REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



TOMO CXLVIII

SEGUNDA PARTE

SALA PENAL

BOGOTA, D. E. - TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA - 1978

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

SALA PLENA

Doctor José Enrique Arboleda Valencia, *Presidente*

Doctor Luis Enrique Romero Soto, *Vicepresidente*

Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Alfonso Peláez Ocampo, *Presidente*

Doctor Alfonso Guarín Ariza, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Aurelio Camacho Rueda
Ernesto Escallón Vargas
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Humberto Murcia Ballén
Alfonso Peláez Ocampo

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Luis Carlos Pérez, *Presidente*

Doctor Evencio Posada, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario Di Filippo
Humberto Barrera Domínguez
Alvaro Luna Gómez
Luis Eduardo Mesa Velásquez
Luis Carlos Pérez
Luis Enrique Romero Soto
Julio Roncallo Acosta
José María Velasco Guerrero

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor José Eduardo Gnecco C., *Presidente*

Doctor Vicente Mejía Osorio, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

José Enrique Arboleda Valencia
Juan Benavides Patrón
Alejandro Córdoba Medina
Miguel Angel García B.
Jorge Gaviria Salazar
José Eduardo Gnecco C.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Eustorgio Sarria, *Presidente*

Doctor Luis F. Serrano, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de la Vega
Guillermo González Charry
Luis Sarmiento Buitrago
Eustorgio Sarria

RELATORES: Doctores:

Héctor Roa Gómez, Sala Civil

Hernán Prieto Rincón, Sala Penal

Ignacio Gómez Zapata, Sala Laboral

María Teresa Garcés de Angel,
Sala Constitucional

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL:	Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR SALA LABORAL:	Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR SALA PENAL:	Dr. HERNAN PRIETO RINCON
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL:	Dr. RODOLFO MORA MORA

TOMO CXLVIII - SEGUNDA PARTE - NUMEROS 2378 a 2389 - BOGOTA - COLOMBIA - 1974

Sala de Casaciòn Penal

CASACION. — TECNICA

Infracción indirecta por errónea apreciación de la prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticuatro de enero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado Efraín París contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué de fecha 16 de mayo de 1973, por la cual se confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Penal de ese Circuito el 23 de marzo del mismo año, en la que se condenó a cada uno de los acusados José Elduber Jaramillo y Efraín París a la pena principal de seis años y ocho meses de presidio, como también a las sanciones accesorias de rigor, por el delito de robo cometido en perjuicio del señor Obdulio Boada Hernández.

Hechos y actuación procesal

En las horas de la tarde del 16 de marzo de 1972, tres individuos, dos de los cuales fueron identificados en el proceso como José Elduber Jaramillo y Efraín París, simulando ser empleados del servicio contra la malaria, penetraron a la casa de habitación del señor Obdulio Boada, situada en la calle 28 Nº 7-13 de la ciudad de Ibagué, y después de reducir a la impotencia a los moradores se apoderaron de objetos por valor aproximado de $ 80.000.00, entre ellos tres revólveres, una licuadora, un anillo de diamante, relojes de pulso y tres transistores.

Concluida la investigación, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué llamó a responder en juicio a los sindicados José Elduber Jaramillo y Efraín París, por el delito de robo agravado, y sobreseyó definitivamente en favor de Hernando Torres,

quien también fue indagatoriado por los mismos hechos, decisiones que adoptó en providencia de 18 de noviembre de 1972, la que fue confirmada por el Tribunal Superior de la citada ciudad en la suya de 7 de febrero siguiente.

La audiencia se celebró el 20 de marzo de 1973, con asistencia de los inculpados y de su defensor, doctor Luis E. Barreto León, quien intervino en el acto, y el juez del conocimiento finalizó la instancia con el fallo condenatorio ameritado, que confirmó sin modificaciones el ad quem.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el procesado París el recurso de casación, que se admitió por esta Sala de la Corte mediante auto de 18 de julio último y cuyo trámite se agotó.

La demanda

El apoderado especial del recurrente, en escrito que se declaró ajustado en su forma a las exigencias legales, censura el fallo del Tribunal Superior de Ibagué con invocación de las causales primera y cuarta de casación, previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "por haberse dictado sentencia —dice— apreciando erróneamente las pruebas allegadas al proceso y por haberse violado el derecho de defensa de mi cliente en detrimento del artículo 26 de la Constitución Nacional".

Primer cargo

Expresa el demandante que "la sentencia acusada tuvo como plena prueba de la propiedad y preexistencia de los objetos enumerados los testimonios del ofendido Obdulio Boada Hernández y de las personas allegadas a su círculo familiar, sin que por este aspecto se hubiera aportado al proceso ninguna otra prueba que acreditara con certeza la existencia de los objetos relacionados y la propiedad de los mismos en cabeza del denunciante. Se violó en consecuencia, por lo que hace al enunciamiento anterior, el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal en cuanto ordena que no se puede dictar sentencia condenatoria, en materia criminal, mientras no esté probado en el proceso la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella".

Dice también el actor que se apreciaron erróneamente los reconocimientos en fila de personas practicados por el F-2, en los que intervinieron Anelfi Boada y Leonor Cometa como testigos, "pues ni se llenó el número de personas señalado en la ley procesal, ni se hizo por el juez o funcionario instructor, ni se hizo con la presencia de un apoderado que asistiera a Efraín París en dicho trance", vicios que hacen inexistente la referida prueba, a la que no debió dársele ningún valor, de acuerdo con el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal.

Agrega el señor apoderado que no se demostró que Obdulio Boada poseyera los tres revólveres, que según su declaración le fueron sustraídos, con observancia de las normas constitucionales y legales sobre tenencia y porte de armas, por lo cual el procesado recurrente fue condenado "por la presunta sustracción de un objeto ilícito", hecho que no puede ser sancionado.

Igualmente afirma el demandante que "no cabe la menor duda que en la sentencia acusada se apreció erróneamente la declaración del ofendido y de las damas Anelfi Boada y Leonor Cometa, no sólo por lo que hace relación a la enunciación de los objetos sustraídos, sino en la forma como se produce la prueba y se allega al proceso". Y concluye así la impugnación:

"En consecuencia, la sentencia acusada incurrió en error de derecho al darle valor a las pruebas señaladas sin tenerlo y al haber sentenciado a mi cliente por la sustracción de un objeto ilícito, en cuanto a los revólveres se refiere, violándose o incurriéndose en la causal primera de casación".

Segundo cargo

Manifiesta el censor, luego de citar el texto del artículo 26 de la Constitución, que su representado no ejerció en el proceso el derecho de defensa garantizado por la Carta y por la ley de procedimiento, pues el abogado Luis Enrique Barreto León, quien actuó como apoderado del sindicado Efraín París en la etapa del sumario, no aparece posesionado como tal, y la defensa que realizó en la fase del juicio "no satisface las exigencias que la honorable Corte Suprema

ha señalado para estos casos, cuando ha dicho, en repetidas ocasiones, que la labor del defensor no debe limitarse a aceptar notificaciones, sino que debe ir mucho más allá al ejercer toda su capacidad al demostrar la inocencia del acusado o los atenuantes a que tenga derecho".

Finaliza el actor afirmando que por falta de defensa de su acudido, "el proceso está viciado de nulidad supralegal, esto es, por haberse violado el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado Penal pide que se deseche el recurso, por cuanto "el actor se limita a señalar declaraciones testimoniales y los reconocimientos en fila de personas pero no confronta la valoración que les da el juzgador de instancia y la que les otorga la ley y tampoco se ocupa del concepto de la violación tanto de la norma adjetiva como de la sustantiva (proposición jurídica completa) pues ésta ni siquiera se menciona"; y, de otra parte, porque "el derecho de defensa también se garantizó durante la etapa de la causa y no existen motivos serios para invalidar la actuación por menoscabo de esa garantía constitucional".

Precisa el colaborador las condiciones que debe cumplir quien impugne un fallo en casación por violación indirecta de una norma sustancial, y observa cómo el demandante no satisfizo en este caso esas exigencias, como que no determinó la clase de error —si de hecho o de derecho— en que pudo incurrir el Tribunal sentenciador en la estimación de las pruebas, ni la incidencia del pretendido yerro en la resolución acusada, ni señaló siquiera la norma sustantiva que consideraba violada, evidenciándose así un desconocimiento completo de la técnica que preside el recurso extraordinario de casación.

Igualmente hace notar el Procurador que el defensor del procesado recurrente intervino en la audiencia pública, como puede verse a folios 254 y 255, donde expuso su opinión jurídica sobre los hechos, por lo cual la acusación formulada al fallo de última instancia carece de fundamento.

Se considera

I. Esta Sala tiene dicho que cuando el demandante en casación presente cargos por vicios de forma en el procedimiento, en el campo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y aduzca también motivos de fondo, como el de ser la sentencia acusada violatoria de la ley sustancial, el método lógico obliga, y así lo preceptúa el artículo 375, inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil, a examinar primero las acusaciones **in procedendo**, y luego las causales **in iudicando**, si las de forma no aparecieren justificadas, pues de prosperar éstas sería inútil el estudio de los motivos de fondo en un proceso viciado de nulidad (fallos de 31 de julio y 30 de agosto de 1973).

II. Por la razón apuntada, la Corte se referirá primero al cargo postulado en la órbita de la causal 4ª de casación, que, como se recordará, se hace consistir en nulidad de rango constitucional, por presunta violación del artículo 26 de la Carta, originada en la carencia de defensa del procesado Efraín París. Al respecto observa la Sala:

Consta en autos que el doctor Luis Enrique Barreto León, con tarjeta profesional de abogado número 5901, realizó en el sumario una intensa actividad, como apoderado de Efraín París, aunque por causas que se desconocen no se encuentra la diligencia de su posesión, y en el expresado carácter solicitó la práctica de pruebas (fls. 171 y 178), intervino en algunas de ellas (fl. 175), pidió que se calificara el sumario con sobreseimiento temporal (fls. 197 a 200) y demandó la libertad provisional de los imputados París y Jaramillo (fl. 201).

Igualmente está establecido que el doctor Barreto León, a quien los enjuiciados Efraín París y José Elduber Jaramillo nombraron como su defensor (fl. 226), tomó posesión legal del cargo (fl. 226 vto.), interpuso el recurso de apelación contra el auto de proceder (fl. 226 vto. infra) y compareció a la audiencia pública, en la que solicitó la absolución de sus representados con razones que consideró conducentes (fls. 254 y 255).

Por consiguiente, no puede cuestionarse, con seriedad, que el sentenciado Efraín París tuvo en el proceso la debida defensa técnica o formal, por lo cual el cargo de nuli-

dad aducido en la demanda no tiene fundamento y será desechado.

III. Ha sido doctrina constante de la Sala, y así lo recuerda el Agente del Ministerio Público, que cuando se alega en casación infracción indirecta de la ley sustancial, específicamente por errónea apreciación de la prueba, el demandante está en la obligación de precisar la clase de error cometido por el juzgador, indicando el elemento de persuasión en que recayó y su trascendencia en el fallo, con cita de las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

Dichos presupuestos no fueron satisfechos por el apoderado del procesado París, quien se limitó a afirmar que el Tribunal Superior de Ibagué había incurrido en errónea apreciación de algunas pruebas y que por ello se había condenado a su poderdante. En consecuencia, el cargo postulado al amparo de la causal 1ª de casación no se formuló en debida forma y tiene que ser también repudiado.

Decisión

De acuerdo con lo dicho, la Corte Suprema, Sala Penal, acogiendo el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Efraín París contra la sentencia de 16 de mayo de 1973 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, ameritada en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Luna Gómez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL.— ARTICULO 26

La Corte ratifica la doctrina sentada en los fallos de casación particularmente de 27 de febrero, 6 de marzo y 8 de mayo de 1970, sobre los requisitos exigidos para la nulidad del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

El defensor de Jorge Enrique Mestra Quiroz interpuso el recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, con fecha 23 de febrero de 1973, en la cual condenó al citado Mestra Quiroz a la pena de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en la persona de Adalberto Menco Sánchez, ocurrido en las primeras horas del 17 de enero de 1971 en la finca San José, jurisdicción del municipio de San Pedro. El Tribunal confirmó así el fallo del 28 de noviembre de 1972 dictado por el juzgado superior.

Se ha agotado el trámite para resolver, y a ello procede la Sala, previas las consideraciones que siguen.

Refieren los autos que en la fecha indicada, cuando Adalberto Menco Sánchez transitaba por el paraje de San José fue atacado por dos sujetos posteriormente identificados como Jorge Mestra Quiroz y Miguel Antonio Pérez Quiñones, quienes después de sujetarlo lo ultimaron a golpes de machete, seccionándole totalmente la tráquea y produciéndole otras lesiones.

Por auto del 24 de junio de 1971, el Juzgado Superior del Distrito de Sincelejo llamó a responder en juicio criminal con intervención de jurado a los citados Mestra Quiroz y Pérez Quiñones, haciendo la indicación de que el segundo fue quien produjo el golpe mortal en el cuello, en tanto que Mestra lo sujetaba por las manos imposibilitándole todo medio de defensa.

Al jurado se le sometieron dos cuestionarios en los cuales se inquirió por la responsabilidad de Miguel A. Pérez Quiñones como autor de la lesión mortal y de Jorge Mestra Quiroz por haber tomado parte en la ejecución del hecho. Los jueces unánimemente aceptaron la responsabilidad, sin agregar ninguna modificación.

Basándose en este veredicto, se dictó el fallo que es materia del presente recurso extraordinario.

Demanda de casación

Esta, que se declaró ajustada a las exigencias legales por auto del 5 de octubre de 1973, acusa el fallo condenatorio con arreglo a las causales cuarta, primera y segunda consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Apoyándose en la causal cuarta formula los siguientes tres cargos:

1. Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, violando el artículo 26 de la Constitución, nulidad que consiste en haber omitido la notificación personal al defensor de la providencia por la cual se abrió a prueba la causa. Alega que no se siguieron las formalidades determinadas en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, norma ésta que, según entiende el demandante, obliga a notificar personalmente el referido auto al personero del procesado.

2. Haberse practicado una diligencia de careo sin que el procesado Mestra Quiroz hubiera estado asistido por un abogado matriculado, "circunstancia que viola el artículo 5º de la Ley 21 de 1931 y el artículo 34 del Decreto 196 de 1971, quebrantamientos que tienen incidencia procesal sobre la nulidad especial consagrada por el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal. Por no haberse observado en el proceso formalidades esenciales para el juzgamiento del incriminado, se violó el artículo 26 de la Constitución". La diligencia de careo es la que aparece a los folios 70 y siguientes del cuaderno principal.

3. "En el auto de proceder no se concretó la acusación formulada al procesado si la complicidad que se le deducía era la complicidad necesaria o la no necesaria. Hubo confusión en cuanto a la acriminación consistente, como ya se dijo, en que no se precisó en forma clara a cuál grado de complicidad se refería el juez o criminal, imposibilitando por este aspecto la defensa del procesado. Y por ello se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, en razón de que no hubo base cierta para contradecir la imputación penal".

Consecuencia de estos cargos es, concluye, la de que se cumpla el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de la causal primera invocada dice el demandante que el fallo "aplicó indebidamente el artículo 19 del Código Penal, al condenar al procesado Mestra Quiroz por el delito de homicidio en el grado de cómplice necesario del hecho criminoso, sin que en el auto de proceder ni en el veredicto del jurado se hubieran expresado todos los presupuestos de la figura criminosa ya mencionada, esto es, si la participación fue necesaria o no".

Y, refiriéndose a la causal segunda, observa que la sentencia aplicó la pena de que trata el artículo 19, colocándose en notorio desacuerdo con el veredicto del jurado. El cuestionario afirmó que el procesado había tomado parte en la ejecución del hecho y prestado auxilio al autor principal "pero no se expresó si ese auxilio o cooperación había sido necesario o secundario, luego la respuesta planteó la duda que por mandato del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal ha debido resolverse favorablemente y no aplicarle el artículo 19".

Como consecuencia pide se invalide el fallo recurrido y se dé cumplimiento al numeral 1º del artículo 583 del estatuto represor.

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones de la demanda y solicita que sea rechazada para que vuelva el asunto al Tribunal de origen y se cumpla la condena. La anterior petición está sustentada así:

a) El artículo 179 del Código de Procedimiento Penal se refiere a las providencias que deben notificarse a todas las personas que intervienen en el proceso, y no como sugiere el demandante en forma exclusiva al procesado y a su defensor. Por este aspecto la afirmación está reñida con la verdad legal. El artículo 180 del mismo estatuto ordena la notificación personal al defensor del auto que decreta la apertura a pruebas. Pero esta notificación se hará personalmente si se presentare a la secretaría dentro de los dos días siguientes al de la fecha de la providencia. "No hay, entonces, ninguna razón legal para la insólita reclamación del actor, reduciéndose lo planteado al personalísimo criterio suyo sobre cómo deberían hacerse las notificaciones, mas no cómo se deben hacer". Es más: el defensor desaprovechó la oportunidad de la audiencia pública para suplir la omisión del deber de pedir pruebas dentro del momento oportuno;

b) "No es cierto que se exija estar el procesado asistido por 'un abogado matriculado' al momento de rendir indagatoria, o comparecer a diligencia procesal alguna diferente de la del juzgamiento. Ni la Ley 21 de 1931, ni tampoco el Decreto 196 de 1971, ambos ordenamientos rectores de la profesión de la abogacía estatuyen o consagran tal exigencia. La doctrina de la honorable Sala de Casación Penal, es de suyo abundantísima sobre este tópico, extrañándose que, pese a ello, aún se desconozcan por quienes recurren, precisamente, ante la misma Sala de Casación Penal, con planteamientos que bien pudieran calificarse como obsoletos por estar sustraídos a todo

examen, dado caso que lo que con ellos se pretende cuestionar, anteriormente ya ha sido solucionado.

"Puede ser apoderado del sindicado cualquier ciudadano honorable que no ejerza funciones públicas, bien para exponer su exculpación en injurada, repetirla o reemplazarla en ampliaciones, o en diligencias de careo con otras personas, siendo sí obligatorio el que durante el juicio, como lo prescribe el ordenamiento constitucional, se le asista con un profesional de la abogacía, pues que en tal momento es cuando se ejerce a plenitud el derecho de defensa".

c) "En el auto de proceder se precisó la actuación de Jorge Enrique Mestra en la ejecución de los actos homicidas, actuación que es encajada con toda precisión dentro del artículo 19 del Código Penal, identificándolo como copartícipe en el homicidio". Agrega el Agente del Ministerio Público, transcribiendo un párrafo del fallo de 1º de abril de 1971, proferido por esta Sala, que aunque las denominaciones de autor y cómplice primario convengan a la individualización de la responsabilidad, no entrañan diferencia en las penas, pues éstas se aplican uniformemente a unos y a otros;

d) El razonamiento respecto de la causal primera repite el actor la argumentación anterior tratando de demostrar que hubo imprecisión en el cuestionario, pues no se indicó en él si Mestra Quiroz había sido partícipe necesario o no. "La queja del actor de que en el veredicto del jurado no se expresaron todos los presupuestos de la figura delictuosa, es un dislate, pues el juri sólo le obliga contestar cada uno de los anteriores cuestionarios con un sí o un no, aunque pueden, mas no les obliga, expresar a criterio suyo, si otras circunstancias fueron actuantes en los hechos analizados". Fuera de lo anterior el cargo está mal formulado y por eso no debe entrar a estudiarse;

e) En la invocación de la causal segunda, reitera el demandante su inconformidad porque el jurado no dijo si la complicidad era necesaria o no, lo cual entraña una innecesaria repetición de los argumentos antes expuestos y que ya fueron rebatidos.

Consideraciones de la Corte

1. En muchos fallos de casación, particularmente en los del 27 de febrero y 6 de marzo y 8 de mayo de 1970, a los cuales pertenecen las transcripciones que siguen, (Gaceta Judicial T. CXXIV), la Corte ha puntualizado de manera inequívoca cuál es el complejo jurídico integrado en el artículo 26 de la Carta política; y lo hizo a fin de evitar la frecuente apelación a esta norma que sólo puede invocarse, tratando de obtener la nulidad del procedimiento cuando se ha desquiciado fundamentalmente cualquiera de estas garantías, o varias de ellas: preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; legalidad de la jurisdicción; observancia de las formas propias del juicio; y aplicación de norma favorable, aunque sea posterior al acto atribuido al sujeto. Y en muchas otras oportunidades ha rechazado el abuso que implica alegar la citada disposición constitucional, en defecto de las causales expresas instituidas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o cuando no se encuentran suficientes argumentos para proponerlas y sustentarlas. "Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación sólo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico".

2. Por lo mismo que la sanción de nulidad supralegal representa un acto de carácter tan excepcional, como que mediante él se corrigen errores prominentes en la tramitación del proceso y en el tratamiento del imputado, es indispensable que el actor precise y demuestre en qué forma ocurrió la violación de aquellas garantías y cuál el influjo determinante en el fallo recurrido. No es cualquier deficiencia en la ritualidad de los juicios la que debe pesar en el ánimo de la Corte, y la que está llamada a determinar una rectificación de tanta monta, sino la que niega o hace oscuro el derecho de defensa, por primera vez aceptado en el sistema positivo nacional según la Ley 74 de 1968. Ni es cualquier planteamiento el que obliga a aquella reparación judicial, sino el que ha sido convincen-

temente expuesto en la demanda. Esta "debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede hacerse, supliendo los vacíos del libelo, es efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar el fundamento del cargo, sino el cargo mismo".

3. El actor, como se ha visto, formula tres reparos, sin demostración de su influencia determinante en el proceso y el fallo, más aun, con planteamientos que se apartan gravemente de la verdad legal, pues los textos citados no están redactados como quiere el libelo, en lo que asiste razón al Agente del Ministerio Público, y en tales condiciones la Corte está inhibida para entrar a estudiarlos. Así lo declara.

4. Tampoco es posible entender el cargo pretendidamente fundado en la causal primera de casación, pues no existe el más ligero asomo demostrativo de cómo el fallo violó directamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 19 del estatuto represor. El reparo se dirige contra el auto de proceder y el veredicto del jurado antes que contra la escogencia hecha por el juzgador de la disposición aplicada. Además, no se indica cuál debió ser la aplicable, ni se destaca en forma alguna por qué aquélla no se adecúa a la conducta del agente y la segunda sí. Tan graves fallas impiden toda referencia al motivo de que se trata.

5. Finalmente, no se precisa, con base en la causal segunda, cuál es el desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado, de donde resulta, como ocurre con los cargos anteriores, la absoluta imposibilidad de estudiar el reparo.

No prospera el recurso.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el defensor y el procesado Jorge Enrique Mestra Quiroz contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.— TECNICA

Agravación de la pena cuando el delito se comete en funcionario público.

Si el demandante alega contra el fallo al mismo tiempo infracción directa, aplicación indebida y la interpretación errónea, coloca a la Sala en imposibilidad de entrar al estudio de los cargos, ya que a ésta le está prohibido, por la técnica misma del recurso, suplir las deficiencias del libelo y buscar una interpretación adecuada del pensamiento del actor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Luis Eduardo Gil Ríos fue condenado a la pena de diez y seis años y ocho meses de presidio como responsable de los delitos de homicidio frustrado y robo, en fallo del 4 de junio de 1973, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. La sentencia condenó igualmente a Ancízar Gaspar Castañeda y a Juan Bautista Trejos a cuatro años de presidio, por haber participado en el robo. El Tribunal dispuso el pago de los perjuicios civiles ocasionados y la aplicación de las sanciones accesorias correspondientes.

Contra dicho fallo, que confirmó el que había dictado el 22 de marzo de 1973 el Juzgado Primero Superior, recurrió en casación el procesado Gil Ríos. El recurso extraordinario se ha tramitado debidamente, habiéndose calificado la demanda y oído el concepto del Agente del Ministerio Público. Debe proceder a resolverse.

Los hechos procesales

En las horas de la noche del 17 de septiembre de 1971, cuatro sujetos que habían entrado con el propósito aparente de tomar licores, como lo hacían otras personas en el establecimiento de diversión ubicado en la calle 27, número 6-66 de Pereira, se repartieron en distintas posiciones y desenfundando diversas armas, se dirigieron a todos los presentes para advertirles que no debían moverse pues procederían a requisarlos y sustraerles los objetos de valor que llevaban consigo, ya que se trataba "de un atraco". Efectivamente, cumplieron el propósito anunciado y luego encerraron a todos en el baño para poder dedicarse a empacar los elementos que existían en la cantina.

Como era necesario clausurar la puerta de la calle, el vigilante externo del sector encontró la operación muy rara y llamó a la Policía. Poco después llegaron en vehículos de la institución los dragoneantes Alfredo Cifuentes Castañeda y Luis Montejo Torres, que entraron al establecimiento e intimaron rendición a dos sujetos armados, uno de los cuales resultó ser Luis Eduardo Gil Ríos, quien disparó su arma de fuego contra los funcionarios, hiriendo a Montejo en la mano derecha y a Cifuentes en la región axilar, antes de emprender la fuga. Sin embargo al día siguiente se logró su captura muy lejos del lugar de los acontecimientos.

Los demás comprometidos en los hechos delictivos fueron igualmente capturados y

reconocidos por varios de los que habían sufrido la amenaza en sus personas y el daño en sus patrimonios.

Perfeccionada la investigación se calificaron los hechos como doble homicidio agravado en grado de frustración y robo. De los primeros se responsabilizó a Luis Eduardo Gil Ríos y de coautoría en el robo a Ancízar Gaspar Castañeda y Juan Bautista Trejos. El auto se dictó el 23 de junio de 1972 y fue confirmado por el Tribunal sin modificación alguna en providencia del 24 de octubre del mismo año.

En el referido decreto de vocación a juicio el Tribunal observó respecto de la agravante especial por haber atacado a funcionarios públicos en ejercicio de los deberes propios del cargo:

"Como este delito se cometió contra funcionarios públicos, por causa del ejercicio de sus funciones, concurre la especial circunstancia de agravación a que se refiere el artículo 186 del Código Penal. No hay lugar a llamar a juicio por separado por este delito, pues como lo explicó con acierto el señor juez de primera instancia, la conducta a que se refiere el artículo 186 ibídem no configura una infracción autónoma sino que siempre debe estar ligada a otra infracción y obra no para efectos de computar concurso de delitos —artículos 31 y 33 del Código Penal— sino como circunstancia agravadora del otro delito determinando aumento específico de la pena. Por ello basta que se advierta en la parte motiva que se incurrió en esa infracción, y luego se anote en el cuestionario propuesto a los jurados".

