afirma: "... Dicha Corporación ordenó la detención preventiva del mencionado funcionario, aplicando al efecto lo dispuesto en los artículos 42, 46 y 47 de la Ley 2ª de 1984, lo que además permitió la concesión del beneficio de excarcelación bajo caución. Debe recordarse, empero, que los hechos delictivos tuvieron ocurrencia en vigencia del Decreto número 1853 del 8 de julio de 1985 y el cual extendió su vida jurídica hasta el día nueve de octubre de mil novecientos ochenta y seis, cuando fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia.

"En estas condiciones, *deben aplicarse las regulaciones del mentado Decreto por resultar más favorables al procesado, como que no se prevé allí medida detentiva para casos como el que es materia de juzgamiento, sino que se establece en su artículo 10 que la medida de aseguramiento lo es la de caución...*" (El subrayado es nuestro y constituye el objeto básico de nuestra discrepancia).

De tiempo atrás la jurisprudencia y un sector de la doctrina consideraron como sinónimos la derogatoria y la inexequibilidad de una norma jurídica cuando en realidad son expresiones abiertamente diferentes, como se reconoce hoy, aun cuando aparentemente conducen a un mismo resultado: la desaparición de una norma del ordenamiento legal del Estado.

Resulta inobjetable que la derogatoria es la consecuencia de la facultad exclusiva del legislador por ser éste el encargado de modificar las políticas de orientación del Estado según las circunstancias y necesidades del momento –en materias criminal, económica, social, etc.– dentro de las limitaciones que señala la propia Constitución; la inexequibilidad, por su parte, es la consecuencia de la facultad exclusiva del órgano controlador de la constitucionalidad de las leyes.

El cambio que sufren las políticas del Estado a través de esas leyes pueden afectar derechos esenciales del hombre reconocidos, por ello la Constitución limita al legislador mediante principios que consagra la propia Carta como el de la favorabilidad (artículo 26) y el de los derechos adquiridos con justo Título (artículos 30 y 122), y le ordena al aplicador del derecho (artículo 215) tener en cuenta tales principios para garantizarlos, inaplicando la ley que los contraría no obstante su vigencia o aplicando aquella que los respeta a pesar de haber sido derogada. La Constitución, por el contrario, impone un deber al órgano controlador (artículo 214) el de guardar su integridad y su vigencia por constituir ello su primacía en el orden jurídico del Estado, independientemente de la conveniencia o inconveniencia de la norma controlada.

Una norma derogada no puede revivir sino por la reproducción que de ella haga otra de igual o superior jerarquía (artículo 14 Ley 153 de 1887) o en virtud de la ultractividad para el caso específico (artículo 26 C.N.). "La favorabilidad, dijo la Corte, a que se refiere el mandato del artículo 26 de la Carta debe operar, como bien lo ha precisado la jurisprudencia (sentencia abril 5 de 1974, Foro Colombiano, T.X., número 58, p. 457), únicamente en el tránsito de legislación, esto es, cuando la ley sustantiva o procesal que venía rigiendo deja de aplicarse porque la sustituye otra cuya vigencia hace imperativa su aplicabilidad (auto octubre 26/87). Significa lo anterior, para el juicio de favorabilidad, la necesidad de la existencia de dos normas

eventualmente aplicables al caso concreto; en cambio, la inexequibilidad de una norma automáticamente hace revivir la derogada por ésta, sin que sea jurídicamente posible volverse a aplicar en ningún caso y por ningún motivo la norma declarada inconstitucional lo cual, al extinguir una de las normas, desaparece el presupuesto básico de la comparación. Una norma jurídica sólo tiene poder derogatorio si es legítima y válida, esto es, si ha sido expedida conforme a la Constitución. Es esto consecuencia obvia del principio de supremacía de la Carta Fundamental.

La inexequibilidad es el retiro que hace el órgano con poder controlador del ordenamiento jurídico de una norma contraria a la base suprema de ese ordenamiento (sentencia Sala Plena, mayo 12/82). Lo inexequible es lo que no puede volverse a aplicar por ninguna causa ni en ninguna situación, a menos que cambie el orden básico. Permitir su aplicación es terminar con el control de constitucionalidad porque cada vez que se aplique la norma declarada inconstitucional se está violando la Constitución y desconociendo los efectos *"erga omnes"* del fallo.

El artículo 26 C.N., repetimos, limita al legislador, luego pensar que no hace excepción alguna y por tanto opera la favorabilidad frente a normas declaradas inexequibles, es creer que dicho precepto es supraconstitucional o que la propia Carta prohíja su quebrantamiento lo cual no es de recibo en un Estado de derecho. La libertad o cualquiera otro derecho esencial del hombre siempre estará por encima de la autoridad y del poder despóticos, porque donde no hay derecho lo válido es lo natural del hombre. Pero en un Estado de derecho, donde existe una Constitución legítima como normas suprema que reconoce como límites del poder político los derechos humanos y establece un control de constitucionalidad como garantía de su vigencia y efectividad, el alcance de tales derechos es el que les da la Carta que los contiene y reconoce, conforme con la teoría pura del derecho de plena aceptación hoy en el mundo occidental y sobre la cual se edifican las Constituciones modernas de Alemania, Italia y España, siguiendo el modelo de la Austríaca de 1920.

Como el artículo 15 del Decreto número 1853/85 fue declarado inexequible por sentencia de la Corte de mayo 22/86, a partir de esa fecha no puede edificarse en él ningún derecho por no ser tal precepto ni legítimo ni válido. Los derechos declarados con base en tal artículo antes de la fecha de la sentencia mencionada son válidos porque los efectos del fallo de inexequibilidad son hacia el futuro; y si no se reconoció, así el hecho haya ocurrido en su vigencia, no puede alegarse derecho adquirido alguno, pues no es legítimo ni justo lo inconstitucional, después de declarado así por quien tiene el poder de hacerlo.

Estas son las razones que determinaron nuestro salvamento parcial de voto.

Fecha, *ut supra.*

Guillermo Duque Ruiz, Dídimo Páez Velandia.

CAMBIO DE RADICACION

La solicitud de cambio de radicación deberá dirigirse ante el funcionario que esté conociendo del proceso, quien confrontará si es clara y si se anexan las pruebas que la respaldan, sin que al darle curso comprometa el criterio del Tribunal o de la Corte.

Auto Cambio de Radicación. 18 de mayo de 1988. Se abstiene de decidir sobre el cambio de radicación del proceso que, contra Víctor Gallardo Rosillo, se adelanta en el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla, por un delito contra la Integridad Moral.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 32.

Bogotá, D. E., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El Juez Quinto Penal de Barranquilla, ha hecho llegar a esta Corporación, la solicitud de cambio de radicación, ante él elevada en su condición de funcionario del conocimiento, por el doctor David H. Juliao Ramos, defensor del procesado por ilícito contra la integridad moral, Víctor Gallardo Rosillo.

La referida petición se fundamenta así:

"... Actualmente existen circunstancias que afectan la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales o la seguridad de mi patrocinado, doctor Víctor Gallardo Rosillo.

"Esto lo afirmo, ya que el apoderado de la parte denunciante, solicitó a la Procuraduría General de la Nación, la designación de un Agente Especial del Ministerio Público a fin de que reemplazara al que le correspondía (Personera Municipal, doctora Rosita Rueda), aduciendo entre otras cosas, que la personera fue elegida por la Coalición Mayoritaria del Concejo Municipal del que forma parte

como Presidente mi poderdante, doctor Víctor Gallardo Rosillo; en efecto, este Agente Especial del Ministerio Público fue designado y así aparece en el proceso.

"Esto nos está corroborando lo afirmado por el suscrito, en el sentido de que actualmente existen circunstancias que afectan la imparcialidad del proceso (sic), por razones meramente políticas, ya que el doctor David Name Terán es hermano del senador de la República, doctor José Name Terán, y de uno u otro modo influye en la elección del Procurador General de la Nación, a más de esto, su señoría pertenece al Partido Liberal y los Magistrados del Atlántico son amigos personales y algunos políticos de este senador.

"Si el doctor David Name Terán, desconfió del Agente del Ministerio Público (Personera Municipal) y por ello solicitó el nombramiento de un agente especial, el cual en seguida fue designado, mi poderdante también desconfía en estos momentos de la imparcialidad con que sea llevado este proceso...".

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. *Es del caso precisar, para lo que habrá de afirmarse después, que la Corte ha venido señalando que el cambio de radicación es norma excepcional de restringida aplicación que obedece, en términos generales, a demostraciones fundamentales en el sentido de que en un determinado Sitio la justicia no está en capacidad de ser administrada con rectitud y eficacia. Esa razón de ser del fenómeno jurídico que se comenta, conserva su plena vigencia en el nuevo estatuto procedimental. Así pues, sólo cuando exista un Ambiente impropio para el juzgamiento, debe abrirse campo el cambio de radicación, precisamente para que el proceso sea ventilado en otro Medio Judicial, ajeno a aquellos factores de perturbación. Es que la excepcional transferencia territorial que el cambio de radicación comporta, no puede darse cuando otros funcionarios judiciales que ejercen sus atribuciones oficiales en el mismo Lugar, pueden actuar. Y esto porque entonces, la institución procesal que entraría a operar sería la de los impedimentos y las recusaciones, por tratarse de cuestionamientos a la capacidad subjetiva del juez, que no de causas externas al juzgador, Ambientales que así cobijan o involucran al resto de los jueces del mismo Sitio, Ciudad o Circuito.*

II. Según dispone el artículo 79 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud del cambio de radicación, en todo caso, deberá dirigirse "ante el funcionario que esté conociendo del proceso", quien la remitirá, con sus anexos, a la Corporación a la cual corresponda decidirla. Es fácil entender que esta determinación dependerá de si el cambio se peticiona de un distrito a otro, o dentro del mismo, para si es en el primer sentido, enviar las diligencias a la Corte, o, si en el segundo, al Tribunal.

Disposición de este tenor no existía en el anterior Código de Procedimiento Penal, lo que contribuye a corroborar el demostrado aserto de que la sistemática procedimental del cambio de radicación varió sustancialmente (Auto octubre 14/87, Ministerio Público, doctor Gustavo Gómez Valásquez).

Como la función del juez de conocimiento es dirigirla a quien deba decidir sobre el cambio de radicación, previamente confrontará si la petición es clara, esto es, si en ella se indica que aquél sea dentro del mismo distrito judicial o a uno diferente y si se anexan las pruebas que la respalden.

Si no es suficientemente diáfana o no es presentada con los anexos o con prueba siquiera sumaria, el funcionario se abstendrá de darle curso, hasta tanto la parte interesada satisfaga estos mínimos presupuestos. Esto porque para que el juez pueda remitirla a una u otra Corporación y éstas decidir requieren de estos elementos de juicio.

Y el auto que así emita el juez, no es susceptible de recursos, no solo por ser de mero impulso procesal, sino porque la naturaleza del incidente no tolera impugnación de ninguna especie, siendo por demás entendido que el cambio de radicación puede intentarse varias veces, salvo en los casos que más adelante se especificarán.

Otra cosa, el auto del juez que acepta darle curso al incidente por reunir las susodichas formalidades, no compromete el criterio del Tribunal o de la Corte, según el caso, por cuanto si estas Corporaciones consideran que la demanda no es clara o no se halla acompañada de la prueba requerida, bien pueden inhibirse para fallar en el fondo el asunto.

III. Preceptúa el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal: "Traslado de competencia. Si el Tribunal Superior, al conocer la solicitud de cambio de radicación, estima conveniente que ésta se haga a otro distrito, pasará la actuación a la Corte Suprema de Justicia para que decida. Negado el cambio por la Corte, podrá el Tribunal Superior disponer lo conveniente dentro del territorio de su competencia".

Así, el Tribunal, al pronunciarse sobre la solicitud de cambio, se verá avocado a lo siguiente:

a) Juzga procedente el cambio de radicación dentro de su propio distrito, entonces lo ordenará, señalando el juzgado que haya de conocer del respectivo proceso;

b) No lo conceptúa así, dispondrá en ese caso que el proceso continúe en el juzgado en que venía, y

c) Si lo que estima es conveniente que el cambio se realice a otro distrito, pasará "la actuación a la Corte Suprema de Justicia para que decida".

Sobre este último literal es pertinente señalar que, al apreciar el Tribunal como "conveniente" que el cambio se produzca a otro distrito, está en el fondo pronunciándose sobre la improcedencia o impertinencia del mismo dentro del propio, pues ello equivale a decir que las causales que lo viabilizan sí se dan, pero que el fenómeno afecta a todo su territorio. Desde luego que tal concepto, en manera alguna compromete el criterio de la Corte, pues ésta goza de su total arbitrio para negar o disponer el cambio.

Al conceptuar aquella Corporación sobre la conveniencia del desplazamiento del proceso a otro distrito y por ende disponer su envío a la Corte, está dando traslado al organismo competente por ministerio de la ley para decidirlo, pero conservando su facultad para pronunciarse, en posterior evento sobre la procedencia del cambio dentro de su distrito, de no obtenerse el cambio de distrito.

Llegado el proceso a la Corte, esta Corporación se enfrenta a dos alternativas:

1ª Dispone el cambio de radicación de un distrito judicial a otro, determinando el funcionario que deba conocer del asunto, o

2º Lo niega, como quiera que lo dicho por el Tribunal no lo liga, evento en el cual le devolverá las diligencias, para que se pronuncie sobre la conducencia del mismo dentro de su propio distrito. Esta última aseveración tiene su fundamento en lo que dispone el susodicho artículo 83, o sea que "Negado el cambio por la Corte, podrá el Tribunal Superior disponer lo conveniente dentro del territorio de su competencia".

IV. El envío por parte del juez de conocimiento de la solicitud de cambio de radicación, al Tribunal, debe hacerse y ello es patente en el caso de que el proceso sea de competencia de juez municipal o de menores, de instrucción o de circuito. Si es de competencia de juez superior sólo tendrá operancia cuando en el correspondiente distrito judicial haya jueces de la misma categoría, con sede distinta a la cabecera distrital. Lo anterior porque en eventos de distritos judiciales, donde los juzgados superiores se encuentran ubicados en la misma ciudad, o existe sólo uno, el Tribunal del Distrito Judicial respectivo no podrá ordenar el cambio de radicación, sencillamente por sustracción de materia, y hacerlo en cabeza de esos juzgados, sería solución inocua, por decir lo menos, pues el instituto procesal propio para evento de tal índole tendría que ser el de los impedimentos y las recusaciones.

La petición de cambio de radicación y sus anexos, en este particular evento, deberá enviarse necesariamente a la Corte, porque el cambio se definirá inexorablemente de distrito a distrito.

V. Fuera del evento anterior, el juez dirigirá la petición directamente a la Corte, cuando de su contexto se infiera claramente que el cambio de radicación debe operar de distrito a distrito y no dentro del mismo, así el peticionario demande su remisión al Tribunal, que es exactamente lo acontecido en el caso sub examine, *no tanto porque se quiera arbitrariamente desestimar el criterio del demandante, sino en guarda del principio de la economía y porque además es el juez quien prima facie conoce las intimidades del asunto.*

Indudablemente que lo anterior reviste mayor validez cuando es la misma norma la que establece que motu proprio el funcionario puede solicitarlo, esto es, sin que medie petición de parte, precisamente por ese conocimiento que tiene del proceso y de las circunstancias que rodean la eventual procedibilidad del juzgamiento en otro territorio distinto del distrito judicial a que pertenece.

Es que la función que la propia ley –artículo 79 Código de Procedimiento Penal– otorga al juez del conocimiento es la de velar porque la petición y sus anexos sea remitida a la Corporación a quien corresponda decidirla, y no a la que caprichosamente determine el memorialista.

VI. Remitida directamente la solicitud y sus anexos por el juez del conocimiento a la Corte, esta Corporación se ve avocada exclusivamente a dos opciones:

a) Disponer el cambio de radicación de un distrito judicial a otro, indicando el funcionario que haya de conocer del proceso, o

b) Negar el mismo, evento en el cual dispondrá el archivo de las diligencias.

No le es dado a la Corte pronunciarse sobre la conveniencia de que el cambio opere dentro del mismo distrito, por lo siguiente:

1. Porque hacerlo así sería imponer su criterio al Tribunal o fallar en ese sentido, para lo cual no es competente.

2. Porque todo indica que si ese hubiese sido el querer del legislador, lo habría autorizado expresamente, como así lo hizo en tratándose del Tribunal –artículo 83–, y,

3. Porque, en estas materias, es absurdo argüir que el que puede lo más puede lo menos.

Queda desde luego, en este caso específico, la oportunidad para que el interesado intente nuevamente la solicitud de cambio dentro del mismo distrito, ante el juez del conocimiento, quien obviamente la hará llegar al Tribunal, si satisface los elementales requisitos a que *ab initio* se hizo referencia.

Lo anterior no es óbice para que se siente el siguiente predicamento: la solicitud de cambio de radicación que ha sufrido su trámite legal y ha sido decidida, no podrá intentarse nuevamente por el mismo u otro sujeto procesal y bajo los mismos presupuestos. Pero si éstos variaron sustancialmente o se presentaron otros motivos debidamente acreditados, podrá elevarse nueva solicitud, la que en todo caso deberá sufrir el trámite indicado.

VII. En el evento *sub examine* la Corte se inhibirá, ordenando la devolución inmediata de las diligencias al juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla, por cuanto las pruebas aportadas por el libelista y el contenido mismo de su solicitud no son suficientes elementos de juicio como para que esta Corporación decida en el fondo lo que legalmente corresponda.

En efecto, el memorialista aduce esencialmente que "existen circunstancias que afectan la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales o la seguridad" de su patrocinado, como quiera que el apoderado del denunciante solicitó a la Procuraduría General de la Nación la designación de un Agente Especial del Ministerio Público para reemplazar al Fiscal natural o sea la Personera Municipal, petición que fue acogida mediante auto de 7 de septiembre próximo pasado, emanado del despacho del señor Procurador General de la Nación.

Si su contraparte dudó de la imparcialidad del Ministerio Público, al procesado –agrega– tampoco le merecen ninguna confianza (y al parecer, porque no se asegura) las posibles actuaciones de los juzgadores de primera (penal municipal) y segunda instancia (circuito), por el solo hecho de su subordinación al Tribunal del Atlántico, cuyos integrantes son "amigos personales y algunos políticos" del senador José Name Terán, hermano del denunciante, como quiera que los magistrados liberales pueden influir en las determinaciones por asumirse.

Resulta pues evidente, que los magistrados del Tribunal, no tendrán oportunidad de conocer del asunto por cuanto en esta clase de procesos, su tramitación se circunscribe a los despachos judiciales mencionados. Se reduce así el asunto a simples conjeturas o enunciados de posibles interferencias por parte del Tribunal, sin que aparezca de modo alguno prueba de nada y menos de que los jueces que han conocido y han de conocer del proceso (ni siquiera se acreditó el estado del mismo)

puedan ser receptores de esta clase de influencias o irregularidades. De otra parte, debe señalarse que, en la función fiscalizadora, lo ideal es que sea desarrollada por los Agentes propios del Ministerio Público, que no por el Personero Municipal, quien cumple una labor sucedánea, hoy mejor reglamentada que en época anterior. Entonces, si fruto del desplazamiento de la Personera Municipal se logró la intervención calificada de un Fiscal, no se ve razón para la desconfianza que manifiesta el peticionario, más cuando no es de recibo pregonar –sin prueba de ninguna especie– que siempre que tenga interés en un proceso un miembro del Congreso, la designación especial de un Agente del Ministerio Público, corresponderá a un interés de desviar la justicia y de propiciar la prevaricación. Si la argumentación del peticionario fuera válida, esos procesos se quedarían sin tal sujeto procesal, lo que es a todas luces inaceptable. Finalmente, no debe olvidarse que el Agente del Ministerio Público es un colaborador del Juez, funcionario este a quien en definitiva corresponde decidir el proceso.

En estas condiciones, cuando se desconoce el estado del proceso, mal puede entrar la Corte a resolver sobre el cambio de radicación demandado, no solamente por la ausencia de las pruebas ya anotadas, sino porque la ley determina que únicamente podrá intentarse el cambio antes de proferirse sentencia de segunda instancia.

De otra parte, ya lo dijo la Corte (octubre 14/87), que ni ella ni el Tribunal son escenario propio o legítimo para plantear un debate probatorio y el riesgo de no probar lo corre el solicitante.

Establecida la absoluta orfandad probatoria, deviene en incontrovertible que la solicitud de cambio de radicación es, en su fondo, inexaminable. En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, se ABSTIENE de decidirla, ordenando la inmediata devolución de las diligencias al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

CONSULTA

Cómo debe entenderse el artículo 210 del C. de P. P. sobre consulta.

Auto Segunda Instancia. 18 de mayo de 1988. Se inhibe de desatar la consulta del sobreseimiento definitivo en el proceso contra la doctora Luz Elena Henao Londoño, ex Juez Quinto de Instrucción Criminal de Cali.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 32.

Bogotá, D. E., mayo dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Procedente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal, ha llegado a la Corte el presente proceso, adelantado contra la doctora Luz Elena Henao Londoño, ex Juez Quinto de Instrucción Criminal de la misma ciudad, por el presunto delito de peculado, para que se surta la consulta del sobreseimiento definitivo con que se le cobijó en aquella instancia.

Contra la determinación de la consulta, el procurador judicial de la sindicada, solicitó reposición, pero el Tribunal no le dio trámite al recurso por haber sido interpuesto extemporáneamente.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *Según determinación de esta Corporación (M. P. doctor Guillermo Dávila Muñoz, diciembre 10/87), que ahora se reitera, el artículo 210 del C. de P. Penal sobre la consulta, en la práctica debe entenderse así:*

a) Contra la sentencia absolutoria, hállase o no notificado al procesado o a su apoderado, no procede la consulta, pues se estima que la decisión, por su carácter

absolutorio, ha beneficiado al sentenciado y no hay interés en éste de que se revise el fallo;

b) Si se trata de sentencia condenatoria, no notificada al procesado o a su apoderado, personalmente, se debe surtir la consulta, pues su condición de condenatoria se aprecia como desfavorable al sentenciado, opinión que no varía por obra de una notificación de las llamadas fictas o presuntas, como en el caso del edicto, pues es dable exigir para derivar una consecuencia de tanta trascendencia, que pueda afectar la libertad del procesado, un enteramiento directo de la resolución tomada;

c) Si la sentencia es absolutoria, con parte civil pero no notificada a ésta personalmente o por edicto, debe surtirse la consulta, pues su carácter absolutorio se conceptúa desfavorable y debe procurarse por este medio su revisión por el superior;

d) Cuando la sentencia es absolutoria, en proceso en el cual inexiste parte civil, debe procederse a la consulta, por razón de la naturaleza del fallo emitido y su abierta desfavorabilidad para una eventual acción civil por fuera del proceso penal. Es desatinado conceptuar que la no existencia de parte civil torna improcedente la consulta, cuando se ha notificado personalmente al procesado o a su defensor, pues de ser así no tendría sentido el texto del artículo 210 al afirmar "o cuando haya parte civil reconocida", lo que sí conduce a que, cuando no la hay, la consulta se impone. De otra parte, es apenas legal resguardarle sus derechos, en forma tal que se le dé la oportunidad de constituirse parte civil durante el trámite de la consulta, respetándose de veras así el término que para tales efectos consagra el artículo 39 del C. de P. Penal.

e) Sentencia absolutoria o condenatoria, en la cual no ha mediado la notificación personal al Ministerio Público, debe consultarse; pero debe entenderse que la mejor solución está del lado de retrotraer la actuación para que éste sea enterado en debida forma, estò es, de manera directa o personal.

En el evento de mediar notificación por edicto al procesado y personal al defensor, algunos opinan que debe consultarse. La negativa es interpretación más acertada. En efecto, si el Código ha preferido el criterio del defensor, en cuanto a recursos ordinarios, al del procesado (art. 126), esto permite colegir que si el defensor, notificado directamente, no ha querido recurrir es porque considera más conveniente a los fines de su representado esta actitud procesal y por tanto no debe surtirse la consulta so pretexto de ofrecer una protección al procesado. No se está contrariando el querer del procesado y de la ley (como el fallo le ha resultado adverso debe buscarse su enmienda mediante la consulta) sino interpretando la posición del defensor, quien enterado directamente de la providencia, ha considerado más conveniente silenciar la apelación, lo cual se desconocería de efectuar la consulta.

En el caso de la cesación de procedimiento y en el evento del sobreseimiento definitivo, se aplica lo dicho para la sentencia absolutoria.

2. Se entiende por sujeto pasivo aquel que es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el hecho punible. Esa titularidad puede estar en cabeza del individuo (delitos contra la vida y la integridad personal), de la colectividad (ilícitos contra la salud pública) y del Estado (hechos punibles contra la administración pública o de justicia).

Conviene señalar que, cuando el titular del bien jurídico es la colectividad, lo es precisamente porque los respectivos tipos penales protegen derechos o intereses que no pertenecen a una persona determinada, sino que recogen todo el conglomerado social. Pero es desde luego una indeterminación relativa porque puede suceder que, realizada la conducta típica, algunos miembros concretos de ese conglomerado hayan resultado víctimas, y como tales tendrían derecho a constituirse en parte civil, pero ello no negaría el primordial predicamento, o sea que el titular del bien jurídico protegido (salud pública) es la colectividad.

Y, cuando se afirma que el Estado es el titular, la aseveración se hace porque se entiende que tiene un derecho preferente en esos eventos, nacido precisamente como contrapartida de su obligación en la prestación de tales servicios públicos, sin que se niegue la factibilidad de ubicación en una persona determinada del perjuicio concreto que la facultaría para constituirse en parte civil.

Así las cosas, cuando por la naturaleza misma de los hechos no hay quien pueda constituirse en parte civil, bien porque no se produjo un perjuicio concreto, ubicable en persona determinada, ora porque la colectividad o el Estado como titulares del bien jurídico protegido como tales no pueden hacerlo, dado que su representación en el proceso se realiza por el Ministerio Público, personero de la sociedad, hay que entender que la procedencia de la consulta por no existir parte civil constituida, no tiene razón de ser, pues no puede exigirse lo imposible y, en tales eventos, surtida la notificación personal al procesado o a su defensor y al Ministerio Público se han cumplido los requisitos legales que harían improcedente ese grado especial de jurisdicción.

En el caso *sub examine* se le imputa a la sindicada el haber tomado parte de los dineros decomisados en una diligencia de levantamiento de unos cadáveres, por ella misma practicada en su condición de Juez Quinto de Instrucción Criminal de Cali. Los occisos pertenecieron a una célula del grupo subversivo M-19 y los dineros se hallaron en una casa por ellos habitada, sin que fuera dado precisar cosa distinta a que eran fruto de sus conocidas actividades. Así, pues, si se piensa en que, como los dineros ya habían sido legalmente decomisados, el supuesto indebido apoderamiento haría incursa a la juez en el ilícito de peculado, delito contra la administración pública, cuyo sujeto pasivo sería el Estado, como que él es el indudable titular del bien jurídico protegido, sin que por este aspecto hubiera lugar a la constitución de parte civil.

Ahora, mal estaría pensar en una presunta constitución de parte civil de la familia de los interfectos o del propio M-19 porque resulta evidente que se trata de dineros de ilícita procedencia, sobre los cuales no podría alegarse propiedad legítima, contra la cual hubiera atentado la juez. Y si bien las personas jurídicas pueden constituirse en parte civil, no es de recibo que grupos de esta índole puedan considerarse como tales.

Tampoco es dado considerar que las víctimas de los secuestros y demás hechos ilícitos por parte de la célula del M-19 a la que pertenecían los hoy extintos, podían constituirse en parte civil porque, como quedó visto, los dineros ya habían sido decomisados y así, en rigor, el Estado era el perjudicado como responsable o dueño de los mismos y porque, además, no era ni es dado determinar a cuál o cuáles en

concreto de las múltiples víctimas pertenecía la totalidad del dinero incautado y menos la porción de la que se afirma se apoderó de la juez.

Entonces, si en el caso *sub iudice* no cabe estimar la posibilidad de constitución de parte civil, debe entenderse que surtida como fue la notificación personal al defensor y al Ministerio Público y por edicto a la procesada, la consulta deviene en improcedente.

4. No es pertinente para el caso lo dispuesto en el artículo 677 del Código Vigente, sobre aplicación del anterior estatuto a los procesos con cierre de investigación al comenzar su vigencia, porque resulta evidente que las nuevas disposiciones son más favorables a la procesada, y no dicen referencia a cuestiones de mero trámite, pues no puede desconocerse que, así sea hipotéticamente, correría el riesgo, si la determinación se consultara, de que la que llegara a asumir la Corte le resultara desfavorable.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, se INHIBE de desatar la consulta, por improcedente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Wanda Fernández León, Conjuez.

Luis Guillermo Salazar O.
Secretario

APELACION – Sustentación

La ley no hace distinción en la sustentación según sea la persona del recurrente, pero deben interpretarse con mayor laxitud los fundamentos aducidos por el procesado lego en derecho que expresa su inconformidad.

Auto Segunda Instancia. 23 de mayo de 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual sobreseyó definitivamente al doctor Luis Felipe Bottía Martínez ex Juez Veintidós Civil del Circuito de esta misma ciudad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 32. Mayo 18 de 1988.

Bogotá, D. E., mayo veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil, conoce la Corte el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en favor del doctor Luis Felipe Bottía Martínez, ex Juez 22 Civil del Circuito de esta misma ciudad, mediante providencia de julio 24 próximo pasado.

HECHOS

Por prevaricato, abuso de autoridad y "otras infracciones", el apoderado de Aura María Cruz de Romero en el proceso de separación de bienes que contra Héctor Raúl Romero Villalba se adelantaba en el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, denunció al entonces titular del despacho, doctor Luis Felipe Bottía Martínez, en virtud de actuaciones surgidas en la tramitación de dicho expediente. Las imputaciones se reducen a la mora en sus decisiones a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, haber rechazado de plano un incidente de amparo de pobreza propuesto tanto por él como apoderado de la parte actora, como por ésta, y

haber rechazado un escrito que según dicho del denunciante, hacía parte integrante de uno anterior de reforma de la demanda. Con posterioridad a la denuncia (fls. 54 a 58) pone de presente la mora del mencionado juez frente a la recusación por él impetrada para que se declarara impedido en el proceso de separación de bienes, situación que sí decidió oportunamente en otros cuatro procesos diferentes que en el mismo despacho adelantaba él como apoderado.

ACTUACIÓN PROCESAL

1° Ordenada por el Tribunal la indagación preliminar (fl. 15), el doctor Harold Bedoya Caicedo se ratificó en su denuncia (fls. 19 y 20); se acreditó en debida forma la calidad de juez del denunciado (fls. 31, 63, 64 y 65).

2° Abierta la investigación (fls. 66 y 67), se escucharon en declaración juramentada el secretario del Juzgado Civil mencionado y el Oficial Mayor (folios 86 a 90 y 127 a 130); se oyó en descargos al doctor Luis Felipe Bottía (fls. 100 a 114), y mediante inspección judicial se verificó lo dicho por el denunciante en su escrito de folios 54 a 58 con relación a las recusaciones hechas en los varios procesos que él tramitaba ante el mismo Juzgado 22 (folios 96 a 98); se allegó igualmente fotocopia autenticada del proceso de separación de bienes cuyo envío al Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá se produjo una vez aceptada la causal de recusación y separado del conocimiento del mismo el funcionario recusado. Este proceso culminó por desistimiento de las partes, según certificación del Juzgado a donde pasó (folio 161).

3° Cerrada la investigación (folio 159) y emitido el correspondiente concepto por el agente del Ministerio Público (folios 162 a 182), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá calificó el mérito del sumario (folios 183 a 194) mediante providencia que dispuso el sobreseimiento definitivo en favor del sindicado. Constituido en parte civil el denunciante, apeló de la decisión del Tribunal Superior motivo de la presente revisión.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la providencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. *La impugnación.*

De las varias imputaciones que se hicieron al procesado y que fueron objeto de examen detenido por el Tribunal de primera instancia, el recurrente al sustentar la apelación contra la providencia calificatoria, solamente argumenta con alcance de sustentación el cargo relacionado con la mora en la tramitación del proceso civil.

En tratándose de un proceso donde se investigan delitos conexos y por existir facultad legal para revisar la totalidad de la providencia, no obstante que su obligación legal se circunscribe al punto sustentado, se revisará el proveído en su integridad como una mayor garantía, tal como lo ha sostenido la Corporación:

Esta exigencia de sustentación que nació con la Ley 2ª de 1984 (artículo 57, artículo 207 N.C. de P.P.) 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 Corte reiterar que el recurso de apelación proporciona al juzgador de segunda instancia competencia para "decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada" (artículo 197 Bis del C.P.P.) (artículo 538 N.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 totalidad 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, si 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 (artículo 538 del N.C. de P.P.). Es decir, que en principio y dentro de una sana interpretación integrada de los artículos 57 y 197 (artículos 207 y 538 N.C. de P.P.) (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 (auto noviembre 11/86 M.P. doctor *Guillermo Duque Ruiz).*

Como quiera que el denunciante manifiesta que a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, los términos para decidir se tomaron mucho más lentos, haciendo diferenciación frente a la celeridad que mostró el trámite hasta antes de dicha notificación, no sólo las manifestaciones del acusado en su indagatoria, sino las del secretario y oficial mayor del despacho, dieron cuenta del gigantesco número de expedientes que se encontraban en trámite en el Juzgado –2000– y del ingreso semanal de asuntos por reparto –40–. A esta situación se refirió ampliamente el Tribunal en su pronunciamiento y el único argumento que la "sustentación" trae, es el de que el mismo volumen de trabajo tenía el juzgado antes de la notificación del auto admisorio de la demanda "por lo que el exceso de trabajo no se puede tomar como vía de exculpación en este caso". No es de recibo la conclusión a que llega el doctor Bedoya Caicedo, pues aceptado que el volumen sea el mismo, no siempre la naturaleza de los asuntos demanda igual tiempo, y de sobra conocen los litigantes que en muchas ocasiones algunos procesos resultan verdaderamente complejos por los intereses que respecto de las resultas del mismo tengan las partes en litigio, los incidentes que en general presente, o las medidas de toda índole que conduzcan al entorpecimiento de su tramitación, como ocurrió exactamente en el proceso de separación de bienes que tuvo como apoderado de la demandante al aquí denunciante, pues basta con mirar que de la fecha de la admisión de la demanda –octubre 20/80– (fls. 17 cd. ftps.) a la de la notificación de este auto admisorio al demandado –septiembre 23/83– (fls. 53 id.) transcurrieron cerca de tres años, debiendo el juez requerir al apoderado de la demandante para que cumpliera con su carga procesal de

proveer lo necesario para la notificación del auto admisorio de la demanda (auto de julio 17/83 fl. 36 vto. id.), a lo cual respondió el doctor Bedoya con memorial solicitando "no se haga la notificación hasta tanto no se practiquen las medidas previas de embargo y secuestro", pues de lo contrario éstas resultarían inoperantes, ya que se facilitaría la insolvencia del demandado, siendo más que un argumento-sustentación (fls. 199 cd. ppl.) repetido, una interpelación escrita y posterior a lo manifestado por el acusado en su injurada con relación a la mora en la notificación del auto en cuestión por culpa del demandante, al afirmar éste que las medidas cautelares sólo se llevaron a cabo el 23 de septiembre –fecha de la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda–, pero olvida que si ello es cierto, también lo es que la causa fue ajena al comportamiento del acusado doctor Bottía, teniendo en cuenta que el sinnúmero de embargos solicitados previamente a tal notificación, requirieron tiempo para su práctica –los bienes se encontraban fuera de la cabecera del circuito: Zipaquirá, Mosquera, Facatativá, Villavicencio y Cumaral (Meta)– agregándose a ello la solicitud de desembargo hecha por el mismo doctor Bedoya (fls. 21 a 23 vto. cd. ftps.) y los términos de ampliación de comisiones por él solicitados –hubo comisiones hasta de 150 días–.

Las demás argumentaciones de su memorial "sustentatorio", no son más que apreciaciones subjetivas con relación al dolo con que obró el señor juez (num. 5° de su escrito), que en realidad ningún asidero tienen para traerlas siquiera en gracia de discusión. Recurre, por el contrario, a la formulación de nuevos cargos (puntos 2° y 4° de su escrito), de los que, por supuesto, no tuvo conocimiento el acusado y de ello no se lo interrogó en la diligencia de descargos, y mal podría, a espaldas suyas, la Corte entrar a formular cargos cuando ello pretermine la instancia y viola el derecho de defensa. Con todo, el cargo es tan infundado como los que no se atrevió a discutir una vez sopesados por el Tribunal. En efecto, considera el denunciante que la notificación del auto que ordena al secuestre prestar caución, no debió hacerse por estado como lo realizó el juez Bottía, pues según el artículo 314 del C. de P.C., entre otras providencias, deben notificarse personalmente "las que hayan de hacerse a terceros" y a renglón seguido argumenta: "El secuestre es un tercero, un auxiliar de la justicia, ajeno a las partes, por ser un depositario judicial". Craso error confundir un tercero con un auxiliar de la justicia, cuando el mismo Código de Procedimiento Civil trata uno y otro en capítulos diferentes; más aún, en títulos separados, y la naturaleza del secuestre corresponde en realidad a un auxiliar de la justicia, por lo que los terceros a que se refiere el numeral transcrito del artículo 314 del C. de P.C., no son los incidentales entre los que puede encasillarse al secuestre. Aun en el evento de ocurrir la remoción del secuestre por falta de prestación de la caución, no se vulneraría el derecho de ninguna de las partes y menos puede de ello deducirse mala fe o favorecimiento de alguna parte por el juez, pues la designación de otro secuestre conlleva igualmente el procedimiento que orientó la del primero y no uno "más acorde con los intereses de la parte demandada", como lo manifiesta el denunciante.

Ahora bien, la sindicación en el presente evento corresponde a los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y "otras infracciones" y el Tribunal en su providencia resolvió además de la justificación en la mora de la tramitación del expediente civil –situación tratada en este proveído–, la ausencia de dolo en el caso del rechazo del incidente de amparo de pobreza propuesto y la conducta correcta del juez al no

admitir una segunda adición de la demanda, disfrazada con el mote de continuación de un "otrosí" de la primera adición. Igualmente trató sobre la justiciación dada con relación a la no declaratoria inmediata del impedimento en virtud de la recusación que por denuncia le presentó el doctor Harold Bedoya.

Respecto a los cargos no sustentados adecuadamente se tiene: la demora para el funcionario haberse declarado impedido y separarse del conocimiento del proceso de separación de bienes, la explica en su injurada diciendo que si bien la separación del conocimiento de los otros cuatro procesos ejecutivos adelantados por el doctor Bedoya C. en el mismo despacho se produjo casi simultáneamente a la presentación de la recusación, en el de separación de bienes hubo de "estudiar minuciosamente el dicho proceso a fin de enviarle una certificación que bajo juramento me solicitó la entonces titular de ese despacho" –se refiere al Juzgado 65 de Instrucción Criminal–, certificación ésta que efectivamente obra en el proceso a folios 44 a 51. Así lo determinó claramente el Tribunal.

No menos acertada es la decisión del *a quo* con relación al reconocimiento del buen proceder del acusado en lo atiente al agregado de pruebas que pretendió aducir extemporáneamente el litigante en el proceso civil, realizando al efecto una maniobra extraña consistente en manifestar que este escrito era parte integrante de un "otrosí" que aparecía en la adición de la demanda aceptada. El doctor Bottía, con buen criterio, considera que en realidad se trataba de una nueva adición, legalmente improcedente. Huelga comentar los recursos interpuestos por causa de la negativa, y las decisiones impartidas por el juez civil en este punto.

El rechazo de plano del incidente de amparo de pobreza tiene connotaciones un tanto diferentes a los cargos anteriores. Como base de su rechazo consideró el señor juez que el legitimado para tal solicitud era la poderdante misma, no su apoderado, teniendo en cuenta, según él, que cuando la norma pertinente habla de "cualquiera de las partes", así debe entenderse el término "parte". Como lo indicó el Tribunal en su providencia, si bien puede ser errónea la interpretación, jamás constituye prevaricato como lo pretende el denunciante, por absoluta falta de dolo como lo demostró esa Corporación. Ante la negativa de tramitar el incidente, el doctor Bedoya interpone recurso de reposición y en subsidio apela de tal pronunciamiento, recursos denegados por el funcionario acusado, fundamentándose para ello en que no se había negado el amparo –caso en el cual sí procedería tal recurso conforme a la ley procesal civil–, sino que se rechazó de plano, es decir, no hubo incidente. Frente a esta determinación recurrió para luego hacerlo en queja, sin ejercer la obligación correspondiente de retirar las copias dentro del término legal. En la misma fecha –abril 2/84–, el juez resolvió la solicitud de amparo de pobreza hecha por la misma poderdante Aura María Cruz de Romero –quien con ello daba a entender que así se cumplía con lo dispuesto por el funcionario en el sentido de que era la "parte", en la connotación por éste asignada, la facultad para formular la petición–, negando igualmente su trámite, teniendo en cuenta que con relación a igual petición del apoderado, "la decisión recaída en él está recurrida y por auto de esta misma fecha se ordenó compulsar copias para surtir el recurso de queja" (fls. 234 vto. cd. ftps.), y como lo explicó en su injurada, podría generarse en determinado momento un doble incidente respecto del mismo asunto, en el evento en que se aceptara de una parte la

solicitud hecha por la señora de Romero, y de otra el Tribunal concluyera, por virtud de la queja impetrada, que procedía la apelación y a renglón seguido diera vía libre a la misma solicitud de amparo de pobreza hecha con anterioridad por el apoderado.

Ninguna de las conductas atribuidas al doctor Bottía Martínez, pueden entonces considerarse ilícitas, razón por la cual habrá de confirmarse íntegramente el interlocutorio apelado.

Ahora bien, estima la Corte prudente precisar el alcance y significado de los términos "sustentación" y "alegación" insertos en el ordenamiento procesal penal desde la Ley 2ª de 1984 para lo cual se hará.

II. Otras consideraciones al margen

Con relación a la sustentación del recurso de apelación ha dicho la Corte:

La sustentación del recurso de apelación es carga del impugnante que le obliga a señalar en concreto las razones de su disentimiento con la providencia recurrida y que lo llevan a postular una determinación diferente que sea menos gravosa para sus intereses procesales. En este acto procesal no es necesaria la exhaustiva presentación de argumentos para demostrar inconformidad con la resolución apelada; basta con enumerar en el oportuno escrito, en forma clara y precisa, los fundamentos del disenso.

Sobre este aspecto en particular señaló la Corte en Sala de Casación Civil: "si, como ya está dicho, la apelación es una faceta del derecho de impugnación expresión ésta derivada de la voz latina 'impugnare', que significa 'combatir, contradecir, refutar', tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea para expresar la idea con criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o su modificación" (auto del 30 de agosto de 1984, M.P. doctor Humberto Murcia Ballén).

La carencia de requisitos formales del memorial sustentatorio, no debe conducir, sin embargo, a que se desconozca la voluntad del legislador que exige al apelante el deber de sustentar y no simplemente ofrecer una apariencia de sustentación. La formalidad a que se refiere la ley demanda que señalen los puntos de desacuerdo y las razones de hecho o de derecho sobre las cuales aquéllos descansan. No constituye, por tanto, sustentación adecuada, el empleo de frases o expresiones en las cuales simplemente se manifieste un desacuerdo genérico pero no se indiquen en concreto los aspectos que deben ser reformados o revocados por el superior, ni tampoco estará cabalmente sustentado el recurso que carezca de las razones de tipo probatorio o jurídico, que deben llevar a dicha reforma o revocatoria.

En ese mismo sentido se pronunció la Sala Civil en la decisión precedentemente citada, en los siguientes términos: "para no tolerar esguinces al precepto legal transcrito, y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no puede darse por sustentada una apelación ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se

limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como 'sí hay prueba de los hechos', 'no están demostrados los hechos u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad e imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado" (auto abril 11/84 M.P. doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

Si bien la ley no hace distinción en la sustentación según sea la persona del recurrente, pues su exigencia se limita a la enumeración clara y precisa de los fundamentos del disenso, la razón natural de las cosas impone la necesidad de tener en cuenta quién ha impugnado y sustentado el recurso pues ciertamente deben interpretarse con mayor laxitud los fundamentos aducidos por el procesado lego en derecho y semianalfabeto quien con lenguaje vernáculo expresa su inconformidad, y con mayor rigor en precisión y claridad los que presenta un profesional del derecho por ser conocedor de la ciencia, de sus métodos y técnicas.

De otra parte pero dentro del mismo orden de ideas, cabe recordar que aun cuando se ha sostenido que la sustentación del recurso (artículo 207) y la alegación en segunda instancia (artículos 535 y 536) se confunden hasta el punto de que esta es la oportunidad que tiene el recurrente para ampliar el escrito de sustentación sin poder cambiar el argumento, también lo es que entre ambas figuras en referencia hay importantes diferencias que permiten considerarlas distintas pese a que puedan ser complementarias en determinadas circunstancias. En efecto, la sustentación es obligatoria, la alegación no; es decir, la sustentación constituye requisito sine qua non *para el conocimiento del* ad quem *por vía del recurso; en tanto que la alegación es intrascendente a esos efectos. Desde esta óptica, evidentemente que en la alegación no solamente puede ampliarse y consolidarse jurídicamente la sustentación, sino que le es permitido al recurrente nuevas y más sólidas razones encaminadas a obtener uno de los fines específicos del recurso: aclaración, modificación o revocación de la providencia sin llegar desde luego a cambiar totalmente la sustentación pues ello equivaldría a un desistimiento del recurso... Ilógico resulta negar tal derecho a los sujetos procesales cuando el propio ordenamiento consagra la facultad al juez, sin limitación alguna, para analizar y decidir sobre la providencia impugnada (artículo 538). Lo que pretende y quiere la ley procesal es llegar a la verdad y nada más lógico que en ese propósito tenga el auxilio de las partes dentro de los principios rectores de lealtad e igualdad. Con razón la Corte afirmó: "La alegación es pues, el medio que usa el censor para obtener un fin de convicción intelectual en la mente del juzgador" (Casación de noviembre 25/86 M.P. doctor Lisandro Martínez Zúñiga).*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –en Sala de Casación Penal–, oído el concepto del Ministerio Publico,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

COLISION DE COMPETENCIAS
JUSTICIA PENAL MILITAR

La actividad castrense no puede limitarse a aquellas conductas que podrían llamarse como estrictamente militares, porque la institución armada es de una particular estructura compleja que comprende actos propios de la misma y actuaciones distintas a las netamente militares o bélicas.

Sentencia Casación. 23 de mayo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al capitán del Ejército Nacional Carlos Julio Vargas Naranjo, por los delitos de homicidio y ataque al inferior.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 032 del 18 de mayo de 1988.

Bogotá, D. E., veintitrés (23) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Por sentencia del tres (3) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987) el Tribunal Superior Militar, condenó al capitán del Ejéricto Nacional, Carlos Julio Vargas Naranjo a la pena principal de ocho años y dos meses de prisión como responsable de los delitos de homicidio y ataque al inferior.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda en término, fue declarada ajustada a las exigencias legales.

Durante el término de traslado se escuchó el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, quien solicitó se desechara la demanda interpuesta.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes.

Hechos

El 25 de julio de 1986 más o menos a las siete de la noche, personal militar era transportado en un bus de la institución castrense de Garzón, Neiva, donde viajaban el capitán Carlos Julio Vargas Naranjo y el sargento mayor Gilberto Orozco García. En el interior del vehículo una banda interpretaba música bailable, pues regresaban de una fiesta con motivo de la celebración del Día de la Caballería, cuando de manera intempestiva se escucharon dos disparos consecutivos que fueron propiciados por el capitán Vargas Naranjo por medio de los cuales le ocasionó la muerte inmediata al sargento Orozco García.

Actuación procesal

El proceso penal se abre mediante auto del 28 de julio de 1986 por el Juzgado 35 de Instrucción Penal Militar.

Se le recibió diligencia de indagatoria al capitán Vargas Naranjo, dictándose posteriormente auto de detención el 19 de agosto de 1986 por los delitos de homicidio y ataque al inferior.

Por Resolución número 081 del 20 de octubre el comandante de la Novena Brigada convocó a Consejo de Guerra Verbal en la ciudad de Neiva.

El 22 de octubre se celebró el Consejo de Guerra Verbal que dio un veredicto condenatorio por unanimidad con relación al homicidio y uno por mayoría en relación con el delito de ataque al inferior.

Por sentencia del 29 de octubre el Presidente del Consejo condenó al procesado a la pena de ocho (8) años y dos (2) meses de prisión.

El Tribunal Superior Militar por sentencia del tres (3) de marzo de 1987 confirmó la anterior decisión.

La demanda de casación

El impugnante acusa la sentencia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por ser incompetente la justicia castrense para el juzgamiento de este hecho, pues el delito cometido, en su criterio no tenía relación con el servicio militar.

Con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de la que fue ponente el doctor Rodolfo Mantilla Jácome concluye que los Tribunales castrenses no son competentes para juzgar a los militares por delitos que no tengan relación con el servicio, cuando el país se encuentre en estado de sitio.

Interpretando la jurisprudencia de la Corte considera que en concepto de esta Corporación tienen relación con el servicio los delitos que se comprenden dentro de los siguientes criterios:

"1° No basta con que el agente del delito tenga la calidad de un miembro de un cuerpo militar o de policía y hubiere estado en servicio al tiempo de la conducta ilícita, para que quede sometido a la jurisdicción castrense.

2° Es necesaria una íntima relación de causa-efecto entre el delito cometido por el agente y el servicio oficial por él prestado, es decir, que el hecho punible no hubiera tenido existencia sin la prestación del servicio.

3° El servicio no puede tomarse en forma genérica, es decir, por la sola circunstancia de pertenecer al cuerpo armado o vestir su uniforme y portar sus insignias. Es necesario que la ilicitud se presente con ocasión del mismo servicio, o por causa suya.

4° El delito tiene que estar en relación directa, sin solución de continuidad en el tiempo, con el servicio prestado o con la función propia del cargo", luego de analizar algunos elementos probatorios del proceso termina concluyendo que:

"1° Cuando ocurrieron los hechos, el capitán era un militar uniformado, con armas de dotación oficial en servicio activo.

2° No obstante, existió solución de continuidad entre el único acto que podía considerarse prestación del servicio (asistencia a una ceremonia militar) y los hechos ocurridos. La prestación del servicio cesó cuando empezó la fiesta. El homicidio se produjo seis horas después de la finalización del acto que tenía relación con la actividad militar.

3° El homicidio no se cometió en relación directa con una misión de orden público o de defensa nacional. La utilización de la fuerza (disparos sobre la víctima) no se produjo con ocasión del servicio, porque la actividad que venían desarrollando desde horas antes (música, danza y licor) no puede considerarse como una misión de orden público. La presencia del ejército en el bus mencionado, no puede entenderse desde ningún punto de vista, como un acto de reafirmación de la soberanía nacional.

Un claro ejemplo de delito cometido con ocasión o por causa del servicio, se presentaría por ejemplo, cuando en una actividad de vigilancia (patrullar una carretera) o en una misión de orden público, se aprovecha la oportunidad para exigirle dinero a un indocumentado o realizar actos de extorsión sobre ganaderos y hacendados.

4° El disparo tampoco se produjo en virtud de funciones inherentes al cargo, porque tomar licor y bailar no es la función que constitucionalmente le está asignada al ejército. Puede afirmarse que un delito se comete en el ejercicio de funciones inherentes al cargo, por ejemplo, cuando un militar excede la utilización de la fuerza e innecesariamente dispara para reprimir un conato de rebelión.

5° El enfrentamiento súbito entre la víctima y victimario por razones estrictamente personales, descarta en forma ostensible la vinculación con el servicio. La prestación del mismo no fue su consecuencia directa".

Finalmente termina solicitando se case el fallo impugnado decretándose la nulidad del proceso.

El concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares

El colaborador fiscal solicita se rechace la impugnación y fundamenta su petición con base en la constancia suscrita por el Oficial de Personal del Batallón de Artillería número 9 Tenerife, el 25 de julio de 1986, según la cual ese día de los hechos el procesado se encontraba en servicio activo y cumpliendo la orden de asistir a la fiesta de la Caballería, orden que culminaba con el regreso a su unidad y con la presentación del arte respectivo so pena de incurrir en faltas contra el servicio, consagradas en los literales a), h), e), j), de la sección F del artículo 71 del Decreto número 1776 de 1979, Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, y que en tales ocasiones los hechos delictivos tuvieron ocurrencia cuando el oficial se encontraba cumpliendo actos del servicio.

El conductor declara que el vehículo donde ocurrieron los hechos iba a cargo del procesado.

Cita jurisprudencia de la Corte del 13 de marzo de 1980, en la que se sostiene que la calidad de militar y superior no se pierde por dedicarse momentáneamente a la ingestión de bebidas embriagantes, ni por ausentarse de la base.

Considera que el enfrentamiento entre los protagonistas de los hechos no fue súbito, pues los testigos deponen en el sentido de que ambos llevaban dialogando más de hora y media y que carece de respaldo probatorio la afirmación del recurrente en cuanto a que el enfrentamiento fue por razones estrictamente personales, pues los testigos no pueden precisar las causas que desencadenaron los hechos que han sido motivo de investigación.

Concluye finalmente que los hechos delictivos tuvieron ocurrencia con ocasión del servicio, pues conforme a criterio del Tribunal Disciplinario "se incurre en la conducta antijurídica con ocasión del servicio, cuando el cumplimiento de éste se presenta como la circunstancia favorable para el desarrollo o el acaecimiento de aquélla o, dicho de otra manera, cuando la prestación del servicio brindó la oportunidad, de modo, tiempo o lugar, para que se pudiera ejecutar el hecho punible" (23 de septiembre de 1977).

Consideraciones de la Sala

Carecen de sustento probatorio las argumentaciones del impugnante porque bastaría analizar la constancia expedida por el oficial de servicio del Batallón número 9 de Artillería Tenerife para concluir que no tiene razón en sus pretensiones, puesto que allí *de manera muy clara se establece que el día de los hechos el oficial ahora procesado se encontraba en servicio cumpliendo una orden de asistir a la fiesta de Caballería y que tal acto de servicio sólo tendría conclusión con el regreso a la respectiva unidad militar y con la presentación del parte respectivo donde debía dar cuenta del cumplimiento de la orden recibida.*

Olvida el recurrente la particular estructura de la vida castrense, que es singular en relación con todas las otras instituciones públicas y privadas que coexisten en el medio social, porque por su organización jerárquica, la calidad de no deliberantes de

sus miembros, la obligación de obediencia racional y legal a las órdenes de los superiores, el respeto a los inferiores y el hecho de tener que llevar una vida comunitaria más o menos permanente porque el servicio así lo requiere, no puede pensarse o pretenderse, como lo intenta el recurrente, circunscribir los actos de servicio militar a aquellos que sólo tengan que ver con el cumplimiento de actos destinados a la conservación del orden público o en defensa de la soberanía nacional, porque en realidad la vida castrense es mucho más compleja y por tanto los actos del servicio se extienden a diversas actividades que comprenden las culturales, sociales, deportivas y muchas otras de variada naturaleza; por ello los comportamientos contrarios a la disciplina militar o a la obediencia debida no solo se dan cuando se incumple la orden de avanzar contra el enemigo en el campo de batalla, sino también cuando se desobedece el mandamiento de acudir o participar en variados actos de naturaleza cultural, social, deportiva o cualquier otra actividad. Lo que sirve como parámetro en este caso para determinar si el hecho delictivo se realizó en el cumplimiento de una función del servicio castrense, es precisar si la actividad que realizaba el militar era en representación de la institución armada y como consecuencia del cumplimiento de orden impartida en legal forma por el respectivo superior jerárquico. Establecido lo anterior ha de concluirse necesariamente que el hecho delictivo se cumplió en acto de servicio y por tanto los competentes para el juzgamiento serán los tribunales castrenses.

La equivocación del recurrente radica en querer limitar la actividad castrense a aquellas conductas que podrían llamarse como estrictamente militares y ello no puede ser así, porque como ya se sostuvo la institución armada es de una particular estructura compleja que comprende dentro de los actos propios de la misma, actuaciones que se salen de las netamente militares o bélicas.

Aceptados los razonamientos anteriores, ha de concluirse de manera necesaria que los hechos que han sido motivo de juzgamiento tuvieron ocasión durante un acto del servicio militar y por tanto los Tribunales castrenses que los juzgaron, lo hicieron conforme a la norma constitucional y legal que les confería la competencia y por ello se ha de rechazar la impugnación de nulidad pretendida por el actor, negándose la petición de casar el fallo atacado.

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:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA

Reiteradamente ha dicho la Corte, que el delito de Falsedad en Documento Privado, se considera consumado en el lugar donde éste se usa, donde se le hace valer como medio de prueba.

Auto Colisión. 24 de mayo de 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Pereira y el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Medellín.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 33.

Bogotá, D. E., mayo veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Tanto el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Medellín, como el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Pereira, se han declarado incompetentes para conocer del sumario que por los supuestos delitos de Falsedad en documentos privados y Estafa se adelanta contra la señora Amanda Gómez de Arboleda.

Para resolver esta colisión negativa de competencias la Corte considera:

HECHOS

El señor Jorge Arboleda Gómez falleció el 17 de febrero de 1985, dejando como único bien de su propiedad un campero Toyota modelo 1979 de Placas HM–0984.

Cuando la cónyuge supérstite inició en la ciudad de Bogotá el proceso de sucesión a nombre de sus menores hijos Luz Adriana, Claudia Alejandra y Camilo Andrés Arboleda Baena, fue sorprendida con la noticia de que el campero que era de su esposo figuraba a nombre de la señora Amanda Gómez de Arboleda, quien

aparecía adquiriendo el vehículo por venta que le hiciera Jorge Arboleda un mes después de su muerte.

Hechas las averiguaciones de rigor, se pudo establecer que la señora Amanda Gómez de Arboleda, mediante la elaboración de un poder y un documento de traspaso falsos y en los cuales se hacía aparecer suscribiéndolos al señor Arboleda ya fallecido, supuestamente autenticados en la ciudad de Medellín, pero que se hicieron valer en la ciudad de Pereira, había obtenido que el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte de Risaralda, autorizara el traspaso del campero Toyota el 29 de mayo de 1985 a favor de la aludida señora Amanda Gómez de Arboleda.

La cónyuge supérstite, considerándose afectada en sus intereses económicos por esta maniobra dolosa, formuló en la ciudad de Bogotá donde tiene su domicilio, denuncia penal contra la señora Gómez de Arboleda por los delitos de falsedad en documentos y estafa.

El Juez de Instrucción de Bogotá, después de practicar diversas e importantes diligencias para el éxito de la investigación, remitió el sumario por competencia al señor Juez Veinte de Instrucción Criminal de Medellín por considerar que en dicha ciudad, supuestamente, se habían elaborado los documentos falsos.

El señor Juez de Medellín, teniendo en cuenta que se trataba de documentos privados usados en la ciudad de Pereira para obtener el traspaso del vehículo, entendió que en dicha ciudad se habían consumado los hechos punibles objeto de juzgamiento y remitió el expediente al Juzgado Séptimo de Instrucción de Pereira, provocándole de antemano colisión de competencia en caso de que el Juez de la capital de Risaralda no asumiera el conocimiento del sumario.

A su turno el Juez Séptimo de Instrucción de Pereira no aceptó la competencia argumentando que el delito de falsedad fue consumado en Medellín, donde al parecer se elaboraron los documentos y se falsificó la firma del señor Notario para dar visos de autenticidad a los escritos apócrifos y remitió el expediente a la Corte para resolver la colisión.

Consideraciones de la Corte

Por tratarse de Jueces de Instrucción de diferentes Distritos Judiciales y que hoy tienen competencia de acuerdo al C. de P. P. vigente, para investigar y calificar el mérito legal del sumario, corresponde a la Sala de Casación Penal resolver el conflicto.

Es indudable, que se encuentra el fallador en presencia de un delito de falsedad documental.

Documento es para Sebastián Soler la atestación escrita en palabras mediante las cuales un sujeto expresa algo dotado de significación jurídica.

De acuerdo con nuestra legislación, los documentos son públicos y privados. Público es el expedido por empleado público en ejercicio de su cargo y con las formalidades legales y puede ser: notarial, judicial y administrativo. A contrario sensu *documento privado es el otorgado por particulares.*

En el caso que se examina, se trata de documentos falsos presuntamente suscritos por el señor Jorge Arboleda (ya fallecido para esa época) mediante los cuales se autorizaba un poder y se hacía el traspaso del carro Toyota a favor de la señora Amanda Gómez, documentos en los que se falsificó por imitación la firma del otorgante, firma que contrariando la realidad, se hizo aparecer como autenticada ante un notario de Medellín quien no realizó dicha diligencia.

Se tiene entonces que en relación con las conductas que atentan contra la Fe Pública, puede estar el juzgador en presencia de una doble falsedad documental: falsedad en documento privado en cuanto se elaboraron documentos falsos en su integridad y en los cuales se imitó la firma del señor Arboleda ya fallecido, y falsedad en documentos públicos al hacer aparecer como autenticados estos documentos apócrifos a un Notario Público a quien también se imitó su firma en forma fraudulenta.

Ahora bien: el artículo 221 del C. Penal establece que la falsedad en documento privado sólo es punible, cuando quien falsifica un documento privado que pueda servir de prueba "lo usa". En estas condiciones, se está en presencia de un tipo penal de dos actos que demanda para su configuración la falsificación de un documento y su posterior uso, de tal manera que sin la realización de estas dos conductas, el reato no surge dentro del campo penal.

Reiteradamente ha dicho la Corte, que el delito de falsedad en documento privado, se considera consumado en el lugar donde éste se usa, donde se le hace valer como medio de prueba.

"... La disposición penal que define y sanciona el delito de falsedad en documento privado, de acuerdo con la legislación actualmente vigente, exige... la concurrencia de dos hechos sucesivos diferentes, la falsificación del documento que ha de servir de prueba y su uso posterior (art. 221 del Decreto número 100 de 1980), de modo que la falsedad en escritos de esa calidad, en sí misma considerada carece de relevancia jurídica, que adquiere al hacerse uso del medio de prueba falsificado, momento en el cual queda consumada la infracción y determinada por consiguiente la competencia territorial para la investigación y fallo del proceso (Corte Suprema, auto del 20 de mayo de 1982).

En el caso que se examina, no se conoce con certeza el lugar donde fueron elaborados los documentos apócrifos, presumiéndose que el hecho pudo tener ocurrencia en la ciudad de Medellín.

Pero en cambio, sí se sabe a ciencia cierta que los documentos citados, se usaron como medio de prueba en la ciudad de Pereira, donde se obtuvo mediante su presentación en las Oficinas de Circulación y Tránsito el traspaso del vehículo, con detrimento patrimonial para los herederos del señor Arboleda.

Si en dicha ciudad de Pereira, como lo pregona el proceso, se hizo uso del documento privado falso, en dicha ciudad se consumó el ilícito y los conexos con éste y es por tanto al señor Juez de Pereira a quien corresponde por la naturaleza del hecho y el factor territorial el conocimiento del sumario.

Por estas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– Dirime la presente colisión de competencias, atribuyendo el conocimiento de

este sumario al señor Juez Séptimo de Instrucción Criminal de Pereira a quien se le remitirá el expediente. Comuníquese esta decisión al señor Juez Veinte de Instrucción Criminal de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Seretario

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Nuestra legislación tributaria no erige en delictuosa la simple afirmación inexacta que se consigne en la declaración de renta.

Sentencia Casación. 25 de mayo de 1988. Casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, para absolver a Benjamín Vargas Cantillo por los cargos formulados en auto de proceder en el Juzgado Séptimo Superior de esa ciudad y lo condena por los delitos de Falsedad en Documentos Privados y Estafa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobada Acta número 028-V-3/88.

Bogotá, D. E., mayo veinticinco (25) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS.

Se resuelven los recursos extraordinarios de Casación interpuestos tanto por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Bucaramanga, como por el apoderado de la parte civil a nombre de uno de los denunciados y ofendido contra la sentencia de ese Tribunal de fecha 22 de enero de 1987, por medio de la cual se condena en segunda instancia a Benjamín Vargas Cantillo a la pena principal de tres años de prisión, como autor de los delitos de Abuso de confianza y Falsedad en documentos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Se juzgaron conjuntamente hechos denunciados tanto por Orlando Riascos Fernández y José Herrera Jaimes, por medio de apoderado, contra el condenado y otras personas.

A raíz de tal denuncia se adelantaron unas prolijas investigaciones que una vez cerradas sirvieron de fundamento para sendos autos de proceder, uno de fecha 6 de

diciembre de 1985 del Juzgado Primero Superior contra Benjamín Vargas Cantillo por los delitos de Falsedad en documentos, Estafa y Abuso de confianza.

Igualmente se avocó a juicio a la secretaria de Benjamín Vargas Cantillo, Marlene Agón Arciniegas, como responsable de los delitos de Falsedad en concurso con Estafa. También el 15 de octubre el Juzgado Séptimo Superior, llamó a juicio a Vargas Cantillo por Falsedad en documentos. Los dos autos de proceder se acumularon. Ambos autos fueron confirmados, pero se modificó el del Primero Superior, en el sentido de revocar el llamamiento a juicio por Estafa.

2. A la postre como ya se reseñó, la sentencia se concretó en los delitos de Falsedad en documentos privados y Abuso de confianza, habiéndose descartado la Estafa.

3. De lo obrante en el proceso surge que Benjamín Vargas Cantillo era representante legal de la Sociedad Limitada "Sociedad Técnica Organización Petroquímica Ltda.", Stop., domiciliada en Bucaramanga, constituida el 22 de noviembre de 1968, cuyo objeto principal era la fabricación y venta de aditivos derivados del petróleo. La Sociedad fue sometida a control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

Con posterioridad se presentaron los denuncios sintetizados. Según ellos durante 1982, Vargas giró cheques a favor de José Herrera Jaimes cuyo valor no fue entregado a él, pues el endoso fue falsificado por la secretaria de Vargas Cantillo, Marlene Agón Arciniegas quien también resultó condenada en este proceso. Vargas era quien autorizaba los cheques, y mensajeros de la oficina los cobraban.

Proceso similar se realizó con cheques girados a favor de Sinforoso Martínez. Mediante tal sistema se obtuvo provecho consistente en el caso de Herrera en el retiro del dinero de los fondos sociales y en el de Martínez para impedir el ingreso a los mismos del valor de las mercancías despachadas.

4. Además de ser condenado el recurrente en la forma reseñada lo fue también a dos años su secretaria Marlene Agón Arciniegas en quien los peritos grafológios determinaron la autoría de los endosos.

DEMANDA

1. El Fiscal recurrente en un extenso estudio, censura la sentencia por violación directa de la ley sustancial con base y fundamento en la causal primera, inciso primero del artículo 580 del C. de P. P. anterior.

Consistiría la violación directa en la "aplicación indebida del artículo 221 del C. P. que tipifica la falsedad en documento privado a conducta no tipificada como delito por el Código Penal Colombiano, lo que entraña a su vez violación manifiesta de los artículos 143 del C. P. que norman los principios de la legalidad y de la tipicidad".

El recurrente acepta y da por probados de manera plena todos los elementos fácticos que sustentan la sentencia pero rechaza el que se les hubiese elevado a la categoría del delito. Interpreta la sentencia como un precedente para establecer la evasión tributaria.

Sostiene el recurrente que el cargo concreto sentenciado que es el objeto exclusivo de la impugnación, se encuentra circunscrito a la maniobra desleal de registrar un factor incierto en la declaración de renta.

Transcribe apartes del auto del Tribunal que confirmó el llamamiento a juicio hecho por el Juzgado Séptimo Superior por el delito de falsedad.

El recurrente aprovecha el escrito para hacer eruditas consideraciones para sostener que la evasión tributaria no es delito en Colombia, que la fórmula normativa de la falsedad en documento privado científicamente no es el remedio aplicable al caso sentenciado, si bien la naturaleza, historia de la Fe Pública, concepto éste que critica con cita de algunos autores nacionales y extranjeros. Sostiene que "mostrar la falsedad y aún más la privada que no fue reconocida por Carrara sobre el concepto de la fe pública, es supremamente peligroso".

Sostiene el retorno a la fe privada "que se inspira y fundamenta en la confianza privada de persona a persona..." "... que estuvo tan acendrada en la mentalidad de nuestros antepasados que celebraban todos sus negocios confiados en la simple palabra que tenía el valor de una Escritura Pública". Cuando dicha confianza se profana... así esté de por medio un documento privado ... el delito que se comete puede ser cualquier otro, menos el de Falsedad, que no se puede estructurar sobre un documento no apto para producir certeza jurídica.

Al referirse al aspecto penal de la evasión tributaria, rechaza la afirmación de un autor que no cita quien, sin ningún estudio doctrinario consigna como ejemplo de falsedad "la afirmación falsa de los contribuyentes en la Declaración de Renta y Patrimonio".

Trata el libelo el tema del llamado Derecho Penal Tributario recalcando el desacuerdo entre administrativistas, hacendistas, tributaristas, economistas y penalistas, que opinan cada cual de acuerdo con sus propias legislaciones como a la formación científica individual de cada uno de ellos.

Sintetiza los diversos sistemas sancionatorios tributarios para descartar la aplicabilidad entre nosotros de la evasión tributaria como un delito específicamente considerado, comó según el demandante rige en Italia, Estados Unidos y México.