La primera de estas cuestiones formulada en relación con el acusado Gil Ríos, inquirió por el delito de doble homicidio frustrado en las personas de los dragoneantes de la Policía Nacional, Unidad Risaralda, Alfredo Cifuentes Castañeda y Luis Montejo Torres, agregando que "el hecho fue cometido por razón del ejercicio de las funciones de éstos".

La respuesta del jurado fue claramente afirmativa de la responsabilidad de Gil Ríos y de los demás procesados, sin agregar ninguna explicación, ni eliminar la agravante del numeral 4º del artículo 363 del estatuto represor, como se pidió en el debate.

Sobre esta base se profirió el fallo condenatorio que es materia del presente recurso.

La demanda de casación

El apoderado especial del recurrente Gil Ríos dice apoyarse en las causales de casación primera y segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y enuncia así los dos cargos: "por cuanto que la sentencia es violatoria de la ley sustancial 'por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea' y no estar 'en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder' ".

Haciendo referencia a la causal primera sostiene que "erróneamente, en la sentencia recurrida, se tuvo como demostrada la calidad de funcionarios públicos por razón o a causa de sus funciones y a los fines del artículo 186 del Código Penal", desconociendo las normas del Código de Régimen Político y Municipal, que "determinan la prueba legal para acreditar la calidad de empleado público y el ejercicio actual de las funciones respectivas". En estas condiciones "hubo pues en la sentencia, un flagrante error de derecho que llegó a estimar como válida una prueba absolutamente ineficaz, como es la testimonial, para demostrar uno de los elementos previstos a efecto de estructurar los delitos contemplados en los artículos 184, 185 y 186 del Código Penal.

Tratando de explicar la existencia de la causal primera agrega el actor que la sentencia "confundio un hecho con otro, más propiamente, tomó un delito de lesiones personales como constitutivo de un delito de homicidio frustrado". Más adelante insiste en que el error consiste en "tomar como delito frustrado un hecho que no tuvo ese carácter... pues Gil Ríos, de haber sido la persona que causara las lesiones anteriormente aludidas, no ejecutó todo lo indispensable para matar, como era causar heridas de carácter grave y mortal en los cuerpos de Cifuentes Castañeda y Montejo Torres, y no habiendo ejecutado tales actos capaces de producir la muerte, los delitos frustrados de homicidio resultan desintegrados en uno de sus elementos esenciales, y sólo puede hablarse de delitos de lesiones personales".

En relación con la causal segunda, el demandante sostiene su existencia porque a Luis Eduardo Gil se le agravó la pena con aplicación del artículo 186 del estatuto represor, a pesar de que en la parte resolutiva del auto de proceder no se le hizo la atribución correspondiente: "El haberse interrogado a los jurados por un delito contra funcionarios públicos, delito éste no consignado en la parte resolutiva del auto de proceder, quiere ello decir que dicho cuestionario no fue elaborado de acuerdo con el hecho o hechos materia de la causa, produciéndose necesariamente un desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia que se dictó". Concluye:

"Si a mi poderdante se le imputó el delito contemplado en el artículo 186 del Código Penal, y esto se hizo en la parte motiva, en la parte resolutiva del auto de proceder ha debido llamársele a juicio por dicho delito, o sea, por el delito contra un funcionario público por razón o causa de sus funciones".

Finaliza pidiendo se case la sentencia y se dicte la que debe reemplazarla.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones de la demanda, aunque reconoce que ésta no identifica expresamente la naturaleza de la violación a la ley sustancial. Sólo "mediante amplio sistema interpretativo hay que deducir que la presunta violación es la indirecta, lo que se colige de la argumentación consiguiente".

Si el demandante invoca, como parece, la violación indirecta de la ley sustancial a título de error de derecho, debe ser rechazado el cargo, pues, como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, tratándose de juzgamientos con intervención de jurado de conciencia no puede plantearse esta suerte de objeciones. Agrega:

"De vieja data es la predicación de que el jurado popular **legitima** los elementos de certeza que fueron recogidos en el plenario, por gracia de la autonomía que le es inherente para ejercitar sus funciones en el juzgamiento. No pueden plantearse nuevamente a la Corte los hechos que debatió el juri, cuando su veredicto no fue castigado con la contraevidencia, a menos que sea calificable de contradictorio o inexistente. Esto tiene que suceder así porque expresos mandatos legales en ese sentido lo ordenan, al asignarle a los falladores de instancia la facultad privativa de contraevidenciar al veredicto y no haberse dado la misma competencia a la honorable Corte, actuando en sede casacional".

En consecuencia, concluye, debe ser rechazada la causal primera que se ha invocado.

Aludiendo a la causal segunda, el Agente del Ministerio Público opone tres razones de fondo, que se sintetizan así:

a) En el auto de proceder no se individualizo el delito contra funcionarios públicos porque el criterio expresado en esa providencia fue el de tener el ataque a los agentes de la Policía como una forma de graduar la pena, "sustrayendola del campo agravante del delito de homicidio, en la forma en que se le imputo";

b) "Aunque es cierto que la cuestión primera presentada al jurado de conciencia conlleva o adolece de irregularidad al decirse en ella que el hecho que cometio el procesado contra funcionarios publicos, por razon del ejercicio de sus funciones', tambien lo es que no tiene el que el senor demandante le ha querido dar, pues si se hubiera preguntado al juri sobre si Luis Eduardo Gil era responsable de haber realizado un punible contra funcionarios publicos, logicamente que tal pregunta se habria tenido que hacer en cuestionario aparte, y no dentro del que se redacto para indagar sobre la responsabilidad por el homicidio, en su forma degradada";

c) Ni en el auto de proceder ni en el cuestionario se hizo referencia al concurso entre el homicidio frustrado y el delito contra funcionarios públicos, y así se advirtió en el fallo recurrido, en el cual se reconoció la situación contemplada en el artículo 186 del Código Penal por haber obrado contra funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Existe, pues, acuerdo perfecto entre el veredicto y el auto de proceder.

En consecuencia, el Procurador pide que se deseche el recurso.

Consideraciones de la Corte

1. En numerosas oportunidades ha dicho la Corte que no es lógico ni jurídico invocar indiscriminadamente, basándose en la causal primera de casación, todas las situaciones a que se refiere ella, o sea, la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea. Apoyarse simultáneamente en estas tres circunstancias es tan equivocado como invocar escuetamente la infracción directa sin particularizar el agravio, es decir, enfrentando al mismo tiempo las tres variantes de inobservancia de la ley, aplicación del texto inadecuado e interpretación errónea de la misma. Esta simultaneidad conduce al absurdo, ha reiterado la Sala, porque si se dejó de aplicar el precepto no puede decirse que sí se tuvo en cuenta, aunque no se adaptara al caso. La actitud omisiva del primer evento excluye la positiva del segundo. La proposición recíproca también es valedera. Otro tanto ocurre si la crítica se apoya en cualquiera de las dos proposiciones, que dentro del texto no pueden tener ajuste lógico. Es esta una constante de la jurisprudencia que no sólo no ha tenido rectificación sino que se robustece con los fallos correspondientes que, se repite, son considerablemente numerosos.

2. Si el demandante, como en el presente caso, alega contra el fallo al mismo tiempo la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea, coloca a la Sala en imposibilidad de entrar al estudio de los cargos, ya que a ésta le está prohibido, por la técnica misma del recurso, suplir las deficiencias del libelo y buscar una interpretación adecuada del pensamiento del actor. En tales condiciones el cargo no puede ser examinado.

3. En lo que concierne a la causal segunda planteada, por el aspecto de la falta de consonancia entre el fallo y los cargos formulados en el auto de proceder, esto es, porque en éste se formuló específicamente la incriminación de que trata el artículo 186 del Código Penal, y, en cambio, en la sentencia sí se reconoció la circunstancia de que trata dicha norma, la Corte observa:

a) El artículo 186 del estatuto represor contiene una circunstancia calificante especial, que tiene como consecuencia un aumento de pena por el delito, cuando éste, cualquiera que sea su denominación, se comete contra un funcionario público, sea en su persona o en los derechos que le asisten. La disposición citada no describe un tipo criminoso sino que se vincula al que se cometa contra el funcionario siempre que éste actúe en ejercicio de sus deberes oficiales, o por razón o a causa de ellos;

b) Si se tratara de un tipo especial es claro que tendría que ser relacionado en el auto de proceder y, además, incriminado en la parte resolutiva de esta providencia, para todos los efectos legales, particularmente el de garantizar el derecho de defensa. Más aun, tratándose de infracciones en cuyo juzgamiento interviene el jurado, sería indispensable que se formulara el cuestionario correspondiente a fin de que los jueces de conciencia tuvieran oportunidad de pronunciarse sobre el cargo. Pero, como no es así, sino que el artículo instituye una circunstancia agravante que sólo procede cuando el ofendido es el funcionario público que actúa dentro de la órbita de su competencia funcional, o por razón o a causa de ella, no es necesario que se llame a responder en juicio por el hecho, sino apenas mencionarlo en la parte motiva; y, tratándose de infracciones en que interviene el jurado, que se explique la circunstancia en el cuestionario sometido a la consideración de éste;

c) Debe reafirmarse la jurisprudencia según la cual la razón de la agravante reside en que los funcionarios merecen una protección especial a sus personas por la dignidad de que están investidos, pero siempre que la infracción se ejecute dentro de las condiciones establecidas en la norma. No basta pues, que la víctima sea persona investida de autoridad, sino que es indispensable que el delito se realice por razón o a causa de la función. (Casaciones de 10 de abril de 1946, G. J. T. LX. Pág. 512, y de 21 de junio de 1963, G. J. T. CII, Pág. 391).

4. El fallo acusado armoniza con el auto de proceder, que en forma expresa reconoció la agravante del artículo 186 del Código Penal, circunstancia que también se mencionó en el cuestionario propuesto al jurado. En consecuencia debe declararse que no está probado el cargo y que el recurso debe desecharse. Así lo hará la Sala.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Eduardo Gil Ríos contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

SECUESTRO.—HOMICIDIO.— DELITOS CONEXOS ELEMENTOS QUE LOS CONFIGURAN.— SU JUZGAMIENTO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1972 proferida por el Tribunal Superior Militar, en el presente proceso que por los delitos de homicidio y secuestro, cometidos el 23 de marzo de 1971, en el sitio denominado Santana, jurisdicción del municipio de Montenegro, en el departamento del Quindío, se ha venido adelantando contra **Roberto Moncada Osorio, Fabio Alzate Rincón** (a. Tabaco), **Gustavo Upegui Cardona** e **Ignacio N. o Ignacio Montes o Gómez o Becerra Botello**, interpusieron los procesados, en tiempo oportuno, y les fue concedido y admitido, el recurso extraordinario de casación, que sustentaron por apoderados constituidos al efecto y se tramitó conforme al rito de ley, agotado el cual, se procede a decidir, teniendo en cuenta la siguiente relación de

Hechos y actuación procesal

El día 23 de marzo de 1971 salió, a eso de las dos de la tarde, el señor Jesús Arango Arbeláez, de su hacienda Santana, ubicada en el sitio ya mencionado, a bordo de un "jeep" en el que lo acompañaba el menor Heriberto Holguín.

Se dirigía a la cabecera del municipio de Montenegro pero antes de llegar a ese sitio, fue interferido por varios individuos que lo condujeron a la finca Primavera, en jurisdicción del municipio de Ulloa (Valle del Cauca) en donde se le dejó bajo la vigilancia de Ignacio Montes o Gómez o Becerra Botello, en tanto que los otros secuestradores regresaban a Montenegro en donde contrataron los servicios del conductor del carro de placas Q-6324, Ariel Jaramillo quien los llevó, primero, a la zona de tolerancia de Quimbaya y, después de algunas horas, hasta la finca en donde habían dejado a Arango Arbeláez, a quien exigieron la entrega de una suma de dinero a cambio de su libertad pero como la víctima les dijera que en el momento no tenía cantidad alguna y que lo dejaran libre para poder conseguir el dinero, uno de los malhechores le dio muerte de varios tiros de revólver, luego de lo cual lo enterraron.

Empero, al día siguiente, un labriego que habitaba por aquellos lugares, descubrió la tumba y procedió a dar aviso a las autoridades, iniciándose entonces la investigación correspondiente.

En el curso de ella fueron capturados Pedro Nel Betancourt García (a. Perrunga), Gustavo Upegui Cardona, Ariel Jaramillo, Roberto Moncada Osorio y Fabio Alzate Rincón contra quienes se profirió auto de detención.

Posteriormente el Comando de la Octava Brigada, con sede en Armenia, por medio de Resolución numero 7 de 14 de abril de 1971, ordenó la convocatoria de un consejo verbal de guerra contra estas personas para juzgarlos por los delitos de secuestro y homicidio en la persona de Jesus Arango Arbelaez.

Tal consejo se reunió el 15 de abril del año mencionado y en él se sometieron a la consideración de los vocales, cuestionarios en los que se les interrogó por los dos delitos mencionados, en relacion con cada uno de los acusados.

Fue así como se preguntó a los vocales si Roberto Moncada Osorio, Fabio Alzate

Rincón, Gustavo Upegui Cardona e Ignacio N. eran responsables de "haber privado injustamente de su libertad al señor Jesús Arango Arbeláez", si Moncada era responsable "de haber causado la muerte con el propósito de hacerlo a dicha persona, obrando con premeditación acompañada de motivos innobles, con el fin de ocultar la comisión de otro hecho delictivo y en condiciones de indefensión de la víctima, y si Fabio Alzate Rincón y Gustavo Upegui Cardona eran responsables de haber prestado su cooperación necesaria a Moncada Osorio para ocasionarle la muerte a Arango Arbeláez.

La respuesta de los vocales fue afirmativa de la responsabilidad de éstos y el Comandante de la Octava Brigada, juez de primera instancia, los acogió mediante sentencia de 5 de mayo de tal año, por medio de la cual impuso a aquéllos la pena principal de 24 años de presidio más las sanciones accesorias del caso.

Las partes interpusieron recurso de apelación contra el fallo ameritado y el asunto subió al Tribunal Superior Militar, que, antes de dictar el suyo ordenó la práctica de algunas pruebas, entre ellas la indagatoria de José Ignacio Becerra Botello, quien había sido juzgado en ausencia pero capturado con posterioridad al fallo de primera instancia.

Luego, por sentencia de 16 de diciembre de 1971, declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto condenatorio contra Pedro Nel Betancourt García (a. Perrunga) y aceptó los otros pero los dejó en suspenso "hasta que se defina lo relativo al veredicto declarado contraevidente".

El Comando de la Octava Brigada, nuevamente con el proceso, convocó, por medio de Resolución 014 de 26 de abril de 1972, consejo verbal de guerra para juzgar al particular Pedro Nel Betancourt García (a. Perrunga) por los delitos ya mencionados (fl. 410).

Tal consejo se llevó a cabo el 8 de mayo del año citado y en él se sometieron a los vocales dos cuestionarios sobre la responsabilidad del acusado en mención respecto a los ilícitos que se han citado.

La contestación fue negativa para ambas interrogaciones y en tal virtud, el Comando, por sentencia de 18 de mayo de dicho año absolvió a Betancourt García.

Pero no se limitó a esa dicha providencia sino que también en ella se condena a veinticuatro años de presidio, cada uno, a los acusados Moncada Osorio, Alzate Rincón, Upegui Cardona y Montes o Gómez o Becerra Botello.

Upegui Cardona y Moncada Osorio apelaron y el Tribunal Superior Militar, por la sentencia que es materia del recurso extraordinario de casación, reformó la del Comando para fijar en diez y seis (16) años de presidio, la pena principal a que se condena a los acusados, adicionándola, al mismo tiempo, con la condenación al pago de perjuicios y confirmándola en los demás puntos.

En ella el ad quem, si bien se refirió a su providencia de 16 de diciembre del año anterior (fl. 508), lo hizo sólo para mencionar que se había ordenado la convocatoria de un nuevo consejo verbal de guerra para que juzgara al acusado Betancourt García, pero no recordó para nada el hecho de que había aceptado los restantes veredictos proferidos en el primer consejo verbal de guerra y dejado en suspenso la decisión respecto a ellos, mientras se ventilaba el segundo.

Demandas de casación

Este recurso extraordinario fue interpuesto por los cuatro procesados Moncada Osorio, Upegui Cardona, Becerra Botello y Alzate, pero sólo lo sustentaron los dos primeros, por lo que fue declarado desierto para los restantes.

En la demanda formulada a nombre de Roberto Moncada Osorio, se hacen a la sentencia recurrida dos cargos, con carácter de principal, el primero y subsidiario, el segundo que pueden resumirse de la siguiente manera.

Primer cargo
(principal)

Con base en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se acusa la providencia recurrida de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional por violación del ar-

tículo 26 de la Carta ya que, al decir de la demandante, su poderdante fue sentenciado dos veces en primera instancia, la primera de ellas el 16 de diciembre de 1971, cuando se aceptaron los veredictos contra éste y los otros procesados y se declaró contrario a la evidencia de los hechos el proferido contra Betancourt García y se ordenó la convocatoria de un nuevo consejo verbal de guerra y la otra, con fecha 18 de mayo de 1972, en la que se condenó nuevamente a Moncada cuando ya se había proferido fallo de primera instancia y se hallaba en suspenso la decisión en el Tribunal, lo que se hizo aun cuando éste no había declarado sin valor la sentencia primera del Comando.

Segundo cargo
(subsidiario)

Acusa a la sentencia, con base en el mismo numeral ya citado, es decir, el 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por cuanto, en su concepto, se ha incurrido en nulidad, esta vez de carácter procesal, ya que, la acusación a Moncada y sus compañeros fue formulada por secuestro con el propósito de matar y no para robar, lo que significa, en el sentir de la demandante, que no hay concurso real entre el secuestro y el homicidio sino sólo un asesinato puesto que en este caso no se trata del secuestro que contempla el artículo 293 del Código Penal reformado por el Decreto 1988 de 1971 sino sólo de un elemento constitutivo del homicidio.

En consecuencia, concluye, no debió ser juzgado el caso por la justicia castrense sino por la ordinaria, y, al serlo por aquélla, se incurrió en nulidad por incompetencia del juez.

Por lo que hace a la demanda presentada a nombre de Gustavo Upegui Cardona, se formularon en ella, contra la sentencia recurrida, los cargos que se sintetizan a continuación.

Primer cargo

Basado en la causal 4ª de casación, o sea, por haberse dictado la sentencia en sentir del demandante, en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Lo hace consistir en que el ad quem no podía fallar "sin que previamente se hubiera definido la primera sentencia que había sido declarada por el Tribunal en suspenso".

Además dice que se ha incurrido en nulidad constitucional por haberse dictado sentencia dos veces contra el acusado Upegui Cardona.

Segundo cargo

Formulado también en el marco de la causal 4ª de casación, se hace consistir en que, a juicio del recurrente, el proceso está afectado de nulidad por cuanto en el cuestionario que se formuló a los vocales no se les preguntó por el propósito de matar ni por las circunstancias de agravación siendo así que ambos elementos forman parte del cuerpo del delito y era necesario incluirlos en aquél para que los vocales se pronunciaran sobre ellos.

Agrega, en este mismo cargo, que a su poderdante se le dedujo una cooperación necesaria sin arraigo suficiente en el informativo.

Tercer cargo

Basado, al igual que en los anteriores, en la causal 4ª de casación pero esta vez por violación, a juicio del demandante, del artículo 26 de la Carta como consecuencia de habérsele negado, dice, el derecho de defensa a su representado al no accederse a la petición hecha por su defensor, durante el consejo de guerra, para que se practicaran algunas pruebas.

Cuarto cargo

También dentro del marco de la referida causal de casación, se hace a la sentencia el cargo de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por violación de la citada norma de la Carta por no haberse interrogado a los vocales sobre las circunstancias del secuestro de que se acusó a Upegui Cardona ni sobre si el acusado obró como autor material o intelectual, o como cómplice necesario o no necesario, lo que dio lugar a que se vulnerara el derecho de defensa de aquél "en razón de que no se

pudo saber el grado de responsabilidad del procesado".

Agrega que, por no haberse tomado en cuenta lo prescrito por los artículos 576, 559, 560 y 563 del Código de Justicia Penal Militar, se violó el artículo 26 de la Constitución ya que no se tuvieron en cuenta las normas constitucionales que amparan el derecho de defensa del acusado.

Quinto cargo

De la misma manera que los anteriores, lo ubica el demandante en la causal 4ª de casación por considerar que hubo error en la denominación jurídica del delito, generante de nulidad, por cuanto se acusó a su representado por un delito de secuestro que no tenía existencia propia ya que la privación de la libertad de la víctima, por no haber producido beneficios económicos a sus captores, no era sino una circunstancia agravante del homicidio, prevista en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal por haberse puesto a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad.

Sexto cargo

Lo ubica el demandante en la causal 2ª de casación por considerar que el fallo está en desacuerdo con el veredicto del jurado ya que, en su concepto al no haberse interrogado a los vocales sobre ninguna circunstancia calificadora del homicidio, la respuesta afirmativa de éste se refería, no a un asesinato, sino a un homicidio simple y por lo tanto no se podía condenar por la figura agravada de este delito.

Séptimo cargo

Se formula en el ámbito de la primera parte de la causal 1ª de casación por cuanto, a juicio del demandante, al condenarse por los delitos de secuestro y homicidio agravado, se estaba dando indebida aplicación a los artículos 294 y 363 del Código Penal, así como también el artículo 33 del mismo ordenamiento.

Reitera, a este propósito, que el jurado consideró a Upegui como cooperador de un delito de homicidio simplemente voluntario y el Tribunal lo condenó por uno agravado con lo cual violó directamente el artículo 363 del Código Penal.

Asimismo considera que se violó el artículo 294 ibídem porque se condenó por secuestro sin que tal delito hubiera sido demostrado en los autos.

Y, por esta última razón, concluye, tampoco podía hablarse de concurso material entre los dos delitos mencionados por lo que se violó, al aplicarlo indebidamente, el artículo 33 del mismo ordenamiento citado.

Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría de las Fuerzas Militares solicita que se case la sentencia recurrida por cuanto fue dictada en un juicio viciado de nulidad lo que hace aplicable la causal 4ª de casación.

Considera, en efecto, que el Comando de la Octava Brigada no tenía competencia para dictar un nuevo fallo condenatorio contra los acusados Moncada y Upegui Cardona porque ya se había pronunciado, en sentencia, respecto a ellos, aceptando el veredicto condenatorio que, respecto a esos procesados, pronunció el consejo de guerra y que fue también admitido por el Tribunal que se limitó a dejar en suspenso la decisión relativa a aquéllos mientras se decidía la suerte de Betancourt García respecto al cual se había declarado contrario a la evidencia de los hechos el veredicto que lo declaraba responsable.

Y siendo esto así, el juzgado tenía una competencia limitada al juzgamiento de este acusado, sin que pudiera pronunciarse respecto a los demás.

O sea que, al volver a condenar a éstos, lo estaba haciendo sin competencia y el Tribunal debió manifestarlo así, lo que no hizo, limitándose a acoger lo decidido por el a quo por lo que su sentencia estaba recayendo en un juicio viciado de nulidad.

Reconocido esto, considera el Ministerio Público que resulta innecesario estudiar los demás cargos formulados por las dos demandas de casación.

Consideraciones de la Corte

Por imperativos de método en el examen de las causales habrá de examinarse ante

todo, lo que respecta al cargo basado en la 4ª de casación.

El ataque en cuestión se formula en ambas demandas, como principal en la presentada a nombre de Roberto Moncada Osorio y como primero en la que se refiere a Gustavo Upegui Cardona, motivo por el cual la Sala se referirá en conjunto a ambos libelos.

Consiste, como se deja atrás resumido, en que la sentencia recurrida fue dictada en un juicio viciado de nulidad porque el Comando de la Octava Brigada sólo tenía facultad para juzgar, por segunda vez, en consejo verbal de guerra, a Pedro Nel Betancourt García (a. Perrunga) y, por lo tanto, para dictar una nueva sentencia que habría de referirse, en forma exclusiva, a este acusado, pero no para pronunciarse nuevamente sobre los otros, por lo que, al hacer esto último, estaba actuando sin competencia e incurría en la causal de nulidad contemplada en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

De la misma manera, el Tribunal Militar, al referir su sentencia de 12 de diciembre de 1972 que es la recurrida en casación, a la del Comando sin tomar en cuenta su anterior providencia de 16 de diciembre del año anterior, por la cual aceptaba los veredictos condenatorios, los dejaba en suspenso y declaraba contrario a la evidencia de los hechos el pronunciado respecto a Betancourt García, estaba incurriendo en la misma causal de invalidez procesal.

Al respecto es necesario advertir que en la providencia de 16 de diciembre, el Tribunal prácticamente se limitó a declarar contraevidente el veredicto proferido en relación a Betancourt García y a aceptar los otros, pero dejando en suspenso la decisión sobre ellos. Es decir que, respecto a estos últimos, no hubo decisión de fondo.

No puede, en consecuencia, afirmarse que el Tribunal limitó la competencia del a quo al solo pronunciamiento relativo a Betancourt por cuanto para que tal sucediera, se necesitaría, o bien una manifestación expresa del ad quem que limitara la competencia del Comando, o una norma legal igualmente explícita en ese sentido.

Pero de las disposiciones legales sobre el particular, lo que se deduce es lo contrario, esto es, que el pronunciamiento del Comando debía cobijar también a los demás procesados ya que así lo hace imperativo la unidad de fallo consagrada, junto con la del proceso, como principio fundamental, por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Unidad del proceso penal. Salvo las excepciones legales, para la investigación y fallo (subraya la Sala) de cada delito, se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes.

"Igual norma se seguirá si se tratare de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o en acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio".

La unidad de fallo, a que se refiere la norma transcrita, debe entenderse en el sentido de que las decisiones de fondo de los jueces, tiene que abarcar no sólo todos los delitos juzgados sino a todos los sujetos pasivos de la acción penal.

La repetición que del examen de la situación procesal de los procesados Moncada Osorio, Alzate Rincón, Upegui Cardona y Montes o Gómez o Becerra hizo el Comando, en la sentencia mencionada en último término, lejos de contravenir norma alguna del proceso, acata la que se deja transcrita y se ciñe a ella estrictamente, por lo que no se puede afirmar que se haya incurrido en nulidad al actuar el Comando como lo hizo ni el Tribunal Militar al tomar en cuenta esa sentencia para revisarla en la suya que es objeto del recurso.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Pasa ahora la Sala a examinar los restantes cargos aducidos contra la sentencia, comenzando por el que, con carácter de subsidiario le hace la demanda presentada a nombre de Moncada Osorio y que, como se deja dicho, consiste en que hubo nulidad procesal por incompetencia del juez ya que, a juicio de la demandante, como no se dijo que la privación de la libertad de la víctima tuviera como fin obtener un provecho ilícito, no se puede afirmar que hubo delito de secuestro y esa conducta vendría a ser sólo un episodio en el delito de homicidio, cuyo conocimiento correspondía a la justicia ordinaria, y no a la castrense que, por ello, estaría actuando sin competencia.

Se responde

El propósito de conseguir, para sí o para otro, un provecho o utilidad ilícitos, no es sino una agravante del delito de secuestro, consagrado originalmente por el artículo 293 del Código Penal y reproducido por las normas posteriores, entre ellas, el artículo 4º de la Ley 21 de 1973.

Pero la forma simple y básica de ese ilícito, no requiere tal propósito sino que basta, para configurar el elemento subjetivo de esa infracción, la conciencia y la voluntad de privar ilícitamente de la libertad a una persona, esto es, de coartar su facultad de decidirse a moverse, en forma tal que no disponga de autonomía suficiente para ejercer lo que se llama la libertad física.

No puede, en consecuencia, afirmarse que cuando se priva de la libertad a una persona y luego se le da muerte, aquella conducta sea sólo una parte integrante de este último hecho, ya que, desde el momento en que deliberadamente se obstaculizan, en forma y por tiempo jurídicamente apreciables los movimientos de una persona, se configura el delito de secuestro.

De ahí que la separación que se ha hecho en el presente proceso entre este delito y el de homicidio sea perfectamente lógica y como quiera que se trata de dos ilícitos conexos, se tiene que el juzgamiento de ambos estaba atribuido a la justicia penal militar, a virtud de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 254 de 1971, vigente en la época en que se cometieron los hechos y fueron juzgados.

No prospera, tampoco, este cargo.

Respecto a los formulados por la demanda presentada a nombre de Gustavo Upegui Cardona, ya se examinó el primero de ellos, por cuanto es el mismo presentado, como principal, por la demanda que se acaba de estudiar.

El cargo segundo, que se ubica en la causal 4ª de casación, no tiene asidero legal en el proceso ya que la acusación hecha a Upegui era la de complicidad necesaria en la muerte de Arango Arbeláez, lo que hacía innecesario interrogar a los vocales sobre la intención de matar, ya que la cooperación en un delito implica el conocimiento de éste en sus dos aspectos, objetivo y subjetivo, por lo que bastaba interrogar sobre si existía la concurrencia en el acto, lo que ya envolvía la pregunta acerca de la intención pues no puede haber cooperación culposa ni menos por caso fortuito.

El tercer cargo, consistente en haberse incurrido en nulidad constitucional por menoscabo del derecho de defensa del acusado, tampoco tiene base por cuanto no es cierto que al negarse unas pruebas que el defensor de Upegui Cardona pidió se practicaran durante el consejo de guerra, se disminuyera el derecho de éste a defenderse.

Examinada el acta de la audiencia (fls. 165, cuaderno principal) se encuentra que si bien los vocales no accedieron a que se recibieran algunas declaraciones pedidas por la defensa para demostrar que el acusado Upegui había permanecido, la noche de autos, en una cantina de su propiedad, en cambio se accedió a oír, allí mismo, dos testigos citados para el mismo efecto y, además, en el expediente obraban otras dos declaraciones sobre este punto, lo que hacía innecesario recibir más testimonios al respecto.

O sea que, en manera alguna, se coartó el derecho a defensa de tal acusado. Y por eso se ha dicho que el cargo carece de fundamento.

Respecto al quinto cargo, que se refiere a una presunta nulidad por error en la denominación jurídica del delito, se puede afirmar, igualmente, que no tiene base pues en el fondo lo que se dice es que no había pruebas para acusar a Upegui por secuestro, lo que hace doblemente inadmisible la acusación, primero porque se formuló en sede impropia, ya que su marco natural es la causal 1ª de casación (segunda parte) y, en segundo término, porque, de acuerdo con reiterada doctrina de la Corte, en los juicios en que intervienen el jurado o los vocales, no cabe alegar error en la apreciación de las pruebas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta sentencia.

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

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO DE APELACION

Su improcedencia cuando se interpone como subsidiario al de reposición y se acepta esta última. Cuando se acude a los dos recursos, el de reposición y el de apelación, el último tiene necesariamente la condición de subsidiario del primero, para cuando la pretensión del impugnante ante el propio juez que profiere la providencia objeto del recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., febrero once (11) de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Para que se resuelva sobre el recurso de apelación interpuesto por el procesado Alonso Restrepo Suárez contra la providencia por la cual se le llama a juicio, el Tribunal Superior de Neiva ha enviado a la Corte el proceso que se sigue contra el recurrente, por detención arbitraria.

El Procurador 2º Delegado en lo Penal pide que la Corte se abstenga de resolver el recurso, por ser improcedente y anota sobre el particular:

"El Tribunal Superior de Neiva en auto del 23 de agosto de 1973 llamó a responder en juicio ordinario al ex-Juez Promiscuo Municipal de San Vicente del Caguán, Alonso Restrepo Suárez, por el delito de detención arbitraria, de que trata el Código Penal en su libro II, título XI, capítulo II.

"Al notificarse el acusado del auto de enjuiciamiento interpuso el recurso de apelación y manifestó que posteriormente nombraría defensor (fl. 106 v.).

"La aludida designación recayó en el abogado Joaquín Sandino González (fl. 107 v.), quien fue reconocido pero no tomó posesión (fl. 108 v.).

"En escrito que aparece al folio 109 del informativo Ruperto Suárez otorgó poder al abogado Hernando Ramírez, quien luego de ser reconocido tomó posesión y recibió notificación personal del auto de proceder.

"El defensor en memorial del 21 de septiembre de 1973 propuso recurso de reposición contra el auto de enjuiciamiento para que se modificara y subsidiariamente el de apelación.

"El Tribunal Superior de Neiva, en providencia del 18 de octubre de 1973, atendió la petición del defensor y modificó el auto de proceder dictado contra Restrepo Suárez y en el mismo proveído concedió el recurso de apelación interpuesto por el acusado.

"Estima esta Procuraduría Delegada que esta última actuación del juzgador de primer grado es improcedente, porque las pretensiones del defensor del acusado fueron satisfechas plenamente en el auto en que repuso el de enjuiciamiento y aceptar la apelación interpuesta por el acusado, atentaría contra la unidad de la defensa y, lo que es peor, significaría que el acusado puede emprender una vía y su defensor otra, aunque resulten contradictorias como es el caso de autos, en que el defensor, profesional del derecho, entendió como bastante la rebaja de la imputación mientras que el acusado, en acto muy anterior, propuso la alzada contra el auto de enjuiciamiento original. Se pregunta este despacho: la ape-

lación se refiere al auto del 23 de agosto o al del 8 de octubre?

"En consecuencia, muy atentamente solicito a la honorable Sala no dar curso a la apelación improcedente".

Pues bien:

Como lo pide el Ministerio Público, corresponde a la Corte abstenerse de considerar el recurso de apelación de que se ha hecho referencia, por cuanto:

1º Es evidente que entre la parte procesada y su personero debe darse unidad de criterio en cuanto a los fines que dentro del proceso penal le corresponde al acusado.

En consecuencia, no resulta racional una disparidad de criterio entre el sindicado y su representante judicial.

2º El auto interlocutorio objeto del recurso de apelación, como es sabido, admite igualmente el recurso de reposición. Pero es obvio que aquél debe ser intentado como subsidiario de éste, cuando los dos son propuestos.

De no ser así, puede llegarse a situaciones que pueden redundar en daño mismo del derecho de defensa y, por ende, de los intereses del acusado.

Supóngase que, como ha ocurrido en este negocio, el procesado interponga únicamente el recurso de apelación, y posteriormente su defensor pida que se revoque el proveído enjuiciatorio y obtenga que así se haga, profiriéndose en su lugar un sobreseimiento definitivo: ¿Queda interés alguno o se mantiene razón que lo explique, para que se le dé curso a la apelación propuesta por el sindicado?

De otra parte, si lo buscado por la parte procesada se obtiene mediante el recurso de reposición, ¿qué objeto tendría el que se diera curso al de apelación, antes propuesto?

Es natural, entonces, que, como se dejó anotado, cuando se acude a los dos recursos, el de reposición y el de apelación, el último tiene necesariamente la condición de subsidiario del primero, para cuando no se obtiene la pretensión del impugnante ante el propio juez que profiere la providencia objeto de los recursos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal, se abstiene de conocer del recurso de apelación de que se ha hecho mérito, por resultar improcedente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La falta de notificación personal del auto, por medio del cual se ordena la práctica de pruebas, al procesado detenido, constituye nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., once de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por Fabio Banguero Mansilla, sargento segundo del Ejército, contra la sentencia del trece de febrero de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior Militar, confirmando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de tres (3) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de falsedad en documentos militares.

Antecedentes

a) La sentencia acusada contiene la siguiente adecuada síntesis de los hechos ventilados en el proceso:

"En el transcurso del año de 1971, el procesado fue objeto de varias sanciones por faltas cometidas dentro del servicio; como es de rigor, esas sanciones se anotaron en el folio de vida del suboficial Banguero Mansilla; éste consciente de que esas constancias le podían acarrear perjuicio en su carrera militar, trató de persuadir a sus superiores para que le rehicieran el documento sin lograrlo en principio; sin embargo, gracias a su insistencia, uno de ellos le corrigió el folio de vida mediante la elaboración de un nuevo documento, pero sin omitir todas las sanciones que aparecían en el primitivo folio. Como el deseo de Banguero Mansilla no quedó satisfecho con esa parcial modificación de su folio de vida resolvió elaborarse por su cuenta otro, mediante falsificación de firmas de sus superiores y empleo de sellos militares auténticos, todo con el ánimo de ocultar su deficiente comportamiento en filas";

b) Adelantada la investigación que se estimó conducente, mediante Resolución Nº 006 de 1972 (julio 17), el Comandante del Batallón de Ingenieros de Combate Caldas, invocando sus atribuciones legales y en especial las que le confieren los artículos 331 y 566 del Código de Justicia Penal Militar, previos los considerandos pertinentes resolvió convocar un consejo de guerra verbal en la Guarnición Militar de Tolemaida, para que por el procedimiento previsto en los artículos 566 y siguientes de la obra citada "juzgue al sargento 2º Fabio Banguero Mansilla por el referido delito de falsedad en documentos militares, contemplado en el título VI, capítulo IV del libro II ibídem", consejo que debía reunirse en una de las dependencias de la mencionada unidad el día 19 del mismo mes;

c) Al culminar el debate oral dentro del consejo, la presidencia sometió a la consideración de los vocales el siguiente cuestionario:

"El acusado, sargento 2º del Ejército Nacional Fabio Banguero Mansilla, es responsable, sí o no, de haber hecho un documento falso destinado a producir efectos militares o probatorios en el ramo de guerra, consistente en copiar, sin autorización legal su folio de vida correspondiente al año de 1971, omitiendo en tal elaboración

una sanción disciplinaria, imitando la firma del superior jerárquico respectivo y colocando al pie de ésta un sello oficial de la Compañía del Comando de Ingenieros 'Caldas', según hechos ocurridos en el mes de febrero de mil novecientos setenta y dos dentro de la Guarnición Militar de Tolemaida?".

"Sí es responsable", fue la respuesta unánime de los señores vocales.

d) Acatando el veredicto, la presidencia del consejo profirió el 26 de julio de 1972 la sentencia de primer grado, en la cual condenó al procesado Banguero Mansilla a la pena principal de tres (3) años de presidio, "como autor responsable del delito de falsedad en documentos militares de que dan cuenta estas diligencias, contemplado en el artículo 177, numeral 2º, literal 1) del Código de Justicia Penal Militar", fallo que el Tribunal Superior Militar confirmó como ya hubo de expresarse, en el que ahora es objeto del recurso de casación, adicionándolo en el sentido de ordenar que se compulsen las copias necesarias para que se adelante investigación penal contra el teniente, hoy capitán, Luis Alberto Bernal Cuervo, quien conforme a la parte motiva del referido fallo, pudo haber cometido también el delito de falsedad descrito en la letra i), ordinal 2º, de la norma citada.

La demanda

Se impugna el fallo recurrido con fundamento en la cuarta de las causales de casación previstas por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo se formulan cuatro cargos, a saber:

a) La sentencia se dictó "en un juicio en el cual se violaron formas sustanciales". El actor discurre largamente en torno a la afirmación anterior, pero el aparte que a continuación se reproduce compendia su pensamiento sobre el particular:

"Si los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, constituyen la base probatoria del cuerpo del delito; si este concepto se concreta al y en el llamado proceso de adecuación típica y si el tipo incluye en ocasiones elementos de valor subjetivo, jurídico, etc., hay que concluir que el comportamiento del que se acusó a Banguero Mansilla no permite el dicho proceso de adecuación, porque el tipo de falsedad militar en la fabricación de documentos, incluye factores de índole jurídica de significado preciso. Esos términos o elementos son 'documento' y 'falso'. No es documento cualquier escrito y no es falsedad la mera inexactitud, mentira o pretensión de engaño. Luego los folios incriminados no reúnen los requisitos indispensables para que puedan constituir el delito de falsedad militar, de donde se desprende que no mediaba, no ha mediado ni mediará la prueba plena del cuerpo del delito. Al tomarse por tal los folios mismos con o sin la opinión del perito grafólogo y redactarse cuestionario por falsedad, se violó la garantía de ser juzgado solamente por hechos definidos previamente como delitos en la ley y particularmente se redactó cuestionario en contra de lo preceptuado por los artículos 559 y 560 del Código de Justicia Penal Militar, lo cual origina nulidad a términos del numeral 6º del artículo 441 del mismo Código".

b) Se dio aplicación a un procedimiento inadecuado, violando la ley procedimental. En sentir del demandante es incuestionable la dependencia que existe entre la destrucción del folio de vida de Banguero Mansilla, atribuida al oficial Bernal Cuervo, y la hechura del documento que se reputa falso, hecho juzgado en este proceso. Se trata, pues, de hechos vinculados por conexidad consecuencial que, por tanto, debieron investigarse y fallarse en un mismo proceso. Y concluye:

"La sanción establecida para la violación de este mandato procesal no se encuentra en una nulidad legalmente prevista de manera expresa, pero en cambio tiene expresión en el artículo 26 de la Constitución que hace mandatorias las formalidades propias de cada juicio..."

c) Siendo uno de los hechos conexos atribuible a un oficial del Batallón de Ingenieros de Combate "Caldas", el conocimiento del asunto en primera instancia no correspondía al Comandante de ese cuerpo, sino al Comandante de la Décima Brigada, conforme al artículo 330 del Código de Justicia Penal Militar. Se incurrió así en la causal de nulidad contemplada por el artículo 441, ordinal 1º, de la misma obra;

d) Ni el procesado Banguero Mansilla ni su defensor recibieron notificación personal del auto visible al folio 114 del informativo, en el cual se expresa que dentro del término de su ejecutoria las partes pueden pedir las pruebas que estimen conducentes. Tal omisión quebrantó el derecho de defensa del acusado, violándose el artículo 26 de la Carta.

El Ministerio Público

En el correspondiente alegato el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se refiere, en primer término, a los hechos debatidos en el juicio castrense y a la actuación procesal; compendia luego los cargos propuestos al amparo de la causal cuarta y, finalmente, expone los siguientes conceptos:

"Si bien es cierto que el demandante hace relación a cuatro cargos contra la providencia del Tribunal sentenciador, esta agencia fiscal considera que no necesariamente debe remitirse a hacer un análisis pormenorizado de todos cuando en su sentir encuentra que uno de ellos tiene respaldo en la pretensión del casacionista. En efecto, al sustentar el cuarto cargo, señala el doctor Talero Losada que la sentencia se dictó sin antes haberse cumplido la formalidad de notificar personalmente el auto de apertura a pruebas dictado por el Tribunal Superior Militar el 21 de agosto de 1972 a sabiendas de que el suboficial Banguero Mansilla se encontraba detenido y de tal situación de detención se informó al ad quem mediante el oficio que obra al folio 113 cuando su parte final dice, en mayúsculas, 'HAY DETENIDO'.

"Realmente el Código de Justicia Penal Militar no señala la notificación personal sino en aquellos procesos que cursen en el lugar donde se encuentre el detenido, pero es un hecho que esta informalidad procesal es un vacío existente en la normación procedimental castrense y por ello debe recurrirse a las normas que sobre el particular consagra el Código de Procedimiento Penal colombiano, lo cual ha debido hacerse en el presente caso".

De acuerdo con el anterior criterio, "conceptúa que debe despacharse favorablemente la pretensión del demandante".

La Corte considera

1. Como se recordará, la primera de las tachas propuestas al amparo de la causal cuarta de casación, única aducida, consiste en que, según el actor, "los folios incriminados no reúnen los requisitos indispensables para que puedan constituir el delito de falsedad militar..."

Para desechar el cargo basta observar que él implica la inequívoca afirmación de que se trata aquí —piensa el impugnante— de una conducta o proceder atípicos frente a las normas punitivas, planteamiento que, dada su naturaleza, sólo podría examinarse dentro del marco de la causal primera, sobre el presupuesto de una violación directa de la ley sustancial.

2. La conducta presuntamente delictuosa del oficial Bernal Cuervo debió investigarse y fallarse con la del sargento Banguero Mansilla en un mismo proceso. Mas como no se cumpliera la norma que así lo dispone, se incurrió en una nulidad de tipo supralegal. Esto es, en esencia, el contenido del segundo cargo.

Se pretende elevar a la categoría de nulidad constitucional una irregularidad a la cual, como lo reconoce el demandante, ni siquiera le asignó la ley de procedimiento el valor intrínseco suficiente para invalidar la totalidad de la actuación o parte de ella. Ha dicho esta Sala en numerosas ocasiones que la interpretación de las causales de nulidad ha de ser restringida; y que sólo en casos verdaderamente excepcionales en que un acusado no haya podido ejercitar su derecho de defensa, o en que se hayan socavado las bases esenciales del juzgamiento, puede apelarse a una interpretación que consulte los intereses de la justicia, argumentando a fortiori o con mayor razón. No es este, por cierto, uno de tales casos, y por ello carecería de todo fundamento jurídico al ascender a la jerarquía de nulidad supralegal la circunstancia alegada por el recurrente.

Lo dicho significa que también carece de justificación la supuesta incompetencia del juzgador de primer grado, vale decir, del Comando del Batallón de Ingenieros de Combate "Caldas", aducida como consecuencia necesaria y directa de la anterior.

3. Está llamado a prosperar, en cambio, el cuarto y último cargo: Haberse cercenado ostensiblemente el derecho de defensa del procesado al privársele de la notificación personal de la providencia visible al folio 114 del informativo, en la cual se expresa que dentro del término de su ejecutoria las partes pueden solicitar las pruebas que estimen conducentes. En efecto, como lo anota la Procuraduría, para decidir respecto de censura similar a la presente, antepuso esta Sala en sentencia del 19 de octubre de 1972 (casación de Alvaro Bedoya Guzmán), las siguientes razones:

"Recuerda el Procurador en su ilustrado concepto que conforme al parágrafo 1º del artículo 427 del Código de Justicia Penal Militar 'El procesado detenido en el lugar donde se sigue el juicio será notificado personalmente'. De lo cual desprende el corolario de que no será notificado de manera personal el procesado que se halla cumpliendo detención en lugar distinto de aquel en que se adelanta el juicio. Como Bedoya Guzmán se encontraba recluido en Cali, podía omitirse la notificación personal del auto controvertido sin que de allí surja nulidad alguna.

"Considera sin embargo esta Sala que la disposición transcrita indica la forma como deben notificarse los autos interlocutorios y las sentencias al reo que esté detenido en la sede del juicio, pero nada dispone respecto del procedimiento a seguir cuando tal detención se está cumpliendo en lugar diferente. En rigor, se está aquí en presencia de un vacío de la ley, hipótesis contemplada por el artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar: 'Son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en este Código o en leyes especiales y en cuanto vengan a llenar vacíos, las disposiciones contenidas en los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil'.

"En manera alguna se oponen al estatuto castrense los preceptos contenidos en los artículos, 180 y 183 del Código de Procedimiento Penal. El primero ordena en su inciso inicial: 'Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y el Ministerio Público se harán en forma personal'. Y el segundo expresa: 'Cuando el procesado no esté en el lugar del proceso, la notificación personal se hará por medio de juez comisionado a quien se librará despacho dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la en que se haya dictado el auto o sentencia que deba notificarse'.

"No se procedió así, como se ha visto. Es preciso destacar aquí que no se trataba de una providencia sin especiales proyecciones dentro del trámite de segundo grado, sino de un proveído con significado trascendente en la secuela general del juzgamiento, puesto que de él dependía la oportunidad de solicitar la práctica de pruebas, con la sola limitación de que fueran conducentes. Al privarse al acusado de tal garantía, por inobservancia de las formas propias del juicio en tan grave materia, se le conculcó el derecho de defensa, infringiéndose el artículo 26 de la Carta".

4. Procede, consecuentemente, dar aplicación a la regla contenida en el artículo 583, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo acusado del Tribunal Superior Militar y, en su lugar, declara la nulidad de lo actuado en este proceso a partir de la notificación, inclusive, del auto de veintiuno (21) de agosto de mil novecientos setenta y dos (1972), visible al folio 114 del informativo, y dispone devolver el expediente al despacho de origen para que proceda con arreglo a lo aquí resuelto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO COMO CAUSAL DE CASACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Mediante sentencia de 5 de marzo de 1973, el Juzgado Penal del Circuito de La Dorada absolvió al procesado Cruz Rusinque Sacristán del cargo de estafa en perjuicio de Manuel Acosta Manjarrés, que le había formulado en juicio por auto de 14 de noviembre de 1972.

El Tribunal Superior de Manizales conoció de ese fallo, en grado de consulta; lo revocó en el suyo de 15 de junio postrero, y en su lugar condenó al acusado a la pena principal de diez y ocho meses de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago de $ 20.000.00, en favor del ofendido Acosta Manjarrés, por los perjuicios que a éste causó.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el defensor del condenado el recurso de casación, que le fue concedido y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en auto de 30 de agosto último.

Agotado como se halla el trámite de la impugnación, se procede a resolver.

Síntesis del proceso

A comienzos del año de 1972 el señor Cruz Rusinque Sacristán persuadió al señor Manuel Acosta Manjarrés para que compraran en compañía una finca ubicada en Puerto Olaya, denominada "Los Morros", de propiedad de los esposos Alejandrino Lozano y Eva Suárez de Lozano, cuyo precio era de $ 70.000.00, pues que en corto tiempo podrían obtener jugosa ganancia.

El señor Acosta Manjarrés visitó el inmueble en asocio de Rusinque Sacristán y se interesó en el negocio planteado por éste, pero le manifestó que carecía de dinero para hacer el pago. Ante esta manifestación, Rusinque Sacristán convenció a Acosta Manjarrés para que hipotecara su casa de habitación, situada en La Dorada, y sugirió al señor Guillermo Muñoz que hiciera el préstamo de dinero con garantía hipotecaria.

Fue así como el citado Muñoz dio en mutuo con interés al señor Manuel Acosta la suma de $ 20.000.00, representada en un cheque girado a su favor y contra el Banco Industrial Colombiano de La Dorada, con plazo de tres meses para el pago, y con garantía de hipoteca sobre su casa de habitación. Dicho instrumento fue endosado por Acosta y entregado a Cruz Rusinque, quien lo cobró por ventanilla, luego de endosarlo, en el Banco girado.

Afirma también el denunciante Acosta que entregó a Rusinque, por petición de éste, otros cheques girados por él contra la Caja de Crédito Agrario, Seccional de Puerto Salgar, para el pago del fundo cuya compra se proyectaba.

Como el nombrado Acosta fuera informado por los promitentes vendedores Lozano-Suárez de que no habían recibido la referida suma, y se enteró igualmente de que los cheques se encontraban en poder de terceros, procedió a formular, el día 4 de mayo de 1972, denuncia contra Cruz Rusinque Sacristán, por el delito de estafa.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Segundo Penal Municipal de La Dorada, que practicó pruebas, decretó la detención preventiva del sindicado y pasó luego

el informativo al Juzgado Penal del Circuito, competente para conocer del asunto.

El Juez del Circuito declaró cerrada la investigación y calificó el sumario con auto de proceder contra Rusinque Sacristán, por el delito de estafa, en proveído de 14 de noviembre de 1972, que no fue protestado en apelación.

Concluida la tramitación del juicio, el juez del conocimiento pronunció, con fecha 5 de marzo de 1973, sentencia absolutoria, por considerar que existían dudas acerca de la existencia del delito atribuido al acusado.

Dicho fallo fue consultado y el Tribunal Superior de Manizales lo revocó en el suyo de 15 de junio último, en el que se impusieron al procesado Cruz Rusinque Sacristán las sanciones anteriormente indicadas.

La impugnación

En la demanda, presentada por medio de apoderado especial y que se declaró ajustada en su forma a las exigencias legales, se acusa la sentencia recurrida con fundamento en las causales de casación contempladas en los ordinales 1º y 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así:

Causal primera

Afirma el actor que la sentencia del ad quem es violatoria de los artículos 408 y 410 del Código Penal, "porque se interpretaron erróneamente pruebas aportadas al proceso y se menospreciaron otras", y que "tal apreciación de las pruebas hizo incurrir al Tribunal Superior de Manizales en error manifiesto de hecho y lo determinó además a dar indebida aplicación a lo dispuesto por el Código Penal en las disposiciones atrás citadas".