Concretándose al Derecho Tributario Colombiano, se remonta al acta de independencia de 1810 que califica de "emergencia económica y de orden público" acrecentada por la voracidad de los patriotas descendientes de los conquistadores que pretendían mediante un esquema económico conservar los privilegios que habían perdido.

Desde tal referencia histórica sostiene que de crisis en crisis llegamos a la crisis económica de 1974 cuando se impusieron gravámenes confiscatorios. Como reacción a ellos aparecieron "en legítima defensa" se idearon los métodos más sofisticados de evasión tributaria con la complicidad de los funcionarios.

En seguida se refiere en extenso a la Emergencia Económica de 1982 y a la Amnistía Tributaria del mismo año. Concreta las sanciones tributarias de tal esencia y las de la Ley 9ª de 1983. Todo ello para insistir en torno al tema que le preocupa que

al aparecer en tales normas el catálogo de sanciones tributarias no se le permite al Juez Penal ampliación alguna para incluir las inexactitudes a la declaración de renta como falsedad ya que tal comportamiento tiene su propia sanción pecuniaria.

Si el legislador hubiese querido establecer otra sanción diferente a la pecuniaria lo hubiese hecho de manera expresa. Hace otras consideraciones sobre la emergencia tributaria citada, que califica de descalabro.

Se detiene en la Ley 75 de 1986 que en su artículo 50 estableció una amplia amnistía patrimonial y cuya exposición de motivos transcribe.

Vuelve a insistir en el llamado Delito Tributario y recuerda algunos intentos entre nosotros de establecer el delito tributario con el del proyecto del Código Penal de 1978 (Delitos contra el Régimen Fiscal y otras infracciones) y el del Proyecto del Código Contencioso Administrativo de 1982.

Anota que la filosofía del Derecho Penal Tributario se aparta en algunos de sus patrones del Derecho Penal General.

Ya en el último acápite denominado tipicidad delictiva tributaria se refiere a una afirmación de la sentencia que se estudiará adelante y se transcribe una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (octubre 2 de 1984) donde se sostiene que la evasión tributaria no es delito en Colombia, sino contravención fiscal.

Termina el recurrente por concluir que tan extensas argumentaciones demuestran que la conducta imputada a Vargas no es delictuosa por no encontrarse tipificada en norma especial como lo exige el derecho tributario.

Por tanto pide se case parcialmente la sentencia, se absuelva a Vargas Cantillo del delito de Falsedad *ideológica* en documento privado y se le condene a dos años por Abuso de confianza.

La parte civil

1. La parte civil solicitó se Case parcialmente la sentencia reseñada para que en su lugar se le condene a seis años de prisión. Igualmente que se revoque la concesión del subrogado de la condena condicional y en su lugar se ordene su reclusión en establecimiento penitenciario.

Se aduce la causal del ordinal 1° del artículo 580 del C. de P. P. por ser la sentencia acusada violatoria de la ley sustancial, infracción directa por falta de aplicación de los artículos 67, 66, 61, 26, 68 y 231 del C. P.

El 67 por haber tomado como punto de partida para la fijación de la pena el mínimo omitiendo múltiples circunstancias de agravación punitiva. En cuanto a los demás artículos no hace demostración específica.

2. El recurrente reconoce que existen antecedentes jurisprudenciales según los cuales la parte civil no tiene legitimación para impugnar las sentencias condenatorias.

Pero sostiene que tal restricción jurisprudencial no tiene asidero en nuestro derecho positivo pues parte de la confusión entre los vocablos resarcir e indemnizar. Afirma que la titularidad plena de la parte civil para interponer casación consagrado por norma legal (art. 570 ant. C. de P.P.) no puede restringirse por interpretación jurisprudencial.

La parte civil está facultada para procurar la defensa del sistema a través del control de las decisiones; cita en apoyo de sus tesis un Salvamento de Voto de algunos Magistrados de esa Sala.

Concepto de la Procuraduría

En ejercicio de la facultad del artículo 571 del C. de P. P., se le corrió traslado al Procurador de la demanda del Fiscal de Bucaramanga.

En cuanto a la demanda de la parte civil expresa que no se ajusta a las precisiones sobre la naturaleza y facultades del representante de los perjudicados.

Pretender en casación que se eleve la pena o se le niegue la condena de ejecución condicional constituye una impugnación que desborda el interés jurídico de la parte civil, y es de contenido puramente relativo. Considera la Procuraduría, que el libelo no reúne los requisitos formales y debe rechazarse.

Consideraciones de la Corte

1. *Aproximación al tema.* Si se analiza la demanda del colaborador Fiscal del Tribunal se concluye que toda la información se concentra exclusivamente sobre los cargos esgrimidos por el Juzgado Séptimo Superior en la providencia de 15 de octubre de 1985 confirmada por el Tribunal el día 17 de abril de 1986. Tales cargos en parte sirvieron de base a la sentencia.

El auto vocatorio de primera instancia afirma muy claramente que la conducta atribuida a Vargas de haber afirmado en los anexos de la declaración de renta que José Mercedes Herrera Jaimes vendió mercancías en cantidad allí determinada sin que ello fuese cierto, constituye falsedad en documento privado del artículo 221 del C. P.

Tal punto lo reitera el auto que confirmó este llamamiento a juicio cuando repite que en la declaración de renta de la sociedad se insertó un dato mentiroso.

Es de anotar que en realidad el cargo se concreta a la falta de veracidad de la declaración de renta, ya que por este aspecto se llama a juicio únicamente al señor Vargas Cantillo quien firmó tal declaración y no a la señorita Marlene Agón Arciniegas contra quien existe en el proceso acumulado cargo de haber falsificado la firma de Herrera.

En la sentencia de primera instancia de septiembre 18 se separan nítidamente los hechos de la causa contra Benjamín Vargas Cantillo, según la denuncia de Herrera Jaimes y aquellos de la causa contra Vargas Cantillo y Marlene Agón Arciniegas. De tal relación se reitera aparece que en los primeros se concretaron a la afirmación falsa estampada en la declaración de renta. En cambio en auto de

proceder dictado por el Juzgado Primero Superior, se concreta la falsedad de la firma de Sinforoso Martínez, realizada por Marlene Agón Arciniegas por orden de Herrera.

Debe dejarse claramente establecido que a las denuncias presentadas por Orlando Riascos Fernández y por el apoderado de José Herrera que dieron origen a las investigaciones, se presentó la declaración de renta de la Sociedad Stop firmada por Vargas y sus anexos, pero que en tal declaración de renta si bien es cierto que aparecen los nombres de José Herrera y Sinforoso Martínez, sus cédulas y la relación de gastos inexactos, no se aporta ningún documento falsificado en respaldo de la afirmación falsa, ello entre otras cosas porque la ley no exigía tal respaldo probatorio contentándose con la respectiva relación.

Los denunciantes hicieron una pormenorizada relación de las pruebas presentadas a la denuncia y separaron claramente lo tocante con la declaración de renta y las fotocopias de los cheques de donde se deduce que ellas no se agregaron a las declaraciones de renta.

Aparece pues claro para la Sala que en gran síntesis mientras el cargo formulado por la investigación del Juzgado Séptimo, se contrae a las afirmaciones falsas en la declaración de renta, las del Juzgado Primero se refieren a las falsificaciones de firmas de Herrera y Martínez a Estafa y Abuso de confianza.

2. *Las declaraciones de renta y el derecho penal.* Así las cosas aparece que el *recurrente tiene razón en cuanto a la crítica que esgrime contra el estimar como ilícito el solo hecho de consignar en la declaración de renta afirmaciones carentes de veracidad, sin agregar en su apoyo prueba alguna.*

Nuestra legislación tributaria no erige en delictuosa la simple afirmación inexacta que se consigne en la declaración de renta.

No es pues, delito en Colombia la simple evasión tributaria. La inexactitud en tal declaración, constituye una contravención fiscal que da lugar a imponer sanciones pecuniarias por trámites administrativos pero que de por sí no constituye delito de falsedad.

Así lo ha sostenido esta Corporación reiteradamente; baste citar la providencia de 2 de octubre de 1984, que rememora el recurrente.

Por ello el cargo formulado en el auto de proceder del Juzgado Séptimo Superior en el sentido de estimar falsedad en documento el reporte falso en la declaración de renta, merced a las críticas que hace el recurrente y el artículo 221 del C. P. no era aplicable en tales condiciones.

3. *La petición.* En lo que no tiene razón el recurrente, es en la manera como plantea su petición como secuela de la demanda. Como punto primero del *petitum* impetra que se absuelva a Benjamín Vargas Cantillo del delito de falsedad ideológica en documento privado. No se puede acceder a la petición de esos términos, simplemente porque al procesado ni se le llamó a juicio, ni se le condenó específicamente por falsedad ideológica en documento privado, sino solamente en forma genérica por Falsedad en documento privado y Abuso de confianza.

Tampoco cabe esta petición porque el auto de proceder y la sentencia equivocadamente tuvieron en cuenta en el momento procesal respectivo esta falsedad ideológica, pero el auto de proceder dictado por el Juzgado Primero en diciembre de 1985 y reformado por el Tribunal en la forma ya expresada se concreta no a falsedad ideológica, sino a falsedad material. Ningún sentido pues, tendría absolver en la forma impetrada, esto es por la falsedad ideológica, ya que lo procedente es absolver por los cargos formulados en el referido auto de proceder del Juzgado Séptimo Superior. Lo que sí corresponde es reformar el *quantum* de la pena, en el sentido de que al hacer la graduación no se debe tener en cuenta la rebatida Falsedad Ideológica, sino solamente los hechos constitutivos del abuso de confianza y de la falsedad material consignada en el multicitado auto vocatorio del Juzgado Primero Superior.

4. *La punibilidad.* Incrementada en un año la pena principal de dos (2) años de prisión fijadas por el concurso entre los delitos de falsedad y abuso de confianza, aumento para el cual el fallador tuvo en cuenta la "gravedad y modalidades" que caracterizaron los delitos atribuidos a Benjamín Vargas Cantillo, estima la Sala que de conformidad con los planteamientos expuestos para concluir la imposibilidad jurídica de tener en cuenta la falsedad ideológica en este caso, el incremento punitivo sólo debe ser de 6 meses, o sea, que la pena principal a imponer a este procesado será de dos (2) años y seis (6) meses de prisión como responsable de los delitos de Falsedad en documentos privados y abuso de confianza.

Por tanto la condena a Vargas Cantillo a la interdicción de derechos y funciones públicas, también será rebajada en un tiempo igual al reducido para la pena principal; en lo demás el fallo impugnado no será modificado.

II. *La demanda de parte civil.* Comparte la Sala los planteamientos del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, cuando solicita se rechacen los cargos del apoderado de la parte civil, quien impetra se aumente la pena y se revoque la condena de ejecución condicional.

El mismo recurrente transcribió las jurisprudencias de esta Corporación que consignan las razones por las cuales se rechaza esta intervención de la parte civil por carecer de interés jurídico para recurrir.

En una de tales ocasiones dijo esta Corporación: "... Si la parte Civil recurriera de un fallo condenatorio meramente para buscar una agravación de las acciones penales, tendríamos que, a pretexto de defender la ley y no obstante que la condenación al pago de perjuicios, en abstracto o en concreto, se haya verificado, se habría desviado la casación no solo de su fin primordial –en defensa de la ley– sino del secundario, que es el objetivo de la acción civil: El resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal... se estaría buscando una venganza privada y resucitando la famosa acusación particular..." (Casación de noviembre 17 de 1966. G.J. Tomo CXVIII, bis numeral 2283 bis, pp. 82-83).

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

RESUELVE:

1. RECHAZAR la demanda de Casación presentada por el apoderado de la parte civil.

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada.

3. En consecuencia ABSOLVER por los cargos formulados en el auto de proceder dictado por el Juzgado Séptimo Superior de 15 de octubre de 1985 confirmado por el Tribunal Superior.

4. CONDENAR al procesado Benjamín Vargas Cantillo a la pena principal de dos (2) años y seis (6) meses de prisión como responsable de los delitos de Falsedad en documentos privados y Abuso de confianza investigados en este proceso y a la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

5. DISPONER, que respecto a las demás decisiones tomadas por el fallador de instancia se esté a lo dispuesto en la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

FAVORABILIDAD - RESOLUCION DE ACUSACION

En los procesos en que se encontrare cerrada la investigación después de un segundo sobreseimiento temporal y exista base para acusación, ésta debe proferirse, sin que sea posible entrar a examinar el principio de favorabilidad en el trámite ya cumplido.

FAVORABILIDAD - CESACION DE PROCEDIMIENTO

Existiendo dos calificaciones previas, necesariamente debe aplicarse el cese de procedimiento porque no puede continuarse el ejercicio de la acción penal, de conformidad con el artículo 34 del actual C. de P. P.

Auto Unica Instancia. 30 de mayo de 1988. Se abstiene de iniciar proceso penal contra los doctores: Edilma Cely de Suárez, Manuel Corredor Pardo y Gloria Flórez de Sabogal, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 034 (V-25-88).

Bogotá, D. E., mayo treinta (30) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Cumplidas las diligencias previas ordenadas, procede decidir sobre la iniciación de investigación en relación con la denuncia formulada por el ciudadano extranjero Uwe Jens Ramcke contra los doctores Edilma Cely de Suárez, Manuel Corredor Pardo y Gloria Flórez de Sabogal, integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en razón de sus actuaciones en el proceso contra el denunciante por el delito de abuso de autoridad, que se ha venido adelantando en el

Juzgado 26 Penal del Circuito de Bogotá y en segunda instancia por la Sala integrada por los Magistrados denunciados.

La denuncia

Expresa Uwe Jens que dentro del proceso tramitado en su contra por abuso de confianza y en el cual es denunciante Carlos Alberto Isaza Castro se dictaron con anterioridad dos sobreseimientos temporales (noviembre 19 de 1983 y diciembre 13 de 1984). En vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, se profirió un tercer auto calificatorio el 12 de agosto de 1987 por el Juzgado 26 Penal del Circuito, apelado ante el Tribunal alegándose que por el tránsito de legislación y el principio de favorabilidad, ha debido darse aplicación al artículo 473 (inciso 2°) del nuevo estatuto procesal, según el cual vencido el término de reapertura, se cerrará la investigación y se decretará la cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular acusación.

Estima el denunciante que esta disposición reemplaza la anterior que permitía un segundo sobreseimiento temporal y la reapertura consiguiente y en una tercera oportunidad adoptar una decisión definitiva. Pero con el nuevo estatuto no puede ampliarse la etapa investigativa para mantener vinculado al acusado hasta que el Estado logre recaudar pruebas no obtenidas antes. Es esta una norma favorable para el procesado y debe entenderse que el artículo 677 del Código de Procedimiento Penal sobre aplicación del anterior estatuto a procesos en que se hubiera cerrado la investigación en 1° de julio de 1987, es precepto que hace referencia solo a la simple tramitación y no a la retroactividad de la ley penal más benéfica y así la norma anterior se aplica únicamente a las ritualidades, pero en cuanto a la conveniencia para el procesado debe aplicarse la ley más favorable, pues de lo contrario se llegaría a la violación de principios sustanciales (artículo 26 Constitución Nacional, artículo 44 Ley 153/87, artículo 5° Código de Procedimiento Penal, artículo 6° Código Penal).

Afirma que el auto confirmatorio del Tribunal, ya indicado, es manifiestamente contrario a la ley por revivir proceso concluido; agrega también que existe prevaricato al expresar la Sala que no se podía controvertir lo expresado en determinadas Escrituras (3219 agosto 31/77, 254 enero 31/88, Notaría 1ª de Bogotá) como lo probó el sindicado y se desconoció el Decreto número 960 de 1970 (artículo 9°) en cuanto a que la Escritura Pública no hace fe sino en cuanto a su forma pero no respecto a las declaraciones de los interesados. Que no dio la Sala aplicación al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la investigación de lo favorable al procesado al no tener en cuenta el contrato de transacción reconocido por el procesado y testigos sobre la restitución de la sociedad al denunciante Jens Ramcke por parte de Isaza Castro, sin aplicar los principios o normas civiles (artículo 36 Código de Procedimiento Penal, artículo 2469 Código Civil).

Insiste también en la existencia de prevaricato por no tener en cuenta que los bienes de la sociedad fueron aportados por Ramcke, pues los muebles pertenecían a éste y a otras sociedades y esto se deduce del hecho de que los contratos de adquisición por parte de Isaza son posteriores a la constitución de la sociedad a la cual se aportan, lo que constituye una simulación y así Isaza no pagó a Ramcke por esta razón y se

trató simplemente de anotaciones contables. Los repuestos de motocicleta que se dice también entregados, no estaban en el país en la fecha de la escritura social, como aparece de los manifiestos de importación y del dictamen pericial. Y la sociedad se creó con bienes de Ramcke, ignorándose también las afirmaciones de Isaza en cuanto a que la constitución de la entidad se hizo antes de la difícil situación económica de Ramcke y para garantizar su deuda con él.

Objeta también el valor que le dio la providencia al catálogo oficial de la Feria Internacional de Bogotá, impreso por entidad particular, en cuanto del mismo deduce la participación de la empresa Simaq, sin tener en cuenta la certificación de aquella entidad y con violación del artículo 284 del Código de Procedimiento Penal respecto a que la autenticidad del documento privado se establecerá por los medios legales. Y que desconoce además la representación de la firma extranjera –fabricante de las máquinas vendidas– por la sociedad Moto da Crédito, de propiedad de Ramcke y que facultaba éste para negociar con terceros o a nombre personal por no existir representación exclusiva de esta entidad por parte de la sociedad Simaq, sin que por tanto incurriera Ramcke en abuso de confianza.

Asevera también que el Tribunal dio "una valoración ilegal" a los testimonios de Gustavo y Leonardo Lozano por cuanto estimó modificaban los contratos celebrados entre Ramcke y Gustavo Lozano como particular y por decir "tendenciosamente" que Ramcke celebró el negocio a nombre de "Simaq Ltda.". Y se tomaron estas declaraciones en forma subjetiva como que desvirtúan o desmienten los contratos referidos y les quita validez jurídica a dichos documentos o sea que tales declaraciones según el Tribunal pueden modificar la responsabilidad contractual o alterar las cláusulas del contrato escrito. Se da así el valor a una versión oral contra el convenio escrito, concluye la acusación.

Al ratificarse, el denunciante se refirió nuevamente a los cargos, los cuales repitió insistiendo en los mismos aspectos y agregando que la Magistrada Edilma de Suárez no tuvo en cuenta anteriores pronunciamientos suyos en cuanto a este tema, ni los conceptos citados por su apoderado y tampoco atendió solicitud de acumulación de proceso en curso en su contra en el Juzgado 1° Superior de Bogotá. Afirma no conocer a ninguno de los Magistrados denunciados y no indica cuáles fueron los motivos de la decisión que ataca como irregular, manifestando su sorpresa por la misma, refiriéndose nuevamente a las pruebas. Anota celeridad inusitada en la tramitación del proceso, e interrogado al respecto no precisa amistad o relación de los acusados con su contraparte denunciante en el proceso por abuso de autoridad.

Diligencias previas

Además de la ampliación de la denuncia, se dispuso acreditar la calidad de los funcionarios acusados y efectuar inspección judicial al proceso mencionado por el denunciante, en la cual se consignó la tramitación cumplida en aquél, agregándose las copias de piezas y documentos del mismo.

Como hechos del proceso aparece que Carlos Alberto Isaza Castro denunció a Uwe Jens Ramcke por haberse apropiado como gerente de la Sociedad Simaq Ltda. –en la cual los aportes conforme al pacto social pertenecen a Isaza y a su cónyuge– de unos dineros que como comisión de venta de unas máquinas fabricadas por una firma

extranjera, debía recibir tal sociedad, a nombre de la que se afirma intervenía Ramcke como gerente y que no pertenecían a éste porque no actuaba como persona natural sino en dicha representación.

ANTECEDENTES

Por auto de 19 de noviembre de 1983 el juez del conocimiento sobreseyó temporalmente por primera vez al procesado, sin atender la petición de su apoderado para sobreseerlo definitivamente y ordenó diferentes diligencias en la reapertura de la investigación, disponiendo además que el incriminado continuara en libertad bajo caución antes constituida (fls. 163 a 170, cuad. copias).

Practicadas diferentes pruebas, entre éstas agregadas las providencias dictadas en otros procesos por denuncias entre las mismas partes, se cerró nuevamente la investigación por auto de 3 de noviembre de 1984 y por auto de 13 de diciembre siguiente, en desacuerdo con la petición de la defensa para sobreseimiento definitivo, profirió el juez un segundo sobreseimiento temporal. Consultada esta decisión ante el Tribunal, la Sala Integrada por los Magistrados acusados y de acuerdo con su fiscal, la confirmó en razón de las dudas existentes, por auto de marzo 29 de 1985, y por no existir base para una decisión definitiva (fls. 27 a 38 cuaderno 2° de copias).

Por petición del apoderado de la parte civil, el Juzgado 26 Penal del Circuito resolvió en auto de 31 de enero de 1986 proseguir la actuación por existir otras pruebas que practicar para la aclaración de los cargos formulados. Así, además de las copias presentadas por el peticionario referido que hacen mención a las decisiones adoptadas en el proceso contra Carlos Alberto Isaza y su cónyuge en el cual fue denunciante Uwe Jens Ramcke, se practicaron otras diligencias, entre éstas se agregó el catálogo oficial de la Feria Internacional, constancias de la Corporación de Ferias y Exposiciones, copia de la providencia dictada por el Tribunal en proceso contra Ramcke y algunas otras.

Cerrada en tercera oportunidad la investigación por auto de 10 de junio de 1987, el Juzgado 26 Penal del Circuito en Providencia de agosto 12 de 1987, con base en las pruebas últimamente practicadas, negó la petición de cesación de procedimiento por prescripción y llamó a responder en jucio al procesado Ramcke por abuso de confianza, dispuso su detención preventiva y le concedió libertad provisional.

Interpuesta reposición por el defensor del procesado, el juzgado la negó por auto de septiembre 14 de 1987 con examen de las razones aducidas por el recurrente y concedió la apelación. El Tribunal por auto de noviembre 18 de 1987 de acuerdo con la Fiscalía y estudiadas las alegaciones de las partes confirmó el enjuiciamiento.

SE CONSIDERA

1° Se acreditó la calidad de Magistrados de los doctores Edilma Cely de Suárez, Manuel Corredor y Gloria Flórez de Sabogal con las constancias de su nombramiento (fls. 56 y siguientes, cuaderno 1°), como también se desprende de las copias agregadas que demuestran su ejercicio del cargo en la época de los hechos.

2° Como ya se anotó el denunciante hace consistir el delito de prevaricato, por el cual acusa a los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Penal que

conoce en segunda instancia del proceso en su contra, en que se omitió aplicar el principio de favorabilidad al decidir sobre la apelación del enjuiciamiento producido después del tercer cierre de investigación. Y en que produjo decisión manifiestamente errada, al interpretar equivocadamente las pruebas existentes en el proceso.

Estos dos aspectos deben examinarse separadamente.

3º En cuanto al primer cargo, aparece que *el artículo 677 del Código de Procedimiento Penal, con la finalidad de evitar las dificultades o dudas que pudieran presentarse con el cambio de legislación, estableció que el anterior estatuto procesal se aplicaría a los procesos en los cuales existiera auto de cierre de investigación ejecutoriada en la fecha de vigencia del actual.*

Este precepto no reviste dificultad en su aplicación cuando se trata de aspectos únicamente procesales o de trámite, en cuanto simplemente implica modificación del principio general de aplicación inmediata de la ley procesal por considerarse que las nuevas reglamentaciones son más adecuadas para el trámite y las decisiones que deban adoptarse, cual es la finalidad de tales disposiciones, sin que en consecuencia pueda existir objeción válida a la norma que así lo disponga, cuando se trate de aspectos puramente adjetivos.

La dificultad se presenta cuando por razón del cambio de legislación se afecten derechos sustanciales del procesado en cuanto a su libertad o defensa, pues en tal situación se hace necesario efectuar el examen correspondiente para decidir en atención al principio constitucional de la favorabilidad penal.

Con esta base fue impugnado como inconstitucional el precepto que se ha mencionado, por considerar que el disponer la aplicación de anteriores normas procesales pugnaba con el reconocimiento de situaciones que beneficiarían al procesado. La acusación fue examinada por la Sala Constitucional de la Corte y se llegó a la conclusión de ser exequible el texto acusado, en términos generales, sin perjuicios de que se estudiara cada caso particular que se presentara para decidir en vista de las circunstancias propias del mismo lo que fuera pertinente, con aplicación de la norma más favorable y reconocimiento pleno del expresado principio.

Así lo expresó la Corte en su sentencia de Sala Plena de noviembre 26 de 1987 de conformidad con anteriores jurisprudencias sobre esta materia.

"... la disposición acusada ordena continuar aplicando el Código de Procedimiento Penal derogado por el Decreto número 50 de 1987 a los procesos que comenzaron a tramitarse dentro de su vigencia, siempre que al entrar a regir el nuevo estatuto procesal estuvieran con auto de cierre de investigación ejecutoriado, lo cual significa la aplicación ultraactiva de aquél y que el Código actualmente en vigencia no será aplicado a los procesos referidos, sin que el artículo acusado haga referencia al tema de la favorabilidad".

"Puede observarse que el quid del asunto radica en una valoración de la favorabilidad de las nuevas disposiciones procedimentales respecto a las anteriormente en vigencia, lo cual exige comparar ambos regímenes en relación con cada caso concreto".

En la situación planteada, el nuevo estatuto prevé la reapertura de la investigación –cuando no hubiere base para una resolución definitiva de cesación o acusación– por un término que no podrá exceder de sesenta días, cumplido el cual deberá cesar la investigación si no hubiere lugar a formular la acusación (artículo 473 Código de Procedimiento Penal).

El Código anterior y que resultaría aplicable conforme a la disposición mencionada, ordenaba un segundo sobreseimiento temporal con orden de archivar el proceso sin perjuicio de que de oficio o por solicitud de parte, se recaudaran nuevas pruebas con vista en las cuales se cerraría la investigación si existiere mérito para una decisión definitiva o se suspendería aquélla (art. 495 C. de P. P. derogado).

Ante la reglamentación contenida en el nuevo Código Procesal Penal y en los procesos en curso, se presentan diversas situaciones en el aspecto mencionado, en atención al principio de favorabilidad. Así, en los procesos en que se hubiera sobreseído temporalmente con anterioridad y deba procederse a su calificación, si no hubiere base para acusación, deberá cesarse procedimiento, en reconocimiento del principio de favorabilidad y dándole aplicación preferente al nuevo estatuto procesal sobre el anterior, ya que se desmejoraría o afectaría claramente la situación del procesado si se dispusiera continuar el trámite, que resulta improcedente frente a las nuevas normas, como se ha reconocido en varias providencias de esta Sala (agosto 4, diciembre 7 de 1987 y abril 20 de 1988).

Por las mismas razones cabe idéntica solución en los procesos en curso, archivados con posterioridad al segundo sobreseimiento temporal proferido conforme al anterior Código en que no se hubiere cerrado la investigación, al tiempo de entrar en vigencia el nuevo Código, ya que no podría proseguirse el trámite.

En las situaciones anteriores tiene total efecto el principio de favorabilidad.

En los procesos en que se encontrare cerrada la investigación después de un segundo sobreseimiento temporal, se presentan dos situaciones según exista o no mérito para enjuiciamiento o acusación conforme a los nuevos preceptos. En el segundo caso no existe dificultad alguna, pues se calificará con cesación de procedimiento y así esta decisión que resulta acorde con la realidad de la investigación, se conforma también el nuevo reglamento.

Pero cuando exista base para acusación ésta debe proferirse. En primer término, se considera que se trata de trámite surtido con arreglo a las anteriores normas y que por tanto debe producir pleno efecto, sin que exista fundamento alguno para su tacha o invalidación.

Por otra parte, este nuevo cierre de investigación supone que el funcionario hizo con anterioridad un examen del proceso para concluir si existía o no base para una decisión final de sobreseimiento definitivo o de enjuiciamiento, ya que de otra manera conforme a la norma respectiva (artículo 495 Código de Procedimiento Penal derogado) no podría adoptar tal disposición. Y una vez proferida, debe procederse a la decisión conforme a lo que resulte del proceso.

Desde otro punto de vista, la nueva norma pretendió que no se prolongara excesivamente la vinculación del procesado, sin que se decidiera en forma definitiva su

situación y por ello señaló el término máximo de reapertura de la investigación. Si bien con tal finalidad de garantizar en esta forma la pronta decisión, se produjo el efecto perjudicial de impedir perfeccionar investigaciones susceptibles de culminar en acusación y con posible impunidad en tales procesos. Pero esta garantía en el caso examinado no se lesiona o se perjudica en forma alguna, pues, el proceso dados sus trámites, se encuentra por la razón ya anotada en estado de adoptar de inmediato una solución en cuanto al fondo.

Además, si bien cabe entender que se estableció tácitamente en el artículo 677 (inciso 2°) del Código de Procedimiento Penal, una nueva causal de cesación de procedimiento, cuando en la reapertura de la investigación no se lograre obtener pruebas para acusación, de esto no puede deducirse que se pretendiera por el legislador imponer la cesación en los casos referidos cuando exista base para acusación, lo cual llevaría a la impunidad. El trámite, de otro aspecto, debe examinarse en su actual estado por ser plenamente válido como se dijo y por lo tanto no es posible entrar a examinar, en vista de las nuevas normas y en atención a posible favorabilidad, la validez de actuaciones anteriores en cuanto resultarían opuestas a los preceptos posteriormente vigentes, como sería el caso del segundo sobreseimiento temporal, oportunamente dictado. Y así la posible favorabilidad del nuevo estatuto solo procede examinarla para el trámite siguiente.

Por las razones anteriores se estima que no opera en este último caso analizado el principio de favorabilidad.

La decisión materia del cargo, no resulta contraria a la ley, sin que por tanto exista base para abrir investigación por este aspecto, aparte de que se trataría de interpretación de normas legales.

4° Fundamenta también la acusación el denunciante, en que al interpretar un determinado sentido las pruebas para llegar a su conclusión final de existir base suficiente para su enjuiciamiento o acusación en el proceso materia de examen, incurrieron los Magistrados de la Sala respectiva en prevaricato, por su decisión que estima manifiestamente errada.

En relación con este cargo, el denunciante en su escrito, como en posterior ampliación, hizo pormenorizada alusión a las pruebas allegadas y a su contenido para sostener que daban lugar a definiciones contrarias a las que adoptó la Corporación mencionada, como aparece de la detenida referencia que se hizo de la misma.

Al respecto debe anotarse, en primer lugar, que el Tribunal en anteriores oportunidades, con ocasión de recurso y en consulta, analizó en forma suficiente la prueba para sustentar sus decisiones una de las cuales fue la de confirmar el segundo sobreseimiento temporal por hallar vacíos probatorios que impedían proferir otra decisión.

Sin embargo debe insistirse también que en posterior reapertura de la investigación, se agregaron pruebas que el Juzgado, previo el examen correspondiente, estimó modificaban sustancialmente la anterior situación.

En lo cual estuvo de acuerdo la Sala en mención para ratificar su decisión de acusación.

Se anota que no es procedente que esta Corporación, con motivo de la denuncia, entre a pronunciarse sobre la decisión referida del Tribunal, con desplazamiento de los falladores y asumiendo una facultad que no le corresponde, con lo cual podría entrar en otra instancia no contemplada por la ley y con perjuicio de su función cuando hubiere de asumirla en razón de recursos legales procedentes en este proceso que se halla en curso, es decir, pendiente de decisión definitiva.

Basta examinar esta acusación para hacer referencia general a la decisión correspondiente. Como ya se advirtió reabierta la investigación por última vez, se agregaron varias pruebas, como fueron copias de providencias de funcionarios judiciales que definían procesos por acusaciones entre las partes en el mismo proceso, sobre puntos relacionados con el hecho objeto de juzgamiento y que tenían incidencia en cuanto al mismo. En la misma forma algunas declaraciones que fueron objeto del examen correspondiente, documentos y certificaciones, inspección judicial y otras, en atención a las cuales los funcionarios acusados emitieron su decisión objeto de denuncia.

Lo anterior permite deducir con fundamento, que al emitir la providencia objetada, los Magistrados acusados hicieron uso de su facultad de apreciar las pruebas para formar su convicción, la que expresaron con apoyo en las razones consignadas en el auto correspondiente. Por lo mismo, si esta resultare errada como se afirma en la denuncia, no puede constituir prevaricato, ya que no aparece manifiestamente ilegal y para poder decidir los acusados hubieron de realizar numerosas inferencias y juicios en desarrollo de su razonamiento, para adoptar sus conclusiones y emitir su decisión final, todo lo cual es susceptible de enmendarse o revisarse a través de los recursos legales y trámite del proceso. Lo contrario conduciría a admitir, que por el hecho de darse definición contraria a la pretendida, se incurriría en infracción penal, lo cual no es admisible.

Por lo demás el denunciante interrogado al respecto, no indica ni precisa los motivos de cualquier índole, que hubieran llevado a los acusados a apartarse del cumplimiento de su deber y a tratar de perjudicarlo mediante decisión infundada.

No existe por tanto tampoco en este segundo cargo infracción que dé lugar a investigación y en consecuencia corresponde dar aplicación a la norma pertinente (artículo 352 Código de Procedimiento Penal).

En atención a lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

ABSTENERSE de iniciar investigación en relación con los cargos formulados por el denunciante por inexistencia de infracción.

Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas (con salvamento parcial de voto).

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

A continuación y de manera sucinta dejo constancia de las razones que respetuosamente me llevan a estar en desacuerdo con la decisión mayoritaria, no en cuanto a la resolución que finalmente se toma, sino a las consideraciones que se hacen en la parte motiva en relación con la aplicación del principio de favorabilidad, en el tránsito de legislación que se presentó con la expedición del actual Código de Procedimiento Penal.

Curiosa forma de aplicar el principio de favorabilidad que se plantea en la decisión mayoritaria de la Sala, porque ante las situaciones diversas de posibles calificaciones previstas en los Códigos que se suceden en su vigencia, debe recordarse, que en el anterior estaba previsto un tercer concepto, cuando luego de un segundo sobreseimiento temporal se ordenaba el archivo, pero era posible volver a calificar por tercera vez cuando recaudaba la prueba, ésta daba para considerar un sobreseimiento definitivo o un auto de proceder, contra la nueva concepción del código, que luego de la primera calificación con reapertura de la investigación, por sesenta (60) días, necesariamente en la segunda, debe producirse una resolución de acusación o un cese de procedimiento, descartándose por esta circunstancia la posibilidad de una tercera calificación.

Sin embargo,la Sala reflexionando "en atención al principio de favorabilidad" plantea las siguientes hipótesis como posibles:

1. En los procesos que con anterioridad se hubiesen calificado con sobreseimiento temporal y no hubiese base para la acusación deberá cesarse procedimiento.

2. En los procesos archivados con posterioridad al segundo sobreseimiento temporal emitido con conformidad al Código anterior y en los que no se ha cerrado la investigación, deberá igualmente aplicarse el cese de procedimiento.

3. En los procesos en que se encontrare la investigación después de un segundo sobreseimiento temporal se plantean por la Sala dos hipótesis:

a) Si no existe mérito para dictar resolución de acusación se decretará el cese de procedimiento, y

b) Cuando exista base para dictar resolución de acusación, caso en el cual se concluye que debe proferirse.

Para el suscrito Magistrado, en la forma plena que entiende el principio de la favorabilidad, de rango constitucional, es evidente que el nuevo Código quiso evitar que el procesado continuara vinculado legalmente a un proceso por un tiempo

indefinido o por tiempo muy prolongado y por ello de manera expresa, previó únicamente la posibilidad de dos calificaciones, la segunda de las cuales, si no existe la prueba para proferir resolución de acusación, fatídicamente debe ser por cesación de procedimiento. No es entendible entonces que en la providencia de la que me aparto, donde se reflexiona sobre la aplicación del principio de favorabilidad, se sostenga que si no hay mérito para dictar resolución de acusación debe cesarse el procedimiento, pero que si existe, debe calificarse dictándose la acusación; solución que en mi modesto concepto es precisamente la negación del principio de favorabilidad y sin poder entender tampoco, cómo pueda justificarse una tercera calificación, cuando de manera clara el legislador quiso limitar las posibilidades calificatorias a dos.

Sin tener en cuenta si la situación se ha producido en vigencia del anterior código o en el actual, pero debiéndose realizar una segunda calificación, ésta solo podrá hacerse dentro de las únicas dos alternativas previstas en la ley procesal actual, esto es acusación o cese de procedimiento; y existiendo dos calificaciones previas, necesariamente debe aplicarse el cese de procedimiento porque el proceso no puede continuarse, sin que sea incluso posible cerrar la investigación, porque el cese de procedimiento que aquí se admite no sería como una tercera forma de calificación, sino simplemente la aplicación del cese de procedimiento (artículo 34) que ha de emplear en cualquier estado del proceso, cuando no es posible continuar el ejercicio de la acción penal.

Fecha *ut supra.*

Edgar Saavedra Rojas.

NARCOTRAFICO - COMPETENCIA

Fue voluntad del legislador extraordinario mantener la competencia de los Jueces Especializados en lo que respecta a los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986, evitando con ello que la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal implicara cambio de competencia.

Sentencia de Casación. 31 de mayo de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Florencia, por medio del cual condenó a Edgar Alirio Pereira Ramírez, por infracción a la Ley 30 de 1986.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 36 de mayo 31 de 1988.

Bogotá, D. E., mayo treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El Tribunal Superior de Florencia (Caquetá), en sentencia fechada el catorce (14) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986) confirmó la proferida por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal Especializado, contra Edgar Alirio Pereira Ramírez por infracción a la Ley 30 de 1986, condenándolo a la pena de cuatro (4) años de prisión y multa de doscientos cinco mil ocho pesos ($205.008.00) moneda corriente. Contra esta decisión el procesado interpuso recurso extraordinario de casación el que fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte. Presentada la demanda sustentatoria, ésta fue declarada ajustada a los requisitos legales. Oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, procede la Corte a resolver lo pertinente.

HECHOS

Fueron relatados por el Tribunal *a quo,* así:

"Según el informe de la Décima Segunda Compañía Antinarcóticos de la ciudad, el señor Edgar Alirio Pereira Ramírez, fue retenido el día 21 de mayo de

1987, quien se desplazaba en un bus de la Empresa Coomotor, cuando se le decomisó en el puesto de control de la Pizarra camuflada en una maleta de doble fondo, la cantidad de 2.058 gramos, peso neto, según la diligencia de pesaje, de una sustancia, que según el dictamen de medicina legal de la ciudad de Bogotá, resultó ser: "cocaína base con carbonatos".

ACTUACIÓN PROCESAL

1. La investigación fue iniciada por el Juzgado Once (11) de Instrucción Criminal Especializado, funcionario que oyó en indagatoria al procesado y dictó auto de detención.

2. Por impedimento manifestado por el juez que inició el sumario, pasó el proceso al Juzgado doce (12) de Instrucción Criminal Especializado, funcionario que aprehendió el conocimiento, perfeccionó la investigación y dictó auto citando a audiencia pública la que se realizó el dos de septiembre de 1987.

3. El siete (7) de septiembre del mismo año (1987), dictó sentencia condenando al procesado a la pena de cuatro (4) años de prisión y multa de doscientos cinco mil ocho pesos ($205.008.00).

4. Apelado el fallo condenatorio por el abogado de la defensa, el proceso fue remitido al Tribunal Superior, corporación que confirmó en todas sus partes el fallo recurrido.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cargo único

Al amparo de la causal tercera señalada en el artículo 226 del actual Código de Procedimiento Penal el actor acusa la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Florencia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, el cual hace consistir en que habiéndose sucedido los hechos durante la vigencia del Decreto número 468 del 11 de marzo de 1987 una vez entrado a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal se imponía un cambio de competencia, por lo cual el asunto ha debido ser conocido y fallado por el Juez Penal del Circuito y no por el Juez Especializado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no CASAR la sentencia impugnada por considerar que entre los Decretos números 468 y 1203 ambos de 1987 "no existió solución de continuidad en sus prescripciones relativas a la competencia y el procedimiento, pues el nuevo Código no derogó porque no podía derogar el decreto legislativo que le antecedía".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *La Ley 2ª de 1984, en su Capítulo II creó los Jueces Especializados asignándoles la competencia para conocer de los delitos de Secuestro extorsivo, Extorsión,*

Terrorismo y los conexos con éstos, al tiempo que estableció un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de estos delitos.

Posteriormente el ejecutivo en uso de las atribuciones que le otorga el artículo 121 de la Constitución Nacional expidió el Decreto número 468 del 11 de marzo de 1987, mediante el cual les adscribió competencia a los Jueces Especializados para conocer y fallar conforme al procedimiento especial de la Ley 2ª de 1984 de los delitos previstos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 (Estatuto de Estupefacientes).

3. *Ante la inminencia de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, el ejecutivo expidió el Decreto de Estado de Sitio número 1203 de 30 de junio de 1987, en el cual reproduce el 468 de ese mismo año, con el ostensible propósito de que no se alterara la competencia ni el procedimiento de los Jueces Especializados.*

4. *La tesis del censor, apunta a la supuesta existencia de un vacío legal en la regulación de la competencia para el conocimiento de los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986 en sus artículos 32, 33, 34 y 35; lo cual en su concepto haría que estas conductas cometidas antes del primero de julio de 1987, deberían ser conocidas por los jueces penales del Circuito y no por los Jueces Especializados.*

5. *Indudablemente se concluye, que no le asiste razón al censor en cuanto no se observa el supuesto vacío legal en el cual sustenta su tesis ya que la interpretación racional y lógica de las normas citadas indican, por el contrario, que fue voluntad del legislador extraordinario mantener la competencia de los Jueces Especializados en lo que respecta a los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986, lo mismo al procedimiento a que han estado sometidos, evitando con ello que la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal implicara cambio de competencia y de procedimiento generándose con ello desorden para la justicia.*

Prueba de ésta afirmación se encuentra en los considerandos del Decreto número 1203 de 30 de junio de 1987, donde expresamente se dice: "Que el 1° de julio entrará a regir el Decreto-ley número 50 de 1987 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal";

"Que el mencionado Código constituye legislación permanente y regula integralmente la materia";

"Que en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional el Gobierno dictó el Decreto número 565 del 26 de marzo de 1987";

"Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la Carta Política, de conformidad con sentencia del 19 de mayo de 1987";

"Que las normas contenidas en el Decreto citado deben permanecer en vigor, dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición" (Subrayas de la Sala).

Además de ello el artículo 1° del Decreto número 1203 habla de que mientras subsista el actual estado de sitio, el conocimiento de los delitos previstos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986, y conexos, será de competencia de los jueces

especializados; con lo cual está indicando la permanencia de la situación y el propósito de que no exista alteración alguna en la competencia para el conocimiento de estos delitos por causa de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal. Debiéndose anotar además que el artículo 5° de este Decreto, y al cual hace referencia el censor para sustentar su tesis, debe entenderse que pretende regular los hechos que tengan ocurrencia durante la vigencia del Código, lo cual está indicando que están suspendidas por voluntad del legislador las disposiciones del Código de Procedimiento, y se concluye que éstas no han entrado aún en vigencia en lo relativo al conocimiento de estos delitos y a su procedimiento, por lo que es imposible invocar su aplicación.

Por las anteriores consideraciones, no se casará la sentencia recurrida.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema –Sala de Casación Penal–, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

PRESCRIPCION

Para que un bien jurídico pueda ponerse en peligro o vulnerarse, éste debe estar protegido legalmente y si el Estado ha perdido esa tutela, como sucede con la prescripción, es obvio colegir, que la conducta que se ejecute para atacarlo es inocua por ausencia de lesividad.

Auto única instancia. 31 de mayo de 1988. Ordena la cesación de procedimiento a nombre de los doctores Ricardo Romero Riveros y Jorge Alberto Hernández Esquivel. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 34 de mayo 25 de 1988.

Bogotá, D. E., mayo treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Los defensores de los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Ricardo Romero Riveros y Jorge Alberto Hernández Esquivel, a quienes se sindican del delito de Prevaricato, solicitan de la Corporación el cese de procedimiento por ser atípicas las conductas que se investigan y de no aceptarse este pedimento, impetran se reconozca a sus defendidos la ausencia de culpabilidad dolosa.

La atipicidad del delito que se imputa la fundamentan en la inocuidad jurídica de las conductas por las cuales fueron indagados los doctores Romero Riveros y Hernández Esquivel, ya que con éstas no se puso en peligro ni vulneró el bien jurídico de la Administración Pública, pues la acción disciplinaria seguida contra el abogado Hernando Benavides Vélez, estaba prescrita para las fechas en que se dictaron los autos que se califican de dilatorios.

La inculpabilidad dolosa la deducen los peticionarios del fin de la conducta; si este fue el de garantizar el derecho de defensa del abogado acusado al tratar de agotar

todos los medios posibles para que se enterara de la acción que se adelantaba en su contra, no puede afirmarse que se violó la ley sino que, por el contrario, lo que quiso fue hacerla cumplir.

Los cargos

Con base en las copias que ordenó compulsar el Tribunal Disciplinario, esta Corporación en decisión de 6 de agosto de 1987, dispuso iniciar proceso penal contra los precitados magistrados en su condición de sustanciadores del asunto disciplinario instruido contra el abogado Hernando Benavides Vélez que terminó por prescripción de la acción.

Consideró la Corte en esta providencia que los Magistrados Romero Riveros y Hernández Esquivel contribuyeron con sus actuaciones dilatorias a que el referido proceso disciplinario prescribiera y por tanto, era imperativo que explicaran su conducta ante la posible comisión del delito de Prevaricato.

El expediente disciplinario permaneció en el Despacho del Magistrado Romero Riveros sin actuación alguna, desde el 24 de junio de 1983 hasta el 26 de enero de 1984, fecha en que ordenó correr traslado por diez días al acusado de conformidad con el artículo 79 del Decreto número 196 de 1971, cuando ya existía claridad en el proceso respecto a la no comparecencia del abogado Benavides Vélez para notificarse de la acusación.

En la acción disciplinaria este magistrado sustanciador había agotado los medios procesales posibles para localizar al abogado acusado Benavides Vélez al citarlo telegráficamente el 5 de mayo y 14 de octubre de 1976, emplazarlo y declararlo reo ausente designándole defensor de oficio, quien descorrió el traslado presentando la correspondiente alegación; sin embargo, por auto de 14 de marzo de 1984 dispuso que por la Secretaría se insistiera en notificar a este profesional del derecho.

Al ser sucedido en el cargo de magistrado el doctor Romero Riveros por el doctor Hernández Esquivel hacia el mes de abril de 1984, el proceso disciplinario entró al despacho el 14 de diciembre de 1984 informándole el Secretario la imposibilidad de localizar al abogado Benavides Vélez; el nuevo magistrado sustanciador no tuvo en cuenta la actividad procesal que se había desarrollado para lograr la notificación personal del acusado y profirió un auto el 30 de marzo de 1985 ordenando cumplir lo dispuesto por su antecesor el 14 de marzo de 1984; el 17 de septiembre del mismo año regresan las diligencias al Despacho con informe secretarial sobre la imposibilidad de localizar al abogado inculpado, el 25 de noviembre ordena correr traslado al fiscal para que emita concepto sobre la prescripción de la acción y el 10 de junio de 1986 se hace tal declaración, la cual fue confirmada por el Tribunal Disciplinario; en consecuencia, también era necesario que este magistrado explicara su conducta.

Consideraciones de la Corte

1. La falta por la cual se inició la investigación disciplinaria contra el abogado Hernando Benavides Vélez consistió en el incumplimiento de los deberes profesiona-

les como defensor del procesado Alvaro Soto Ortegón, quien estaba sindicado del delito de hurto en el Juzgado Promiscuo Municipal de Agua de Dios.

2. Contratado este abogado en el mes de junio de 1972, el 23 de febrero de 1974 Soto Ortegón manifestó ante el Juzgado que revocaba el poder ortorgado al profesional del derecho que lo venía asistiendo y demandó la designación de un defensor de oficio.

3. Con fecha 8 de marzo de 1974, el Juzgado designó como defensor oficioso a Hernando Bohórquez Daza, quien intervino en la diligencia de audiencia pública celebrada el 10 de junio de 1974, o sea, que la conducta omisiva del abogado Benavides Vélez cesó el 8 de marzo de 1974 cuando fue sustituido por el defensor de oficio.

4. Así las cosas, la acción disciplinaria prescribió el 8 de marzo de 1979, ya que si bien la providencia que dispuso la apertura de la investigación disciplinaria fue proferida el 18 de julio de 1975, ésta sólo cobró ejecutoria en los primeros días del mes de febrero de 1981, lo cual significa que el fenómeno prescriptivo no alcanzó a interrumpirse.

5. Sin ánimo de controvertir la decisión del Tribunal Disciplinario cuando revocó la prescripción que inicialmente decretó el Tribunal Superior de Bogotá con ponencia del magistrado Romero Riveros el 22 de abril de 1981, la cual fue revocada por el superior, resulta claro que para esta fecha la acción se encontraba prescrita y cuando se volvió a declarar la prescripción el 10 de junio de 1986 con ponencia del doctor Hernández Esquivel, proveído este que fue confirmado por el Tribunal Disciplinario, el término prescriptivo se encontraba muy superado.

6. *Establecido que las conductas imputadas* a los magistrados procesados *fueron ejecutadas cuando la acción disciplinaria que adelantaba ya estaba prescrita, estima la Sala que les asiste razón a los peticionarios cuando afirman la inocuidad de las acciones por carecer de la posibilidad de poner en peligro o vulnerar el bien jurídico de la administración pública que se protege con el delito de prevaricato, pues "la función pública referida al caso concreto ya no existía".*

7. *Una de las importantes modificaciones del vigente Código Penal en relación con el de 1936, es la de haber excluido la punibilidad de los llamados delitos inocuos, que era discutible en el régimen precedente; el expreso reconocimiento de la antijuridicidad material en el artículo 4° de los principios rectores del estatuto punitivo hace irrelevantes penalmente las conductas carentes de lesividad contra los bienes jurídicos legalmente tutelados, la cual puede concretarse en lesión o en peligro; por ende, no puede existir delito sin daño.*

8. *Corresponde al Estado como titular del poder punitivo seleccionar los bienes jurídicos objeto de tutela y establecer cuáles y cuándo deben ser protegidos, estatuyendo específicos límites para ejercitar este poder-deber de conformidad con las exigencias político-criminales que persiga; así ante el caso concreto la protección no es indefinida temporalmente, el mismo Estado señala un término máximo para hacer coercitivo ese poder, razón por la cual ha estatuido el fenómeno jurídico-procesal de la prescripción.*

9. *Cumplido el lapso prescriptivo, el Estado ha perdido el ejercicio del poder punitivo e impera su declaración judicial, originándose dos fenómenos necesariamente vinculados desde un punto de vista formal, pero sustancialmente diferenciables: mientras la prescripción se contrae a una especie de autosanción que se impone el Estado para no continuar ejerciendo el poder punitivo, cosa distinta es el acto procesal por medio del cual el funcionario respectivo hace esa declaración; el no proferimiento de la resolución judicial no significa que la prescripción no se haya producido.*

10. *Desaparecido el interés del Estado por tutelar en el caso concreto el bien jurídico, en ausencia de su específica protección, no es posible que sea puesto en peligro o vulnerado y la falta de su declaración no significa que aún el Estado pueda ejercer su poder punitivo, pues el fenómeno prescriptivo se cumplió al concurrir el lapso preestablecido para ese fin y a partir de ese momento ninguna otra decisión puede tomar el funcionario distinta a la de declarar la prescripción.*

11. *Por tanto, para que un bien jurídico pueda ponerse en peligro o vulnerarse, éste debe estar protegido legalmente y si el Estado ha perdido esa tutela, como sucede con la prescripción, es obvio colegir, que la conducta que se ejecute para atacarlo es inocua por ausencia de lesividad.*

12. En este caso, al haber prescrito la acción disciplinaria seguida contra el abogado Hernando Benavides Vélez el 8 de marzo de 1979 de conformidad con lo dispuesto por el artículo 88 del Decreto número 196 de 1971 y el artículo 17 de la Ley 20 de 1972, son aplicables las anteriores premisas, toda vez que las conductas imputables a los magistrados Romero Riveros y Hernández Esquivel, se ejecutaron a partir del 24 de junio de 1983, es decir, cuando ya había operado el fenómeno prescriptivo.

13. Carentes de relevancia jurídico-penal los comportamientos de los funcionarios investigados y no desprendiéndose ninguna conducta que pueda ser constitutiva de delito en las actuaciones posteriores a la fecha en que se dio la prescripción, se debe dar aplicación al artículo 34 del C. de P. P. por atipicidad de las acciones, no siendo necesario, por exclusión de materia, estudiar la petición de inculpabilidad presentada como subsidiaria por los defensores.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–,

RESUELVE:

1. DECLARAR que las conductas imputadas a los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Ricardo Romero Riveros y Jorge Alberto Hernández Esquivel, no constituyen delito.

2. DISPONER la cesación de procedimiento contra los precitados magistrados por los hechos aquí investigados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

TESTIMONIO

Si los testigos en ejercicio de la libre exposición, se permiten hacer apreciaciones personales en cuanto a los hechos que deponen, esa pasajera contingencia en nada puede afectar la exclusiva valoración del Juez.

Sentencia Casación. 31 de mayo de 1988. Rechaza la demanda de Casación interpuesta por Jacobo Núñez Amaya, condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de hurto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada: Acta número 036.

Bogotá, D. E., mayo treinta (31) y uno de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de Jacobo Núñez Amaya contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de 16 de diciembre de 1986, con la cual confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado 35 Penal del Circuito de esta ciudad, de octubre 7 de 1985, para condenar al procesado a la pena principal de 20 meses de prisión, a las accesorias correspondientes y a la indemnización de los perjuicios ocasionados. Determinaciones adoptadas en relación con el delito de hurto denunciado por Gloria Enid Becaría de Espinel en hechos ocurridos en la precitada ciudad en la joyería que funciona en la zona comercial de Unicentro y de propiedad de la Sociedad "Espinel Becaría y Cía." Ltda.

La Procuraduría 1ª Delegada en lo Penal solicita en su concepto desechar el recurso de casación.

HECHOS

Los resumió el Tribunal de acuerdo con la realidad procesal de la siguiente forma:

"... Se dice en el informativo que desde el mes de diciembre de 1979 se presentaron a una joyería de propiedad de la señora Gloria Enid Becaría de Espinel, ubicada en el sector comercial de 'Unicentro', dos individuos con el propósito de adquirir algunas joyas. Tales sujetos se presentaron como Hernán Espinosa y Libardo Vallejo. Finalmente en el mes de febrero de 1980, el sujeto Espinosa llegó nuevamente con Vallejo a quien presentó como el verdadero interesado en la adquisición, personas estas que inicialmente, después de observar y apartar las alhajas objeto de la transacción, intentaron cancelarlas con cheques, cuestión no aceptada por la vendedora. El 25 de febrero se presentaron nuevamente y llevaron consigo una pequeña caja en la que hicieron guardar las joyas y además la suma de $200.000 con el argumento de que por ser tarde ya no estaban abiertos los establecimientos bancarios para depositarla. Al día siguiente irrumpieron nuevamente al local con el ánimo de cerrar la negociación. La supuesta ofendida sacó la caja contentiva de la mercancía y la puso a disposición de los ocasionales clientes y de un momento a otro recibió una llamada telefónica, momento aprovechado por los sujetos para hacer el cambio de la caja real por otra idéntica pero que contenía tornillos envueltos en papel. De esto se dio cuenta la propietaria del establecimiento, aproximadamente diez minutos después de la salida de los individuos. Es de anotar que éstos, le expresaron a aquella que irían a sacar un dinero en una entidad crediticia para finiquitar la mencionada transacción" (fls. 44 y 45 Cuaderno Tribunal).

Debe agregarse que como se había solicitado un servicio especial de vigilancia a la mencionada tienda, se estableció que los autores del hecho utilizaron para su transporte la camioneta Renault 12 distinguida con las placas EX-8208 cuyo ingreso se estableció en el parqueadero de Unicentro el día de los hechos, y que resultó ser de propiedad de Jacobo Núñez Amaya, con base en lo cual se adelantó la averiguación respectiva.

ACTUACIÓN PROCESAL

Abierta la investigación se efectuó el avalúo simbólico de las alhajas sustraídas, estimándose en más de nueve millones de pesos. Lograda la captura del sindicado Núñez Amaya, con informe de la Policía sobre las pesquisas efectuadas en relación con los hechos, fue oído en indagatoria habiendo negado su vinculación con el hurto y explicando que el vehículo de su propiedad había sido robado días antes de los sucesos, sobre lo cual propuso denuncia y que una vez recuperado lo vendió a Alvaro Roa. Con base en las pruebas existentes se dispuso su detención preventiva.

Se agregó prontuario con numerosas sindicaciones en relación con Jacobo Núñez, aunque sin comprobación dactiloscópica (fl. 146 cuaderno 1º). Obran declaraciones de los habitantes de la casa en la cual fue hallado el vehículo mencionado, quienes no dieron noticia cierta de la persona que había alquilado el garaje. Se recibió la declaración del oficial de la Policía Hugo Ricardo Acuña Pereira, en relación con informe sobre la investigación, quien expresó que conforme a ésta, la denuncia de Núñez Amaya sobre el robo del vehículo constituía simplemente coartada para excluirse de la investigación respectiva por el hurto de las joyas, dados los diferentes hechos relacionados con la investigación, los cuales puntualizó. Se remitieron por el funcionario correspondiente copias que tienen conexión directa

con el sumario por hurto del vehículo citado. Se efectuó también reconocimiento del acusado por la denunciante y dependientes del almacén, una de las cuales lo reconoció y otras afirmaron que era parecido a uno de los autores del hecho.

Perfeccionada la investigación con la práctica de otras pruebas, se calificó por el Juzgado con sobreseimiento temporal, disponiéndose la libertad del procesado Núñez Amaya. Reabierta la investigacion sin modificarse la situación probatoria, se sobreseyó temporalmente por segunda vez. Al ser consultada esta providencia, el Tribunal en desacuerdo con su Fiscal, llamó a responder en juicio al incriminado por el delito de hurto y declarado reo ausente fue juzgado en contumacia –pues no se logró su comparecencia–, dictándose el fallo condenatorio de primera instancia, confirmado por el Tribunal al resolver la apelación propuesta interpuesta por el defensor constituido por el procesado, mediante la sentencia objeto del recurso de casación.

La Demanda

Previo resumen de los hechos y mención de los fundamentos de la providencia de segunda instancia, como fueron pertenecer el vehículo utilizado por los autores del delito al procesado, el testimonio del oficial de la Policía Ricardo Acuña, los reconocimientos de las empleadas del almacén y de la denunciante y el prontuario de Núñez Amaya, invoca el actor contra la sentencia la *causal primera por violación indirecta de la ley sustancial* (artículo 580 Código de Procedimiento Penal derogado) y con base en la misma propone las alegaciones que se procede a examinar.

Resume el actor su impugnación, como cargo único en los siguientes términos:

"... Impugno la sentencia con fundamento en lo dispuesto por el inciso segundo del numeral primero (1°) del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971, causal conocida doctrinalmente con el nombre de violación indirecta de la ley por apreciación errónea de la prueba, derivada de un error de derecho al violar los ritos de formación del medio probatorio (ilegalidad intrínseca), (artículos 248, 253, 258, 265, 235 y 215 del C. de P. P. de 1971); como consecuencia del error de derecho se viola indirectamente la ley sustancial por aplicación indebida de los arts. 21 inciso 1°; 35, 41 y 45 del Código Penal, y falta de aplicación de los artículos 2° y 5° del Código Penal".

Estima que el error de apreciación recae sobre la declaración del oficial Ricardo Acuña y sobre el indicio resultante de haberse demostrado que el vehículo de propiedad del procesado entró al parqueadero del centro comercial el día de los hechos.

1° El oficial de la Policía Ricardo Acuña Pereira no se limita en su versión a los hechos por él observados, –estima el actor– sino que emite juicios de valor al concluir que el vehículo de propiedad del acusado no fue objeto de substracción como éste lo afirma, sino que se trató de "un autorrobo".

El error consistió en permitir tales juicios de valor cuando declaró el testigo, pero concretamente en reconocer los falladores efecto a sus apreciaciones personales, por cuanto excedían el alcance propio del testimonio, lo cual no es permitido conforme a los doctrinantes y al respecto hace varias citas. En materia procesal civil se admite el

testigo técnico por existir regulación propia. Aclara que respecto a tal prueba, es necesario que el declarante "no tenga una forma de exponer los hechos distinta de acudir a sus especiales conocimientos...", pero no tiene validez cuando puede declarar sin tal auxilio. Y advierte que el testigo técnico relata los hechos de acuerdo con sus conocimientos, pero no los infiere, ni presume.

Considera que esto último fue lo que hizo el testigo para concluir que la camioneta de propiedad del procesado no fue realmente sustraída, por lo cual sus suposiciones no pueden apreciarse, ya que no percibió tales hechos y resultan extrañas al testimonio como tal, según aparece de las disposiciones respectivas (artículos 248, 254, 258, Código de Procedimiento Penal derogado). El funcionario debió impedir que el testigo se apartara de los hechos y los falladores prescindir de valorar sus inferencias, no obstante su facultad al respecto, por no haberse aducido correctamente.

Afirma que se trata de error de derecho que se presenta no solo cuando se omite o aplica una norma sobre valoración de la prueba, "... sino cuando se desconoce total o parcialmente la normatividad que regula la producción o aducción del medio probatorio...". Y así ocurrió cuando se permitió o autorizó al testigo para hacer suposiciones, quebrantándose diversas normas procesales (artículos 248, 253, 254, 258, 265 y 215 Código de Procedimiento Penal derogado) por no existir prueba suficiente y se desconocieron igualmente normas sustanciales (arts. 349, 35, 41, 45, 2° y 5° C. P.).

2° Por pertenecer el vehículo utilizado por los autores del hecho al incriminado, dedujo el fallador en su contra el indicio de oportunidad para delinquir y su participación en el hecho, anota el demandante. Pero para esto, debió afirmarse la presencia del mismo en la joyería en los días en que se cometió el ilícito.

Anota que el hecho indicado exige ser plenamente probado. Y así, el Tribunal debía partir no solo de que el automotor pertenecía a Núñez Amaya, sino también de que estuvo en posesión del mismo por la época del hecho, para lo cual se requería desvirtuar su afirmación de que había sido sustraído con anterioridad. Pero se pretende deducir dicha prueba con apoyo en la declaración de Ricardo Acuña, que no debe ser tenida en cuenta conforme a lo anteriormente expresado.

De acuerdo con dicho testigo, el Tribunal anota que la Policía (F-2) no registró la entrada de este vehículo. Sin embargo conforme aparece al proceso que el 31 de julio de 1980, el Juzgado 34 de Instrucción envió oficio con los datos del vehículo y la Dipec en agosto 18 del año siguiente lo puso a su disposición, sin que por tanto pueda sostenerse que la Policía no tenía conocimiento del hurto. Además de que las testigos Ana Delia de Cuervo y su hija Magdalena afirman haber sido objeto de presiones en las dependencias de la Policía.

Así, como no hay plena prueba de que Núñez Amaya tenía el automotor en la fecha indicada, es equivocado deducir que el procesado estuvo en la zona comercial de Unicentro y sólo puede inferirse su uso por quienes cometieron el delito (artículo 235 Código de Procedimiento Penal).

Como se requiere la plena prueba del indicio, al desconocerse esta exigencia legal, se incurrió –expresa– "en error de derecho 'al violar los ritos de formación del

medio probatorio' (ilegalidad intrínseca)...". Se quebrantó dicha norma procesal, el artículo 215 del mismo estatuto y las disposiciones señaladas en el cargo anterior.

3° Alude también a "los medios probatorios no atacados en casación". En cuanto a los reconocimientos al procesado, advierte que según el fallo de primera instancia, solo la denunciante lo identificó, pero como sus dependientes, únicamente expresó que era "muy parecido" a uno de los autores del hecho, lo cual resulta impreciso. Además de que admitió que en las dependencias de la Policía ya se había señalado a aquél para que dijera si era uno de los autores del ilícito. Dada esta irregularidad, que no se dejó constancia del auto y que implica una pregunta capciosa, impugna esta prueba.

En cuanto a los antecedentes, no aparece que el incriminado haya sido condenado con anterioridad, fuera de que por no haber hecho comprobación dactiloscópica puede tratarse de homónimo, sin que así exista indicio.

Agrega que las pruebas impugnadas son las estimadas como fundamentales por el fallador. Si se hubiera observado las normas legales en su producción, se habrían disminuido los elementos de convicción en forma de no poderse dictar sentencia condenatoria. No se trata por tanto de simple divergencia de criterios, sino de errores en la aportación de la prueba.

Solicita en consecuencia la absolución del procesado.

Concepto de la Procuraduría 1ª Delegada en lo Penal

Tras de hacer referencia a los hechos y alusión a la actuación procesal, anota errores de técnica en la proposición de los cargos que llevan a desecharlos, por no existir error de derecho como afirma el actor. Aparte de que el fallador tuvo en cuenta y examinó además otras pruebas que sustentaron su decisión.

Se considera

El actor sustenta su impugnación en la afirmación de error de derecho respecto a dos de las pruebas estimadas por el fallador. Y si bien limita a éstas sus cargos, censura también otros elementos probatorios, conforme se observó anteriormente.

Debe examinarse en primer término si existe error de derecho, el cual hace consistir en cuanto a las dos pruebas que critica, en vista de que no se cumplieron los preceptos legales para su aducción al proceso, sin que en consecuencia puedan asignárseles o reconocerles sus efectos correspondientes para formar la convicción del fallador y fundar su decisión.

En cuanto al testimonio del oficial de la policía mencionado, afirma que no podía recibirse por el instructor en la forma en que se produjo, ni estimarse por los falladores, pues, por contener suposiciones, juicios de valor o inferencias, no se ajustaba al contenido propio de esta prueba.

Examinada la prueba referida, aparece que se recepcionó y agregó al proceso con las ritualidades legales, vale decir cumpliendo estrictamente los requisitos nece-

sarios, sin que por lo mismo se deduzca o aparezca en forma alguna la falla anotada, ni ésta pueda tener incidencia. Para concluir lo expresado es suficiente anotar que se recibió por el funcionario de instrucción, bajo juramento y con conocimiento de las partes, para que en esta forma, teniendo éstas la oportunidad de examinarla e impugnarla, se cumplieran los principios de contradicción y publicidad, esenciales para su validez.

Refiere el demandante su afirmación al contenido mismo de la versión del deponente citado, en cuanto formuló suposiciones o conclusiones, impropios de esta prueba y que correspondía a perito, alegación que avala con cita de doctrinantes. Sin embargo es bien distinta la situación observada y por lo mismo no permite llegar a tales conclusiones. Basta anotar al respecto que el mencionado miembro de la policía expone hechos concretos, de los cuales tuvo conocimiento o que le constan, tales como tener el automotor recuperado sus sistemas de seguridad sin alteración alguna, no haber formulado denuncia ante la Unidad de Policía Judicial sino a una Comisaría a la cual no correspondía este tipo de denuncia y otras tantas circunstancias concretas que aparecen demostradas.

Si bien el testigo, con base en esas eventualidades, hizo la afirmación o formuló el juicio al cual se refiere el actor, esto no lleva a la consecuencia que pretende, pues como resulta claro de lo dicho, ni impedía la recepción de la prueba, ni su apreciación por los funcionarios respectivos, ya que como se advirtió el testigo manifestó hechos ciertos, no fue objetado y su deducción quedaba sujeta al criterio de los falladores, para analizar si se encontraba o no fundada y en consecuencia asignarle el valor correspondiente.

Cabe recordar que si los testigos, en ejercicio de la libre exposición, se permiten hacer apreciaciones personales en cuanto a los hechos que deponen, esa pasajera contingencia en nada puede afectar la exclusiva valoración del Juez, quien procede atendiendo la sana crítica testimonial, esto es teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, la razón por la cual llegaron a su conocimiento, profesionalismo, idoneidad, seriedad del testificante, etc. Entonces cualquier reflexión del testigo, carece de relevancia si, de otra parte el análisis ha sido fruto y consecuencia de un juicioso examen del fallador y si de todo el conjunto probatorio surge, sin dilación, la certeza para proferir la decisión exigida.

Así ocurrió en el proceso, como se desprende de la providencia impugnada. Habiéndose realizado un examen adecuado y basado en razones válidas, para sostener la resolución, por hallarla plenamente fundada y de acuerdo con la convicción formada mediante tal estudio.

En efecto, la providencia de la Sala de Decisión expone con amplitud razonada porqué el testimonio del Oficial Ricardo Acuña Pereira merece credibilidad y porqué también el defensor critica tan acervamente esa prueba puesto que su "único fin (es) de que no surta los efectos llamados a tener". Principiando porque si bien es cierta la afirmación "que ninguna noticia tuvo el F-2 sobre el hurto de la camioneta denunciado por el condenado", todo fue consecuencia que "la denuncia permanecía en el escritorio del Comisario de Kennedy y la búsqueda de la camioneta obedeció fue a la comunicación que se originó en este proceso por el hurto de las joyas" (fl. 52 Cuaderno Tribunal).

Lo cual aunado a que la camioneta apareció sin ninguna alteración no sólo en el "swich" sino en las demás medidas de seguridad, eventualidad que hace imposible el hurto del automotor porque para poder efectuarlo debió ser "abierto y prendido directo, de lo que se supone necesariamente debieron haber cambiado el switch del encendido y hacer la correspondiente llave" (fl. 12).

Empero el análisis, se repite, no se detiene tan solo en la valoración y la exposición del teniente Acuña Pereira. Con la que lógicamente el Tribunal coincide al realizar la apreciación pertinente, de acuerdo al sistema de la libre opinión como corresponde a dicho medio probatorio.

Recalca en las contradicciones observadas entre las exposiciones de Núñez Amaya y Alvaro Roa, quien como se sabe aparece como comprador de la camioneta una vez que ésta fue recuperada. Sin olvidar los reconocimientos hechos por la denunciante del hurto y las dependientes de la joyería, sobre cuyas incidencias y efectos probatorios el Tribunal hace un pormenorizado análisis, para obtener que la señora de Gross sí reconoció en la persona de Jacobo Núñez como el supuesto Espinosa que concurrió al almacén y algunos otros testigos lo encontraron "muy parecido".

No prospera por consiguiente el cargo examinado.

Lo mismo cabe anotar en cuanto al error de derecho afirmado por el recurrente respecto al indicio que deduce el fallador de ser el acusado propietario del vehículo utilizado por los autores del hecho, cuando la realidad –dice– es que no está probado que el procesado fuera el poseedor de dicho automotor en el momento del hurto de las joyas.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que este indicio se relaciona estrechamente con la prueba anteriormente mencionada, en vista de la cual llegó el fallador a una conclusión positiva para deducir la demostración correspondiente. Y en tal forma no aparece el error de derecho por la indebida producción o agregación de la prueba, como lo pretende el actor.

Se deduce por tanto una incorrecta presentación de los cargos examinados, con la consecuencia de que deben desecharse. Se pretende impugnar por esta vía pruebas que como el testimonio y el indicio, están sometidas al análisis y sana crítica del funcionario y a las cuales la ley no les asigna un valor determinado, caso en el que procedería su impugnación por la vía exigida por el actor.

La consecuencia de lo anterior es que se intenta presentar como errores de derecho alegaciones o situaciones que corresponden a errores de hecho, con lo cual y no siendo aquéllos manifiestos, se pretende hacer valer el criterio del recurrente contra el fallador, sin que sea procedente esto. En síntesis, si bien, como lo expresa el actor de acuerdo con la jurisprudencia, las fallas en la aducción de la prueba configuren error de derecho, en el presente caso no se demuestran, ni existen, conforme a lo expresado.

Sobre el error de derecho expresó en fallo de julio 2 de 1985 esta Sala:

"El error de derecho se presenta en los casos siguientes:

a) Cuando el fallador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción;

b) Cuando a la prueba se le niega el valor que la ley le asigna, y

c) Cuando a la prueba se da un valor diverso del que la ley le confiere".

"Es indispensable, además, que cuando el recurrente alegue violación indirecta de la ley sustancial, precise la forma de la violación y que, determinada la naturaleza del error, lo demuestre con claridad, señale, en el caso de error de hecho, la norma que consagra el tipo de prueba sobre el cual recae y, en caso de error de derecho, que precise la disposición que determina el valor que debe asignarse a la prueba, que señale si la violación dio lugar a la falta de aplicación o a la aplicación indebida de la ley y que comprueba la incidencia del error en pronunciamiento del fallo acusado".

Sobre la procedencia del error de derecho ha dicho esta Sala: "de otra parte no sobra precisar que, como lo ha sostenido la Corte en forma reiterada, los errores en la apreciación del mérito de las pruebas están circunscritas a los de aquéllas respecto de las cuales la propia ley determina su valor, como en los casos de los artículos 218, 228, 230, 233, 261, 264, por ejemplo (sistema tarifario o de tarifa legal) y no, por supuesto, en aquéllos en los que las normas del procedimiento 'deja librado su mérito a la sana crítica que de esos elementos de prueba haga el Juez' (casación 26 de octubre de 1978), según el análisis que de ello haga el funcionario en cada caso concreto en particular y en relación con todos los demás medios de convicción existentes en el proceso, como en los eventos de los artículos 229, 231, 236, 278, por ejemplo (sistema de la persuasión racional)" (Casación de enero 24 de 1981).

En cuanto a las pruebas que manifiesta el actor no son atacadas en casación –lo cual haría innecesario el examen respectivo– cabe advertir en cuanto a los reconocimientos, como ya lo destacó el Ministerio Público, que una de las testigos, esto es Gloria de Gross, lo identificó (fl. 237, cuad. 1°). Y si existe duda en cuanto a los antecedentes fue ésta sólo una de las pruebas tenidas en cuenta por el fallador.

La Procuraduría Delegada, cuyo criterio comparte la Sala, expresa:

"Se considera, en conclusión, que frente a la prueba testimonial proveniente del oficial Acuña, nuestra legislación no permite hablar de errores de derecho por falsos juicios de legalidad en cuanto a su contenido, sino exclusivamente con respecto a la forma de aportación y ritualidades propias de tal medio. En ningún error ha podido incurrir el Tribunal por el simple hecho de coincidir en sus apreciaciones y valoraciones con las del testificante, frente al sistema de la libre apreciación".

En lo relacionado con el indicio de oportunidad a que alude el censor, y consiguiente alegación de error de derecho por falso juicio de legalidad, al no haberse demostrado el hecho indicado, cabe observar que de tener fundamento la censura, no se trataría de error de derecho sino de error de hecho falso por juicio de existencia, pues claramente alude a la inexistencia material de la prueba.

.....

Por último, destaca esta Delegada que el censor olvida que las pruebas respecto de las cuales edifica errores de derecho, no fueron las únicas tenidas en cuenta por el Tribunal para proferir su fallo condenatorio. Sopesó todas y cada una de las allegadas, las analizó en forma correlativa para luego construir la cadena indiciaria...".

Deben por tanto rechazarse los cargos formulados.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

RECHAZAR la casación solicitada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lizandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas, Alvaro Orlando Pérez P., Conjuez.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

SECUESTRO

Si uno de los padres recurriendo a procedimientos ilícitos y ocultos se apodera del hijo, sin conocimiento ni autorización del otro quien lo tiene bajo su cuidado, puede cometer secuestro, que se convierte en extorsivo cuando se le utiliza para que éste proporcione un provecho ilícito.

Sentencia Casación. 1° de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Ana Ochoa Parra y a Guillermo Alejandro Osorio Díaz, por el delito de Secuestro Extorsivo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 035 del 30 de mayo de 1988.

Bogotá, D. E., primero (1°) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Por sentencia del 16 de julio de 1986 el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Ana Ochoa Parra y Guillermo Alejandro Osorio Díaz a la pena principal de nueve años de prisión para cada uno, como coautores del delito de secuestro extorsivo por el que habían sido llamados a juicio.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda en los términos previstos legalmente, fue declarada ajustada a las exigencias de la norma. Se escuchó el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes,

Hechos

Los hechos motivo de investigación tuvieron ocurrencia el 21 de febrero de 1983, al ser retenido el menor Frank Velásquez Paredes cuando salía de su domicilio, por su madre Ana Ochoa Parra, o Sonia Paredes Alcaldes, quien en complicidad con su concubino Guillermo Alejandro Díaz del Castillo, le enviaron una nota al padre del menor Francisco A. Velásquez Escobar, por medio de la cual le exigían dos millones de pesos para obtener el rescate del menor.

El niño había sido concebido en ralaciones anteriores sostenidas por Velásquez con Ana Ochoa Parra o Sonia Paredes, quien se había ido a vivir a Cali con el mencionado menor; pero al ser visitado por su padre se dio cuenta del estado de abandono en que se encontraba y de las ilícitas actividades a que se dedicaba el actual concubino de su ex mujer, razón por la cual decidió traerse a su menor hijo hasta esta ciudad, situación que más tarde impulsaría a los procesados a fraguar el secuestro.

Recibida la carta amenazante y con el concurso de las autoridades se logró capturar a los secuestradores y rescatar al menor.

Actuación procesal

Se abrió proceso penal por medio del auto del 24 de febrero de 1983.

La investigación se declaró perfeccionada y cerrada mediate auto de sustanciación del 18 de agosto de 1983.

Por auto del 24 de septiembre de 1983 se abrió causa criminal contra Guillermo Alejandro Osorio Díaz del Castillo, Ana Ochoa Parra o Sonia Paredes Alcaldes, Luis Mariano Moreno Rubiano y José Vicente Rubiano por el delito de secuestro, providencia confirmada por el Tribunal de Bogotá el 10 de febrero de 1984.

Realizada la diligencia de audiencia pública el 12 de febrero de 1986 se dictó fallo de primera instancia el 7 de abril de 1986, por medio del cual se condenó a Ana Ochoa Parra o Sonia Paredes Alcaldes, a Guillermo Alejandro Osorio Díaz u Osorio Díaz del Castillo a José Vicente Rubiano y a Luis Mariano Moreno Rubiano, a Luis Fernando Moreno Rubiano o Fernando Moreno como responsables del delito de secuestro extorsivo y se hicieron algunas otras declaraciones sobre una causa acumulada.

En segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá, con sentencia del 16 de julio de 1986 modificó las penas impuestas a los sentenciados y confirmó en lo demás el fallo de primer grado.

La demanda de casación

Considera el impugnante que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, por haberse incurrido en errónea calificación jurídica de la infracción, prevista en el numeral 5º del artículo 210 del derogado Código de Procedimiento Penal.

Pretende demostrar el cargo, sosteniendo que la madre de acuerdo con el Código Civil tiene la patria potestad de sus menores hijos, y que el menor había

vivido con ella, hasta unos dos años antes de los hechos, y cuando ya vivía con su madre, alternadamente pasaba temporadas con su madre, de tal manera que cuando ella decide lleverse a su hijo para el hotel por el mal trato que recibía donde estaba viviendo no estaba realizando delito de secuestro de ninguna naturaleza y que ello se refuerza por lo dicho por los agentes que lo recuperaron que informan que el menor se encontraba sin ningún tipo de ataduras o de impedimentos que imposibilitaran su movilización.

Sostiene el impugnante que dada la difícil situación económica de la madre y de su concubino éste aprovecha la circunstancia para extorsionar al padre del menor, enviándole una carta en la que profiere amenazas y en la que exige una determinada suma de dinero, concluyendo finalmente que el delito cometido fue el de extorsión previsto en el artículo 355 del Código Penal.

Considera el impugnante que al concluir en las instancias la existencia de un sucuestro extorsivo "es porque incurrieron en manifiesto error de hecho al ignorar las precitadas normas civiles" y más adelante insiste en la existencia de otro error de hecho "en cuanto se tergiversó y distorsionó la declaración del denunciante, Francisco Velásquez Escobar, por cuanto a dicho medio de convicción se le hizo producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto como quedó demostrado atrás".

Considera además que se incurrió en manifiesto error de derecho al darle valor probatorio de confesión a la versión dada por los procesados ante los agentes del F-2 y el juzgado cuando en realidad había confesado era extorsionar a Velásquez.

Finalmente considera que como el propósito extorsivo no se logró por la intervención de las autoridades éste quedó a nivel de tentativa y que demostrada la errónea calificación jurídica en que se incurrió en las instancias se debe decretar la nulidad.

El concepto del procurador delegado

Considera el Colaborador Fiscal que sin lugar a dudas el menor fue sustraído del hogar de su madre y ocultado, tanto que fue mantenido en varios hoteles de la ciudad, con el inequívoco propósito de obtener por su rescate una determinada suma de dinero. Resiguiendo su argumentación sostiene que "Resulta necio aseverar que Frank quiso estar al lado de su progenitora y que en ningún momento fue privado de su libertad individual puesto que se le encontró sin ataduras, toda vez que un menor de siete años es un incapaz absoluto para prestar consentimiento y que su misma inmadurez le impedía sospechar siquiera la criminal finalidad perseguida por aquélla o descubrir el diabólico plan delictivo elaborado por su propia madre bajo la dirección de su concubino. Simplemente Frank fue engañado y nadie mejor que su propia progenitora podía hacerlo, de ahí que no era necesario ponerle ataduras o impedirle su libre locomoción en forma absoluta. Lo que cuenta para la plena configuración del reato es el propósito criminal con que se actuó y el medio que se utilizó: hacer desaparecer a Frank de la órbita de custodia de su padre, y hacer creer a éste que aquél perdería la existencia de no pagar la millonaria suma exigida. Al reconocerse por el propio impugnante que hubo extorsión *a contrario sensu,* se está aceptando que la sustracción de Frank del hogar de su padre no se cumplió con la noble intención de

ejercitar tutela y patria potestad, sino de infringir deliberada y concientemente la ley penal" para terminar concluyendo que se desestime la demanda.

Consideraciones de la Sala

Es totalmente cierto lo afirmado por el recurrente en el sentido de que la patria potestad era compartida por los padres del menor, porque no existe constancia de la existencia de providencia judicial que se la hubiera otorgado a uno de ellos; pero es igualmente cierto que la patria potestad como un derecho y un deber de todos y cada uno de los padres "es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquélla el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone" (artículo 19 Ley 75 de 1968); porque esos deberes que tienen los padres con relación a los hijos son formarlos y educarlos, velar por su salud, corregirlos y castigarlos moderadamente, siempre mirando hacia el beneficio final de la vida del menor de acuerdo con expresas previsiones de la ley civil; y por tanto no está dentro de los derechos de ninguno de los padres, así la patria potestad sea compartida, el utilizar a sus hijos para iniciarlos en prácticas viciosas, ni inducirlos en conductas que de cualquier manera pudieran significar mal ejemplo en su formación, y menos aún, y ello es todavía más evidente, el utilizar al menor como un medio en prácticas ilícitas de cualquier naturaleza y eso parece ser es lo que pretende el recurrente, al sostener que la madre tenía derecho, por compartir la patria potestad, de tener a su hijo a su lado contra la voluntad del padre, puesto que fue separado de él contra su voluntad, para ser utilizado como medio extorsivo; es realmente insólita la pretensión del recurrente, cuando acepta de la existencia de una extorsión en grado de tentativa, en la cual participaba como coautora la madre del menor, en la que el medio utilizado, era precisamente su hijo, pues debe recordarse que la exigencia de la entrega de una elevada suma de dinero dependía la seguridad del menor.

¿Podrá pretenderse por quien tenga un mínimo conocimiento del derecho, o mejor, de los conceptos culturales que naturalmente son conocidos por la mayoría de los asociados, que pueda entenderse como el ejercicio de un derecho, la utilización por parte de la madre de su menor hijo para, mediante amenazas obtener un provecho de carácter ilícito? es evidente que no, el ejercicio de los derechos consagrados constitucional y legalmente no son ilimitados, sino que por el contrario ellos deben ejercerse dentro de los parámetros establecidos por la ley, porque cuando su ejercicio se lleva a aspectos no previstos en la norma es lógico concluir que quien así actúa no puede pretender ampararse bajo los efectos de esa ley que se está desconociendo, por la extralimitación de la conducta sobre las previsiones de la misma.

Es cierto que no hay constancia de sentencia judicial que determine en cabeza de cuál de los padres estaba radicada la patria potestad, pero es evidente que se había establecido un acuerdo para que el hijo quedara en manos del padre en vista del estado de abandono en que lo había tenido la madre durante el tiempo que permaneció a su lado, y es también cierto que pasada algunas temporadas con la madre con el consentimiento del padre; pero la existencia de estos acuerdos por fuera de decisión judicial entre los progenitores del menor, no puede facultar a ninguno de ellos, para que sin conocimiento y sin el consentimiento de quien lo tiene bajo su cuidado, el

otro pueda sustraerlo, retenerlo, privarlo de la libertad, porque de hecho se estaría haciendo un ejercicio ilegítimo del derecho, porque sí existía el acuerdo previo a que el menor pasara algunas temporadas con la madre, ¿cuál la razón para que se lo arrebatara del lado del padre sin su conocimiento? y aún en caso de que los padres del menor no se pusieran de acuerdo sobre la forma en que lo pudiera visitar y en cuanto a las temporadas que debe pasar con uno y con otro, no es por medio de procedimientos de facto que pueden solucionar este tipo de desacuerdos, pues lo lógico es que presentándose tales discrepancias sea el juez quien resuelva los conflictos.

No está, ni puede estar justificado bajo ninguna perspectiva el que uno de los padres, actúe sobre el menor, sin el conocimiento del padre quien lo tenga bajo su cuidado, porque tal proceder es ilegal.

En el caso que se analiza, está demostrado, que con el consentimiento del padre el menor podía pasar algunas temporadas con su madre, y en tales circunstancias, cuando recurriendo a procedimientos ilícitos y ocultos se apoderó del niño, sin previo conocimiento y autorización del padre, estaba actuando por fuera de la ley y en este caso concreto es evidente concluir que la madre sí podía cometer secuestro, que se convierte en extorsivo en el mismo momento en que se utiliza la vía del menor como medio amenazante para obtener que el padre del mismo les proporcione un provecho ilícito.

Es tan evidente el proceder ilícito de la procesada, que es el mismo recurrente, como lo destaca el agente del Ministerio Público, quien acepta la comisión de la extorsión, pero a pesar de este reconocimiento habla de la existencia de la patria potestad compartida por la madre para negar la configuración del suecuestro, queriendo justificar el que en su ejercicio, pudiera la madre arrebatar al menor que estaba bajo el cuidado de su madre y sin su consentimiento, ni aprobación, para utilizarlo contra éste como medio extorsivo.

El menor no es, ni puede ser un eje de disputas, ni un objeto colocado en el centro de las desavenencias de los padres, quienes no pueden en el ejercicio de la patria potestad realizar ninguna actividad que pudiera de manera directa o indirecta ocasionarle daño y si ello se llegara a producir, obviamente se ha de concluir que no se trata del ejercicio de este derecho, y que por el contrario se trata de procederes irregulares e ilegales, porque cuando uno de los padres tiene la guarda material del menor, en caso de desacuerdo, será necesaria e imperiosa la intervención del juez para que sea éste quien determine quién debe ser el encargado de la guarda del mismo.

Es obvio y prácticamente sobra advertirlo que si la salud, moral, física o psíquica del menor está en peligro, no sólo el padre que no lo tiene bajo su cuidado sino cualquier ciudadano debe proceder a buscar su adecuada protección.

La argumentación del recurrente, sosteniendo que el menor estaba libremente con su madre, porque cuando fue rescatado no tenía impedimentos materiales que lo retuvieran allí no son válidos, porque como bien lo dice el Procurador Delegado, se trata de un menor que fue hábilmente engañado por su propia madre y que no tenía porqué conocer sus ilícitas finalidades.

En las condiciones anteriores considera la Sala que la calificación jurídica que se dio a los hechos por parte de las instancias fue correcta y que por tanto no hay lugar a la existencia de la pretendida nulidad que pregona el impugnante.

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,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

DEMANDA DE CASACION - Técnica

El libelista debe tener especial cuidado en la proposición de los cargos, en forma separada y con indicación precisa de la causal invocada, con la determinación del motivo y de su sentido, según el caso.

Sentencia Casación. 8 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Roberto Suárez Jaimes, por el delito de violación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 37.

Bogotá, D. E., junio ocho (8) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El Juzgado Treinta y Tres (33) Penal del Circuito de Bogotá condenó a Roberto Suárez Jaimes a la pena privativa de la libertad de dos (2) años de prisión como autor responsable del delito de violación de que hizo víctima a Ana Bertha Ramírez Salamanca, según fallo de 2 de julio de 1987, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior respectivo mediante sentencia de fecha 9 de octubre siguiente. Solamente se revocó la pena accesoria de "pérdida del empleo" ya que los hechos a él imputados no guardan relación o nexo con su condición de Oficial de la Policía Nacional.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los sintetiza la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, de la siguiente manera:

"El 20 de marzo de 1986 cuando a las 7 y 15 de la noche transitaba Ana Beatriz Ramírez Salamanca por la calle 80 con la Avenida Boyacá, fue interceptada por el

conductor de un vehículo particular, quien amenazándola con un revólver la hizo subir al automotor y la condujo a unos potreros cercanos a la avenida 26 con carrera 50 en donde amenazándola con la misma arma la accedió carnalmente".

"El Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá adelantó la correspondiente investigación la cual vinculó en calidad de sindicado al Teniente Roberto Suárez Jaimes, contra quien en su oportunidad profirió llamamiento a juicio por el delito de acceso carnal violento; precluida la etapa del juicio, condenó al procesado por la misma infracción a la pena principal de dos años de prisión, a la pérdida del empleo y a las accesorias de ley y le negó la concesión de la gracia de la condena de ejecución condicional. Tal providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, exceptuando lo relativo a la pérdida del empleo, decisión que revocó".

Recurrida la sentencia de segundo grado por el defensor del procesado, el recurso fue admitido por la Corte mediante providencia de 3 de febrero del presente año y declarada la demanda ajustada a las formalidades del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal por auto de 21 de abril último. Se procede, en consecuencia a tomar la decisión de fondo que corresponda.

La demanda.

Con invocación de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el actor acusa la sentencia de segundo grado, por violación indirecta de la ley sustancial, al considerar que se incurrió en error de derecho, por errónea apreciación de las pruebas, para determinar no sólo la existencia del delito, sino la prueba para condenar a su representado.

En desarrollo del cargo el libelista aduce que los juzgadores de instancia violaron indirectamente los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal y 298 del Código Penal como consecuencia del error en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso, más concretamente, al otorgar a la declaración de la presunta víctima un valor superior al que la misma ley le otorga.

Así mismo, el casacionista apoya la censura en el hecho de que el Tribunal en su fallo, desconoció el dictamen pericial que obra dentro del proceso respecto de la posible "violación" de que fuera víctima la denunciante, para concluir que tanto el fallo del Tribunal, "confirmatorio del proferido por el Juzgado 33 Penal del Circuito de esta ciudad se omite hablar de este elemento de juicio que es prácticamente el que más se opone a la declaratoria de existencia del delito de Violencia Carnal. Como lo he insistido en las instancias, no se probó, mediante ningún elemento cierto que en el interior del saco vaginal de la presunta víctima fueran hallados espermatozoides, como tampoco que presentara signos externos de violencia".

Respuesta del Ministerio Público y Consideraciones de la Sala

Ha dicho la Corte de manera insistente que en la demanda de casación se apoya el recurso extraordinario y que, por tal razón, el escrito respectivo no puede reducirse en un simple alegato de instancia, sino que debe estar sujeto a la más rigurosa técnica jurídica.

Por ello, el libelista debe tener especial cuidado en la proposición de los cargos, en forma separada y con indicación precisa de la causal invocada, con la determinación del motivo y de su sentido, según el caso, o sea, que el actor al proponer una determinada causal de casación y luego de citar las normas violadas, directa o indirectamente, no puede en desarrollo o demostración del cargo, incurrir en imprecisiones y mucho menos mezclar conceptos de diferente esencia.

Es así como, al proponer un cargo por error de derecho (falso juicio de convicción), le es prohibido aducir otro por error de hecho (falso juicio de existencia), pues, ello hace que se incurra en la falla técnica indicada y que la Corte no puede corregir o atender parcialmente. Estos reparos, deben proponerse en forma separada e independiente y demostrar igualmente su incidencia en el fallo recurrido.

En el presente caso, solamente se presenta un solo cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, pero, en el desarrollo de su demostración, mezcla otro error (de hecho), incompatible con el propuesto (de Derecho) que hace necesario el rechazo de la demanda.

No obstante lo anterior, cabe razón al Ministerio Público representado por la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, cuando afirma que "en relación al primer reparo... aunque nuestra legislación procedimental penal otorga a determinados medios probatorios un específico valor de convicción, como ocurre con la confesión, los documentos públicos, el acta de inspección judicial, entre otros, deja otras pruebas, como la testimonial, a la racional apreciación del juzgador, no quedando en consecuencia ésta sujeta a determinada tarifa legal, sino solamente circunscrita a las normas de la sana crítica".

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo recurrido.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín
Secretario

PENA ACCESORIA – REHABILITACION

La legislación colombiana es bastante compleja en torno a la rehabilitación de las penas accesorias determinadas en el artículo 42 del C. P. Distingue varias hipótesis.

Auto única instancia. Junio 8 de 1988. Se abstiene de tramitar la solicitud presentada por el Secretario General de la Asamblea del Cesar, para que se hagan cumplir las sanciones propuestas al ex controlar Aníbal Martínez Zuleta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobada Acta número 36 de mayo 31/88.

Bogotá, D. E., junio ocho (8) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Procede la Sala a resolver, tanto una petición contenida en un cable firmado por el Secretario General de la Asamblea del Cesar para que se adelante investigación a fin de que se hagan cumplir las sanciones propuestas al ex contralor Aníbal Martínez Zuleta, en sentencia condenatoria, así como la petición presentada por el mismo condenado para que se decrete la extinción de la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta por esta Corporación en sentencia del 29 de enero de 1985.

RESULTADOS Y CONSIDERANDOS

1. *La petición de investigación.* A la Corte se ha hecho llegar un extenso cablegrama suscrito por el Secretario General de la Asamblea del Cesar, que se dice contentivo de una proposición de tal Corporación, en el cual en síntesis, se afirma que el Diputado Alvaro Castro Castro "... ha venido siendo víctima de injustificados

y reiterados ataques hechos por la Emisora la Voz del Cañaguate, inspirados y redactados por su propietario Aníbal Martínez Zuleta...".

Se hace referencia a la condena impuesta a Martínez Zuleta por esta Corporación a la pena privativa de la libertad lo mismo que a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Se recalca que el ex contralor utiliza su emisora para ultrajar, ofender y desinformar a la opinión pública; se rechaza su estilo periodístico, se protesta contra los ataques al Diputado Alvaro Castro y a otras personas y se solicita a la Corte una severa investigación a fin de que se hagan cumplir las sanciones legales que le fueron impuestas en la sentencia condenatoria.

También se solicita al Ministerio de Comunicaciones su intervención para vigilar la programación de la citada Emisora. A estas diligencias cuyo diligenciamiento inició la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, se agregó, igualmente una constancia de seis Diputados a la Asamblea Departamental del Cesar, rechazando el texto de la citada proposición.

En tal constancia los signatarios afirmaron que la proposición no fue aprobada por cuanto cualquier decisión de la Asamblea requiere el voto de seis Diputados.

2. *Análisis de la petición.* Esta Corporación hizo llegar copia de la sentencia de 29 de enero de 1985, por medio de la cual se condenó al doctor Aníbal Martínez Zuleta. De la lectura del fallo emerge que fue condenado a la pena privativa de la libertad de tres años de prisión, la cual fue suspendida por período de prueba de cinco años durante los cuales debe cumplir el condenado las obligaciones del artículo 69 del C. P.

Tales obligaciones son seis y al examinar el mensaje de la Secretaría de la Asamblea, no se puede afirmar que los cargos hechos contra el ex contralor impliquen violación de ellas. No se afirma que el condenado se haya abstenido de informar cambio de residencia, que no ejerza oficio, profesión u ocupación lícita, que no haya reparado los daños causados con el delito, que se exagere el consumo de bebidas alcohólicas, que no se someta a la vigilancia de las autoridades o no se presente ante ellas o que no observe buena conducta.

La sentencia no le ha prohibido al doctor Martínez Zuleta, ni escribir, ni hablar en público, ni plantear su opinión sobre sus conciudadanos con ponderación. Si alguno de ellos se considera ultrajado o calumniado puede acudir ante las autoridades jurisdiccionales competentes como posible víctima de un delito contra el honor.

Por este aspecto, pues, no puede estimarse que el doctor Martínez Zuleta haya incumplido las obligaciones del artículo 69 del C. de P. P. y que la condena de ejecución condicional deba suspenderse.

3. *La petición del sentenciado.* Por lo demás, se envió a esta Corporación una petición del sentenciado Aníbal Martínez Zuleta, para que de conformidad con los artículos 71 y 83 del C. P., se decrete la extinción de las sanciones accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas a partir del 29 de junio de 1987 o del 29 de enero de 1988, según estime procedente la Sala Penal de la Corte.

4. *Aspecto de la sentencia.* Si se estudia detenidamente la sentencia de 29 de enero de 1985, se encuentra que en su parte resolutiva contiene dos condenas:

a) Uno a tres años de prisión y multa de cien mil pesos, la cual se suspende en su ejecución por un período de cinco años durante los cuales deben cumplirse las ya resumidas obligaciones del artículo 69 del C. P.;

b) La otra condena se refiere a la interrupción de derechos y funciones públicas ya concretadas. Es una pena accesoria por un período de tres años, pero respecto a ella no se concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, pues el numeral 2° de la parte resolutiva determina que durante el período de prueba cumplirá la pena accesoria de interdicción de derechos. Esto es, que la pena accesoria debe cumplirse independientemente de la pena principal.

Lo resuelto por la Corte no es sino un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 55 del C.P. que habla de aplicación de hecho de estas penas.

Se reitera pues, en estas condiciones, que la condena de ejecución condicional se limita a la pena privativa de la libertad y que el término de período de prueba de cinco años, aún no se ha cumplido; por tanto, no se puede entender la petición de ex contralor como referente a la extinción de la condena a pena privativa de la libertad, sino únicamente a la pena accesoria no suspendida y que fue decretada hace más de tres años.

5. *La competencia. La legislación colombiana es bastante compleja en torno a la rehabilitación de las penas accesorias determinadas en el artículo 42 del C.P. Distingue varias hipótesis:*

a) La pena de expulsión de extranjero del territorio nacional no puede cesar por rehabilitación (art. 92 del C.P.);

b) La rehabilitación de las demás penas podrá pedirse aun cuando no haya transcurrido el término que fue determinado para la misma. En tales circunstancias deberá reunirse satisfactoriamente los requisitos del artículo 637 del C. de P.P.

Sin embargo, esta posibilidad está condicionada a las exigencias del artículo 92 del C. P. en el sentido de que si tales penas fueren concurrentes con una privativa de la libertad, no podrá pedirse la rehabilitación sino cuando el condenado hubiere observado buena conducta y después de dos años a partir del día en que se hubiere cumplido la pena.

Si no concurriere con pena privativa de libertad, la rehabilitación no podrá pedirse sino dos años después de ejecutoriada la sentencia que la impuso. Esta hipótesis se aplica a la rehabilitación de derechos y funciones públicas sólo cuando no haya transcurrido el término de la sanción.

En este caso por mandato del artículo 635 del C. de P. P., será decretada por la correspondiente Sala de Decisión del Tribunal del Distrito Judicial donde se hubiese dictado la sentencia de primera instancia, previa solicitud del condenado.

Como la norma se refiere a sentencia de primera instancia, tal competencia no toca con las providencias dictadas en única instancia por la Corte Suprema de Justicia y el Senado.

Ello a pesar de lo resuelto en torno a una sentencia dictada por el Senado de la República el primero de abril de 1959 respecto a la cual el Tribunal Superior de Bogotá le concedió rehabilitación de derechos y funciones públicas al General Gustavo Rojas Pinilla.

La competencia de la Corte para estos efectos surge de la ausencia de norma especial y la aplicación del principio de Juez natural.

Para los casos en los cuales se soliciten la rehabilitación de penas distintas a la interdicción de derechos y funciones públicas, es competente el Juez de primera instancia (art. 636 del C. de P.P.) háyase o no cumplido el término de su duración;

c) Pero en el caso concreto de que el término de la interdicción de derechos y funciones públicas haya transcurrido, esto es, que la pena se haya cumplido existe una norma específica ya no de carácter penal, sino electoral: Es el artículo 205 de la Ley 28 de 1979 Código Electoral, que claramente determina:

"La rehabilitación en la interdicción de derechos y funciones públicas operará ipso jure *al cumplirse el término por el cual se impuso su pérdida como pena. Para ello bastará que el interesado formule la solicitud pertinente, acompañada de los respectivos documentos ante el Registrador Municipal de su domicilio, el cual le dará inmediatamente tramitación".*

Esto es, que en este caso concreto donde ya ha transcurrido el término de la interdicción de derechos y funciones públicas, el legislador no estima menester la intervención de la autoridad jurisdiccional, sino que por tratarse de un aspecto cronológico fácilmente detectable lo pasa a las autoridades administrativas y más concretamente, a las electorales por su obvia correlación.

En este caso no es dable exigir requisitos adicionales, tales como buena conducta, ocupación lícita, etc., pues la medida opera ipso jure.

Así las cosas, la Sala estima que habiendo transcurrido el término impuesto en la sentencia para interdicción de derechos y funciones públicas al ex contralor Aníbal Martínez Zuleta, el conocimiento de esta solicitud corresponde a la autoridad determinada por el artículo 205 de la Ley 28 de 1979 Código Electoral.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. ABTENERSE de tramitar la solicitud presentada a la Procuraduría General de la Nación por el Secretario General de la Asamblea Departamental del Cesar.

2. INHIBIRSE para conocer de la solicitud de febrero 16 de 1988 presentada por el sentenciado, doctor Aníbal Martínez Zuleta.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

VEREDICTO

Es extraño a la lógica el razonamiento de quien afirme que al pedir los jueces de conciencia la imposición de la menor cantidad de pena posible, nieguen la responsabilidad del procesado.

Sentencia Casación. 8 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Félix Vargas Espinel, por el delito de homicidio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 37.

Bogotá, D. E., junio ocho (8) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conoció por apelación interpuesta por el defensor, de la sentencia proferida contra Félix Vargas Espinel por el juzgado de primera instancia, y decidió adicionarla en el sentido de imponerle la suspensión de la patria potestad hasta por once años y la interdicción de derechos y funciones públicas por diez años, confirmando la pena once (11) años de prisión como autor del delito de homicidio. Contra la decisión del Tribunal el defensor del procesado interpuso recurso de casación el cual fue concedido legalmente por el Tribunal y admitido por la Corte. Sustentada debidamente la demanda fue declarada ajustada y habiéndose corrido los traslados de rigor, procede la Corte a resolver lo pertinente.

Hechos

Fueron relatados en la sentencia del Tribunal así:

"En las horas de la noche del cinco de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, fue lesionado en un ojo mediante el empleo de arma cortopunzante –destor-

nillador–, Carlos Antonio Lesmes Barrera, a consecuencia de la cual dejó de existir dos días después".

"Por este hecho se llamó a responder en juicio criminal a Félix Ignacio Vargas Espinel, natural de Viracachá (Boyacá), hijo de Eustaqui y Esther, mayor de edad analfabeta, soltero, de profesión conductor, y portador de la cédula de ciudadanía número 79364741 de Bogotá".

Actuación procesal

1° La investigación fue iniciada y perfeccionada por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) de Instrucción Criminal de Bogotá, funcionario que practicó diligencia de indagatoria al sindicado Félix Ignacio Vargas Espinel el día veinticuatro (24) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986) y el día treinta (30) de enero del mismo año mediante auto, profirió medida de aseguramiento a nombre del sindicado por el delito de homicidio.

2° El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Diecinueve Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien en providencia del veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y seis, calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio criminal por el delito de homicidio al procesado Vargas Espinel.

3° La diligencia de audiencia pública fue realizada el día veintitrés (23) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987). El jurado de conciencia al contestar el interrogatorio propuesto por el Juzgado dijo textualmente: "Si es responsable, sus antecedentes y condiciones personales nos hacen solicitar la menor pena posible".

4° Con base en el veredicto del jurado popular, el juez del conocimiento dictó la correspondiente sentencia condenatoria el 14 de mayo de 1987, imponiéndole al procesado la pena de once (11) años de prisión como autor culpable del delito de homicidio.

La demanda de casación

Al amparo de la causal 3ª del anterior Código de Procedimiento Penal, el censor acusa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por haberse dictado sobre un veredicto contradictorio y sustenta el cargo afirmando "el jurado expidió un veredicto ostensiblemente contradictorio, pues al haberse declarado responsable a Vargas Espinel, de un lado, agregando que pedía que se le aplicara la pena mínima en atención a sus antecedentes y condiciones personales, del otro lado, consignó dos proposiciones contrarias, ya que si era responsable, mal se le podía aplicar la pena mínima, lo que entre otras cosas no es del resorte del Tribunal Popular. Era o no era responsable, pero no como lo predicó tal jurado".

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al estudiar la demanda de casación solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada por considerar que no existe contradicción en el veredicto pronunciado por el jurado de conciencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Efectivamente le asiste razón al señor Procurador cuando señala la inconsistencia del cargo hecho por el censor, por cuanto no existe contradicción alguna de los términos del veredicto pronunciado por el jurado de conciencia. En efecto debe recordarse que la respuesta del jurado se expresó en los siguientes términos: "sí es responsable: sus antecedentes y condiciones personales nos hacen solicitar la menor pena posible"; conforme a este veredicto es claro que los jueces de conciencia expresaron afirmativamente la responsabilidad del procesado y considerado según su particular forma de apreciar el asunto que al condenado se le debía imponer la menor pena posible, como efectivamente lo consignaron en su veredicto.

Por ello resulta extraño a la lógica el razonamiento del censor cuando afirma que al pedir los jueces de conciencia la imposición de la menor cantidad de pena posible, estaban negando la responsabilidad del procesado cuando es de todos sabido que la pena cualquiera sea la cantidad o calidad en que esta se imponga es consecuencia precisamente de la declaratoria de responsabilidad penal, siendo de esta forma claro que los jueces de conciencia fueron coherentes al afirmar la responsabilidad penal de Vargas Espinel y de pedir la imposición de la menor cantidad de pena posible; advirtiéndose sí, que esta última recomendación o pedimento no obligaba al juez de derecho como en efecto ocurrió para la casación definitiva de la pena impuesta.

Recuérdese por último que ha sido doctrina permanente de esta Sala entender que el veredicto es contradictorio "cuando contiene dos proposiciones, en una de las cuales se afirma lo que en otra se niega, de modo que oponiéndose recíprocamente no pueden ser consideradas a un mismo tiempo verdaderas ni a un mismo tiempo falsas, según definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua, lo que implica ausencia absoluta de decisión, de modo que la sentencia que en tales condiciones fuera proferida, carecería de fundamento" (Sentencia de octubre 23 de 1984. M.P. Doctor Dante Luis Fiorillo Porras).

Por las anteriores razones no prospera el cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Marín Morales
Secretario

DEBIDO PROCESO - DETENCION ARBITRARIA

El artículo 27 de la Carta consagra tres excepciones al principio general del debido proceso, en cuanto establece que no obstante la obligación de respetarlo, ello no obsta para que se pueda castigar sin juicio previo.

Sentencia Unica instancia. 10 de junio de 1988. Absuelve al señor Jorge Dangond Daza, procesado por el delito de detención arbitraria, en su condición de Gobernador del Departamento del Cesar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada: Acta número 035 de mayo 30 de 1988.

Bogotá, diez de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Por auto del 13 de agosto de 1985 se abrió causa criminal en contra de Jorge Dangond Daza como presunto responsable por el delito de detención arbitraria, cometido en su condición de Gobernador del Departamento del Cesar.

Tramitada la causa y reconstruido el proceso en la medida de lo posible por ser de aquellos que fueron incinerados en la toma del Palacio de Justicia en noviembre de 1985, se prosiguió la actuación.

Realizada la diligencia de audiencia pública con la presencia de todas las partes, del siete de marzo de este año, debe proceder la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a dictar la correspondiente sentencia, luego de hacer una breve síntesis de los siguientes:

HECHOS

Fueron resumidos así en el auto de proceder:

"Armando Díaz Ariza 'gerente del Fondo Ganadero del Cesar S.A', sociedad comercial de 'economía mixta' de la cual es accionista el Departamento, representado por el Gobernador, no dio respuesta al Oficio número 363 del 26 de julio de 1982, por medio del cual el entonces Gobernador, Jorge Dangond Daza, solicitó que le enviara una copia autenticada del Acta de la última asamblea de accionistas de dicha sociedad.

El Gobernador Dangond Daza consideró que el gerente Díaz Ariza debía explicar su proceder negativo. En consecuencia, en un carro de la Gobernación, con chofer, envió a dos agentes del DAS y a un agente de la Policía con la orden verbal de que llevaran hasta su despacho a Díaz Ariza, el que una vez allí le habría faltado gravemente al respeto debido en el ejercicio de sus funciones, motivo por el cual lo envió con los mismos agentes a las dependencias del DAS, privado de libertad y profirió de inmediato, el 4 de agosto de 1982, la Resolución número 1486 por medio de la cual le impuso sanción de arresto durante 72 horas.

Díaz Ariza fue notificado de dicha Resolución el 6 de agosto de 1982, a las cinco de la tarde, en las mismas dependencias del DAS, y como éste reclamara de inmediato sobre tal pena correccional, el Gobernador Dangond Daza profirió, en esa misma fecha, la Resolución número 1555 por medio de la cual revocó la Resolución de arresto y ordenó al Jefe de esa entidad dejar en libertad al sancionado Díaz Ariza".

Dentro del proceso investigativo se demostró la calidad de Gobernador del acusado y por ende la competencia de juzgamiento para la Corporación.

Se anexó copia auténtica de la Resolución número 1486 del 4 de agosto de 1982, por medio de la cual se impuso arresto de 72 horas al doctor Díaz Ariza, por haberle faltado al debido respeto al señor Gobernador.

Se anexó copia de la comunicación del 6 de agosto de 1982 dirigida al Director del DAS de Valledupar, por medio de la cual el Secretario General del Departamento del Cesar, le dice que cumpliendo encargo del señor Gobernador, se sirva poner en libertad al arrestado una vez cumpla el término de la sanción impuesta.

Copia del oficio número 369 del 4 de agosto de 1982 en el que se solicita al Director del DAS que mantenga retenido a Díaz Ariza hasta nueva orden por faltas al debido respeto al señor Gobernador.

Copia de la Resolución número 1555 del 6 de agosto de 1982 por medio de la cual se revoca la resolución sancionatoria y se ordena la libertad del arrestado.

Copia del oficio del 6 de agosto de 1982 enviado al Jefe del DAS donde se le comunica la revocatoria de la resolución de arresto y se le solicita lo ponga en libertad.

Copia de una constancia firmada por el Director del DAS en la que se dice que se notificó la resolución por medio de la cual el Gobernador ordenaba ponerlo en libertad.

Por medio de inspección judicial a las dependencias del DAS se pudo comprobar que los detectives de placas 15785 y 16455 condujeron a Díaz Ariza a esas dependencias a las 9:45 del 4 de agosto de 1982 y que salió igualmente por órdenes del Gobernador el 6 del mismo mes y año.

Sometido a indagatoria, manifestó que para preparar un informe había solicitado al gerente del Fondo Ganadero copia del Acta de la Asamblea de Accionistas, éste se negó a enviársela y por el contrario inició una serie de llamadas injuriosas, razón por la cual decidió citar a su despacho al gerente del Fondo, pero igualmente allí asumió una actitud de grosería e irrespeto, razón por la cual le había ordenado a los agentes del DAS que allí estaban que condujeran a este señor a las dependencias del DAS.

Se recepcionaron las declaraciones de los miembros del DAS y del agente de la Policía Nacional quienes dijeron haber conducido al Gerente del Fondo sin resistencia de parte de éste y que luego de intercambiar con el Gobernador y sin escuchar palabras injuriosas les ordenó que lo tuvieran retenido en las dependencias del DAS.

Por su parte las empleadas de la Gobernación Nohora Aristizábal Santiago y María Helena Fadul Dangond dicen haber escuchado de parte de Díaz Ariza y en forma similar declara el chofer de la Gobernación Armando Palencia Acosta.

Se recepcionó declaración a Díaz Ariza quien dice que el día de los hechos recibió la visita altanera de dos agentes del DAS y uno de la Policía quien luego de solicitarle la identificación, le pidieron que lo acompañara hasta la Gobernación, donde el Gobernador le exigió la entrega de documentos relacionados con el Fondo Ganadero y como se negara a ello determinó que fuera privado de la libertad dando orden en este sentido a los agentes del DAS.

José M. Orozco Manjarrés en su calidad de Secretario de Gobierno y Alfonso Fernández Oñate, como Secretario General, dicen no haber podido precisar los hechos por estar un poco retirados, pero que sí escucharon voces alteradas, sin poder determinar el contenido de las mismas.

Nazly Rodríguez Guerra dice haber tenido conocimiento de los insultos que días después escuchó a Díaz Ariza como se jactaba de ello.

En la diligencia de audiencia pública el procesado fue enfático en manifestar que la resolución de sanción se había proferido el cuatro y que ese mismo día había sido notificada en las mismas dependencias de la Gobernación y que anticipó la liberación, mediante otro acto por considerar que como el siete de agosto se producía un cambio de gobierno era mejor para evitar incurrir en una detención arbitraria, dejar todo solucionado desde el día anterior.

La intervención del agente del Ministerio Público

Solicitó a la Gobernación se dictara una sentencia absolutoria en favor del procesado, puesto que considera que fue efectivamente irrespetado y que legalmente estaba facultado para imponer sanción de arresto a quien lo había agraviado y que si no lo hubiera hecho estaría incumpliendo sus funciones.

Hizo entrega de un resumen de sus alegaciones y copia de un salvamento de voto del doctor Gómez Velásquez, donde se plantea la excepción de inconstitucionalidad, al darse aplicación a los artículos 27 y 28 de la Constitución Nacional que no pueden prever formalismos establecidos para que el funcionario público que se vea irrespetado no pueda interponer tales sanciones de manera expedita y rápida.

La intervención del defensor

Consideró el apoderado del procesado que debía darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 309 y 310 del Código de Régimen Político y Municipal, puesto que son normas manifiestamente contrarias a la Carta ya que el artículo 27 de la Constitución Nacional establece excepciones al artículo 26 de ésta que consagra el debido proceso. Cita igualmente el antes aludido salvamento de voto del doctor Gómez Velásquez, para terminar planteando que los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción pueden penar con multa o arresto a quienes les falten al respeto; que en igualdad de circunstancias se encuentran los jefes militares que pueden poner penas *in continenti* para contener una insubordinación o motín militar o para mantener el orden cuando se encontraren al frente del enemigo y finalmente los capitanes de buque que tienen iguales facultades para reprimir los delitos cometidos a bordo de los buques cuando estuvieren en altamar.

Analizando el artículo 309 del Código de Régimen Político y Municipal, sostuvo que de manera expresa no están incluidos en la misma el Presidente de la República, los gobernadores, los prefectos y los alcaldes; a renglón seguido criticó el contenido del artículo 310 del mismo estatuto, al exigirse la presencia del secretario, pues esta doble presencia sólo se da en los despachos judiciales y que es conveniente, porque si se falta el respeto al Magistrado cuando éste se encuentre solo, se podría quedar impune esa afrenta a la dignidad del funcionario.

Refiriéndose al segundo inciso, sobre la base de la necesaria notificación del infractor cuando se desconoce cuál pueda ser su paradero, igualmente podría generar impunidad.

Afirma que la norma aplicable es el artículo 127 que es la única norma legal citada por el Gobernador en su resolución y en ningún momento el artículo 310 como lo sostuvo el anterior Procurador Delegado, porque en virtud de este artículo tiene la facultad de imponer sanciones a quienes les falten al respecto sin que allí se señale procedimiento de ninguna naturaleza.

Concluye que los artículos 309 y 310 se refieren a funcionario con jurisdicción y que las normas que se refieren al Presidente y a los Gobernadores y alcaldes son anteriores a los artículos 309 y 310 y además se trata de preceptos especiales que deben primar sobre los generales, y que por tanto el Gobernador no estaba obligado a observar el procedimiento señalado en el artículo 310.

Fundamentado en el salvamento del doctor Gustavo Gómez Velásquez, concluyó que el artículo 310 era claramente contrario al espíritu del artículo 27 de la Constitución Nacional y fundado en el artículo 215 de la misma solicitó se deje de aplicar por vía de excepción, puesto que la fundamentación de la resolución del

Gobernador lo es con base en el numeral 18 del artículo 127 del Código de Régimen Político y Municipal.

Sostiene igualmente que la Corte hace consistir las violaciones al procedimiento en el hecho de no haberse notificado la resolución de sanción el mismo día cuatro, sino el seis, apreciación errada que surge de un oficio sin número que se envió al jefe del DAS el día últimamente citado para que se enterara de la Resolución, pero no para que se notificara.

Finalmente consideró que la atenuante o eximente de responsabilidad prevista en el literal f) del artículo 136 del Decreto número 1950 de 1973 era aplicable en este caso concreto puesto que el Gobernador actuó en estado de ofuscación en virtud de las graves ofensas recibidas.

Termina solicitando la absolución del procesado.

Consideraciones de la Corte

Es evidente que la norma de carácter general en cuanto al cumplimiento de los requisitos del debido proceso, lo es el artículo 26 de la Constitución Nacional, pero es igualmente cierto que en el artículo 27 de la Carta se consagran tres excepciones al principio general, porque la norma últimamente citada establece que no obstante la obligación de respetar el debido proceso ello "no obsta para que puedan castigar sin juicio previo...

1. *Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo.*

2. *Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas* in continenti, *para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener al orden hallándose en frente del enemigo.*

3. *Los capitanes de buque que tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo".*

La existencia de esta excepción fue aceptada como tal en el fallo de exequibilidad en relación con el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil el 2 de octubre de 1984, con ponencia del honorable Magistrado Alfonso Patiño Rosselli al sostenerse:

"Si precisamente como excepción a la regla del artículo 26 de la Carta Política, establece el artículo 27 el que los funcionarios que ejerzan autoridad o jurisdicción que pueden penar, sin juicio previo y en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley, a cualquiera que les injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo, evidentemente no es contraria a la Constitución la norma del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil que dispone que, mediando un trámite previo, puede el juez imponer pena en el caso de que la injuria o falta de respeto no se realice en el acto en que estén desempeñando sus funciones sino aún después pero por razón de ellas, pues no se vulnera en esta hipótesis la regla del artículo 27-1 que es excepcional, y por el contrario se aplica la del artículo 26 que es precisamente la regla general".

La Sala de casación penal con ponencia del honorable Magistrado Guillermo Duque Ruiz en providencia del 26 de abril del año en curso sostuvo que el juez procesado no estaba obligado a cumplir el procedimiento establecido en el artículo 39-2 del Código de Procedimiento Civil, concluyendo que:

"No obstante que el acusado hubiera puesto como fundamento de su decisión la referida norma, la Corte considera que no estaba obligado a seguir el procedimiento en ella previsto (art. 39 C. P. C.), porque la misma Constitución Nacional para casos como el protagonizado por Del Vecchio, faculta al funcionario a imponer la sanción, sin juicio previo. La norma general es que 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'... (art. 26 de la Constitución Nacional), pero el artículo siguiente consagra tres excepciones, de las cuales es pertinente destacar la primera: 'La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin perjuicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley: 1° Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo'. Esta norma exige que los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, entre los cuales obviamente se encuentran los jueces de la República, estén realizando un acto propio de sus funciones oficiales, y que durante el desarrollo de tal acto, sean injuriados o se les falte al respeto. La injuria o el irrespeto deben ser concomitantes con la ejecución del acto propio de su función oficial, toda vez que la norma constitucional busca asegurar que el acto oficial pueda cumplirse efectiva y dignamente".

Este criterio ahora aceptado por la Sala, ya había sido vislumbrado previamente por el honorable Magistrado Gómez Velásquez, cuando salvó el voto en un caso de detención arbitraria, en providencia del 26 de noviembre de 1980, cuando sostuvo:

"El poder disciplinario del juez para enfrentar una falta a su debido respeto, causada en el ejercicio de sus funciones, se ha querido regular por lo que dicen los artículos 39-2 del C. P. C. y 309/310 del C.R.P.M.

En el caso *sub júdice* se ha declarado responsable a la juez A.G.A., del delito de 'detención arbitraria', por no haberse ceñido, en la sanción impuesta a J.A.N., a la norma que equivocadamente citara para este efecto o sea el artículo 39-2 del C. P. C. Más específicamente porque 'para poder privar legítimamente de su libertad a J.A.N., la juez A.G.A... tenía que haber hecho notificar antes la providencia y luego esperar a su ejecutoria, en caso de que no hubiera sido revocada en atención a la posible interposición de un recurso de reposición'.

Este ha sido, conviene repetirlo, el criterio que domina la doctrina y la que ha servido para privar de libertad a muchos funcionarios injuriados y para tronchar su futuro profesional, al menos como integrantes de cualquiera de las ramas del servicio público.

El suscrito entiende que esta tesis, de la cual me aparto, ha podido prosperar por el olvido que se hace del texto y finalidad de los integrados artículos 26 y 27 de la C. Nacional, que conviene reproducirlos:

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

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

Artículo 27. 'La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley:

1. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo.

2. Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas *in continenti*, para contener una insubordinación o motín militar o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo.

3. Los capitanes de buque, que tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo'.

Como bien puede observarse, la ausencia de juicio previo (v. gr. notificaciones, recursos, ejecutorias, etc., o lo autoriza la Constitución para sancionar con multa o arresto a quien injurie o falte al respeto, al momento de actuar en ejercicio de las funciones de su cargo, a funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción (v. gr. Presidente de la República, gobernadores, jueces, magistrados, alcaldes). La Ley, en la autorización contenida en la expresión 'los casos... que señala la ley' podrá agregar otros, pero nunca desconocer el que expresamente ha mencionado la Constitución (faltan al respeto en el acto de ejercicio de funciones).

De manera que es necesario establecer las siguientes conclusiones:

1. El artículo 27 de la C. N. establece excepción de tanta transcendencia, como que tiene que ver con una garantía fundamental, sólo para afrontar una injuria o irrespeto en momento de ejercitar legítimas funciones oficiales. Este aspecto no puede ser motivo de legislación por fuera de la Constitución para extender su alcance, fijarle un procedimiento y desvirtuar la finalidad perseguida por la Carta, la misma que don José María Samper precisó en estos términos: 'Pero sí la disposición contenida en el artículo 26 fuera de aplicación absoluta, ni habría modo de que las autoridades se hiciesen respetar en determinados momentos, ni sería posible mantener la necesaria disciplina en el Ejército, ni a bordo de las naves nacionales que, hallándose lejos de los puertos donde hay autoridades, estarían expuestos a motines o actos de muy perniciosa desobediencia. De ahí la necesidad de dejar campo libre a la ley para que determine los casos en que un superior o un funcionario que ejerza autoridad, pueda imponer ciertos castigos breves y sumarios, sin formalidad de juicio'.

2. Cuando la legislación invade esta órbita tan bien precisada por la Carta, puede aplicarse la excepción de inconstitucionalidad o desaparecer la disposición que así la contraríe por la acción de inexequibilidad.

3. La desobediencia no es aspecto que esté propiamente comprendido en el citado artículo 27 de la C. N., cuestión que sí está recogida en el artículo 39-1 del C. P. C. y en el artículo 309 del C. R. P. M.

4. Si el citado artículo 27 de la C. N. se refiere a 'injuria' o falta al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo, quiere esto decir que cuando tales agresiones se produzcan, no en ese acto sino por razón o con ocasión de sus funciones, debe acudirse a los mencionados artículos 39 y 309.

5. Si no se trata de funcionarios con autoridad o jurisdicción, pero al fin empleados públicos ofendidos o desobedecidos, la normación jurídica atendible es la que se dispone en los artículos 309 del C. R. P. M.

6. Los 'precisos términos que señala la ley' es expresión que se circunscribe a establecer, por la ley, el monto de la multa, el límite del arresto o la extensión a otros especiales eventos. No implica, como se pretende, la fijación de un procedimiento, equivalente a juicio, así sea sumario, porque entonces la C. N. estaría contradiciéndose flagrantemente al excepcionar del mismo los tres casos que señala perentoriamente en su artículo 27 y dejar tal regulación a la ley. En otros términos, indicaría la ausencia de juicio y defiriría a la ley su establecimiento.

7. A nadie se le ha ocurrido que los artículos 39 del C. P. C., y 309 y 310 del C. R. P. M., rijan la actividad disciplinaria de los jefes militares a que se refiere el aparte 2° del citado artículo 27 o la de los capitanes de buque señalados en la tercera sección. Y, entonces, si las tres hipótesis integran un todo (aspecto que se acentúa con el empleo de las voces *'in continenti'* y 'en el acto') y consultan una misma realidad y solución ¿por qué se hace el distingo en perjuicio de los funcionarios con autoridad y jurisdicción agraviados en el momento mismo en que cumplen funciones propias a su cargo? ¿alguien podrá imaginar la efectividad de una norma como la que exige la mayoría de la Sala, cuando se trata de personas trashumantes, sin residencia o domicilio relativamente fijo? ¿cuál será el destino de una función impedida por agravios o injurias que, para ser contenidos, requieren de un informe secretarial o manifestación de testigos, pronunciamiento de resolución, notificación personal y espera de ejecutoria, después de contestarse un recurso de reposición? La inmediatividad, la celeridad, la drasticidad es lo que indica la Constitución Nacional, en precepto que no puede desconocerse ni desfigurarse.

8. La responsabilidad disciplinaria o criminal del juez que entiende por ofensa lo que no es, que confunde aquélla con la expresión de razones legítimas o censuras justificadas, etc., que crea artificiosamente el motivo y su significación o desborda la proporción del castigo, es la garantía que reserva la Constitución para el sancionado de indebido modo. Pero no es dable, para fortificar la defensa de éste, disminuir el derecho acordado al funcionario, establecido por la Constitución Nacional para evitar que la autoridad se deteriore, se pueda impedir impunemente o retardar en forma perjudicial el cumplimiento de una legítima función. Debe estarse a lo que manda y quiere la Carta a este respecto.

"Por eso como el agravio sí existió por parte de J. A. N. y se produjo en momento en que actuaba la juez en ejercicio de una legítima y obligante función, y ésta no

excedió el límite de la sanción disciplinaria de arresto, es por lo que debió impartirse un fallo absolutorio".

En las condiciones establecidas previamente es dable concluir que Dangond Daza *actuó dentro de los lineamientos constitucionales establecidos en la Carta, porque está demostrado que fue efectivamente injuriado e irrespetado y que por tanto no estaba obligado a cumplir con el procedimiento impuesto en el artículo 310 del C. R. P. M.*

Si esa fue la actuación del ex gobernador justo es reconocer que su conducta fue perfectamente legal y que por tanto se lo debe absolver de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder.

Son suficientes las consideraciones precedentemente realizadas 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:

Primero. ABSOLVER al señor Jorge Dangond Daza, procesado por el delito de Detención Arbitraria por hechos realizados en su calidad de Gobernador del Cesar, entre el cuatro (4) y el seis (6) de agosto de 1982.

Segundo. REVOCAR la medida de aseguramiento de Caución Prendaria y consecuentemente ordenar la devolución de la suma de cincuenta mil pesos ($50.000.00) prestados con tal fin, ordenándose al Banco de la República la devolución de tal cifra de dinero.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

1° EXTORSION - TENTATIVA

Si no se afecta la libertad de autodeterminación de las víctimas, ni el patrimonio económico, se ha de concluir que el delito de Extorsión no tuvo consumación y por tanto ha debido aplicarse el artículo 22 del C. P.

2° VIOLACION DIRECTA - TECNICA

Es antitécnica la demanda cuando el censor plantea al amparo de la misma causal una impugnación como principal y otra como subsidiaria, como el error de derecho en cuanto a la aducción de la prueba y un falso juicio de legalidad en la estimación de la misma o cuando involucra alegaciones que son incompatibles, como cuando pretende el reconocimiento de errores *in iudicando* y hace alegaciones que corresponden a errores *in procedendo*.

Sentencia casación. 10 de junio de 1988. Casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Edgar Darío Guevara y a Jorge H. Guerrero Reyes, por el delito de Extorsión y no concede el subrogado de la condena condicional.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada acta número 036 del 31 de mayo doce 1988.

Bogotá, D. E., diez de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Por sentencia del 17 de octubre de 1986 el Juzgado 38 de Instrucción Especializado condenó a Edgar Darío Guevara y a Jorge H. Guerrero Reyes a la pena principal de 18 meses de prisión como responsables del delito de tentativa de extorsión. Por

sentencia de segunda instancia se los condenó a sesenta (60) meses de prisión por el delito consumado.

Interpuesto oportunamente el recurso, fue concedido y declarado admisible por esta Corporación, para posteriormente ser declarada ajustada a las exigencias legales, la demanda oportunamente presentada.

En el trámite del recurso extraordinario de casación se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó se casara parcialmente la sentencia impugnada.

Procede la Corte a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos

Los hechos que dieron origen a este proceso fueron denunciados por Miguel Antonio Farieta Sarrias, al poner en conocimiento de las autoridades que tanto él como su esposa eran víctimas de llamadas y escritos por medio de los cuales los trataban de extorsionar, por personas que se decían pertenecer al movimiento subversivo M-19, quienes solicitaban la suma de dos millones de pesos, amenazándolos de que en caso de no acceder a sus pretensiones, sus vidas y la de su pequeña hija correrían peligro.

Las víctimas pusieron los hechos en conocimiento de los agentes del Grupo Anti-extorsión y Secuestro del DAS, quienes les insinuaron grabaran las conversaciones y que siguieran el juego de los extorsionistas, procedimiento por medio del cual se logró capturar a varias personas.

Actuación procesal

Se dictó auto cabeza de proceso el 15 de abril de 1986 por el Juzgado 38 de Instrucción Criminal Especializado.

Fueron indagados Edgar Darío Guevara Torres y Jorge Humberto Guerrero Reyes.

Se decretó la detención preventiva de los indagados por auto del 24 de abril de 1986 por el delito de extorsión.

Por auto del 8 de julio de 1986 fueron citados a audiencia pública Jorge Humberto Guerrero Reyes y Edgar Darío Guevara por el delito de extorsión.

Se celebró la diligencia de audiencia pública el 9 de octubre de 1986.

Por sentencia de primera instancia del 17 de octubre de 1986 se condenó a los procesados a la pena de dieciocho (18) meses de prisión como responsables del delito de extorsión.

Por sentencia del 5 de febrero de 1987 se confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia modificándosela en cuanto al monto de la pena.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

La primera demanda fue presentada por el poderdante de Edgar Darío Guevara Torres, al amparo de la causal primera, cuerpo primero, por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por violación directa al haberse excluido la aplicación del artículo 22 del Código Penal.

Estima el recurrente que la pena impuesta fue para el delito consumado y que evidentemente se ha debido condenar por el delito imperfecto, porque considera que con el solo constreñimiento del delito no se perfecciona y para que ello se produzca es menester que se obtenga provecho ilícito.

La segunda demanda fue presentada por el poderdante de Jorge Humberto Guerrero Reyes; presentó dos cargos, el primero al amparo de la causal primera por la existencia de un error de derecho en cuanto a la aducción de la prueba recaudada.

Conceptúa el impugnante que el sentenciador tomó como existentes en el proceso las grabaciones de las conversaciones telefónicas por los procesados, pero que ellas jamás fueron aportadas al proceso, además que las pruebas practicadas preliminarmente por la Policía no se autorizaron por el instructor y que en realidad la policía lo que realmente hizo fue convertirse en coautores del delito de extorsión, puesto que por insinuación propia fueron éstos quienes tomaron el puesto de las víctimas y se impidió que hubiese una relación entre los sujetos de la infracción, para que pudiera pensarse en los supuestos fácticos indispensables sobre la existencia de la ilicitud.

"Subsidiariamente" plantea el censor una violación indirecta de la ley por falso juicio de legalidad en la estimación de la prueba tomada como base para pronunciar la sentencia impugnada.

Sostiene el recurrente que los procesados no obraron por sí mismos, puesto que fueron compelidos o provocados por los agentes del DAS y por tanto la promesa fue irreal, al igual que la supuesta entrega del provecho ilícito y que en tales condiciones la prueba así levantada no contenía visos de legalidad y al habérsela dado el sentenciador de instancia incurrió en violación indirecta de la ley, al darle valor a una prueba que no la tenía.

Plantea un tercer cargo al amparo de la causal segunda, por haberse dictado la sentencia sin tener consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, pues sostiene el impugnante que el llamamiento a juicio lo fue por el delito de extorsión en grado de tentativa, mientras que la sentencia condenatoria de segundo grado lo fue por el delito consumado, sin que en la etapa de la causa se hubieran producido hechos que modificaran los cargos formulados en el auto de proceder.

Como conclusión de sus argumentaciones solicita a la Corte se case la sentencia para que en su lugar se dicte la sentencia de sustitución.

EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Considera que la demanda debe prosperar, puesto que estima, luego de hacer amplias consideraciones sobre la tentativa y la consumación del delito de extorsión, termina por concluir que éste no se realizó puesto que la finalidad querida por los

sujetos activos del delito no se consiguió por la oportuna intervención de los funcionarios del DAS, para concluir contestando a una hipotética pregunta de ¿cuándo puede darse la tentativa en la extorsión? a la que contesta: "... el dispositivo amplificador del tipo se puede estructurar hasta un momento antes de que se complete la realización de la exigencia, al ser interrumpida la cadena causal por factores ajenos a la volundad del agente" considerando además que las exigencias son rechazadas por la víctima "es claro que en ese preciso momento se interrumpe la cadena causal, impidiéndole al extorsionador el logro de sus objetivos, o lo que es lo mismo, se imposibilita la consumación del ilícito. No se estructura el constreñimiento mucho menos la extorsión".

En relación con la segunda demanda, critica su falta de técnica al plantear una impugnación como principal y otra como accesoria.

Refiriéndose al primer cargo dice que tratándose de la infracción indirecta de la ley, el actor se limita a hacer una enunciación general de la violación, sin precisarla, como lo exige la técnica del recurso extraordinario. Sostiene que en primer lugar señala el quebrantamiento de los artículos "215, 216 y 220 del Código de Procedimiento Penal para invadir luego los terrenos de la causal cuarta, para denunciar la violación del artículo 26 de la Carta y del 1° del Código de Procedimiento Penal para terminar señalando los artículos 22 y 355 del Código Penal, en lo que parece es la consecuencia de la nulidad constitucional alegada".

Posteriormente y de manera subsidiaria propone lo denominado por el actor como "Falso juicio de legalidad en la estimación de la prueba tomada como base para pronunciar la sentencia impugnada... si la sentencia del Tribunal Superior quebrantó la ley sustancial dando un valor que la prueba no tenía, puede acontecer también un falso juicio de legalidad, a más de concretarse el error de derecho por la forma de aducción de la prueba...".

Sostiene el Procurador Delegado que en realidad lo que se propone es un falso juicio de convicción, sobre el valor probatorio de la trama armada por los agentes del DAS, prueba que ya había cuestionado en cuanto a su aducción "creando una antonimia imposible de resolver".

A continuación sostiene: "En efecto, si se invoca el falso juicio de legalidad se supone que el fallador cometió un yerro en cuanto a la validez jurídica de la prueba (aspecto formal), bien porque se le niega pese a tenerla, bien porque se le otorga aunque carece de ella. En cambio el falso juicio de convicción presupone que el fallador ha aceptado su eficacia legal pero cuestiona su valor procesal (aspecto material), ora porque le niega su importancia probatoria, ora porque se la tergiversa.

Termina sosteniendo que se presenta una proposición incompleta que impide conocer la violación alegada, pero que además rompe el principio de autonomía de las causales al alegar en el mismo cargo y sobre las mismas pruebas una violación indirecta y una nulidad constitucional; alegando simultáneamente sobre las mismas pruebas un falso juicio de legalidad y uno de convicción.

En relación con el segundo cargo, sostiene el Colaborador Fiscal que el recurrente confunde las circunstancias genéricas de agravación con las específicas,

para afirmar que sólo éstas deben estar con el auto de proceder, mientras que las genéricas se deducen en la sentencia para efectos de la tasación de la pena y que en la sentencia atacada se dedujeron agravantes genéricas descartándose una falta de concordancia entre el auto de proceder y la sentencia.

En relación con el desconocimiento por la instancia de reconocer el grado de tentativa "tampoco se estructura una controversia con el pliego de cargos. Como atrás vimos, son la calificación genérica del hecho y las circunstancias específicas lo que se debe formular en el vocatorio a juicio, lo que nos conduce a señalar que no es de exigencia legal su formulación en aquel momento y sólo deberá establecerse claramente en el momento de fijar el *cuantum* de la pena (art. 61 C. P.). Por lo tanto, el desconocer su aplicación comporta un yerro que se sitúa en la infracción directa por exclusión evidente, lo que nos indica que el actor equivocó la vía de impugnación".

Consideraciones de la Sala

La primera demanda sólo contiene un cargo contra la sentencia impugnada al amparo de la causal primera, cuerpo primero, por considerar el actor que la decisión de instancia es violatoria de la ley sustancial por infracción directa, por exclusión evidente en la aplicación del artículo 22 del Código Penal.

Sostiene el actor en la demostración del cargo, que el delito de extorsión vulnera la libertad de autodeterminación y el patrimonio económico y que por el solo hecho de constreñir a alguien, no puede hablarse de la consumación del delito, puesto que es imprescindible que se presente el provecho económico y reconoce que si bien es cierto que los procesados Edgar Darío Guevara Torres y Humberto Guerrero, efectuaron las llamadas telefónicas, según lo confesaron "también lo es que tales amenazas no fueron suficientes para doblegar la voluntad del sujeto activo, y fue así como en forma inmediata el señor Miguel Antonio Farieta, comunicó y denunció los hechos ante el DAS montándose el operativo correspondiente que finalmente llevó a la captura de los procesados. Cita a renglón seguido la sentencia de la Sala que mayoritariamente reconoció la existencia de la tentativa en el delito de extorsión para finalizar solicitando a la Corte dicte sentencia del reemplazo reconociéndose la existencia de la tentativa".