Como yerros del sentenciador de segundo grado en la valoración de la prueba señala el demandante, en resumen:

1º Haberle otorgado credibilidad a la sindicación hecha por el ofendido Acosta Manjarrés, "por existir elementos de juicio que la respaldan", afirmación ésta que, en sentir del impugnador, no es exacta.

2º Haber dividido la confesión del sindicado Rusinque Sacristán, quien a través del proceso admitió haber recibido del denunciante Acosta Manjarrés la suma de $ 20.000.00, mas no para entregarla a los cónyuges Lozano-Suárez, en desarrollo del negocio pactado, sino a título de mutuo, cualificación que no fue desvirtuada en el proceso, pues contra ella sólo existe la versión del presunto ofendido.

3º Haber considerado que el procesado Rusinque indujo en error, por medio de engaños, al denunciante Acosta, al hacerle creer a éste que la propiedad de los esposos Lozano-Suárez sería adquirida para ambos, pues dicho negocio fue planeado por Rusinque de buena fe, con intención de consumarlo, y si no se llevó a término en compañía de Acosta fue porque éste lo impidió al apresurarse a denunciar a Rusinque, quien en realidad celebró más tarde el negocio en asocio de un tercero.

4º Haber apreciado como indicio de responsabilidad en contra del acusado el hecho de haber sido sindicado anteriormente por estafa y violación del Decreto 1135 de 1970, cuando "el indicio de la inclinación moral hacia el delito", carecía de prueba idónea, ya que tal indicio "sólo se establece mediante sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada y no mediante simple constancia —sin identificar— de que contra una persona se ha iniciado investigación de carácter penal".

En torno a cada una de las censuras precisadas hace el señor apoderado una serie de apreciaciones sobre los elementos de juicio allegados al informativo, para enfrentar su personal criterio al del fallador de segunda instancia, para terminar manifestando que éste, "en la sentencia recurrida apreció erróneamente las pruebas aportadas al proceso, desestimando la confesión del procesado, dándole un valor que no tiene a la de ponencia del denunciante, aceptando como indicio de responsabilidad un hecho que no estaba suficientemente probado y concluyendo —por inferencia— la responsabilidad de mi cliente de hechos indicadores de su inocencia".

Causal cuarta

Dice el demandante que la invoca como subsidiaria de la anterior y "se apoya en el concepto expresado por el señor Fiscal colaborador del honorable Tribunal Superior de

Manizales en la vista visible a folios 143 y ss. del informativo", aclarando —manifiesta el actor— "que no comparto las opiniones expresadas allí por el distinguido jurisconsulto en el sentido de que mi patrocinado hubiera consumado un posible delito de abuso de confianza, ya que a mi juicio los hechos que le imputan no constituyen violación alguna de la ley penal".

Refiere luego el señor apoderado que el Agente del Ministerio Público, en la segunda instancia, se abstuvo de estudiar de fondo el asunto del juicio, por cuanto en su concepto existía la causal de nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, o sea "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

A renglón seguido reproduce el demandante apartes del concepto del Fiscal del Tribunal, en los que se acoge una de las tesis que había planteado el defensor del procesado, según la cual "Cruz Rusinque Sacristán recibió de Manuel Acosta Manjarrés el día 4 de marzo de 1972 un cheque por la suma de $ 20.000.00 girado por Guillermo Muñoz, además de otros instrumentos similares por diferentes sumas en los días siguientes a la fecha anotada, valores destinados exclusivamente al pago parcial de un inmueble que entre ambos comprarían a los esposos Alejandro Lozano y Eva Suárez, negocio que era real y no ficticio", pero Rusinque no dio a los valores recibidos la aplicación convenida, ya que apenas entregó a la señora Eva Suárez la suma de $ 2.500.00, como arras, y dispuso del resto en obligaciones personales, cometiendo así el delito de abuso de confianza contemplado en el artículo 412 del Código Penal.

Sobre tales bases, el actor postula el cargo de la siguiente manera:

"De tener razón el señor Fiscal, en la tramitación de este proceso se habría violado el artículo 210, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal por indebida denominación de la infracción en el auto calificatorio, y obviamente, esto daría lugar a que prosperase la causal de casación contemplada en el numeral 4º del artículo 580 de la misma obra".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado Penal, a quien se corrió traslado de la demanda, se opone a las pretensiones del recurrente y pide que se deseche el recurso de que se trata.

Recuerda el colaborador las sentencias de esta Sala de la Corte de 31 de julio y 30 de agosto de 1973, según las cuales cuando se aduzcan en casación cargos por vicios de forma en el procedimiento, en la órbita de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y se aleguen también motivos de fondo, como el de ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, se deben examinar primero las acusaciones *in procedendo*, y luego las causales *in iudicando*, si aquéllas no se hallaren justificadas.

Acogiendo esa doctrina, el Procurador comenta las acusaciones al fallo impugnado, no en el orden presentado por el demandante, sino en el indicado por el método lógico. Es así como se refiere en primer término a la pretendida nulidad del juicio, y luego a la supuesta violación de la ley sustantiva.

En cuanto a la causal de nulidad invocada, apunta el colaborador que la argumentación del actor no sólo carece de claridad y precisión, sino que es contradictoria, pues se remite, para sustentarla, a las razones que expuso el Fiscal del Tribunal al emitir concepto sobre el fallo de primera instancia, pero advirtiendo que no las comparte porque en su opinión el procesado tampoco cometió el delito de abuso de confianza. Y añade el Procurador:

"Asimismo ignoró el actor que al lanzarse la acusación de haber sido erradamente calificada la infracción penal, hay que partir del presupuesto o reconocimiento de que el hecho imputado sí existió y fue cometido por el procesado, dándosele en las instancias una equivocada denominación o calificación, lo cual es lo que sustenta y da perfiles a la nulidad legal. De no reconocerse la infracción penal, lógicamente el camino a seguir sería el de la causal primera, específicamente a través de su segundo apartado, con operancia de una de las dos hipótesis que allí radican, (error fáctico, o yerro jurídico). Mas, obviamente de no aceptarse la existencia jurídica de la infracción penal, menos se puede afirmar error en su

calificación. Y también es cierto que aceptando el actor el hecho incriminado como ilícito, la carga de prueba está en su contra para demostrar cuál era la norma penal sustancial dentro de la cual quedaba subsumida la conducta del procesado, y no la escogida por los sentenciadores de instancia".

Acerca de la causal primera de casación postulada en la demanda, dice el colaborador:

"En casación de agosto 23 de 1969 (G. J. T. CXXXI, Pág. 311), la honorable Corte, frente al error de hecho, enfatizó que no puede surgir de elaborados, complejos o sutiles análisis de orden probatorio, sino de una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador. Y, desde luego, no basta cualquier error, sino aquel que decisivamente gravite sobre los elementos estructurales del delito, o sobre las pruebas determinantes, eximentes o modificadoras de la responsabilidad, o demostrativas de circunstancias que hayan influido en la individualización de la pena".

"Se echa de menos en la demanda fidelidad a lo que se indica en la transcripción, pues solamente se hace alusión a errores de interpretación de la prueba, sin individualizar palmariamente el yerro del ad quem, incurriendo en la doble falla de omitirse la demostración de éste, como también la trascendencia suya sobre el fallo recurrido.

"Olvidó el demandante que es al juez, oídas las voces del artículo 236 de la ley procesal penal, a quien 'le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración...'

"A lo largo del cargo sólo se encuentra la reiterada afirmación de que el honorable Tribunal Superior 'erró flagrantemente' al estimar esta o aquella prueba, y, muy especialmente, cuando de la injurada se trata, conteniéndose el actor en no hacer la demostración del error valorativo que le adjudica al sentenciador de 2º grado".

Concluye el Agente del Ministerio Público solicitando que se deseche la demanda y se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Se considera

I. El cargo de nulidad del juicio, por supuesto error en la denominación jurídica de la infracción, aunque formulado por el actor como subsidiario, debe ser considerado en primer término, por las razones que anota el Procurador y que esta Sala ha expuesto reiteradamente.

Tal impugnación adolece de grave e insubsanable defecto, pues para sustentarla el demandante, en vez de demostrarla, se remite a un concepto expuesto anteriormente por el Fiscal del Tribunal ad quem, manifestando que no comparte las razones que el Agente del Ministerio Público expuso para sostener que el procesado Rusinque había incurrido en abuso de confianza y no en el delito de estafa, ya que en sentir del actor su representado no cometió ninguna infracción de la ley penal.

El planteamiento de la acusación es contradictorio e inadmisible, pues, como observa la Procuraduría Delegada, quien aduce la causal cuarta de casación alegando que se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción no puede cuestionar la existencia del hecho delictuoso sino la calificación que le haya dado el juzgador, y tiene, además, la obligación de demostrar el yerro del juez al encuadrar el hecho en la ley penal, por no ser la norma elegida por éste, sino otra, la rectora de la conducta delictuosa.

Por consiguiente, el referido cargo no prospera.

II. En lo que concierne a la causal primera de casación, por pretendida violación indirecta de los artículos 408 y 410, que reprimen el delito de estafa, la Corte observa:

a) No es exacta la afirmación del demandante de que el Tribunal sentenciador dio credibilidad a la declaración del ofendido Acosta Manjarrés "por existir elementos de juicio que le respaldan", sin ser esto cierto, pues el Tribunal señala en el fallo las pruebas que corroboran aseveraciones del ofendido, entre ellas el testimonio de Eva Suá-

rez de Lozano (fl. 8 vto. y otros), quien relata el negocio que a ella y a su esposo propuso el procesado Rusinque Sacristán y afirma que éste visitó su finca en asocio de Acosta Manjarrés, en cuyo favor debería otorgarse la escritura según Rusinque, y asegura que solamente recibió de éste la suma de $ 2.500.00, para gastos del negocio; la declaración de José Aldemar Chica (fl. 43), en cuya presencia Acosta preguntó a Rusinque por el estado del negocio que estaban gestionando y con ambos fue a la casa del presunto vendedor, a quien Rusinque dijo que en el término de quince días "le daría el dinero que faltaba para que le hiciera la escritura y le entregara el ganado que entraba en la negociación"; el testimonio de Guillermo Muñoz Betancur (fl. 30 vto.), quien expresa que por insinuación de Cruz Rusinque prestó al señor Manuel Acosta la suma de $ 20.000.00, con garantía hipotecaria en la casa de habitación de Acosta, dinero que, según le manifestó Rusinque, era para hacer un negocio entre los dos"; la constancia del Banco Industrial Colombiano (fl. 44) de que el cheque Nº 326568, fechado el 4 de marzo de 1972, girado por Guillermo Muñoz B., a favor de Manuel Acosta M., fue endosado por éste y cobrado por Cruz Rusinque; informe de la Caja Agraria de Puerto Salgar de que el señor Manuel Acosta dirigió a esa entidad una comunicación ordenando el no pago de algunos instrumentos (fl. 50); y copia de una escritura pasada en la Notaría de La Dorada el 29 de julio de 1972, por la cual Alejandrino Lozano y Eva Suárez vendieron el bien que Rusinque había prometido comprar en compañía de Manuel Acosta a José Obdulio Parra y a Cruz Rusinque (fl. 102);

b) Es igualmente inexacta la aseveración del actor de que contra la confesión restrictiva del acusado Rusinque Sacristán, atrás sintetizada, no existe prueba que autorizara su división, pues la sola declaración del ofendido era inidónea para fraccionar lo dicho por el sindicado, a fin de desatender la cualificación de su conducta. Bien podía el juzgador, haciendo uso del arbitrio que la ley le confiere para apreciar todo testimonio, incluyendo el de la persona perjudicada con el delito, según las reglas de la sana crítica o apreciación racional de la prueba, oponer, como en efecto lo hizo, la versión del ofendido Acosta a la del inculpado Rusinque, por estar aquélla confirmada en muchos de sus pasos por elementos circunstanciales debidamente comprobados, como lo puso de presente el ad quem en el fallo sub judice, sin que el demandante haya demostrado que el sentenciador incurrió en error manifiesto y trascendente, pues las críticas que sobre las diversas pruebas formula el actor no evidencian patente equivocación del Tribunal de instancia al apreciarlas;

c) La afirmación del censor de que el acusado Rusinque procedió de buena fe, sin engaño, en el negocio que propuso al señor Acosta Manjarrés, y que si la negociación no se realizó en la forma acordada fue porque Acosta denunció penalmente a Rusinque, es un enunciado que corresponde al personal criterio del demandante, quien no demuestra el error evidente en que pudo incurrir el sentenciador al dar por establecido ese elemento de la estafa;

d) La referencia a los antecedentes del procesado Rusinque, hecha por el Tribunal Superior de Manizales en el fallo acusado, no tiene la importancia que le asigna el actor, pues el Tribunal no le dio a tales antecedentes el valor de indicio grave, que hubiera podido determinar la condena del inculpado. En efecto, el ad quem, después de analizar las distintas pruebas allegadas al proceso, para concluir afirmando la existencia del delito de estafa materia del juicio, apuntó, a manera de comentario tangencial:

"Aparte de lo anterior, es conveniente destacar la conducta pasada de Cruz Rusinque. En el cuaderno sobre pasado judicial, obran constancias de tres procesos que se le han adelantado, uno por "de la estafa" y dos por violación del Decreto 1135 de 1970. No parece, pues, si a esto nos atenemos, que el implicado sea honesto en sus transacciones comerciales" (fl. 159).

Y prueba de que el juzgador de segundo grado no tuvo por comprobados los posibles malos antecedentes del procesado Rusinque es que, al individualizar la sanción, no le dedujo a éste circunstancia de mayor peligrosidad por ese concepto, justamente por falta de comprobación. Sobre el particular se dijo en el fallo:

"La disposición primeramente nombrada indica sanción de uno (1) a siete (7) años de prisión. Se partirá del mínimo porque, aunque como atrás se anotó en contra del reo se han adelantado algunos procesos, por no haber recaído en ellos ningún fallo (y menos condenatorio), tal cosa no podrá computársele como circunstancia de mayor peligrosidad, concretamente la prevista en el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal (ver G. J. LXXIII, 107), ni se ve ninguna otra que pueda perjudicarlo" (fl. 160).

IIII. La sentencia impugnada contiene un estudio sistemático de las pruebas, en el que se exponen con claridad las razones que tuvo el juzgador para afirmar la existencia del delito de estafa en perjuicio del señor Manuel Acosta Manjarrés y la responsabilidad por ese hecho del procesado Cruz Rusinque Sacristán, y aunque el actor interpreta de distinta manera los elementos de juicio aportados al proceso, no logró demostrar que las conclusiones a que llegó el Tribunal de instancia se motivaron en error de hecho manifiesto, esto es, con yerro "descubierto, patente, claro" en la evaluación del material probatorio, por lo cual el cargo que hace a la sentencia al amparo de la causal primera de casación no puede prosperar.

IV. En elaborada doctrina ha sostenido la Corte que la diferente apreciación o divergencia conceptual entre el juzgador y el recurrente sobre los medios probatorios no genera por sí sola el error de hecho, cuando el fallador haya expuesto razonablemente los motivos que lo determinaron a interpretar las pruebas en la forma como lo hizo, pues el error de hecho en la apreciación de los elementos de juicio, como causal de casación, ha de ser manifiesto y no puede por tanto deducirse "de elaborados, complejos o sutiles análisis de orden probatorio, sino de una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador", como lo expresó esta Sala en la sentencia que rememora el colaborador Fiscal en su vista.

V. Como ninguna de las acusaciones formuladas por el demandante contra la sentencia recurrida está llamada a prosperar, se desechará el recurso y se ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen, dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Fallo

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Cruz Rusinque Sacristán contra la sentencia de 15 de junio de 1973 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, ameritada en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SALA DE CASACION

NULIDADES CONSTITUCIONALES

El error en la apreciación de las pruebas no es admisible en juicio en que interviene el jurado.

Complicidad correlativa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., trece de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de fecha 28 de mayo del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el presente proceso que, por los delitos de homicidio en José Jesús Cardona García y lesiones personales en Elías Cardona y Miguel Angel Rivera Sánchez, hechos ocurridos en Manzanares (Caldas) el 6 de enero de 1972, se ha venido adelantando contra Vitelio Salazar de los Ríos y otros, interpuso el primero recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible, habiéndose tramitado en legal forma. Agotado el rito legal, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

Tuvieron lugar aquéllos, como se deja expresado, en la zona urbana del municipio de Manzanares, el día 6 de enero de 1972 a eso de las dos de la mañana, aproximadamente, como culminación de varias horas de libaciones a las que se entregaron los hermanos José Jesús y Elías Cardona García en la cantina de Luz Dary Romero donde se les unieron Onésimo y Gilberto Cardona Raigosa, y entraron después Miguel Angel Rivera Sánchez y Vitelio Salazar de los Ríos.

A eso de las dos de la mañana, Elías Cardona agredió a Rivera, hiriéndolo, después de lo cual se trabó una lucha entre los presentes que, abandonando el local, salieron a reñir a la carretera, resultando muerto José Jesús Cardona García y herido Rivera Sánchez.

El 14 de septiembre de 1972 fue calificada la investigación que se originó en los hechos narrados, habiéndose llamado a juicio, por el Juzgado Segundo Superior de Manizales, a Vitelio Salazar de los Ríos, a José Onésimo Cardona y a Miguel A. Rivera como autores de los delitos mencionados. Tal providencia fue apelada y el Tribunal de ese Distrito Judicial la confirmó sin más modificaciones que la de haber concedido libertad a uno de los procesados.

Con fecha 6 de marzo del año pasado se llevó a cabo la audiencia pública correspondiente, durante la cual se sometieron a la consideración de los jueces de conciencia los cuestionarios de rigor, entre ellos dos relacionados con Salazar de los Ríos, uno respecto a su responsabilidad en la muerte de José Jesús Cardona García y otro por la que le cupiera en las lesiones de Elías Cardona García, el primero de los cuales fue contestado en la siguiente forma "sí es **responsable en complicidad correlativa**" y el segundo lo fue con un simple: "sí es responsable".

Estos veredictos fueron aceptados por el juzgado que, con fecha 22 de mayo del año pasado, dictó sentencia en que condenó a Salazar de los Ríos a 10 años y un mes de presidio, más las sanciones accesorias co-

rrespondientes. Contra esta providencia, interpuso el procesado recurso de apelación que fue resuelto por el Tribunal en la suya de 28 de mayo del mismo año por la cual confirmó en todas sus partes la providencia materia de la alzada.

Demanda de casación

Hace a la sentencia recurrida cuatro cargos, uno en cada uno de los apartes de que consta el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, vale decir que aduce todas las causales de casación contra ella.

Se les puede resumir de la siguiente manera:

Primer cargo

Interpretación errónea. (Causal 1ª de casación). Afirma el recurrente que se hizo a su patrocinado un cargo por homicidio voluntario cuando debió reconocérsele, según él, la atenuante de riña imprevista, lo que no ocurrió por cuanto el juzgador cometió, a su juicio, errores de hecho y de derecho en la interpretación de las pruebas, dándole valor a algunas declaraciones que, según la demanda, no tenían ninguno, interpretando en forma desacertada otras y dejando de apreciar algunas de ellas.

Para demostrar el cargo hace un recuento de las principales declaraciones y suministra su propia interpretación de ellas, reproduciendo algunas frases de las vistas fiscales y de las providencias enjuiciatorias en orden a fundamentar sus puntos de vista.

Segundo cargo

Desacuerdo entre la sentencia recurrida y el veredicto del jurado. (Causal 2ª de casación). Lo hace consistir en que el juzgador no dio ninguna aplicación a la expresión "...en complicidad correlativa" que los jurados agregaron al "sí es responsable..." con que respondieron el cuestionario referente a la muerte de José Jesús Cardona García.

A este propósito asevera el recurrente que aun cuando ya por la época en que se llevó a cabo la audiencia pública, la ley había derogado el artículo 385 del Código Penal, en la parte que consagraba como atenuante la complicidad correlativa, había que respetar la voluntad del jurado de que se reconociera al procesado Salazar una circunstancia reductora de la misma y que, al no hacerlo así el juzgador le dio al veredicto una interpretación que no era la correcta, poniendo la sentencia en desacuerdo con el mismo.

Tercer cargo

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio. (Causal 3ª de casación). Considera el recurrente que la respuesta del tribunal de conciencia es contradictoria porque la intención del jurado de ser clemente con el procesado, expresada en el aditamento al veredicto de que se ha hecho mérito en el aparte anterior, no tuvo ningún efecto ya que el juzgador no atenuó la responsabilidad de aquél, considerando por el contrario, que la expresión "...en complicidad correlativa" no modificaba, en nada, la respuesta del "juri".

Cuarto cargo

Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad. (Causal 4ª de casación). Hace en este punto dos reproches a la sentencia recurrida pues dice que se incurrió tanto en nulidad procesal como en invalidez de rango constitucional, haciendo consistir la primera en que el acta de audiencia no está firmada por uno de los procesados, Miguel Angel Rivera Sánchez, y la segunda, tanto en esta omisión como en que, según su concepto, no se apreció debidamente un dictamen pericial, ordenado en la reconstrucción de los hechos, omitiéndose según él, el cumplimiento del deber que señala el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, cuando establece que tal prueba será apreciada por el juez o por el funcionario instructor.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Segundo Delegado Penal que se deseche el recurso.

Con este objeto hace ver que no es posible alegar simultáneamente todas las causales de casación, porque algunas de ellas son contradictorias entre sí ya que si una sentencia ha sido pronunciada en un juicio viciado de nulidad (causal cuarta de casación) no puede afirmarse que ha habido en ella errónea interpretación de las pruebas (causal primera). Ni son conciliables las causales segunda y tercera ya que la primera supone que hay un veredicto, aun cuando la sentencia esté en contradicción con él, en tanto que la otra supone que el veredicto no existe, esto es por destruirse a sí mismo.

Asevera también el Ministerio Público que el recurrente no guardó un orden lógico al proponer los motivos de casación pues debió empezar por las causales de nulidad, ya que, si ocurre una de ellas, no cabe examinar los demás cargos.

Finalmente afirma que ninguno de los motivos de casación tiene fundamento, pues carecen de respaldo en los autos, lo que demuestra en forma concisa.

Consideraciones de la Corte

La Sala está de acuerdo con la Procuraduría en que la demanda adolece de vicios fundamentales como el de haber alegado, de modo principal, todas las causales de casación, lo que produce la consecuencia anotada por el Ministerio Público, a saber, que algunos de los argumentos aducidos por el recurrente dentro de una causal, contradicen los presentados en otra.

Es así como no se puede decir que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto (causal segunda de casación) lo que equivale a aseverar que existió un veredicto pero que el juzgador no se ajustó a sus términos al proferir la sentencia, y afirmar, al mismo tiempo, que es contradictorio, porque esto equivale a expresar que no existe.

Las causales enunciadas y las demás de que trata el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal pueden alegarse simultáneamente, pero a condición de que unas se presenten como principales y otras en carácter de subsidiarias, esto es, que estas últimas sólo se consideren en el caso de que aquéllas no sean aceptadas.

Por otra parte, existe la posibilidad de que algunas de ellas sean alegadas simultáneamente en carácter de principales, como ocurre con la cuarta y la segunda, que, hasta hace poco, se consideraban de tal modo unidas que la última era estimada como una consecuencia de la primera.

Por lo que hace al vicio de forma de alegar en último término la causal cuarta, esto es, la nulidad del proceso, que también le anota la Procuraduría a la demanda, es de advertir, que si bien la lógica del recurso indica que esta causal debe presentarse en primer término, no es eso obligatorio para los demandantes hacerlo así como sí lo es para la Sala estudiarla en forma preferencial, ya que respecto a juicio afectado de nulidad, bien sea de forma o de fondo, no cabe otro pronunciamiento que el de declararla.

Por esa razón la Sala comenzará el estudio de la demanda, con el examen del cargo cuarto que plantea dos pretendidas nulidades, de carácter procedimental una y de índole constitucional otras.

Consiste la primera, como se deja atrás expresado, en que, según el demandante, se omitió la firma del procesado no recurrente Miguel Angel Rivera Sánchez en el acta de la audiencia pública.

Para rechazar este cargo basta advertir que la omisión referida podrá calificarse de irregularidad pero que en ningún caso vicia el procedimiento ya que la ley no ha atribuido a la falta de una firma en el acta de que se hace mención una consecuencia de tanta magnitud y es bien sabido que, como las nulidades traen tan graves secuelas para el proceso, son de interpretación restringida y no puede calificarse de tales sino aquellas actuaciones u omisiones a las que la ley, expresamente, atribuye esos efectos, lo que no ocurre en el presente caso.

Sobre la omisión de firma ha dicho esta Sala:

"...Y si la falta de firma del secretario no es motivo de nulidad para ser una simple 'cuestión de constancia', empleando una expresión de Guasp, resulta claro, por lógica rigurosa, que no tiene trascendencia la omisión en un acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderado, defensor, jurado, perito, etc.), pues no hay razón justifica-

tiva para estimar dichas firmas como presupuesto o condición de la esencia del documento, y así lo sostuvo esta Sala de la Corte en fallo de 2 de septiembre de 1971 y que aquí se reafirma" (Sent. de 13 de noviembre de 1971).

Esas mismas consideraciones son válidas para juzgar si la falta de firma de uno de los procesados en el acta de la audiencia constituye, no ya nulidad procesal sino invalidez de carácter constitucional como lo pretende el recurrente en el cargo que se viene examinando.

Además, debe considerarse que sólo pueden estimarse nulidades constitucionales aquellas situaciones que por socavar las bases esenciales del juzgamiento comprometen gravemente los derechos del procesado o desconocen los intereses de la sociedad dentro del proceso.

Pero eso no ha ocurrido en el presente caso ya que no hay duda de que el procesado Rivera Sánchez concurrió a la audiencia y estuvo adecuadamente defendido y la falta de su firma en el acta de la misma no puede invalidar ni este documento ni aquella diligencia.