El Procurador Delegado luego de un amplio análisis sobre los aspectos dogmáticos solicita se case parcialmente la sentencia impugnada, al considerar que el delito de extorsión como "plurimomentual" pues en su desarrollo se distinguen fácilmente cuatro momentos, separados en la categoría tempoespacial. El primero de ellos está constituido por las amenazas hechas a la víctima para plegarla a los deseos del extorsionador. El segundo se estructura cuando el sujeto recibe la amenaza y a nivel de la cognición examina la calidad de la exigencia. Se presenta entonces, el tercer momento que puede tomar dos rumbos: o bien, acepta las exigencias o bien las rechaza, enfrentándose al delincuente o escapando a su influencia. Si se escoge la primera opción, hará lo necesario para cumplir los deseos del extorsionador, momento en el cual surge el cuarto. Extra-atípicamente, encontramos un quinto (presente en el Código Rocco) que no es otro que la obtención del provecho ilícito.

"Como bien puede verse, la extorsión puede enrumbarse –principalmente– por dos cadenas finalísticas alternativas, con obvios resultados contrapuestos. La primera, a la que puede llamarse Real sigue en pos del resultado por el agente. La segunda, en cambio, de carácter aparente comparte con la primera su nacimiento, pero con el rechazo del sujeto pasivo a la pretensión ilícita, se desvía para buscar un objetivo propio que se contrapone al del actor".

"Aparece entonces, una mise en scene *que, supuestamente, sigue los deseos del extorsionador, pero que en verdad frustra su cometido. Las trampas urdidas por la policía, son el clásico ejemplo. Como algo excepcional puede darse una tercera cadena que es muy problable desemboque en la comisión de otro ilícito. Se presenta cuando la víctima rehúsa pasivamente las exigencias, quedándole al delincuente dos caminos: el cumplimiento de las amenazas o el desistimiento de las mismas" para terminar concluyendo que es perfectamente posible que en el delito de extorsión se dé la tentativa.*

De los hechos investigados por medio de este proceso evidentemente se ha de reconocer, que el mismo día que la familia Farieta recibió la primera llamada extorsiva recurrió al auxilio de las autoridades (10 de abril de 1986) y de allí en adelante hasta la captura de los extorsionistas, toda la actividad realizada por las víctimas fue de conformidad con las instrucciones recibidas por los agentes del DAS, incluida la entrega del denominado "paquete bomba" presuntamente contentivo del dinero reclamado por los plagiarios.

La captura se produce el 15 del mismo mes y año, mientras que el auto cabeza de proceso se dicta el día 16. En las condiciones anteriores podría afirmarse con claridad meridiana, que si bien hubo el proferimiento de llamadas amenazantes con el propósito ilícito de constreñir a las víctimas para obligarlas a proporcionarles un provecho ilícito consistente en la entrega de una determinada suma de dinero, y tan no se afectó la libertad de autodeterminación de las víctimas escogidas que el mismo día que recibieron la primera llamada amenazante acudieron en auxilio de las autoridades y de allí en adelante toda su actuación estuvo guiada por las indicaciones que éstas les hicieron.

Y si no se afectó la libertad de autodeterminación de las víctimas y menos aún el patrimonio económico pues en ningún momento tuvieron la intención de acceder a las pretensiones ilícitas, necesariamente se ha de concluir que el delito de extorsión intentado por los delincuentes no tuvo consumación y por tanto ha debido darse aplicación al artículo 22 del Código Penal, que contempla el dispositivo amplificador de la tentativa.

En reciente sentencia aprobada mayoritariamente y de la que fue ponente el Magistrado Lisandro Martínez Zúñiga, se sostuvo la posibilidad que el delito de extorsión admitiera la tentativa (29 de septiembre de 1987), argumentando que:

"Se ha sostenido dentro del esquema de la aceptación de la distinción entre delitos de mera conducta y delitos de resultado que el verbo constreñir es verbo transitivo, porque la conducta trasciende en busca de una finalidad que los hace de resultado.

Tal argumento, no lo consideran algunos conducente, pues parten del principio de que aceptan no la concepción naturalística del resultado, sino la jurídica. En

providencia de abril de 1986, casación de José Helí Ramírez, se esbozó la diferencia entre la concepción naturalística del resultado y la jurídica; se recordó como es 'bien sabido que la primera acepta como tal los efectos materiales de la conducta humana bien sea físicos, fisiológicos y patrimoniales'. En cambio la concepción jurídica del resultado 'éste es el efecto de la conducta, o sea la lesión del interés tutelado por la norma y vinculado lógicamente por nexo causal'.

Evidentemente en el caso concreto de la extorsión, el resultado se produce aún desde el punto de vista naturalístico, pues hay efectos psicológicos y patrimoniales, como se determinó en la providencia de abril de 1986, ya citada.

De lo expuesto se deduce que el argumento de la calidad de transitivo del verbo constreñir, encaja más dentro de la concepción naturalística, mas no es extraño a la jurídica, pero en este caso concreto no es menester una definición doctrinaria, pues como lo ha dicho esta Corporación, dentro de cualquier concepción, dentro de cualquiera de las hipótesis, el verbo constreñir, es de resultado.

Delitos unisubsistentes o plurisubsistentes: Es indiscutible que el delito en su dinámica puede ser materia de desmembración cronológica. Hay delitos en los cuales se pueden entremezclar los momentos de los actos de ejecución y de consumación y en los cuales basta un acto único para su perfeccionamiento.

Pero hay otros cuyo *iter criminis* puede tener amplia repercusión temporal; el secuestro y la estafa; son varias las etapas cronológicas que se requieren para su consumación.

Es tan compleja la descripción de la extorsión que se requieren pluralidad de conductas, que es exagerado fijar un momento preciso, o darle a una frase o un escrito la virtud mágica de la consumación; por eso la doctrina contemporánea ha descartado la pertinencia de la clasificación de los delitos entre formales y materiales o de mera conducta o resultado, para resolver un problema predominante cronológico es el de *iter criminis*.

Tal enfoque se ha reemplazado por otro, basado en un indispensable, pero olvidado presupuesto cronológico: el de delitos unisubsistentes o sea aquellos en los cuales basta un acto único para perfeccionarse y plurisubsistentes o de ejecución compuesta, que requieren varios actos para su cumplimiento.

Para los primeros se descarta ontológicamente la tentativa, la cual se acepta para los segundos.

No se trata de una lucubración sofisticada, sujeta a basamentos discutibles, sino de la aceptación de realidades fácticas fundadas en el innegable factor temporal.

La amplia disección de todo el proceso de ejecución de la extorsión, las variadas discriminaciones temporales, los numerosos distingos y clasificaciones fácticas que recalca el colaborador fiscal en su interesante estudio, pueden aceptarse como muestra indiscutible de la innegable y amplia gama temporal que abarca este complejo delito".

En las condiciones anteriores y estando en un todo de acuerdo con el interesante estudio planteado por el Agente del Ministerio Público se casará parcialmente la sentencia, procediéndose a dictar el fallo de reemplazo.

La segunda demanda contempla dos cargos, el primero de ellos al amparo de la causal primera cuerpo segundo plantea un error de derecho en cuanto a la aducción de la prueba recaudada, como acusación principal; y dentro de la propia causal, una impugnación subsidiaria, también por violación indirecta, por haber incurrido la instancia en un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Como bien lo destaca el colaborador fiscal son evidentes los errores de técnica en que incurre el censor, pues plantea al amparo de la misma causal una impugnación como principal y otra como subsidiaria, en contra de la opinión reiterada de esta Corporación en el sentido de no aceptarse el planteamiento de causales subsidiarias; porque la autonomía e independencia de las causales impide que una de ellas pueda estar supeditada a la aceptación o rechazo de la planteada de manera principal, pues la realidad de la técnica del recurso extraordinario de casación (enseña que todas las causales son independientes entre sí y que por tanto no pueden estar planteadas de manera subsidiaria dando la sensación de que están conectadas entre sí, cuando bien se sabe que ello no es posible.

Pero los errores de técnica en que incurre el censor no quedan allí, pues dentro de la misma causal y refiriéndose a las mismas pruebas alega simultáneamente, como impugnación principal y subsidiaria, un error de derecho en cuanto a la aducción de la prueba y un falso juicio de legalidad en la estimación de la misma, en peticiones que no solamente desconocen la independencia y autonomía de las causales, sino que propone impugnaciones que son contradictorias, porque en relación con el error de derecho en cuanto a la producción de la prueba, sostiene que los medios probatorios preliminares practicados por el DAS no fueron autorizados o decretados por el juez; y en la impugnación sobre el falso juicio de legalidad en la estimación de la prueba (falso juicio de convicción), al considerar que el sentenciador de instancia dio un valor que las pruebas practicadas por la policía no tenían.

Y se trata de proposiciones contradictorias, porque el falso juicio de legalidad en el error de derecho significa el incumplimiento de los presupuestos axiológicos de la prueba y denota haberle dado validez jurídica a una que no reúne los requisitos exigidos por la norma que establece su rito. Es decir que en el falso juicio de legalidad se le da un valor a una prueba que violó, como en este caso se pretende por el censor, las normas que regulan la aducción de la prueba al ser desconocidas y por tanto no ha debido ser apreciada y al hacerlo se incurre en un evidente error de derecho, es decir que en este caso la prueba ingresó ilegalmente al proceso y por tanto no debe ser tenida en cuenta en el momento de la valoración probatoria y por ello el error del juzgador consiste en apreciarla dándole un valor determinado, cuando lo correcto es que desconozca su existencia; mientras que el falso juicio de convicción, consiste en darle un valor distinto al que la ley le ha asignado a una prueba determinada, pero esta segunda hipótesis del error de derecho supone que la prueba haya sido producida en el proceso con el respeto de las normas que regulan su aducción al mismo.

En las condiciones anteriores es evidente la contradicción en que incurre el censor, porque refiriéndose a una misma prueba y dentro de una misma causal simultáneamente alega que la instancia incurrió en error de derecho por un falso juicio de legalidad en cuanto a la aducción de la prueba y en un falso juicio de convicción en cuanto al valor legal de esa misma prueba.

Pero son mayores aún los errores de técnica en que incurre el impugnante, puesto que es sabido que el recurrente debe señalar la norma probatoria que pretende infringida, para demostrar cómo con ella se llegó a una violación de la ley sustancial (violación medio y violación fin), pero el actor se limita a sostener que se infringieron los artículos 215, 216 y 220 del Código de Procedimiento Penal, para luego hacer una serie de consideraciones relacionadas con la causal cuarta puesto que sostiene que igualmente se infringió el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal sobre la plenitud de las formas propias del proceso y se quebrantó el artículo 26 de la Carta, involucrando alegaciones que son incompatibles dentro de la técnica de casación, puesto que si pretende el reconocimiento de errores in judicando, *no puede hacer alegaciones que corresponden a errores* in procedendo, *que serían los ubicables en la causal cuarta, que corresponde a este tipo de argumentaciones.*

En tales condiciones de ausencia de técnica en la presentación del recurso, la impugnación debe ser rechazada.

Al amparo de la causal segunda plantea que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, al considerar que en el pliego de cargos se reconoció la existencia de la tentativa, mientras que en la sentencia se los condenó por un delito consumado.

Puesto que la Sala aceptó casar la sentencia parcialmente, al considerar que efectivamente se había presentado una violación directa de la ley por evidente inaplicación del artículo 22 y que en este caso la aceptación de la causal propuesta llevaría a las mismas consecuencias, considera la Sala que se debe abstener de hacer un análisis de las argumentaciones presentadas.

Debe procederse entonces a realizar la tasación de la pena que corresponde a los procesados en virtud del reconocimiento de la tentativa. En tales condiciones la pena imponible será no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo y en estas condiciones se partirá de un año, que se aumentará en la mitad por darse las circunstancias previstas en el inciso segundo del artículo 355 pues el constreñimiento se hizo consistir "en amenazas de ejecutar el acto del cual pueda derivarse..., infortunio..." y es indesconocible que la amenaza de atentar contra un niño de sólo tres años en ningún caso podría constituir mayor infortunio para los padres que reciben la amenaza.

Pero también recae sobre los procesados la circunstancia genérica de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 66 por haber obrado con la complicidad de otro y en virtud de su existencia debe hacerse un nuevo aumento de seis meses, para incrementar así la pena a dos años y medio y finalmente por existir igualmente la agravación del artículo 372-1 por la cuantía, se hará finalmente un aumento de seis meses más para que quede la punibilidad definitivamente en tres años de prisión.

A pesar de que la pena no excede los tres años de prisión y por lo menos desde el punto de vista cuantitativo se podría pensar en que se llenen los requisitos para la concesión de la condena condicional, ésta será negada, porque debe reconocerse que es la extorsión uno de los delitos más reprochables, que mayor angustia e inseguridad ocasiona en sus inocentes víctimas y porque además requiere de una especial insensibilidad del sujeto activo del delito. Debe agregarse además que el país atraviesa por una de sus etapas más críticas de la historia y que la sociedad se encuentra conmocionada por el acelerado aumento de la criminalidad, destacándose como los delitos de mayor ocurrencia y al mismo tiempo de más aguda gravedad son el narcotráfico, terrorismo, secuestro y extorsión, que sin temor a equivocaciones se puede afirmar, afectan gravemente las instituciones políticas y sociales de la patria. En circunstancias tan dramáticas y peligrosas no puede la justicia pecar por benevolencia, porque evidentemente esa lenidad afectaría las estructuras públicas del país.

La decisión se hace extensiva a ambos recurrentes pues este fue el querer del legislador de 1987, de acuerdo con los previstos en el artículo 242 del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

Las penas accesorias serán modificadas en la misma proporción, debiéndose confirmar la sentencia condenatoria en lo demás.

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 impugnada.

Segundo. CONDENAR a Edgar Darío Guevara Torres y a Jorge Humberto Guerrero Reyes a la pena principal de tres (3) años de prisión, como responsables del delito de extorsión en grado de tentativa, por el cual habían sido llamados a juicio.

Tercero. NO CONCEDER el subrogado penal de la condena condicional por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. MODIFICAR las penas accesorias en la misma proporción.

Quinto. CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

COLISION DE COMPETENCIAS

Cuando el lugar de consumación del hecho ilícito es incierto, el conocimiento a prevención del asunto por el Juez que inició la correspondiente investigación penal, aparece como un imperativo insoslayable.

Auto Colisión. 14 de junio de 1988. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados cuarenta y seis Penal Municipal de Bogotá y su homólogo veintisiete de Cali.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 37 junio 8/88.

Bogotá, D. E., junio catorce (14) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Procede la Corte Suprema de Justicia a resolver el conflicto de competencias, suscitado entre el Juez cuarenta y seis (46) Penal Municipal de Bogotá y su homólogo veintisiete (27) de la ciudad de Cali en este proceso contra los ciudadanos José Arley Muñoz González, Jaime Arturo Ramos González y otros, por el delito de hurto de bienes de propiedad del señor Ernesto Páez Díaz.

ELEMENTOS DE JUICIO

De conformidad con el abundante acopio probatorio que contiene este expediente, se tiene que con fecha 13 de noviembre de 1978 salieron del Puerto de Buenaventura dos camiones que conducidos por los individuos Arley Muñoz González y Jaime Arturo Ramos, tansportaban con destino a Bogotá varios motores y diferentes piezas para vehículos pesados, los cuales habían sido importados de los Estados Unidos de Norteamérica por el comerciante Ernesto Páez Díaz.

Está demostrado con prueba suficiente, que al llegar a su destino los dos vehículos contratados al efecto y al procederse a la entrega de la mercancía, se constató que la carga había sido saqueada violentamente, produciéndose la pérdida de 29 motores y otras valiosas piezas de la máquina que conducía Arley Muñoz, y de 3 motores y varias cajas de velocidad del camión que comandaba Jaime Arturo Ramos.

Con posterioridad fueron decomisados en Bogotá varios de los motores que hacían parte de los importados por Páez Díaz, y otros fueron incautados por las autoridades policivas en la ciudad de Cali.

Por auto del 17 de enero de 1979, el Juez sesenta y cuatro (64) de Instrucción Criminal de Bogotá ordenó la reapertura de la correspondiente investigación penal, y este funcionario luego del agotamiento de la etapa investigativa de rigor, remitió las diligencias por competencia al Juzgado veintiséis (26) Penal del Circuito de Bogotá; este último despacho agotó la averiguación sumaria, y por razón del cambio de competencias dispuesto por la Ley 55 de 1984, resolvió enviar el proceso al Juzgado cuarenta y seis (46) Penal Municipal de la capital de la República.

El funcionario últimamente determinado clausuró la investigación por auto del 9 de septiembre de 1986, y mediante providencia calendada el 26 de marzo de 1987, calificó el mérito sumarial mediante auto procesatorio en contra de Arley Muñoz, Jaime Ramos y Pablo Enrique Martínez.

Posteriormente (26 de enero de 1988), el Juez 46 Penal Municipal de Bogotá resolvió declarar nulo todo lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación –inclusive–, por cuanto, en su criterio, se había omitido vincular al sumario a persona identificada contra quien gravitaban serios indicios de participación en el hecho punible.

Ejecutoriada la providencia que había declarado la nulidad parcial de la actuación cumplida hasta el cierre de investigación, el despacho del conocimiento (46 penal municipal de Bogotá), decidió declinar la competencia para seguir conociendo del ya dilatado expediente, aduciendo que "de acuerdo con el reporte de la Policía Nacional de Cali (Valle), allí fueron también incautados un gran número de elementos que hacían parte de la mercancía hurtada al señor Pez (sic) los que fueron detectados dentro de un cargamento que transportó para otra empresa el aquí procesado José Arley Muñoz. Todo lo anterior permite concluir, razonablemente, que *existe un alto grado de probabilidad* de que el hurto aquí investigado se haya cometido en la ciudad de Cali, y si alguna duda surgiere sobre el sitio exacto en que ocurrió la depredación, ésta se presentaría indudablemente respecto a territorio del departamento del Valle, luego en principio es a un Juez penal de Cali, a quien le corresponde conocer de este proceso por competencia territorial".

En la misma providencia en comentario, el Juez cuarenta y seis (46) Penal Municipal de Bogotá le plantea colisión negativa de competencias a su homólogo de la capital del Valle, en el supuesto de que este último discrepe de sus apreciaciones jurídicas.

Recibido el voluminoso expediente por el Juez 27 Penal Municipal de Cali, éste se pronuncia mediante auto del 24 de febrero último, rechazando la competencia que le asignara el funcionario de Bogotá, en consideración a que "en el presente proceso es un hecho cierto e indiscutible que *no se ha establecido el sitio exacto donde tuvo ocurrencia el injusto penal investigado,* porque los presuntos sindicados no aceptaron su comisión y porque de la prueba de cargo tampoco se pudo determinar".

Agrega el Juez de Cali a manera de soporte de su resolución, que "cierto es que se han dado una serie de circunstancias, tales como el decomiso de algunos elementos en la ciudad de Cali, que hacen presumir que el hecho hubiere ocurrido aquí, pero también se encuentra acreditado que uno de los vehículos contratados para el transporte de la mercancía, en su trayecto Buenaventura-Bogotá, no entró a la ciudad de Cali, *lo que incuestionablemente torna más incierto el sitio de ocurrencia de los mismos*".

Consideraciones y conclusiones de la Sala

1° Resulta incuestionable para la Sala que los bienes objeto de la ilícita apropiación, se consumó durante el trayecto cumplido entre el Puerto de Buenaventura (Valle) y la capital de la República, sin que, a pesar de los esfuerzos investigativos desplegados al efecto, se hubiera podido determinar inequívocamente en qué lugar exacto del territorio nacional recorrido se cumplió el reato.

2° La circunstancia fáctica, demostrada en autos, de haberse decomisado parte de las mercancías en Cali, apenas revela, como lo aceptan de consuno los jueces trabados en el conflicto que ahora se dirime, que existe la probabilidad, pero nada más que la probabilidad, de que un segmento de la punible empresa criminal hubiera tenido ocurrencia durante el tramo carreteable comprendido entre el puerto de embarque y la capital del Valle.

3° En este orden de ideas, y como quiera que el lugar de consumación del hecho ilícito era, y aún hoy lo es, incierto, desconocido, el conocimiento a prevención del asunto por el Juez que inició la correspondiente investigación penal (el radicado en Bogotá), aparece como un imperativo insoslayable.

Ahora bien, como en esta avanzada etapa del proceso, luego de cumplida la calificación del mérito del mismo, no ha hecho presencia la prueba que establezca determinantemente el lugar donde se consumó el hecho delictuoso, lo que significa sin remisión a dudas que el territorio escenario de la ofensa al bien jurídico del patrimonio económico continúa siendo incierto o desconocido, la competencia para seguir conociendo del asunto subsiste en forma inocultable en el funcionario que a prevención dio inicio a la acción penal, y esto es así, porque como lo ha sostenido la Corte "si un Juez ha recibido denuncia sobre una infracción de su competencia en virtud de la materia, o si oficiosamente ha iniciado las sumarias respectivas, deberá seguir a cargo del asunto mientras no se conozca, vale decir, mientras no se haya establecido con prueba suficiente y no mediante simples deducciones, el sitio fuera del territorio de su jurisdicción, en que ella se perpetró".

Las precedentes razones son suficientes, para que la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–,

RESUELVA:

DIRIMIR la colisión de competencias surgida entre los jueces cuarenta y seis (46) Penal Municipal de Bogotá y veintisiete (27) penal municipal de Cali (Valle), en el sentido de afirmar que es competente el primero (46 P.M. de Bogotá), para seguir conociendo de este proceso.

Remítase copia de esta providencia al Juzgado veintisiete (27) Penal Municipal de Cali (Valle).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Marín Morales
Secretario

NOTIFICACIONES – RESOLUCION DE ACUSACION – PROCESADO

Si la notificación al procesado ausente se efectúa simultáneamente con la del defensor –los términos coinciden– se está cumpliendo con el deseo del legislador, pero si ello no es posible, hecha la notificación al defensor en la forma indicada en el artículo 472, ésta es suficiente.

Auto Segunda Instancia. 14 de junio de 1988. Se abstiene de revisar la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual se acusa a la doctora Carmen Zunilda Llanos de Flórez, Juez Promiscuo Territorial de San José del Guaviare.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 36 mayo 31 de 1988.

Bogotá, D. E., Junio catorce de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Por apelación conoce la Corte la resolución acusatoria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio proferida en octubre primero del año próximo pasado, contra la doctora Carmen Zunilda Llanos de Flórez, según hechos ocurridos cuando se desempeñaba como Juez Promiscuo Territorial de San José del Guaviare.

HECHOS

En providencia de mayo 30 de 1982, la doctora Carmen Zunilda Llanos de Flórez en su condición de Juez Promiscuo Territorial de San José del Guaviare, sobreseyó temporalmente a Pedro Escobar Velásquez, sindicado del delito de lesiones personales dentro de las diligencias por ella adelantadas; en la misma decisión se dispuso su libertad provisional previa caución. La notificación del proveído sólo se surtió el día 26 de junio siguiente y dos días después se produjo la libertad material.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Procuraduría Regional por el apoderado del procesado, entidad que corrió pliego de cargos en contra de la juez y dispuso lo pertinente para la investigación penal que inició el Tribunal de origen.

ACTUACIÓN PROCESAL

1º Acreditada en legal forma la calidad de funcionaria de la imputada, se le escuchó en injurada donde manifiesta que es al secretario a quien corresponde efectuar las notificaciones por mandato legal, y que como éste era el único empleado y había volumen considerable de trabajo, a ella le quedaba difícil controlar los términos de todos los procesos no obstante que le colaboraba en ciertas ocasiones al secretario en esa labor: "... muchas veces –dice en su indagatoria– a la suscrita le tocó hacer las veces de notificadora cuando el secretario se enfermaba y en ocasiones hasta de aseadora porque en esa localidad no hay ni quién le haga el aseo al Juzgado, necesariamente se le escapan a uno ciertas cosas..." (fl. 79 cd. ppl.).

2º Se allegó fotocopia autenticada del proceso de lesiones personales con actuación surtida hasta la diligencia de compromiso suscrita por Escobar Velásquez.

3º Cerrada la investigación, el Tribunal negó la cesación de procedimiento solicitada por prescripción de la acción y profirió resolución acusatoria por el delito de detención arbitraria, decretando su detención preventiva sin el beneficio de libertad provisional en virtud de lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 421 del C.P.P. vigente.

4º Por su parte, el Procurador 1º Delegado en lo Penal solicita a la Corte abstenerse de decidir por considerar que como consecuencia de la errónea notificación de la providencia, el escrito de apelación fue presentado extemporáneamente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La prescripción de la acción:

La Corte en primer término, entrará a estudiar lo concerniente al fenómeno prescriptivo, pues de producirse tendría que declararse con prescindencia de cualquiera otra determinación.

Claramente regulada la materia por la legislación penal sustantiva y ampliamente aclarado el concepto por la jurisprudencia y la doctrina, a la Corporación le basta decir ahora, para rebatir el argumento expresado por el apoderado de la procesada en su memorial sustentatorio del recurso, que cuando en el artículo 80 del Código Penal se indica que en ningún caso la prescripción podrá ser inferior a cinco años, sobre ésta base debe hacerse el aumento señalado por el artículo 82, sin que sea de recibo el argumento del recurrente según el cual "si la pena fijada para el caso que ocupa tiene un máximo de dos años, el tiempo máximo para su prescripción sería treinta y dos meses, pero no pudiendo ser inferior a cinco años, se prolonga el término de prescripción a cinco años, como lo dispone la norma citada..." porque el aumento del artículo 82 "se debe tener en cuenta, cuando la pena máxima sea superior a cinco años, pues en caso contrario, se estaría en situación totalmente desventajosa para quienes ejercen un cargo público".

La Corte a este respecto ha dicho:

El vigente Código Penal, a diferencia del inmediatamente anterior, consagró en su artículo 82 un incremento de una tercera parte predicable del lapso señalado en el artículo 80 ibídem, cuando las conductas delictuosas fueran cometidas dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos.

La norma en comentario, en sentir de la Sala, no es otra cosa que la concresión de la voluntad del legislador penal dirigida a que el Estado retenga en su poder por un tiempo superior al indicado para las infracciones perpetradas por los particulares o por los funcionarios que delinquen sin relación con el servicio público, la potestad punitiva que le compete privativamente para la persecución de las conductas que el ordenamiento jurídico considera dignas de represión criminal.

En este orden de ideas, surge obvio que el incremento a que alude el artículo 82 del estatuto represivo en tratándose de delitos sancionados con pena restrictiva de la libertad inferior a los cinco años, o con penas diferentes a aquélla, debe necesaria e inexorablemente aplicarse al mínimo a que se refiere el canon 80 de la codificación penal sustantiva.

De lo anterior deviene con fuerza inocultable, que cuando se persiguen delitos cometidos por sujetos investidos de la cualificación jurídica de empleados oficiales, y siempre que su delincuencia sea por causa o en relación con el cargo o función, el término de prescripción no puede ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, que es el *cuantum* temporal resultante de aplicar al mínimo del artículo 80 el incremento de la tercera parte que dispone el artículo 82 del Código Penal (auto abril 27/88, M.P. Doctor *Rodolfo Mantilla).*

No es, pues, atendible el planteamiento por contradecir el texto claro que contiene los conceptos sobre la materia.

La notificación de la resolución acusatoria:

Conforme a las reglas generales de procedimiento sobre notificaciones, la hecha por edicto al procesado no privado de la libertad a que se refiere el artículo 177 del C. de P.P. dentro de los términos allí señalados es perfectamente compatible con la referida en forma especial en el artículo 472 de la misma codificación. En tales circunstancias, ambos preceptos son claramente complementarios y ofrecen en conjunto una mayor garantía del derecho de defensa. Sin embargo, la omisión de la notificación edictal al procesado en libertad no constituye irregularidad sustancial que afecte el debido proceso ya que, según regla de hermenéutica conocida, "la disposición posterior prevalece a la anterior dentro de un mismo contexto normativo", esto es, notificado el defensor en la forma señalada en el artículo 472 del C. de P.P. ya no es necesario notificar al procesado según el artículo 177 ibídem. Ilógico resultaría dejar a la discreción del secretario el notificar por edicto, como ocurre en el caso presente, pretendiendo tomar como última notificación la efectuada 6 días después de la realizada como tal, generando inseguridad por falta de firmeza de las decisiones.

Significa lo anterior que si la notificación al procesado ausente se efectúa simultáneamente con la del defensor –los términos coinciden– se está cumpliendo con

el deseo del legislador de que sean ambos notificados pero si ello no es posible, hecha la notificación al defensor en la forma indicada en el artículo 472, ésta es suficiente. Por manera que el recurrir tres días después de efectuada (artículo 196 C.P.P.), es ciertamente hacerlo en forma extemporánea.

Consecuencia de lo anteriormente expresado es la inhibición de la Corte para revisar la providencia apelada por haber sido extemporáneo el recurso.

Así entonces, la Corte Suprema de Justicia –en Sala de Casación Penal–, de acuerdo con el concepto del señor agente del Ministerio Público,

RESUELVE:

ABSTENERSE de revisar la resolución acusatoria de octubre primero de 1987 proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio contra la doctora Carmen Zunilda Llanos de Flórez, ex Juez Promiscúo Territorial de San José del Guaviare.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

DICTAMEN PERICIAL-VIOLACION INDIRECTA

El error de derecho en la prueba pericial puede concurrir si el sentenciador ha incurrido en falso juicio de legalidad en su aducción, pero no cuando le ha otorgado un valor probatorio de acuerdo con su criterio jurídico.

Sentencia Casación. 15 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a José Edgar Alvarez Lozano y José Vidal Cañón Sandoval, por los delitos de Falsedad y Peculado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada: Acta número 38.

Bogotá, D.E., junio quince (15) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Vistos

Decide la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de junio de 1986, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la de primera instancia dictada el 7 de marzo del mismo año por el Juzgado Primero Superior de Ibagué que condenó, entre otros, a José Edgar Alvarez Lozano y a José Vidal Cañón Sandoval, a la pena principal de cuatro años y dos meses de prisión por los delitos de Falsedad en documentos públicos y Peculado por apropiación, en calidad de coautores.

Hechos

Mediante visita fiscal practicada por orden de la Contraloría Departamental del Tolima a la Tesorería Municipal de San Antonio, se encontraron algunas irregularidades cometidas por los señores Leoncio Salazar Quiñones, José Vidal Cañón Sandoval, José Isidro Parra Buitrago y José Edgar Alvarez Lozano, en ejercicio de sus funciones de Alcalde, Personero, Tesorero y Revisor Fiscal dependiente de la Contraloría Departamental, respectivamente.

Establecieron los visitadores que en varias cuentas de cobro, a pesar de que se tramitaron debidamente, los elementos que se hacen figurar no fueron suministrados al Municipio, más sin embargo sí fueron pagados por la Tesorería Municipal de San Antonio por medio de cheques, los cuales fueron cobrados mediante endosos ficticios y por terceras personas.

Lo mismo sucedió con las planillas de jornales, ya que los trabajos que aparecen como realizados no se cumplieron, pero sí fueron cancelados en idénticas circunstancias a las anteriores.

Posteriormente se estableció que los dineros provenientes del cobro de los títulos valores girados para cancelar las aludidas cuentas y planillas de trabajo, fueron entregados a los procesados.

ACTUACIÓN PROCESAL

Adelantada la investigación por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal, se vincularon mediante indagatoria a los procesados, se recepcionaron múltiples testimonios de conformidad con los cuales los acusados en su calidad de miembros de la Junta de Hacienda del Municipio de San Antonio legalizaron cuentas de cobro por bienes o servicios que nunca se suministraron ni se cumplieron, o si bien, fueron reales no ascendieron al número ni a la cuantía allí señalados; se practicaron inspecciones judiciales y peritazgos grafológicos para establecer la autoría de las firmas apócrifas de los títulos valores cobrados ilegalmente y de las facturas.

El Juez Primero Superior de Ibagué, el 31 de julio de 1984, llamó a juicio a Leoncio Salazar Quiñones en su condición de Alcalde Municipal de San Antonio, Isidro Parra Buitrago, Tesorero, José Vidal Cañón Sandoval, Personero Municipal y José Edgar Alvarez Lozano, Revisor Fiscal de la Contraloría Departamental por los delitos de Falsedad documental y Peculado. Impugnada esta decisión, fue confirmada por el Tribunal Superior el 11 de abril de 1985.

Agotada la etapa del juicio, el Juzgado de conocimiento, con fecha 7 de marzo de 1986, dictó sentencia de primera instancia, condenando a los procesados a la pena principal de cuatro años y dos meses de prisión en calidad de coautores.

Esta determinación fue compartida por el Tribunal Superior, adicionándola en cuanto a la pena principal para imponerles a los condenados además de la pena privativa de la libertad, la pecuniaria de $3.000.00 a cada uno.

Contra el fallo de segundo grado interpusieron recurso extraordinario de casación todos los afectados, pero sólo dos lo sustentaron.

DEMANDAS

El apoderado de José Edgar Alvarez Lozano y José Vidal Cañón Sandoval, en demandas separadas, pero formal y sustancialmente iguales, con fundamento en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal impetra se case la sentencia impugnada por ser violatoria indirectamente de la ley sustancial por

haberse incurrido en manifiesto error de derecho al valorarse como plena la prueba pericial grafológica en que se basó el fallo.

Expresa el casacionista que el Tribunal Superior de Ibagué violó indirectamente los artículos 218 y 221 del Código Penal, pero no señala el sentido de la transgresión, es decir, si el pretendido yerro ocurrió por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de estas normas.

Agrega, que hubo violación del artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, pero también del 217 del mismo, estatuto, cuando se le dio pleno valor a una prueba no reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho.

De otra parte, afirma el demandante que no existe en el proceso prueba alguna que indique que sus representados se hayan apropiado de suma alguna perteneciente al erario municipal de San Antonio, luego no puede deducirles responsabilidad por el delito de Peculado, máxime cuando el propio perito contable, el revisor fiscal de la Contraloría, no señaló esas cuentas como Peculado.

Sobre esta última censura, no especifica la causal que le sirve de fundamento ni cita las disposiciones procesales y sustantivas que considera violadas.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, impetra rechazar el recurso incoado y en cosecuencia no casar la sentencia atacada.

Son los protuberantes errores de técnica en que incurre el casacionista los que llevan al Colaborador Fiscal a la anterior petición; resalta cómo en las demandas al afirmarse violación indirecta de la ley sustancial no se indica el sentido de la transgresión, además, al no estar sometida a tarifa legal de pruebas el dictamen pericial, equivocado resulta argüir que el fallador de instancia violó el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal otorgarle valor de plena prueba, por tal razón no procede la censura por error de derecho.

Afirma que estas deficiencias no permiten a la Corte pronunciarse de fondo sobre las demandas, pero que además, la prueba pericial que se argumenta como única en el proceso, no fue el pilar exclusivo de la sentencia condenatoria, sino apenas uno de los múltiples elementos de convicción que llevaron a la certeza a la mente de los juzgadores.

Consideraciones de la Corte

1. Aclaración previa. Por la igualdad de las demandas en las que el mismo profesional del derecho sustenta el recurso de casación interpuesto por los procesados José Edgar Alvarez Lozano y José Vidal Cañón, se estudiaron en conjunto, pues además, por tal motivo de las dos se predican las mismas deficiencias técnicas.

2. *El sentido de la violación. Reiteradamente esta Corporación ha dicho que cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial el impugnante no sólo está en la obligación de señalar las pruebas sobre las cuales recae el error del sentenciador sino*

que debe precisar en qué consistió el error indicado, cuál su naturaleza jurídica, si de hecho o de derecho e indicar el sentido de la violación final de la norma sustancial por no haberla aplicado el juzgador; por haberla aplicado indebidamente o por no haberla interpretado con fidelidad.

3. El error de derecho y la prueba pericial. En técnica de casación el error de derecho en la apreciación de las pruebas sólo puede proponerse cuando se ha violado la legalidad de la prueba en su aducción y cuando no se le ha reconocido el valor exacto que le atribuye la ley.

Estos eventos trasladados a la prueba pericial pueden concurrir si el sentenciador ha incurrido en falso juicio de legalidad, es decir, si ha efectuado la valoración de la prueba creyéndola regular conforme a derecho. Lo que supone que la prueba fue llevada al proceso sin atender al modo previsto por la ley para surtir su natural efecto, fue precticada sin la observancia de las ritualidades específicas que esta exige para su formación.

En cambio, este medio probatorio no puede ser impugnado por error de derecho al haberle otorgado el fallador un valor probatorio de acuerdo a su criterio jurídico, alegándole un falso juicio de convicción que no puede darse en ninguna hipótesis, porque se trata de elementos de certeza no tarifados.

Como lo afirmó esta Corporación: "La ley no les asigna a estas pruebas un valor entendido sino que ha dejado el dictamen pericial a la libre convicción del Juez y el testimonio a la credibilidad que razonablemente a ésta le merezcan. Que el legislador haya indicado pautas a seguir para la confirmación de ese libre convencimiento o de esa credibilidad razonada, no significa, en manera alguna, que quizo atribuirles un valor probatorio determinado" (Casación de 3 de noviembre de 1978).

Sin embargo, podría cometer el juzgador error de derecho, por falsos juicios de convicción, posiblemente los únicos, si llegare a afirmar que el dictamen pericial le otorga o deniega un específico valor aduciendo que la ley se lo atribuye o se lo niega, porque en tales eventos desconoce la naturalidad de las normas reguladoras del alcance probatorio de este elemento de juicio.

4. El caso concreto. Son aplicables estas premisas al caso concreto, ya que el demandante, en ninguno de los dos libelos, indicó el sentido de la violación final de las normas sustanciales que considera infringidas por el juzgador y de otra parte, adoptó una vía equivocada al atacar la sentencia impugnada por error de derecho respecto a la valoración de la prueba pericial, pues como se anotó, este no procede contra esta clase de medio probatorio.

En relación con el delito de Peculado, las omisiones técnicas son más protuberantes si se tiene en cuenta que únicamente se limitó a afirmar que no existía prueba para condenar a sus representados por este delito, sin precisar siquiera la causal que le servía de fundamento para este cargo.

Suficientes son estas razones para que los cargos no prosperen.

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 impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario

1º HURTO

Dada la estructura del "hurto de uso" (Artículo 352 del C. P.) su tentativa es un imposible jurídico, porque supone un hecho (la restitución) que fatalmente debe ocurrir después de la consumación del delito, ingrediente objetivo que sirve para diferenciarlo del tipo previsto en el artículo 349.

2º ACLARACION DE VOTO

HURTO

Para la estructuración de la conducta ejecutiva no basta que el derecho habiente pierda la cosa y el agente la detente por un largo o breve intervalo. Hácese necesaria la disponibilidad corporal y efectiva del objeto por parte del hurtador.

Sentencia Casación. 15 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Eduardo Lopera Cuartas, por el delito de Hurto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 38.

Bogotá, D. E., quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la sentencia de 28 de mayo de 1987, mediante la cual dicha Corporación condenó a Eduardo Lopera Cuartas a la

pena principal de 37 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, como autor del delito de hurto.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de hacer uso de la facultad prevista en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES

Los hechos materia del proceso sucedieron aproximadamente a las nueve de la noche del 4 de septiembre de 1985, cuando la señora Inés Borrero de Isaza, quien conducía su vehículo Fiat de placas MC–9712 por la ciudad de Cali, hizo el pare respectivo en el semáforo del seguro social situado al frente del barrio "Los Cámbulos", y fue abordada por Eduardo Lopera Cuartas y Homer Santiago Muñoz, quienes, esgrimiendo un revólver, le ordenaron abrir las puertas de su automotor, procediendo a ocupar Lopera el puesto trasero y Homer el delantero. Por varias cuadras ella siguió la ruta que le señalaron sus captores, quienes le manifestaron que necesitaban el carro para un "trabajo" y que más tarde se lo dejarían en la plaza de toros; pero una patrulla policial, que había sido avisada del hecho, hizo que el carro se detuviera: Lopera Cuartas se apeó sin oponer resistencia, mientras que Homer Santiago emprendió la huída y accionó su arma de fuego, refugiándose en una cañada donde poco después fue acribillado por los uniformados.

Aprehendido, Lopera Cuartas fue indagado y luego el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal ordenó su detención preventiva por "tentativa de hurto calificado", pasando el expediente después al Juzgado de conocimiento, el Catorce Penal del Circuito de Cali, el cual resolvió llamarlo a juicio como autor de "hurto calificado y agravado", y cesar procedimiento en cuanto a Homer Santiago (fls. 137 y s.s.). Apelado el enjuiciamiento por el defensor, se corrió traslado al señor Fiscal Sexto del Tribunal, quien solicitó que la providencia debía modificarse en el sentido de que el hurto no se había consumado, criterio que desechó la Corporación con apoyo en una decisión de la Corte referente a que en estos casos la violencia ejercita para el apoderamiento, descarta de suyo la tentativa (fls. 169 y s.s.). Durante el período de la causa no se practicó prueba alguna; en la audiencia pública el defensor insistió en la tentativa, mas ya no del hurto contemplado en el artículo 349 del Código Penal, sino en el "de uso" que prevé el artículo 352 ibídem; ninguna de estas tesis fue admitida por el juzgado, que el 17 de marzo de 1987 profirió sentencia por medio de la cual condenó a Lopera Cuartas a la pena principal de 48 meses de prisión, a las accesorias de ley y al pago en abstracto de los perjuicios, negándole, además, la condena de ejecución condicional (fls. 192 y s.s.). El defensor recurrió en apelación y el Fiscal Sexto del Tribunal se remitió a lo ya expuesto a raíz de la alzada del auto de proceder, agregando en esta ocasión –de acuerdo con la defensa– que la tentativa debía ser con relación a la especie de hurto que consagra el artículo 352. El tribunal refutó esos planteamientos, así:

"Para el caso presente es fácil entender que a pesar de que la ofendida denunciante condujera el vehículo, lo hacía intimidada por los dos autores del hecho quienes habían esgrimido armas de fuego para doblegar su voluntad. Era imposible pedir que ejecutara otra conducta diferente a la de acceder a sus pretensiones; por lo

cual simultáneamente se efectuó el desplazamiento de la tenencia del bien-mueble en manos de la señora a la órbita de disposición y vigilancia del sujeto activo.

"Imposible acceder a las peticiones del señor Fiscal de la Corporación, menos en el caso del delito de hurto de uso que exige la restitución voluntaria del bien-mueble por parte del sujeto agente, circunstancia que en este caso estuvo lejos de cumplirse, pues está comprobado que los policiales interceptaron el vehículo con sus tres ocupantes y les ordenaron apearse de él" (fls. 225).

Con la sola modificación de la pena, el Tribunal confirmó la sentencia, mediante la suya que es objeto del recurso extraordinario.

La demanda y consideraciones de la Corte

1. Luego de hacer un resumen de los hechos origen de este proceso, el demandante dice:

"... el apoderamiento ilícito del automotor habría que encasillarlo dentro de la normatividad a que alude el artículo 352 del Código Penal como 'hurto de uso', no aquel reglado en los artículos por los cuales se formuló el juicio de reproche y se profirió la consiguiente sentencia condenatoria.

"A ese planteamiento podría argumentarse la no exacta demostración del propósito que animaba a los autores de la delincuencia, si era el *apoderamiento* simple de un mueble ajeno bajo las circunstancias específicas y genéricas de agravación punitiva *o apenas para su utilización* y posterior devolución, dubitación que ante la imposibilidad de erradicación, mediante el principio de favorabilidad, hace a la justicia inclinarse hacia lo segundo.

"De ahí que a Eduardo Lopera Cuartas solo se le pueda responsabilizar del hecho punible nominado como 'hurto de uso' en la modalidad de tentativa, según el artículo 22 del Código Penal, pues fue la oportuna intervención de la policía la que impidió *el agotamiento* de la delincuencia conforme al propósito de que estaban animados sus autores, que ciertamente dieron principio a su ejecución, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación" (se subraya).

Todo ello –finaliza el recurrente– "conlleva a una violación de la ley sustancial, por infracción directa, considerada como causal de casación en el ordinal primero del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, cuyo reconocimiento y declaración demanda la Fiscalía para que en su lugar se adopte la que deba reemplazarla, con la consiguiente disminución de pena".

2. Del enunciado del cargo se desprende que el demandante se fundamenta en el cuerpo primero, numeral primero, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, el recurso de casación procede "cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", consagrándose de este modo los tres sentidos que asume la violación directa. El actor aduce el primero de ellos, por *falta de aplicación* de las normas que prevén la tentativa de hurto de uso (arts. 22 y 352 C.P.), afirmando a renglón seguido que "no se da la normatividad reglada en los artículos por los cuales se formuló el

juicio de reproche y se profirió la consiguiente sentencia condenatoria", cuando ha debido identificar por su nomenclatura dichas normas (arts. 349, 350, 351 y 372 ibídem), y censurar su consecuente *indebida aplicación*, todo esto para cumplir cabalmente con la precisión y claridad que exige el recurso de casación. Empero, como el desenvolvimiento del cargo contiene las razones esenciales que le sirvan de soporte, tales fallas de técnica (que conviene siempre poner de presente) no impiden que la Sala entre a estudiar el fondo del asunto.

Pues bien: para sustentar la falta de aplicación del artículo 352 y la indebida aplicación del 349, ambos del Código Penal, el actor afirma que Lopera Cuartas y su compañero Homer Santiago no tuvieron el propósito de apoderarse del automotor, sino el de utilizarlo y devolverlo.

El actor olvida que el "apoderamiento" es conducta rectora tanto del tipo previsto en el artículo 349, como del contenido en el artículo 352, y, por ende, es en relación con ella que debe predicarse el dolo (art. 36 C. P.). El "propósito que se persiga con el apoderamiento conforma, por su parte, el elemento subjetivo del tipo, o "dolo típico", según algunos. Salvada esta confusión, débese examinar si el desplazamiento de tipicidad que propone el demandante, tiene o no fundamento: en cuanto al elemento subjetivo el 349 lo hace consistir en "el propósito de obtener provecho para sí o para otro", y el 352 en "el fin de hacer uso de la cosa": como el hacer uso de la cosa comporta evidentemente la obtención de un provecho, precisa colegir que el ingrediente subjetivo del 352 es una especie del que describe el 349, y que, sólo en principio sirve para diferenciarlo de éste, pues luego se requiere la presencia de un factor de índole objetivo: la restitución de la cosa en un término no mayor de 24 horas, presupuesto imprescindible para la tipificación del artículo 352, y que en este caso no se dio. Síguese, entonces, que el Tribunal seleccionó correctamente el artículo 349 del Código Penal.

En torno a la tentativa, el argumento del actor es el de que "fue la oportuna intervención de la policía la que impidió el agotamiento de la delincuencia conforme al propósito de que estaban animados". Aquí confunde la consumación del hecho con su agotamiento, y, de contera, el dolo con el elemento subjetivo, según precisiones hechas líneas atrás. En efecto, el delito de hurto se consumó cuando Lopera Cuartas y el otro sujeto se apoderaron (mediante violencia, en este caso) del vehículo de la señora Inés Borrero de Isaza, y el hecho de que no lograran el propósito al que se encaminó el apoderamiento (usar el automóvil momentáneamente, u obtener de él cualquier otro provecho), sólo está indicando que el hurto no se agotó.

Al respecto, vale la pena anotar que dada la estructura jurídica del "hurto de uso" previsto en el artículo 352 del Código Penal, su tentativa es un imposible jurídico porque necesariamente supone un hecho (la restitución del objeto material) que fatalmente debe ocurrir después de la consumación del reato; dentro de las 24 horas subsiguientes al apoderamiento, prescribe la norma, y, como ya se dijo, este ilícito se consuma precisamente con el apoderamiento.

Significa lo anterior que el fallador no aplicó indebidamente el artículo 349 del Código Penal (los artículos 350, 351 y 372 ibídem allí también aplicados no fueron atacados por el actor), ni debía aplicar el 22 y el 352 ibídem, motivo por el cual el cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez (Aclaro mi voto).

Gustavo Morales Marín
Secretario

ACLARACIÓN DE VOTO

En alguna ocasión sostuvimos de *iure condendo* –y el criterio sigue siendo válido para nosotros–:

"El delito –tipo de hurto bajo la dogmática vigente, examinado el verbo rector, núcleo de tipo legal, ha sido acuñado sobre la base de considerar preferentemente la conducta ejecutiva del autor del despojo antijurídico de la cosa, estableciéndose así el límite entre la perfección y la tentativa del acto. De todas maneras la configuración de la acción típica furtiva se descompone en dos estadios: activo el uno (poder de disposición), pasivo el otro (desposesión del objeto). Cuando una y otra fase convergen en la plenitud de su densidad antijurídica se integra necesariamente la noción del delito.

Para la estructuración de la conducta ejecutiva no basta que el derecho habiente pierda la cosa y el agente la detente por un largo o breve intervalo. Hácese necesario la disponibilidad corporal y efectiva del objeto por parte del hurtador, lo que traduce el elemento subjetivo de antijuridicidad. El concepto de 'apoderar' implica algo más que la acción física, externa u objetiva de remover o quitar. Lo definitivo en la materia no es el desapoderamiento o la sustracción de la cosa, si el agente carece de la idoneidad, capacidad o posibilidad de disfrutar a su talante, aun por breve tracto y sin solución de continuidad, del bien ilegalmente apropiado. El criterio de disponibilidad (posibilidad real de disponer de la cosa) y no el de desapoderamiento (mero desplazamiento del objeto), define la acción típica. Así, el agente del delito que es descubierto por el damnificado, la autoridad o un tercero, en el momento mismo de evacuar el inmueble donde agotó el latrocinio, ciertamente que ve obstaculizado el decurso del ciclo criminoso y frustrada la perspectiva de disponer del bien ajeno. Igualmente la mucama que se apodera de joyas de su patrona, escondiéndolas en su habitación sin poderlas sacar de tal lugar contra sus propios deseos de hacerlas suyas, carece de la libre disponibilidad de disfrute. De similar manera el ladrón que es detenido en situación concomitante al hecho, o aquel que siendo perseguido por la propia víctima es alcanzado y sometido a la autoridad, tampoco tiene, a pesar del contacto físico con la cosa, capacidad fáctica de disposición. O sea que, a pesar de la

flagrancia de estos supuestos y de estar en idéntica línea de ataque contra el patrimonio, el delito no se perfecciona mientras el delincuente no posea la disponibilidad potencial, así sea fugaz y transitoria, de someter el objeto a su autoridad y control más allá del acoso de trabas o impedimentos que perturben el ejercicio de actos posesorios. Sólo cuando el agente, superado el desplazamiento, goce de un poder de hecho o de una facultad de disposición que le permita ejercer un señorío material sobre la cosa, no empece lo circunstancial o momentáneo que este sea, podrá hablarse de un delito consumado y no tentado.

El tipo penal no se perfecciona por el acto de sustracción o detentación del objeto, con intención el ladrón de hacerlo suyo, ni puede decirse, como lo hace Núñez, que en tal evento la propiedad ajena está lesionada de manera perfecta. No, el injusto sólo alcanza su plenitud fenoménica y jurídica cuando el autor, mediante la materialización de la acción antijurídica –llámese aprehensión, despojo, desplazamiento, extracción, sustracción, apropiación o apoderamiento–, incorpora la cosa a su patrimonio soslayando las cautelas, precauciones y seguridades dispuestas por su propietario para prevenir el desposeimiento, con ánimo de asumir la posesión y de quedarse definitivamente con ella. Si subsiguientemente a la apropiación nada ni nadie pone en peligro su prepotencia y albedrío, la acción es perfecta.

A los efectos dichos carece entonces de fuste el acto de quitar, arrebatar, desposeer, remover, coger, separar y otros de contenido análogo, si el autor, pese a la lesión patrimonial producida, no logra quebrantar del todo la posesión ajena ni consolidar un poder fáctico autónomo, ni desembarazarse de la observación y vigilancia a que es sometido por la víctima; o si, en últimas, no logra situar el bien fuera de la esfera de influencia y resguardo del dueño o propietario. La tenencia de la cosa debe aparejar para el hurtador una real capacidad de opción y libertad que le permita sin interferencias ni estorbos, privilegiadamente, por sí y ante sí, ejercer actos de potestad, imperio y dominio como si se tratara del legítimo señor del bien; posibilidad que correlativamente pierde el derecho habiente, ya que resulta imposible admitir que una misma cosa se pueda hallar simultáneamente bajo el poder exclusivo de dos individuos. No parece lúcido sostener, pues, que el agente ha consumado la acción ejecutiva cuando no logra eludir las barreras de protección montadas alrededor de la cosa o superar la esfera de poder de quien ejerza autonomía sobre la misma. En tales supuestos se produce ciertamente un resultado típico penal –tentativa–, mas no una lesión efectiva al concreto interés individual o colectivo tutelado por el legislador en el tipo modelo legal. Califícase así el desvalor de la acción y no el resultado objetivo del comportamiento.

Que el agente detente materialmente el bien, por breve o largo tiempo, es cuestión que carece de mayor importancia en la estructura penalística del tipo si no ha logrado superar la 'esfera de custodia' o de 'disposición' o de 'vigilancia' o de 'poder' o de 'actividad patrimonial' impuesta por el propietario sobre la cosa para avalar objetivamente el señorío que tiene sobre ella. A la ley penal lo que le interesa, por encima de referencias o condiciones de tiempo, es que el autor pueda disponer del objeto comportándose de hecho como su verdadero dueño, sin nudos ni tropiezos que entraben el ejercicio de su actividad ilícita, aun por tiempo limitado. Del criterio sugerido participa Blasco Fernández de Moreda cuando insuperablemente escribe:

'Quede eso sí, bien claro, que para que el hurto se consume, resulta suficiente que el autor del delito goce, aunque sea por una mínima fracción de tiempo, de la posibilidad de disponer de lo hurtado en la forma enunciada. Si aprovecha o no tal posibilidad es intrascendente al efecto. Que consumar un delito es cosa distinta de agotarle, como ha puesto de relieve la moderna dogmática jurídico-penal' " (Cfr., la acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal Colombiano, Revista Nuevo Foro Penal, número 18, 1983).

El caso de la especie es fundamentalmente distinto. Por eso compartimos el criterio expuesto por la ponencia. Es que ciertamente la dupla de antisociales detentó la cosa, materia de la acción furtiva, por un período que largo o breve les permitía en cualquier momento la posibilidad de disfrutar a sus anchas del automotor. Con absoluto poder de disposición. Como subsiguientemente a la apropiación nada ni nadie puso en peligro su prepotencia o albedrío, la acción es perfeca o si se prefiere consumada. La intervención de las autoridades tuvo lugar mucho después de consumada la acción penalmente relevante. A estos efectos carece de trascendencia tal participación por sus efectos secundarios.

El criterio de la disponibilidad que rige la definición jurídica de este asunto no tiene cabida dentro de las proyecciones particulares del caso aquí debatido. Otras muy diferentes son sus hipótesis.

Con todo respeto,

Fecha *ut supra.*

Jorge Enrique Valencia M.
Magistrado

PROCESADO – IDENTIDAD – DERECHO DE DEFENSA

Presupuesto esencial de la investigación penal es la identificación física del incriminado, labor para la cual el funcionario instructor debe desplegar la actividad propicia, como el reconocimiento en fila de personas o de fotografías, sin que informalidades, como la de fijar el número, atenten contra el derecho de defensa.

INDAGATORIA – PROHIBICIONES

Si el Juez no hace conocer del sindicado que vaya a ser indagado la previsión del artículo 239 del anterior C. de P.P. (artículo 380 del actual), esa omisión no siempre puede engendrar violación del derecho de defensa.

Sentencia Casación. 15 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Baudilio Martínez Peña, por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 038

Bogotá, D. E., quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

El Juzgado 26 Superior de Bogotá, condenó a la pena principal de diez años y seis meses a Baudilio Martínez Peña al encontrarlo responsable de los delitos de Homicidio y Lesiones Personales en Jairo González González y Ana Leonor Pineda Forero respectivamente. Al desatar la apelación el Tribunal Superior confirmó la providencia del Juzgado, con la adición de rebajar la pena a diez años y quince días,

mediante la suya de agosto 6 de 1987. Decisión contra la cual ha recurrido el defensor del procesado en casación y que una vez agotado el trámite de rigor, se procede a fallar.

Hechos

Jairo González González el día 9 de junio de 1985 atendía la cantina o tienda de su propiedad, ubicada en esta ciudad en la calle 55 Sur No. 18A-13. Desde las horas de la mañana empezaron a tomar cerveza los hermanos Jaime y Alexander Martínez Peña, quienes en las horas de la tarde entraron en discusión con el dueño de la tienda por motivo de una de las cuentas de consumo de la bebida. Conocido el incidente por parte de Baudilio, hermano de los anteriores, y en razón de que Ana Leonor había ido por la Policía para conseguir el pago de la deuda, éste hizo su aparición en el establecimiento armado del revólver y accionándolo produjo la muerte instantánea a González González e hirió en uno de sus brazos a su esposa Ana Leonor Pineda Forero.

Antecedentes procesales

Esclarecidos los sucesos reseñados, se calificó la investigación con llamamiento a juicio a Baudilio Martínez Peña por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales y con sobreseimiento temporal a Jaime y Alexander Martínez Peña por los mismos hechos.

Durante la diligencia de audiencia pública, celebrada el 28 de mayo de 1987, el vocero y el defensor del encausado abogaron por su absolución en vista de la inexistencia probatoria en cuanto a la responsabilidad atribuida a éste. El Fiscal por su parte pidió la condena. De suerte que escuchados los planteamientos anteriores, el jurado respondió afirmativamente el cuestionario sometido a su consideración. Con fundamento en ese expreso reconocimiento el Juzgado Superior fulminó el proceso con la sentencia condenatoria antes anunciada.

Cabe anotar, desde ya, que ambos falladores descartaron la nulidad propuesta por el defensor.

La demanda

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal de haberse dictado en juicio viciado de nulidad, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior. Y para el efecto pretendido dos cargos aduce que pasan a referirse.

Consiste el primero, en la inobservancia del artículo 289, numeral 11 por cuanto el reconocimiento del procesado efectuado por Ana Leonor Pineda Forero en vez de hacerlo con diez fotografías conforme los establece dicha disposición, se hizo únicamente ante tres. Procedimiento irregular que quebrantó "el sagrado derecho de Defensa de mi Defendido", según el demandante.

Igualmente pone de manifiesto que no obstante que el Tribunal aceptó la "irregularidad procesal" aludida, no decretó la inexistencia de la diligencia como lo ordena el artículo 214.

Radica la segunda censura en que la Juez Instructora al recibir la indagatoria del caso, no le hizo conocer al procesado Martínez Peña la advertencia prevista en el artículo 239 del estatuto procesal, violando así los artículos 25 y 26 de la Constitución Nacional. "... el primero en concordancia con el artículo 239 del C. de P. P. y el segundo en concordancia con el artículo 215 de la misma obra que exige que las pruebas hayan sido legalmente producidas".

En consecuencia demanda de la Corte se decrete la nulidad según los dispuesto en el artículo 583, numeral 3º y por lo tanto la libertad de Baudilio Martínez Peña.

Concepto del Ministerio Público

Manifiesta que la pretensión del actor no puede prosperar "... no sólo por la manera incompleta como desarrolla los dos cargos de nulidad, y que él denomina causal 1ª y 2ª respectivamente, sino porque además la consideración de los motivos de impugnación conduce a predicar que lo que se reprocha es la legalidad de parte de la prueba, razón para que la vía adecuada fuese la de violación indirecta de la ley sustancial imposible de proponer en este juicio por cuanto se rituaba ante jurado de conciencia, de manera tal que la naturaleza de este tipo de juicios se oponía a un examen del fenómeno probatorio en sede de casación".

Seguidamente hace algunas distinciones sobre los vicios de actividad que pueden producir efectos jurídicos sancionables por la vía extraordinaria y también de aquéllos de orden constitucional y legal que pueden afectar el proceso.

En todo caso y pese a las deficiencias procedimentales referidas, de ninguna manera se desconoció el derecho de defensa del procesado, sostiene.

Consideraciones de la Sala

Se dijo anteriormente que dos son los cargos atribuidos a la sentencia recurrida por el casacionista, que se proceden a estudiar en su orden.

Primer cargo. Manifiesta el actor que el haber sido reconocido el procesado por la testigo de cargo y a la vez víctima, señora Ana Leonor Pineda Franco, ante un número de fotografías menor que el señalado en el numeral 11 del artículo 289 del Código de Procedimiento, derogado, atentó contra el derecho de defensa de su patrocinado, pues, la Juez que practicó la diligencia al desconocer la norma indicada, quebrantó de esta manera el anunciado derecho.

En verdad que la Juez que adelantaba la investigación, comisionó a su homóloga de Chiquinquirá, lugar donde residía la Pineda Franco, para que en presencia de tres copias de cédulas de ciudadanía allegadas al expediente, manifestara si entre las fotografías contenidas en estos documentos se encontraba la persona que había sindicado como autora de la muerte de su esposo y de las heridas causadas a ella. Y efectivamente que la testigo sin dilación reconoció en una de las fotos a quien el día de

los hechos le "tiró" y "mató" a su "marido", agregando además que se llamaba Baudilio Martínez.

El Tribunal no desconoce que el reconocimiento practicado en la forma ya indicada, ciertamente adolece de vicio procedimental, pero aclara que tal irregularidad no "vulnera el derecho de defensa o el debido proceso". Que si bien contribuyó a la sentencia de condena fueron otras pruebas, como la categórica declaración de la viuda señora Ana Leonor Pineda Franco y varios indicios, conjuntamente, las que indudablemente produjeron grado de certeza en los jueces de conciencia para emitir su veredicción afirmativa y lógicamente en los falladores para tomar la decisión final.

Presupuesto esencial de la investigación penal es la identificación física del incriminado y si es cierto que la responsabilidad es personalísima, nada más atinado que concretar sin atisbo de duda la individualización del procesado. Labor para la cual el funcionario instructor debe desplegar la actividad propicia, como el reconocimiento en fila de personas o de fotografías, diligencias establecidas en la ley. Desde luego diligencias que deben ser practicadas con algunas formalidades como aquéllas de fijar el número de personas o de fotografías, sin que sea sustancial para la viabilidad de la prueba el hecho de que se haga con un guarismo menor del indicado. Y menos aún que dicha informalidad atente de alguna manera el derecho de defensa o el debido proceso.

Precisamente de tiempo atrás la jurisprudencia nacional, ante la proliferación y abuso de algunos jueces y litigantes de encontrar en toda irregularidad procesal nulidad de carácter supralegal, advirtió que solamente es posible cuando ostensible y palmariamente se desconocen las bases de lo normado en el artículo 26 de nuestra carta fundamental. Esto es cuando "...el vicio advertido afecte las bases mismas de la organización procesal, vulnere fundamentalmente su estructura, socave los presupuestos elementales del juzgamiento o desconozca las garantías esenciales de las partes.

Cualquier simple irregularidad, omisión, precipitud procesal, anomalía, error o falla formal o cuando a pesar de la gravedad del vicio sea posible solución distinta, no puede originar nulidad de esta clase, de ahí que esa violación debe ser ostensible, evidente y grave", como en reciente providencia volvió a ratificarlo la Sala (Septiembre 29 de 1987).

Tales antecedentes sirven para sostener entonces, que no se alcanza a vislumbrar cómo la informalidad cuestionada, por lo demás sin mayor trascendencia probatoria, pueda atentar contra el derecho de defensa.

Que de otra parte ejerció con amplitud y esmero encomiable el señor defensor.

Por lo mismo no resulta inoportuna la siguiente apreciación respecto a la realidad probatoria de la diligencia de reconocimiento fotográfico y la "irregularidad procesal" observada. Que bien pudo no realizarse o incluso declararse inexistente –conforme lo insinúa el demandante– y la decisión de los jueces de instancia hubiera sido siempre la misma, la cual como allí se expresa tuvo su fundamento en la plenitud de la realidad procesal según el ordenamiento del artículo 215 del Decreto número 409 de 1971 y todo obedeció al haz probatorio distinto de esa simple diligencia.

Sin olvidar tampoco, como también se recordó, que el defensor insistió en las dos instancias, con los mismos argumentos, la nulidad jurisprudencial mencionada, que tanto el Juzgado Superior y el Tribunal declararon sin asidero por cuanto en nada se había menguado el derecho de defensa o el debido proceso.

No prospera, por consiguiente el cargo.

Segundo cargo. La crítica en este tópico radica en que la Juez Instructora al tiempo de recibir la indagatoria a Baudilio Martínez Peña *no lo enteró de la previsión del artículo 239 del citado Código de Procedimiento Penal. Dicho texto dispone que en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o en contra de ciertos parientes. El segundo inciso enseña que este derecho se hará conocer por el funcionario instructor al sindicado que vaya a ser indagado.*

Circunstancia que la funcionaria, evidentemente, se abstuvo de advertir al procesado, y que el recurrente encuentra motivo suficiente de nulidad de rango constitucional. En cuyo caso, insiste, no se podía condenar, pues, las exigencias legales no estaban satisfechas (art. 215).

Desde tiempos remotos se dijo que nada más atentatorio contra la institución de la familia, tan importante dentro de la sociedad, pretender que en busca de la verdad se obligara a las personas integrantes de un mismo núcleo familiar a declarar en contra de aquéllas unidas por lazos de sangre o afinidad, tan indestructibles y respetables dentro de toda comunidad civilizada. De ahí la exoneración de auto acusarse o simplemente hacerlo en contra de los parientes. Desde luego que no se trata de prohibición absoluta sino de una facultad del declarante, pues, queda a su voluntad hacerlo o no, puesto que de no ser así también permitiría la impunidad de todos aquellos hechos delictuosos sucedidos dentro del ámbito familiar.

Sin embargo no es este el caso del acusado Martínez Peña, *porque además de que la Juez lo dejó en completa libertad para declarar naturalmente –sin los apremios del juramento– sobre los hechos que se investigaban, siempre se declaró ajenos a éstos y lógicamente siendo esto así jamás podía acusar a sus hermanos.*

Y si en estricto sentido literal, como lo contempla el mencionado artículo, no se hizo conocer por parte de la funcionaria, razón asiste al Tribunal para sostener que tal vacío resultaba innecesario por las razones ya expuestas. Además, cabe agregar, que la irregularidad carece de entidad como para engendrar violación del derecho de defensa.

"Como puede observarse –afirma esa Corporación– de la lectura de su indagatoria (se refiere al acusado)... su posición siempre fue negativa respecto de los cargos que se le hacían; de tal suerte, que no fue por razón de su confesión, que no existió, por lo que el Jurado le declaró responsable y el Juez de derecho lo condenó. Las pruebas son de otro orden y ellas en forma talentosa el Despacho Judicial las analizó en sentencia" (fl. 24. Cuadr. Tribunal).

La *Sala retorna a lo ya expresado en el primer cargo, para repetir que no toda irregularidad que se comete en desarrollo del proceso constituye desconocimiento del derecho de defensa. La Corporación al examinar un caso similar dijo:*

"La simple inobservancia de tal formalidad por parte del juez o funcionario de instrucción no afecta la validez del testimonio y menos de la relación procesal a que accede, implica, eso sí, que éste al dejar de cumplir con ese deber, puede incurrir en falta disciplinaria. Pero en cambio, si la persona que se sabe exceptuada de la obligación de testificar es constreñida de algún modo a hacerlo, no sólo se viola la legalidad de la diligencia sino que el juez o funcionario de instrucción que así procede, cometería delito" (Marzo 24 de 1983).

En consecuencia tampoco prospera este cargo.

Por lo brevemente expuesto, y de acuerdo con el Ministerio Público, 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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario

CONSULTA – EFECTOS

Se dan situaciones procesales en las cuales la íntima relación que existe entre los diversos hechos punibles investigados impide la revisión de uno solo de ellos en la segunda instancia por vía de consulta.

DETENCION ARBITRARIA – ABUSO DE AUTORIDAD

Al producirse el abandono del cargo, el sujeto activo pierde de hecho el ejercicio de funciones públicas y por ende, suena artificioso, condenarlo como si ejerciera aquellas que precisamente ha abandonado.

Auto Segunda Instancia. 21 de junio de 1988. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual sobreseyó en forma definitiva a María del Socorro Escobar Polanco –Juez treinta y dos penal municipal de esa ciudad– encargada y en su lugar dicta auto de proceder por los delitos de falsedad en documentos públicos, detención arbitraria y abuso de autoridad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 035 del 30 de mayo de 1988.

Bogotá, D. E., veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho fuere pertinente sobre el grado jurisdiccional de consulta a que es sometida la providencia de fecha once de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali cesó el procedimiento que se adelanta en contra de María del Socorro Escobar Polanco, Juez 32 penal municipal de Cali, encargada, por los delitos de falsedad en documentos públicos, abandono del cargo y detención arbitraria.

Hechos

A partir del día veinte (20) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, y por veintidós (22) días consecutivos, le fueron concedidas vacaciones a la doctora Carmen Elisa Duque Ricaurte, Juez 32 penal municipal de la ciudad de Cali y en su reemplazo el Tribunal designó como encargada a la señora María del Socorro Escobar Polanco, quien ejercía allí las funciones de secretaria.