Menos puede llamarse nulidad constitucional la pretendida falta de apreciación de un peritazgo, cargo también aducido en este punto por el recurrente a la sentencia, al decir que no se tomó en cuenta la peritación originada en la diligencia de reconstrucción de los hechos.

Es suficiente, en orden a rechazar este cargo, examinar el expediente para darse cuenta de que dicho dictamen fue considerado por los juzgadores pues así aparece, en forma palmar, de las providencias dictadas por estos especialmente en las de enjuiciamiento y la sentencia.

Pasando ahora al examen de los restantes cargos aparece que tampoco tiene fundamento el primero según el cual la demanda considera que se cometieron en la sentencia errores en la apreciación de las pruebas.

Tal alegato, que aquélla encuadra en la parte segunda de la causal primera de casación, es inadmisible en los juicios por jurados según lo tiene dicho esta Sala en innumerables sentencias.

En ellas ha reiterado, y lo hace una vez más, que la facultad para apreciar si el veredicto del jurado corresponde o no a las pruebas que obran en el proceso, la tienen, por expresa disposición de la ley, los jueces y el Tribunal que son los únicos que pueden calificar la respuesta del "juri" de contraria a la evidencia de los hechos, facultad de que carece la Corte, a la cual no se le puede pedir en casación y menos con base en una simple apreciación personal de las pruebas, de la cual no se desprende que se hubiere cometido error alguno, que deseche la veredicción y dicte un fallo distinto al que se ataca.

Por tales razones, se rechaza este cargo.

También debe rechazarse el segundo que se funda en una pretendida contradicción entre la sentencia y el veredicto, consistente, según la demanda, en no haber dado la calidad de atenuante de la responsabilidad del recurrente en el homicidio de José de Jesús Cardona García, a la agregación que el jurado hiciera de que tal hecho se había cometido en complicidad correlativa.

Sobre el particular es de advertir que cuando se llevó a cabo la audiencia pública, estaba vigente el Decreto 1988 de 1971, que suprimió la mencionada atenuante al disponer que se aplicara a cada uno de los autores del delito la pena señalada por la ley.

Y era conforme a esta norma como debían el juzgado y el Tribunal apreciar la respuesta del jurado, quitándole, como era su deber, la calidad de atenuante de la responsabilidad que tenía la complicidad correlativa, antes de entrar a regir el decreto mencionado.

No violó, pues, el Tribunal ninguna disposición legal al proceder en la forma vista, sino que, por el contrario, se ajustó a la que se deja mencionada.

No obsta a esta conclusión que, con posterioridad a la sentencia recurrida, la Ley 21 de 1973 en su artículo 14, hubiera restablecido la atenuante que se viene citando.

Esta norma sólo entró a regir el 12 de diciembre del año pasado, fecha de su promulgación (Diario Oficial Nº 33989) y la sentencia que se revisa es de 28 de mayo del mismo año, es decir, anterior a la ley en cuestión.

No prospera el cargo.

Tan falto de fundamento como los anteriores, aparece el tercer cargo que consis-

te en que, de acuerdo con el demandante, el veredicto es contradictorio por haberse negado el juzgado y el Tribunal a dar validez, como atenuante de la responsabilidad, al tantas veces citado aditamento del que pronunciaran los jurados contra el recurrente por la muerte de Cardona.

En tesis general, la respuesta del jurado es contradictoria cuando contiene términos que se destruyen entre sí por negar uno de ellos lo que otro afirma, lo cual hace que no exista, en realidad, un veredicto.

"Veredicto contradictorio, ha dicho esta Sala, es el que contiene proposiciones opuestas e inconciliables, porque unas afirman lo que otras niegan, con desconocimiento del 'principio de contradicción' según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo" (sentencia agosto 9 de 1972, entre otras).

En el caso de autos, la manifestación del jurado respecto a la responsabilidad de Salazar de los Ríos por la muerte de Cardona García, es perfectamente clara y armónica en sí misma. Los dos términos de que se compone la afirman si bien el segundo, o sea el agregado que se deja comentado, pretende disminuirla mencionando una complicidad correlativa que, en el momento de la audiencia, no existía como tal atenuante.

Tampoco prospera este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La falta de notificación personal del auto de apertura a pruebas al procesado detenido ni a su apoderado, constituye nulidad constitucional. — Lo atañedero al derecho de defensa es de índole personal y debe alegarse directamente o por medio de apoderado, puesto que no puede hacerse oficiosamente en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Cumplida la tramitación correspondiente procede esta Sala de la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación propuesto por el apoderado de Jairo Silva Rodríguez contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar el 14 de noviembre de 1972, mediante la cual confirmó la de primera emanada de la presidencia del respectivo consejo de guerra verbal que condenó a su poderdante a la pena principal de "dos años de prisión como coautor y responsable de un delito militar de "hurto", a más de las accesorias correspondientes.

Hechos y actuación procesal

El Fiscal 2º del Tribunal Superior Militar los presenta así:

"Entre los días 12 y 13 de julio pasado, fue sustraído de una barcaza que iba a hacer (sic) entregada a Faros y Boyas de Colombia y que hacía parte del ARC. "Espartana", un motor de arranque, al que en las horas de la tarde del último día citado, fue hallado en poder del marinero Sergio Alberto Paz Burbano y del grumete Jairo Silva Rodríguez, cuando pretendían sacarlo de las instalaciones de la Base Naval de Cartagena en una tula.

"El suboficial jefe Luis Lambis, quien era el Comandante de la ARC. "Espartana", expresó que para la fecha de los hechos había encargado al marinero Paz Burbano para que vigilara las barcazas y que cuando entregó una de aquéllas a Faros y Boyas no tenía el motor de arranque.

"De acuerdo a comprobante número 644, en el mes de abril del año que corre fue entregado por la bodega de repuestos número 2, un motor de arranque de 12 voltios al suboficial Lambis Cabeza, con destino a la barcaza 27026, de donde posteriormente fue sustraído (fl. 16).

"De acuerdo al citado comprobante y a la declaración del capitán Guillermo Gómez, el referido aparato tenía un valor de $ 6.000.00 pesos" (fls. 37 ss.).

En atención al informe oficial sobre los hechos anteriores, el Comandante de la Fuerza Naval del Atlántico, como juez de primera instancia, por medio de Resolución número 7 de 18 de julio de 1972 convocó un consejo de guerra verbal, sin investigación previa, para que juzgara "al marinero Sergio Alberto Paz Burbano y grumete Jairo Silva Rodríguez, sindicados de la presunta comisión de uno de los delitos definidos y sancionados en el capítulo IV, título X, libro II del Código de Justicia Penal Militar". Se instaló el consejo, se realizaron las diligencias propias de él y, en cuanto hace relación a Jairo Silva Rodríguez, a la consideración de los vocales se sometió la siguiente cuestión: "El acusado, grumete Jairo Silva Rodríguez, es responsable sí o no, de haber tomado parte en la sustracción de un motor de arranque de 12

voltios, referencia B 0450000355 cuyo precio es de seis mil pesos moneda corriente ($ 6.000.00) destinado al servicio de la Armada Nacional, y con el propósito de aprovecharse de él según hechos ocurridos en la ciudad de Cartagena entre los días 12 y 13 de julio de 1972?" El veredicto fue: "Sí es responsable" por unanimidad. Luego se produjeron las respectivas sentencias a las cuales se hizo referencia en los vistos de la presente.

La demanda

Con invocación de la causal cuarta de casación el censor formula tres cargos y uno con invocación de la primera.

Causal cuarta

Primer cargo

Enunciación: la sentencia impugnada "se dictó en un juicio viciado de nulidad, nulidad que consiste en no haberse demostrado en el proceso la calidad de militar del recurrente (sic) para determinar, sin lugar a dudas la competencia para el juzgamiento. La carencia de esta prueba vicia de nulidad la actuación cumplida, al tenor de lo dispuesto en el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar".

En orden a sustentarlo argumenta: "Para que el juzgamiento de las personas que están revestidas de fuero militar se acomode a los mandamiento (sic) de la ley penal militar, es necesario acreditar, previamente, la calidad militar de las mismas (sic) copias del decreto de nombramiento y posesión y certificado de ejercicio del cargo". "En el cuestionario... se omitió interrogar al jurado sobre la calidad de militares de los procesados", porque esa calidad no fue comprobada en el proceso. No habiéndose acreditado ella en Silva Rodríguez, se incurrió en la nulidad consagrada en el ordinal 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar. Además, esa misma falta de comprobación de la calidad de militar hace que el procedimiento resulte viciado de nulidad según el artículo "214 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a los procesos penales militares por disposición especial del artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar". Y, "en ausencia de las formalidades anteriores, surge la incompetencia de jurisdicción de la justicia penal militar para el juzgamiento del procesado puesto que al no establecerse la calidad de militar en servicio activo o en uso de buen retiro, el juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria (numeral 1º del Art. 441 del C. de J. P. M.)".

Segundo cargo

Lo enuncia así: Surge una nulidad de conformidad con el artículo 26 de la Constitución porque "a los procesados se les juzgó y condenó sin el lleno de la plenitud de las formas propias del juicio penal militar".

Para fundamentarlo expone: A los procesados "se les designó como apoderados a los tenientes de fragata Eduardo Rosero y Rodrigo Vélez, quienes fueron advertidos de tal nombramiento". Transcribe dos apartes del acta del consejo de guerra verbal para concluir: "no se cumplieron elementales formalidades procesales" puesto que a los apoderados no se les dio posesión del cargo ni se les exigió juramento, como lo exigen los artículos 391 del Código castrense y 118 del de Procedimiento Penal. Agrega: si no media tal juramento "no se puede hablar de defensa en sentido jurídico por falta de uno de los requisitos prescritos por la ley". Cita algunas jurisprudencias de la Corte en abono de lo anterior. Concluye manifestando que se está frente a la nulidad prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Carta.

Tercer cargo

Lo enuncia así: "En la tramitación de la segunda instancia se quebrantaron elementales normas propias del juicio penal y se desconoció el derecho de defensa que ampara al sindicado", porque el auto del Tribunal de 18 de septiembre de 1972 "mediante el cual se abrió el juicio a pruebas, no se notificó personalmente a los procesados detenidos".

Para fundamentarlo expone: No se sabe en qué fecha exacta fueron detenidos los procesados. Su detención fue ordenada en la sentencia de primera instancia, de la cual apelaron. En el oficio remisorio al Tribunal

se dijo que los procesados quedaban detenidos en la Cárcel Nacional de Cartagena. La corporación dictó la siguiente providencia: "Dentro de la ejecutoria de este auto señalen y pidan las partes las pruebas conducentes. Notifíquese". De conformidad con los artículos 179, 180 y 183 del Código de Procedimiento Penal este auto ha debido notificarse personalmente a los procesados detenidos por medio de juez comisionado. Como ello no se hizo, la notificación hecha por estado es nula. Esa notificación por estado no le permitía al procesado detenido ejercitar el derecho de defensa. Transcribe una jurisprudencia de la Corte en corroboración de su anterior pretensión y concluye: Impugno la sentencia recurrida con fundamento en el artículo 26 de la Constitución y hago consistir el cargo en que "no se notificó personalmente el auto de apertura a pruebas al procesado ni a su apoderado, razón por la cual se quebrantó el derecho de defensa del inculpado puesto que no se le permitió la oportunidad de pedir pruebas dentro del término probatorio de la causa. Señalo como normas violadas por el honorable Tribunal sentenciador los artículos 179, 180, 181, 183 y 184 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a los procesos militares por disposición especial del artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar". En consecuencia pide se dé aplicación al numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Cargo único

Enunciación: La sentencia recurrida "es violatoria de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar".

Para fundamentarlo argumenta: Silva Rodríguez fue sancionado con dos años de prisión "por haberlo considerado responsable el jurado del delito de hurto previsto en el artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar". De acuerdo con el artículo 444 de este estatuto "no se podrá dictar sentencia condenatoria en los procesos penales militares, sin que obre en ellos legalmente producida la plena prueba de la infracción de que se trate y la de la responsabilidad del procesado".

Cuando no se han cumplido las formalidades del juzgamiento, se incurre en nulidad con arraigo en el artículo 26 de la Constitución y, entonces, "se produce una violación de la ley sustancial por cuanto que si no se han cumplido las normas que gobiernan el juzgamiento, resulta indevidamente (sic) aplicada la ley sustancial". Aquí no se comprobó que Silva Rodríguez era militar. "Se le negó el derecho de solicitar pruebas en el término probatorio de la causa al no darse cumplimiento a los artículos 179, 180, 181, 183 y 184 del Código de Procedimiento Penal aplicable a los procesos penales militares por disposición especial del artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar. Y esta transgresión de la ley procedimental indició (sic) en el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional", de donde "resulta indevidamente (sic) aplicado el artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar que sanciona el delito de hurto militar". Luego se "violó en forma directa el artículo 235 del Código de Justicia Penal Militar en razón de que con (sic) el procedimiento empleado no daba lugar a su aplicación. Se quebrantó el artículo número 444 del Có. (sic) citado". Solicita aplicación al numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares en su concepto de rigor luego de reseñar la actuación procesal, con relación a cada uno de los cargos expone: Por la causal cuarta: primer cargo: Debe prosperar por cuanto no se acreditó legalmente la calidad de militar del sentenciado Silva Rodríguez, ya que la prueba supletoria sólo tiene operancia a falta de la principal, pero no se estableció la ausencia de ésta. Segundo cargo: Lo rechaza porque en el acta del consejo dice que los apoderados sí fueron posesionados. Tercer cargo: Debe prosperar porque "en forma injustificada, se omitió notificar personalmente al procesado" el auto de apertura del juicio a prueba. Se remite a la doctrina de la Corte sobre el particular, transcrita por el demandante. Por la causal primera: En atención a la

prosperidad de dos de los cargos anteriores, no es del caso hacer consideraciones sobre esta.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta

Primer cargo

Como se anotó, se hace consistir en que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad, puesto que no se acreditó la calidad de militar en el procesado Silva Rodríguez, ni a los vocales que actuaron en el consejo de guerra verbal se les interrogó sobre esa misma calidad.

Se contesta

Es verdad que a los autos no se trajo copia del decreto del nombramiento de Silva como grumete ni del acta de posesión ni del certificado sobre el ejercicio de su cargo. Pero en el proceso obran documentos que vienen a establecer de manera clara, precisa y cierta tal calidad en el sindicado. En efecto: En el acta del consejo de guerra verbal y estando presente su apoderado, el acusado Jairo Silva Rodríguez fue interrogado de la siguiente manera: "**Preguntado**: Díganos su grado, su nombre, la unidad donde se desempeña y el cargo que tiene ahora. **Contestado**: Grdo Silva Jairo. Código 7100916. Llegué al ARC "Córdoba" trasladado, al departamento de máquinas... **Preguntado por el presidente**: Usted me dijo que usted pertenecía al ARC "Córdoba", que trabajaba en el departamento de máquinas de ingeniería, qué clase de división trabajaba usted, motores, caldera, máquinas? **Contestado**: Yo duré en el ARC "Córdoba" unos días. **Preguntado**: Dónde estaba ahora? Trasladado? **Contestado**: Yo estaba primero en el ARC "7 de Agosto" y después en el "Córdoba". **Preguntado**: En qué dependencia trabajó en el "Córdoba"? **Contestado**: A mí me pusieron con unos grumetes que vinimos trasladados a hacer el aseo en las cubiertas de máquinas... **Preguntado** (por el apoderado TF Vélez) La otra pregunta que le voy a hacer al grumete es: Cuánto tiempo lleva usted en la flotilla desde que llegó a la Escuela de Grumetes? **Contestado**: Como el 11 de agosto hasta el mes de abril de este año, salimos trasladados para el "7 de Agosto"... **Preguntado** (por el vocal teniente Cajiao) Si no le giran fijo (de la casa) cómo hace usted con las obligaciones del reloj y el otro empeño que tiene pendiente? **Contestado**: Como yo pensaba ascender, entonces sacarlo cuando me dieran plata. **Preguntado**: Cuándo va ascender usted? **Contestado**: Ahorita el 1º de agosto" (fls. 8 ss.). Al concederle la palabra al grumete Jairo Silva, entre otras cosas dijo: "En el caso de que me sancionen sigo en la Armada?... Me dan de baja o qué voy a hacer?" (fl. 15). De manera que el mismo acusado Jairo Silva Rodríguez está afirmando que es grumete, que pertenece a la Armada Nacional. Y su defensor, el teniente Rodrigo Vélez acepta para él la misma calidad (fl. 15).

Viene a corroborar que Silva sí era grumete para la época de los hechos el certificado expedido por el Comandante del A.R.C. "Córdoba" el 27 de julio de 1972, de acuerdo con el cual "**el grumete distinguido 7100916 Silva Rodríguez Jairo E., pertenece a esta unidad y fue recibido para servicio a bordo el día 12 de julio de 1972**" (fl. 19).

El anterior constituye un documento emanado del Comandante de la unidad respectiva en la cual se encontraba Silva. Contra él no se ha levantado impugnación ninguna por ningún motivo, por lo cual tiene y conserva plena fuerza probatoria. En consecuencia, de las piezas que vienen de enumerarse se concluye de manera cierta que Jairo Silva Rodríguez, para la época de los hechos por los cuales fue sentenciado, sí era grumete y, en consecuencia, tenía que ser juzgado por la justicia militar acusado por el delito de hurto militar.

Cabe poner de presente que los vocales que actuaron en el respectivo consejo de guerra verbal sí fueron interrogados sobre la calidad de grumete en el acusado Silva, puesto que como tal figura en el cuestionario transcrito anteriormente y que fue sometido a su consideración.

Por tanto este cargo no prospera.

Segundo cargo

Se hace consistir, debe recordarse, en que a los apoderados de los acusados no se les

dio posesión del cargo ni se les tomó el juramento, como lo exigen las normas pertinentes, por lo cual se incurrió en nulidad de rango constitucional.

La afirmación sobre la cual se fundamenta el cargo no puede aceptarse. Dice el acta del consejo de guerra verbal en lo pertinente: Una vez instalado el consejo "se hace comparecer a los acusados y se les lee la resolución de convocatoria. El señor presidente los impone del derecho que los asiste de nombrar un apoderado. Manifiestan no tener a quién nombrar, por lo cual procede a designar sendos apoderados, de oficio, así: para el marinero Paz Burbano, el señor teniente de fragata Ricardo Rosero y para el grumete Silva Rodríguez, el señor teniente de fragata Rodrigo Vélez, a los cuales se les envía la respectiva comunicación para que comparezcan. El señor funcionario de instrucción sale a cumplir con su cometido. Una vez se presentan los apoderados son posesionados y se levanta la sesión hasta el día siguiente" (fl. 5).

De acuerdo con la anterior transcripción, los apoderados de los acusados sí fueron posesionados de su cargo. Y esa posesión implica el que se les tomara el juramento de ley. Quien pretenda desvirtuar lo afirmado categóricamente en el acta, tiene que demostrar que ello no ocurrió, que en ese particular se falseó la verdad. El artículo 391 del Código de Justicia Penal Militar dispone que "los apoderados y defensores deben tomar bajo juramento o bajo promesa posesión de su cargo ante el funcionario que corresponda". Luego si se está afirmando que los apoderados, en el caso sometido a estudio, fueron "posesionados", ello está indicando, de manera clara, que tal posesión se llevó a término con sujeción a la ley. No existe ninguna disposición que obligue a consignar hasta en los más mínimos detalles la integridad de lo que vaya ocurriendo en el desarrollo del consejo. De ahí que con toda razón diga el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares: "no se hacía necesario insertar en esa pieza la diligencia de posesión, máxime si se tiene en cuenta que el acta es una relación del desarrollo del debate con excepción de aquellos documentos o diligencias como indagatorias, declaraciones, etc., que deben quedar consignadas textualmente" (cuaderno de la Corte, fls. 32 ss.). No se ve, entonces, que "a los procesados se les juzgó y condenó sin el lleno de la plenitud de las formas propias del juicio penal militar" con violación del artículo 26 de la Constitución, como lo pretende el demandante.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

Tercer cargo

La sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad, porque el auto del Tribunal "mediante el cual se abrió el juicio a pruebas, no se notificó personalmente a los procesados detenidos".

Este cargo está llamado a prosperar. En efecto:

En el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia se decretó la detención preventiva de los procesados, quienes habían concurrido al consejo de guerra verbal, la cual "deberán cumplirla en el pabellón para detenidos militares de la Cárcel Nacional de este Distrito" (el de Cartagena, fl. 31). Los dos sentenciados fueron notificados de tal providencia e interpusieron el recurso de apelación (fl. 32), que les fue legalmente concedido (fl. 34) y recibieron notificación personal de esta última providencia (id.).

En el oficio de fecha 6 de septiembre de 1972, remisorio de las diligencias al Tribunal Superior Militar se dice: "Los sindicados se encuentran detenidos en la Cárcel Nacional de Cartagena, en donde quedan a órdenes del Tribunal Superior Militar" (fl. 35). Esta corporación, el día 18 de los mismos mes y año, en cumplimiento del artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar que ordena que "repartido el proceso el Magistrado sustanciador dentro del término máximo de tres días dictará un auto para que las partes pidan y señalen las pruebas conducentes", profirió el siguiente: "Dentro de la ejecutoria de este auto señalen y pidan las partes las pruebas conducentes" (fl. 35 vto.).

De acuerdo con el artículo 299 del estatuto castrense "son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en este Código o en leyes especiales y en cuanto vengan a llenar vacíos, las disposiciones contenidas en los

Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil".

Dispone el inciso 1º del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal que "las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al Ministerio Público se harán en forma personal" y el 183 ordena que "cuando el procesado no esté en el lugar del proceso, la notificación personal se hará por medio de juez comisionado a quien se librará despacho dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la en que se haya dictado el auto o sentencia que deba notificarse".

De acuerdo con lo que se tiene expuesto, el auto de apertura a prueba ha debido notificarse personalmente a los sentenciados detenidos en la forma ordenada por la ley. Pero estos mandatos no tuvieron cumplimiento puesto que esa notificación se llevó a término con relación a los procesados por anotación en estado (fl. 36).

En jurisprudencia de esta corporación que cita el recurrente y a la cual se refiere el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y que tiene aplicación para el caso ahora sometido a estudio, se ha dicho:

"... en numerosas oportunidades ha expresado la Corte que el artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo institucional de garantías con características estructurales propias y cuyo desconocimiento produce consecuencias diferentes: y analizando la norma, ha advertido en ella cuatro aspectos tutelares, a saber: a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Observancia plena de las formas propias de cada juicio; d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado. Se trata de hipótesis distintas, pues no es lo mismo decidir fundándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger el permisivo, cuando corresponde. De todas estas maneras, reunidas doctrinariamente en el precepto pero perfectamente diferenciales, es posible ejercer el derecho de defensa.

"2. Como se recordará, la acusación al presente caso y con respecto a la causal cuarta, consiste, reducidas sus voces esenciales, en que ni el reo ni su defensor recibieron notificación personal del auto de 9 de noviembre de 1970, visible a folio 267, vuelto, en el cual se ordenó que permaneciese el negocio en la Secretaría del Tribunal, por el término de la ejecutoria de la referida providencia, con el fin de que las partes pidiesen las pruebas que estimaren conducentes. Esa omisión quebrantó el derecho de defensa del procesado, estructurándose así una nulidad supralegal".

"3. Dispone el artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar como lo recuerda el Procurador, que en la apelación o consultas de las sentencias, salvo en aquella que ordena la cesación del procedimiento, una vez repartido el asunto al Magistrado sustanciador, dictará, dentro del término máximo de 3 días, "un auto para que las partes pidan y señalen las pruebas conducentes". Y agrega el precepto que para la práctica de las que se decreten habrá ocho días, contados a partir del auto que las ordena".

"4. Para cumplir el mandato contenido en la primera parte de la norma citada el Magistrado sustanciador dictó, en efecto, el auto del 9 de noviembre de 1970, que ignoró el acusado, pues no se le notificó personalmente, a pesar de hallarse detenido en la ciudad de Cali. Se le notificó por estado como consta a folio 268".

"5. Recuerda el Procurador en su ilustrado concepto que conforme al parágrafo 1º del artículo 427 del Código de Justicia Penal Militar. "El procesado detenido en el lugar donde se sigue el juicio será notificado personalmente. De la cual desprende al corolario de que no será notificado de manera personal el procesado que no se halle cumpliendo detención en lugar distinto de aquel en que se adelanta el juicio. Como Bedoya Guzmán se encontraba recluido en Cali podía omitirse dicha notificación personal del auto controvertido sin que allí surja nulidad alguna".

"6. Considera sin embargo, esta Sala que la disposición transcrita indica la forma como deben notificarse los autos interlocutorios y las sentencias al reo que está detenido en la sede del juicio pero nada dice respecto al procedimiento a seguir cuando tal detención se está cumpliendo en lugar diferente. En rigor, se está aquí en presencia de un vacío de la ley, hipótesis contem-

plada en el artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar: "Son aplicables al procedimiento penal militar en cuanto no se opongan a lo establecido en este Código o en leyes especiales y en cuanto vengan a llenar vacíos, las disposiciones contenidas en los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil".

"7. En manera alguna se opone al estatuto castrense los preceptos contenidos en los artículos 181 y 183 del Código de Procedimiento Penal. El primero ordena en su inciso inicial: "Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al Ministerio Público, se harán en forma personal". Y el segundo expresa: "Cuando el procesado no esté en el lugar del proceso, la notificación personal se hará por medio de juez comisionado a quien se librará despacho dentro de las 48 horas siguientes a la en que se haya dictado el auto o sentencia que deba notificarse".

"8. No se procedió así, como se ha visto. Es preciso destacar aquí que no se trataba de una providencia sin especiales proyecciones dentro del trámite de segundo grado, sino de un proveído con significado trascendente en la secuela general del juzgamiento, puesto que de él dependía la oportunidad de solicitar la práctica de pruebas, con la sola limitación de que fueran conducentes. Al privarse al acusado de tal garantía, por inobservancia de las formas propias del juicio en tan grave materia, se conculcó el derecho de defensa, infringiendo el artículo 26 de la Carta".

Quiere decir lo anterior que este cargo habrá de prosperar y, en consecuencia, habrá de decretarse la nulidad solicitada a partir de la notificación del auto de fecha 18 de septiembre de 1972 por medio del cual el Tribunal Superior Militar, en la etapa correspondiente a la segunda instancia, abrió el negocio a pruebas.