El día veintinueve (29) de diciembre del mismo año, la señora Escobar Polanco sufrió la luxación en un pie, y por ello fue incapacitada por la Caja Nacional de Previsión por el término de seis días, hasta el tres de enero de mil novecientos ochenta y siete. Empero, la juez encargada salió al día siguiente para México, y no regresó a sus labores hasta el día quince de enero del año próximo pasado, alegando como justificante la imposibilidad de hacerlo por haberle sobrevenido una enfermedad que la mantuvo incapacitada por varios días, y la falta de conexión aérea entre México y Colombia.

El día cinco de enero de mil novecientos ochenta y siete, por reparto, fue puesto a disposición del Juzgado 32 penal municipal, el capturado Rosemberg Cárdenas, quien debido a la ausencia de la juez encargada no fue oportunamente escuchado en indagatoria, y como consecuencia de ello, luego del trámite correspondiente fue amparado con el recurso de *hábeas corpus* decretado por el Juzgado 27 penal municipal de Cali.

Así mismo, la señora Escobar Polanco, antes de abandonar el país con el destino ya señalado, dejó firmados en blanco algunos pliegos con el fin de que los empleados del Juzgado consignaran en ellos algunas decisiones, y en efecto, en varios de ellos se escribió un auto que resolvía la situación jurídica de los indagados Juan Carlos Acosta y Efraín García Sánchez, el cual tiene fecha del dos de enero de mil novecientos ochenta y siete; en otros más se expidieron las boletas de libertad correspondientes a estos mismos procesados, y en otros se expidió un auto de fecha 31 de diciembre de 1986, por medio del cual se sustituye la caución prendaria por una juratoria a los detenidos Carlos Alberto Martínez y Héctor Alegría Hurtado, a quienes también se libró boleta de excarcelación en las hojas previamente firmadas por la aquí procesada. Estas determinaciones fueron tomadas, según se afirma, con base en las instrucciones previamente dadas por la señora Escobar Polanco.

ACTUACIÓN PROCESAL

La juez titular, doctora Carmen Elisa Duque Ricaurte, formuló la denuncia penal, y en ella afirmó que pese a encontrarse en vacaciones se preocupaba constantemente por la marcha del juzgado, razón por la cual se enteró de la incapacidad que le había sido concedida a la juez encargada, y de la afirmación de ésta de que pese a tal circunstancia no se tomaría los días de reposo recetados, para no desatender los asuntos judiciales que le habían sido confiados. Empero, el día cinco de enero la denunciante se enteró por vía telefónica, que la señora Escobar Polanco se encontraba fuera del país, y ello motivó a que se presentara en la Personería Municipal a fin de exigir una visita al juzgado para verificar las responsabilidades correspondientes. El día de su regreso a trabajar como juez titular, trece de enero de mil novecientos ochenta y siete, no había tenido noticia del paradero de la señora Escobar Polanco, pese a que ésta ha debido reintegrarse el día cinco de los mismos mes y año.

El día 6 de enero la señora Raquel Urquiza Morales dirigió un oficio a la personería delegada en lo penal, en el cual da cuenta de la situación presentada en el juzgado en donde prestaba sus servicios como secretaria encargada, y donde afirmó, además, que el día cinco recibió una llamada de la procesada para informarle que se encontraba en la ciudad de Acapulco (México), y que por el invierno que padecía ese país se le había complicado la luxación del pie, razón por la cual no podría reintegrarse a trabajar una vez vencido el período inicial de su incapacidad.

En fotocopia, fueron allegadas las actas de visita especial que practicara la personería delegada en lo penal al despacho del Juzgado 32 penal municipal los días 6, 8 y 9 de enero de 1987, en las cuales consta la no presencia de la juez encargada al despacho, la situación del capturado Rosemberg Cárdenas, y la práctica de algunas diligencias sin la presencia de la señora Escobar Polanco.

Con base en la actuación anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali inició la investigación penal respectiva, mediante proveído calendado el veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Acreditada la calidad de juez de la procesada, se allegó al expediente copia del incidente de *habeas corpus* interpuesto por Rosemberg Cárdenas ante el Juzgado 27 penal municipal de Cali, y el cual fue resuelto favorablemente al peticionario, habida cuenta de que el capturado no había sido escuchado en diligencia de indagatoria dentro de los términos legales, por ausencia de la titular del juzgado a cuya disposición estaba para la época de los hechos.

Los días quince de enero de 1987, y 25 de marzo del mismo año, fue escuchada en declaración jurada la señora Raquel Urquiza Morales, por entonces secretaria encargada del Juzgado 32 penal municipal. Bajo la gravedad del juramento afirmó que la señora María del Socorro Escobar Polanco se había distinguido por ser buena empleada, pero que el día veintinueve de diciembre de 1986 fue incapacitada por una lesión en uno de sus pies, el cual pudo observar la declarante amoratado e inflamado el día 29 de diciembre de 1986, última fecha que la procesada se presentó a sus labores. Posteriormente, la acusada se comunicó telefónicamente con la declarante, a quien manifestó que había viajado a la ciudad de Acapulco, en México, y allí se había agravado de su lesión lo que le impedía regresar al finalizar su incapacidad; que

de acuerdo con sus instrucciones resolviera la situación jurídica de dos personas que se hallaban capturadas e indagadas, y también sustituyera por juratoria una caución prendaria impuesta y librara las correspondientes boletas de libertad, utilizando para ello los pliegos que previamente había dejado firmados bajo su cuidado. La testigo procedió en consecuencia, no con ánimo de infringir la ley, sino en obedecimiento a las órdenes que la por entonces Juez le había dado. Relató así mismo algunas otras incidencias de los hechos, las cuales ya han quedado reseñadas, o serán mencionadas más adelante.

Se allegó a la investigación copia de la boleta de incapacidad número 22124 de la Caja Nacional de Previsión, por el período comprendido entre el 29 de diciembre de 1986 y el 3 de enero de 1987, a nombre de María del S. Escobar, en el cual no se especificó el motivo de la misma, por no exigirlo así el formulario. Empero, se allegó al expediente la declaración del doctor Joaquín M. Borrero, quien expidió el certificado, y quien luego de verificar sus archivos médicos dijo haber comprobado que clínica y radiológicamente, la procesada presentaba para la fecha de la consulta esguince traumático del tobillo derecho, por lo cual prescribió reposo con la pierna en alto, baños tibios con sulfato de magnesia y cápsulas antiinflamatorias, tratamiento éste que le habría asegurado la mejoría absoluta en el tiempo de la incapacidad, ya que el motivo de la misma "sólo era de molestias al caminar". Así mismo, se aportó la certificación de la Caja de Compensación Familiar de Fenalco, en donde la acusada fue atendida inicialmente con motivo de la luxación que dijo presentaba, documento éste que acredita que la señora Escobar Polanco presentaba al momento de la consulta "leve dolor a nivel del maléolo externo del pie derecho, no deformación, buenos movimientos activos y pasivos"; por ello se ordenó tomar una radiografía del área afectada, demostrándose con ella que no presentaba evidencia de luxofractura, y por tanto como tratamiento se prescribió la utilización de vendas elásticas durante dos semanas y el uso de analgésicos y antiinflamatorios.

Por su parte, de la presunta incapacidad que le sobrevino a la acusada en las ciudades de México y Acapulco, se anexaron al expediente sendas fórmulas sin autenticación de ninguna naturaleza. La primera, fechada en Acapulco el ocho de enero de 1987, en la que se afirma que la incriminada sufrió de gastroenteritis aguda, razón que le impidió viajar a su país de origen el fin de semana anterior a tal consulta; la segunda, datada en México el 13 de febrero del mismo año, en la que se sostiene que la señora Escobar Polanco debió permanecer recluida en su hotel del 9 al 15 de enero por padecer de infección respiratoria alta aguda. La primera de tales fórmulas trató de ser corroborada a través del testimonio del médico Roberto Malagón Ramírez quien la expidió, profesional éste que no rindió testimonio sino que simplemente envió una carta al segundo secretario de la embajada colombiana en México, afirmado que la certificación la expidió simplemente como una justificante para hacer los cambios en el boleto de avión y a solicitud de la propia María del Socorro Escobar Polanco.

En copia auténtica, se allegaron a la actuación los siguientes documentos: Oficio sin número, del 29 de diciembre de 1986, suscrito por María del Socorro Escobar Polanco como Juez 32 penal municipal encargada, dirigido al Juez 13 penal municipal de Cali, solicitándole que se exonere del reparto de asuntos con preso tal oficina, debido a la incapacidad expedida a favor de la juez encargada, y durante el

tiempo que dure la misma; Decreto de nombramiento y acta de posesión de la señora María del Socorro Escobar Polanco, como secretaria del Juzgado 32 penal municipal, el día 2 de septiembre de 1985; Acta de posesión de la misma señora como Juez 32 penal municipal, encargada por vacaciones del titular, a partir del día 20 de diciembre de 1986; oficio del 6 de enero de 1986 (tal como aparece fechado en la copia, pero que al parecer es de 6 de enero de 1987), dirigido por la señora Raquel Urquiza Morales, secretaria encargada del Juzgado 32 penal municipal, a la personera delegada en lo penal, en el cual se da cuenta de las irregularidades que se presentan en el despacho ante la ausencia de la juez encargada; oficio sin número, de fecha 6 de enero de 1987, en el cual la secretaria encargada del Juzgado 32 penal municipal solicita al juez de reparto que no se remitan procesos con preso a su juzgado, debido a la ausencia de la juez encargada, y copia del acuerdo de nombramiento de la señora Escobar Polanco como juez encargada.

El señor Ramiro Valencia Rivas, oficial mayor del Juzgado 32 penal municipal, declaró bajo juramento en términos similares a los ya expuestos por la señora Raquel Urquiza Morales, en el sentido de que la procesada el último día que se presentó al juzgado fue el 29 de diciembre de 1986, y que dejó pliegos firmados en blanco para que en ellos se virtieran algunos autos y boletas de libertad, los cuales fueron utilizados de conformidad con las instrucciones que la misma señora Escobar Polanco dejara con antelación. En parecidas expresiones se recibió la versión de la escribiente Lizeth Martínez Silva.

Se acreditó así mismo que la procesada fue suspendida provisionalmente de su cargo de secretaria del Juzgado 32 penal municipal por el término de 30 días, a partir del 15 de enero de 1987, por no haberse reintegrado a sus labores según Resolución número 001 de esa misma fecha, dictada por el titular del juzgado doctora Carmen Elisa Duque Ricaurte, con base en las facultades a ella otorgadas por el artículo 136 del Decreto número 2400 de 1986.

Llamada a rendir indagatoria la acusada, dijo saber que el motivo de la diligencia lo era el cellito de abandono del cargo que se le imputa; para explicar su ausencia del juzgado, declaró que el día 29 de diciembre fue incapacitada por la Caja Nacional de Previsión hasta el día 3 de enero siguiente; el mismo 29, recibió una llamada de su esposo Enrique Samudio Montero, quien le solicitaba que se trasladara a México en compañía de su hija, porque hacía mucho tiempo que no se veían, razón por la cual la acusada decidió poner en acción este deseo, y en efecto, viajó el día 30 de diciembre, con el propósito de regresar a Cali el día 3 de enero, fecha en que se vencía su incapacidad; la suerte, sin embargo, no la acompañó y primero fue sorprendida por un ataque de gastroenteritis, debido a la mala calidad del agua, y luego por una infección respiratoria, causada por el intenso frío que estaba haciendo en México, razón por la cual no pudo regresar oportunamente, sucediendo además que en algunos de esos días en que debió permanecer forzosamente en México, no había conexión aérea entre Colombia y aquél país, concretamente entre los días 9 y 13 de enero de 1987. Afirmó, por ello que su intención no fue la de abandonar su cargo.

Sostuvo la indagada, así mismo, que se enteró por una llamada telefónica que hiciera al juzgado el día 6 de enero de 1987, que a su disposición se había puesto un

capturado para efectos de la indagatoria, pero que a pesar de ello no pudo trasladarse hasta Cali a cumplir con sus deberes, por las causas que ya dejó explicadas. Aceptó haber dejado folios firmados en blanco para que los empleados del juzgado atendieran las diligencias que se pudieran presentar en su ausencia, y al efecto relató que efectivamente en algunas de ellas se escribieron dos autos, y en otras se expidieron boletas de libertad, lo cual, a su juicio, demuestra su propósito de no causar daño a persona alguna ni a la administración de justicia, sino que justamente se pudieran tomar decisiones que no irrogaran perjuicio. Sostuvo igualmente que su viaje fue realizado para evitar un traumatismo sicológico a su menor hija quien consideraba que sus padres se encontraban separados, y pese al dolor que la procesada presentaba en el pie; el no regreso oportuno se debió, dijo, a una causa de fuerza mayor.

La empresa de viajes Traviatur, expidió fotocopia de la factura de venta de dos pasajes en la ruta Cali-Bogotá-México-Bogotá-Cali, pagados de contado por la señora María Escobar, el día 30 de diciembre de 1986, iniciando el viaje el día 30 de diciembre, y con regreso abierto; la empresa Aeroméxico remitió copias de los mencionados boletos de avión, en donde se aprecia que éstos fueron expedidos el día 29 de diciembre, y utilizados en viaje de ida el día 30 del mismo mes, presuntamente por la procesada y su hija Ana, según se desprende, además, del acta de registro civil de la menor Ana Carolina Samudio Escobar.

Cerrada la investigación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali procedió a calificar el mérito del sumario en auto del 28 de abril de mil novecientos ochenta y siete, por medio del cual sobreseyó temporalmente a la acusada y ordenó reabrir la fase de recopilación probatoria por el término de tres meses.

En esta nueva etapa, se recaudaron copias auténticas de los documentos siguientes: auto de fecha dos de enero de mil novecientos ochenta y siete, del Juzgado 32 penal municipal de Cali, firmado por la juez encargada María del Socorro Escobar Polanco y la secretaria encargada Raquel Urquiza Morales, por medio del cual se abstiene el juzgado de decretar la detención preventiva de los indagados Juan Carlos Acosta Bravo y Efraín García Sánchez; boletas de excarcelación número 001 y 002 a favor de los mismos procesados, cuyas copias aparecen sin firmas, pero con la atestación, en oficio anexo, de que los respectivos originales fueron rubricados por la incriminada, copias de los cuales se allegaron por parte del centro de reclusión, auto del 31 de diciembre de 1986, firmado por las mismas juez y secretaria encargadas, en el cual se sustituye la caución prendaria por juratoria a Carlos Alberto Martínez y Héctor Alegría Hurtado, así como las boletas de excarcelación números 049 y 050 de la misma fecha, firmadas por la señora María del Socorro Escobar Polanco como juez encargada.

La empresa Aeroméxico informó al tribunal que sus vuelos de los días 10 y 12 de enero de 1987 se llevaron a cabo normalmente, pero que los días 9 y 11 del mismo mes no estaban contempladas conexiones con Colombia dentro del itinerario; por su parte, la empresa Avianca informó que tuvo operación Colombia-México los días 10 y 11 de enero, a la vez que la empresa Varig hizo vuelos en la misma ruta el día 12 del mismo mes.

Se aportó al expediente el original de un documento firmado por Aurelio Enrique Zamudio Montero, fechado el 21 de abril de 1987, en el cual el citado señor

dice que forzó a la procesada a desplazarse a México con su común hija para un reencuentro familiar debido a que tenía una cita, por la época de los hechos, en el consulado de los Estados Unidos en Tijuana; que la incriminada enfermó en aquel país, lo cual le impidió regresar oportunamente a Colombia.

Cerrada nuevamente la investigación, el Tribunal Superior de Cali calificó el mérito del sumario ordenando la cesación de procedimiento a favor de la encargada, acogiendo para ello el principio de favorabilidad y las nuevas disposiciones procesales. Esta providencia fue notificada personalmente al fiscal de la Corporación, al defensor y a la acusada; pese a ello, y acorde con la reciente jurisprudencia de la Corte, se ordenó la consulta del proveído.

La providencia de primera instancia

En el segundo auto calificatorio del Tribunal, la Corporación básicamente se remitió a reiterar las consideraciones que hiciera en el primero; sobre el delito de abandono del cargo, estimó que si bien encontraba la prueba de la adecuación típica de la conducta, no existía suficiente prueba de la responsabilidad de la incriminada, como que habiendo planteado la existencia de circunstancias de fuerza mayor, el deficiente valor probatorio de los medios utilizados para comprobarlas, imponen la cesación del procedimiento en favor de la procesada.

En cuanto hace referencia al delito de detención arbitraria, sostiene el Tribunal que tampoco se comprobó el aspecto subjetivo de la infracción. En relación con los cargos por el delito de falsedad, se estimó en la primera instancia que siendo que los documentos producidos reflejaban la voluntad de la juez encargada, no se contiene en ellos alteración alguna de la verdad, y por tanto no puede predicarse la comisión del ilícito que se imputó a la señora Escobar Polanco.

El concepto del Procurador delegado

Señaló el Procurador segundo delegado en lo penal, que de las tres infracciones investigadas y calificadas por el *aquo*, sólo una es susceptible del grado jurisdiccional de consulta, ya que la cantidad de pena prevista como máxima para los delitos de abandono del cargo y prolongación ilícita de la privación de libertad, no permiten, por mandato de la ley, la revisión de la decisión.

Acogiendo, con breves razonamientos la tesis del Tribunal, consideró atípica la conducta por cuanto los documentos que se confeccionaron en los pliegos que dejara firmada la procesada lo fueron por tal modo fieles a la verdad, que se ajustaron a las instrucciones precisas por ella impartidas, y a la realidad de sus respectivos procesos. En consecuencia, solicitó la confirmación de la providencia.

Consideraciones de la Corte

Tal como lo señala el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, y lo anota el Procurador delegado en lo Penal, el grado jurisdiccional de consulta solamente procede en relación con algunas providencias, siempre que el delito

por el que se procede tenga prevista una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de cinco años. Como consecuencia de lo anterior, en principio no podría la Corte revisar más que la decisión correspondiente al delito de falsedad en documentos, único de los ilícitos juzgados que cumple con la cantidad de pena anotada. Empero, debe la Sala aclarar que se dan situaciones procesales en las cuales la íntima relación que existe entre los diversos hechos punibles investigados impide la revisión de uno solo de ellos en la segunda instancia por vía de consulta, porque de procederse en tal forma, quedarían extremos sin resolver, o deficientemente resueltos, porque la decisión respecto de uno supone necesariamente la resolución del otro, y es obvio que no podrían existir circunstancias de vedado análisis siendo éste indispensable para la decisión que corresponda tomar.

Es ello lo que ocurre en este evento. El delito de falsedad en documentos que se imputa a la señora Escobar Polanco es por tal modo relacionado con el ilícito de abandono del cargo y el de detención arbitraria que solamente revisando las decisiones en torno a los tres hechos punibles es posible concretar las condiciones de adecuación típica y responsabilidad penal, porque justamente en razón al abandono del cargo, se posibilitó la comisión de las falsedades consistentes en la falsa atestación de su presencia en el despacho, y de la misma forma, la privación de libertad depende de este hecho, que debiendo ser analizado por la Sala, amplía la decisión al delito de detención arbitraria imputado.

Nótese, además, cómo esta solución no repugna al proceso previamente establecido, porque incluso en el ámbito civil, en donde es más marcado el formalismo, en sede de apelación se permite la revisión de las determinaciones que no son objeto del recurso de alzada, en cuanto ellas estén íntimamente ligadas a la reforma necesaria de la providencia, como bien lo señala el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil. Por las anteriores razones, la Corte examinará la totalidad de la providencia consultada.

Debe señalarse, en primer lugar, que el proceso adolece de algunas fallas instructivas que, por fortuna, no afectan directamente a los hechos punibles contemplados en la providencia de primera instancia, y que admiten su corrección procesal a través de la compulsación de copias. En efecto, la investigación se dirigió exclusivamente a la comprobación de los aspectos propios de los ilícitos a que se refiere la inicial denuncia de la doctora Carmen Elisa Duque Ricaurte, descuidando algunos puntos que podrían constituir infracciones penales independientes. Así, ningún esfuerzo se hizo para determinar si la incriminada María del Socorro Escobar Polanco recibió de las arcas estatales las sumas correspondientes al sueldo de los días en que, vencida la incapacidad médica, no se presentó a cumplir con sus funciones, como tampoco trató de establecerse en qué forma fueron cobrados tales dineros, ni se acreditó a través de las firmas de los funcionarios en las nóminas la asistencia al trabajo de la encartada o no, aspectos éstos que bien podrían revelar la comisión de un delito de falsedad en documentos y otro de peculado por apropiación. Por ello, se expedirán copias de la presente actuación a fin de que se investiguen por separado estas posibles conductas de la incriminada, y se remitirán al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali por ser de su competencia, al menos durante el período en que la acusada fue encargada como titular del Juzgado 32 penal municipal de aquella ciudad.

Comienza ahora la Corte por enmendar las fallas en el juzgamiento con respecto al delito de falsedad en documento público. Los autos de fechas 31 de diciembre de 1986, y 2 de enero de 1987, así como las boletas de excarcelación que se libraron en las mismas fechas constituyen documentos públicos, habida consideración de que los mismos fueron expedidos por un funcionario de tal categoría en ejercicio de las actividades propias de su cargo, con un tenor literal y una firma que avala su contenido, en fin, con las formalidades que exige las leyes para estos eventos. Es verdad que en tales documentos no se reflejan hechos contrarios a la verdad procesal de las actuaciones para las cuales fueron emitidos, pero ello no es suficiente razón para considerarlos como documentos verdaderos, posición que toma el Tribunal en su decisión de primer grado.

No se ha discutido que tales decisiones contengan manifestaciones abiertamente contrarias a las disposiciones legales; la esencia de la falsedad no radica en este aspecto, sino en la veracidad de los documentos mismos. Aparte de la reseña de los hechos, las consideraciones en que se fundamentara la resolución respectiva, y las órdenes que se observan en los citados autos y boletas, se hacen en ellos afirmaciones que no concuerdan con la realidad que debe regir estos instrumentos. Así, según consta en ellos unos fueron emitidos el día 31 de diciembre de 1986, y los otros el día 2 de enero del año siguiente, presuntamente por la juez encargada María del Socorro Escobar P. Sin embargo, *es verdad irrefutable de acuerdo con las pruebas aportadas a la investigación, que para tales fechas la persona que como juez rubricó los documentos no se encontraba en el despacho del Juzgado 32 penal municipal de Cali, pero ni siquiera en posibilidad física de firmarlos como que la señora Escobar Polanco se hallaba fuera del país y no en el desempeño de sus funciones, sino en desarrollo de actividades particulares, traicionando el encargo público que se le había confiado y en clara contradicción con la Constitución y la ley que había jurado respetar.*

Los documentos, son pues, falsos, porque no fueron expedidos realmente por la funcionaria que se dice los emitió, y si en ellos se recogió su criterio anticipado de las relaciones procesales que reflejan, carecen en todo caso de concordancia con la realidad porque en ellos se afirma que fue la Juez 32 penal municipal de Cali, encargada, quien en las fechas ciertas que presentan, emitió las decisiones respectivas. Además de ello, se trata de instrumentos revestidos de capacidad probatoria.

Es verdad, también que con dichas determinaciones no se irrogó daño alguno a los particulares que se vieron favorecidos con las medidas tomadas en los autos, y ratificadas en las respectivas boletas de excarcelación; pero el daño de la falsedad no sólo puede predicarse con relación a los particulares, como parece haberse entendido en este asunto. El bien jurídico protegido por el delito de falsedad en documento público es el de la fe pública, y allí ha de mirarse básicamente para establecer la calidad y cantidad de la lesión inferida.

Los coasociados en general, y el estado en particular, tienen un específico interés en que las decisiones de los funcionarios públicos sean en todo ajustadas a la legalidad, que no contraríen los principios generales del ejercicio del cargo, y que garanticen a los ciudadanos el juzgamiento –en este caso– por parte de quienes están llamados a tomar las decisiones judiciales, no por persona alguna ajena a estos menesteres. Las conductas desplegadas por la procesada atacaron ese específico interés, y desconociendo los

deberes que su cargo le imponía, dejó en manos de la secretaria encargada y de los demás empleados la toma de decisiones judiciales, lesionando de esta forma y de manera efectiva la confianza de la administración pública, la credibilidad de los ciudadanos en las decisiones de sus jueces, y el especial propósito del estado en mantener incólume la moralidad de sus funcionarios.

A este respecto, baste recordar la providencia de esta misma Corporación, de fecha 29 de abril de 1980, en la que fuera Magistrado ponente el doctor Darío Velásquez Gaviria, y que señala en lo pertinente:

"En el delito de falsedad en documento público, basta respecto del perjuicio que éste tenga la aptitud para generarlo o lo que es lo mismo 'que el documento sea potencialmente dañoso'. Esa idoneidad para causar daño, no puede deducirse únicamente de la efectiva realización de éste, aun cuando no puede negarse que ello constituye su mejor comprobación, sino de la intrínseca aptitud para ocasionarlo, la cual se puede apreciar desde el momento mismo en que el documento es creado. Por eso un documento público afectado de nulidad puede ser objeto material de un delito de falsedad, pues en tanto no sea invalidado puede producir, además del daño que entraña a la fe o confianza públicas depositadas en esta clase de documentos y a su valor probatorio, perjuicios a los intereses particulares en él amparados".

La expedición de los actos procesales que se hiciera en este evento sin la presencia real del juez que los signó, se revela además por tal modo contraria a la verdad, que la tipificación del delito de falsedad para cada uno de ellos resulta inobjetable. Con cada uno de tales documentos se lesionó el bien jurídico de la fe pública, y en consecuencia, siendo que cada una de tales infracciones constituye en sí misma un delito perfecto, se puede predicar la existencia de un concurso material homogéneo y sucesivo de tipos.

Singular por decir lo menos esta tesis del Tribunal de Cali, porque de hecho está afirmando la posibilidad de que los jueces administren justicia a distancia y a control remoto, sin que tan irresponsable actitud pueda ser considerada como irregular y delictiva; porque la cesación de procedimiento que se revisa a tal conclusión apunta, en cuanto de ello se podría concluir que los jueces podrían dejar firmados pliegos en blanco, para que los subalternos los llenen conforme a las instrucciones dadas a su amaño, porque ¿quién podría confrontar en tales condiciones el cumplimiento de las instrucciones dadas?

El Tribunal de instancia parece que no percibió las nefastas consecuencias que este tipo de prácticas puede producir a la administración de justicia y menos aun que se validen con providencias tan injurídicas como la que ahora se revisa.

El aspecto subjetivo de la infracción, por otra parte, encuentra también plena comprobación dentro del sumario. En efecto, no son atendibles para la Corte las excusas presentadas por la procesada en el sentido de que su no regreso oportuno al Juzgado se debió a circunstancias que estructuran el fenómeno de la fuerza mayor, porque bien claro resulta de lo actuado que tales condiciones no existieron.

A este respecto, es conveniente resaltar que probatoriamente las fórmulas médicas de los galenos que presuntamente atendieran a la inculpada en las ciudades de Acapulco y México se tuvieron en cuenta como documentos que tienen plena fuerza de convicción, siendo que no se hallan reconocidos, uno y otro contienen

afirmaciones diversas en cuanto al estado de salud de la paciente, e incluso, también con prueba deficiente, uno de ellos se revela como constancia hecha a solicitud de la pretendida enferma para efectos de obtener un cupo en el vuelo de regreso, lo que bien lo puede presentar como mera justificante no ajustada a la verdad, por los fines a que se hallaba dirigida.

Bien poco convincentes resultan, en efecto, los padecimientos de la acusada Escobar Polanco, si se tiene en cuenta que en el breve lapso de tiempo a que se refieren los conceptos médicos, cuatro diversos fueron los diagnósticos. En la Caja de Compensación Familiar en donde fue atendida, se halló en su pie un leve dolor a nivel del maléolo externo del pie derecho, sin deformación, sin muestras al examen radiológico, de luxo fractura; al día siguiente, sin embargo, y ya en criterio del galeno de la Caja Nacional de Previsión, la lesión era la de esguince traumático del tobillo derecho. Discutible, en efecto, la presencia de la causa de la incapacidad; sin embargo, ella ameritó el reconocimiento médico y la prescripción de reposo, que imponía a la procesada la inmovilización de su pie derecho, y por ello, la colocaba en incapacidad para viajar si procuraba obtener una pronta mejoría. Obviamente, la inculpada trató de explotar su lesión para justificar su no regreso al trabajo, porque así se lo hizo saber a Raquel Urquiza, la secretaria encargada, cuando telefónicamente se comunicó con ella desde Acapulco, diciendo que la lesión del pie se le había complicado, y por ello no podía retornar oportunamente a la ciudad de Cali, llamada que efectuó el día 5 de enero de 1987, cuando aún no había conseguido la excusa que extendiera el día ocho de los mismos mes y año el doctor Malagón.

Pese a las afirmaciones de su conversación telefónica, cuyos términos no han sido rebatidos, la acusada presentó la mencionada fórmula fechada el ocho de enero, en donde ya no eran sus padecimientos del tobillo los que la imposibilitaban para regresar, sino una sorpresiva enfermedad más grave aún, la gastroenteritis, dolencia que no se sabe si le producía imposibilidad de desplazamiento; y al día siguiente, 9 de enero de 1987, en la misma forma sorpresiva en que le sobrevino el ataque, se vio curada de su mal y padeció entonces infección respiratoria alta aguda.

En estas condiciones, ni aun olvidando los defectos de aportación de los documentos probatorios, se puede llegar a la conclusión que dedujera el Tribunal de primera instancia, de que se encuentran probadas las circunstancias de fuerza mayor para el no reintegro de la funcionaria a sus labores. Estos hechos, por el contrario, se erigen en indicios de su responsabilidad penal, toda vez que, demuestran la intención que desde el primer momento tenía la inculpada de no atender las funciones propias de su cargo, y por tanto, delegar en los empleados del juzgado la producción de los autos y boletas de excarcelación que en definitiva fueron emitidos irregularmente.

A más de lo anterior, se suma a este indicio de responsabilidad el hecho comprobado de que la funcionaria el día 29 de diciembre de 1986, fecha en que comenzaba su incapacidad, dejara varios pliegos convenientemente firmados para que en ellos se vertieran los actos procesales falsos, pese a que de palabras mostró intenciones de asistir al juzgado a pesar de su limitación motriz. Pero, más se pone en evidencia tan torcido proceder, si se tiene en cuenta que el mismo día 29 compró los pasajes que habrían de llevarla a ciudad de México, según se desprende de los boletos mismos que ostentan como fecha de expedición la del día mencionado.

Todo obedeció, entonces, a no dudarlo, a un plan preconcebido, a una preparación ponderada de la ilicitud, en donde se trató de no dejar resquicio alguno por el cual se pudiera comprobar la responsabilidad penal de la acusada, o con fines a que no se notara su ausencia del despacho, los cuales se frustraron ante la situación que se presentó al haber sido puesto a disposición del juzgado a un capturado.

Tampoco puede darse fuerza probatoria, como al parecer lo hizo el Tribunal, a la manifestación del presunto esposo de la acusada hecha mediante documento privado y cuya firma aparece autenticada ante el cónsul colombiano. Y no puede ser tenido en cuenta, porque probatoriamente es medio defectuoso, que no acredita más que la existencia de la rúbrica en el documento. A más de ello, las aseveraciones no juradas que contiene tampoco descartan la responsabiliad de la incriminada, porque la coacción que se quiso demostrar a través de tal actuación no tiene siquiera en él configuración de tal naturaleza que pueda ser relevante para efectos penales.

En las anteriores condiciones, claro resulta que se reúnen a cabalidad las exigencias consagradas en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal que rige este enjuiciamiento (Decreto número 409 de 1971), y por tanto, la Corte revocará la decisión de primera instancia en lo pertinente, y llamará a responder en juicio criminal, por el delito de falsedad en documentos públicos de que trata el artículo 219 del Código Penal, en concurso material homogéneo y sucesivo, a la incriminada.

El concurso material homogéneo y sucesivo, debe precisarse, está configurado por las falsedades contenidas en los siguientes documentos públicos: auto de fecha dos de enero de mil novecientos ochenta y siete, que resuelve la situación jurídica de los indagados Juan Carlos Acosta Bravo y Efraín García Sánchez; las boletas de excarcelación número 001 y 002 a favor de los mismos procesados; auto del treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, por medio del cual se sustituyó la caución a Carlos Alberto Martínez y a Héctor Alegría Hurtado; y, finalmente, boletas de excarcelación números 049 y 050 de mil novecientos ochenta y seis, expedidas a favor de los últimamente citados.

En torno al delito de abandono del cargo imputado, se tiene que el artículo 156 de la codificación sustantiva contempla como tal la conducta del empleado oficial que abandone sin justa causa su destino, estableciendo además de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas la de arresto para aquellos eventos en los cuales el sujeto agente de la conducta ejerza jurisdicción, como es el caso concreto que se estudia.

Como ya se precisó en los párrafos anteriores, la señora María del Socorro Escobar Polanco fue nombrada y tomó posesión del cargo de Juez 32 penal municipal de Cali por el lapso de veintidós días contados a partir del veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, lo que quiere decir que durante dicho término adquirió la condición de empleado oficial con ejercicio de jurisdicción, tal como lo requiere el tipo que describe el artículo 156 del Código Penal.

Es igualmente una verdad procesal que la misma señora María del Socorro Escobar Polanco se retiró del cargo del cual había tomado posesión en debida forma por el término de seis (6) días que duraba la incapacidad que a su favor reconociera uno de los médicos oficiales de la Caja Nacional de Previsión, debiendo entonces

reintegrarse a sus labores el día tres (3) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987). Por la versión de la propia acusada, de la secretaria encargada del juzgado, de la juez que por entonces se encontraba en vacaciones, y aun por algunos de los documentos aportados a la investigación, se ha comprobado igualmente que la señora Escobar Polanco no regresó a cumplir con sus funciones de juez al vencimiento del período de incapacidad, sino que extendió su ausencia de la oficina hasta el día quince (15) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987), vale decir, doce días después a aquél en que lo ha debido hacer; aun más, su regreso al trabajo ni siquiera se operó cuando aún debería desempeñar las labores de juez, sino que, vencido el período de encargo como tal, la reincorporación se produjo cuando ya la titular del despacho estaba atendiendo los asuntos a su cargo, y la procesada debía desempeñar las funciones de secretaria para las que originalmente estaba designada. De esta forma, queda acreditado que la procesada, objetivamente, abandonó el cargo. Resta, entonces, examinar si esta conducta se encuentra justificada o no.

Frente a este análisis resultarían entonces válidos los planteamientos del Tribunal de instancia, cuando asegura en su proveído consultado que el aspecto objetivo de la conducta se halla plenamente comprobado. Empero, debe criticarse su afirmación, toda vez que no es por modo alguno admisible que no se considere la ausencia de justa causa como un elemento integrante del tipo, esto es, como condición que se debe acreditar plenamente para predicar la perfecta adecuación típica de la conducta.

La ausencia de justa causa, sin embargo, se encuentra también perfectamente probada dentro de la investigación. En efecto, por parte de la procesada se quiso argumentar como justificación de su ausencia a la oficina la imposibilidad de regresar al país por dos motivos primordiales: el primero, la ausencia de transporte por vía aérea entre Colombia y México en los días en que faltó al cumplimiento de sus funciones; el segundo, por la presencia de algunas dolencias que extendieron su incapacidad más allá del límite inicialmente autorizado por el médico oficial.

Una y otra razón se encuentran suficientemente rebatidas dentro de la actuación sumarial, porque ni fue verdad que no existiera conexión por vía aérea entre la ciudad de México y Colombia, ni existen medios probatorios válidos que respalden la presencia de enfermedades que impidieran el desplazamiento de la incriminada a la ciudad de Cali, como más adelante se demostrará.

Frente a la primera de las circunstancias alegadas, cuenta el expediente con las comunicaciones que las empresas Aeroméxico y Avianca enviaron al funcionario instructor, que por sí solas refutan tan peregrina afirmación de la incriminada, ya que aseguran, por la época en que fueron interrogadas, que en sus vuelos entre Colombia y México tuvieron normal operación, habiendo despachado hacia este país aviones los días 10, 11 y 12 de enero de mil novecientos ochenta y siete, lo que significa que en cualquiera de estas fechas la procesada ha podido emprender su viaje de regreso, y no esperar hasta el día quince en que finalmente regresó a su cargo.

Debe señalarse, a este respecto, que la imposibilidad para regresar al país entre los días tres de enero y nueve del mismo mes del año de mil novecientos ochenta y siete, la fincó la acusada en su pretendida enfermedad; por ello, se explica la desidia del instructor al no informarse sobre los vuelos que procedentes de México pudieran

llegar a Colombia en este lapso de tiempo, lo cual no implica, sin embargo, que la conducta de la procesada encuentre justificación alguna.

Ahora bien, en torno a la segunda de las exculpaciones argüidas, se tiene que la inculpada presentó dos documentos privados que certifican la ocurrencia de dos diversas dolencias presuntamente padecidas en forma sucesiva por la señora Escobar Polanco; la primera de ellas un ataque de gastroenteritis, y la segunda, una alta infección respiratoria. Ningún esfuerzo analítico hizo el Tribunal en torno a la comprobación de estas circunstancias; si hubiera puesto empeño el juzgador de primer grado, habría advertido cómo este viacrucis de salud lejos de justificar la conducta de la procesada se yergue como haz probatorio en su contra.

En efecto, aún desde la primera incapacidad concedida a la ex juez se ve la torcida intención de juntar medios probatorios que justificaran su ausencia del juzgado; así, si bien el testimonio del médico que la atendió en la Caja Nacional de Previsión contiene la afirmación de que el período de inactividad se prescribió por la presencia de un esguince traumático del tobillo derecho comprobado clínica y radiológicamente, en la certificación que expidiera la División de Salud de Comfenalco se consignó que al examen radiológico no presentaba evidencia de luxofractura. Estas contradicciones, son indicios de una amañada lesión, que se ven corroboradas con las demás circunstancias probatorias.

Recuérdese, al efecto, que antes de tener la acusada en su poder la segunda de las "incapacidades", ésta expedida en otro país, la señora Escobar Polanco dijo telefónicamente a la secretaria encargada que se le imposibilitaba su regreso a Colombia debido a que su lesión del tobillo se había agravado por el intenso frío que hacía en México, previsión ésta que fue luego cambiada a la existencia de una gastroenteritis, quizás por propio consejo del galeno que expidió el certificado que como prueba suficiente de justificación fue evaluado equivocadamente por el Tribunal de Cali. Al cambiar de ciudad, de Acapulco a México, la acusada se cura sorpresivamente de su dolencia, mas se ve afectada de una infección respiratoria; tantas coincidencias son más que sospechosas, y constituyen la revelación de una cadena de justificantes inexistentes que deben tenerse como indicios suficientes de responsabilidad de la acusada.

La justa causa, entonces, no encuentra comprobación alguna. Aún admitiendo que la incriminada hubiese padecido tantos males seguidos, su obligación era la de acreditar por las vías legales la existencia de sus enfermedades ante las autoridades sanitarias colombianas para que, de ser ciertas, se extendiera su incapacidad al lapso necesario para rehabilitarse de sus dolencias. Los certificados de prescripción de incapacidad que pueden ser tenidos como medios probatorios según la ley colombiana, se limitan a los expedidos por el médico oficial de la Caja Nacional de Previsión; los firmados por los médicos mexicanos son simples documentos privados que ni siquiera fueron ratificados, que no tienen capacidad probatoria frente a las circunstancias alegadas por la inculpada, y que por tanto dejan sin prueba la pretendida justa causa del abandono del cargo.

Ahora bien, mucho se ha insistido en el aspecto subjetivo de las infracciones. La señora Escobar Polanco no puede dentro del proceso válidamente alegar la ausencia

de culpabilidad, porque las pruebas recaudadas acreditan su voluntad consciente de incurrir en los delitos de falsedad, como ya se anotó, y en el ilícito de abandono del cargo, puesto que está demostrado en el plenario que el mismo día en que fue incapacitada compró los pasajes que la trasladarían a ciudad de México a cumplir una cita con el padre de su hija, compromiso éste que no era ineludible, que tampoco contenía voluntad coactiva suficiente del mencionado señor, y que no puede pretenderse como un viaje imprevisto con la mira fija en regresar a los dos o tres días de iniciado, porque las distancias a recorrer, lo oneroso del traslado, las dificultades de consecución de los documentos de viaje, y múltiples circunstancias adicionales, indican a cualquier persona de comprensión media que es imposible salir del país en tales condiciones y regresar al cumplimiento de funciones tan delicadas como las de juez en el breve período de seis días que duraba la incapacidad.

María del Socorro Escobar Polanco abandonó su cargo, y lo hizo a ciencia y paciencia de lo que determinaba su conducta. Tenía ya preparados sus documentos de viaje, había adquirido los dineros necesarios para el mismo, pensaba no reintegrarse oportunamente a su función, porque así lo demuestra, además, el hecho de que dejara firmados en blanco varios pliegos, con instrucciones precisas de consignar en ellos algunas determinaciones judiciales que ya fueron objeto de análisis. Estos hechos, demuestran su intencionalidad, y por tanto, será llamada a juicio por el delito descrito en el artículo 156 del Código Penal, en las condiciones ya precisadas.

Por lo que se refiere al delito de detención arbitraria, la conducta de la procesada se subsume en el tipo descrito en el artículo 273 del Código Penal, bajo el epígrafe de prolongación ilícita de privación de la libertad. Es verdad, en este aspecto, que la funcionaria no dirigió su conducta desde un primer momento a la realización de este hecho típico que se produjo al no escuchar en indagatoria ni resolver la situación jurídica en forma oportuna al ciudadano Rosemberg Cárdenas, quien debió acudir ante un juez municipal del lugar solicitando el amparo del Habeas Corpus, pero esta ausencia de intención directa, no suprime la comisión del delito, porque su estructura típica es perfecta y la prueba de su actuar doloso se halla recaudada dentro del expediente.

En efecto, Rosemberg Cárdenas fue puesto a disposición del Juzgado 32 penal municipal en ausencia de la procesada, pero ésta se enteró de tal hecho cuando telefónicamente se comunicó con la secretaria encargada desde la ciudad de Acapulco en los primeros días del mes de enero de mil novecientos ochenta y siete, tal como lo relata la citada secretaria y lo consigna igualmente la procesada. Pese a ello, la señora Escobar Polanco no realizó conducta positiva alguna que pretendiera poner fin a esta situación irregular. Muy por el contrario, sabedora de la existencia del capturado a disposición del despacho que debía orientar, permaneció en México durante varios días más, sin preocuparse de la situación del aprehendido, entre otras cosas, porque su viaje le impedía apersonarse de la situación.

Estas situaciones, obviamente, demuestran que la procesada estaba enterada de la existencia del capturado, como funcionaria, sabía que debía desarrollar actividades precisas frente a este fenómeno procesal, y conocía así mismo que el no escuchar en indagatoria al aprehendido ni resolverle su situación jurídica dentro del término legal constituye el delito de prolongación ilícita de privación de la libertad, vale decir,

conocía el hecho punible, e indudablemente quiso su realización, como que ni siquiera ante esta nueva situación realizó conducta positiva alguna para regresar al país a cumplir con sus deberes, ni se preocupó por poner fin, por medio alguno, a la privación de la libertad de Rosemberg Cárdenas. Quiere decir lo anterior, que la inculpada actuó dolosamente, en los términos del artículo 36 del Código Penal, y en consecuencia, también por este hecho punible se llamará a responder en juicio a la acusada.

Siendo que se ha demostrado que en el expediente existen razones suficientes para llamar a juicio a la incriminada por los delitos de falsedad en documentos públicos, abandono del cargo y prolongación ilícita de privación de la libertad, debe concluirse que igualmente se hallan satisfechos los presupuestos para dictar en su contra medida de aseguramiento, que en este caso corresponde a detención preventiva, toda vez que la naturaleza de los ilícitos imputados así lo acredita. En consecuencia, la Sala procederá a ello, declarando además que la sindicada no tiene derecho a su libertad anticipada, por no presentarse a su favor ninguna de las circunstancias que la posibilitan, habida consideración de que la pena mínima imponible en caso de sentencia condenatoria sería la de privación de libertad en un mínimo superior a los tres años, señalados por la ley como límite para conceder el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Para hacer efectiva la medida preventiva, se solicitará la suspensión de la señora Escobar Polanco, si todavía desempeñare el cargo público de secretaria del Juzgado 32 penal municipal de Cali, u otro cualquiera, y se oficiará a las autoridades de policía correspondientes a fin de que tomen las medidas que fueren necesarias para evitar que la incriminada eluda la acción de la justicia, de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal.

Así mismo, en las actuaciones constitutivas de algunos de los delitos de falsedad investigados en este asunto se ha acreditado que la señora Raquel Urquiza, secretaria encargada del juzgado suscribió también los autos falsos y, como tal, ha participado en la realización de esos ilícitos. Sin embargo, ninguna actuación dirigió el Tribunal a clarificar estos aspectos, y por ello se expedirán copias para que por las autoridades competentes se adelante la investigación correspondiente.

Finalmente, debe la Corte criticar firmemente las posiciones tanto del Tribunal de instancia, de su fiscal, y del señor Procurador delegado en lo Penal que actúan en este proceso. El primero, por los múltiples yerros investigativos en que incurrió, que dieron lugar a la ruptura de la unidad procesal que ha debido mantenerse en este asunto, y por el ínfimo análisis probatorio que realizara en sus providencias ante hechos tan graves como los que son materia de juzgamiento, acogiendo la vía del menor esfuerzo para reiterar un equivocado sobreseimiento –cesación de procedimiento– que choca contra las reglas mínimas de justicia, demostrando más un afán de favorecimiento a la funcionaria investigada, que una aplicación justa del derecho. Los segundos, por haber incurrido en el mismo yerro de análisis probatorio superficial, en desconocimiento de sus estrictos deberes, con cuyos conceptos se va en contravía de todas las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales en torno al problema materia de este proceso.

Debe advertirse, igualmente, que el Tribunal habrá de hacer esfuerzos probatorios en la etapa de la causa, tales como son la comprobación de la validez de los certificados médicos expedidos a nombre de la acusada en México, la recolección del testimonio del señor Enrique Samudio Montero, presunto esposo de la incriminada, la comprobación de la procedencia de los dineros con que fueron adquiridos los pasajes aéreos, la situación de los documentos de viaje de la inculpada, y, en fin, otros varios aspectos ya señalados en esta providencia.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la providencia consultada y, en su lugar, llamar a responder en juicio criminal de tramitación ordinaria a la señora María del Socorro Escobar Polanco, de notas civiles y personales conocidas en autos, como sindicada de los delitos de falsedad de documentos públicos en concurso, detención arbitraria y de los abusos de autoridad y otras infracciones, en forma concursal, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisados en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. De estos delitos, trata el Código Penal en su libro segundo, Título VI, Capítulo III; Título X, Capítulo II; y Título III, Capítulo VIII, respectivamente, y se encuentran reprimidos con pena privativa de la libertad.

Tercero. DECLARAR que la encausada no tiene derecho a su libertad provisional.

Cuarto. DECRETAR la detención preventiva de la sindicada María del Socorro Escobar Polanco, de condiciones ya dichas. Para su efectividad, se solicitará la suspensión de la enjuiciada del cargo que desempeña a la autoridad nominadora que lo es la Juez 32 penal municipal de Cali, de acuerdo con las constancias procesales.

Quinto. Obtenida la suspensión del cargo, o vencido el término legal sin que ésta se haya producido, se ORDENARÁ la captura de la acusada.

OFÍCIESE al Departamento Administrativo de Seguridad, Seccional Cali, y al Departamento de Policía Valle, a fin de que tomen las medidas que sean pertinentes para evitar que la acusada eluda la acción de la justicia mientras se opera la suspensión en el cargo.

Hecha efectiva la captura de la acusada, se solicitará al Director General de Prisiones que señale, en forma inmediata, el lugar de reclusión en que deba permanecer detenida preventivamente la sindicada, dada su calidad de juez al momento de realización de los ilícitos.

Sexto. EXPÍDANSE copias de las partes pertinentes de este proceso a fin de que las autoridades competentes inicien, si fuere del caso, las investigaciones que sean procedentes por los delitos de peculado y falsedad en documentos en que hayan podido incurrir María del Socorro Escobar Polanco y Raquel Urquiza, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz (Con salvamento parcial de voto); *Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga* (Con salvamento parcial de voto); *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero
Secretario

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Los sucritos Magistrados nos permitimos salvar parcialmente el voto en cuanto a la providencia que llama a juicio a María del Socorro Escobar Polanco por los delitos de falsedad en documentos públicos, abuso de autoridad en la modalidad del abandono del cargo (artículo 156 del C.P.) y detención arbitraria en la forma de prolongación ilícita de la libertad.

Nuestro disentimiento de la posición mayoritaria se puede sintetizar diciendo que estamos acordes con el auto vocátorio a juicio por los delitos de falsedad y abuso de autoridad por abandono del cargo, mas no en cuanto a la detención arbitraria fundamentados en las siguientes razones:

1° Es cierto que el artículo 36 del C.P. incluyó la figura del llamado "dolo eventual" cuando considera dolosa la conducta de agente que acepta la realización del hecho por preverlo al menos cómo posible. La figura del "dolo eventual" ha sido sometida a cesantes dubitaciones en el derecho penal moderno y se ha pedido prudencia y circunspección para aceptarlo en caso concreto.

2° Si se estudia la página 19 de la providencia, se concluye, que aun cuando sin usar la palabra "dolo eventual" tal es la hipótesis dolosa que se acoge.

En efecto, se dice: "Constituye el delito de prolongación ilícita de privación de libertad, vale decir, conocía el hecho punible, e indudablemente quiso su realización, como que ni siquiera ante esta nueva situación realizó conducta positiva alguna para regresar al país ni se preocupó por poner fin por medio alguna a la privación de la libertad a Rosemberg Cárdenas".

3° De la circunstancia de que el artículo 36 prevea el "dolo eventual" en la parte general del C.P. no significa que sea aplicable a todas las conductas descritas en la parte especial.

4° El intérprete debe hacer un estudio naturalístico de las modalidades desde cada ilícito para determinar si tal hipótesis cabe aceptarla en el caso concreto.

En los delitos contra la libertad individual y otras garantías, sobre todo en los realizados por el funcionario público, la agresión a tal libertad debe ser consciente debe conocerse el hecho punible y debe querer su realización. Aún en el supuesto de prolongación ilícita de la libertad según la doctrina prevalente, no es delito simple-

mente por omisión, sino que requiere una acción positiva tendiente a vulnerar la libertad humana.

5º Al aceptarse el abandono a partir del presupuesto fáctico de la presencia de la indagada en el exterior, es muy forzada la relación mental de correlacionar un delito de detención arbitraria, que es forma de abuso de funciones con el abandono del cargo que es la negación del ejercicio de tales funciones.

En el mismo auto de preceder, se sostiene: "... la *señora Escobar Polanco se hallaba fuera del país y no en desempeño de sus funciones, sino en desarrollo de actividades particulares*".

Si ello se acepta para integrar el abandono del cargo, no se entiende por qué se olvida para aceptar un delito que presupone de su real ejercicio en modalidad abusiva.

Es cierto que tanto el abandono del cargo como la detención arbitraria son delitos propios que requieren como presupuesto sujeto activo calificado, esto es, empleado oficial; pero al producirse el abandono del cargo, el sujeto activo pierde de hecho el ejercicio de funciones públicas y por ende suena artificioso considerarlo como funcionario en ejercicio de funciones que precisamente ha abandonado. Hay pues, una contraposición entre el hecho y el derecho, cuyas secuelas deben analizarse con prudencia.

Es muy sofisticado plasmar una detención arbitraria a control remoto, cuano se carece del presupuesto fáctico del ejercicio del cargo del cual se abusa.

Es contradictorio aceptar que no se ejerció el cargo y concluir su actuación abusiva; tal planteamiento constituye una clara antinomia, máxime cuando al ausentarse del país la procesada Rosemberg Cárdenas aún no había sido puesto bajo sus órdenes.

6º Toda la actuación reseñada en el párrafo transcrito del auto de preceder, como "no regresar al país para cumplir sus deberes", etc., son aspectos integrantes del tipo de abandono del cargo y no pueden doblemente incriminarse como dolo directo dentro de ese ilícito y como eventual dentro del delito contra la libertad individual; y se dice que son forma del abandono del cargo porque integran no sólo el verbo rector "abandonar" sino el elemento normativo del tipo "sin justa causa".

7º La tendencia que esporádicamente surge entre nosotros de exagerar la existencia de concurso de delitos debe moderarse eludiendo la caprichosa división de la conducta y respetando el universal principio del *non bis idem*.

Dejamos en esta forma expuesto nuestro disentimiento parcial con la providencia referida.

Guillermo Dávila Muñoz, Lisandro Martínez Zúñiga.

Fecha, *ut supra*.

DEMANDA DE CASACION. ADMISION

Por tratarse de una vía excepcional de impugnación la composición del libelo debe sujetarse a requisitos formales de obligatorio cumplimiento y estricta guarda, cuya pretermisión definitiva o parcial conduce, por expreso querer del sistema, a su desestimación.

Sentencia Casación. 21 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Germán Armando Castellanos Cárdenas, Jairo Enrique Murillo Sánchez y José Helí Rojas Sierra, por los delitos de extorsión y Violación de Habitación Ajena.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado: Acta número 038 del 15 de junio de 1988.

Bogotá, D.E., veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Vistos

Está acusada ante la Corte mediante el recurso extraordinario de casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha mayo cinco (5) de mil novecientos ochenta y siete (1987) a virtud de la cual confirmó la condena dictada por el Juzgado 38 de Instrucción Criminal Especializado a Germán Armando Castellanos Cárdenas, Jairo Enrique Murillo Sánchez y José Helí Rojas Sierra quienes fueron condenados a la pena principal de treinta y dos meses de prisión amén de las penas accesorias como coautores de un concurso de hechos punibles-heterogéneo y sucesivo- de extorsión y violación de habitación ajena.

Hechos

Según la historia procesal que se conoce en estos cuadernos, el día diecisiete (17) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Oficial Germán Armando Castellanos Rojas y los agentes de la Policía Nacional, Jairo Enrique Murillo Sánchez y José Helí Rojas Sierra, en forma arbitraria y abusiva penetraron al

inmueble habitado por Félix Eduardo Romero Martínez y Luz Marina Martín Piñeros a pretexto de registrar la casa de habitación por poseer datos ciertos y exactos de que el citado Romero había introducido ilegalmente al país, un vehículo automotor. Al no hallarlo pacientemente esperaron su regreso. Producido éste, bajo amenazas y coacciones de muerte y un despliegue inusitado de conductas y comportamientos penalmente relevantes lo obligaron a girar dos títulos-circulatorios: uno por valor de quinientos mil pesos ($500.000.00) y otro más por guarismo de doscientos cincuenta mil pesos ($250.000.00), este último como garantía de cumplimiento del primero, plazo que fatalmente debería cumplirse, días después.

Informadas las autoridades por el propio damnificado de los delitos de que venía siendo víctima, se montó el operativo de rigor que llevó a unidades especializadas a dar captura a los complotados de estas infracciones penales.

Actuación procesal

Abierta la investigación correspondiente, los coacusados fueron oídos en diligencia de descargos negando todos a una haber tenido relación directa o indirecta con los hechos que atrás han quedado reseñados.

Por auto de abril catorce (14) de mil novecientos ochenta y seis el Juzgado Treinta y Ocho (38) de Instrucción Criminal Especializado decretó la detención preventiva de los complotados Castellanos Cárdenas, Murillo Sánchez y Rojas Sierra.

Adelantada la instrucción y agotado el ciclo investigativo el señor Juez cognoscente profirió auto de citación para audiencia por el concurso de delitos.

Tras algunas incidencias procedimentales que fueron desde la no revocatoria del auto citatorio a audiencia pública hasta la decisión de declarar desierto un recurso de alzada contra la providencia últimamente mencionada, sin olvidar una petición de nulidad, deprecada por supuesta falta de competencia, al fin, concluye el juzgamiento con las decisiones condenatorias que aquí han tomado cuerpo.

La demanda

Invoca el recurrente la causal de casación, por aplicación indebida de los artículos 26 y 284 del Código Penal, pues a su juicio erró el Tribunal al considerar estructurado al delito-tipo de violación de habitación ajena por cuanto uno de sus elementos estructurales o compositivos no se dio en la actividad comportamental cumplementada por los inculpados. En tal orden de cosas se explaya el libelista en consideraciones de orden probatorio tendientes a poner en relieve la inexistencia del delito en cita, todo con la mira finalista *obvium est dicere* de desintegrar el fenómeno del concurso.

Destaca la Sala para anotaciones ulteriores que los cargos que presenta el censor no especifican si se trata de una violación directa o indirecta de la ley sustancial. Empero, del examen del libelo parece desprenderse que alude a la violación indirecta al atacar la apreciación de las pruebas agotadas por las instancias.

En pro de estas orientaciones -nada claras y sí embrolladas- pide, por último, el memorialista a la Corte que casando parcialmente el fallo se absuelva a su poderdante del punible de violación de habitación ajena, manteniéndose la condena por tentativa de extorsión, con la consecuente reducción de la cantidad política impuesta.

Respuesta del Ministerio Público

Con argumentos propios a la realidad profesional que aquí se repara juiciosamente se expide el señor Procurador Delegado en lo Penal solicitando a la Corte desestimar la demanda de casación al no ajustarse ésta a la técnica del recurso. En su oportunidad la Corte se refería a la predica de su Colaborador.

La corte

I. Adviene claro entender que para que el recurso extraordinario de casación pueda alcanzar los objetivos y fines que le son propios y naturalmente le sea permitido a la Corte entrar a examinar los puntos sensibles del asunto que plantea el recurrente, no basta con que se haya interpuesto, otorgado y concedido como tampoco que el autor presente una demanda cualquiera como si se tratase de un alegato propio de las instancias, así esté acompañada de un impresionante aparato erudito. Por tratarse de una vía excepcional de impugnación la composición del libelo debe sujetarse a requisitos formales de obligatorio cumplimiento y estricta guarda cuya pretermisión, definitiva o parcial conducen por expreso querer del sistema, a su desestimación. Las cosas en casación son así.

II. En el acto sub examen y como lo hace notorio el señor Procurador Delegado, la impugnación no respetó parte de ese rigorismo toda vez que en lado alguno de la demanda pero en ninguna parte se concreta el concepto de la violación de la ley penal. Y bien entendido se tiene que para no incurrir en vicios de técnica es deber inexcusable del autor del recurso señalar de entrada el campo de acción y la dialéctica que anima su entendimiento. Pues al paso que en la violación directa debe aceptarse la prueba tal y conforme la estimó el sentenciador a quo *sin que el casacionista discrepe de la cuestión probatoria en que se afianza el fallo, en la otra, la indirecta, se atacan precisamente, cuestionándolos, los presupuestos de hecho que informan el caudal probatorio del infolio. Constituyendo grave falta a la técnica no cuidar de estos detalles y perderse en ellos. La Corporación -valga verdades- no puede suplir de su propio resorte y actuando,* ex officio, *las deficiencias e incorrecciones que ostenta la demanda ni suplantar en situación condicionante el propio pensamiento del censor ni tampoco dar por establecidos los cargos mediante una interpretación amplia y generosa de la postulación. Si así procediera, la casación se hallaría en irremediable decrepitud y sin ningún futuro incitante. No es esta su perspectiva ni su profunda realidad.*

III. Al no precisarse, entonces, el concepto de la violación por parte del libelista, no puede la Sala entrar a resolver sobre el ataque que, por incompleto, deja sin piso la censura. Baste reiterar, en consecuencia, que la falta de determinación en que incurre el censor no la puede subsanar la Corte, porque las exigencias técnicas del recurso extraordinario se lo impiden. No se trata en este evento de una tercera instancia en donde deba la Sala analizar oficiosamente toda la actuación para establecer la

legalidad del juzgamiento, sino de una actuación extraordinaria en donde solamente puede la Corporación ocuparse de los cargos concretos y técnicamente planteados que se hagan a la sentencia.

En tal virtud, 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 devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Valandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario

PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* - CONEXIDAD

No se viola el *non bis in ídem* en aquellos eventos en que delitos conexos son investigados independientemente.

Sentencia Casación. 21 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Tito Ernesto Gutiérrez Perilla, por Violación al artículo 202 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 39.

Bogotá, D.E., junio veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Decide la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar el 7 de octubre de 1986, por medio de la cual confirmó la de primer grado que condenó a Tito Ernesto Gutiérrez Perilla a la pena principal de treinta y siete (37) meses de prisión por violación al artículo 202 del Código Penal.

HECHOS

El 20 de marzo de 1985, el Comandante de la Segunda Estación de Policía de Guateque, al mando de una patrulla, se dirigió al sitio denominado el Salitre situado en la jurisdicción del Municipio de Sutatenza, Departamento de Boyacá, para verificar la información suministrada al Comando sobre la presencia de personas armadas que se movilizaban en una motocicleta y que posiblemente pretendían realizar hechos delictuosos.

Al llegar a este sitio, los miembros de la patrulla fueron atacados por tres individuos, quienes dispararon con las armas de fuego que portaban y emprendieron la huída.

Iniciada la persecución se aprehendió a Tito Ernesto Gutiérrez Perilla, quien empuñando una pistola calibre 45 apuntó a uno de los agentes de la policía sin lograr disparar el arma por habérsele trabado, razón por la cual pudo ser capturado. Al ser requisado se le encontró además de la pistola, dos proveedores, varios cartuchos de diversos calibres, un sombrero, un poncho y un funda con orificios a manera de capucha.

Por estos hechos se iniciaron tres investigaciones: dos que adelanta el Juzgado Promiscuo Municipal de Sutatenza por el hurto de la motocicleta y el delito de violencia contra empleados oficiales y la tramitada por la Justicia Penal Militar a que se contrae este proceso.

Sinopsis procesal

Con base en el informe número 0255 YDGAR-C-712, de marzo 21 de 1985, del Tercer Distrito del Departamento de Policía Boyacá, el Juzgado 119 de Instrucción Penal Militar con sede en Tunja inició la investigación por el delito de porte ilegal de armas de que trata el artículo 202 del Código Penal, escuchó en indagatoria al capturado, recepcionó testimonios a los captores y allegó un dictamen balístico practicado sobre las armas y proyectiles decomisados.

Con estas diligencias y agotado el trámite procesal correspondiente, el Comandante de la Primera Brigada y el Tribunal Superior Militar, dictaron los fallos de primera y segunda instancia reseñados.

Demanda

Con fundamento en la causal tercera del artículo 226 del actual Código de Procedimiento Penal, el censor ataca el fallo impugnado por considerar que se profirió en un proceso viciado de nulidad de carácter constitucional. Tres son los cargos en que sustenta su conclusión:

1. Haberse rendido dos informes por hechos conexos, pues este irregular trámite originó que la Justicia Penal Militar investigara el porte ilegal de armas de uso privativo, de las Fuerzas Militares y la jurisdicción Ordinaria el hurto de la motocicleta y el ataque al Suboficial de la Policía Nacional.

2. Por existir conexidad circunstancial entre el porte ilegal de armas, el ataque a la Policía y el hurto de la motocicleta, la investigación y juzgamiento de estos delitos no se puede separar sin desconocer la unidad de proceso y por ende, la acumulación jurídica da penas.

3. La calificación del sumario es incompleta no solo por que no se resolvió la situación jurídica de Gutiérrez Perilla en relación con todos los hechos que se le imputa, sino porque no se vinculó a Jairo Vaca y Edgar Corba al proceso a pesar de estar identificados.

Concepto de la procuraduría

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en concepto que procede, impetra de la Sala se case la sentencia impugnada declarando nulidad de todo lo

actuado a partir del auto que decretó el cierre de investigación, inclusive, por incompetencia del Juez fallador y violación del debido proceso.

Respecto al primer cargo, afirma que éste no está llamado a prosperar porque los informes policiales no determinan la competencia sino los Jueces que la avocan, pues aquéllos no constituyen una decisión, ya que se trata de "opiniones intrascendentales".

Se abstiene de conceptuar sobre el tercer cargo por prosperar el segundo de conformidad con las siguientes premisas:

1. Los delitos de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, hurto y violencia contra empleado oficial debido a su coincidencia tempo-espacial, son conexos.

2. El Decreto número 1058 de 1984 que adscribió a la Justicia Penal Militar el conocimiento de la conducta tipificada en el artículo 202 del Código Penal no se refirió a los delitos conexos, pero esto no significa que se hayan suspendido las normas generales sobre conexidad.

3. Admitida la conexidad y la no suspensión de las disposiciones generales que regulan este fenómeno jurídico, debe aplicarse la unidad de proceso para respetar la acumulación jurídica de penas y no violar el *non bis in ídem* condenado a una persona dos veces por los mismos hechos, convirtiendo un factor agravante en un delito independiente.

4. Concluye, que la competencia para conocer de estos hechos punibles radica en los Juzgados Penales del Circuito, ya que la Justicia Penal Militar no tenía competencia para conocer de los delitos de hurto y violencia contra empleado oficial.

Consideraciones de la Corte

1. *Aclaración previa.* Se fundamenta la impugnación en la causal tercera del artículo 226 del actual Código de Procedimiento Penal, lo cual significa que el demandante debió invocar la causal cuarta del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal por disposición del artículo 677 del nuevo estatuto procesal; sin embargo, siendo igual el motivo que se consagra en los dos códigos, se procederá al estudio de la demanda.

De otra parte, del libelo se colige que los cargos de la censura se reducen a dos: Violación del debido proceso al investigarse por separado los delitos conexos y haberse calificado el sumario sin vincular a otros sindicados. Por tanto, a estos se remitirá el análisis.

2. *La unidad procesal.* 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.

Sobre la base de acciones conexas que debieron investigarse y fallarse en un solo proceso como factor de validez del proceso, existe abundante doctrina de la Corte y, en los últimos años, ésta se muestra acorde en desestimarla como factor de nulidad. A este respecto, en casación de 26 de septiembre de 1979, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, expresó la Sala.

"1. La conexidad, que busca diferentes objetivos, como el de facilitar las investigaciones, evitar fallos contradictorios, posibilitar la acumulación jurídica de penas, etc, pero su desconocimiento 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 reconcerse sus efectos más importantes. En este campo es necesario demostrar que, no obstante constituir una situación procesal objetiva y casi incontrovertible existencia, se desatendió su consideración, llegándose entonces a exponer al procesado a una sentencia de condenación, a dificultarse 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 la Corte con ponencia del Doctor Luis Enrique Aldana Rozo en casación de 14 de febrero de 1984, afirmó:

"El hecho mismo de que la ley admite excepciones al principio de la unidad procesal está indicando que esta 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".

3. *La calificación incompleta por falta de vinculación del coparticipe.* Sobre la demanda de nulidad por esta forma de calificación incompleta, también viene sosteniendo la Sala: "... que no constituye motivo de anulación y menos en sede de casación, afirmar y demostrar que la determinación de los sujetos incriminables resultó incompleta, al dejarse por fuera de la misma otros posibles agentes activos de la infracción. A este respecto, la tesis predominante es la de considerar que la unidad procesal es un propósito benéfico de la legislación pero no una exigencia de carecterísticas tan fundamentales que pueda dar al traste con la actuación cumplida, si se omite. Su incumplimiento encuentra más de una explicación y también suscita más de una solución, por fuera de la nulidad. De lo primero suele decirse que, en ocasiones, resulta tan imprecisa la mensión de otra u otras personas como comprometidas delituosamente en los hechos, que el investigador se ve imposibilitado para una indagación en ese sentido. No es extraño, la alusión a seres imaginarios, supuestos o fingidos con la simple intensión de desorientar al instructor o hacer recaer la sindicación en otros. Estas referencias, por lo imprecisas, tardías o acomodaticias, se revelan de inmediato como un protecto de defensa. Otras veces, el exfuncionario puede juzgar que no se trata de hechos conexos y que debe dirigirse la averiguación en forma separada. Y, en no pocas ocasiones, traduce negligencia o simple olvido.

"En todos estos eventos, no es dable invalidar el procedimiento realizado, el cual en este aspecto y aquí la solución al problema resulta perfeccionable mediante expedición de copias, decisión factible en la sentencia de primera o segunda instancia, o al definirse el recurso de casación, o con posterioridad a este por cualquier funcionario que se encuentra plausible motivo para determinar en este sentido" (Casación de octubre 7 de 1986, Magistrado Ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Así mismo, al referirse al principio de unidad procesal de que trata el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal anterior "...esta Sala ha reiterado que la responsabilidad es individual, de suerte que la formación de distintos procesos para copartícipes de un mismo hecho punible o por razón de hechos punibles cometidos en concurso recírproco, constituye una informalidad vituperable, pero en manera alguna una nulidad" (Casación de abril 12 de 1984 Magistrado Ponente doctor *Enrique Aldana Rozo).*

4. *El caso concreto.* En el presente caso las anteriores premisas jurisprudenciales son aplicables, por tanto, los cargos, propuestos por el censor, prohijados por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no están llamados a prosperar.

Razón le asiste al Colaborador Fiscal para afirmar que a pesar de no haberse incluido empresamente en el Decreto número 1058 de 1984, competencia a la Justicia Penal Militar para conocer además del delito de que trata el artículo 202 del Código Penal los delitos conexos con éste, las disposiciones generales que regulan este fenómeno jurídico, eran aplicables al caso; pero su incumplimiento no es generador de nulidad constitucional.