Dentro del proceso penal toda nulidad encuentra su fundamento en la Constitución o en la ley. Mas en cuanto hace relación al motivo que en aquél le da vida, éste puede obedecer a condiciones inherentes a una de las partes que actúan dentro de un proceso, es decir, a causas personales, por ejemplo, si se juzga, junto con otros sindicados mayores de 16 años, a un menor de esa edad, siguiendo el procedimiento consagrado para los primeros; o, puede obedecer aquel motivo de nulidad a un vicio propio de la actuación procesal independiente de toda consideración individual, valga por caso al proferir un auto de calificación del sumario cuando se ha omitido el cierre de investigación, privándose así a las partes del término que tienen para presentar sus alegatos, y, otro ejemplo, cuando se ha dictado sentencia sin el previo auto de llamamiento a juicio. Es claro que en el primer caso, aun figurando en el expediente varios procesados, cuando la nulidad se estructura sobre una circunstancia eminentemente personal, su declaratoria sólo puede producir efectos con relación al procesado a quien acompaña tal circunstancia, porque los otros son extraños o ajenos a aquel motivo. No ocurre lo propio en el segundo caso. Porque cuando se decreta dentro de un proceso una nulidad en atención a un vicio que lo afecta en todas sus consecuencias, que le quita vida y existencia jurídica de manera total e íntegra a partir de la actuación viciada correspondiente, ese motivo de nulidad es común a todos los procesados y, entonces, mal podría sostenerse que en estas condiciones de inexistencia del proceso, en la forma indicada, éste pueda conservar vigencia para alguna o algunas de las partes vinculadas en igualdad de condiciones, pues ello pondría de manifiesto una evidente inconsecuencia y una clara injusticia.

Ahora bien, el cargo que aquí prospera no es de aquellos que afectan el proceso en todas sus consecuencias, puesto que en el libelo acusatorio de la sentencia el apoderado alegó el que con relación a su patrocinado se quebrantó el derecho de defensa, motivo que es de carácter netamente personal. En el resumen de aquél expresamente manifiesta de acuerdo con su planteamiento: "Impugno la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior Militar con fundamento en lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional y hago consistir el cargo formulado al fallo acusado en que no se notificó personalmente el auto de apertura a pruebas al procesado ni a su apoderado, razón por la cual se quebrantó el derecho de defensa del inculpado puesto que no se le permitió la oportunidad de pedir pruebas dentro del

término probatorio de la causa" (cuaderno de la Corte, fl. 23). Lo anterior quiere decir que el sentenciado Jairo Silva Rodríguez, cuyo apoderado recurrió en casación, alega haber visto vulnerado su personal derecho de defensa y por ello ha reclamado. No así el sentenciado marinero Sergio Alberto Paz Burbano quien, por el hecho de no haber recurrido en casación por sí mismo ni por medio de apoderado, al dar su asentimiento a la actuación, no estimó vulnerado su derecho de defensa y, en consecuencia, se sometió a lo ya resuelto. Y, como lo atañedero al derecho de defensa, se repite, es cuestión de índole personal, síguese que si así no se manifiesta y alega expresamente por el interesado, ya directamente, ya por medio de apoderado, no puede oficiosamente venir a hacerse en casación una declaratoria que, en atención a las circunstàncias, ha debido impetrarse de manera expresa por la parte interesada en ello.

En consecuencia el cargo estudiado prospera en la forma ya dicha, es decir, en cuanto a que la nulidad que habrá de decretarse, por obedecer a una causa o consideración de orden personal, individual, como lo es la de la violación del derecho de defensa, sólo aprovechará el recurrente grumete Jairo E. Silva Rodríguez y la decisión se ajustará a lo dispuesto en el número 3 del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Cargo único

Habiéndose llegado a la conclusión que acaba de consignarse, no es pertinente entrar a considerar este cargo por sustracción de materia.

Decisión

Sin lugar a más consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa, con relación al grumete Jairo E. Silva Rodríguez, la sentencia del Tribunal Superior Militar de fecha 14 de noviembre de 1972 proferida dentro de estas diligencias y ordena devolver el proceso a esa corporación para que se reponga la actuación a partir de la notificación del auto de fecha 18 de septiembre de ese mismo año, visible al folio 35 vuelto del expediente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.— TECNICA

De manera infatigable ha recordado la Corte que cada causal de casación corresponde en nuestro derecho positivo, a un esquema jurídico de precisos contornos, características propias y proyecciones diferentes. A la Corte, como tribunal de casación, le está vedado, colmar los vacíos, errores o deficiencias fundamentales de la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., ocho de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José Noé Moya contra la sentencia del treinta de marzo de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmando la de primer grado, lo condenó, junto con otros, a la pena principal de cinco (5) años de presidio, como coautor del delito de robo agravado en perjuicio del ciudadano Luis Albarracín.

Antecedentes

a) En torno a las diez de la noche del 28 de mayo de 1972 Luis Albarracín conducía el taxi de placas D-68894 por el barrio Claret de Bogotá. De pronto fue abordado por cuatro individuos, quienes le solicitaron que los transportara al barrio Timiza. Cuando cumplía el recorrido, fue amenazado con armas por los referidos sujetos, los cuales se apoderaron así del automóvil y del dinero que portaba el conductor, a quien dejaron abandonado en la avenida 68. Una hora después, aproximadamente, la Policía capturaba en el barrio denominado "Las Lomas", dentro del mismo vehículo, a tres individuos, que Albarracín reconoció como pertenecientes al grupo que poco antes lo asaltara, y que respondieron a los nombres de Rodolfo Suaterna, José Noé Moya Vergara y Ramón Ricardo Verano. El cuarto sujeto, precisamente el que había suplantado en el timón al conductor Albarracín, logró huir sin ser identificado;

b) Por tales hechos, estimados como estructurantes del delito de robo agravado, fueron comprometidos en juicio criminal Suaterna, Moya Vergara y Verano, conforme a providencia el 21 de octubre de 1972, proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, el cual quedó ejecutoriado en la instancia. Realizada la audiencia pública, en la cual intervino activamente la defensa para desvirtuar la acusación, el juzgador de primer grado condenó a los acusados, mediante sentencia del 24 de enero de 1973, a la pena principal de cinco años de presidio, como coautores responsables del delito por el cual fueron residenciados en juicio, sentencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó, según atrás hubo de expresarse, en la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

El apoderado especial de José Noé Moya impugna el fallo recurrido con fundamento en las causales cuarta y primera de casación, en su orden. En seguida se compendiará la esencia de las razones impugna-

tivas, respecto de cada una de las causales invocadas.

Causal cuarta

Estima el recurrente que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá incurrió, en el auto de proceder, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues calificó de robo agravado el hecho atribuido a Moya Vergara, "... sin tener en cuenta que la prueba de responsabilidad era incierta y peligrosa por cuanto que en el proceso no había sino un único testigo o sea el testimonio del señor denunciante señor Luis Albarracín..."

En sentir del actor, el dicho de Albarracín no merece credibilidad, porque en la denuncia habló de tres atacantes, mientras que en la ampliación de la diligencia mencionó a cuatro; porque al mostrársele armas e instrumentos encontrados en el automóvil dijo no haber visto antes los cuchillos con que fue amenazado cuando los asaltantes se apoderaron del vehículo, y porque al preguntársele por las condiciones de sus atacantes, manifestó no haber advertido síntomas de embriaguez en éstos, síntomas que los agentes de la Policía que intervinieron en el caso dijeron haber observado. Insiste el actor en que conforme a las manifestaciones del denunciante, José Noé Moya no utilizó armas, sino que agarró por el cuello a Albarracín para obligarlo a someterse a su voluntad. Y agrega:

"Por manera que la responsabilidad del procesado José Noé Moya Vergara no está suficientemente demostrada en los autos y mal podía dictarse en su contra la sentencia condenatoria que dio lugar al recurso extraordinario de casación, por cuanto que el honorable Tribunal sentenciador quebrantó en forma ostensible y manifiesta el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal al estimar suficientemente demostrada la responsabilidad del procesado con el solo dicho del denunciante, quien temerariamente afirma que mi poderdante fue uno de los sujetos que lo atacaron el día de autos".

Tras la cita de jurisprudencias de la Corte, y de conceptos de Framarino de Malatesta y Mitermaier en materia de pruebas, que estima pertinentes en el presente caso, insiste el actor en que el solo testimonio del denunciante no era suficiente, desde el punto de vista probatorio, para sustentar el llamamiento a juicio de Moya Vergara, tanto más cuanto que el juzgador de instancia rechazó la versión del acusado en su indagatoria, infringiendo así el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal.

Reitera el impugnante hasta el final del respectivo capítulo la tesis de que en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, porque no existía prueba de la responsabilidad penal de Moya Vergara. Y concluye solicitando a la Corte que invalide la sentencia recurrida y ordene devolver el proceso al Tribunal de origen para que se reponga el procedimiento a partir del auto que declaró cerrada la investigación.

Causal primera

El demandante inicia la acusación por este aspecto transcribiendo el primer inciso del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pero en desarrollo del planteamiento impugnativo arguye que el juzgador de segundo grado aplicó indebidamente el artículo 404 del Código Penal y el Decreto 1988 de 1971, por errónea valoración de la prueba.

Tenazmente critica la sentencia acusada por haberle otorgado valor de plena prueba al testimonio del denunciante, señor Luis Albarracín, a pesar de las discrepancias advertidas en sus distintas versiones, lo cual, en opinión del recurrente, constituye un típico error de hecho. Y en capítulo separado resume la impugnación así:

"El honorable Tribunal sentenciador violó en forma indirecta la ley sustantiva al incurrir en errónea valoración del contenido probatorio del proceso y el error es de hecho en el análisis del acervo probatorio. Por ejemplo: se elevó a la categoría de indicio grave el hecho de que el recurrente hubiera sido encontrado por la Policía en el vehículo del cual había sido despojado el señor Augusto Albarracín. Y este hecho no es indicio necesario de la consumación del delito, luego se quebrantó el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 229 de la misma obra. Tampoco se tuvo en cuenta lo dis-

puesto por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal al tomar la circunstancia de haber sido encontrado dentro del vehículo el procesado puesto que este hecho no es prueba plena de responsabilidad penal del sindicado".

El libelo concluye con la petición de que se invalide la sentencia acusada y se proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 583, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Penal, por haberse quebrantado "en forma indirecta la ley sustancial".

El Ministerio Público

Considera el Procurador Segundo Delegado, representante del Ministerio Público en esta oportunidad, que las acusaciones propuestas contra la sentencia recurrida no pueden prosperar, por no ajustarse a la técnica propia del recurso extraordinario de casación, criterio que sustenta con las siguientes razones:

"En cuanto concierne a la causal cuarta de casación se advierte que el actor trata de demostrar no el yerro en la calificación de los hechos atribuidos al condenado José Noé Moya sino que éste es inocente y en desarrollo de esta tesis, analiza la prueba en general, se detiene de manera especial en el testimonio del denunciante para negarle todo valor y como consecuencia de sus planteamientos sostiene que se quebrantaron los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal.

"La jurisprudencia y la doctrina han enseñado de manera reiterada que cuando se propone como motivo de nulidad el error en la denominación jurídica de la infracción, no se duda acerca de la existencia de un delito; más claro: el agente cometió un ilícito penal pero que se calificó equivocadamente en el auto de proceder. Si, por el contrario se estima que el acusado es inocente, la causal de casación que debe invocarse y demostrarse es la primera con la impugnación de la sentencia de segundo grado y no del auto enjuiciatorio.

"Por manera que el planteamiento del demandante en nada se ajusta a la técnica de casación y esta falla impide el estudio de la acusación.

"En cuanto a la causal primera el demandante transcribe el apartado primero del numeral primero del artículo 580 con lo cual se sugiere que la acusación se orienta a la violación directa de la ley penal sustantiva, mas en su desarrollo se proponen argumentos propios de la violación indirecta y hasta se llega a mencionar el error de hecho en la apreciación de la prueba. El yerro en materia de técnica de casación es ostensible porque se ignora que la honorable Corte Suprema de Justicia, en la jurisprudencia más reiterada de todas sus Salas, ha señalado inequívocamente las pautas a seguir cuando la impugnación se apoya en la violación directa o en la violación indirecta de las normas de derecho sustancial, las cuales son diferentes en su naturaleza jurídica y en sus consecuencias. En el libelo en estudio se confunden los dos motivos y se califica como error de hecho manifiesto en los autos lo que en teoría sería de derecho.

"A más de estas fallas, el demandante plantea francamente la infracción del artículo 404 del Código Penal por aplicación indebida y falta de aplicación del 406 del mismo estatuto que, en su opinión, tipifica los delitos de 'extorsión y atraco' planteamiento éste injurídico por ostensible desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia que de aceptarse desconocería, él sí, las formas propias del juicio y afectaría seriamente el derecho de defensa".

Acorde con tales argumentos, la Procuraduría Segunda pide a la Corte, en el párrafo conclusivo de su estudio, no casar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a José Noé Moya Vergara por el delito de robo.

La Corte considera

Causal cuarta

1. De manera infatigable ha recordado la Corte que cada causal de casación corresponde, en nuestro derecho positivo, a un esquema jurídico de precisos contornos, características propias y proyecciones diferentes. Verdad de la cual se infiere que confundir su contenido, o aducir respecto de cualquiera de tales causales argumentos o razones que serían pertinentes o valederos para demostrar otro motivo de impugnación, no sólo atenta contra los principios

lógicos del raciocinio, sino que conducirá necesariamente a resultado adverso, porque a ésta le está vedado, como tribunal de casación, colmar los vacíos, errores o deficiencias fundamentales de la demanda.

2. Se recuerda lo anterior porque todo el desarrollo de la acusación discurre sobre un análisis probatorio, enderezado a demostrar que no existe en el proceso la prueba plena o completa de la responsabilidad penal del procesado, lo que, evidentemente, constituye un planteamiento propio de la causal primera de casación. En otros términos: No se trataba aquí de afirmar la inocencia del acusado, como lo pretende el actor, sino de demostrar que al hecho delictuoso cometido por el agente corresponde una calificación jurídica distinta de la asignada por el juzgador en el vocatorio. Además, cada una de estas hipótesis, cabalmente demostrada, conduce a soluciones diferentes. En el primer supuesto, es preciso casar la sentencia recurrida y absolver al condenado; en el segundo, debe reponerse el procedimiento, por ser nulo todo lo actuado desde el auto de proceder en adelante.

3. En cuanto a la causal primera, habrá de observarse que la acusación planteada con fundamento en ella carece de precisión y claridad. Ya lo anota el Procurador cuando advierte que el actor transcribe el apartado primero del numeral primero, sugiriendo así que la tacha se orienta a una infracción directa de la ley sustantiva, mas en su desarrollo se proponen argumentos propios de la violación indirecta, reiterándose incluso que se trata de un error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba. La confusión, sin embargo, llega a su clímax cuando para sustentar el pretendido error de hecho se expresa, en esencia, que el sentenciador de segundo grado estimó el mérito de los elementos de juicios aportados al proceso contrariando las normas que regulan el valor probatorio de éstos, entre las cuales se citan los artículos 230 y 234 del Código de Procedimiento Penal, afirmaciones que inequívocamente están señalando la existencia de un error de derecho.

4. En el confuso razonar del impugnante llega a intuirse que aspira, en el examen de las pruebas, a que prevalezca su propia evaluación frente al criterio del juzgador, firmemente apoyado en un estudio amplio y sistemático de los diferentes elementos de convicción obrantes en el proceso. Pero sobre esa disparidad conceptual, como en múltiples ocasiones lo ha expresado la Corte, no se puede sustentar con eficacia el error de hecho manifiesto. (Sentencias de 26 de agosto y 18 de noviembre de 1955, y de 23 de agosto de 1969, entre otras). Porque el yerro de tal naturaleza, como el término calificante lo indica, es el descubierto, patente, claro, vale decir, el que se impone a la mente sin necesidad de complicados razonamientos, ya que "supone ignorancia de medios que ostensiblemente demuestran lo contrario de lo que fue visto en el fallo como determinante de la resolución jurisdiccional violadora de normas sustantivas".

5. Se anota, finalmente, que el actor incurre además en el error de pedir, como conclusión de los argumentos expuestos dentro del marco de la causal primera, que se proceda conforme al mandato que el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal contiene en su ordinal 3º.

6. Como la Sala no encuentra justificada ninguna de las causales aducidas, procede aplicar el artículo 582 de la obra citada, desestimando el recurso y disponiendo devolver el proceso al Tribunal de origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ROBO AGRAVADO

La Corte recoge la doctrina anterior y concluye que los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 404 del Código Penal, contienen previsiones de naturaleza circunstanciada y agravante, específicas del delito de robo que el mismo estatuto define en su artículo 402 como apoderamiento de cosa mueble ajena por medio de violencia a las personas o a las cosas o abusando de la debilidad de un menor. O haciendo uso de la violencia o de la amenaza inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar un producto u obtener su impunidad. Vale decir que dichas circunstancias son de carácter accesorio, en su totalidad, pero como tales modifican la responsabilidad del agente y agravan la pena del delito de robo, cuyo tipo básico, especificado por la violencia, acentúan notoriamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo ocho de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Cúcuta contra la sentencia de veintisiete de abril de mil novecientos setenta y tres, por medio de la cual la corporación revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta y en su lugar condenó a Benjamín Valencia Valencia por tentativa de robo agravado en los bienes de José Segundo Ramírez Beltrán.

Hechos y actuación procesal

Los hechos que originaron este proceso y la actuación los resume el recurrente en la forma que sigue:

Hechos

"En el perímetro urbano de la ciudad de Cúcuta el día 18 de julio de 1972, aproximadamente a las dos de la tarde, Marco Tulio Ramírez e Isabel Quiroga de Peña desde el vehículo en que transitaban observaron a un individuo que trataba de abrir la portezuela derecha de una camioneta marca Mercury, color azul, con placas número 5A-82-17 de Venezuela, que se hallaba estacionada frente a la casa de habitación de José Segundo Ramírez y pertenecía a éste.

"El sujeto desconocido, quien no alcanzó a abrir la portezuela pero sí su cerradura, al darse cuenta de que había sido descubierto se dio a la fuga, pero fue perseguido, capturado y conducido a las dependencias del F-2, con la colaboración de un agente de la Policía Nacional, por los hermanos José Segundo y Marco Tulio Ramírez.

"Durante requisas practicadas en las dependencias del F-2 se hallaron, en poder de tal individuo, una ganzúa y en el vehículo que se utilizó para conducirlo, un llavero de material plástico con tres llaves.

"El autor del ilícito resultó ser Benjamín Valencia Valencia.

Actuación procesal

"El proceso se inició el 24 de julio de 1972 por el Juzgado Tercero de Instrucción Cri-

minal de Cúcuta, oficina que practicó varias pruebas y decretó la detención preventiva del sindicado, mediante auto de 29 de julio del mismo año, por tentativa de robo.

"Ese auto de detención preventiva fue apelado por el doctor Carlos Arturo Díaz Ramírez, en su condición de apoderado de Benjamín Valencia Valencia. Durante la tramitación de ese recurso sostuve, como Agente del Ministerio Público, que debía confirmarse el auto recurrido, pero advirtiendo que no se configuraba una tentativa de robo, sino un hurto tentado. La Sala Penal del Tribunal, apartándose parcialmente de mi concepto, consideró bien calificado el ilícito y confirmó el auto de detención, mediante providencia de fecha 21 de agosto de 1972.

"El Juez Quinto Penal del Circuito de Cúcuta, a quien por reparto correspondió el negocio, tras de clausurar la etapa investigativa, el día 2 de noviembre de 1972 dictó auto de proceder contra Benjamín Valencia Valencia, calificando el delito como tentativa de robo agravado.

"Contra ese enjuiciamiento también interpuso el recurso de apelación el apoderado del sindicado. En tal oportunidad nuevamente sostuve que la calificación específica que del ilícito se había hecho no era correcta. La Sala Penal de la corporación, por no compartir tal tesis, confirmó en todas sus partes el auto de proceder recurrido, mediante providencia de 19 de enero de 1973.

"El 15 de marzo de 1973 el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta dictó sentencia absolutoria en favor de Benjamín Valencia Valencia.

"La Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, al revisar en vía de consulta ese fallo absolutorio, lo revocó y profirió la sentencia cuya casación pido".

La demanda

Con base en la causal cuarta (numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) se formula un solo cargo a la sentencia —haber sido dictada en juicio viciado de nulidad—. Se hace consistir en que el sentenciador, al calificar el sumario, equivocó la denominación jurídica de los hechos, puesto que "el sindicado empleó ganzúa o llave falsa para abrir una de las cerraduras del vehículo perteneciente a José Segundo Ramírez", sin ejercitar violencia de ninguna especie sobre personas o cosas, en cuyo caso ha debido ser llamado a juicio por hurto, en grado de tentativa, y no como lo hizo el Tribunal Superior de Cúcuta, por un delito de "robo imperfecto agravado", calificación que no tiene asidero en la prueba traída al expediente. Agrega el acusador que la inexacta calificación de los hechos tuvo como causa la errada interpretación que el sentenciador hizo del ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal al que concedió un alcance inmerecido, habiendo estimado que el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, o cualesquiera otros elementos similares constituye de suyo elemento configurante del robo por equiparación a la violencia, siendo que no es más que un medio fraudulento empleado para la sustracción de los bienes muebles.

El recurrente aduce algunas razones más en apoyo de su tesis, pero la totalidad de su argumentación se encuentra en el salvamento de voto que el Magistrado Luis Eduardo Mesa Velásquez suscribió el seis de junio de mil novecientos sesenta y nueve para disentir del fallo de la misma fecha, votado mayoritariamente por sus compañeros de Sala, en el proceso contra Guillermo Antonio López Quintero.

Para un mejor entendimiento de las conclusiones a que finalmente llegará la corporación al decidir este recurso extraordinario, parece aconsejable transcribir en su orden los apartes sustanciales de la doctrina de la Corte y del salvamento de voto citados por el recurrente.

Doctrina de la Corte

"... b) No se dio aplicación indebida al ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal en el fallo recurrido, si se toma en cuenta:

"1. Se dice en el artículo mencionado:

"La pena de robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

"1º Si se cometiere en despoblado o con armas.

"2º Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente.

"3º Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros, con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

"4º Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar".

"Con deficiente técnica, el legislador colombiano trae en el precepto transcrito circunstancias específicas modificadoras de la responsabilidad del delito de robo, para agravar su penalidad (presidio de seis a catorce años, habida cuenta del aumento al doble de las penas mínimas que indica el artículo 1º del Decreto 2184 de 1951), conjuntamente con circunstancias constitutivas del delito (escalamiento de muros, o empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar), indicando igual represión para estas hipótesis nuevas que define este artículo 404 del Código Penal.

"Como circunstancias agravantes del delito de robo que define el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 (apoderamiento de una cosa mueble ajena, mediante violencia física contra las cosas o contra las personas, o amenazando a éstas, o abusando de la debilidad de un menor), el precepto que se examina trae las siguientes:

"a) Cumplir el delito en despoblado o cometerlo con armas;

"b) Realizarlo por más de tres personas organizadas en cuadrilla permanente;

"c) Llevarlo a cabo con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas;

"d) Cometerlo mediante violencia contra las personas consistente en maniatarlas, amordazarlas o ponerlas en imposibilidad de obrar.

"Y como eventos específicos de robo, sancionados con la misma pena de presidio de seis a catorce años en el artículo 404 se definen los que siguen:

"a) Apoderarse de las cosas muebles ajenas mediante escalamiento de muros;

"b) Apoderarse de los bienes muebles ajenos mediante empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

"Esto, porque el escalamiento de muros y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar no constituye una violencia física contra las cosas. Con el escalamiento de muros no se violentan, sino que se superan las defensas materiales de los bienes. Y con el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar tampoco se ejercita fuerza material contra la cerradura, sino que abusivamente se quebranta el resguardo que ella cumple.

"En algunas legislaciones foráneas, el escalamiento de muros y el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar son tomados como circunstancias agravadoras de los delitos de hurto y de robo, precisamente porque ninguno de esos medios puestos en juego para cumplir el apoderamiento de los bienes muebles ajenos constituye fuerza física contra las cosas.

"Pero el legislador colombiano, quizá atendiendo la insistencia del doctor Parmenio Cárdenas, miembro de la Comisión Redactora del Código Penal, tomó en cuenta algunos medios fraudulentos para equiparar a robo el apoderamiento de los bienes muebles ajenos que mediante ellos se lleve a cabo, pero no lo hizo con la debida técnica, como se dejó dicho, pues luego de definir el delito de robo en el artículo 402 (hoy artículo 2º de la Ley 4ª de 1943) y de aceptar allí el medio fraudulento de abuso de la debilidad de un menor, trajo en el artículo 404, al lado de circunstancias específicas de agravación de la pena, definiciones específicas del mismo ilícito en las que no se tiene la violencia física contra las cosas o las personas o las amenazas a estas últimas, sino procedimientos fraudulentos como el escalamiento de muros, o el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

"De acuerdo con lo observado, se tienen en la legislación penal colombiana los siguientes casos de robo:

"a) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las cosas;

"b) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las personas;

"c) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia moral contra las personas;

"d) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos abusando de la debilidad de un menor;

"e) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante escalamiento de muros;

"f) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

"Los casos en los que el medio puesto en juego no es la fuerza física contra las cosas o las personas o la violencia moral contra éstas, sino aquellos procedimientos de fraude, como el abuso de la debilidad de un menor, el escalamiento de muros o el uso de las llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar participan más de la figura del robo que de la del hurto, pues aquél se caracteriza por la fuerza material contra las cosas o las personas o la violencia moral contra éstas, a fin de remover las defensas materiales de los bienes o vencer la oposición de la víctima. Y en los medios fraudulentos citados, si bien no se remueven las defensas físicas del patrimonio económico ajeno, sí se superan esas defensas materiales que ofrecen el muro que resguarda un recinto cerrado o la cerradura que impide llegar, sin abrirla, hasta las cosas que defiende. Igual sucede en el abuso de la debilidad de un menor, pues la imposibilidad de toda eficaz resistencia de la víctima hace innecesaria la violencia física o moral.