Afirmar que la investigación y juzgamiento por separado de delitos conexos viola el principio del non bis in ídem *porque se convierte "un factor agravante en un delito independiente" como lo expresa el señor Procurador Delegado, no es acertado; el fenómeno jurídico de la conexidad parte de la base de reconocer la independencia de dos o más delitos, de las cuales debe predicarse su tipicidad y es por razones de punibilidad fundamentadas en criterios de humanidad y política criminal que ha sido admitido legislativa y doctrinariamente para evitar penas temporalmente prolongadas.*

Pero esto no significa que la conexidad haga desaparecer alguno de los delitos por los que se procede, cada uno debe investigarse y probarse debidamente de conformidad con el procedimiento preestablecido; por ende, no es que un delito conexo se convierta por este hecho en circunstancia agravante, sino que sin perder su autonomía, la ley prohíbe la suma aritmética de penas para que su tasación sea acumulativa jurídicamente.

No se viola, en consecuencia, el non bis in ídem *en aquellos eventos en que delitos conexos son investigados independientemente, situación esta que debe tener en cuenta el juzgador para no sobrepasar los límites punitivos de la suma aritmética de penas.*

Al no haberse vulnerado el derecho de defensa en el juzgamiento de Gutiérrez Perilla por infracción al artículo 202 del Código Penal, establecido que la individualidad de la responsabilidad penal no impide que los copartícipes de un delito puedan

ser juzgados en procesos independientes y que la Justicia Penal Militar era competente para conocer del delito de porte ilegal de armas, impera desestimar los cargos formulados contra el fallo impugnado.

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

RESUELVE :

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario

CONSULTA – PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

En el tránsito de legislación procedimental, si el nuevo ordenamiento no prevé la consulta para el segundo sobreseimiento temporal, resulta obvio que se materializa el principio de favorabilidad.

Auto Unica Instancia – 22 de junio de 1988– Se abstiene de iniciar sumario contra los doctores Jairo Alfonso Lora Villa, Enrique Caraballo Mogollón y Lesmes Corredor Prins, Magistrados del Tribunal Superior de Montería.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 40.

Bogotá, D. E., veintidos (22) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Decide la Sala si inicia o no proceso respecto de los doctores Jairo Alfonso Lora Villa, Enrique Caraballo Mogollón y Lesmes Corredor Prins, Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, denunciados por prevaricato.

Antecedentes

Mediante auto de 12 de febrero de 1987 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería sobreseyó temporalmente a Francisco Virgilio Duque Carrasquilla, sindicado de haberse apropiado de más de un millón de pesos de la empresa "Multidino del Sinú S.A.", la cual se constituyó en parte civil y designó como apoderado al doctor Ramiro Díaz Ospina. Dentro del período de reapertura de la investigación se practicaron varias pruebas, y con fecha 24 de julio el sumario volvió a ser calificado con un sobreseimiento temporal (fls. 67 y s.s.), siendo notificados personalmente de esa decisión el fiscal, el apoderado del sindicado y el de la parte civil, quien interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido (fls. 11 y 103). El

fiscal del Tribunal conceptuó que el auto debía ser revocado, y, en su lugar, dictarse sobreseimiento definitivo (fl. 7); el doctor Díaz Ospina presentó escrito de alegaciones ante el Tribunal, pero éste, mediante auto de 16 de octubre, consideró que el impugnante no había cumplido con la obligación de sustentar el recurso previsto en el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, y, además, que no procedía la consulta de cara a la favorabilidad que se desprende del artículo 210 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Por tanto, declaró "inadmisible" el recurso, y dispuso la devolución del expediente al juzgado (fls. 1 a 6).

Procedió entonces el apoderado de la parte civil, doctor Ramiro Díaz Ospina, a denunciar ante la Corte a los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, doctores Jairo Alfonso Lora Villa, Enrique Caraballo Mogollón y Lesmes Corredor Prins, imputándoles el delito de prevaricato contemplado en el artículo 149 del Código Penal, pues afirma que sí sustentó el recurso de apelación, y que, de otra parte, de todos modos la providencia debió haber sido revisada por la vía de la consulta, como lo ordenaba el Código de Procedimiento Penal aplicable al caso, es decir el de 1971, y dice: "aunque se hubiese pretendido favorecer al sindicado por aquello de la favorabilidad de la ley penal, esta forma de resolverle la situación al encartado no fue la más legal, porque esto de intentar dar aplicación a una norma nueva, el Juez estaba en la obligación de observar el fondo de la situación para así no lesionar los intereses de los asociados".

Luego el doctor Díaz Ospina ratificó la denuncia, y al preguntársele si conocía algún motivo especial para que los Magistrados proveyeran en el sentido que él estima delictuoso, respondió que él no era conocido en la región, que desde el comienzo de la investigación "se me trató de una manera no muy cortés", y que "cuando se trata de una persona que presumiblemente se hacía pasar como uno de los potentados económicos del lugar, pudo haber logrado diezmar la voluntad de los Magistrados".

A la denuncia se acompañaron copias auténticas de las piezas procesales que atañen a la misma.

Consideraciones de la Corte

1. El primer aspecto de la denuncia se refiere a la sustentación del recurso de apelación contra la providencia de 24 de julio de 1987, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería sobreseyó temporalmente, por segunda vez, a Francisco Virgilio Duque Carrasquilla, sustentación que el Juzgado estimó apta, y la Sala acusada no. Para dilucidar este punto, es preciso confrontar el argumento central del proveído impugnado, con el escrito de sustentación.

El auto dice:

"Lo único que se ha establecido es que Francisco Virgilio Duque laboraba festivos y dominicales, al igual que se trasladaba a otras ciudades dentro y fuera del Departamento en gestiones con su trabajo con Multidino del Sinú; igualmente se ha establecido que éste recibía órdenes en muchas ocasiones verbales por parte de la Gerencia General en Bogotá. Sobre estos dos aspectos, es decir sobre el trabajo en feriados y dominicales y el recibo de órdenes verbales, aparentemente es algo que no

interesaría a la investigación, lo importante en este caso es establecer si Duque Carrasquilla estaba autorizado o no para girar el cheque por un millón ochenta mil pesos ($1.080.000.00) por pago de su liquidación de trabajo o debió esperar que la empresa lo hiciera o en su defecto la autoridad correspondiente. Este aspecto en verdad no se ha establecido debido a la duda probatoria en razón de que por una parte el sindicado y otros testigos afirman haberse recibido órdenes verbales, pero por su parte en la denuncia se dice todo lo contrario. A esto se agrega el hecho de no haberse igualmente probado el verdadero sueldo de Duque Carrasquilla, si es verdad lo que reza en el contrato o lo que dice que se pactó verbalmente y con el único fin de cumplir formalidades ante la Cámara de Comercio" (fl. 71).

Y este es el tenor sustancial del memorial impugnatorio:

"Con todo respeto me permito disentir por cuanto considero que existe material probatorio suficiente en el expediente para proferir auto por medio del cual sea llamado a juicio el sindicado mencionado... Con todo respeto una vez más le manifiesto al señor Juez que está probado en el proceso que tal situación (autogirarse el sindicado el referido cheque) no le era permitido al sindicado; y precisamente en mi escrito de alegato de conclusión expuse al señor Juez, que 'a pesar de los múltiples testimonios expuestos por el sindicado éste no tenía la orden verbal que aduce'; y efectivamente en todas las constituciones del mundo aun en los países socialistas no está permitido hacer justicia por su propia mano... Pero resulta que si Duque Carrasquilla no estaba conforme con esta liquidación debió de haber utilizado la jurisdicción laboral para iniciar las acciones pertinentes y obtener una sentencia que hubiese ordenado a la empresa cancelar lo que hubiere probado el hoy sindicado. Además, si él no quería concurrir a la jurisdicción laboral ordinaria, por lo menos debió haber intentado una conciliación ante la División Departamental del Trabajo de Córdoba y con ella haber iniciado un proceso ejecutivo laboral... No comparto la apreciación del juzgado en el sentido de que no existe prueba con relación al sueldo que devengaba Duque Carrasquilla, por cuanto existe en el expediente copia del contrato de trabajo del sindicado; y éste no ha sido tachado de falso; pretender intentar demostrar con testimonios baladíes que Duque Carrasquilla devengaba un sueldo diferente al que aparece en el contrato de trabajo es como querer tapar el sol con las manos, fuera de que ya se demostró el sueldo que ganaba Duque Carrasquilla con base en la copia de la liquidación que se aportó al procedo donde reza claramente que el sindicado devengaba Cincuenta mil pesos ($50.000.00) mensuales y ésta, me refiero a la liquidación, fue reclamada por Duque Carrasquilla en el Juzgado Laboral del Circuito de Montería.

"Como quiera que se trata es de lograr que se me conceda el recurso de apelación, en su oportunidad procesal, o sea cuando suba al Tribunal Superior de Montería, afincaré mejor esta apelación con sendas jurisprudencias".

Es cierto que la cortedad formal del escrito impugnatorio no tiene por qué, de suyo, calibrar la suficiencia o insuficiencia de la sustentación; basta, como se sostiene en las jurisprudencias de esta Sala y de la de Casación Civil (11 de septiembre y 30 de agosto de 1984), refutar los argumentos centrales de la determinación que se combate, de manera precisa *y con fundamento probatorio y lógico-jurídico,* para que el

recurso se tenga por sustentado, ya que, repítese, no se trata de competir ni en profundidad ni en extensión con la determinación que se impugna.

Frente a estas premisas, debe admitirse que la sustentación hecha por el doctor Díaz Ospina, y que se acaba de transcribir, no cumple *rigurosamente* con los requisitos doctrinarios que, extensamente, arguyó el Tribunal para sostener que el mencionado escrito no podía ser catalogado como sustentación.

En efecto, el recurrente se dedicó a contradecir "de nuevo" (o sea reiterando su alegación precalificatoria) las razones del auto impugnado, mas sin elaborar *una crítica probatoria,* verbigracia indicando, con el propósito de hacer ver que la razón estaba de su lado, por qué en su sentir los testimonios que hablan en pro del sindicado no merecían credibilidad y , recíprocamente, por que sí la merecía el denunciante; ésto en cuanto se refiere al verdadero trabajo que desarrollaba Duque Carrasquilla en la empresa, y por lo que toca al salario real que éste devengaba (el otro aspecto que también se consideró cobijado por la duda y que vino a completar el fundamento para sobreseer temporalmente); el Juzgado sí se refirió a la prueba documental (es decir al contrato de trabajo), la cual también enfrentó a la de carácter testimonial que venía a refutar el documento, al considerarlo hecho únicamente "con el fin de cumplir formalidades ante la Cámara de Comercio". Aquí otra vez el recurrente se contentó con tildar de "Baladíes" dichos testimonios, sin penetrar en la crítica correspondiente que condujera a fundamentar este aserto y a imprimirle a su escrito la nota esencial para entrañar una verdadera "sustentación".

De ahí que el Tribunal anotara lo siguiente para motivar el rechazo del memorial impugnatorio:

"El impugnante se limita, en su pretendido escrito de sustentación, a afirmar que está probado en el proceso que el pago no le era permitido al sindicado 'a pesar de los múltiples testimonios expuestos', porque 'no tenía la orden verbal que aduce', ya que a nadie le está dado hacer justicia por su propia mano, quedándole la posibilidad de acudir ante los jueces laborales en procura del derecho que entendía se le estaba esquilmando. A esto adicionó unas disgresiones relativas al hecho de que el sueldo que devengaba Duque Carrasquilla, era de cincuenta mil pesos" (fl. 5).

Dentro de los planteamientos anteriores, resulta claro, pues, que los Magistrados denunciados no violaron la ley al estimar que el escrito del doctor Díaz Ospina no reunía los presupuestos de una sustentación.

Por este aspecto, entonces, el hecho denunciado es atípico.

2. *El* segundo *punto de la queja concierne a que el Tribunal estaba obligado a revisar por la vía de la consulta el aludido auto.*

Pues bien: el proceso debía regirse por el Código de Procedimiento Penal de 1971 (art. 677 del C. de P.P. de 1987), cuyo artículo 199 (modificado por el 1° de la Ley 17 de 1975) consagraba la consulta para el segundo sobreseimiento temporal, siempre y cuando, como en este caso, la pena máxima del delito excediera los 5 años de prisión.

Empero, "la ley posterior", o sea el Código de Procedimiento Penal de 1987, en su artículo 210 no contempla la consulta de providencia alguna que pueda ser

equiparada al segundo sobreseimiento temporal, pues expresa y taxativamente dice que serán consultables la sentencia, el auto de cesación de procedimiento y la libertad condicional. Y no se discute que la ley nueva debe aplicarse cuando favorezca al procesado, según el artículo 26 de la Carta y el 6° y 5° de los estatutos de 1971 y 1987. En este caso la favorabilidad consiste en que, si se aplica el Código anterior y el Tribunal revisa por consulta el segundo sobreseimiento temporal, se abre la posibilidad de que el sindicado Duque Carrasquilla sea llamado a juicio: si esta posibilidad la elimina el nuevo ordenamiento, al no prever la consulta para tal clase de autos, resulta obvio que se materializa el mencionado principio de la favorabilidad. Así lo ha reiterado esta Sala en providencias de 21 de agosto, 15 y 19 de septiembre, y 10 de diciembre de 1987, entre otras.

Siendo ello así, el Tribunal no contrarió la ley al abstenerse de revisar el sobreseimiento.

Dada también la atipicidad en este aspecto, se impone el auto inhibitorio previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de iniciar sumario respecto de los doctores Jairo Alfonso Lora Villa, Enrique Caraballo Mogollón y Lesmes Corredor Prins, Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, por razón de los hechos denunciados por el doctor Ramiro Díaz Ospina y que fueron objeto de esta averiguación preliminar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.



HURTO – PENA – CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION

El artículo 374 del C. P. otorga facultad al Juez para reducir la pena, debiendo atenerse más a lo subjetivo que a lo objetivo.

Sentencia Casación. 22 de junio de 1988. Rechaza la casación contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Samuel Navarro Gutiérrez, Luis Alberto Vargas y William Orozco Urrea, por el delito de hurto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 040.

Bogotá, D. E., veintidós (22) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado William Orozco Urrea contra la sentencia de marzo 6 de 1987 por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la dictada por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Facatativá (Cundinamarca) de fecha noviembre 24 de 1986, para condenar a los procesados Samuel Navarro Gutiérrez, Luis Alberto Vargas y al ya mencionado, con la modificación de aumentar la pena principal a 76 meses de prisión por no considerar fundada la rebaja en la mitad de dicha sanción, dispuesta por el fallador de primera instancia con base en el artículo 374 del Código Penal. Impuso también el Juez del conocimiento las accesorias correspondientes y la obligación al pago de los perjuicios ocasionados por el delito de hurto calificado y agravado del cual dan cuenta los autos.

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal solicita rechazar las peticiones del actor.

Hechos

Los resumió la Fiscalía en los siguientes términos, acogidos por el Tribunal:

"Informan los autos que a eso de las dos de la mañana del primero de julio de 1984 el señor Alvaro Cruz Vargas se dirigía hacia esta ciudad, Bogotá, por la carretera que conduce a Villeta, manejando el campero Nissan-Patrol de placas AO-5536, que en un sitio ubicado entre el Alto de la Tribuna y Facatativá fue sobrepasado por un automóvil blanco en el que viajaban tres individuos, uno de los cuales sacó una tabla con fondo blanco y letras impresas en color amarillo fosforecente que decía "Patrulla del F-2", que el señor Cruz Vargas inicialmente disminuyó la velocidad, pero luego sospechó que esa conducta de los ocupantes del carro no era la normal, y les dijo que en Facatativá les paraba, y aumentó la velocidad, pero los sujetos le persiguieron haciéndole disparos que lo obligaron finalmente a detenerse, que una vez se detuvo, dos de los ocupantes del carro blanco se bajaron de él esgrimiendo armas, le hicieron saber que se trataba de un atraco, le golpearon, le arrebataron algunas pertenencias personales tales como la argolla de matrimonio, una cadena, cuarenta mil pesos en dinero efectivo, luego procedieron a atarlo de pies y manos, se apoderaron del campero en el cual llevaban entre un maletín sus documentos de identificación, una tarjeta de crédito y los salvoconductos de un revólver y una carabina, y abandonándolo tomaron rumbo hacia Bogotá, pero pasados algunos minutos regresaron con rumbo a Villeta. Que Cruz Vargas logró liberarse de las ataduras y auxiliado por el conductor de un jeep llegó a Facatativá en donde dio cuenta de lo que había ocurrido a la Policía, entidad que de inmediato impartió por radio las órdenes a los puestos de policía de los pueblos de la región".

"Con base en las instrucciones impartidas por la Policía de Facatativá, la de San Juan de Rioseco montó un operativo que dio como resultado la captura de William Orozco Urrea, Samuel Navarro Rodríguez y Luis Alberto Vargas Tangarife, y la aprehensión del campero que le había sido hurtado a Cruz Vargas, y el automóvil en que los delincuentes se desplazaban, en el casco urbano de la precitada población luego de una persecución que se inició en el sitio denominado "La Rioja". También se recuperó la cadena que le había arrebatado a Cruz Vargas y fueron decomisados $51.000.00" (f. 54 cuaderno del Tribunal).

Actuación procesal

Iniciada la investigación y oídos los procesados, quienes negaron los hechos y explicaron que Orozco Urrea y Navarro Rodríguez viajaban a Manizales en un vehículo y tomaron la vía a Cambao para acompañar a Vargas Tangarife que había recibido un campero en Facatativá y que debía entregarlo en la población de Armero, se dictó en contra de los mismos auto de detención. Perfeccionada la investigación mediante las pruebas necesarias, entre éstas careos de los acusados con el denunciante que sostuvo los cargos, se dictó auto de enjuiciamiento contra aquéllos por hurto calificado y agravado por cometerse sobre vehículo automotor, de noche y por tres personas, además de la cuantía. Providencia que fue confirmada por el Tribunal al resolver recurso de apelación de los procesados, con excepción de Samuel Navarro Rodríguez, quien se fugó antes de la calificación por lo cual se le declaró reo ausente.

Dentro del término probatorio se practicaron las diligencias decretadas, entre ellas dictamen que señaló los perjuicios materiales causados por la infracción en la suma de diez mil pesos. Suma que fue consignada por el apoderado del procesado Orozco Urrea para efectos de solicitud de libertad y "si llegare a existir responsabilidad penal de su parte".

Realizada la audiencia el Juzgado del conocimiento dictó el fallo de primera instancia, mediante el cual redujo la pena que señaló en 76 meses, dado el hecho y sus agravantes, a la mitad –38 meses– en razón del artículo 374 del Código Penal y por haber indemnizado los procesados los daños ocasionados. El procesado Orozco Urrea obtuvo posteriormente libertad caucionada por pena cumplida.

El Tribunal al decidir la consulta de la sentencia, la modificó en la forma ya expresada para rechazar la reducción de la sanción por no estimarla procedente, mediante el fallo recurrido en casación.

La demanda

Con resumen de los hechos y referencia a los fallos dictados, el señor apoderado invoca contra la sentencia la *causal primera de casación* conforme al artículo 580 del anterior estatuto procesal, por violación directa de la ley sustancial y con base en las mismas propone el cargo único que se procede a examinar.

Consiste éste, en que el Tribunal incurrió en "...violación directa de la ley sustancia al omitir dar aplicación al artículo 374 del Código Penal y que va en perjuicio del reo lo cual es reprobado por los principios penales...".

Anota que si bien la restitución del vehículo y demás objetos sustraídos no se realizó en forma espontánea y oportuna, esto se debió a que el procesado no pudo efectuarlo, porque fue aprehendido poco después de los hechos y recuperados aquellos bienes. Cita providencia del Tribunal de Medellín y observa que como al incriminado le era imposible efectuar la restitución, sólo podía indemnizar los perjuicios, como lo hizo por intermedio del Juzgado previa la tasación efectuada en el proceso.

Estima el actor que el artículo 374 del Código Penal contempla una atenuante para los delitos contra el patrimonio económico y una disminución de la pena entre la mitad y las tres cuartas partes y que debe atenderse para la aplicación de dicha norma la concepción o criterio de la Sala de Casación Penal en cuanto a que debe tenerse en cuenta más lo subjetivo que lo objetivo, cual es el propósito de indemnizar. El procesado se arrepintió y actuó para reparar y disminuir los efectos perjudiciales del delito "...como garantía de espontaneidad y desinterés ante la imposibilidad de entregar lo ilícitamente apropiado...". Considera que actualmente "se pone en duda la facultad estatal de punir" y que al no tenerse en cuenta la atenuación indicada se duplicó la pena inicialmente impuesta.

Solicita en consecuencia casar parcialmente la sentencia para imponer la pena inicialmente señalada en la primera instancia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 3º Delegado en lo Penal advierte en primer término que la acusación correspondería a interpretación errónea de la norma y no a omisión, pues se examinó su aplicación al caso. Además se requiere demostrar que los errores de adecuación deben ser trascendentes, para que el recurso pueda prosperar. Igualmente el dictamen y las sentencias parten de la devolución total, con error, pues hubo bienes que no se lograron decomisar, como un maletín de cuero y la argolla matrimonial.

Y aunque parecería absurdo que habiéndose reconocido los perjuicios en la suma precisa antes indicada, su pago no produjera la atenuación de la pena. Pero observa que el perjudicado, tanto en el anterior como en el actual Código Procesal, puede no conformarse con tal tasación e iniciar las acciones respectivas civiles y así se hace imposible que la sentencia no produzca en este punto el efecto de cosa juzgada.

Estima que el recurso podría prosperar si el perjudicado se hubiera constituido en parte civil y se produjera condena en concreto, ya que no podría impugnar tal decisión sino a través de los respectivos recursos; pero que aún en este supuesto, la alegación debía proponerse por la interpretación errónea de la ley sustancial. Por lo cual solicita desestimar el recurso.

SE CONSIDERA

El cargo de violación directa se plantea por omisión en la aplicación del artículo 374 del Código Penal, al rechazar la atenuación punitiva contemplada en el mismo. Sin embargo como lo anota la Procuraduría Delegada, el fallador no omitió, ni ignoró la norma pertinente sino que examinada la situación procesal y confrontándola con aquella consideró que no existían los requisitos exigidos para su efectividad, por lo cual se abstuvo de tenerla en cuenta en el caso estudiado. Por esta vía, se concluye, que habría incurrido en una errada interpretación al darle para efectos de la negativa comentada, un alcance que no correspondía. Pero como el recurrente alega la violación directa por entender que debía regir la situación indicada, se estima que es procedente examinar la acusación.

El artículo 374 del C. P., prevé una reducción de la pena de la mitad a las tres cuartas partes, en los delitos contra el patrimonio económico, cuando el procesado o responsable antes del fallo de primera instancia además de restituir los bienes objeto del delito, indemnice debidamente los perjuicios ocasionados a los afectados.

Se trata de una facultad que otorga la ley al Juez para tal reducción, atendido el arrepentimiento que indica en el autor del hecho delictivo al restituir e indemnizar para hacer menos nocivos los efectos de su acto respecto a la víctima y menos grave también su quebrantamiento al orden social. Por lo mismo implica que el Juez debe hacer análisis de la situación para llegar a concluir si procede la atenuación indicada.

En el caso examinado al ser aprehendidos los autores del hecho, se recuperaron en su poder casi todos los objetos sustraidos a la víctima. Al respecto anota el recurrente y en relación con los requisitos exigidos por la disposición respectiva, que efectuada tal

recuperación no podrían los agentes del hecho –por sustracción de materia– realizarla, ni en consecuencia, por tal motivo, negarse la rebaja conforme a lo allí previsto.

Debe admitirse que ante la imposibilidad de la devolución o reintegro de los bienes objeto del delito, no existirá obstáculo para dar efecto a la norma cuando, por otra parte, el delincuente ha demostrado sincero arrepentimiento y ha hecho lo posible o procurado la indemnización adecuada. Debiendo atenderse más a lo subjetivo, cual es dicha intención, que a lo objetivo como lo ha expresado con anterioridad esta Sala y lo destaca el recurrente (Sentencia octubre 31 de 1969).

No obstante, aceptada la imposibilidad por la circunstancia referida para la restitución, aunque ésta no aparece total, dado que faltaron objetos de los que la víctima afirma le fueron sustraídos por los autores del hecho, se advierte en primer término que los procesados negaron su responsabilidad en éste, dando explicaciones que si bien claramente desvirtuada en autos, tendían a infirmar la acusación en su contra, posición sostenida en el proceso, lo cual no lleva a demostrar arrepentimiento como lo consideró el Tribunal al adoptar la correspondiente decisión. Por otra parte, la consignación de la suma señalada como perjuicios materiales por el apoderado de uno de ellos, se efectuó sólo para efectos de su libertad y para el caso de que fuera hallado responsable. Lo cual no conduce a la deducción expresada, fuera de que no podría favorecer a quien se fugó antes de producirse tal pago, ni a quien no efectuó el mismo.

Pero además de lo anotado, la indemnización que exige también, la norma debe ser plena o suficiente, en el sentido de tal concepto, para que produzca el efecto indicado. Y en este caso, señalados únicamente los perjuicios materiales del perito, con prescindencia de los morales, el Juez sin precisar éstos conforme a sus facultades o anotar tal vacío, dio como suficiente la indemnización, para disponer la reducción referida cuando faltaba este requisito, sin el cual no podría entenderse atendido debidamente el precepto.

No obstante lo anteriormente expresado, podría argüirse que el procesado consignó la suma señalada en la sentencia en comento, como perjuicios y que esto indicaba su ánimo de resarcimiento, lo que hacía posible la reducción comentada. A este respecto son pertinentes las razones expuestas por la Procuraduría 3ª Delegada, ya que no existiendo parte civil –se reitera– y siendo incompleta la tasación efectuada, como se expresa en el mismo dictamen, puesto que se prescindió de los perjuicios morales, no puede darse por satisfecho este requisito. Lo cual no ocurriría, si habiendo intervenido el perjudicado en tal calidad no hubiera reclamado, pudiéndose entender que se conformaba con el señalamiento de perjuicios con la limitación indicada.

En consecuencia, no se demuestra la violación directa alegada ni procede la reducción de la sanción como se solicita.

Por lo brevemente expuesto, la –Sala de Casación Penal– de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el Concepto del Procurador 3° Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

RECHAZAR la casación solicitada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Dídimo Páez Velandia, Jorge E. Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín
Secretario

NULIDAD LEGAL - NULIDAD SUPRALEGAL - DEMANDA DE CASACION

La Corte pregona la necesidad de revestir de seriedad las alegaciones que desarrollan censuras de nulidad, al punto que detectada una irreconciliable exposición de cargos, debe asumir como consecuencia el exclusivo estudio del aspecto relacionado con la nulidad.

Sentencia Casación. 22 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual condenó a Guillermo Castaño Díaz-Granados, por los delitos de peculado y falsedad en documentos.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 39 de junio 21 de 1988.

Bogotá, D. E., junio veintidós (22) de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

El Juzgado Primero Superior de Villavicencio condenó a Guillermo Castaño Díaz-Granados, como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos, a la pena privativa de la libertad de cinco (5) años de prisión, multa de veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por dos (2) años, como pena principal y las accesorias de ley.

El Tribunal Superior de la misma ciudad mediante sentencia de 30 de abril de 1987, confirmó el fallo de primera instancia con la modificación de revocar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, para constituir esta pena principal. Así mismo declaró que la multa impuesta lo es con destino y en favor del Tesoro Nacional.

Esta decisión fue recurrida en casación por el defensor del procesado, recurso que fue admitido por la Corte mediante providencia de 19 de agosto de 1987, y declarada la demanda ajustada a las formalidades del artículo 576 del Código de

Procedimiento Penal anterior por auto de 18 de noviembre siguiente. Se procede, en consecuencia, a tomar la decisión de fondo que corresponda.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se hallan sintetizados en el proceso de la siguiente manera, por la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal:

"Se desempeñaba don Guillermo Castaño Díaz-Granados... como Oficinista número 2 de la Sección de Ahorros del Banco Popular en la ciudad de Villavicencio, Sucursal del Parque de Santander y tenía a su cargo todo lo relacionado con la Sección de Ahorros de dicha institución bancaria".

"En extremo cordial, obsequioso y atento con los clientes, supo captarse la confianza de éstos, entre ellos la de Luis Díaz Gutiérrez y Emiliano Torres Gómez, este último un nonagenario, casi ciego, con notables deficiencias auditivas, a quienes el acusado muy obsecuentemente ayudaba a realizar las operaciones bancarias, impulsándolas desde dentro".

"El 8 de febrero de 1985, Castaño Díaz-Granados, sin autorización alguna, afectó la cuenta de ahorros número 41211646-9 perteneciente a don Luis Díaz Gutiérrez con un retiro de $1.180.000.00, pero como el ahorrista necesitara disponer de sus fondos, Castaño Díaz-Granados el 22 de marzo de 1985, dolosamente debitó la cuenta de ahorros perteneciente al anciano Emiliano Torres Gómez, en la cantidad de $1.800.000.00, y de esta suma depositó $1.180.000.00 en la cuenta de Díaz Gutiérrez y se apropió del saldo".

"Antes de estas operaciones, María del Carmen Torres de Pérez, hija de don Emiliano visitó la entidad bancaria, pidió el saldo de la cuenta de su padre y se le informó que superaba el monto de $1.800.000.00, para ser sorprendida quince días después, con la noticia de que en la cuenta de don Emiliano, sólo se contabilizaba un remanente de $26.000.00".

"Los hechos anteriores dieron origen a la presente investigación, toda vez que don Emiliano Torres no autorizó ni estampó su firma, para efectuar ese retiro por $1.800.000.00, operación ésta efectuada ilegal e irreglamentariamente por Castaño Díaz-Granados, según hubo de confesarlo al propio Director del establecimiento, don Guillermo Rangel Rodríguez".

"Averiguó estos hechos el Juzgado 13 de Instrucción Criminal radicado en Villavicencio y el 7 de octubre de 1985 el Juzgado 1º Superior de aquélla ciudad, calificó el mérito sumarial, llamando a responder en juicio criminal a Guillermo Castaño Díaz-Granados, por los reatos de 'falsedad y estafa', al paso que sobreseyó temporalmente por los mismos cargos a Cristina Castro de Melgarejo, Teresa Macías Infante y ordenó la vinculación del Director del establecimiento bancario Guillermo Rangel Rodríguez".

"Apelado este proveído, el honorable Tribunal Superior de Villavicencio, hubo de reformarlo para vocar a juicio a Castaño Díaz-Granados, por los reatos de 'falsedad y peculado'; residenciar a Cristina Castro de Melgarejo y Teresa Macías Infante por el punible de 'peculado' en su modalidad de culposo".

"Agotada la etapa del juicio, advino la sentencia de primer grado, el 15 de diciembre de 1986, donde el Juzgado 1° Superior de Villavicencio, impuso a Guillermo Castaño Díaz Granados, pena de prisión de cinco años, más sus accesorias, al hallarlo penalmente responsable de los ilícitos de falsedad en documento privado y peculado. En cuanto a Cristina Castro de Melgarejo y Teresa Macías Infante, las absolvió del cargo de 'peculado culposo' ".

Recurrida la sentencia, el Tribunal Superior de Villavicencio, mediante fallo de 30 de abril de 1987, confirmó la de primer grado, con las modificaciones a que se hizo referencia anteriormente.

La demanda

Dos son los cargos que el actor presenta contra la sentencia de segundo grado, con fundamento en las causales 1ª y 4ª de casación previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así:

Primer cargo:

Estima el censor que el fallo impugnado fue proferido dentro de un juicio viciado de nulidad, según los mandatos del artículo 210, numeral 5° del mismo estatuto.

Dice que la calificación dada por el Tribunal Superior al revisar la de primera instancia, resulta errónea ya que lo hizo por peculado (artículo 133 C.P.) y no como estafa (artículo 356 ib.), originando con ello nulidad que invalida la actuación desde el citado momento procesal. Ello, porque "para que se estructure el delito de peculado por apropiación, entendemos –dice el actor– que debe haber una lesión patrimonial para el Estado o las empresas o instituciones en que él tenga parte, es decir, que mientras debe haber un provecho para el sujeto activo o para un tercero, se debe presentar un desmedro en el patrimonio estatal, el que debe ser consecuencia de la conducta asumida por el sujeto activo de la infracción".

Considera el libelista que de acuerdo con lo expuesto por el Gerente del Banco Popular donde prestó sus servicios el procesado, en el oficio número 750 de mayo 8 de 1986 (fl. 462) el delito de peculado no tuvo ocurrencia ya que la entidad bancaria no "ha efectuado ningún reintegro a la cuenta de ahorros del señor Emiliano Torres Gómez, en espera de la decisión final, debidamente ejecutoriada, que tome su despacho...", o sea, que "... *el provecho de los bienes no han venido a ofender la integridad patrimonial del Estado, sino la de un tercero, que es precisamente lo que ocurre en el proceso que nos ocupa...*". En el fondo, admite que existió apropiación de dineros, pero que tal conducta no puede ser calificada como peculado por apropiación, sino como estafa, ya que aquella exige un sujeto calificado con disponibilidad jurídica para administrar o guardar los dineros y, en el cargo de oficinista 2° el señor Castaño Díaz-Granados no tenía dicha administración o guarda, "... pues a pesar de *ser el encargado de dicha sección*, requería de ciertas ritualidades para poder autorizar cualquier retiro. Más que autorizar, *su función era prácticamente legalizar tanto los retiros como los depósitos*".

Segundo cargo:

El Tribunal Superior de Villavicencio incurrió en la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior (artículo 226 del actual) "por violación indirecta de la ley sustantiva por error de derecho. Falso juicio de convicción, apreciación errónea de un medio probatorio, un peritazgo, y como consecuencia, la falta de aplicación de la ley sustantiva, en sus artículos 278, en concordancia con los artículos 215 y 216 todos del Código de Procedimiento Penal. Se considera como prueba suficiente para la sustentación de la sentencia condenatoria, los dictámenes periciales rendidos por Grafología Forense, en donde se deduce que la casi totalidad de comprobantes que fueron puestos a disposición de la entidad, para ser cotejados, fueron adulterados, pues las firmas son apócrifas, conseguidas por el sistema de imitación...".

"Dentro de los comprobantes que fueron sometidos al experticio, existen tres que según se desprende de los testimonios de los señores Alfonso María Quevedo Rojas y Rogelio Emigdio Correal Baquero (fl. 12 y 54 vto. respectivamente), fueron firmados por el señor Emiliano Torres Gómez, en presencia de ellos y sin embargo en las conclusiones de grafólogo forense, se incluyen estos comprobantes como falseados en sus firmas y que éstas han sido conseguidas por imitación".

Agrega el censor: "Darle ese valor probatorio al dictamen de grafología estando éste en plena contradicción con las pruebas testimoniales relacionadas, constituye una violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho al considerar suficiente esta prueba para deducir responsabilidad penal, imputándose la autoría de un delito de falsedad, cuando el artículo 278 del C. de P.P. anterior, expresaba que el dictamen del perito no es por sí plena prueba... Se les está dando un valor probatorio al dictamen del perito superior al fijado por la propia ley, pues, se concluye que el dictamen es prueba de la autoría de un delito de falsedad y peculado".

Y, finalmente, comenta: "Consideramos que ha existido una violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, al dársele un valor probatorio al dictamen de grafología forense, que no lo tiene y al deducir responsabilidad penal en Guillermo Castaño Diaz-Granados, cuando en ningún momento en el experticio se dijo que las imitaciones fueran o hubieran sido realizadas por el hoy condenado, deducciones que se sacan de la amistad con el señor Torres Gómez y de ser la persona que manejaba las tarjetas de registro de firmas.

"En consecuencia, solicitamos a la honorable Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, CASE el fallo por la presente demanda impugnada, para que revoque el mismo y absuelva al señor Guillermo Castaño Díaz-Granados".

CRITERIO DEL MINISTERIO PÚBLICO Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La praxis de la casación evidencia, como abuso de los recurrentes, la invocación de la nulidad del proceso. Esta reprochable posición les lleva a caracterizar como quebrantos del esquema básico del debido proceso, actuaciones de reducida entidad, que suelen exhibir en su producción inocuas irregularidades; y, en otras ocasiones, no

menos frecuentes ni menos irreflexivas, la nulidad invocada constituye razonamiento de palmaria incompatibilidad al cotejarse con otras censuras. Se ha vuelto lugar común sostener en un cargo la imposibilidad de dictarse sentencia, porque el trámite fue tan vicioso que no soporta una terminación de esta índole, para luego, en otro, que guarda con aquél obvia correlación, aseverar algo distinto, esto es, que sí es dable proferir sentencia absolutoria o de condena, aunque esta última de disminuido rigor. No quiere significarse, con lo dicho, que por alegarse una nulidad se deduzca, en forma general y automática, la incompatibilidad con otras censuras, pues para llegar a esta conclusión debe advertirse la contradicción inconciliable entre esos múltiples planteamientos, considerada la demanda de manera conjunta, sin reducir el análisis comparativo a cada uno de los cargos formulados.

Contra la criticada costumbre viene reaccionando la Sala de Casación Penal y, en los últimos tiempos, pregona la necesidad de revestir de seriedad las alegaciones que desarrollan censuras de nulidad, al punto que detectada una irreconciliable exposición de cargos, debe asumir como consecuencia el exclusivo estudio del aspecto relacionado con la nulidad, para permitir así su estudio y definición oficiosos, desechando, por razones de técnica, las demás objeciones. La jurisprudencia no cesa de fijar los puntos más protuberantes de esta denunciada falta de técnica de las demandas de casación.

El Ministerio Público, extralimitando el concepto, advierte que "esta demanda llamada estaría a fracasar, por cuanto cae en la insalvable antinomia de considerar nula la sentencia recurrida cuando invoca la causal 4ª de casación de que trata el artículo 580 del C. de P.P. y procesalmente válida, al mismo tiempo, para atacarla con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 580 de la misma obra".

En otras palabras, el actor al presentar el primer cargo por la vía de la causal cuarta de casación, esto es, por encontrar viciado el proceso desde el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Villavicencio y mediante el cual modificó el de primera instancia en el sentido de convocar a juicio criminal a Castaño Díaz-Granados; por el delito de peculado por apropiación y no el de estafa, en concurso con el de falsedad en documento privado, presupone igualmente que la sentencia definitiva que se ataca, resulta igualmente inválida. Por ello, al presentar otro cargo por la vía de la causal primera de casación, está admitiendo a la vez que el procedimiento es plenamente válido y, en consecuencia, demanda de la Corte se dicte fallo sustitutivo en el cual se declare la inocencia de su representado, situación impropia en esta clase de recurso (extraordinario).

Quiere decir lo anterior, que *el casacionista, antes de presentar la correspondiente demanda para sustentar el recurso interpuesto, debe previamente y en todos los eventos, examinar la viabilidad de impugnar la sentencia de segundo grado con fundamento en la causal cuarta de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 226, numeral 3°), ya que las nulidades dentro del régimen de casación obedecen a normas y procedimientos específicos y sus motivos no deben discutirse al amparo de ninguna otra causal y tampoco presentar el cargo como subsidiario de otro, ya que la causal cuarta de casación es independiente y abierta a los diferentes medios de prueba, pero exigente, como las demás en su técnica y demostración.*

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a responder el cargo presentado en el ámbito de la causal cuarta de casación por haber incurrido el sentenciado en error en la denominación jurídica de los hechos, según criterio del actor.

Se halla debidamente probado dentro del proceso que Emiliano Torres mantuvo su cuenta de ahorros en el Banco Popular en la ciudad de Villavicencio y que el procesado Guillermo Castaño Díaz-Granados, se desempeñaba como oficinista 2º en la Sección de Ahorros, no solamente con la comunicación de fecha 14 de mayo de 1985 suscrita por el Gerente de la entidad bancaria (fl. 37) sino por la diligencia de indagatoria en la que reconoce desempeñar dicho cargo en el Banco Popular y tramitar el movimiento de esta clase de cuentas.

Siendo así que el Banco Popular es una empresa comercial del Estado por tener éste un capital superior al 90% y que el procesado se hallaba vinculado mediante contrato de trabajo con la citada entidad, la apropiación de los dineros que allí se depositan o mantienen para atender el movimiento diario y las distintas operaciones comerciales, constituye delito de peculado y no de estafa como lo pretende el casacionista, no obstante apoyarse en varias decisiones de esta Sala que no resultan aplicables al caso concreto.

En efecto. Esta Sala en sentencia de fecha 6 de diciembre de 1982, precisó el concepto de administración o custodia, entratándose de bienes o efectos del Estado, así:

"El delito de peculado se comete no sólo por un empleado oficial sino que además es indispensable que los bienes de que se apropia el agente sean de aquéllos cuya *custodia o administración* se le haya confiado por razón de sus funciones. En otras palabras, no es suficiente la calidad oficial en el agente y en los bienes, sino que es indispensable la relación funcional entre aquél y éstos, que supera el simple nexo material para ubicarse en la órbita de lo que doctrinariamente se ha dado en llamar disponibilidad".

"Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar".

Y, en sentencia de 18 de noviembre de 1980, la Sala ratifica su criterio expuesto desde el 3 de agosto de 1976 sobre el significado de la expresión "en razón de sus funciones".

"La expresión utilizada por la ley en la definición de peculado y que dice 'en razón de sus funciones', hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deben estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que

es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma, y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado".

Es el propio casacionista quien se encarga de presentar a la Corte un motivo para predicar la viabilidad de las anteriores jurisprudencias, al manifestar con respecto al cargo ocupado por Castaño Díaz-Granados en la entidad bancaria que "dicho cargo, no significa en ningún momento que él tuviera la administración, ni la custodia de los dineros que se depositaron en las cuentas de ahorros, pues *a pesar de ser el encargado de dicha sección,* requería de cierta ritualidades para poder autorizar cualquier retiro. Más que autorizar, *su función era* prácticamente *legalizar tanto los retiros, como los depósitos*".

.Es decir, admite que era el funcionario encargado de la Sección de Ahorros, y que su función era *legalizar* tanto los retiros como los depósitos que, sin lugar a dudas, implica la administración de los mismos y como tal, con la oportunidad de disposición, hecho éste que se vio ampliamente favorecido con la amistad que brindaba a los ahorradores y el manejo de las tarjetas y demás documentos necesarios para las operaciones bancarias correspondientes.

Igualmente, al admitir la presencia de un delito de estafa por parte de su representado (recuérdese que puntualizó y aceptó sin reparos la calificación dada por el Juez de Primera Instancia) es lo mismo que admitir la apropiación ilícita de los dineros, pero aduciendo que ellos no pertenecían a la entidad bancaria sino a los ahorradores y que al no haberlos ubicado la entidad en las respectivas cuentas, no puede hablarse de menoscabo en los bienes estatales. Tal apreciación resulta equivocada ya que todos los contratos celebrados por el Banco con los ahorradores y cuentacorrientistas, implican para el banco la libre disposición de los dineros, pero con la obligación de devolverlos cuando se lo soliciten. Entonces, los dineros de los particulares que entren debidamente a la institución bancaria, así sea precariamente, pasan a formar parte de sus activos, razón suficiente para predicar la improcedencia de la alegación planteada.

Y tanto ello es así, que el casacionista termina por controvertir la facultad de administración y disposición que se le dedujo en la sentencia a su representado, para concluir en la errónea calificación del delito dada por el Tribunal de Villavicencio, sin que haya afirmado la no participación de Castaño Díaz-Granados en la comisión del hecho.

Para destacar más la antinomia en que ha incurrido el impugnador, basta hacer esta final observación: el censor, inicialmente, controvierte la calificación dada a la

conducta del procesado en cuanto a la apropiación que realizara de una suma de dinero. Es así como afirma que no se trata de un "peculado", sino de una "estafa", lo cual llevaría a invalidar el proceso para permitir su adecuada calificación que, en opinión del memorialista, se contraería al delito de "estafa" puesto que, en el segundo cargo, señala la improcedencia de mirar la conducta cumplida, como propia a una falsedad documental. No discute, en cuanto al tema de la apropiación del dinero, el valor de las pruebas consideradas por el Tribunal. Lo que destaca es un desacierto de interpretación pues éste llamó "peculado" lo que sólo podía entenderse como "estafa". En este punto de la demanda se podría concluir la factibilidad de una condena por este ilícito si el llamamiento a juicio hubiera acertado en la denominación jurídica cuestionada. Luego el recurrente, en el segundo, cargo dice que la prueba no es apta para fundar un fallo de sanción por "falsedad y peculado", delito éste último que él entiende como "estafa". Anota que a la condena se llegó por la torpe interpretación del dictamen, el mismo que, conviene decirlo, puede aparecer equivocado en algunos de los documentos que involucra, más no en todos, pudiendo subsistir la condena a expensa de éstos y no de aquéllos. Pero, en este ámbito, al final de su escrito, no pregona lo que en el primero admitiera, o sea, que la condena sí puede darse por "estafa" que no por peculado, sino que la absolución, no obstante que el dictamen se refiere propiamente a la falsedad en documentos, abarca todo el comportamiento, vale decir, a lo que corresponde a la falsedad y también a la estafa (o peculado). Ya controvierte no la valoración jurídica del comportamiento sino el respaldo probatorio de cualquiera condenación.

También debe advertirse, en este punto de antitecnicismos, que careciendo el dictamen pericial de anticipada fijación de valor, resulta impropio invocar el error de derecho, que corresponde a un sistema de valoración legal de la prueba.

En tales condiciones, la censura no está llamada a prosperar.

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

RESUELVE:

NO CASA la sentencia de fecha, origen y naturaleza ya precisados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Z., Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario.

NOTIFICACIONES

Es equivocada la interpretación de las normas pertinentes del nuevo ordenamiento procesal en cuanto omite la notificación personal al Ministerio Público y cualquier tipo de notificación al defensor y al representante de la parte civil.

Auto Unica Instancia. 24 de junio de 1988.-Ordena cesar el procedimiento adelantado contra los Doctores Guillermo Sánchez Pernett y Jiménez Walters Pomare, Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 38 junio 15 de 1988.

Bogotá, D.E., junio veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Ejecutoriada la providencia que dispuso la clausura de la investigación sumarial en este proceso reconstruido y adelantado contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena integrada por los doctores Guillermo Sánchez Pernett y Jiménez Walters Pomare por el presunto delito de prevaricato, procede la Corte a calificar el mérito de la misma.

Reseña de los hechos

El doctor José Luis Cardona Aristizábal demandó por la vía ejecutiva singular a la copropiedad "Cristóforo Colombo" representada por su administradora Leticia Cueva de Sierra y contra la señora Gloria González de Maurad, para el cobro de una obligación originada en sentencia judicial. La demanda correspondió al Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartagena el cual en auto de diciembre 5 de 1981 libró el correspondiente mandamiento de pago, notificándose de él la representante de la copropiedad el 7 de diciembre del mismo año, y el 12 de enero de 1982 la otra persona demandada.

El 18 de diciembre de 1981 la doctora Luz Danayra Ortega Díaz, a quien se reconoció como apoderada de Leticia de Sierra, interpuso reposición y subsidiariamente apeló el auto de mandamiento de pago, impugnación a la que se opone la parte actora alegando que los recursos se interpusieron fuera de término. El 27 de enero de 1982 el juzgado niega la revocatoria del mandamiento de pago y concede la apelación, decisión contra la cual la parte demandante recurrió en reposición únicamente en lo relacionado con la concesión de la apelación. El 26 de febrero de 1982 el juzgado repuso por considerar extemporáneos los recursos interpuestos. Contra esta decisión recurre el afectado en reposición y subsidiariamente pide copias para recurrir en queja. El 13 de abril no se repuso y se ordenaron las copias con las cuales se llegó al Tribunal Superior de Cartagena cuya Sala Civil de Decisión mencionada profirió el auto de julio 29 de 1982 el que es tildado de contrariar el derecho por haber ordenado, sin ser el objeto del recurso, notificar a las partes estando debidamente notificadas con el consiguiente perjuicio al retrotraer la actuación indebidamente.

Mientras se tramitaba la queja en el Tribunal, en el juzgado ocurría lo siguiente: el 31 de mayo de 1982 a petición de la parte demandada, se fijó como causión con miras al levantamiento del embargo la suma de $2.600.000, cuantía a la que se opuso la parte demandante mediante reposición y apelación subsidiaria. Por auto del 9 de julio de 1982 se repuso fijando la suma de $37.000.00 y ordenando consignarla dentro de los cinco días siguientes a la notificación. Esta decisión fue recurrida en reposición y subsidirariamente en apelación por la parte demandada. El 25 de septiembre de 1982 el juzgado niega la reposición y concede la apelación; allí mismo, haciendo referencia al auto del Tribunal de julio 29/82, ordena notificar a todas las partes el mandamiento de pago. El 28 de septiembre de 1982, ante la petición de la abogada de la parte demandada, acepta la caución prestada y levanta las medidas cautelares. La parte demandante recurrió en reposición y subsidiariamente en apelación ambas providencias; el 29 de octubre el juzgado negó la reposición y la apelación por improcedentes. Esta determinación en cuanto se relaciona a la negativa de conceder la apelación fue recurrida por el actor en reposición y subsidiariamente pide copias para ir en queja al superior.

La misma Sala del Tribunal, en auto de mayo 20/83, estimó bien denegados los recursos de apelación contra las providencias anteriormente referidas. Esta nueva providencia igualmente se le tacha de ser mainifiestamente contraria a derecho al dejar sin apelación decisiones susceptibles de tal recurso.

El doctor Cardona Aristizábal denunció por estos hechos ante el Tribunal de Cartagena a la juez y ante la Corte a los Magistrados del referido Tribunal Superior Sala Civil, investigaciones que siguieron su curso separadamente conforme lo establecía el rito procesal vigente entonces.

Pruebas recepcionadas

Demostrada la calidad foral de los sindicados, a través de las respectivas actas de posesión y copias de los acuerdos de nombramiento y confirmación así como con la certificación correspondiente a la prestación de sus servicios, se abrió la investigación

sumarial, se escucharon a ambos procesados en sendas indagatorias, se practicaron varias inspecciones judiciales, se allegó abundante prueba documental especialmente de la actuación en el ejecutivo singular a que se contrae este proceso y se recepcionaron varios testimonios.

Con base en dicho diligenciamiento se demandó la cesación de procedimiento por parte de los imputados y la detención preventiva, por la parte civil. La Corte, una vez emitido el concepto favorable a la cesación por la Delegada, profirió el auto de julio 31 de 1984 en el cual negó la cesación, ordenó algunas pruebas y se abstuvo de decretar la detención. En la parte motiva de dicha providencia (folios 357 y siguientes anexo número 1), la Corporación precisó cuatro cargos contra los precesados que son los mismos que señala la parte civil en su escrito de alegaciones:

1. "Ordenar nueva notificación del mandamiento de pago por auto del 29 de julio de 1982, retrotrayendo la actuación, pues las partes ya se hallaban debidamente notificadas.

2. Confirmar mediante providencia del 20 de mayo de 1983 las decisiones del 25 y 28 de septiembre de 1982, emanadas del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena que dispusieron:

a) Negar el recurso de reposición contra el auto del 9 de julio de este año, subsidiariamente conceder la apelación interpuesta por la demandada en lo referente a la cuantía fijada para el desembargo de los bienes; y decretar nueva notificación del mandamiento ejecutivo a todas las partes;

b) El desembargo de los bienes, cumplido el mismo día sin esperar su ejecutoria ni la del 25";

3. "Retardar la decisión sobre el recurso de queja formulado por el damandante contra los autos del 25 y 28 de septiembre de 1982",y

4. "Aumento significativo de los gastos de administración de local número 6 de la copropiedad durante el irregular trámite del proceso".

Con miras al perfeccionamiento de la investigación se practicaron algunas de las pruebas ordenadas por la Corte en la providencia referida y cuando el proceso se encontraba en estudio para el cierre de investigación se presentaron los fatídicos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en desarrollo de los cuales desapareció el expediente.

La parte civil solicitó la reconstrucción, se accedió a ella, y aportó de su archivo personal la mayoría de la actuación; se allegó el concepto del Procurador respecto de la cesación impetrada y la copia de la providencia de la Corte negándola. Seguidamente se clausuró la investigación, cuyas notificaciones se efectuaron con base en el nuevo Código de Procedimiento Penal como era lo correcto, a instancia del Magistrado sustanciador.

ALEGACIONES DE LAS PARTES

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace un detenido estudio del proceso para concluir en que aceptando aun la tipicidad de los comportamientos atribuidos a los Magistrados denunciados no hay prueba que permita sostener que tales actuaciones son dolosas. Dice: "Los Magistrados, claramente, y en forma por demás dispendiosa y documentada, explican en sus injuradas la razón de ser de sus afirmaciones en el texto de las providencias atacadas. Se entiende que decidieron sobre los conflictos de que conocían previo un examen lógico del acervo probatorio a su disposición y de su personal manera de entender los mandamientos civiles que consideraron aplicables, palabras que no se encuentran desmentidas.

"Entonces, ¿cómo predicar su incorrección moral, cómo decir que hubo alteración en su rectitud de juicio, y que prevaricaron?

"No existiendo el elemento subjetivo necesario para la integración de esta figura delictiva, en cualquiera de sus formas, se entiende que la mencionada ilicitud no adquiere plena configuración, razón por la cual procede la cesación de este procedimiento penal adelantado en su contra, tal como reza el artículo 34 del actual Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 469 de la misma codificación".

Alegó también la parte civil, notificada del cierre por conducta concluyente, en escrito donde con apoyo en la providencia referida de la Corporación demanda resolución acusatoria por el punible de prevaricato contra los procesados de la referencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Cuestiones previas:* Como la parte civil urge la calificación del sumario por estar muy próxima la prescripción de la acción en atención a que uno de los autos tildados de prevaricadores tiene fecha julio 29/82, y a que inicialmente se notificó indebidamente el cierre de investigación, estima prudente la Corte referirse brevemente a estos dos aspectos como cuestiones previas a la calificación del sumario.

a) La prescripción de la acción penal.

El prevaricato por acción que tipifica el artículo 149 del Código Penal señala como sanción máxima privativa de la libertad cinco (5) años de prisión. Como los hehos investigados tuvieron ocurrencia en vigencia del actual Código Penal, no es posible aplicar aisladamente el artículo 80 para efectos prescriptivos de la acción, sino en concordancia con el artículo 82 de la misma Codificación que incrementa el máximo para esos efectos entratándose de hechos punibles como el aquí investigado, siendo por tanto prescriptible la acción por el delito de prevaricato en seis (6) años y ocho (8) meses como lo ha reiterado esta Corporación (ver providencias de abril 27 de 1987, Magistrado Ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome y la de mayo 31 de 1988, Magistrado Ponente doctor Dídimo Páez Velandia).

b) la notificación irregular del cierre.

Por una equivocada interpretación de las normas pertinentes del nuevo ordenamiento procesal se venía omitiendo la notificación personal al Ministerio Público y

cualquier tipo de notificación al defensor y al representante de la parte civil, circunstancia que ocurrió inicialmente en este proceso razón por la cual fue menester corregir la irregularidad con fundamentos que resulta conveniente precisar ahora.

El nuevo ordenamiento procesal penal (artículo 174) señala las providencias que deben ser notificadas a todos los sujetos procesales. Notificar es enterar o informar el contenido de una decisión judicial a quienes como sujetos del proceso intervienen en él, entendiéndose obviamente que la forma natural o corriente de hacerlo es leyéndoles el contenido de la providencia o permitiéndoles a los notificados que lo hagan (artículo 178).

Como es posible que alguno de los sujetos procesales no comparezca a la Secretaría en el término que la ley señala (dentro de los dos días siguientes a la fecha del proveído), el Código prevé cómo hacer esa notificación personal al sujeto privado de la libertad (artículo 176), al procesado no capturado (artículo 177), al Ministerio Público (artículo 177) y a los demás sujetos procesales (artículo 179).

La circunstancia de que en ninguna de las normas referidas se mencione expresamente al defensor y al representante de la parte civil no significa que la ley haya suprimido la notificacion a ellos, sino que respecto de los mismos y en atención a la naturaleza de su función quedan sometidos a la regla general en materia de notificaciones, esto es, la notificación personal si se presentan a la Secretaría dentro de los términos legales o, en caso contrario, por edicto o por estado según las circunstancias y la clase de providencia.

El Ministerio Público es un funcionario colaborador permanente de la justicia, luego debe notificársele personalmente las providencias para lo cual se le citará directamente, no por conducto de su auxiliar o secretario, por cualquier medio eficaz (oficio, teléfono etc.) debiéndose dejar constancia en el proceso del medio utilizado. Incluso -y es lo más aconsejable- debe notificársele en su propia oficina para hacerle más funcional su labor. Si no es posible ninguna de estas formas debe acudirse al edicto para las providencias referidas en el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal o al estado para las demás. Las circunstancias condicionantes que señala esta norma (si no aparece o el lugar de su residencia es desconocido), son predicables exclusivamente del procesado no del agente del Ministerio Público por las razones elementales de notorio conocimiento.

Aclarado este punto de interpretación y efectuada la notificación del cierre de investigación conforme a él lo cual precisamente permitió conocer la opinión del representante de la sociedad, procede la Corte a decidir de fondo.

II. La Calificación del sumario

Como han sido varias las imputaciones formuladas a los aquí procesados, es necesario analizar cada una de ellas separadamente para determinar si son o no constitutivas de infracción penal.

a) Haber retrotraído la actuación al ordenar en auto de julio 29/82 notificación del mandamiento de pago cuando las partes se hallaban debidamente notificadas.

El Tribunal en la parte motiva de esta providencia sostuvo lo que es objeto de cuestionamiento en los siguientes términos:

No se debe concluir, sin antes expresar que a la Sala le ha causado suma extrañeza las razones que le cupieron al titular del Juzgado 1° Civil del Circuito para revocar el auto de fecha 27 de enero del presente año, que había concedido el recurso de apelación interpuesto contra el auto de mandamiento ejecutivo de diciembre último, escudándose en que el término que se tiene para interponerlo, cuando no se interpone al momento de la notificación, debe ser dentro de los tres días siguientes a la notificación del recurrente, criterio que considera la Sala bastante apartado del sentido y alcance del iniciso 1° del artículo 352 del estatuto varias veces referenciado, por cuanto el término para que una providencia se ejecutorie es común a las partes en razón de que no puede haber oportunidades diferentes al respecto, o sea que no hay, ni puede haber el menor margen legal para que una providencia comience a transcurrirle el término para tal evento primero a una parte y luego a la otra.

De ahí que se haga del todo menester, para tal efecto, que se notifiquen en legal forma a todas las partes y al día siguiente de éste, comience a surtirse dicho término, teniendo la parte que quiera invocar el recurso de apelación facultad para interponerlo dentro de esos tres días por cuanto mientras no se ejecutorie el recurso resulta del todo oportuno y, como es de absoluta lógica, del todo procedente.

Aun cuando en la parte resolutiva de esta providencia nada se dijo expresamente en este sentido, la forma como está redactado el argumento, permite concluir la orden cuestionada como efectivamente lo entendió el juzgado. Sin embargo, en sus injuradas los procesados explican el alcance que dieron a la expresión "todas las partes" utilizada en el auto referido, esto es, el de pluralidad de sujetos en una o ambas partes. Para el caso concreto, pluralidad de sujetos de la parte demandada, para lo cual, dada la naturaleza de la acción, debía entenderse que el término de ejecutoria empezaba a contarse cuando todos los componentes de esa parte hubiesen recibido notificación y como en este caso, cuando se interpuso el recurso, no se habían notificado todos ellos, la interpretación deda es la correcta, apoyándose en criterio doctrinal tanto nacional como extranjero. Si se observa precisamente la obra del doctor Hernando Molina, coautor del Código de Procedimiento Civil del cual hace parte la norma en referencia, encuentra la Corte el siguiente aserto: "Por ello la apelación sólo es pertinente *en el término para ello que viene a ser comun, pues se cuenta desde el día siguiente a la última notificación de la providencia apelada* " (Subrayas de la Corte. "Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, 9ª Edición ABC 1985 página 576).

Por manera que aun aceptando equivocada la interpretación del tribunal no es dable considerarla prevaricadora pues, como bien lo destaca la Procuraduría, falta el dolo necesario según el respectivo tipo penal. Su criterio no estuvo encaminado concientemente a contrariar la ley, sino exclusivamente a darle una adecuada interpretación conforme a criterio de autoridad, en su sentir.

b) Haber confirmado, por auto de mayo 20/83, dos providencias del *aquo* prevaricadoras, las de el 25 y 28 de septiembre de 1982. Por la primera, negó el juzgado la apelación subsidiariamente interpuesta contra el auto de julio 9 y ordenó

la notificación que había señalado el Tribunal; por la segunda, desembargó los bienes sin esperar que se ejecutoriara la providencia donde lo ordenaba.

Para entender mejor la actuación que suscita el cargo contra la Sala del Tribunal Superior, preciso es referir en detalle lo ocurrido: la apoderada de la parte demandada solicitó al juzgado el señalamiento de la caución necesaria para levantar el embargo decretado; el despacho señaló como cuantía $2.600.000, determinación impugnada por el demandante por considerarla insuficiente; se accede a modificarla, señalando como caución la suma de $3.700.000 en auto de julio 9 que "depositó la parte demandada", mostrando además inconformidad por el monto exagerado de la misma circunstancia que llevó a la parte demandante a expresar su conformidad con dicha cuantía y pide al juez mantenerla en escrito de julio 27; apela luego de dicho proveído, recurso que es denegado con el argumento de no ser procesalmente viable aceptar una decisión y al mismo tiempo impugnarla y, además, que la orden de notificar el mandamiento ejecutivo no es una declaratoria de nulidad sino simple resolución de sustanciación no susceptible de apelación.

Al conocer el Tribunal por queja dicha actuación compartió los criterios del *a quo* despachando desfavorablemente la queja.

No es dable, por supuesto, asimilar una nulidad a de las referidas en el artículo 152 Código de Procedimiento Penal a ordenar notificar a las partes conforme a un criterio que aun sosteniéndolo equivocado, según se vio, no hay base probatoria para juzgarlo doloso. Si además, la providencia impugnada no decretó nulidad alguna, ¿Cómo poder entonces afirmar que sí lo hizó? no podía por consiguiente, implícitamente darle una naturaleza diferente a decisión que no la tiene ya que las nulidades son siempre expresas no tácitas.

En cuanto ordenó levantar el embargo de bienes y libró oficio en tal sentido el mismo día, tiene que ver con las providencias en donde se acepta la caución y en donde se aumenta ésta. El Tribunal admite que la impugnación de la primera de ellas prorrogó el término para consignar. A ello replica el denunciante que el haber hecho dicha consideración llevó a la parte demandante a desistir del recurso con el consiguiente perjuicio pues bien se hubiera podido cuestionar la cuantía ante el superior.

El sentido lógico de las cosas indica que el término para consignar la caución exigida comienza a correr desde la ejecutoria de auto que lo señala, vale decir, que si se recurre éste y prospera el recurso, el término es a partir del auto que señaló finalmente la caución. Si dicho auto, para el caso concreto, fue recurrido a su vez por el demandante cuando ya había aceptado esa cuantía y en consecuencia le fue negada la apelación, lógicamente podía ordenar el desembargo si, además, se había prestado dicha caución.

Ahora bien, si la caución no fue realmente prestada porque lo consignado fue otra cosa –los dineros producto de la renta del edificio–, el problema es imputable a título de fraude procesal por lo menos a quien así actuó mas no al juez y menos al Tribunal pues sus actuaciones obedecieron al supuesto real de depósito según constancia secretarial correspondiente (folios 91 cd. copias). No se compulsan copias

para investigar esta conducta porque se observa está prescrita ya que ocurrió el 28 de septiembre de 1982.

Esta circunstancia, censurable ciertamente, no puede tomarse como indicio en contra de los Magistrados y menos cuando no ha sido probada en manera alguna su participación en ella. Fueron víctimas del engaño, no copartícipes de la maniobra.

c) Haber retardado la decisión sobre el recurso de queja interpuesto contra los autos del 25 y 28 de septiembre de 1982.

Hubo retardo en ello ciertamente pero no imputable a dolo ya que las circunstancias que lo determinaron fueron explicadas satisfactoriamente en la indagatoria respectiva. En efecto, como dicha actuación se surtió en copias y no se indicaba allí que había subido con anterioridad al Tribunal, se repartió como si fuese asunto nuevo, pero una vez se enteró, el Magistrado a quien le fue repartido lo envió inmediatamente al que conoció inicialmente de él.

A lo sumo puede atribuirse tal resultado a una falta de cuidado en revisar meticulosamente los asuntos que llegan para reparto, pero el no hacerlo jamás puede constituir comportamiento doloso.

d) Aumento significativo de los gastos de administración del local número 6 de la copropiedad durante el irregular trámite del proceso.

Vedadamente se quiere significar con ello que los Magistrados recibieron pago por sus actuaciones denunciadas lo cual carece de comprobación, pues si en verdad ocurrió tal circunstancia –el incremento del gasto–, también lo es que hay constancia según los asientos contables respectivos a qué personas y por qué conceptos se dieron por la administración del local dineros que hicieron incrementar los gastos. Pero esta circunstancia no compromete a los procesados menos aun, si como ha quedado puntualizado, las actuaciones tildadas de prevaricadoras no lo han sido.

Clarificada la conducta de los procesados, se impone calificar el mérito sumarial con cesación de procedimiento en favor de los aquí vinculados, tal como lo solicita el señor Procurador Delegado en lo Penal.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, de acuerdo con la Procuraduría,

RESUELVE:

CESAR el procedimiento penal adelantado contra los doctores Guillermo Sánchez Pernett y Jiménez Walters Pomare, Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena por los hechos en razón de los cuales rindieron indagatoria. En firme, archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Matínez Zúñiga, Jorge Enrique Velencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario

ABUSO DE AUTORIDAD

No incurre en Abuso de Autoridad el Juez que se acomoda *stricto sensu* a los parámetros de ley que han sido celosamente reglados en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto le confiere facultades disciplinarias.

Auto Segunda Instancia – 27 de junio de 1988– Confirma la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor Gentil Ortiz Ortiz, Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobada: Acta número 40 del veintidós (22) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Vistos

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el aquí denunciante contra el auto calendado a tres (3) de marzo postrero mediante el cual el Tribunal Superior de Ibagué se abstuvo de abrir investigación penal contra el doctor Gentil Ortiz Ortiz, acusado de un presunto delito de abuso de autoridad en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui.

Al recurso se le imprimió el trámite de rigor. Es hora de decidir.

Hechos y actuación procesal

1. Como bien se conoce Jairo Francisco Barragán acusa penalmente al titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Anzoátegui de haber abusado de sus funciones y de su autoridad al imponerle una sanción disciplinaria consistente en cinco (5) días inconmutables de arresto por hechos que nada tienen que ver en el ordinario ámbito

de sus funciones a más que se negó a dar posesión a la abogada que lo iba a representar, bajo el argumento que no le habían notificado el proveído contentivo de la sanción.

2. En cumplimiento de las previsiones del artículo 341 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué ordenó el adelantamiento de diligencias preliminares tendientes a arrimar al informativo piezas fundamentales de la actuación, entre ellas, las necesarias a demostrar la calidad de Juez del doctor Ortiz Ortiz; en tal orden de cosas se arrimaron: fotocopia auténtica de la queja que sobre los mismos hechos formuló el denunciante ante la Procuraduría Regional de Ibagué; fotocopia auténtica de la diligencia judicial en la cual se ordena por parte del funcionario acusado la compulsación de copias a fin de que se le investigara por presuntas faltas a la ética profesional; y, copia autenticada del proceso disciplinario seguido contra Barragán Fonseca que desembocó como bien se conoce con la Resolución datada a cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

3. Precluido el término de indagación preliminar y tras detenido y sesudo examen de la realidad fáctico-procesal llega el Tribunal a la conclusión de que los hechos atribuidos al doctor Ortiz Ortiz carecen de relevancia en el estadio del derecho penal "al no tener consistencia jurídica ni real" por lo cual –corolario obligado– se abstiene de iniciar acción penal.

Concepto del Ministerio Público

Cuenta la Sala con la opinión del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien conceptúa previo examen de todas y cada una de las constancias cursantes en los folios, que si el Juez Ortiz Ortiz fue irrespetado reiteradamente por Barragán tal actuación obedeció única y exclusivamente al resentimiento que incubaba contra el funcionario por ordenar éste, en razón de su investidura y en cumplimiento de los deberes inherentes a ella, la expedición de copia de una indagatoria en la cual se formulaban delicados cargos contra su comportamiento ético profesional. La conducta del funcionario no puede tildarse como arbitraria e injusta y más aún –dice el inmediato Colaborador– su actitud constituye un interesante precedente para preservar la majestad de la justicia en él representada en su calidad de Juez de la República.

La Corte

1. Se incrimina al doctor Gentil Ortiz Ortiz, Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui, el delito de abuso de autoridad que se hace consistir en haber sancionado con cinco (5) días de arresto inconmutable al señor Jairo Francisco Barragán Fonseca por presuntos irrespetos perpetrados fuera del despacho judicial, en un sitio público, a avanzadas horas de la madrugada y bajo el influjo del alcohol. Además, según lo afirma el quejoso, se le coartó el derecho de defensa al negarse el Juez inculpado a recibir el poder que aquél le confirió a la abogada Elena Rodríguez.

2. El carácter de Juez de la República del acusado para la época del insuceso es cuestión que paladinamente se encuentra demostrada en la foliatura con los documentos de rigor (fls. 9 a 12).