"Bien sabido es que en el hurto el delincuente aprovecha la falta de resguardos materiales o personales de los bienes para sutraerlos. Resulta, por tanto, ajeno a esta figura penal cualquier procedimiento que quebrante las defensas materiales de los bienes muebles, sea para removerlas, superarlas o despejar el obstáculo que representa la cerradura puesta (rompimiento, escalamiento o empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar).

"Es obvio, entonces, entender que las hipótesis fraudulentas de robo señaladas por la legislación penal colombiana en el artículo 402 —artículo 2º de la Ley 4ª de 1943— (abuso de la debilidad de un menor) y en el artículo 404 (escalamiento de muros y empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar) son casos de dicho delito en los que no se precisa la violencia física contra las cosas o las personas o la violencia moral contra éstas, pues tales medios fraudulentos se equiparan a la violencia, precisamente porque igual alcance tiene remover la defensa material de las cosas muebles que superar tales defensas mediante el escalamiento de muros; igual significado tiene romper la cerradura que abrirla mediante llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquiera otro instrumento similar; lo mismo da tomar como existente una violencia que no es necesario ejercitar, porque se abusa de la debilidad de un menor en condiciones de no poder ofrecer oposición eficaz alguna.

"Es cierto, como lo observa el demandante, que en la legislación penal argentina el escalamiento es tomado como motivo agravador de la sanción tanto para el delito de hurto como para el delito de robo, lo que supone que, por sí solo, el escalamiento no es tomado allí, como constitutivo del delito de robo. Pero el legislador colombiano no sigue igual criterio, ni lo hace en relación con el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, pues con mejor técnica —como se dejó dicho— y porque corresponde más al delito de robo que al de hurto el empleo de medios fraudulentos como los citados, los equipara a la violencia para definir casos específicos de robo, señalando para estas hipótesis la pena de que trata el artículo 404 del Código Penal.

"Si como anota el demandante, se tuviera solamente el robo agravado de que trata el ordinal tercero del artículo inmediatamente antes citado, cuando con el escalamiento de muros o el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar concurre alguna de las formas de violencia, correspondería admitir que, de acuerdo con nuestra legislación penal se daría la hipótesis de hurto con escalamiento y de hurto con empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar. Pero sucede que

el Código Penal colombiano no toma en cuenta estas posibilidades de hurto calificado, precisamente porque tales circunstancias fraudulentas las trae, no como circunstancias agravantes sino como elementos constitutivos del delito de robo. Por ello y como es obvio, al ocuparse la legislación penal colombiana del delito de hurto, no considera el escalamiento de muros y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar como motivos modificadores de la responsabilidad, pues si el hurto se comete por cualquiera de dichos medios fraudulentos, ya no se tiene hurto sino robo, reprimido éste con la sanción que señala el referido artículo 404 del Código Penal.

"2. Si se aceptara el planteamiento que hace el actor, ocurriría que el apoderamiento de las cosas muebles ajenas cumplido por los aludidos medios fraudulentos, sin que concurra violencia alguna, tendría que ser calificado como hurto simple, pues, se repite, ni el escalamiento de muros, ni el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar constituyen en la legislación penal colombiana motivos agravadores del delito de hurto. Por tanto, dado lo que entiende el demandante, la pena imponible en el supuesto dado sería la de uno a seis años de prisión (Art. 1º de la Ley 4ª de 1943, en concordancia con el Art. 1º del Decreto 2184 de 1951). Pero si con aquellos medios fraudulentos concurre alguna forma de violencia, ya se tendría, según el pensamiento del actor, el delito de robo en el caso que reprime el artículo 404 del Código Penal y aplicable la pena de seis a catorce años de presidio.

"Así, pues y como desarrollo de la tesis propuesta por el demandante, si alguien, al usar una ganzúa para abrir una cerradura a fin de apoderarse de los bienes muebles ajenos, por inexperiencia en el manejo de este instrumento rompe las guardas de aquélla, ya se tendría robo en la hipótesis dicha y pertinente la sanción mencionada de seis a catorce años de presidio. Pero si no se produjo daño alguno en la cerradura y por cuanto ya no se encuentra violencia contra las cosas, entonces la pena que procede es la de uno a seis años de prisión, porque apenas se tendría hurto simple, dado que ni este medio fraudulento, ni el escalamiento de muros, los trae el legislador colombiano como circunstancias agravantes del hurto.

"Cómo explicar, con la tesis del demandante, esta gran diferencia de la penalidad en uno y otro caso, no sólo en cuanto al lapso de la sanción privativa de la libertad sino también respecto de la calidad de la misma, si resulta apoyada, solamente, en el daño causado a la cerradura, en el ejemplo dado?

"Lo cierto entonces, es que en la legislación penal colombiana no se tiene, como en otros Códigos foráneos, hurto con escalamiento, ni robo con empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, porque estos medios fraudulentos los ha tomado el Código Penal colombiano como elementos constitutivos de casos específicos de robo, reprimido con la aludida pena de seis a catorce años de presidio.

"Es esta la explicación que tiene la pregunta hecha atrás. Si alguien toma las cosas muebles ajenas luego de escalar muros o mediante el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, se tiene robo y solamente esta infracción punible, por tener estos medios fraudulentos el alcance de elementos tipificadores de este delito.

"La Corte, en sentencia de 13 de septiembre de 1944 (G. J., T. LVII, Pág. 666), dice:

"Tanto la doctrina como la legislación nuestra califican de robo la utilización de llaves falsas o de la verdadera cuando ha sido sustraída. Comete robo, o hurto agravado o calificado, según el sistema que se adopte en cada Código, la persona que usa la llave legítima sin el consentimiento del dueño, bien porque a éste se la haya sustraído o porque se haya obtenido de cualquier modo ilícito o porque se haya retenido..."

"Y lo mismo corresponde indicar respecto del escalamiento de muros, pues en nuestra legislación penal esta circunstancia y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, están traídos como elementos constitutivos de robo, especialmente sancionado en el artículo 404 (Ord. 3º), y no como circunstancia agravadora de la penalidad. Si esto último hubiera sido el criterio del legislador

colombiano, es obvio que, así como lo hacen otros Códigos, esos medios fraudulentos habrían sido tomados para modificar la sanción tanto en el hurto como en el robo.

"4º Corresponde señalar el criterio que se sigue en algunas de las legislaciones extranjeras respecto de los citados medios fraudulentos:

"a) Código Penal de Argentina

"Al igual que el Código Penal colombiano el de Argentina hace la separación de los delitos de hurto y de robo. Pero en la legislación de aquel país, tanto el escalamiento (genéricamente tomado) como el 'uso de llave falsa, ganzúa u otro instrumento semejante' son traídos como circunstancias agravantes de una y otra infracción (ordinales 3º y 4º del artículo 163 y ordinal 4º del artículo 166).

"No toma, pues, ni el escalamiento, ni el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar como elementos constitutivos del delito de robo, sino como circunstancias agravantes de ambas infracciones.

"b) Código Penal de Italia

"No distingue entre hurto y robo, sino que considera hurtos calificados, entre otros, el que se comete con violencia en las cosas o por medios fraudulentos (ordinal 3º del Art. 625).

"El tratadista italiano Giuseppe Maggiore dice en su Derecho penal (Edit. Temis, 1956, T. V. Pág. 51 a 52) que son medios fraudulentos "la apertura indebida de cerraduras y de otros aparatos de cierre" y el "escalo", cuyo alcance señala el artículo 404 (numeral 6º) del Código de 1889 (observa Maggiore), así: "Si el culpable entra a un edificio o recinto, o sale de él, por un camino distinto del destinado al tránsito ordinario de las personas, venciendo obstáculos o reparos que no pueden evitarse sino por medios artificiales o mediante agilidad personal".

"En fin, que en esta legislación, la violencia física y los aludidos medios fraudulentos son en un plano de igualdad, circunstancias modificadoras de la responsabilidad del hurto. Y si no se pierde de vista que en este Código de Italia no se hace la separación de los delitos de hurto y de robo, cabe pensar que las formas calificadas tienen el alcance del robo, conforme a lo que por éste entiende la legislación penal colombiana.

"c) Código Penal de España

"Al igual que el de Colombia, toma los medios fraudulentos de que se ha hecho referencia como elementos constitutivos del delito de robo.

"Dice el artículo 504:

"Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

"1º Escalamiento.

"2º Rompimiento de pared, techo, suelo o fractura de puerta o ventana.

"3º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o de sus cerraduras, o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo.

"4º Uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes.

"En consecuencia de lo examinado, se tiene que cuando quiera que el apoderamiento de las cosas muebles ajenas se cumpla mediante escalamiento de muros o de empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, se tiene un caso específico de robo, sancionado con la pena de presidio de seis a catorce años, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 3º del artículo 404 del Código Penal.

"En estas condiciones, no es posible, jurídicamente, que se dé la hipótesis de hurto donde el agente haya puesto en juego aquellos medios fraudulentos, pues en la técnica de la legislación penal colombiana, se repite, el escalamiento de muros y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar no son tomados como circunstancias modificadoras de la penalidad, sino como elementos constitutivos de robo, especialmente reprimido.

"No resulta, por tanto, el cargo propuesto por el demandante".

Salvamento de voto

"El suscrito Magistrado discrepa, con todo respeto, de la tesis sostenida por sus

ilustrados compañeros de Sala según la cual el escalamiento de muros o el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar "están traídos, en la legislación colombiana, como elementos constitutivos de robo, especialmente sancionados en el artículo 404 (ordinal 3º), y no como circunstancia agravadora de la penalidad".

"Sobre el particular, el suscrito había expuesto ya su criterio en su obra 'Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad' publicada en la Editorial Universidad de Antioquia en abril de 1968, en los siguientes términos:

"Los comentadores nacionales y nuestra jurisprudencia han considerado que basta el escalamiento (o el uso de llaves sustraídas o falsas o de ganzúas) para que el ilegítimo apoderamiento de una cosa integre el robo de la especie agravada del artículo 404, aunque no ejerza el agente ninguna fuerza o violencia contra las personas o las cosas. Así, Rendón dice que la ley hizo una ficción en dicho artículo, asimilando a la fuerza o violencia material ciertos recursos habilidosos dirigidos a atentar contra la propiedad. 'En nuestro Código Penal —expresa el autor— el escalamiento es elemento constitutivo del robo y en tal carácter se le equipara a la violencia, en la misma forma que el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, etc., que tampoco constituye exactamente violencia' (Gustavo Rendón, Derecho penal colombiano, Pág. 325).

"La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de enero de 1964, reiterando anteriores fallos, expresa que "el escalamiento, realmente, no implica siempre violencia. Pero el legislador, por una simple ficción, ha asimilado medios como éste, a la fuerza o violencia que puede hacerse contra las cosas. Pero no siempre se emplea la fuerza para escalar. Ello no quiere decir que el escalamiento no sea uno de los elementos tipificadores del delito de robo calificado. Y ello por razón potísima de que el legislador estimó tal circunstancia, para aquel fin, en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal. Se diría que la ley finge o presume que el escalamiento es una violencia que se hace contra las cosas (Gaceta Judicial, Nº 2271, Pág. 229 y ss.).

"Nos asalta la duda sobre la exactitud de esa tesis, por las razones que pasamos a exponer.

"En el anteproyecto que presentó al seno de la Comisión Redactora del actual estatuto punitivo el comisionado doctor Parmenio Cárdenas, se equiparaban en realidad a la violencia, como elemento tipificante del robo, aquellos medios fraudulentos de que se valiera el agente para el apoderamiento de los bienes, entre los cuales podrían incluirse sin duda alguna el escalamiento y el uso de llaves falsas (véase Acta Nº 138, de 28 de febrero de 1935). Pero ocurre que ese anteproyecto sufrió una sustancial modificación, y en el texto aprobado se prescindió de los medios fraudulentos y sólo se aceptó, digámoslo así, la violencia a las personas o a las cosas como caracterizante del robo. Si el anteproyecto hubiera sido acogido sería una verdad incontrovertible que el escalamiento, el empleo de llaves falsas, ganzúas, etc., serían suficientes para la conformación del robo, independientemente de la violencia, como medios fraudulentos que son, en cuanto, claro está, se llegara por tales procedimientos a la sustracción ilícita de los bienes. Mas exigiéndose, como se exige en la ley —artículo 402 del Código Penal y su sustituto el 2º de la Ley 4ª de 1943— el empleo de violencia a las personas o las cosas, es decir, habiéndose desechado los medios fraudulentos a que aludía el anteproyecto, no se ve muy claro que el escalamiento, el uso de llaves falsas o de otros medios parecidos puedan configurar por sí solos el robo, como que si en verdad son ellos recursos de audacia, no son stricto sensu, violencia.

"De otra parte, el artículo 404 prevé causales de agravación específica para el robo, y por robo debe entenderse el apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas, realizado con violencia, pues esa es la noción que de la infracción se da en los artículos que preceden al 404. Repárese que este artículo dice, en lo pertinente: 'La pena del robo será... si se cometiere (el robo, lógicamente)... con escalamiento...'

"Y ya el artículo 402 había consagrado los elementos del robo, entre ellos la violencia contra las personas o las cosas, factor éste de la violencia que no fue expresamente exceptuado en el artículo 404, de

cuyo tenor tampoco se desprende, al menos palmariamente, la intención del legislador de asimilar el escalamiento a la violencia. Por lo demás, si ese fue el querer, el texto de la ley no se conformó a él y no es permitido al exégeta ampliar el alcance y sentido de las palabras de la ley para hacerle decir lo que no dice, mucho menos cuando de ello resulte perjuicio para el reo.

"En otros Códigos, como el argentino (Arts. 163 y 167), el escalamiento es circunstancia agravante tanto para el hurto como para el robo. Lo mismo sucede con el empleo de llaves falsas, ganzúas o instrumentos semejantes. La razón estriba en que si en verdad esos medios revelan una mayor capacidad para el delito no son formas de violencia, pues que de serlo su presencia definiría siempre la infracción como robo'. (Pág. 143 a 146).

"A lo anterior podría agregarse que el artículo 404 del Código Penal no contempla una figura autónoma de robo, un tipo o modelo delictivo especial, sino circunstancias específicas de agravación de dicha infracción, consagradas a instancias del doctor Lozano (ver Acta Nº 198, de la Comisión de Reforma Penal y Penitenciaria, de 13 de junio de 1935).

"Todo tipo de delito debe encontrar en la ley, más concretamente en la disposición que lo describa, la totalidad de los elementos subjetivos y objetivos, lo que no se observa en el artículo 404 en cita. En éste no se ve una verdadera unidad delictiva, un conjunto de elementos que determinen una conducta ilícita, o sea un tipo independiente de infracción, ni una subespecie de delito, sino una serie de causales que califican con agravación el delito de robo.

"Si el referido artículo sancionara una figura autónoma de robo, un ente desligado del que contempla el artículo 402, habría que llegar a la conclusión de que toda sustracción ilícita de cosas muebles ajenas cometida en despoblado o por más de tres personas organizadas en cuadrilla permanente (Art. 404, ordinales 1º y 2º) constituiría un robo agravado, tesis ésta que resulta francamente insostenible, entre otras razones porque el artículo 398 prevé como motivos de agravación del hurto, entre otros, la comisión del hecho 'por tres ò más personas reunidas', sin distinguir que ellas estén o no reunidas permanentemente (Ord. 5º), o 'sobre cabezas de ganado mayor o de ganado menor que formen parte de un rebaño o que estén sueltas en dehesas o caballerizas', y es obvio que el ganado se encuentra en lugares despoblados (Ord. 7º).

"La dicotomía que se hace en la providencia de la que tengo el honor de disentir, en el sentido de que en el artículo 404 se contemplan circunstancias de agravación de la pena para el robo, en algunos de sus ordinales, y 'definiciones específicas del mismo ilícito, en las que no es indispensable el ejercicio de violencia contra las personas o las cosas, en otros de ellos, como acontece en el evento del ordinal 3º, no se conforma, en opinión del suscrito, con la historia de esa disposición, ni con su tenor, ni con la técnica o dogmática que en el orden jurídico debe presidir tanto la formación de las leyes como la interpretación de las mismas, particularmente en el campo penal, en el que los delitos deben aparecer con definiciones claras y precisas, como lo proclamaron oportunamente Beccaria y Feuerbach.

"Entre los distintos requisitos que integran la estructura del tipo, como figura delictiva, se encuentra el sujeto que ha de ejecutar el hecho ilícito. Por ello observa Mario O. Folchi que 'Los tipos mencionan expresamente un sujeto activo o autor que deberá realizar la conducta sancionada por la ley, y lo hacen por medio de una abstracción: 'el que haga esto', 'el que omita aquello'. (La importancia de la tipicidad en el derecho penal, pág. 59 y ss.). Esa referencia expresa al sujeto no se advierte en el artículo 404, justamente porque éste no consagra un tipo penal. Y de paso conviene anotar, en apoyo del aserto, que tampoco incluye esa disposición otro elemento constante de toda unidad delictiva o de tipo penal cual es el núcleo, que se determina ordinariamente por el empleo de un verbo: matar, secuestrar, sustraer, etc.

"En el artículo 404 no existe descripción auténtica de una figura criminosa o tipo de injusto. Para su comprensión y aplicación hay que relacionarlo necesariamente

con el artículo 402, en el que se encuentra precisada la noción del robo, concepto que trae la disposición primeramente citada como ente criminoso cuya penalidad se eleva considerablemente cuando concurra alguna de las circunstancias allí detalladas. Y la valoración jurídico-penal del robo no puede ser otra que la sustracción o apoderamiento de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, realizado con violencia contra las personas o las cosas o en otra de las condiciones fijadas en el artículo 402.

"Sostienen los distinguidos colegas de la Sala que 'igual alcance tiene remover la defensa material de las cosas muebles que superar tales defensas mediante el escalamiento de muros; igual significado tiene romper la cerradura que abrirla mediante llave sustraída o falsa, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar'. A esto podría argüirse que si así fuera, cada vez que se fracturara un muro o se rompiera una cerradura se tendría un robo, punible con la pena establecida en el artículo 404, lo que no resulta exacto, como que esta disposición sólo tiene aplicación, en la hipótesis planteada, cuando el ilícito apoderamiento se cumpla con fractura de paredes, puertas, ventanas, etc., 'de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas'.

"Igualmente se sostiene por aquéllos que si el escalamiento de muros y el uso de llaves falsas, ganzúas o instrumentos similares no fueran elementos constitutivos del robo, y se exigiera, además, el empleo de violencia en alguna de sus formas para los efectos de la configuración del delito y la operancia de las circunstancias agravantes, 'también se daría la hipótesis del hurto con empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar'. Al respecto procede observar que conceptualmente, en doctrina, se presenta el hurto calificado con agravación cuando la sustracción se lleva a cabo con llaves falsas o ganzúas, y que en algunas legislaciones, como la argentina, dicha circunstancia agrava tanto el hurto como el robo. El legislador colombiano incurrió en una incongruencia y faltó a la lógica al contemplar únicamente como agravantes del robo la ejecución del hecho en lugar despoblado o con escalo o uso de llaves falsas, cuando las mismas circunstancias pueden ocurrir también en el hurto para el cual han debido preverse idénticas causales calificantes. Se trata simplemente de una imperfección legislativa, de las muchas que se descubren en el Código Penal.

"Dejo así someramente expuestas las razones fundamentales que me han llevado a disentir de la tesis tradicionalmente sostenida por la Sala Penal de la Corte con respecto a la interpretación del artículo 404 del Código Penal en lo pertinente al escalamiento de muros y empleo de llaves falsas, ganzúas o instrumentos similares, y presento el salvamento de voto con toda sinceridad y con el respeto que me merece la opinión de los muy disertos colegas de la Sala".

Se considera

Lo que el recurrente pone en cuestión es, entonces, la validez jurídica que frente al caso de autos se pretende al amparo de la interpretación que del artículo 404 ha venido haciendo esta Sala de la Corte en diversos fallos anteriores.

Dicho en otras palabras, la censura no acepta que el artículo mencionado contenga entre sus numerales categorías específicas de robo agravado que no necesitan para su configuración de la violencia real, sino que, en sus casos concretos, el legislador la finge o presume. Dichas hipótesis serían la primera de su numeral 1º, la del numeral 2º, y las del numeral 3º en los apartes que rezan: "con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar".

Con mérito en el salvamento de voto asegura el impugnador que cada una de las situaciones previstas en dichos numerales exigen, igual que las demás, la violencia como requisito previo y real, básico y característico del delito de robo, al que acceden como circunstancias agravadoras y cuya naturaleza fundamental no alteran, —si sustancialmente consiste en el apoderamiento de cosa mueble ajena por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas o abusando de la debilidad de un menor—, pero sí influyen en la gradación de la pena.

El legislador colombiano, a diferencia de otros extranjeros, pero en coincidencia con algunos de ellos, no hizo del robo circuns-

tancia agravante del delito de hurto, ni de éste un tipo básico fundamental cuya ampliación específica sería el delito de robo, sino dos categorías autónomas, que regló en capítulos separados, aunque dentro del mismo título del Código Penal.

Una y otra categoría de ilícitos exhiben circunstancias peculiares de agravación, y otras de naturaleza genérica y de aplicación a los dos.

Es evidente, como lo sostiene la doctrina tradicional de la Corte y lo comparte el salvamento de voto, que algunas de las circunstancias de agravación prescritas en el artículo 404 podrían ser comunes al delito de hurto, tales como la primera, en cuanto con él se compadece, o sea "si se cometiere en despoblado". O la del numeral segundo: "si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente". Y dos de las circunstancias previstas en su numeral tercero: "con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualesquiera otro instrumento similar".

Pero las equivocaciones del legislador, sus incongruencias, no pueden ni deben serle corregidas por los jueces, cuya tarea, en sus más altos niveles, persigue la unificación de la jurisprudencia, al favor de la más rigurosa y estricta interpretación de la ley, pero sin rebasar sus alcances y sin disminuirlos, pues en ello consiste la más reiterada forma de su violación.

Las presunciones y las ficciones legales son de uso discreto por el legislador, y de carácter excepcional. Por lo mismo deberán prescribirse en forma expresa, concreta, específica, de modo que no den lugar a equívocos. Y los jueces han de interpretarlas por idéntico modo, restrictivamente, como corresponde a su índole peculiar. Esto es importante, muy especialmente en el derecho penal, materia que exige los más finos criterios de precisión, lo mismo en el legislador que en el intérprete, con miras a garantizar la libertad humana que no ha de verse restringida sino en los casos singulares, claramente puntualizados en el estatuto represor.

La pena de robo —dice el artículo 404— será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

1º Si se cometiere en despoblado o con armas. Es decir, si el robo se llevare a efecto dentro de esas precisas circunstancias. La una hace referencia al lugar, o sea "en despoblado", y la otra al medio empleado para ejecutar la violencia: "o con armas".

2º Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente.

Este apartado, por referirse a la organización en sí de los sujetos activos del delito que deben ser más de tres y estar organizados en cuadrilla permanente, por sí solo, sin la sustracción de la cosa mueble ajena acompañada de violencia, sería irrelevante jurídicamente si no fuese pórque, en ello, ser más de tres, organizados en forma permanente y con el propósito de cometer delitos, consiste la asociación para delinquir.

3º "Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar".

Tres hipótesis contempla este numeral 3º. La primera, o sea cometer el delito con perforación o fractura de pared, techo o pavimento, puerta o ventana, por la violencia que entraña, configura el robo, que se agrava por el hecho de practicarse aquélla en lugar habitado o en sus dependencias. La comisión se hace extensiva en las hipótesis restantes al robo con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, que son modos específicos de su ejecución. De las tres hipótesis, solamente una, la primera: "...perforación o fractura de pared, techo o pavimento..." lleva implícita la forma violenta de la sustracción que se agrava en el supuesto allí contemplado y la ejecución en lugar habitado o en sus dependencias.

Aquí la violencia es condición expresa de la ejecución del hecho, y la presencia de lugar habitado, circunstancia inexcusable de agravación.

Lo propio ocurre cuando el hecho se comete con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar. Por sí solos estos supuestos no tipifican el delito de robo. Pero agregados a él, por mandamiento ex-

preso del artículo 404 del Código Penal, son circunstancias modificadoras de la responsabilidad del agente, que agravan el delito, y consecuencialmente la pena.

Como el numeral 4º hace referencia directa a la violencia ejercitada sobre las personas, de modo específico, excusa el comentario de la Corte, ya que aquí la forma de ejecución de la violencia se traduce en la agravante.

Cuando el precepto se analiza en su conjunto, en forma articulada, aparece claro que la intención del legislador fue la de establecer en él circunstancias agravantes del robo que el artículo 402, inmediatamente anterior, define como el apoderamiento de cosa mueble ajena, por medio de violencia a las personas o a las cosas, o de amenazas, o abusando de la debilidad de la víctima (Art. 8º, Ley 21 de 1973).

El artículo habla de dos formas de violencia. Violencia física, común a las personas y a las cosas. Violencia moral, privativa de las personas.

Aquí sí el legislador estableció una presunción inequívoca, cuando dijo: "o abusando de la debilidad de la víctima", sin especificarla, por manera que el simple abuso de su debilidad física o mental es equiparable, para los efectos de la tipificación del robo, a la violencia.

Ninguna otra ficción distinta de la establecida en el acápite del artículo 402 contiene el capítulo del Código Penal correspondiente al delito de robo. Y las que como tales se han querido entrever en el artículo 404, como figuras autónomas de ese delito, en confusa mezcla con circunstancias agravantes del mismo, no lo son, y, por el contrario, cada una de ellas exige como condición de su posibilidad, la preexistencia del robo al que accede como circunstancia agravante específica, y todas traducen una forma adverbial de tiempo, modo, o lugar, de ejecución de la violencia como elemento típico del robo en despoblado, o con armas, con fractura de techo, pavimento de lugares habitados, etc., o la presuponen como antecedente o consecuente al escalamiento de muros, o al uso de llaves falsas o a la constitución de tres o más personas en cuadrilla permanente para delinquir y del caso en que la violencia imposibilita a las víctimas, con ataduras o mordazas.