3. *Resulta necesario advertir que el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil confiere facultades disciplinarias al Juez para sancionar a quienes les falten al debido respeto en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. Para la imposición de este correctivo debe acreditarse la falta con certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, con prueba testimonial o con copia del respectivo escrito. El arresto se impone por medio de resolución motivada que deberá notificarse personalmente, proveimiento que sólo es pasible del recurso de reposición. Ejecutoriada la resolución se remitirá copia de ella al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente.*

En esto tenemos:

a) Conviene observar de entrada que la sanción impuesta tuvo su génesis –según lo probado y demostrado en autos– en la expedición de copias que en cumplimiento de un deber legal hizo el funcionario acusado, con la mira de que se investigara a Barragán Fonseca *por presuntas faltas al ejercicio profesional. Lo que equivale a precisar, a las claras, que el origen del proceso disciplinario levantado contra el irreverente tuvo como transfondo una actuación propia del rol de sus funciones y no como pretende el apelante por actividades alejadas del radio de influencia de su ministerio oficial;*

b) La providencia en virtud de la cual se impuso pena de arresto al contraventor fuera de motivarse en sus aspectos salientes le fue notificada personalmente a él en debida forma y en propicia ocasión procedimental;

c) Tiénese, además, los testimonios de Javier Bocanegra Molina (fl. 4) y Marco Fidel Bobadilla Gómez (fl. 5), secretario y citador del juez denunciado, quienes en forma conteste y armónica, exenta de prevención o parcialidad dan fe y constancia de las circunstancias temporo-espaciales y modales como ocurrieron los hechos pero especialmente de los irrespetos a granel cometidos por Barragán hacia la persona del doctor Gentil Ortiz Ortiz;

d) Es entendido que no existe duda ninguna acerca de la competencia que le asistió al funcionario ultrajado para sancionar un acto absolutamente repudiable que coetáneamente exigía una respuesta de severos e inmediatos correctivos;

e) Síguese a todo esto que la Resolución sancionatoria se acomodó, *"Stricto Sensu"*, a los parámetros de ley los cuales han sido celosamente reglados por la ley para evitar precisamente desbordes y excesos en su aplicación. Al atemperarse a estas exigencias y proceder de tal guisa, el señor Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui escasamente se limitó a cumplir con su deber. Así de simple.

4. Ni huelga advertir para rechazar el restante y último cargo que se endereza contra el Juez Ortiz Ortiz que en manera alguna se conculcaron, ignoraron o recortaron los derechos fundamentales del denunciante. Oportuna respuesta tuvo la apoderada, doctora Elena Rodríguez Galeano, al interponer recurso de reposición contra la resolución sancionatoria según elocuentemente lo acredita la providencia de treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987). Cuestión distinta es que el recurso le fuera denegado. Pero esto es otra cosa.

5. Acertada, pues, la determinación adoptada por el Juez *aquo*, la Corte no tiene opción distinta que impartirle su aprobación. De conformidad se obrará en la parte resolutiva de este proveído.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR integralmente la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario

IMPEDIMENTOS

El artículo 103 numeral 1° del C. de P. P. no especifica el interés que el funcionario o las demás personas señaladas en la norma puedan tener en el proceso para que constituya impedimento. Mas es lo cierto que tal concepto no puede circunscribirse al campo económico.

Auto Impedimento – 27 de junio de 1988–. Acepta el impedimento manifestado por el doctor Luis Ramón Garcés Herazo, Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada: Acta número 40 de junio 22 de 1988.

Bogotá, D. E., veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Se resolverá sobre el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, doctor Luis Ramón Garcés Herazo, no aceptado por el otro magistrado integrante de la Sala Penal de Decisión, para conocer como ponente de la apelación del auto de citación para audiencia dictado en este proceso contra Waldo Acuña por terrorismo y otros delitos.

Narración breve de los hechos

El 5 de junio de 1987 el Magistrado Luis Ramón Garcés Herazo rindió declaración por certificación jurada ante la Policía Judicial de Quibdó, en la que relató haber sido testigo presencial de los hechos ocurridos el 29 de mayo de ese año en dicha ciudad, cuando numerosas personas dirigidas y exaltadas por el exagente de la Policía Nacional, Waldo Acuña, a quien el funcionario –que lo conocía– trató de hacer desistir de su propósito delictivo, sin resultado, destrozaron a piedra los ventanales de la Caja Agraria y del Palacio de Justicia e incendiaron las instalaciones de la entidad crediticia con bombas a base de gasolina.

Como prueba fundamental del auto recurrido contra el procesado se tuvieron tres testimonios, entre ellos el del Magistrado, corroborado por el de su esposa y otra señora que con él se encontraban al momento de los hechos, lo que llevó al funcionario a considerar que su condición de declarante sobre el objeto de la investigación le imponía interés "moral o intelectual" en el resultado final del proceso, y por consiguiente lo ubica dentro de la causal primera del artículo 103 del C. de P. P. Reflexiona así el funcionario:

...estimo que existe el relacionado con el interés moral o intelectual del suscrito... pues es altamente factible que su ánimo esté encaminado a que prevalezca... prioritariamente la declaración que rindió en el proceso sobre hechos por él expuestos en su oportunidad, lo que de todas maneras contiene profundamente fuerza vinculante por ser el eje central del cargo o acusación que cursa contra el implicado. Esta motivación orientada más por un mandato, por un criterio ético de conveniencia social, debe prevalecer por encima de cualquiera otra consideración...

En auxilio de su opinión transcribe apartes de decisiones anteriores de esta Sala.

El otro Magistrado integrante de la Sala, declaró infundado el impedimento al advertir que el hecho en que se basa no está expresamente erigido en causa del mismo; y con apoyo en cita jurisprudencial que expresa compartir, observó que el interés contemplado en la disposición correspondiente sólo puede tener connotación patrimonial para el juez o magistrado o las demás personas citadas en la norma. Agregó que tampoco el haber testificado sobre los hechos del proceso constituye opinión que lo impida, y por dichas razones remitió el expediente a la Corte.

Consideraciones

Como lo enseña la actuación de que se ocupa este incidente, sobre los hechos materia de la investigación declararon además del Magistrado Garcés Herazo, su señora esposa, María Eugenia Díaz, y aunque aquél lo hizo ante la Policía Judicial, posteriormente amplió su versión ante el juez correspondiente y allí explicó la razón del dicho de su cónyuge sobre uno de los aspectos investigables. Tanto su testimonio como el de la señora, fueron tenidos por veraces y contundentes en contra del procesado, y frente a ellos las pruebas del descargo se consideraron desprovistas de seriedad. En uno de los apartes del auto de citación para audiencia consignó el juzgado:

Tercero. No comparte el despacho las apreciaciones del profesional... encargado de defender los intereses del señor..., comencemos por referirnos a su glosa de que *testis unnus, testis nullus;* la verdadera fuerza de la exposición consignada sobre los hechos por el señor magistrado, no tiene su asiento en la categoría de tal, sino que se deriva de su concatenación perfecta con otros elementos probatorios como son las deposiciones de María Eugenia Díaz de Garcés y..., las que en una hilación lógica son coincidentes no sólo en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometieron los hechos sino en cuanto al señalamiento de su autor material.

El artículo 103 en su numeral 1° del C. P. P. no especifica el interés que el funcionario o las demás personas señaladas en la norma puedan tener en el proceso

para que constituya impedimento. Mas es lo cierto que tal concepto no puede circunscribirse al campo económico porque no sólo en esta esfera de la vida cotidiana se desenvuelve el empleado público y en general el ser humano, ni a ella apuntan con exclusividad sus afectos y logros.

Ciertamente que la Corte en providencia de julio 28 de 1981 sostuvo mayoritariamente: "una declaración testimonial en la que el deponente se limita a exponer hechos objetivamente percibidos no constituye opinión, vale decir, concepto o apreciación que alguien se forma de una situación o acontecer cuestionables". Sin embargo, no menos lo es que cuando ese testimonio versa sobre el objeto esencial de la investigación, quien lo percibe queda comprometido subjetivamente y vinculado así sea en forma inconsciente a una determinada interpretación del hecho, lo cual resta necesariamente objetividad cuando como juez debe valorar con sana crítica dicha prueba. Aparece entonces en él un interés que no es exactamente el natural y obvio de todo funcionario judicial: administrar cumplida y recta justicia, como lo destacaron los salvamentos de voto a dicha providencia.

No ha de desconocerse entonces que en la interpretación de la causal de impedimento de que se trata, ha llegado a tenerse dicho interés por impediente, pero como la realidad de las circunstancias demuestra la extensión de dicho concepto a otros campos, la aplicación de la ley por el juez, lo ha llevado a ampliar sus apreciaciones. Es así, como en auto del 10 de noviembre de 1987 –citado por el magistrado que provoca el incidente–, esta Corporación, al resolver otro, expresó: "Así pues que no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creido prudente elevar a la entidad de causales de impedimentos, sino que dentro del amplio concepto del 'interés en el proceso' a que se refiere el numeral 1° del artículo 103... debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual, que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente" (M.P. doctor Rodolfo Mantilla Jácome).

En el caso objeto de examen, si bien el magistrado que se declara impedido advirtió que el haber testimoniado no afecta por sí solo su imparcialidad de juzgador de segunda instancia, también observó que su condición de declarante como testigo privilegiado lo hace interesado en el resultado del proceso, aunque ese interés no trasciende el campo moral o intelectual, lo que a la postre indica que por lo menos su independencia de juez ha de verse comprometida.

La Sala encuentra pues en razón la argumentación del funcionario, no sólo por la ciscunstancia de su testimonio en la decisión sometida a su estudio, sino por la adicional de ser su cónyuge declarante, también tenida en su versión con valor especial. La factibilidad que vislumbra el que su interés se incline a acoger sin reservas su propio dicho, y, agrega la Sala, el de su esposa, con aun no querido desmedro de la prueba de descargo, constituye un interés de carácter moral en el proceso, y puede materializarse sin mayor dificultad en detrimento de los valores que tutela la institución de los impedimentos y recusaciones, e incidir desfavorablemente en la imagen de la administración de justicia en un medio reducido y conflictivo como aquel en que acaecieron los hechos por los cuales se cita a audiencia, además ante delitos de naturaleza y entidad como los que se juzgan. Se acogerá por tanto, el impedimento.

Por las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia en –Sala de Casación Penal–, acepta el impedimento manifestado por el Magistrado *Luis Ramón Garcés Herazo* a que se refiere esta providencia. Vuelva el proceso al Tribunal de origen para que proceda de conformidad con los preceptos procesales que reglan la materia.

Cópiese y devuélvase, cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario

AUTO INHIBITORIO. PARTE CIVIL

La parte civil solo tiene oportunidad para su constitución a partir del auto cabeza de proceso. El auto inhibitorio solo puede ser recurrido por el denunciante, el querellante o el Ministerio Público.

Auto segunda instancia. 28 de junio de 1988. La Corte se declara inhibida para conocer de la apelación interpuesta contra el auto inhibitorio que, a nombre de la doctora Carmiña González Ortiz, Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, dictó el Tribunal Superior de la misma ciudad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 41.

Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Con auto inhibitorio de fecha febrero once de mil novecientos ochenta y ocho, culminaron las diligencias preliminares que adelantara el Tribunal Superior de Barranquilla ante denuncia penal que contra la doctora Carmiña González Ortiz, Juez 2° Civil del Circuito de dicha ciudad, formulara la Superintendencia de Sociedades.

Contra la decisión inhibitoria interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, el representante de la Sociedad Comercial Carlos Dieppa e Hijos Ltda., que se dice perjudicada en sus intereses económicos por la presunta acción prevaricadora de la juez acusada.

Negada la reposición, el Tribunal concedió subsidiariamente el recurso de apelación, que lleva a la Corte a decidir aquello que sea pertinente.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de efectuar un detenido examen de las normas del C. de Comercio que regulan la materia y la ley sustancial que define y sanciona el delito de prevaricato por acción, solicita a la Corte la confirmación del auto recurrido por no ser la conducta imputada a la juez, constitutiva de infracción penal.

Hechos

En el Juzgado Civil del Circuito de Barranquilla a cargo de la doctora Carmiña González adelantaba un proceso de ejecución iniciado por el Banco del Comercio y el señor Danilo Devis Pereira, contra Carlos Dieppa e Hijos Ltda., y en el cual se habían decretado medidas precautelares.

De improviso, se recibió en el Juzgado un oficio de la Superintendencia de Sociedades donde se le comunicaba a la juez, que por auto DC-BQ-01160 del 18 de junio de 1987, se había admitido la celebración de un concordato preventivo obligatorio, de la Sociedad de Carlos Dieppa Ltda., con sus acreedores y que por tanto debía no admitir proceso alguno de ejecución contra dicha sociedad, suspender los que contra ella se hubiesen iniciado "así como ordenar el levantamiento de las medidas cautelares que hayan sido dictadas" todo lo anterior en acatamiento a las normas del C. de Comercio sobre la materia.

La Juez en auto del 3 de julio del año anterior, decretó la suspensión del proceso ejecutivo pero no accedió al levantamiento de las medidas precautelares "ya que no existe norma legal alguna que así lo disponga".

Contra esta decisión, se interpuso el recurso de reposición dentro del proceso de ejecución, medio de gravamen que fue resuelto negativamente por el juzgado que dispuso además comunicar lo resuelto a la Superintendencia de Sociedades.

El Superintendente considerando que el desacato parcial de la Juez a su solicitud, podía constituir un delito contra la Administración Pública, concretamente un prevaricato, formuló la denuncia penal ante el Tribunal Superior de Barranquilla.

El Tribunal ordenó la práctica de una indagación preliminar que culminó con el auto inhibitorio que fue recurrido, no por el denunciante sino por el apoderado del señor Carlos Dieppa quien se considera perjudicado en sus intereses por la decisión de la Juez y por ende del Tribunal.

Se considera

Los recursos son medios o mecanismos establecidos por la Ley para corregir los errores in judicando o *in procedendo* en los que puedan incurrir los jueces en su misión juzgadora. Las personas que intervienen como sujetos procesales tienen facultad para interponer el recurso o en otras palabras, tienen derecho impugnativo. Es la llamada *legitimatio ad procesum.*

La etapa de indagación preliminar corresponde en el C. de P. P. vigente a una actividad investigativa realizada por el funcionario de instrucción o por el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial encaminada únicamente a buscar elementos de juicio sobre la conveniencia de abrir la investigación cuando existiere duda al respecto. Tiene por objeto, determinar si la conducta está descrita en la ley como delito y aportar pruebas sobre la identidad de los autores o partícipes.

Por tanto, la indagación preliminar no constituye el proceso penal propiamente dicho y en ella no es posible adelantar la acción indemnizatoria, ya que la parte civil sólo tiene oportunidad para su constitución a partir del auto cabeza de proceso como lo establece el artículo 39 del C. de P. P.

De ahí que cuando en la indagación preliminar, se dispone la práctica de pruebas "... no puede ordenarse por ejemplo, que se reciba indagatoria o se le emplace porque ...tampoco puede considerarse que haya un imputado o un perjudicado a fin de permitir que aquél o éste constituyan apoderado (M. P. Romero Soto, septiembre 1° de 1981). Por ello, se ha sostenido en forma reiterada, que en la etapa preliminar no puede ejercerse la acción civil.

La indagación preliminar, puede concluir con el auto cabeza de proceso o con un auto inhibitorio que por su naturaleza (no tiene efectos de res judicata), *puede ser revocado en cualquier momento, de oficio o a petición de parte o de los apoderados de aquélla. Igualmente, la jurisprudencia ha aceptado lo relativo a impedimentos o recusaciones en esa etapa preliminar.*

También ha querido el legislador, que el auto inhibitorio, sólo pueda ser recurrido por el denunciante, el querellante o el Ministerio Público, limitando taxativamente a ellos el artículo 352 del C. de P. P. el derecho impugnaticio.

Denunciante es la persona que pone en conocimiento de la autoridad competente la realización de un delito perseguible de oficio. Querellante legítimo es el sujeto pasivo de la acción penal, como lo establece el artículo 23 del C. de P. P. y quien se queja en aquellos delitos que no pueden ser investigados oficiosamente. Y es a estas personas y al Ministerio Público a quienes la ley limita la facultad de recurrir el auto inhibitorio.

De acuerdo con estas premisas, el presunto delito de prevaricato que no demanda querella de parte e imputado a la Juez Civil del Circuito, fue denunciado por el señor Superintendente de Sociedades; luego sólo a él y al Ministerio Público otorga la Ley derecho impugnaticio. Y sucede que el auto inhitorio en examen, fue recurrido por el apoderado del señor Carlos Dieppa, quien afirma tener interés en el proceso, pero quien no fue el denunciante.

Considera la Corte, que si bien es cierto que el delito de Prevaricato, solo tutela el bien jurídico de la Administración Pública, en algunos casos puede ser pluriofensivo y lesionar intereses particulares. Pero esa acción indemnizatoria que genera el delito, solo puede ejercitarse en el proceso penal a partir del auto cabeza de proceso por mandato legal y no en la indagación preliminar que busca fines diferentes.

Sobre este aspecto ya había tenido oportunidad de pronunciarse la Corte, con ponencia del magistrado Dávila Muñoz de fecha agosto 20 de 1986, que hoy se ratifica y transcribe como mayor fundamento de esta decisión, dijo la Corte:

"... No obstante que el objeto principal de la norma transcrita es el de no permitir investigaciones innecesarias o sin fundamento legal, sin embargo, tal previsión establece el control suficiente y expedito para impedir cualquier abuso del Juez Instructor, pues la decisión inhibitoria además de ser razonada, esto es, exponiendo fundamentos legales para no abrir investigación, faculta al Ministerio Público, al denunciante o querellante a impugnar la resolución.

"El denunciante, como norma general –si acaso es el perjudicado con el delito– para gozar de los derechos procesales que otorga la ley, como el de interponer recurso, debe constituirse en parte civil, regla ésta que, debido a las circunstancias especiales del caso, sufre la importante modificación tratándose del auto inhibitorio toda vez que autoriza al denunciante o querellante interponer los recursos ordinarios. Pero es apenas lógico que para gozar de esta prerrogativa el recurrente debe tener dicha condición, sin la cual obviamente carecería del derecho impugnaticio.

"En el caso sub examine, se observa que el doctor Q. V. sin desconocer el interés que pueda tener en el resultado de una posible investigación –no es ni denunciante ni querellante dentro del asunto referido, el que, según se vio tuvo origen en las órdenes del Tribunal de Aduanas. Siendo así, carece del derecho de apelar el auto mediante el cual el Tribunal Superior de Medellín negó la apertura del sumario".

Quiere decir lo anterior,, que el recurso de reposición y el subsidiario de apelación contra el auto inhibitorio, fue interpuesto por quien no tenía personería para hacerlo, por no haberle otorgado la ley derecho impugnaticio.

Estando ilegalmente concedido el recurso, la Corte debe declararse inhibida para conocer de él.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, se declara inhibida para conocer de la apelación interpuesta contra el auto inhibitorio proferido por el Tribunal de Medellín dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia.

Gustavo Morales Marín
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA

No puede suscitarse colisión de competencia entre un Juez de Instrucción Criminal que, actualmente, está facultado para calificar y un Juez de Instrucción Penal Militar que carece de esa competencia.

Auto colisión. 28 de junio de 1988. Se abstiene de decidir una presunta colisión de competencia entre el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Quibdó y el Juzgado Setenta y Nueve de Instrucción Penal Militar radicado en la misma ciudad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada: Acta número 41.

Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Procedente del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, radicado en Quibdó, ha llegado a la Corte –Sala Penal–, el proceso adelantado contra el agente de la Policía Nacional, William Ríos Mosquera por el delito de homicidio en el ciudadano Julián Terán Pino, a efecto de que esta Corporación dirima la colisión de competencia positiva suscitada entre el aludido Juzgado y el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar radicado en la misma ciudad.

Compete a la Corte dirimir el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 (ord. 6º) del C. de P. P.

FUNDAMENTOS DEL INCIDENTE

Al parecer dos investigaciones diferentes se siguen por el delito de homicidio en Terán Pico y en el cual figura como sindicado el agente de policía Ríos Mosquera. La una, ante la Justicia Penal Militar que se considera competente para conocer del

sumario, con el argumento de que se trata de un sindicado con fuero como agente de la Policía Nacional y quien cosumó el homicidio, cuando se encontraba en actividades propias del servicio.

El Juez ordinario reclama la competencia, argumentando que si bien es cierto que la acción penal se adelanta contra un agente integrante de la Policía Nacional, éste no consumó el delito en actividades relacionadas con el servicio ni por razón de sus funciones.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

El Nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 68-6 le atribuye a la Corte el conocimiento de los conflictos de competencia que se suscitaren entre funcionarios de la jurisdicción Penal Ordinaria y una Especial, como ocurre en el caso que se examina.

Pero este desacuerdo de dos o más jueces en relación con la competencia del proceso, solo puede presentarse entre funcionarios que puedan realizar actos que entrañen el ejercicio de la jurisdicción, que tengan "...la potestad de resolver mediante decisión motivada el conflicto entre el derecho punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado de conformidad con la norma penal" (Corte Suprema, agosto 17 de 1982).

Por eso, tradicionalmente la Ley excluye el enfrentamiento jurídico o la colisión de competencias entre jueces de Instrucción que carecen de capacidad falladora, que no son jueces del conocimiento y que no tienen por tanto la facultad de exponer si se consideran o no competentes para conocer de un proceso.

Sin embargo, debido a lo dispuesto en el artículo 73 del C. de P. P., que otorgó competencia a los jueces ordinarios de Instrucción para investigar y calificar los procesos por los delitos de competencia de los Jueces de Circuito y Superiores, ha sido morigerado el anterior criterio para aceptar la Corte, que puede presentarse el conflicto de competencia entre estos jueces y los jueces del conocimiento.

Pero en el caso que se examina, no se trata de un enfrentamiento entre jueces de esta naturaleza, sino entre un juez de Instrucción Criminal que sí está facultado para calificar y por ende reclamar la competencia y un juez de Instrucción Penal Militar que carece de competencia para clasificar y conocer del proceso y que por tanto no tiene derecho a reclamarla.

Por ello, esta Corporación entiende, que no se ha presentado en debida forma el conflicto que promueve el Juez de Instrucción, colisión que solo podrá suscitarse en el caso sub examine, *entre la justicia ordinaria y los jueces competentes para conocer de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con sus funciones, como lo son el respectivo Comando en primera instancia y el Tribunal Superior Militar en segunda.*

Se concluye en consecuencia, que no puede existir en el momento actual colisión de competencia, pues no se ha suscitado entre quienes pueden crearla.

Se inhibirá la Corte de conocer del sumario y dispondrá su devolución al funcionario que lo ha remitido, el Juez Segundo de Instrucción Criminal.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- se ABSTIENE de decidir sobre la presunta colisión de competencias en este sumario y ordena devolver el expediente al funcionario que lo remitió como lo es el Juez Segundo de Instrucción Criminal de Quibdó. Hágase saber esta decisión al señor Juez 79 de Instrucción Criminal de la misma ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisando Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia.

Gustavo Morales Marín
Secratario

NULIDAD LEGAL. PROCESADO. IDENTIDAD

Al infirmar el valor de la denominada rueda de personas, es necesario indicar de manera precisa cuál o cuáles son los reconocimientos practicados con inobservancia de la ley, así como también señalar en forma concreta la preceptiva jurídica quebrantada.

Sentencia de casación. 28 de junio de 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Diego Lugo Cruz y José Santos Orjuela Macías, por el delito de hurto.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada: Acta número 41.

Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia del 6 de abril de 1987, confirmó en todas sus partes la dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad el 18 de febrero del mismo año, donde se condenaba a Diego Lugo Cruz y José Santos Orjuela Macías a la pena principal de 49 meses y 10 días de prisión, al primero, y de veintiocho meses al segundo, más las accesorias de ley, como coautores del delito de hurto calificado y agravado.

Contra tal determinación interpuso recurso de casación el señor defensor de los procesados, el cual fue admitido por la Corte el 27 de octubre de 1987. La demanda correspondiente se declaró ajustada a las formalidades de ley en marzo 14 de 1988. Se procede, ahora, a la decisión de fondo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Así los consignan el Tribunal de Instancia y la Delegada, respectivamente, en versiones que la Corte acoge:

"El 21 de noviembre de 1985, a las 3:10 de la tarde, unos individuos portando armas de fuego, penetraron en la Corporación de Vivienda 'Granahorrar', sucursal Cabecera del Llano y a la voz de un atraco, se apropiaron de $94.369.08, minutos más tarde igual procedimiento utilizaron tres individuos, quienes igualmente armados se hicieron presentes en la Corporación Financiera 'Colmena' ubicada en la calle 36 No. 18-03, quienes intimidando a los empleados, como a los ahorradores y cuentahabientes, se apropiaron de $403.243.47, dinero que depositaron en una bolsa de manila.

"Minutos después cuando los procesados se desplazaron por la ciudad, fueron capturados siendo identificados como José Santos Orjuela y Diego Lugo Cruz.

"Por los hechos protagonizados en la Corporación Financiera 'Colmena' inició investigación el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Bucaramanga, el cual vinculó a las personas antes citadas en calidad de sindicados y en su oportunidad, al calificarse el mérito del sumario, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, profirió providencia enjuiciatoria contra Diego Lugo Cruz, por el delito de hurto calificado agravado y sobreseyó temporalmente a José Santos Orjuela Macías, por el mismo delito.

"Por los hechos ocurridos en la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda (Granahorrar), el Juzgado Quinto Penal Municipal de Bucaramanga, inició investigación, en donde fueron vinculados en calidad de sindicados, Diego Lugo Cruz y José Santos Orjuela, contra los cuales el citado despacho dictó llamamiento a juicio por el delito de hurto calificado agravado.

"Las dos causas fueron acumuladas de acuerdo con lo dispuesto por auto de diciembre 18 de 1986, proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga.

"Precluida la etapa del juicio, el Juzgado del conocimiento dictó sentencia condenatoria contra Diego Lugo Cruz y José Santos Orjuela Macías, por los delitos por los que fueron enjuiciados, dicha providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga".

La demanda

Atinadamente el Ministerio Público la resume así:

"Al amparo de las causales primera y cuarta de casación que consagra el artículo 580 del C. de P. P., el defensor de los procesados Lugo Cruz y Santos Orjuela, impugna la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, así:

Causal primera. El recurrente acusa la sentencia de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida.

Fundamenta el cargo, en que existió error de derecho, por parte del fallador en la apreciación de la prueba, que condujo a la indebida aplicación del artículo 351 del C. P., que tipifica el delito de hurto calificado agravado, por cuanto:

"1. Se dio valor a reconocimientos ilegalmente realizados después de haber sido mostrados y señalados los detenidos.

"2. Se sustentó la sentencia en 'indicios' por el porte de un arma, cargo por el cual ya habían sido absueltos los sindicados por la Quinta Brigada del Ejército.

"3. Se tuvo en cuenta el caso de una moto que los mismos agentes determinaron no fue decomisada a los retenidos y por lo cual no fueron llamados a juicio en proceso del Juzgado Segundo Penal Municipal de Bucaramanga.

"Causal cuarta. Nulidad de carácter legal. Dice el censor que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, pues se infringió el numeral 5° del artículo 210, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al nombre del ofendido por cuanto en el auto enjuiciatorio proferido por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Bucaramanga se llamó a responder en juicio a los sindicados por el delito de hurto cometido en perjuicio de Corporación 'Granahorrar, sucursal Cabecera del Llano', cuando la entidad legalmente no existe, pues la Corporación Financiera reconocida legalmente se denomina 'Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda'.

"Nulidad de carácter constitucional. Considera el casacionista vulnerado el artículo 26 de la Constitución Nacional por dos aspectos:

1. Por cuanto los reconocimientos y demás actos fueron allegados al proceso sin la plenitud de las formas propias del juicio, ya que los capturados no fueron aprehendidos en casos de flagrancia y cuasiflagrancia.

2. A pesar de haberse indagado al procesado Diego León Lugo Cruz el 18 de diciembre de 1985, nunca se le resolvió su situación jurídica como lo establece el artículo 437 del anterior C. de P. P., lo cual atenta contra el debido proceso".

Respuesta del Ministerio Público

A la nulidad de índole legal. Como "las nulidades en materia penal han sido establecidas primordialmente para velar por el efectivo y pleno derecho de defensa de los procesados, es necesario para poder predicar la presencia de éstas que se haya dificultado la defensa y expuesto al procesado a una injusta condena, porque la acusación se refiera a un hecho diferente al que en realidad debe imputarse", que es exactamente lo que no acontece en el evento *sub examine*.

Mientras "estén plenamente individualizados tanto el responsable como el ofendido, sin que se caiga en el error de tener como perjudicada a una persona natural o jurídica totalmente diferente a la que en realidad lo es", no hay lugar a declarar ese tipo de nulidad.

"... Si bien, como lo manifiesta el censor, la firma que aparece inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, lleva es el nombre de Corporación Financiera Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, que es el que en realidad le corresponde a la Sucursal que fuera víctima de una de las infracciones, ello no quiere decir que ésta no se haya individualizado, que exista duda o incertidumbre acerca de su identidad, ni que se haya sorprendido al inculpado con un cargo diferente, por ser bien distinta la persona que se dice perjudicada...".

A la nulidad constitucional.

Cargo primero. El censor lo plantea sin llegar a desarrollarlo, ni indicar cuáles diligencias de reconocimiento y actos fueron los allegados sin la plenitud de las formalidades propias. De otra parte, hay falta de técnica en la presentación de la demanda porque el cargo se formula también como violación indirecta y bajo esta presentación, que es la que legalmente más se acomoda, se estudiará más adelante.

Cargo segundo. Si bien Diego Lugo Cruz fue indagado en el Juzgado Quinto Penal Municipal, con ocasión del hurto perpetrado en Granahorrar en diciembre 18 de 1985, siendo resuelta su situación jurídica en marzo 11 de 1986, ello puede constituir una irregularidad atribuible al funcionario instructor, pero tal omisión "no afecta las bases mismas del proceso ni el derecho de defensa del procesado Diego Lugo Cruz, y por ende no puede edificarse con fundamento en ella una nulidad de índole constitucional".

Con respecto a los cargos formulados al amparo de la causal primera, se tiene:

Cargo primero. Las diligencias de reconocimiento que verdaderamente fueron fundamento de la sentencia se llevaron a cabo "de conformidad con las prescripciones legales; artículos 407 a 410 del anterior C. de P. P., como quiera que con anterioridad se les había interrogado a los testigos sobre características físicas de los sindicados y los procesados fueron asistidos por sus apoderados quienes firmaron las respectivas diligencias sin dejar constancia de irregularidad alguna que se hubiese presentado en desarrollo de ellas".

No afecta la validez del procedimiento establecido por la Ley para efecto de allegar tales pruebas, la circunstancia de que con anterioridad a éstos y con posterioridad a la captura, los testigos hubieran podido ver a los inculpados, porque lo que se declara es el hecho mismo de reconocer o no, dentro de la fila de personas que se pone de presente, a quien cometió la infracción, independientemente de aquel señalado pormenor.

Cargo segundo. El indicio que fue tenido en cuenta en la sentencia se refiere al hecho de haberse hallado cerca al sitio donde fueron aprehendidos los sindicados una bolsa con el dinero y un revólver, y no al hecho mismo de que alguno de los sindicados portase el arma en el momento en que fuera capturado. De otra parte, la valoración de la prueba indiciaria la ha dejado la ley a la libre y discrecional apreciación del juzgador, sin que sea dado alegar error de derecho sobre la base de su equivocada valoración jurídica.

Cargo tercero. Lo que en el fondo plantea el censor es un falso juicio de existencia de una prueba "cargo que sólo es dable efectuar a través de la violación indirecta de la ley, por error de hecho". Hay pues una falla técnica en su presentación que impide su estudio.

Breves consideraciones de la Sala

El exhaustivo análisis de la delegada, sería suficiente respuesta a la demanda de casación. De ahí, entonces, que la Sala, al prohijar integralmente tal estudio y concepto, no hará más que reiterar ese acertado pronunciamiento, sobradamente adecuado para dar al traste con la pretensión buscada por el recurrente.

Así se acuda a este medio para infirmar el valor que pueda tener una diligencia de identificación del supuesto autor de un delito, en la denominada rueda de personas, es necesario indicar de manera precisa cuál o cuáles son los reconocimientos practicados con inobservancia de lo mandado por la ley, así como también señalar en forma concreta la preceptiva jurídica quebrantada, para advertir la violación denunciada y su esencialidad. El impugnador ha descuidado este doble aspecto pues se limita a decir "... que reconocimientos y demás actos no fueron allegados al proceso en la plenitud de las formas propias del juicio...".

La vaguedad es notoria y le impide a la Sala dar una respuesta específica sobre el punto, máxime cuando la jurisprudencia se orienta, de acuerdo con las circunstancias y modalidades de la testificación o de las características del reconocimiento, a justipreciar los requisitos mandados por la ley para estas actuaciones, a efecto de considerar si todos ellos ostentan una igual importancia y trascendencia. Es así como ha valorado lo que se relaciona con el número de personas que acompañan al sujeto que debe ser reconocido; la forma de presentación de aquéllas y de éste; la exhibición previa de álbumes fotográficos; el ocasional contacto, también antecedente, que pudo darse entre el procesado y sus señaladores; la entidad de los datos sobre las condiciones físicas del incriminado, suministrados antes del directo reconocimiento, o la ausencia de esta singularización personal; y, en fin, la necesidad o inocuidad de una identificación de esta índole, por razón de otras plurales y valiosas comprobaciones, etc.

La Corte, en este cuestionamiento, tendría que asumir una función escrutadora que corre a cargo exclusivo del demandante y, en labor tal, podría fácilmente incurrir en referencias que el impugnador no ha querido hacer o entregarse a conjeturas y adivinaciones que no son de recibo en esta clase de decisiones.

De otro lado, sobre este ámbito de nulidades de jerarquía constitucional, no es cierto que la situación jurídica de Diego Lugo Cruz no fuera definida. Lo que ocurrió, como bien lo destaca la Delegada, es que la misma se produjo con notorio retardo el 11 de marzo de 1986, casi tres meses después de su indagatoria. Pero, además, ¿qué repercusión desfavorable tuvo o pudo tener esta reprochable omisión en cuanto a la posterior tramitación del sumario, su calificación y su etapa de juzgamiento, con sus respectivas sentencias de primera y segunda instancia? Para la sala ninguna. Toda esa actuación en sus perfiles sustanciales, están conforme con la ley de procedimiento. Esta es la fácil deducción que surge de la observación de estos aspectos, pero si el recurrente advirtió una situación diferente, debió destacarla porque la naturaleza de la objeción, para prosperar, requiere no de enunciados indefinidos y generales, sino de informaciones exactas, extractadas del proceso, para poder afirmar si éste se cumplió en circunstancias tales que colocaban en grave riesgo de condena al procesado. Esta omisión impide considerar el cargo, pues es evidente su presentación incompleta y antitécnica.

Finalmente, denominar a la entidad ofendida como "Granahorrar", como popular y abreviadamente se la conoce, o determinarla por su exacta titulación comercial, acudiendo para ello a las noticas del Registro Comercial, o sea –Corporación Financiera Gran Colombiana de Ahorro y Vivienda–, es cuestión baladí por lo

que al punto penal se refiere. En primer lugar porque para estos señalados efectos, tan diferentes de una acción civil contractual o extracontractual que trate de fijar en cabeza de una persona jurídica una obligación, vale tanto referenciarla como aparece en la Cámara de Comercio respectiva o con la denominación que sintéticamente emplea la Empresa o sus usuarios. Resulta equivalente mencionarla según el registro comercial o invocarla como "Corporación de Ahorro Granahorrar" –expresión de la denunciante– o Granahorrar Sucursal Cabecera del Llano, o Cabecera del Llano (locución de los agentes de policía), o de la manera abreviada y común de "Granahorrar". Pero también pudo haberse hecho mención a la entidad, compañía, oficina, etc., asaltada, determinando como se determina a lo largo del proceso y en especial en los autos de proceder y en las sentencias pronunciadas, el lugar de su ubicación (Centro Comercial Cabecera, I Etapa, Local 12-B, Bucaramanga, o las oficinas de Granahorrar de la carrera 15 con la calle 34 de la misma ciudad). Todas son expresiones admisibles y que identifican debidamente a la sociedad que fuera afectada patrimonialmente, cumpliéndose así con lo que buscaba el motivo de este señalamiento (art. 210-5 C. de P. P. anterior), o sea, la determinación de la conducta delictiva imputada. En otras palabras, evitar confusiones o ambigüedades que obstruyesen o aniquilasen la defensa, llegando a impedir su labor probatoria o desnaturalizando su actividad.

No es este caso el *sub examine*, pues no es dable asumir que el ejercicio exculpatorio hubiera tenido una resonancia especial si se tratase de la "Corporación Gran Colombiana de Ahorro y Vivienda", y otro, muy diferente, de ser "Granahorrar", sucursal cabecera del Llano, ubicada en Bucaramanga en la carrera 15 con calle 34.

Esto indica que el recurrente, para poder contabilizar beneficios de un yerro de esta naturaleza (hoy dejado de mencionar específicamente en el C. de P. P., arts. 305 y 306, pero que pervive dentro de la causal de violación del derecho a la defensa), no debe limitarse a señalar la confusión en cuanto al nombre del ofendido o perjudicado, sino a destacar persuasivamente que tal circunstancia impidió ejercer debidamente la defensa, o llevó a desvalorizar, por contradictorias o artificales, las explicaciones del indagatoriado, o las testificaciones aportadas, etc. Nada de esto ha demostrado el recurrente y por eso su alegación resulta insuficiente y antitécnica.

El punto de la causal 1ª, sección 2ª del artículo 580 del C. de P. P.

1. La crítica principal a los reconocimientos producidos, estriba en que según el dicho de los agentes Silvestre Velandia Alfonso y Arnovio Vallejo Rivera, las personas que reconocieron a Lugo Cruz y Orjuela Macías, tuvieron ocasión de identificarlos cuando a los mismos se les condujo al lugar de los hechos, inmediatamente después de producida su captura. Además, la publicación de sus fotos, en edición del día 22 de noviembre de 1985 del Diario Vanguardia Liberal, fecha ésta del reconocimiento, permitió este directo señalamiento.

Sobre este particular conviene anotar lo siguiente:

No logra la Sala precisar si los reconocimientos de Lugo Cruz y Orjuela Macías se ligaron al hecho de haberlos conducido a las oficinas asaltadas, o a su exposición en

las dependencias oficiales, o a la divulgación de sus fotos en la edición de Vanguardia Liberal del 22 de noviembre de 1985, o por la conjugación de todos estos factores. Tampoco que lo predicado en forma concreta, por la interpretación fragmentaria del dicho de Jesús M. Forero Gil, tenga que suponerse para los demás declarantes e identificadores, aunque no se les mencione específicamente dentro del cargo.

Esto de por sí debilita intensamente la objeción, la cual acaba por perder todo efecto cuando se advierte que los reconocimientos iniciales se produjeron un día antes de la presentación periodística de tales fotos, debiéndose inferir que lejos de originar esta divulgación los comentados reconocimientos, aquélla se produjo como consecuencia de los señalamientos producidos por los testigos. Además, la forma como deponen aún en las versiones previas ante la policía judicial y la serie de rasgos que ofrecen de los delincuentes, indica ello, muy objetivamente, que estas referencias se deben a percepciones directas y no a situaciones creadas ex-profeso por la autoridad que intervino en el procedimiento. De otro lado, la doctrina y la jurisprudencia desestiman un medio probatorio de esta naturaleza cuando hay motivos atendibles para pensar que los vacíos de memoria o de percepción se colmaron con la instrucción tendenciosa de terceros, funcionarios o no, pero lo aceptan y revalorizan cuando al inmediato contacto con la persona capturada el testigo o el ofendido reaccionan prestamente afirmando que aquélla es la misma que intervino en la acción delictuosa. Y esto tiene que ser así, porque, obviamente, la presentación del capturado no es la que crea la incriminación sino que la confirma y exalta.

Lo anterior aparece tan cierto que el testigo Jesús María Forero Gil, a quien la demanda presenta como un reconocedor inducido por el contacto que le facilitaron, afirma que pudo identificar plenamente a uno de ellos, pero al otro "que se cambió de camisa no lo pude reconocer bien", situación que no se compadece con una faena del aleccionamiento, propia para desvirtuar su testimonio identificador.

Por lo demás, como aparece establecido en autos, los reconocimientos se cumplieron con el lleno de las exigencias de ley y no hay posibilidad de entender que la violación de las mismas lleve a su inexistencia o siquiera a menguar su efecto.

2. El impugnador distorsiona una circunstancia indiciaria para establecer consecuencias favorables a su pretensión. Si como factor incriminante se tiene *la posesión o porte de un arma de fuego,* resulta lógico que tal elemento de acusación debe desatenderse cuando se rememora que, por tal cargo, la justicia penal militar absolvió al procesado. La censura, claro está, no tiene esta entidad cuando se establece que el presupuesto de análisis es totalmente diferente y por tanto hay un definitivo desenfoque en el mismo. El Tribunal al citar a su colaborador fiscal y acoger sin reservas sus reflexiones, destaca: "... El hecho de que la justicia penal militar hubiera absuelto a Lugo Cruz, del porte de armas (fls. 13 y ss., Cdno. 3°), está indicando lo que los propios policiales afirmaron, que tal arma *no fue hallada en poder del citado, pero sí cerca a ellos,* lo que para la justicia ordinaria, constituye un indicio de participación, máxime que algunos empleados de las corporaciones visitadas abruptamente por los depredadores, indentificaron a Lugo, como la persona que estaba armada de revólver. Bien pudo haber falta de investigación por parte de las autoridades militares, y a ello se debe su absolución, mas ello no quita ni pone nada al presente proceso", –subraya la Sala–.

3º Se pretende, también, que el fallo condena se fundamenta en que los procesados; que huyeron en una motocicleta (ver Jesús Ma. Forero, fls. 219), fueron capturados cuando se transportaban en un aparato de esta clase, concretamente el que le fuera hurtado a Jairo Rivero Pérez, quien al respecto formuló la correspondiente denuncia.

Es cierto que en algunos apartes de la sentencia (fls. 24, Cdno. del Tribunal) se afirma, tal vez con base en los informes de fls. 45 y 67, este motorizado desplazamiento de los procesados al momento de su captura. Pero la sentencia, en el mismo folio y en aparte que transcribe el censor, alcara al final la cuestión pues lo que se pretende es una inferencia indiciaria con base en el reconocimiento de *Lugo Cruz y Orjuela Macías* y la testificación de Jesús María Forero Gil, fl. 29, quien pudo darse cuenta cuando éstos tomaron a la fuerza una motocicleta, la máquina que fue encontrada en sitio próximo al lugar en donde se capturó a estos sentenciados, los mismos que yendo ya a pie trataron de evitar su captura por parte de las autoridades emprendiendo veloz carrera. Por eso el Tribunal asevera: "... vehículo en el cual al parecer se desplazaban los procesados" –mayúsculas de la Sala–. ¿Y, en circunstancias tales, que de censurable tiene una deducción de esta índole? Acaso el proceso no ofrece admisibles elementos de convicción que permiten estimar que los procesados huyeron inicialmente de a pie, que luego despojaron a Jairo Rivero de su moto y continuaron la huida en este aparato, seguidos por Forero Gil, para luego dejarla abandonada, como también un revólver y la bolsa en la cual portaban el dinero sustraído, para finalmente ser aprehendidos por la autoridad, cuando trataban de confundirse con la gente pero delatarse al huir de a pie.

Este es un razonamiento lógico y acorde en un todo con las demostraciones existentes en autos. El recurrente no lo comparte pero por aplicación de su personal criterio que no puede prevalecer sobre la muy sana interpretación del juzgador. Pero además, erradamente, lo confuta por la vía de la violación indirecta como error esencial de derecho, planteamiento inadecuado por tratarse de elemento probatorio no sujeto a tarifa; y si se toma en otro sentido, como parece ser idea del censor, esto es que el sentenciador supuso una prueba inexistente, la violación indirecta de la ley sustancial tendría que plantearse y desarrollarse como error esencial de hecho.

Así fuera dable otorgarle mérito a algunas de las observaciones del demandante, la sentencia subsistiría a expensas de otras indescartables pruebas indiciarias, debidamente expuestas por el Tribunal, ya por obra de su propio raciocinio ya acogiendo el presentado por su colaborador fiscal. Al respecto baste señalar las contradicciones advertibles en las explicaciones de *Lugo y Orjuela* (indicio de mala justificación), la oportunidad para delinquir (su proximidad en el lugar de los hechos), su cercanía a la motocicleta sustraída a Rivero y en la cual según Forero Gil, huyeron, así como el abandono de "una bolsa de color amarillento, conteniendo dineros de varias denominaciones, la cual fue reconocida por varios empleados de las Corporaciones citadas como la que llevaban los sujetos que se presentaron a dichos establecimientos y en donde echaron los dineros arrebatados.

"Y un nuevo indicio, radica en que Orjuela en injurada manifesta que el día de su captura, que fue el mismo día de los asaltos, estaba vestido con un pantalón azul y una camisa morada, como la describe el juez al recibirle la indagatoria.

"Resulta que la gerente Elsa Trillos (fl. 241), habla de haber visto a uno de los sujetos con camisa de tal color. Además, Oscar Monroy (fl. 247 v.), habla de un sujeto con pantalón azul y camisa morada. También al folio 27 v., el empleado Edgar Moreno acierta en alguna parte de la vestimenta aludida". Esto para no hacer referencia a algunos importantes e indescartables reconocimientos de Lugo y Orjuela como las personas que asaltaron las dependencias de Colmena y Granahorrar y la deducible fraternidad, días antes, de los dos y de un tercero (tal vez Danilo Gómez) en el Hotel Pilar y en la casa de diversión de Myriam Parra.

Las censuras no prosperan.

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

RESUELVE:

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

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Guillermo Dávila Muñoz, Leonel Olivar Bonilla, conjuez; *Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.*

Gustavo Morales Marín
Secretario

RESOLUCION DE ACUSACION. APELACION

La apelación de la resolución acusatoria debe concederse en el efecto *suspensivo* porque son de su naturaleza las consecuencias que produce la alzada en dicho efecto.

Auto Segunda Instancia –28 de junio de 1988–. Se abstiene de conocer del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que compromete al doctor Alfonso Portilla Cuervo, Juez Octavo Civil Municipal de esta ciudad, por el delito de Prevaricato.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada: Acta número 41.

Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante su Sala Penal, profirió resolución de acusación contra el doctor Alfonso Portilla Cuervo, Juez Octavo Civil Municipal de esta ciudad, por un presunto delito de prevaricato por omisión.

Contra esta decisión, interpuso en su oportunidad el recurso de apelación el defensor del procesado y el Tribunal por auto del 26 de enero del presente año, concedió el recurso en el efecto devolutivo y remitió el proceso a la Corte para los efectos de la segunda instancia.

Sin embargo, observa la Corte, que el recurso fue concedido en un efecto que no le corresponde y que por ello debe abstenerse de conocer, por no haberse agotado en debida forma el trámite de la primera instancia.

Los actos procesales y en especial aquellos que en una u otra forma afectan la competencia de los administradores de justicia, deben reunir determinados presupuestos de eficacia y ajustarse al sistema que señala la ritualidad del proceso. Por eso, se ha

dicho que "... casi siempre la violación de ese esquema procesal, hace que el acto no viva, es decir, que no tenga existencia jurídica...".

Para que un medio de impugnación pueda cumplir sus efectos, otorgue competencia al Superior para revisar la decisión del juez a quo, *es indispensable, que haya sido interpuesto por quien tiene legitimación para hacerlo, en tiempo oportuno y contra providencia judicial que admita el recurso. A su vez, corresponde al funcionario examinar la presencia de estos indispensables presupuestos y en el supuesto de que los halle reunidos, conceder el recurso en el efecto que señale la Ley.*

Tratándose del recurso ordinario de apelación, el artículo 205 del C. de P.P. establece tres efectos en los cuales puede concederse este recurso y surtirse su trámite, todos con consecuencias muy diferentes en relación con la competencia de los funcionarios.

El suspensivo, como su nombre lo indica, suspende la competencia del funcionario que dictó la providencia, a quien le queda vedada cualquier actuación posterior, hasta cuando el Superior decida el recurso y la decisión recurrida no puede cumplirse hasta que el juez ad quem *lo confirme.*

El devolutivo, por el contrario, no suspende la competencia del funcionario que dictó la providencia apelada y éste mientras se tramita y resuelve el recurso en segunda instancia, puede seguir actuando y conociendo del proceso, sin esperar la decisión del Superior.

El diferido, del latín "differre", *suspender, dilatar el cumplimiento o ejecución de una cosa –en el campo procesal penal, suspende el cumplimiento de la providencia apelada y por ende la competencia del* aquo, *pero únicamente en aquello que dependa necesariamente de la decisión recurrida, pues para los demás efectos conservará la competencia–.*

"El artículo 206 del estatuto procesal trae una enunciación de las providencias cuya apelación debe concederse en el efecto suspensivo, y señala aquellas que son apelables en el efecto diferido, para concluir afirmando "que las providencias no enumeradas en los literales anteriores serán apelables en el efecto devolutivo, salvo que la ley prevea otra cosa".

Esta enumeración no es entonces taxativa, pues ni lo señala el mismo precepto y es suficiente para afianzar este aserto, tener en cuenta por ejemplo que, el auto de control de legalidad que no está contemplado en la enumeración del artículo 206, es apelable en el efecto suspensivo por expreso mandato del inciso 1° del artículo 489 del Código Procesal Penal.

Del mismo modo, se piensa que dentro de las excepciones que la misma ley señala o prevé, está la apelación interpuesta contra la resolución de acusación.

Una interpretación en extremo ceñida a la literalidad de la norma, llevó a la Sala de decisión penal del Tribunal a pensar que por no estar la resolución de acusación formando parte de la enumeración del artículo 206, la apelación debía concederse en el efecto devolutivo olvidando el Tribunal que el sentido y alcance de un precepto debe

desentrañarse a menudo como en el caso que se examina, de todo el contexto legal, para que armonice con la totalidad del articulado del cual forma parte.

Pensar, como lo hace el Tribunal, que la resolución de acusación es apelable en el efecto devolutivo, dejaría al juicio penal sumido en una situación de hecho y de derecho en extremo anómala, pues en determinado momento procesal quedarían tres jueces con competencia para conocer simultáneamente del sumario, pudiéndose presentar decisiones contradictorias y situaciones del todo ajenas al sistema que regula la ritualidad del proceso.

Si el Juez de Instrucción concediera la apelación en el efecto devolutivo, conservaría la competencia; la adquiriría a su vez el Juez Superior o de Circuito, porque a este funcionario se le remitiría el proceso para que dictara el auto de control de legalidad e iniciara la causa y la adquiriría también el Tribunal como Juez ad quem, *para desatar el recurso.*

Sin embargo, se observa del contexto normativo, que esta insólita situación que pecaría contra triviales reglas de procedimieto, no puede presentarse, porque el recurso debe concederse en el efecto suspensivo y por tanto, el a quo *pierde por completo la competencia y el Juez Superior o de Circuito sólo puede proferir el auto de control de legalidad e iniciar la causa cuando la resolución de acusación se halle ejecutoriada, como lo dispone el artículo 487 del C. de P. P. es decir, hasta cuando se haya decidido el recurso por el Tribunal.*

Si el juez que profirió la resolución acusatoria pierde la competencia en virtud de la apelación, desde el momento mismo en que concede la alzada, si su decisión no puede cumplirse hasta tanto haya sido resuelto el recurso por el Tribunal y si el Juez de Circuito o Superior no puede proferir el auto de control de legalidad e iniciar la causa hasta tanto no se haya ejecutoriado la resolución de acusación, todo lo anterior, está diciendo que la apelación debe concederse en el efecto suspensivo porque precisamente esas son las consecuencias que produce la alzada concedida en dicho efecto.

Agrégase a lo anterior, que el proceso penal comprende dos etapas bien definidas y diferentes como son: el sumario y la causa y –que el juez no adquiere competencia para iniciar la segunda, hasta tanto no concluya a plenitud la primera o sea, que esté resuelto cualquier recurso que se haya interpuesto contra la resolución de acusación. Lo anterior pone una vez más en evidencia, que la apelación contra la aludida providencia tiene un efecto suspensivo–.

Quiere decir lo anterior, que la apelación interpuesta contra la resolución de acusación debe concederse en el efecto suspensivo y que como en el caso que se examina fue otorgada en el efecto que no corresponde, se abstendrá la Corte de conocer del recurso y dispondrá devolver el expediente al Tribunal para que se subsane la irregularidad anotada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, se abstiene de conocer del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación en referencia y dispone devolver el expediente a la oficina de origen a fin de que se subsane la irregularidad comentada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia.

Gustavo Morales Marín
Secretario

TRANSITO DE LEGISLACION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.

En eventos en los cuales se profirió segundo sobreseimiento temporal y la investigación se encuentra paralizada, es innegable que, por razones de favorabilidad, debe cesarse el procedimiento.

Auto Segunda Instancia –28 de junio de 1988– Confirma la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, por medio de la cual ordenó la cesación de procedimiento adelantado contra el doctor Juvenal Escudero Castellanos, ex Juez Penal del Circuito de la Isla de San Andrés.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada: Acta número 41.

Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos ochenta y ocho.

VISTOS

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena su decisión de 24 de noviembre del año próximo pasado, mediante la cual, oficiosamente, dio aplicación al artículo 34 del C. de P. Penal vigente, dentro del presente proceso, adelantado contra el doctor Juvenal Escudero Castellanos, exjuez Penal del Circuito de la Isla de San Andrés, por el delito de falsedad documental.

HECHOS

El 5 de septiembre de 1985, una vez vencido el término de instrucción y clausurada la investigación, según mandaba el artículo 472 del C. de P. Penal derogado, el Tribunal calificó el mérito del sumario con sobreseimiento temporal. Se dispuso la reapertura de la investigación por el término que indicaba el artículo 493 y, vencido este lapso, nuevamente se cerró la averiguación y, por auto de julio 25 de 1986, por segunda vez se sobreseyó temporalmente al doctor Escudero Castellanos. Se ordenó proseguir la instrucción con la práctica de todas las diligencias tendientes al

esclarecimiento de los hechos. Esta determinación fue consultada con la Corte, la cual, con ponencia del también ahora magistrado ponente, la confirmó en su integridad. Para cuando el Tribunal oficiosamente dispuso dar aplicación al artículo 34 del nuevo Estatuto Procedimental, ordenando la cesación de procedimiento, no se había verificado ningún otro cierre y la situación era idéntica para cuando esta sala confirmó el segundo sobreseimiento temporal.

FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

"Si el tiempo lo permitiera, correspondería en esta oportunidad tomar las siguientes decisiones: auto de proceder o sobreseimiento definitivo previo el cierre de la investigación, o sea, calificación de fondo del sumario; o suspensión de la investigación respecto de la persona en cuyo favor se sobreseyó temporalmente, si no hubiere mérito para hacer la calificación antes dicha.

"La nueva codificación de procedimiento eliminó aquellos actos procesales y en su lugar dispuso lo siguiente: resolución de acusación, cesación de procedimiento o reapertura de investigación y, vencido el término perentoriamente señalado en el artículo 473, se cerrará la investigación y se decretará cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación.

"La Sala con sano criterio y en aras al principio de la favorabilidad de la ley ha venido revocando los segundos sobreseimientos temporales dictados en primera instancia, llegado en apelación o consulta y en su defecto, habiendo motivo para ello, ha decretado el cese de procedimiento en aplicación del inciso 2º del artículo 473 del vigente Código de Procedimiento Penal.

"... si en favor del doctor Juvenal Escudero Castellanos se han dictado dos sobreseimientos temporales, los que se encuentran legalmente ejecutoriados y por ende convertidos en ley del proceso, no se ve motivo alguno para seguir adelante la investigación, pues lo que se espera es el transcurrir del tiempo para que opere una de estas decisiones: llamamiento a juicio o sobreseimiento definitivo, o suspensión de la investigación, conforme lo demandaba el artículo 8º de la Ley 17 de 1975.

"Para la primera decisión no hay mérito probatorio para su proferimiento y para la segunda, el tiempo no lo permite, pues no ha transcurrido el suficiente que determina la ley.

"Entonces, si ordenaba la reapertura de la investigación, y vencido el nuevo término de instrucción se decreta el cese de procedimiento, si no hay mérito para dictar resolución de acusación, no se ve razón jurídica para que esta determinación no se tome cuando hay en firme dos sobreseimientos temporales y que a pesar de los esfuerzos investigativos no se ha logrado establecer la responsabilidad del acusado, por lo que en definitiva cabe ordenar, en estos momentos procesales, el cese de procedimiento, atendiendo a la presunción de inocencia y al beneficio de la libertad a que tiene derecho toda persona".

CONCEPTO DE LA DELEGADA

"Este despacho no puede menos de compartir integralmente los fundamentos jurídicos en que se apoya la decisión del *a quo:* aplicación del principio constitucio-

nal y legal de la favorabilidad, haciendo retroactiva la ley posterior; y de la causal de exclusión o extinción de la punibilidad, esto es, agotamiento de la potestad punitiva del Estado para el caso concreto que nos ocupa, puesto que se dan todos los presupuestos exigidos al efecto, como son los atinentes a tránsito de legislación, cumplimiento o ejecución del hecho bajo el imperio de la ley anterior o preexistente, aplicación de normas que admiten la favorabilidad por no referirse a las que fijan competencia y disponen la ritualidad de los juicios y guardar estrecha relación con las llamadas a regular la situación jurídica de los sujetos procesales, particularmente en cuanto a los intereses del procesado atañe, etc., etc. Todo lo anterior en relación con las previsiones del artículo 473 del nuevo C. de P. Penal".

Breves consideraciones de la Sala

Dispone el artículo 677 del C. de P. Penal vigente:

"Aplicación del procedimiento anterior. *El Código de Procedimiento Penal anterior se aplicará a los procesos que para la vigencia de este decreto estén con auto de cierre de investigación ejecutoriado".*

A su turno, el artículo 473 ibídem, *ordena:*

"Reapertura. *Cuando no exista prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación por término que no podrá exceder de sesenta (60) días y señalará las pruebas que deben practicarse.*

"Vencido este término, cerrará la investigación, correrá traslado a las partes, luego del cual, decretará la cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".

La primera de las disposiciones citadas tuvo por razón de ser el evitar las dificultades o dudas que pudieran presentarse con motivo del cambio de legislación. Demandada como fue ante la Corte, ésta señaló su constitucionalidad, "pero dicha declaración no obsta para que, en casos concretos y dudosos en que los jueces adviertan que es más favorable la aplicación de las nuevas normas procesales, opten por éstas en virtud del principio de favorabilidad de la ley penal que consagra el artículo 26 C.N. y desarrollan la Ley 153 de 1887 y otras posteriores" (M.P. doctor Jesús Vallejo Mejía. *Noviembre 26 de 1987).*

Es incuestionable que, de darse aplicación al artículo 495 del C. de P. Penal derogado, como en el caso subjudice *no existe prueba alguna que modifique el segundo sobreseimiento temporal ya confirmado, el procesado quedaría en entredicho, sin verdadera definición de su situación jurídica, como quiera que lo permitido por aquella norma era la suspensión de la investigación, hasta cuando se operara el fenómeno jurídico prescriptivo. Esto –la suspensión del proceso– una vez hubiera transcurrido el término de dos años que la misma disposición consagraba, para tales efectos. Ese estado de cosas se muestra como desfavorable al sindicado, cuando se contrapone al vigente artículo 473, inciso 2°, pues se mantenía la vigencia del proceso por tiempo indefinido.*

Es del caso señalar también que la norma en mención (art. 495), sólo permitía el nuevo cierre de la investigación cuando resultaba mérito para dictar auto de proceder o para sobreseer definitivamente. Pero este no es el caso a estudio porque aquí no hubo nuevo cierre.

Entonces, en eventos en los cuales se ha proferido segundo sobreseimiento temporal, y la investigación se encuentra paralizada, bien porque está archivado el proceso o porque las pruebas ordenadas no se han practicado o porque no se advierte la existencia de elementos de incriminación aptos para formular una resolución acusatoria, es innegable que, por razones de favorabilidad, debe cesarse el procedimiento, determinación esta que tiene el carácter de cosa juzgada.

Ya dijo la Corte que, en procesos en los cuales se había dictado un primer sobreseimiento temporal, y se debía proceder a nueva calificación, sin la existencia de los presupuestos sine qua non *para una resolución de acusación, lo conducente era y es el cese de procedimiento, en reconocimiento del principio de favorabilidad y dándole desde luego aplicación preferencial al estatuto vigente (autos de agosto 4, diciembre 7 de 1987 y abril 20 de 1988). Si ello es así, como es, tampoco existe razón para no decretar el cese, cuando, proferido un segundo sobreseimiento temporal, no obra prueba en orden a resolución de acusación, o, dicho de otra manera, el proceso continúa igual a cuando se confirmó el segundo sobreseimiento. En tales condiciones, esa determinación deviene en imperiosa y debe ser decretada oficiosamente, pues en manera alguna hay lugar a proseguir la averiguación.*

Se debe pues reconocer que el artículo 473, inciso 2º, consagra una verdadera nueva causal de cesación de procedimiento, cuando en la reapertura de la investigación no se han logrado obtener nuevas pruebas, encaminadas a la resolución de acusación. Hay allí una sui generis *exclusión de la punibilidad en abstracto, como quiera que el Estado renuncia a su potestad punitiva y de juzgamiento y averiguación, para quienes se encuentran en esas específicas circunstancias, aun cuando la inocencia no aparezca de manera inconcusa.*

Conviene reiterar, como ya así lo hizo la Corte en reciente oportunidad (auto de mayo 30/88, M. P. doctor Guillermo Dávila Muñoz), *que bien distinta es la situación de quien sobreseído temporalmente, en primera o segunda ocasión, adelantada la subsiguiente averiguación, ésta arroja fundamentos suficientes como para resolución de acusación.*

Así pues, para asumir la decisión del cese de procedimiento, no era necesario acudir, como lo hizo la instancia, a razones de "esfuerzos investigativos" no satisfactorios –aquí por cierto no realizados en la fase de instrucción que debió seguir al segundo sobreseimiento, como así se ordenó–, ni al "beneficio de libertad a que tiene derecho toda persona", porque en este proceso nadie se encontraba privado de su libertad, y mal podía estarlo en cualquiera otro de las peculiaridades del presente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, CONFIRMA el auto consultado, ya señalado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín
Secretario

1º INCONGRUENCIA CON LA
RESOLUCION DE ACUSACION

La Sala recientemente se ocupó de este punto luego de afirmar que al analizar la causal segunda de casación se debe tener en cuenta que en la etapa del juicio pueden presentarse modificaciones que no afecten la denominación genérica del delito, pero que constituyan circunstancias de agravación específica que deben tenerse en cuenta en la sentencia.

2º PRESCRIPCION DE LA ACCION

Para calcular el término prescriptivo debe el Juez, en todo caso partiendo del máximo señalado en la respectiva disposición penal, realizar las operaciones aritméticas necesarias frente a las circunstancias de agravación o atenuación punitivas consecuentes.

INCONGRUENCIA CON LA RESOLUCION
DE ACUSACION

La calificación debe respetar integralmente la verdad del sumario recogiendo la apreciación jurídica de la conducta y las circunstancias de todo orden que modifiquen, agraven o atenúen el comportamiento prohibido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 042.

Bogotá, D. E., junio veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Vistos

Decide la Sala sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 1986, por medio de la cual el Tribunal Superior de Aduanas condenó a Julio César Mora Flórez a la pena principal de dieciocho meses de prisión y veinte mil pesos de multa, como responsable de los delitos de contrabando en segundo grado y falsedad por uso de documento público.

Hechos

El día 28 de septiembre de 1979 se celebró en la ciudad de Bogotá un contrato de permuta entre Manuel Jacinto Abella Vega y Julio César Mora Flórez, en virtud del cual el primero entregó al segundo, un vehículo tipo camioneta, marca Ford, modelo 1969, color azul y crema, distinguido con las placas IA-09-80 y a su vez recibió de Mora Flórez un automotor marca Volkswagen, modelo 1974, color anaranjado y de placas JI-19-48, que había comprado a Diógenes Barrantes.

Al firmarse el contrato, Julio César Mora Flórez, le entregó a Abella Vega una fotocopia sin autenticar, de un supuesto documento público expedido por la División de Investigaciones Especiales de la Aduana, en el cual se certifica que el vehículo Volkswagen había ingresado al país al amparo del manifiesto de importación número 30155 del año de 1977 de la Aduana Interior de Bogotá.

Actuación procesal

Denunciados estos hechos por Manuel Jacinto Abella Vega, el Juzgado 82 de Instrucción Criminal de esta ciudad adelantó la investigación y dispuso el envío del proceso al Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito, el cual se abstuvo de avocar conocimiento y ordenó remitirlo a la jurisdicción aduanera por tratarse de un delito de contrabando conexo con el de estafa.

El Juzgado Primero Superior de Aduanas, el 10 de abril de 1985, decretó el archivo del sumario en favor de Julio César Mora Flórez; al surtir la consulta de esta decisión, el Tribunal Superior la revocó y llamó a juicio a Mora Flórez y Diógenes Barrantes por los delitos de contrabando y falsedad.

Tramitada la causa, el Juzgado de conocimiento absolvió a Julio César Mora Flórez de la falsedad por uso de documento público y declaró prescrita la acción respecto al contrabando.

El Tribunal Superior de Aduanas al pronunciarse sobre la consulta del fallo de primer grado, el 14 de octubre de 1986, revocó la decisión del Juzgado y condenó a Julio César Mora Flórez y a Diógenes Barrantes a la pena principal ya expresada.

Demanda

Con amparo en las causales primera, segunda y cuarta de casación, el impugnante censura la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas por violación directa de la ley sustantiva por exclusión evidente y aplicación indebida, falta de consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y haberse dictado en juicio viciado de nulidad.

La causal primera la sustenta en la falta de aplicación de la Ley 95 de 1936 y el Decreto número 2300 del mismo año, en sus artículos 105, 233 y 234 y 3° y 6° de la Ley 21 de 1977, ya que a pesar de ser las disposiciones vigentes para la época en que sucedieron los hechos, no se declaró prescrita la acción penal para ninguno de los delitos objeto de enjuiciamiento como correspondía, aplicándose indebidamente los artículos 222 del Decreto número 100 de 1980 y 3° del Decreto-ley número 520 de 1971.

La causal segunda la fundamenta en la falta de consonancia de la sentencia con el auto de proceder al incrementarse la pena por el agravante de la cuantía sin que en el pliego de cargos se hubiera especificado.

La causal cuarta la hace consistir en la errónea calificación del delito de falsedad, por cuanto la entrega de la fotocopia sin autenticar redarguida de apócrifa, no puede tenerse como uso de un documento público falso como ardid de la estafa; razón por la cual impera la declaración de nulidad a partir del auto calificatorio.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en concepto que precede, solicita de la Sala no casar la sentencia recurrida.

Con el orden debido, que no tuvo en cuenta el casacionista, analiza en primer término la causal cuarta y afirma que al haberse formulado el pliego de cargos con las denominaciones genéricas de los delitos de falsedad y contrabando, carece de importancia establecer la calidad de documento público o privado de la precitada fotocopia.

No obstante lo anterior, aclara que de tipificarse el delito de estafa y concurrir la conexidad, el auto de proceder sería incompleto porque serían tres los delitos por los que ha debido enjuiciarse a Mora Flórez, a saber: contrabando de segundo grado, uso de documento falso y estafa, situación ésta que implicaría falta de interés para recurrir.

En relación con la causal segunda, expresa que en el auto de proceder se hizo mención no solamente al avalúo irregular señalado por el casacionista sino el realizado con posterioridad a él, que ofrece pleno valor probatorio, en el cual se señaló al vehículo un valor de $220.000.00; por tal motivo la defensa tuvo conocimiento de este cargo y la sentencia fue legalmente dictada.

Respecto a la causal primera, afirma que la violación directa de la ley sustancial al no reconocer el Tribunal la prescripción del delito de contrabando de segundo grado no puede prosperar por que este hecho punible está agravado por la cuantía de conformidad con el artículo 7° de la Ley 21 de 1977.

En cuanto al delito de falsedad por uso en documento público, solicita de la Sala se case parcialmente la sentencia impugnada porque la acción penal se encontraba prescrita antes de quedar ejecutoriado el auto de proceder.

Consideraciones de la Corte

1° Causal cuarta: La nulidad y el interés para recurrir. El pleno reconocimiento de la legalidad del proceso implicó de la Sala el análisis oficioso de las nulidades

constitucionales cuando los vicios procesales son de tal magnitud que desconocen el esquema del proceso y por ende, vulneran el derecho de defensa.

Este reconocimiento, en ningún momento, posibilita al casacionista para que la petición de nulidad tenga una libertad tan desproporcionada que obvie las exigencias formales y de fondo que exige el recurso, previo cumplimiento de los presupuestos básicos para que sea procedente el estudio de la impugnación, como son la debida personería y el interés para recurrir.

En este caso la petición de nulidad a partir del auto de proceder por haberse calificado erróneamente el delito de falsedad por uso de documento público, incumple el presupuesto de interés para recurrir, como lo expresa el Procurador Delegado en su concepto, pero no por las razones que él afirma.

Concluye el colaborador fiscal, que de calificarse como estafa la conducta que ejecutó Mora Flórez al entregar la fotocopia sin autenticar al comprador del Volkswagen para aparentar la legalidad de la entrada del vehículo al país, se le estarían imputando tres delitos a saber: contrabando en segundo grado, falsedad por uso de documento público y estafa, lo cual haría más gravosa la situación de Mora Flórez.

Pero sucede que la impetración del casacionista no presenta ese inusitado alcance; la errónea calificación la hace consistir en que la entrega de la fotocopia constituye un ardid para inducir en error, razón por la cual no existe falsedad sino estafa; por tanto, la resolución del auto enjuiciatorio ha debido hacerse por contrabando y estafa.

En estas condiciones, la falta de interés para recurrir encuentra fundamento en la nueva tipificación que reclama el censor, ya que el delito de estafa resulta punitivamente más gravoso que el de falsedad por uso de documento público, delito por el que se llamó a juicio a Mora Flórez y cuya acción penal estaba prescrita antes de quedar ejecutoriado el auto de proceder.

En efecto, de conformidad con los artículos 408 y 410 del C.P. de 1936, estatuto vigente para la época de los hechos y favorable en relación con el actual en cuanto a la pena a imponer por el delito de estafa, la pena máxima privativa de la libertad es la de catorce años de prisión mientras que la falsedad por uso de documento público en el Código derogado tiene como sanción máxima siete años, once meses y veintinueve días en atención a que el artículo 234 enseña que "el que a sabiendas haga uso con propósito de lucrarse o perjudicar a terceros, de un documento falso, de los enumerados anteriormente, incurrirá en la sanción establecida en los artículos precedentes, según el caso, disminuida hasta en una tercera parte".

En otras palabras, la pena máxima señalada en el artículo 233 (ocho años de presidio, hoy prisión) en los eventos del artículo 234 se ve disminuida de un día hasta la tercera parte es decir dos años, ocho meses, exclusivamente para los criterios de dosificación de pena.

La comparación de estas dos sanciones significa lo gravoso que sería para el procesado tipificar la entrega de fotocopia sin autenticar como estafa, situación esta que incide en el caso concreto si se tiene en cuenta que el auto de proceder quedó ejecutoriado el 28 de agosto de 1985, o sea, cuando habían transcurrido cinco años y

once meses inferiores al término prescriptivo para una y otra figura delictiva como más adelante pasará a demostrarse.

Ahora, si bien de acuerdo con el criterio mayoritario de la Sala, se estaría desconociendo el principio y requisito denominado técnico de la "no contradicción", cuando el casacionista con fundamento en la causal cuarta impetra declaración de nulidad por errónea calificación del delito al haberse formulado cargo por falsedad en lugar de estafa y en la misma demanda con amparo en las causales primera, cuerpo primero y segunda de casación, admite la acertada calificación por el delito contra la fe pública para alegar la prescripción y falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, se estudiarán estas últimas porque al no ser posible el análisis de la causal cuarta por la falta de interés para recurrir, la contradicción en que incurre el libelista carece de trascendencia respecto al resto de la demanda.

3° Causal segunda: el auto de proceder y las circunstancias específicas de agravación punitiva. En el marco de la causal segunda de casación, el impugnante ataca la sentencia de segunda instancia por no estar en consonancia con el auto de proceder al haberse tasado la pena por el delito de contrabando en segundo grado contra Mora Flórez teniendo en cuenta el agravante de la cuantía dispuesto por el artículo 7° de la Ley 21 de 1977, a pesar de no haberse concretado en el pliego de cargos.

Yerra el recurrente al hacer esta afirmación, por cuanto en el auto de proceder ninguna duda existe en relación con la cuantía del vehículo que permutó Mora Flórez con Abella Vega por el cual se formuló el cargo de contrabando, pues en él se hizo expresa referencia no solamente al avalúo señalado por el casacionista como ilegal, sino al realizarlo con posterioridad, que ofrece pleno valor probatorio, en el que se fijó al automotor un valor de $220.000.00.

Reconoce el demandante que en el llamamiento a juicio se afirmó que el Volkswagen tenía un precio superior a $100.000.00, pero que no se concretó la disposición legal que establece este hecho como agravante del delito de contrabando, razón por la cual en la sentencia no podía tenerse en cuenta para fijar la pena y en apoyo del argumento cita algunas decisiones de la Corte, que afirma, sustentan su petición.

1° *Si se estudian con detenimiento las dos sentencias de casación* de mayo de 1970 y junio de 1983, *que transcribe en lo pertinente el censor, es evidente que éstas no se refieren a la omisión por falta de citas normativas sino a la total ausencia del cargo fáctico, es decir, que se sorprenda en la sentencia con una situación desfavorable en la penalidad del procesado.*

La importancia de esta exigencia no radica en la simple formalidad que implicaría la especificación de la nomenclatura jurídica, como propone el impugnante, sino en el respeto al derecho de defensa; si en el auto de proceder se concreta la existencia de una situación objetiva como es el precio del automotor, es apenas obvio, que el procesado y su defensor conocían la circunstancia agravatoria, motivo por el cual la defensa no se vulneró al incrementarse la pena por este motivo.

La Sala recientemente se ocupó de este punto y luego de afirmar que al analizar la causal segunda de casación se debe tener en cuenta que en la etapa del juicio pueden presentarse modificaciones que no afecten la denominación genérica del delito, pero que constituyan circunstancias de agravación específica que deben tenerse en cuenta en la sentencia, expresó:

"Por otra parte, no es necesario que los distintos cargos que aparezcan en el auto de proceder deban ser formulados en término jurídico, ni con la cita de las disposiciones legales en donde ellos se hallan consagrados. Lo que importa es que en la mencionada providencia aparezcan en forma expresa los hechos constitutivos de los cargos de tal manera que permitan al procesado su adecuada defensa".

Y para ahondar en razones, al analizar los antecedentes históricos del artículo 483 del C. de P.P. de 1971, agregó:

"Esta es la correcta interpretación que se desprende no solo del pensamiento del legislador cuando expidió el Código, sino que es la que más se adecua a la función pragmática de este fenómeno jurídico, cuando en la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal se discutió la estructura formal que debería tener el auto de proceder, el doctor Timoleón Moncada presentó un proyecto de artículo, del cual se transcribe lo pertinente:

"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".

"Esta fórmula fue ampliamente criticada por considerarse que era demasiado restrictiva, haciendo de esa manera nugatoria la etapa del juicio, pues éste carecería de razón de ser si la sentencia tuviera que limitarse exclusivamente a lo dicho en el auto de proceder. Como consecuencia de este debate surgió la norma que rige en la actualidad (Decreto número 409 de 1971) cuyo texto es el siguiente: '3° La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen'. Obsérvese cómo en la nueva redacción se cambió la expresión 'todas las circunstancias que lo especifiquen', por la de 'las circunstancias conocidas que lo especifiquen', y se suprimió la referencia a las normas legales correspondientes". *(Sentencia de 23 de junio de 1987, M.P. doctor Jaime Giraldo Angel).*

En el caso a estudio, es cierto que en el auto de proceder no existe cita expresa del artículo 6° de la Ley 21 de 1977, que es en síntesis el cargo que hace el casacionista a la sentencia, pero ello no significa que en el pliego de cargos no se hubiera hecho mención expresa de esta circunstancia de agravación; por ende, el cargo no prospera.

4° Causal primera: la prescripción de la acción por la falsedad. Con base en el principio de favorabilidad el casacionista invoca la causal primera del artículo 580 del C. de P.P. por violación directa de la ley, por exclusión evidente y aplicación indebida al considerar que no fueron observadas las normas del estatuto penal aduanero y del C. de P.P. vigente para la época de los hechos, según las cuales la acción penal para los delitos de contrabando en segundo grado y falsedad por uso de documento público había prescrito.

El artículo 3º de la Ley 21 de 1977 para la época en que ocurrieron los hechos dispone que la acción penal prescribe en los términos establecidos por el C.P. y el artículo 105 de la anterior legislación penal, al igual que el artículo 80 de la vigente, determinan que este fenómeno opera en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada para el delito cuando se trate de infracciones que tienen una pena privativa de la libertad mayor de cinco y menor de veinte años.

El artículo 6º de la precitada ley, estableció una sanción privativa de la libertad máxima de cinco años para el contrabando de segundo grado, y el artículo 7º aumenta la sanción de una tercera parte a la mitad, cuando la cuantía del delito es superior a $100.000.00, o sea, que el término prescriptivo para este delito es de siete años y medio, y al haberse ejecutoriado el auto de proceder el 28 de agosto de 1985, ha de concluirse que aun no había prescrito la acción penal por esta infracción cuando quedó en firme tal decisión.

2º *Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte al interpretar el artículo 105 del C.P. de 1936, en relación con las circunstancias específicas de agravación punitiva, al expresar, que al no haber consagrado el legislador su conocimiento para efectos de la prescripción no por ello puede el juez excluirlas por cuanto el delito lo integran la conducta descrita en el tipo básico como las circunstancias diversas que han hecho parte de él y que pueden estar señaladas en los denominados tipos agravatorios; de ahí que no le asista razón al impugnante cuando argumenta como fundamento de su petición la expresa estipulación que de estas circunstancias hace el Código Penal vigente en el artículo 80, pues resulta claro que lo que hizo el nuevo legislador no fue nada distinto a incluirlas para eliminar cualquier duda doctrinaria que se reviviera al respecto, como lo hace ahora el casacionista, pero no porque el estatuto anterior las hubiera excluido.*

Igual situación se presenta respecto de la prescripción de la acción penal por el delito de falsedad por uso de documento público, pues si bien es cierto que tal conducta al tenor del artículo 234 del C.P. anterior, permite al sentenciador reducir la pena señalada en el artículo 233 ibídem *hasta la tercera parte, ello no quiere decir, que perentoriamente, para los cálculos de la prescripción de la acción, se tenga que descontar la tercera parte del máximo previsto en el artículo 233 es decir, dos años y ocho meses para que, como lo afirma el censor y lo acepta la delegada, el término prescriptivo sería de cinco años y cuatro meses, lapso superado al momento de la ejecutoria del auto de proceder.*

En reiteradas decisiones de esta Sala se ha puntualizado que para fijar el término máximo imponible, independientemente, para cada conducta imputada al procesado resulta de la resta del mínimo en los atenuantes y la suma del máximo de los agravantes específicos para el tipo penal correspondiente.

En otras palabras, para calcular el término prescriptivo debe el juez, en todo caso partiendo del máximo señalado en la respectiva disposición penal, realizar las operaciones aritméticas necesarias frente a las circunstancias de agravación o atenuación punitivas concurrentes.

En el presente caso el máximo de ocho años de prisión (antes presidio), debe reducirse no en una tercera parte sino en un día que es el mínimo que puede

deducirse para los efectos perscriptivos o sea que, el delito de falsedad por uso de documento público prescribe en siete años, once meses y veintinueve días, término que no había transcurrido desde la comisión del hecho (28 de septiembre de 1979) hasta el 28 de agosto de 1985 (fecha de ejecutoria del auto de proceder) razón por la cual la censura 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, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M. (Salvamento parcial de voto).

Gustavo Morales Marín
Secretario

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Pese a la rotundidad y rigidez como la Sala mayoritaria prohija el incremento por la circunstancia agravante prevenida en el artículo 7° de la Ley 21 de 1977 –no concretada ni deducida jurídicamente en el vocatorio a juicio– no concibo ni siquiera en juego de dialéctica que esta individualización se especifiquen dentro del continente de la sentencia, en una actuación que no vacilo de tachar de irregular y violatoria de la ley procesal. Brevemente hago mérito de mi verdad:

1° Jamás se ha puesto en debate que el auto de proceder como a la hora de ahora la resolución de acusación, no constituya la base esencial y total de la sentencia. Como tal debe bastarse así mismo con un pronunciamiento afirmativo, esto es, incriminador. La calificación debe respetar integralmente la verdad del sumario recogiendo la apreciación jurídica de la conducta y las circunstancias de todo orden que modifiquen, agraven o atenúen el comportamiento prohibido. Resulta así explicable que en la parte motiva del enjuiciamiento se detallen en debida forma los cargos y la calificación genérica de los hechos con expresión de sus circunstancias.

2° Volviendo a lo nuestro, al reo le asiste el derecho de conocer desde el instante mismo en que legalmente se califique la tipicidad de su conducta, el encuadramiento jurídico-penal de ésta y las circunstancias que lo rotulan, pregonándose la necesidad de no excluir de su contexto ninguno de los elementos o circunstancias que dan vida al delito, si es que se aspira a deducir ulteriormente un juicio de reproche y por ende un pronunciamiento de punibilidad. Obrar de manera diferente sería tanto como entronizar en un sistema armónico y legalista como el nuestro, un criterio de deslealtad y prodición hacia uno de los sujetos procesales.

3° Con este juicio valorativo se delimitan los poderes del sentenciador a quien le está vedado al momento de dictar el fallo definitivo, sorprender al imputado con

acusaciones ignoradas en el pliego de cargos so pena de incurrir en desatino o arbitrariedad o en ambas cosas a la vez. De la misma manera se preserva y resguarda el derecho de defensa al permitir al procesado no sólo la refutación del punible que se le atribuye o de alguno de sus elementos compositivos sino también de aquellas circunstancias que no forman parte de la estructura típica del injusto.

4º De ser necesario insistir cabe agregar que al silenciarse por acto de juez la materialización de una circunstancia genérica de agravación que sólo toma entidad y cuerpo en la sentencia cuando no hay ya derecho a réplica, no solamente se priva al responsable de medios probatorios para contrarrestar o infirmar el despropósito sino que además se le sorprende con la imposición de una sanción adicional que implica mayor aflicción corporal. Véase que el desequilibrio es evidente y que no se preserva el valor justicia en concreto.

5º Como al primer pronto se advierte el asunto no es meramente formal, académico o convencional, bien que alguno dirá que es la pena que debe cumplir el sentenciado y basta. Con lo cual no queda dicho todo pues también es nuestro drama.

Con todo respeto,

Fecha, *ut supra.*

Jorge Enrique Valencia M.

RESOLUCION DE ACUSACION. APELACION

Es la propia naturaleza de la providencia la que determina que la impugnación debe concederse en el efecto suspensivo y no la superficial exégesis del último inciso del artículo 206 del C. de P.P.

Auto Segunda Instancia –30 de junio de 1988– Se abstiene de conocer, actualmente, del recurso de apelación contra la resolución de acusación, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra el doctor David Correa Burgos, ex Juez Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, por el delito de Prevaricato.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada: Acta número 41 de 28 de junio de 1988.

Bogotá, D: E., treinta de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación de 11 de diciembre último, proferida en contra del doctor David Correa Burgos, exjuez Segundo Penal del Circuito de dicha ciudad, por el delito de prevaricato.

El recurso ha debido ser concedido en el efecto suspensivo. En efecto:

El artículo 487 del Código de Procedimiento Penal dice:

"Etapa de juzgamiento. Con la ejecutoria del auto sobre control de legalidad o de la resolución de acusación, según el caso, se inicia la etapa de juzgamiento".

De este precepto se desprende con claridad que proferida la resolución de acusación es imprescindible esperar su ejecutoria para dar el siguiente paso procesal, que en el procedimiento "homogéneo" (Corte, Tribunales, Juzgados Municipales) es la apertura a prueba, y en el "mixto" (Juzgados Superiores y del Circuito) el envío del expediente al Juzgado de conocimiento para efectos de auto sobre control de legalidad.

En estas condiciones, interpuesto el recurso de apelación contra la resolución acusatoria, el juzgador a quo *no puede realizar ninguna actuación hasta tanto el* ad quem *no resuelva. Durante este interregno, pues, su competencia queda "suspendida", cuestión que el citado Código contempla en los siguientes términos:*

"Artículo 205. Efectos. La apelación de las providencias que se profieran en el proceso penal se surtirá en uno de los siguientes efectos:

"1. Suspensivo. En cuyo caso la competencia del inferior se suspenderá desde cuando se profiera el auto que la concede hasta cuando regrese el cuaderno al Juzgado de origen".

Es, entonces, la propia naturaleza de la providencia referida, la que determina el efecto en que se concede la impugnación, y no la superficial exégesis del último inciso del artículo 206 en mención, que dice: "las providencias no enumeradas en los literales anteriores (dentro de los cuales no figura la resolución de acusación) serán apelables en el efecto devolutivo, salvo que la ley prevea otra cosa". En el presente caso esta "otra cosa" –acorde con la interpretación coherente y sistemática arriba hecha– es la prevista en el artículo 487 copiado, y en la parte liminar del artículo 205, que también se transcribió.

Por ser todo lo anterior, tan obvio, bien pudo el legislador haber considerado innecesario incluir expresamente la resolución de acusación en la lisa de providencias apelables en el efecto suspensivo.

Corolario de todo lo anterior, es que el cuaderno recibido debe regresar al Tribunal para que se conceda el recurso en el efecto suspensivo.

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

RESUELVE:

1. ABSTENERSE de conocer, por ahora, del recurso de apelación interpuesto contra la resolución acusatoria de 11 de diciembre de 1987.

2. DISPONER el envío de las diligencias al Tribunal de origen para los fines indicados en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia M.

Gustavo Morales Marín
Secretario

INDICE ALFABETICO
PRIMER SEMESTRE DE 1988

A

Abuso de autoridad,
Acta,
Actos sexuales abusivos,
Apelación,
Apelación – Sustentación,
Auto inhibitorio,

C

Cambio de radicación,
Casación,
Casación – Requisitos,
Cesación de Procedimiento,
Colisión,
Colisión de competencias,
Comisión,
Competencia,
Concurso,
Concurso – Concepto,
Concusión,
Condena de ejecución condicional,
Conexidad,
Consejos de Guerra Verbales,
Consulta,
Consulta – Efectos,
Contravención,
Coparticipación,

D

Debido proceso,
Delito,
Demanda de casación,
Demanda de casación – Admisión,
Demanda de casación – Técnica,
Derecho disciplinario,
Derecho de defensa,
Detención arbitraria,
Dictamen pericial,

E

Empleado oficial,
Estupefacientes,
Extorsión,
Extorsión – Tentativa,
Extradición,

F

Falsedad en documentos,
Favorabilidad,
Flagrancia,
Fuero,
Fuero militar,

H

Habeas Corpus,
Hurto,

I

Impedimento,
Impedimento – Sociedad,
Imputabilidad,
Incongruencia con la resolución de acusación,
Indagatoria,
Indagatoria – Prohibiciones,
Indicio,

J

Juez,
Juez comisionado,

Jurado de conciencia,
Justicia Penal Militar,

L

Libertad del procesado,
Libertad provisional,

M

Medidas cautelares,
Ministerio Público,

N

Narcotráfico,
Notificaciones,
Nulidad,
Nulidad legal,
Nulidad supralegal,

P

Parte civil,
Pena,
Pena – Circunstancias de atenuación,
Pena – Ira e intenso dolor,
Pena – Rebaja,
Pena accesoria,
Prescripción,
Prescripción de la acción,
Prevaricato,
Principio de favorabilidad,
Principio Non Bis In Idem,
Procedimiento,
Procesado,
Procesado – Identidad,

R

Rehabilitación,
Resolución de acusación,
Revisión,

S

Secuestro,
Secretario – funciones,

T

Tentativa,
Testimonio,
Tránsito de legislación,

V

Veredicto,
Violación,
Violación directa técnica,
Violación indirecta,
Violación indirecta – Técnica,
Violación indirecta de la ley,

INDICE GENERAL

PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR
PRIMER TRIMESTRE DE 1988

Pág.

EXTORSION. *La norma sustancial que consagra la infracción contempla la acción a constreñir, esto es, de obligar o compeler por cualquier medio al alcance del autor con el fin de obtener provecho ilícito, independientemente de que no se logre ese resultado final perseguido.* Sentencia. Casación. 15 de enero de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Jorge Antonio Montoya Rivas y a Ferney Murillo Charria, por el delito de extorsión. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 5

CONTRAVENCION. *Aun cuando el artículo 68 de la Ley 30 de 1986 no estipula un término específico para el proferimiento de la resolución que ponga fin al trámite contravencional, el funcionario cuenta con la posibilidad de producir el fallo pertinente, a más tardar, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento de período probatorio reglado en el literal d) de dicha norma.* Auto. Unica Instancia. 22 de enero de 1988. SE ABSTIENE de iniciar investigación penal contra el doctor David Barros Vélez, gobernador del departamento del Quindío, denunciado por un posible delito de prolongación ilícita de privación de la libertad. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 11

EXTRADICION. *No es posible atender el incidente, más que con la presencia del ciudadano cuya extradición se pide, o del defensor por él designado. Exigencia consagrada en el artículo 656 del Decreto número 050 de 1987, que no sufre variación a la contemplada en el estatuto anterior.* Concepto. Extradición. 22 de enero de 1988. SE ABSTIENE de emitir concepto sobre la solicitud de extradición del ciudadano argentino Rubén Darío Lutz, elevada por el gobierno de su país. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 16

FUERO – MINISTERIO PUBLICO. *El Código de Procedimento Penal en el numeral 2º de su artículo 69, es contundente al disponer que la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito cobija a los personeros municipales "cuando actúen como Ministerio Público".* Auto. Segunda Instancia. 27 de enero de 1988. DECLARA la nulidad de lo actuado en el proceso que en contra del ex personero de El Tambo, Arturo Ortiz Jaramillo, adelantara en primera instancia el Tribunal Superior de Pasto. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.* 19

PRESCRIPCION DE LA ACCION. *En el caso del estatuto jurídico de la prescripción de la acción, frente al tránsito de legislaciones y a los efectos de la favorabilidad, no es posible acudir al sistema de la* "Lex Tertia" *y debe, en consecuencia, aplicarse en su integridad alguno de los dos códigos.* Sentencia. Casación. 27 de enero de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jean Louis Duchamp Esguerra, Alfonso Castro Gutiérrez y Leonor Guevara Segura, por el delito de estafa. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* Salvamento de voto: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 21

CASACION. *Aunque jurisprudencia y doctrina pregonen al unísono la oficiosidad del juez de casación para invalidar el proceso en los eventos en que se presente causa de nulidad como expresión de máximo respeto a las debidas garantías, no puede desnaturalizarse el recurso simplemente exigiéndole que verifique si ellos se dan.* Sentencia. Casación. 2 de febrero de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Robert Egidio Moreno Martínez y Benito Castro Gutiérrez, por los delitos de homicidio, secuestro y violencia contra empleado oficial. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*..... *48*

FUERO MILITAR. *El militar sólo tiene derecho a su juzgamiento por la justicia castrense, cuando se encuentre en servicio activo y cuando el delito imputado se haya realizado en actividades que guarden relación con el mismo servicio.* Auto. Colisión. 2 de febrero de 1988. DIRIME colisión de competencias entre el Comando de la Segunda Brigada con sede en Florencia y el Juez 11 especializado de la misma ciudad. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. .. 52

JUEZ – DELITO. *Consideraciones relacionadas con actuaciones de un juez en ejercicio de su cargo.* Sentencia. Segunda instancia. 2 de febrero de 1988. REVOCA parcialmente y confirma en otra, la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Quibdó, contra el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, ex Juez Promiscuo Municipal de Nóvita y de Itsmina, por los delitos de detención arbitraria en procesos acumulados. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 56

JUEZ – SECRETARIO – Funciones. *En la actividad judicial y como la estructura los diversos estatutos reguladores de las diferentes materias, debe estimarse como función propia de los secretarios, el atestiguar lo que por sus manos recibe y evacúa uno de esos despachos.* Auto. Segunda Instancia. 2 de febrero de 1988. CONFIRMA, con alguna modificación, la resolución de acusación que, contra el doctor Alirio Sanguino Madarriaga, Juez 44 de Instrucción Criminal de Medellín, dictó el Tribunal Superior de esa ciudad, por el delito de falsedad en documento público. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 66

CASACION – Requisitos. *Las características del recurso extraordinario son muy especiales y se rigen con criterios restringidos y sumamente estrictos que podrían resumirse en el principio de taxatividad, según el cual las sentencias de segunda instancia solo podrían ser atacadas en el recurso extraordinario, por alguna de las causales precisamente enumeradas por el legislador.* Auto. Casación. 4 de febrero de 1988. NO REPONE su providencia, por medio de la cual negó la solicitud del procesado Enrique Molina Manje, de designarle defensor de oficio para el trámite del recurso extraordinario de casación. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. 74

COLISION DE COMPETENCIAS. *Al entrar a regir el Decreto número 050 de 1987 la colisión de competencias tiene un alcance mayor, porque incluye además de los jueces o tribunales de "conocimiento" a aquellos a quienes les corresponde "adelantar" un proceso.* Auto. Colisión. 9 de febrero de 1988. DIRIME colisión de competencias entre el Juzgado Veinte Penal del Circuito de Bogotá y el Juez Trece de Instrucción Criminal de Barranquilla. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. 80

DICTAMEN PERICIAL – IMPUTABILIDAD. *Se hace necesario en cada caso examinar los elementos de juicio existentes, para determinar si es o no pertinente el examen siquiátrico del procesado.* Sentencia. Casación. 9 de febrero de 1988. RECHAZA la casación del proceso adelantado en el Juzgado 5° Superior de Tunja y, conocida en segunda instancia por el Tribunal de la misma ciudad, en contra de Jairo Jiménez Mora, en el que fue condenado por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. 83

LIBERTAD PROVISIONAL – FAVORABILIDAD. *En orden al principio de favorabilidad, cuando así corresponde, obliga a aplicar el artículo 15 del Decreto número 1853 de 1985.* Auto. Segunda Instancia. 9 de febrero de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual profirió resolución acusatoria contra Jorge Enrique Romero Gaona, ex Juez Promiscuo Municipal de Pisba, por el delito de concusión. Además, la Corte le concede el beneficio de libertad provisional. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* Salvamento de voto: doctores *Guillermo Duque Ruiz y Dídimo Páez Velandia.* 88

JUEZ COMISIONADO – COMISION. *Cuando se otorga una comisión para instruir de manera general, ésta implica para el comisionado, como atribución propia, todo aquello que no se haya reservado expresamente el comitente.* Auto. Segunda Instancia. 11 de febrero de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual aceptó la constitución de parte civil en el proceso que se adelanta contra la doctora Bertha Cárdenas de Uribe, Juez Primero Penal del Circuito de Itagüí. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* Aclaración de voto: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 94

PREVARICATO. *Documento auténtico es aquél con relación al cual existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado o firmado. El reconocimiento del documento ante notario, por el contrario, exige que el compareciente firme en presencia del mencionado funcionario.* Auto. Unica Instancia. 11 de febrero de 1988. NO REPONE su providencia, por medio de la cual se abstuvo de iniciar proceso penal contra los doctores Luis Humberto Otálora Mesa, Lilia Correa Pérez, Benjamín Herrera Barbosa y Francisco Villamil Salazar. Magistrados del Tribunal Superior de Cali. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 104

COLISION DE COMPETENCIAS. *Se incurre en desacierto si se excita al propio tiempo un conflicto positivo de competencia y otro negativo. Lo indicado es determinar primero quién es el competente respecto del proceso que se estima conexo con otro que adelanta distinto funcionario.* Auto. Colisión. 16 de febrero de 1988. DIRIME colisión de competencias entre los Juzgados 96 de Instrucción Criminal de Bogotá y 29 de Instruccion Criminal de Cali. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 108

DICTAMEN PERICIAL – NULIDAD. *La Corte reitera su tesis, en cuanto que la omisión en el traslado de los dictámenes periciales no configura nulidad, cuando las partes han tenido oportunidad de conocer para debatir la prueba respectiva.* Sentencia. Casación. 16 de febrero de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a Luis Alberto Ramírez Valencia, por infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 113

DERECHO DE DEFENSA – NULIDAD. *No toda omisión probatoria vulnera necesariamente el derecho de defensa.* Sentencia. Casación. 22 de febrero de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual condenó a Omar Moukarztel Ruidíaz, por el delito de contrabando. En el mismo sentido se pronuncia la Corte, en providencia del 23 de febrero del mismo año, con ponencia del doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 120

ACTA. *La época aconseja la adopción de sistemas preescriturales para abreviar tiempo en su redacción, que no en su efectiva ejecución.* Sentencia. Casación. 23 de febrero de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Rafael Ernesto Delgado y Pedro Antonio Cely Munar, por el delito de hurto. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 127

INDAGATORIA – DERECHO DE DEFENSA. *Es evidente, que la indagatoria, es la primera y más importante oportunidad que tiene el sindicado para ejercitar su defensa y que vulnera con*

la omisión de las diferentes ampliaciones, cuando éstas sean de tal fuerza conclusiva, que de haberse practicado habrían modificado sustancialmente la sentencia. Sentencia. Casación. 23 de febrero de 1988. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Roberto Antonio Rodríguez Martínez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* 134

1° JUSTICIA PENAL MILITAR. *En el procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra no se señala el grado probatorio para dictar la resolución de convocatoria ni para formular los cuestionarios.*

2° DERECHO DISCIPLINARIO – PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM. El servidor público que comete un hecho constitutivo a la vez de delito y falta disciplinaria, afecta un bien jurídico más que el simple particular, imponiéndose entonces su "doble" juzgamiento, sin que ello entrañe desconocimiento del mencionado principio.* Sentencia. Casación. 23 de febrero de 1988. No CASA el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al teniente (r) del Ejército Nacional Humberto Antonio Calderón Gómez, por los delitos de cobardía y desobediencia. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 141

TRANSITO DE LEGISLACION – PROCEDIMIENTO. *Cuando el artículo 1° del Decreto número 1200 de 1987 dispone que los procesos de competencia de los Juzgados Superiores y de Circuito en estado de cierre para el 1° de julio de 1987, sigan siendo conocidos por esos despachos, no hace más que reiterar lo que el Código de Procedimiento Penal dispuso en su artículo 677.* Auto. Colisión. 25 de febrero de 1988. DIRIME colisión de competencias entre los Juzgados Segundo Superior de Santa Marta y Penal del Circuito de Riohacha. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 150

PREVARICATO. *No puede ser calificada de manifiestamente contraria a la ley, la posición del funcionario que sigue una respetable corriente doctrinaria, en relación con las normas aplicables en los juicios de amparo posesorio, en cuanto exige que la servidumbre se halle legalmente constituida.* Auto. Unica Instancia. 1° de marzo de 1988. SE ABSTIENE de iniciar proceso penal contra Jorge Ariel Infante Leal, ex gobernador del departamento del Meta, denunciado por un presunto delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* 154

COMPETENCIA. *Aunque la nueva legislación haya variado la competencia para el conocimiento de la infracción respectiva –como el delito de falsedad–, esto no conduce a dejar sin efecto el artículo 677 de la misma, porque no existe razón válida para su desconocimiento y para limitar la aplicación únicamente a los casos que continúen en la competencia de juzgado de la misma categoría.* Auto. Colisión. 7 de marzo de 1988. DIRIME colisión de competencias entre el Juzgado Tercero Superior de Santa Marta y el Juzgado Penal del Circuito de Riohacha. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 158

1° VIOLACION / ACTOS SEXUALES ABUSIVOS. *Cuando se trate de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303 del C.P.), la conducta se reprime exclusivamente por el "abuso" de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, pero cuando éste se resiste en cualquier forma, a ser accedido carnalmente el tipo legal que corresponde es de acceso carnal violento del artículo 298.*

2° ACTOS SEXUALES ABUSIVOS. *El artículo 305 del C.P. señala tres modalidades de la conducta, que puede revestir este delito. La última de las cuales requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual con anticipación al natural despertar de su líbido.* Sentencia. Casación. 8 de marzo de 1988. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Alvaro Flórez Suárez, por los delitos de violación y actos sexuales abusivos (corrupción). Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 161

CONCUSION. *La concusión delito propio contra la administración se comete al igual que el tipo del artículo 162 del C.P., con abuso del cargo. Pero la concusión requiere elementos especializantes que de configurarse trasladan el proceso de subsución a este ilícito.* Auto. Segunda Instancia. 9 de marzo de 1988. DECRETA la nulidad de lo actuado, a partir del auto calificatorio, en el proceso adelantado contra la doctora María Lucelly Chica Castrillón, Juez Promiscuo Municipal de Maceo, en el que el Tribunal Superior de Medellín la condenó por el delito de abuso de función pública. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 167

1° ESTUPEFACIENTES. *La Ley 30 de 1986 en el artículo 43 elevó a la entidad de delito la tenencia de los componentes químicos que también había previsto el Decreto Legislativo número 104 de 1984, por consiguiente la aplicación de una u otra norma debe responder al principio general del derecho penal que impone la más favorable.*

2° ESTUPEFACIENTES. *El artículo 1° del Decreto número 1041 de 1984, no admite exégesis diferente a la de que el propósito del legislador fue sancionar administrativamente el comercio, porte o almacenamiento injustificados de los componentes químicos enunciados en el literal b), sin privar a la jurisdicción penal de la investigación de los comportamientos típicos autónomos que pudieran surgir.* Auto. Colisión. 10 de marzo de 1988. DIRIME colisión de competencia entre el Juzgado Primero Superior de Aduanas y el Juez Diecinueve Penal del Circuito, los dos con sede en Medellín. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 173

1° CONCURSO – Concepto. *El concurso tiende a estructurarse cuando la acción o la omisión, pudiéndose quedar en una determinada zona, se extiende a otras, con un enriquecimiento del tipo penal que vulnera múltiples bienes jurídicamente tutelados y ofende a otros sujetos.*

2° PENA. *Para la dosificación de la pena el artículo 26 del Código Penal se refiere al delito de mayor pena y no al más grave.* Sentencia. Casación. 14 de marzo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Ciro Sanabria Rincón, por los delitos de falsedad en documentos y estafa. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 180

1° CONEXIDAD – FUERO. *La unidad procesal para el juzgamiento tiene que conservarse so pena de una nulidad, en los casos de fuero señalados por la ley, así la competencia radique en las corporaciones de la jurisdicción ordinaria.*

2° PREVARICATO. *Si la ley exige como requisito previo a las medidas preventivas la prestación de una caución, mientras ésta no sea legalmente otorgada no pueden aquéllas decretarse y si lo fueron, al desaparecer el presupuesto con la revocatoria del auto que aceptó la caución, necesariamente tiene que desaparecer su efecto.* Auto. Unica Instancia. 14 de marzo de 1988. SE ABSTIENE de iniciar proceso penal contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores *Humberto Rodríguez Robayo, Carlos Rojas Vargas, Alfredo Beltrán Sierra y Héctor Romero Díaz* y la doctora *Lucía Gómez Burgos,* Juez Doce Civil del Circuito de la misma ciudad, además ordena el envío de la actuación judicial, en relación con otros cargos y que hacen referencia a comportamientos exclusivos de la juez. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.* Aclaración de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 188

NULIDAD – COPARTICIPACION. *La no conservación de la unidad procesal en la coparticipación, no siempre genera nulidad y así lo ha entendido y expuesto reiteradamente la Sala.* Sentencia. Casación. 14 de marzo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a José Antonio Vengoechea Pineda, por infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.* 199

1° PENA. *La fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva (artículo 64), siempre que no se presenten otros factores de los que enumera el artículo 61, como determinantes de incremento punitivo.*

2° MEDIDAS CAUTELARES – ESTUPEFACIENTES. *El comiso especial consagrado en el artículo 52 del Decreto número 1188 de 1974, hoy 47 de la Ley 30 de 1986, procede contra*

determinados medios de transporte, cuando han sido empleados en la comisión de esos "delitos" y cobija los conceptos jurídicos de consumación y tentativa. Sentencia. Casación. 14 de marzo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a Roger Max Noblet, por infracción al Decreto número 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* 204

REVISION. *Las sentencias ejecutoriadas de absolución o de condena, son las únicas susceptibles de ser impugnadas ante la Corte y no los demás pronunciamientos con fuerza de cosa juzgada.* Auto. Revisión. 14 de marzo de 1988. RECHAZA la demanda de revisión del proceso que, contra la mujer Raquel Bajonero Cantor, se adelantó en el Juzgado Setenta y Cuatro de Instrucción Criminal de Bogotá, y el que finalizó con cesación de procedimiento dictada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, por prescripción de la acción penal. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* 211

TENTATIVA. *Si el propósito de cometer un determinado delito no se traduce en actos que tengan la potencialidad suficiente para la obtención del resultado propuesto, no es posible hablar de tentativa frente al explícito texto del artículo 22 del C.P.* Sentencia. Casación. 15 de marzo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Pedro Antonio Escobar Alvarado, por los delitos de homicidio (tentativa) y violación. Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 213

DICTAMEN PERICIAL. *Cuando una persona es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, como las grabaciones magnetofónicas, procede a preconstituir la prueba del delito, no necesita autorización de autoridad competente, ya que con base en ese documento podrá promover las acciones pertinentes.* Sentencia Segunda Instancia. 16 de marzo de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, en cuanto condenó a la doctora Diana Inés Córdoba Rentería, Juez Promiscuo Municipal de Acandí, por el delito de concusión, la reforma para aumentar la pena principal y la revoca para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 218

PREVARICATO. *La ley penal no exige hoy por hoy para la estructuración del tipo de prevaricato una finalidad (ingrediente subjetivo) especial, ni un por qué particular pues basta a este efecto la manifiesta ofensa al principio de legalidad.* Sentencia Segunda Instancia. 16 de marzo de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, por medio del cual condenó al doctor Roberto Chamun Manzur, Juez Sexto Civil del Circuito de la misma ciudad, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 228

REVISION. *El demandante incurre en error sustancial, cuando de una parte pretende aducir circunstancias que no podrían conducir en manera alguna a la demostración de la inocencia del reo y, por otra, en presentar argumentos y tesis que ineludiblemente imponen un nuevo examen del acervo probatorio.* Auto. Revisión. 16 de marzo de 1988. DESECHA el recurso de revisión interpuesto en el proceso que, por el delito de hurto, se tramitó en el Juzgado Tercero Penal Municipal de Bogotá, contra Francisco Javier Aldana Sarmiento. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 239

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. *Cuando de errores en materia de prueba se trata, reiteradamente ha dicho la Sala que, para los efectos de alegarlos en sede de casación, la legislación colombiana conoce exclusivamente el error de hecho manifiesto y el error de derecho.* Sentencia. Casación. 16 de marzo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Pedro Luis Ladino Hernández y Luis Alberto Forero, por los delitos de estafa y fraude procesal. Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 243

VIOLACION INDIRECTA – Técnica. *Es evidente la falta de técnica del censor, cuando no precisa si la violación indirecta de la ley sustancial proviene de un error de hecho o de uno de*

derecho. Sentencia. Casación. 16 de marzo de 1988. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carmen Stella Cipamocha Pedraza, por los delitos de falsedad en documentos y fraude procesal. Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 250

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. *Tanto en el Código Penal de 1936 como en el de 1980, el uso del documento falso no puede emparentarse siempre y fatalmente con una significación económica o patrimonial.* Sentencia. Casación. 17 de marzo de 1988. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Jairo Hincapié Cardona, por el delito de hurto. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 256

REVISION. *La Corte ha sostenido que este recurso, el más exigente, no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales, entre estos el alegato de fondo que sucede al período probatorio.* Auto. Revisión. 17 de marzo de 1988. NIEGA la revisión del proceso que contra José Luis Medardo Cárdenas Salamanca, se tramitó en el Juzgado Penal del Circuito de Moniquirá y en el Tribunal Superior de Tunja, por el delito de estafa. Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 266

PENA – Rebaja. *Solo es aceptable como trascendente para conceder la rebaja la confesión hecha durante la primera versión judicial, como allanamiento del camino investigativo.* Auto. Casación. 22 de marzo de 1988. NIEGA libertad provisional a Pedro Antonio Escobar Alvarado, condenado por el Tribunal Superior de Cali, por los delitos de homicidio (tentativa) y acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. Magistrado ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.* 270

INDICE GENERAL

PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1988

Pág.

COLISION DE COMPETENCIAS. *De conformidad con el Decreto número 2137 de 1983 la Policía de Vigilancia Portuaria en lo referente a la "Justicia Penal Militar", quedó bajo la jurisdicción del Comandante del respectivo Departamento de Policía.* Auto Colisión. 7 de abril de 1988. DIRIME colisión de competencias entre el Comandante del Departamento de Policía Valle y el Inspector General de la Policía Nacional. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*..... 273

INDICIO – JURADO DE CONCIENCIA. *La tesis predominante sobre la prueba indiciaria es sostener la dificultad en que se suele estar para desechar el reconocimiento, que para condenar o absolver haya hecho el juzgado y resulta todavía más improcedente cuando es el jurado de conciencia el que estima los elementos de convicción.* Sentencia Casación. 11 de abril de 1988. NO CASA EL FALLO del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carlos Villalba Riveros, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 278

COLISION DE COMPETENCIAS. *Cualquiera de los sujetos procesales puede suscitar la colisión de competencias, pero de ahí no puede desprenderse que cuando el funcionario no acepta los argumentos del solicitante, por ello surja el conflicto.* Auto Colisión. 12 de abril de 1988. Se INHIBE de conocer por no surgir conflicto de competencias entre el Juzgado de Instrucción Criminal de Tumaco y el Cincuenta y Ocho de la misma categoría radicado en Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 284

JUSTICIA PENAL MILITAR – CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. *En el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, por su misma naturaleza, determinada por la calidad y funciones de las personas a quienes se aplica, el derecho de defensa no tiene la misma amplitud que se le reconoce dentro del procedimiento ordinario.* Sentencia Casación. 12 de abril de 1988. NO CASA EL FALLO del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Helmer Astudillo García, Teniente de la Fuerza Aérea Colombiana –FAC–, por el delito de Hurto. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*..... 288

PREVARICATO – DERECHO DE DEFENSA. *Los jueces de derecho no son soberanos en sus actuaciones; sino que están sometidos al imperio de la Constitución y la Ley, por manera que sus fallos deben contener la necesaria motivación para garantizar al ciudadano la justicia y la protección contra la arbitrariedad.* Sentencia Segunda Instancia. 18 de abril de 1988. CONFIRMA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a la doctora

Pág.

Myrta Beatriz Alarcón Rojas, Juez Laboral del Circuito de Girardot, por el delito de Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* (Proyecto inicial)..... 294

PREVARICATO. *La manifiesta oposición con la ley, es condicionante incita en el tipo de Prevaricato por acción, de tal manera que su ausencia comporta atipicidad de la conducta.* Auto Segunda Instancia. 19 de abril de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual se abstuvo de iniciar proceso penal contra el doctor Leonidas G. Amézquita Baldión, Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Acacías, por presuntos delitos contra la Administración Pública. Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*..... 308

PREVARICATO. *Cuando se desconoce la prueba para convertir todo en coincidencia y con este procedimiento infirmar los indicios, debe concluirse, que no se trata de ninguna valoración jurídica de las pruebas, sino de un amañado e irregular proceder para violar la ley.* Salvamento de Voto.

PREVARICATO. *La sana crítica como lo enseña la doctrina es la reunión de las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia, con toda la amplitud que esto último comporta y que requiere, por tanto, amplísimos conocimientos y claro criterio de los funcionarios, virtudes que no todos tienen.* Auto Segunda Instancia. 19 de abril de 1988. LLAMA a responder en juicio a la doctora Luz Marina Borda Guzmán, como Juez Octava de Instrucción Criminal de Bogotá, por el delito de Prevaricato y ordena a favor de la misma el cese de procedimiento por el delito de Cohecho. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Salvamento de Voto: doctor *Leonel Olivar Bonilla* (Conjuez)..... 312

PENA – Ira e intenso dolor. *Ha sido objeto de innumerables pronunciamientos de la Corte, el análisis del veredicto del jurado de conciencia, referido al tema del reconocimiento de la diminuente en el estado emocional de la ira nacida de la provocación ajena, grave e injusta.* Sentencia Casación. 20 de abril de 1988. CASA parcialmente el fallo del Tribunal Superior de San Gil, por medio del cual condenó a Jairo Cárdenas Cáceres, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia*..... 339

1. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – IMPEDIMENTO. *Mientras se esté en la misma etapa procesal (sumario o juicio) el criterio que se plasme en su decurso, ni aún por el principio de favorabilidad, puede constituir la causal de impedimento del artículo 535 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal de 1987.*

2. IMPEDIMENTO – PREVARICATO. *Está haciendo carrera el formular la recusación una vez se tiene conocimiento de que se ha registrado, por el respectivo Magistrado Sustanciador, el proyecto pertinente, contrariando así la finalidad que se busca con esta causal de impedimento.* Auto Recusación. 20 de abril de 1988. DECLARA infundada la recusación formulada a los doctores Abelardo Rivera Llano y Marino Alberto Rodríguez Muñoz, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*..... 346

NULIDAD SUPRALEGAL – VIOLACION INDIRECTA. *No pueden confundirse las formas propias del juicio con los grados probatorios.* Salvamento Parcial de Voto..... 355

FLAGRANCIA – CAPTURA – ALLANAMIENTO. *La captura en flagrancia es un concepto restringido y así debe ser entendido por todos los ciudadanos y especialmente por los miembros de la autoridad y para el allanamiento, con la misma finalidad, es evidente que el sorprendimiento se logre por pruebas que de manera clara establezcan la comisión de un delito en determinado*

Pág.

domicilio. Sentencia Casación. 27 de abril de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Luis Alfredo Prada y Carlos Bermúdez Peña, por los delitos de Concierto para delinquir y Perturbación del Transporte Oficial o Colectivo y a Wilfredo Manuel Galarcio Polo y Roberto Camacho Duarte, por el delito de Concierto para delinquir. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* Salvamento Parcial de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*..... 365

PRESCRIPCION DE LA ACCION – EMPLEADO OFICIAL. *El incremento a que alude el artículo 82 del estatuto represivo, en tratándose de delitos sancionados con pena restrictiva de la libertad inferior a los cinco años o con penas diferentes a aquélla, debe aplicarse al mínimo a que se refiere el canon 80 de la codificación penal sustantiva.* Auto Unica Instancia. 28 de abril de 1988. Formula ACUSACIÓN penal contra el doctor Roberto Paccini Solano, exgobernador del Departamento del Atlántico, por los delitos de Peculado y Celebración Indebida de Contratos. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*..... 370

FUERO MILITAR – COLISION. *La actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio, o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando.* Auto Colisión. 3 de mayo de 1988. DIRIME colisión de competencias entre el Comando del Batallón de Infantería Patriotas con sede en Honda y el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Tuluá. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*... 381

CONCURSO – CESACION DE PROCEDIMIENTO – COMPETENCIA. *Aun cuando la investigación estuviere cerrada la cesación de procedimiento por prescripción de la acción en el delito que le otorga competencia al Juez de mayor jerarquía, priva a éste de la posibilidad de calificar el mérito del sumario.* Sentencia Casación. 4 de mayo de 1988. CASA la sentencia recurrida y declara la nulidad parcial de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive, proferida por el Juzgado Unico Superior de Magangué contra Oscar Pupo Daza, condenado por los delitos de Fraude Procesal y Estafa. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*..... 384

FLAGRANCIA. *La flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen su participación.* Auto Casación. 4 de mayo de 1988. NIEGA Libertad provisional a Luis Eduardo Flórez Monosalva, condenado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz* 390

NULIDAD SUPRALEGAL – VIOLACION INDIRECTA. *Tratándose de un vicio* in iudicando, *que hace relación básicamente a la apreciación de los medios probatorios, no puede hablarse de la violación del debido proceso, sino que el ataque debe orientarse a la demostración de la existencia de un error de derecho.* Sentencia Casación. 6 de mayo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a César Augusto Cuéllar y a Alirio Ramírez, por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*..... 394

LIBERTAD DEL PROCESADO – IMPEDIMENTO. *La Corte carece de competencia para resolver sobre peticiones de libertad, cuando conoce del incidente de recusación.* Auto Recusación. 9 de mayo de 1988. Se ABSTIENE de resolver sobre la petición de libertad de Luis Felipe Arias Castaño en el trámite de procesos acumulados por los delitos de Falsedad y Estafa, mientras se tramite la recusación a los Magistrados del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*..... 401

Pág.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. *Así se tenga de la condena condicional el concepto de tratarse de un derecho y no de una gracia o beneficio, ello no quiere decir que el mismo carezca de adecuaciones legales puesto que la situación individual o social que alcanza a conformarse como tal, es aquella que ha cumplido con los requisitos que la ley impone.* Sentencia Casación. 10 de mayo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual condenó a Manuel María Vélez Franco, por infracción al Estatuto Penal Aduanero. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*..... 405

IMPEDIMENTO – Sociedad. *Las cooperativas tienen peculiaridades que las separan nítidamente de las sociedades a que se refiere el Código de Procedimiento Penal actual en el numeral 11 del artículo 103 y no concurren, en consecuencia, el impedimento establecido por el legislador.* Auto Recusación. 10 de mayo de 1988. DECLARA infundada la recusación contra el doctor Sixto Arias Vargas, Magistrado del Tribunal Superior de Tunja. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*..... 411

PRESCRIPCION DE LA ACCION – EMPLEADO OFICIAL. *El legislador quiso alargar en un lapso determinado la extinción de la acción penal por el simple y llano transcurso del tiempo, en los delitos de responsabilidad cometidos por los empleados oficiales.* Sentencia Segunda Instancia. 10 de mayo de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual condenó a la doctora Blanca del Socorro del Hierro Findlay ex-juez Promiscuo Municipal de Olaya Herrera-Bocas de Satinga por el delito de Detención Arbitraria y la modifica para que se haga efectiva la pena de interdicción de derechos y funciones públicas. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*..... 415

NULIDAD SUPRALEGAL – TESTIMONIO. *Los indicios de falta de sanidad mental en el testigo, no pueden constituir base de una nulidad, porque queda dentro de la competencia del juzgador la apreciación de su mérito probatorio.* Sentencia Casación. 11 de mayo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Jesús Vélez Jaramillo y Elkin de Jesús Gil Correa, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*..... 423

HABEAS CORPUS. *El recurso de Hábeas Corpus no permite la discusión de los motivos que una autoridad competente haya estimado suficientes para decretar la privación de la libertad, sino que debe mirar exclusivamente el cumplimiento de las formalidades legales exigidas para tal determinación.* Salvamento de Voto.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. *Como el artículo 15 del Decreto número 1853 de 1985 fue declarado inexequible por sentencia de la Corte de mayo 22 de 1986, a partir de esa fecha no puede edificarse en él ningún derecho por no ser tal precepto ni legítimo ni válido.* Auto Segunda Instancia. 12 de mayo de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal al doctor Rafael Pulido Rodríguez, Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de la misma ciudad, por el delito de Prevaricato y la revoca parcialmene para fijar como medida de aseguramiento la de caución prendaria, a cambio de la detención preventiva. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de Voto: doctores *Guillermo Duque Ruiz y Didimo Páez Velandia*..... 429

CAMBIO DE RADICACION. *La solicitud de cambio de radicación deberá dirigirse ante el funcionario que esté conociendo del proceso, quien confrontará si es clara y si se anexan las pruebas que la respaldan, sin que al darle curso comprometa al criterio del Tribunal o de la Corte.* Auto Cambio de Radicación. 18 de mayo de 1988. Se ABSTIENE de decidir sobre el cambio de radicación del proceso que, contra Víctor Gallardo Rosillo, se adelanta en el

Pág.

Juzgado Quinto Penal del Circuito de Barranquilla, por un delito contra la integridad moral. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 441

CONSULTA. *¿Cómo debe entenderse el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal sobre consulta?* Auto Segunda Instancia. 18 de mayo de 1988. Se INHIBE de desatar la consulta del sobreseimiento definitivo en el proceso contra la doctora Luz Elena Henao Londoño, exjuez Quinto de Instrucción Criminal de Cali. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 447

APELACION – Sustentación. *La ley no hace distinción en la sustentación según sea la persona del recurrente, pero deben interpretarse con mayor laxitud los fundamentos aducidos por el procesado lego en derecho que expresa su inconformidad.* Auto Segunda Instancia. 23 de mayo de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual sobreseyó definitivamente al doctor Luis Felipe Bottia Martínez, exjuez Veintidós Civil del Circuito de esta misma ciudad. Magistrado Ponente: doctor *Didimo Páez Velandia* 451

COLISION DE COMPETENCIA – JUSTICIA PENAL MILITAR. *La actividad castrense no puede limitarse a aquellas conductas que podrían llamarse como estrictamente militares, porque la institución armada es de una particular estructura compleja que comprende actos propios de la misma y actuaciones distintas a las netamente militares o bélicas.* Sentencia Casación. 23 de mayo de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Capitán del Ejército Nacional Julio Vargas Naranjo, por los delitos de homicidio y ataque al inferior. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*..... 459

COLISION DE COMPETENCIA. *Reiteradamente ha dicho la Corte, que el delito de Falsedad en Documento Privado, se considera consumado en el lugar donde éste se usa, donde se le hace valer como medio de prueba.* Auto Colisión. 24 de mayo de 1988. DIRIME colisión de competencia entre el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Pereira y el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Medellín. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 464

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. *Nuestra legislación tributaria no erige en delictuosa la simple afirmación inexacta que se consigne en la declaración de renta.* Sentencia Casación. 25 de mayo de 1988. CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, para absolver a Benjamín Vargas Cantillo, por los cargos formulados en auto de proceder en el Juzgado Séptimo Superior de esa ciudad y lo condena por los delitos de Falsedad en Documentos Privados y Estafa. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. .. 468

FAVORABILIDAD – RESOLUCION DE ACUSACION. *En los procesos en que se encontrare cerrada la investigación después de un segundo sobreseimiento temporal y exista base para acusación, ésta debe proferirse, sin que sea posible entrar a examinar el principio de favorabilidad en el trámite ya cumplido.* Salvamento de voto

FAVORABILIDAD – CESACION DE PROCEDIMIENTO. *Existiendo dos calificaciones previas, necesariamente debe aplicarse el cese de procedimiento porque no puede continuarse el ejercicio de la acción penal, de conformidad con el artículo 34 del actual C. de P.P.* Auto Unica Instancia. 30 de mayo de 1988. Se ABSTIENE de iniciar proceso penal contra los doctores Edilma Celly de Suárez, Manuel Corredor Pardo y Gloria Flórez de Sabogal. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Salvamento de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*..... 476

NARCOTRAFICO – COMPETENCIA. *Fue voluntad del legislador extraordinario mantener la competencia de los Jueces Especializados en lo que respecta a los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986, evitando con ello que la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal implicara cambio de competencia.* Sentencia Casación. 31 de mayo de 1988. NO CASA el

Pág.

fallo del Tribunal Superior de Florencia, por medio del cual condenó a Edgar Alirio Pereira Ramírez, por Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome* 486

PRESCRIPCION. *Para que un bien jurídico pueda ponerse en peligro o vulnerarse, éste debe estar protegido legalmente y si el Estado ha perdido esa tutela, como sucede con la prescripción, es obvio colegir, que la conducta que se ejecute para atacarlo es inocua por ausencia de lesividad.* Auto Unica Instancia. 31 de mayo de 1988. Ordena la cesación de procedimiento a nombre de los doctores Ricardo Romero Riveros y Jorge Alberto Hernández Esquivel. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 490

TESTIMONIO. *Si los testigos en ejercicio de la libre exposición, se permiten hacer apreciaciones personales en cuanto a los hechos que deponen, esa pasajera contingencia en nada puede afectar la exclusiva valoración del Juez.* Sentencia Casación. 31 de mayo de 1988. Rechaza la demanda de CASACIÓN interpuesta por Jacobo Nuñez Amaya, condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de hurto. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 495

SECUESTRO. *Si uno de los padres recurriendo a procedimientos ilícitos y ocultos se apodera del hijo, sin conocimiento ni autorización del otro quien lo tiene bajo su cuidado, puede cometer secuestro, que se convierte en extorsivo cuando se le utiliza para que éste proporcione un provecho ilícito.* Sentencia Casación. 1° de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Ana Ochoa Parra y a Guillermo Alejandro Osorio Díaz, por el delito de Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 504

DEMANDA DE CASACION – Técnica. *El libelista debe tener especial cuidado en la proposición de los cargos, en forma separada y con indicación precisa de la causal invocada, con la determinación del motivo y de su sentido, según el caso.* Sentencia Casación. 8 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Roberto Suárez Jaimes, por el delito de violación. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 510

PENA ACCESORIA – REHABILITACION. *La legislación colombiana es bastante compleja en torno a la rehabilitación de las penas accesorias determinadas en el artículo 42 del C.P. Distingue varias hipótesis.* Auto Unica Instancia. 8 de junio de 1988. Se ABSTIENE de tramitar la solicitud presentada por el Secretario General de la Asamblea del Cesar, para que se hagan cumplir las sanciones propuestas al excontralor Aníbal Martínez Zuleta. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 513

VEREDICTO. *Es extraño a la lógica el razonamiento de quien afirme que al pedir los Jueces de Conciencia la imposición de la menor cantidad de pena posible, nieguen la responsabilidad del procesado.* Sentencia Casación. 8 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Félix Vargas Espinel, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 518

DEBIDO PROCESO – DETENCION ARBITRARIA. *El artículo 27 de la Carta consagra tres excepciones al principio general del debido proceso, en cuanto establece que no obstante la obligación de respetarlo, ello no obsta para que se pueda castigar sin juicio previo.* Sentencia Unica Instancia. 10 de junio de 1988. ABSUELVE al señor Jorge Dangond Daza, procesado por el delito de Detención Arbitraria, en su condición de Gobernador del Departamento del Cesar. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 521

Pág.

1. EXTORSION – Tentativa. *Si no se afecta la libertad de autodeterminación de las víctimas, ni el patrimonio económico, se ha de concluir que el delito de Extorsión no tuvo consumación y por tanto ha debido aplicarse el artículo 22 del C.P.*

2. VIOLACION DIRECTA – Técnica. *Es antitécnica la demanda cuando el censor plantea al amparo de la misma causal una impugnación como principal y otra como subsidiaria, como el error de derecho en cuanto a la aducción de la prueba y un falso juicio de legalidad en la estimación de la misma o cuando involucra alegaciones que son incompatibles, como cuando pretende el reconocimiento de errores* in iudicando *y hace alegaciones que corresponden a errores* in procedendo. Sentencia Casación. 10 de junio de 1988. CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Edgar Darío Guevara y a Jorge H. Guerrero Reyes, por el delito de Extorsión y no concede el subrogado de la condena condicional. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*..... 530

COLISION DE COMPETENCIA. *Cuando el lugar de consumación del hecho ilícito es incierto, el conocimiento a prevención del asunto por el Juez que inició la correspondiente investigación penal, aparece como un imperativo insoslayable.* Auto Colisión. 14 de junio de 1988. DIRIME colisión de competencias entre los Juzgados Cuarenta y Seis Penal Municipal de Bogotá y su homólogo Veintisiete de Cali. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*..... 540

NOTIFICACIONES – RESOLUCION DE ACUSACION – PROCESADO. *Si la notificación al procesado se efectúa simultáneamente con la del defensor –los términos coinciden– se está cumpliendo con el deseo del legislador, pero si ello no es posible, hecha la notificación al defensor en la forma indicada en el artículo 472, ésta es suficiente.* Auto Segunda Instancia. 14 de junio de 1988. Se ABSTIENE de revisar la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual se acusa a la doctora Carmen Zunilda Llanos de Flórez, Juez Promiscuo Territorial de San José del Guaviare. Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia* . 544

DICTAMEN PERICIAL – VIOLACION INDIRECTA. *El error de derecho en la prueba pericial puede concurrir si el sentenciador ha incurrido en falso juicio de legalidad en su aducción, pero no cuando le ha otorgado un valor probatorio de acuerdo con su criterio jurídico.* Sentencia Casación. 15 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a José Edgar Alvarez Lozano y José Vidal Cañón Sandoval, por los delitos de falsedad y peculado. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*..... 548

HURTO. *Dada la estructura del "Hurto de Uso" (artículo 352 del C.P.) su tentativa es un imposible jurídico, porque supone un hecho (la restitución) que fatalmente debe ocurrir después de la consumación del delito, ingrediente objetivo que sirve para diferenciarlo del tipo previsto en el artículo 349.* Aclaración de Voto.

HURTO. *Para la estructuración de la conducta ejecutiva no basta que el derechohabiente pierda la cosa y el agente la detente por un largo o breve intervalo. Hácese la disponibilidad corporal y efectiva del objeto por parte del hurtador.* Sentencia Casación. 15 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Eduardo Lopera Cuartas, por el delito de hurto. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.* Aclaración de Voto: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*..... 553

1. PROCESADO – Identidad – DERECHO DE DEFENSA. *Presupuesto esencial de la investigación penal es la identificación física del incriminado, labor para la cual el funcionario instructor debe desplegar la actividad propicia, como el reconocimiento en fila de personas o de fotografías, sin que informalidades, como la de fijar el número, atenten contra el derecho de defensa.*

Pág.

2. INDAGATORIA – Prohibiciones. *Si el Juez no hace conocer del sindicado que vaya a ser indagado la previsión del artículo 230 del anterior C. de P.P. (artículo 380 del actual), esa omisión no siempre puede engendrar violación del derecho de defensa.* Sentencia Casación. 15 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Baudilio Martínez Peña, por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*..... 560

CONSULTA – Efectos. *Se dan situaciones procesales en las cuales la íntima relación que existe entre los diversos hechos punibles investigados impide la revisión de uno solo de ellos en la segunda instancia por vía de consulta.* Salvamento Parcial de Voto.

DETENCION ARBITRARIA – ABUSO DE AUTORIDAD. *Al producirse el abandono del cargo, el sujeto activo pierde de hecho el ejercicio de funciones públicas y por ende, suena artificioso, condenarlo como si ejerciera aquellas que precisamente ha abandonado.* Auto Segunda Instancia. 21 de junio de 1988. REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual sobreseyó en forma definitiva a María del Socorro Escobar Polanco, Juez Treinta y Dos Penal Municipal Encargada de esa ciudad y en su lugar dicta auto de proceder por los delitos de Falsedad en Documentos Públicos, Detención Arbitraria y Abuso de Autoridad. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento Parcial de Voto: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 566

DEMANDA DE CASACION – Admisión. *Por tratarse de una vía excepcional de impugnación la composición del libelo debe sujetarse a requisitos formales de obligatorio cumplimiento y estricta guarda, cuya pretermisión definitiva o parcial conduce, por expreso querer del sistema, a su desestimación.* Sentencia Casación. 21 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Germán Armando Castellanos Cárdenas, Jairo Enrique Murillo Sánchez y José Helí Rojas Sierra, por los delitos de Extorsión y Violación de Habitación Ajena. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*..... 585

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM – *CONEXIDAD. No se viola el* non bis in idem *en aquellos eventos en que delitos conexos son investigados independientemente.* Sentencia Casación. 21 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Tito Ernesto Gutiérrez Perilla, por violación al artículo 202 del Código Penal. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga* 589

CONSULTA – PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. *En el tránsito de legislación procedimental, si el nuevo ordenamiento no prevé la consulta para el segundo sobreseimiento temporal, resulta obvio que se materializa el principio de favorabilidad.* Auto Unica Instancia. 22 de junio de 1988. Se ABSTIENE de iniciar sumario contra los doctores Jairo Alfonso Lora Villa, Enrique Caraballo Mogollón y Lesmes Corredor Prins, Magistrados del Tribunal Superior de Montería. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*..... 595

HURTO – PENA – Circunstancias de atenuación. *El artículo 374 del C.P. otorga facultad al Juez para reducir la pena, debiendo atenerse más a lo subjetivo que a lo objetivo.* Sentencia Casación. 22 de junio de 1988. RECHAZA la casación contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Samuel Navarro Gutiérrez, Luis Alberto Vargas y William Orozco Urrea, por el delito de hurto. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*..... 600

NULIDAD LEGAL – NULIDAD SUPRALEGAL – DEMANDA DE CASACION. *La Corte pregona la necesidad de revestir de seriedad las alegaciones que desarrollan censuras de nulidad, al punto que detectada una irreconciliable exposición de cargos, debe asumir como*

Pág.

consecuencia el exclusivo estudio del aspecto relacionado con la nulidad. Sentencia Casación. 22 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual condenó a Guillermo Castaño Díaz-Granados, por los delitos de Peculado y Falsedad en documentos. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 606

NOTIFICACIONES. *Es equivocada la interpretación de las normas pertinentes del nuevo ordenamiento procesal en cuanto omite la notificación personal al Ministerio Público y cualquier tipo de notificación al defensor y al representante de la parte civil.* Auto Unica Instancia. 24 de junio de 1988. ORDENA cesar el procedimiento adelantado contra los doctores Guillermo Sánchez Pernett y Jiménez Waltera Pomare, Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.* 614

ABUSO DE AUTORIDAD. *No incurre en Abuso de Autoridad el Juez que se acomoda* "stricto sensu" *a los parámetros de ley que han sido celosamente reglados en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil en cuanto le confiere facultades disciplinarias.* Auto Segunda Instancia. 27 de junio de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor Gentil Ortiz Ortiz, Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez.* 622

IMPEDIMENTOS. *El artículo 103 numeral 1º del C. de P.P. no especifica el interés que el funcionario o las demás personas señaladas puedan tener en el proceso para que constituya impedimento. Mas es lo cierto que tal concepto no puede circunscribirse al campo económico.* Auto Impedimento. 27 de junio de 1988. ACEPTA el impedimento manifestado por el doctor Ramón Garcés Herazo, Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó. Magistrado Ponente: doctor *Dídimo Páez Velandia.* 626

AUTO INHIBITORIO – PARTE CIVIL. *La Parte Civil solo tiene oportunidad para su constitución a partir del auto cabeza de proceso. El auto inhibitorio sólo puede ser recurrido por el denunciante, el querellante o el Ministerio Público.* Auto Segunda Instancia. 28 de junio de 1988. La Corte se declara INHIBIDA para conocer de la apelación interpuesta contra el auto inhibitorio que, a nombre de la doctora Carmiña González Ortiz, Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, dictó el Tribunal Superior de la misma ciudad. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas* 630

COLISION DE COMPETENCIA. *No puede suscitarse colisión de competencias entre un Juez de Instrucción Criminal que, actualmene, está facultado para calificar y un Juez de Instrucción Penal Militar que carece de esa competencia.* Auto Colisión. 28 de junio de 1988. Se ABSTIENE de decidir una presunta colisión de competencias entre el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Quibdó y el Juzgado Setenta y Nueve de Instrucción Penal Militar radicado en la misma ciudad. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* 634

NULIDAD LEGAL – PROCESADO – Identidad. *Al infirmar el valor de la denominada rueda de personas, es necesario indicar de manera precisa cuál o cuáles son los reconocimientos practicados con inobservancia de la ley, así como también señalar en forma concreta la preceptiva jurídica quebrantada.* Sentencia Casación. 28 de junio de 1988. NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Diego Lugo Cruz y José Santos Orjuela Macías, por el delito de hurto. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 637

RESOLUCION DE ACUSACION – APELACION. *La apelación de la resolución acusatoria debe concederse en el efecto suspensivo porque son de su naturaleza las consecuencias que produce la alzada en dicho efecto.* Auto Segunda Instancia. 28 de junio de 1988. Se ABSTIENE

Pág.

de conocer del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que compromete al doctor Alfonso Portilla Cuervo, Juez Octavo Civil Municipal de esta ciudad por el delito de Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. 646

TRANSITO DE LEGISLACION – PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. *En eventos en los cuales se profirió segundo sobreseimiento temporal y la investigación se encuentra paralizada, es innegable que, por razones de favorabilidad, debe cesarse el procedimiento.* Auto Segunda Instancia. 28 de junio de 1988. CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, por medio de la cual ordenó la cesación de procedimiento adelantado contra el doctor Juvenal Escudero Castellanos; exjuez Penal del Circuito de la Isla de San Andrés. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 650

1. INCONGRUENCIA CON LA RESOLUCION DE ACUSACION. *La Sala recientemente se ocupó de este punto luego de afirmar que al analizar la causal segunda de casación se debe tener en cuenta que en la etapa del juicio pueden presentarse modificaciones que no afecten la denominación genérica del delito, pero que constituyan circunstancias de agravación específica que deben tenerse en cuenta en la sentencia.*

2. PRESCRIPCION DE LA ACCION. *Para calcular el término prescriptivo debe el Juez, en todo caso partiendo del máximo señalado en la respectiva disposición penal, realizar las operaciones aritméticas necesarias frente a las circunstancias de agravación o atenuación punitivas consecuentes.* Salvamento Parcial de Voto.

INCONGRUENCIA CON LA RESOLUCION DE ACUSACION. *La calificación debe respetar integralmente la verdad del sumario recogiendo la apreciación jurídica de la conducta y las circunstancias de todo orden que modifiquen, agraven o atenúen el comportamiento prohibido.* Sentencia Casación. 29 de junio de 1988. NO CASA el fallo proferido por el Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual condenó a Julio César Mora Flórez, como responsable de los delitos de Contrabando en Segundo Grado y Falsedad por Uso de Documento Público. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Salvamento Parcial de Voto: doctor *Jorge Enrique Valencia M.* 655

RESOLUCION DE ACUSACION – APELACION. *Es la propia naturaleza de la providencia la que determina que la impugnación debe concederse en el efecto suspensivo y no la superficial exégesis del último inciso del artículo 206 del C. de P.P.* Auto Segunda Instancia. 30 de junio de 1988. Se ABSTIENE de conocer, actualmente, del recurso de apelación contra la resolución de acusación, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra el doctor David Correa Burgos ex juez Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, por el delito de Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 664

En los Talleres Editoriales de la IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
se realizó el diseño e impresión de esta publicación.
Bogotá, D. E., enero de 1989.