Es evidente que en legislaciones foráneas el escalamiento de muros y el uso de llaves falsas o sustraídas, de ganzúas u otro elemento cualquiera, apto para abrir cerraduras o vencer seguridades, sin violencia, seguido de la sustracción de cosa mueble ajena, es constitutivo de robo agravado, porque así lo ha querido su legislador, consagrando en forma expresa esta figura de excepción.

No es este el caso colombiano. Como ya se dijo, nuestro legislador en el título XVI, capítulos 1º y 2º del Código Penal, instituyó el hurto y el robo como figuras autónomas y estableció agravantes comunes a los dos en los artículos 398, 399 y 403 del Código Penal, y específicas del robo las de su artículo 404.

Y si la doctrina de la Corte tiene admitido que el escalamiento califica el robo sin necesidad de que éste sea en lugar habitado o de sus dependencias, pues no implica siempre violencia, asimilado como ha sido a ella por una ficción legislativa, al igual que el uso de las llaves legítimas sustraídas por el agente, o de llaves copiadas, o el uso de ganzúas y artefactos de parecida índole, luego de meditar una vez más sobre el problema ha llegado a la conclusión que se precisa en los párrafos antecedentes, que compagina mejor con el contexto del artículo 404 y sirve, no cabe duda, para informar con su espíritu el sentido de cada uno de sus numerales, correlacionándolos armónicamente y haciendo que su naturaleza de circunstancias agravantes conserve su unidad dentro de sus modalidades diferentes.

De aplicación universal son los principios de hermenéutica jurídica que aconsejan interpretar las leyes prohibitivas sin buscarles razones de analogía para extenderlas en su aplicación a casos no expresamente comprendidos en ellas. Esta clase de normas reviste carácter excepcional y aun en materias civiles deben interpretarse restrictivamente, pero siempre y con mayor estrictez en materia penal. Con razón ha dicho la Corte que las excepciones no deben contraerse hasta el extremo de sustraer de su imperio casos que en ellas quedan expresamente comprendidos. Ni cobrar magnitud más allá de sus límites al extremo de transgredir su naturaleza para convertirse

en reglas. Los dos extremos configuran errores manifiestos. Mas si lo desfavorable u odioso de una disposición no ha de tomarse en cuenta para ampliar o restringir su significado, cuando ella admite dos interpretaciones parificables, vale decir, igualmente lógicas, la odiosa y desfavorable debe ceder paso franco a la más benigna, en que consiste el principio de favorabilidad.

Por este modo, la Corte recoge la doctrina anterior de que se hace mérito en esta providencia y concluye que los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 404 del Código Penal contienen previsiones de naturaleza circunstanciada y agravante, específicas del delito de robo, que el mismo estatuto define en su artículo 402 como apoderamiento de cosa mueble ajena por medio de violencia a las personas o a las cosas o abusando de la debilidad de un menor. O haciendo uso de la violencia o de la amenaza inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad. Vale decir que dichas circunstancias son de carácter accesorio, en su totalidad, pero como tales modifican la responsabilidad del agente y agravan la pena del delito de robo cuyo tipo básico, especificado por la violencia, acentúan notoriamente.

Si esta es la interpretación que corresponde al artículo 404 del Código Penal, el punto cuestionado por el Fiscal recurrente es jurídicamente valedero y la causal por él invocada en la censura está llamada a prosperar, pues la denominación jurídica de tentativa de robo agravado que se dio a los hechos, es equivocada y configura la nulidad de que trata el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, señalada por el actor. La calificación adecuada ciertamente sería la de hurto, en grado imperfecto, si, como lo reconoce el sentenciador, el uso de llaves sustraídas o falsas no estuvo acompañado de violencia.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida y ordena reponer el procedimiento a partir del auto de fecha dos de noviembre de mil novecientos setenta y dos, inclusive, por medio del cual se calificó el sumario y que corre a folios 87 a 101 del cuaderno principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION

La infracción directa de la ley, como específico motivo de casación, puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en juicios por consejos de guerra verbales, ni en los de competencia de los jueces superiores en que intervenga el jurado. La Corte reitera la doctrina sobre el particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Cumplida la tramitación correspondiente procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado mayor Edmundo Buenaventura Rosero Díaz y su defensor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 15 de septiembre de 1972 por medio de la cual confirmó la de primer grado de la Inspección General de la Policía Nacional, como juez de primera instancia, que condenó a Rosero Díaz, junto con otros, a la pena principal de 12 meses de prisión, a más de las accesorias correspondientes, como responsable del delito de cohecho.

Hechos

El Procurador Delegado para la Policía Nacional, con sujeción a las pruebas que obran en el proceso, los sintetiza de la manera siguiente que, en esencia, corresponde también a la presentación que se hace en la sentencia recurrida en casación:

"En la ciudad de Barranquilla, el día once (11) de abril de 1971, aproximadamente a las ocho (8) a. m., el dragoneante de la Policía Nacional Miguel A. Peluffo Cantillo y otros miembros de dicha institución descubrieron que en un local destinado a garaje, ubicado en la diagonal 34 Nº 69D-136, se almacenaban mercancías presumiblemente entradas al país de contrabando. Como hecho el descubrimiento aparecieron alrededor de una docena de individuos que penetraron con el ánimo de transportar los alijos, desde la radiopatrulla solicitaron a la Estación Cien apoyo de más personal. Fue así como se hizo presente el capitán Edmundo Rosero Díaz junto con otros miembros integrantes del F-2. Comprobada por el oficial la existencia de la mercancía, ordenó fueran descargadas las camionetas en las que los particulares pretendieron sacarla, vehículos que con las puertas abiértas quedaron estacionados fuera del garaje. Momentos después hizo su presencia el subteniente Alberto Castaño Loaiza que, como muchos otros agentes, observó cómo el capitán Rosero conversaba con personas interesadas en la mercancía. Igualmente que algunas de ellas lanzaban cajas por encima de una pared a un lote continuo.

"En un momento dado penetraron nuevamente al garaje las camionetas que fueron cargadas y abandonaron el lugar con rumbo desconocido. El capitán Rosero solicitó por radio el envío de un camión que fue cargado con siete (7) cajas de mercancía para ser llevadas al Cuartel del Comando del Departamento de Policía. También se introdujeron algunos alijos de la misma mercancía a un microbús de la Policía que jamás llegaron al Comando. No así las que fueron transportadas en el camión que sí

fueron recibidas en su destino y más tarde entregadas al Comandante del Resguardo Nacional.

"Una vez que las camionetas conducidas por los particulares, el camión y el microbús de la Policía salieron del local, el resto del personal de la Policía, incluido el capitán Rosero, abandonaron el lugar dejando aún buena cantidad de mercancía, sin aprehender.

"Tan aberrante conducta observada por el capitán Rosero y por aquellos agentes que no entregaron en el Comando la mercancía cargada en el microbús, fue informada por el dragoneante Peluffo por escrito, dando esa información base para que el Comandante, encargado, del Departamento de Policía, dispusiera adelantar una averiguación administrativo-disciplinaria que se inició el mismo día de los hechos. Más tarde, el nueve (9) de junio, teniendo en cuenta el resultado de dicha averiguación, el Comandante pidió al Juez 57 de Instrucción Penal Militar, adelantar proceso de carácter penal" (cuaderno de la Corte, fls. 56 ss. cfr. cuaderno principal, fls. 307 ss.).

Actuación procesal

Se iniciaron estas diligencias en la forma acabada de indicar. En cumplimiento del artículo 315 del Código de Justicia Penal Militar, se designó como juez único de primera instancia para conocer de ellas al Inspector General de la Policía Nacional (fl. 56, cfr. fls. 135 ss.). Se practicaron numerosas pruebas, se oyó en indagatoria a los sindicados, se profirió auto de detención contra un dragoneante y varios agentes de la Policía Nacional (fls. 116 y ss.). Por Resolución número 18 de 1972 —17 de mayo—, la Inspección General de la Policía Nacional dispuso "Convocar en la Guarnición de Barranquilla un consejo de guerra verbal para que por los trámites señalados en los artículos 566 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar juzgue al hoy mayor Edmundo Buenaventura Rosero Díaz y a los agentes Libardo Manuel Ortiz Collante, Augusto Fernando Cera Cantillo, Federico Ordóñez Olarte, Antonio Segundo López Serna, Antonio José Contreras Mercado y Libardo Ropero por el delito de 'cohecho' que define y sanciona el libro segundo, título III, capítulo III del Código Penal, según hechos ocurridos en la ciudad de Barranquilla el día once (11) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971)", señaló el 25 de los mismos mes y año para su instalación y celebración y designó sus integrantes (fls. 180 ss.). Tal como estaba dispuesto se verificó el respectivo consejo que culminó con el siguiente veredicto para cada uno de los acusados: "Sí es responsable por unanimidad de votos" (fls. 211 ss.). Luego se produjeron las sentencias de primera y segunda instancia, habiéndose interpuesto contra la última el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Luego de hacer una lacónica presentación de los hechos y de la tramitación procesal, el censor, al amparo de la causal cuarta de casación: haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, formula dos cargos contra ella; y uno, invocando la primera: "violación de la ley sustancial por aplicación indebida".

Causal cuarta

Primer cargo

La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional, puesto que se desconoció el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Carta.

Para fundamentarlo expone: En la providencia impugnada el Tribunal claramente manifestó que no tendría en cuenta los alegatos presentados en segunda instancia por el defensor de Rosero Díaz, puesto que el primero lo había sido por quien ya carecía de personería debido a sustitución del poder; y, el segundo, por extemporaneidad. Mas pasó por alto, el sentenciador que en el segundo escrito se solicitaba la declaratoria de una nulidad de lo actuado y si bien no obligaba considerarlo por carencia de personería, debía conocer de ella, puesto que "las causales de nulidad establecidas en el Código podrán alegarse en cualquier estado del proceso... luego habiéndose alegado la nulidad antes de la senten-

cia de segunda instancia, debió el Tribunal atender el pedimento de la defensa y resolver sobre el particular". De donde concluye que "Al recortarse en esta forma el derecho de defensa, se viola el artículo 26 de la Carta fundamental, que tutela el ejercicio de la defensa en forma celosa y natura" (sic).

Segundo cargo

Nulidad con fundamento en el numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar por no haberse elaborado los cuestionarios "en la forma establecida en ese estatuto".

Lo fundamenta así: Según los artículos 576 y 559 del Código castrense "el cuestionario debe contener los hechos, que constituyen el cargo sin darles denominación jurídica" y deben ser "los que aparecen de el proceso y no otros". Dentro del procedimiento de los consejos de guerra verbales los cuestionarios equivalen al auto de enjuiciamiento ya que en ellos "se hace el cargo concreto por el cual se debe responder y del cual se debe defender el acusado". Luego de presentar una síntesis del cuestionario y con relación a los puntos en él contenidos, critica: No hay prueba ninguna que acredite que el oficial Rosero hubiera recibido nada debida o indebidamente. En el cuestionario se califican las mercancías "como 'al parecer de contrabando'," lo cual no es lícito ya que el cuestionario debe formularse sobre hechos y no sobre suposiciones. Tampoco está establecido que las mercancías fueran de prohibida importación. En el cuestionario se dice que el hecho ocurrió en un garaje situado en la diagonal 34 número 69D-136 de Barranquilla y, según la inspección judicial allí lo que existe es una casa de habitación. Con ninguna de las declaraciones se establece "que los dueños de las mercancías estuvieran allí, ni menos que el mayor Rosero Díaz hubiera recibido o le hubieran ofrecido, le hubieran entregado, hubiera aceptado nada". Nadie dice quiénes fueron, dónde estaban ni qué hicieron los contrabandistas "porque la investigación no estableció hechos importantes e indispensables a la calificación del presunto reato". Así, se pusieron hechos que no aparecen en el proceso, generando la nulidad legal sobre la cual se levantó la sentencia.

Causal primera

Cargo único

Luego de transcribir el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, lo concreta así: "El cargo reside en la violación de la ley sustancial por aplicación indebida".

Para fundamentarlo expone: El cargo "surge del hecho de que la norma se aplicó a un hecho, probado, pero no regulado por ella; se solucionó un caso con una norma que no lo prevé". Rosero Díaz fue condenado por el delito de cohecho descrito en el artículo 161 del Código Penal, el cual está ligado al 160 "que es la directriz". En cualquiera de las hipótesis del cohecho "tiene que existir cuando menos dos personas, dos voluntades: una que recibe, admite o acepta y otra que da, ofrece o promete... Son cuando menos dos personas, una que corrompe y otra que se deja corromper". Agrega: "Siendo esto así, tenemos que sobre la existencia de persona o personas que hubieran dado, ofrecido o prometido al mayor Rosero Díaz, mercancías o dinero, la sentencia recurrida lo único que dice es lo siguiente: "En los testimonios recibidos en la investigación figuran como dueños del matute y de lógica, como presuntos cohechadores un Alfonso N. (fl. 62 y 63) y un Abello Lobo o Villalobos (fl. 68 vto.)", de donde la sentencia "en forma por demás absurda presume que ellos pudieron ser los cohechadores". Pero "el mismo testigo que dice que la mercancía es de Alfonso N., es claro en afirmar que no estaba en el lugar de los hechos, como no lo estaba el Abello o Villalobos, y desde luego, si no estaban mal podían ser los cohechadores". Así, sobre una hipótesis "se supone en primer término que dos personas sin identificar son dueñas de una mercancía, y que por ser dueñas presuntas sin estar en el lugar de los hechos, son supuestos cohechadores. Se cayó en la sentencia en un tremendo error de hecho, porque no hay a lo largo del proceso persona alguna que hubiera dado, entregado, ofrecido o prometi-

do al mayor Rosero Díaz ni dinero ni mercancía ni cosa alguna; en ninguna parte de la sentencia se declara responsabilidad, se identifica, se precisa cargo contra persona alguna como cohechador; es que se erró en la sentencia sobre la relación entre el hecho concreto establecido en autos y el hecho específico previsto o que describe la norma, a saber el artículo 161 del Código Penal. Desde luego la norma fue entendida correctamente pero se aplicó a un hecho, a una situación, que no es la que ella regula, describe y sanciona. En la sentencia se dice que el mayor Rosero Díaz, en el lugar de los hechos conversó con varias personas y desde luego era ello natural y obvio, pero desde luego ello no establece que se le hubiera dado, prometido, ofrecido con un fin determinado y específico, cosa alguna. Resulta evidente en los autos que en ningún momento el mayor Rosero Díaz hubiera recibido nada y cargo concreto es precisamente de haber recibido, y si hay algo en que la sentencia se cuida de decirlo, porque no podía decirlo, es que hubiera recibido. Es más, la sentencia recurrida acoge y acepta expresamente lo dicho en la sentencia de primer grado, y en ella encontramos que expresamente se declara y reconoce que en el expediente no obra la prueba del convenio o acuerdo". Entonces "la figura jurídica establecida en el artículo 160 y en el 161 se desintegran (sic), es decir que el hecho atribuido al mayor Rosero Díaz no encaja, no se ajusta a la norma aplicada y por ende existió una indebida aplicación, o sea lo que se conoce como falsa aplicación de la ley. Es que el hecho establecido consiste en que el mayor Rosero Díaz, como funcionario o empleado y en acto del servicio, habría omitido un acto propio de sus funciones y ello constituye el llamado abuso de autoridad y que posteriormente fue definido y sancionado por el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, pero el hecho no corresponde a la descripción normativa del artículo 161 del Código Penal, que fue el aplicado por el fallador en la sentencia recurrida. Conclusión: La sentencia acusada violó la ley sustancial al aplicar indebidamente el artículo 161 del Código Penal, por cuanto que el hecho establecido y probado no corresponde a la descripción normativa, sino a otra norma sustancial distinta".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado para la Policía Nacional con relación al primer cargo: nulidad de rango constitucional por desconocimiento del derecho de defensa, concluye: "Parece improcedente o, al menos, carente de sentido práctico el analizar este primer cargo que, en el fondo, implica el contenido del segundo. Además, es sabido que cuando se alega nulidad constitucional por desconocimiento del derecho de defensa, debe el recurrente demostrar el perjuicio, lo que no ocurre en este caso". En consecuencia, solicita que sea desechado.

En cuanto hace al segundo, luego de resaltar la importancia fundamental y definitiva que tiene la aplicación del artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, en cuanto a exigencias para la confección de los cuestionarios, manifiesta que en este caso concreto asiste razón al demandante pues en el proceso no existe "prueba que demuestre que hubo ofrecimiento de dinero, dádiva o promesa, menos aún aceptación de aquéllos o de éstas por parte del oficial para omitir el cumplimiento de actos propios de su calidad de empleado público". Ninguno de los declarantes que manifiestan haber visto al capitán Rosero conversando con las personas interesadas en evitar la aprehensión de la mercancía presumida de contrabando, afirma "haber sido testigo de oídas en cuanto se refiere a la conversación entre el oficial y aquellos sujetos". Puntualiza los hechos que, en su concepto, constituyen "grave indicio de un mal proceder" por parte del acusado, pero, repite, no se encuentra establecido el elemento del delito de cohecho consistente en "el recibir indebidamente para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas para —y este es otro de los elementos de la infracción—, hacer, omitir o retardar un acto contrario a sus funciones, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales y, como es apenas obvio, si se acepta o se recibe es porque quien ofreció obtuvo la promesa y quien recibió prometió. La conducta del capitán Rosero Díaz

puede constituir violación de la ley penal, pero, en ningún caso, la que define y sanciona el Código Penal en su artículo 161, porque, repito, no está probado el acuerdo de voluntades entre los presuntos propietarios o interesados en las mercancías incautadas y el oficial juzgado en este proceso". Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 539 y 493 del estatuto castrense, para la formulación de los cuestionarios se requiere que "esté plenamente comprobado el cuerpo del delito", porque de la lectura del cuestionario "surge por primera vez para el procesado la noción del delito por el cual se lo llama a responder ante la justicia y, por consiguiente, también por primera vez es que podrá hacer uso de derecho de defensa dentro de la causa. Si en los cuestionarios o el cuestionario se pregunta sobre la responsabilidad de una conducta, mediante la especificación de los elementos que la constituyen, y alguno de esos elementos no está probado en el proceso, evidentemente está mal calificado el delito y los cuestionarios o el cuestionario indebidamente elaborados. Todo lo cual afecta la validez del juzgamiento. No estando demostrado en el proceso el cuerpo del delito, "no se podía llamar a juicio en caso del procedimiento de consejo de guerra ordinario, ni elaborado el cuestionario que viene a suplir en este aspecto el auto de proceder cuando el juzgamiento ocurre por el sistema del consejo de guerra verbal". En orden a abonar lo expuesto, transcribe apartes de una sentencia de esta corporación, para concluir que si se aceptara lo contrario, "desaparecería una de las garantías esenciales en la materia como es el derecho de defensa". Por tanto, estima que este cargo debe prosperar y, en consecuencia, "el Ministerio Público se siente relevado del deber de dar respuesta al cargo formulado con base en la causal primera".

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta

Primer cargo

Nulidad constitucional pues se desconoció el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Carta al no decretarse una nulidad consagrada por la ley.

Se responde: El Tribunal de segunda instancia expresamente manifiesta que no tiene en cuenta el memorial presentado por el apoderado del mayor Rosero, porque esto ocurrió "trece días después de vencido el término que la ley otorga en segunda instancia para presentar alegatos". Por este aspecto la sentencia es irreprochable, ya que no habiendo cumplido el defensor con el deber de presentar su alegación dentro del término de ley, no obligaba su aceptación.

De otra parte, dispone el artículo 442 del Código de Justicia Penal Militar que "En cualquier estado del proceso en el que el juez advierta que existe alguna de las causales (de nulidad) previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga lo actuado". Quiere decir lo anterior que antes de dictarse sentencia de segunda instancia (Art. 443), al observar el juez la existencia de alguna causal de nulidad, debe declararla. En el caso sometido a estudio, como el ad quem no la declaró, ello significa que no encontró ninguna que afectara el proceso, que la que como tal fue alegada en memorial que desestimó no la juzgó procedente, por lo cual no la declaró de manera oficiosa, como hubiera podido hacerlo, de haberlo estimado así. No se ve pues que, en atención a esta otra circunstancia, se hubiera desconocido o vulnerado el derecho de defensa consagrado por el artículo 26 de la Constitución.

En consecuencia este cargo no prospera.

Cargo segundo por la causal cuarta y único por la primera

El primero de éstos se hace consistir en que la sentencia se dictó sobre un juicio viciado de nulidad (C. de J. P. M., Art. 441, Num. 6º) por no haberse elaborado el cuestionario "en la forma establecida en ese estatuto" y, el segundo, "en la violación de la ley sustancial por aplicación indebida".

Se consideran conjuntamente estos dos cargos porque la sustentación de cada uno la fundamenta el demandante en un estudio pormenorizado de la prueba. Preten-

de, pues que, en casación, dentro de este caso concreto, entre de nuevo la Corte a valorar las pruebas que llevaron a formular el cuestionario sometido a los vocales que actuaron dentro del consejo de guerra verbal en la forma en que fueron estampadas y a que también se realice ese estudio probatorio para llegar a una conclusión distinta de aquella a la cual llegaron los falladores de instancia. Se repite, pues, que el actor, para fundamentar estos dos cargos plantea un nuevo estudio de la prueba, con lo cual pretende reabrir debate sobre esta materia.

Reitera ahora la Corte que "la infracción directa de la ley, como específico motivo de casación, puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en juicios por consejos de guerra verbales ni en los de competencia de los jueces superiores en que intervenga el jurado, en los cuales la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los vocales del consejo o los jurados a los hechos sobre los cuales ha versado el debate (Código de Justicia Penal Militar, artículos 582 y 587, y Decreto 1358 de 1964, artículo 15).

"En la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto se cierra la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que el veredicto sea manifiestamente contrario a la evidencia de los hechos probados pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias (artículos 587 del C. de J. P. M. y 537 y 554 del C. de P. P.) y no puede por tanto plantearse a través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 56 del Decreto 528 de 1964).

"El demandante de autos, al formular el primer cargo contra la sentencia impugnada, expresa que acusa el fallo por infracción directa de la ley sustancial, conforme al inciso 1º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Pero la verdad es que al desarrollar la acusación se desvía hacia la infracción indirecta de la ley, como que no acepta los hechos expuestos en la sentencia y se adentra en un análisis parcial de la prueba aportada al proceso para llegar a la conclusión de que el Tribunal sentenciador condenó al recurrente sin la existencia o sin el cumplimiento de los presupuestos a que se refiere el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. De esa manera pretende la invalidación del fallo recurrido, "para que en su defecto se declare la inocencia de mi poderdante y se ordene su libertad".

"....."

"El demandante en el presente caso no ensava demostrar la transgresión de la ley en la sentencia acusada por un razonamiento directo, como corresponde a la causal prevista en el cuerpo primero del primer ordinal del artículo 56 del Decreto 528, sino que pretende reabrir el debate sobre el aspecto probatorio del proceso, situando así el cargo dentro de las previsiones del inciso segundo de la disposición citada, por lo cual la impugnación es improcedente, puesto que en juicios como el presente, en los que ha intervenido el jurado, no es pertinente ese específico motivo de casación, pues en ellos, se repite, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, que cuando es condenatorio refleja la plena prueba del hecho acriminado y de la responsabilidad del acusado" (sentencia de 22-VIII/69).

Con relación a los dos cargos que se consideran, ya se apuntó cómo el demandante pretende que dentro de este caso, en el cual medió veredicto proferido por los vocales dentro de un consejo de guerra verbal, se adentre [illegible]e en un nuevo estudio de todo el cúmulo probatorio que obra en autos, lo cual no le está permitido. E igual es la pretensión del Ministerio Público en cuanto argumenta para solicitar la prosperidad del segundo cargo formulado al amparo de la causal cuarta.

En consecuencia, estos dos cargos tampoco habrán de prosperar.

En atención a la conclusión a la cual se ha llegado, según la cual ninguno de los cargos puede ser aceptado, teniendo en

cuenta lo dispuesto en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, el recurso habrá de desecharse y se dispondrá la devolución de estas diligencias al Tribunal de origen.

Decisión

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, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 15 de septiembre de 1972, dictada en este juicio por el Tribunal Superior Militar, de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

En numerosos fallos de casación, la Corte ha indicado cuál es el complejo jurídico integrado en el artículo 26 de la Carta política, y lo hizo a fin de evitar la frecuente apelación a esta norma que sólo puede invocarse tratando de obtener la nulidad del procedimiento cuando se ha desquiciado fundamentalmente cualquiera de estas garantías o varias de ellas: preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; legalidad en la jurisdicción; observancia de las formas propias del juicio y aplicación de la norma favorable, aunque sea posterior al acto atribuido al sujeto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo catorce de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

El procesado Gabriel Cárdenas Paucar interpuso el recurso de casación contra el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 20 de junio de 1973, en el cual lo condenó a la pena principal de diez y seis años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable de los delitos de homicidio agravado y robo (atraco), cometido el primero en la persona de Melquisedec Gutiérrez Ceballos y el segundo en perjuicio del patrimonio de José Eutimio Paeres Rubio. El mismo fallo condenó a Jaime Realpe Cabezas por su participación en el robo, pero éste no interpuso el recurso extraordinario.

El Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia que había proferido el Juez Primero Superior del Distrito, el 22 del año citado.

Se ha agotado el trámite para decidir, y a ello se procede, habiéndose recogido la demanda de casación interpuesta por el apoderado que especialmente constituyó Cárdenas Paucar, y escuchado el concepto del Agente del Ministerio Público, documentos éstos que se examinarán en su lugar.

Los hechos

Surge de los autos que hacia las ocho y media de la mañana del 1º de julio de 1971, José Eutimio Paeres Rubio, propietario de las residencias Lido, ubicadas en la calle 13, número 8-61 de Cali, se encontraba en el interior del establecimiento contando el dinero recaudado para hacer la consignación bancaria, en compañía de Antonio Holguín y Luis Zuluaga, cuando repentinamente penetraron cuatro sujetos con dotación de armas de fuego e hicieron varios disparos anunciando que se trataba de un atraco. Paeres Rubio repelió la agresión disparando su revólver, sin que alcanzara a ninguno de los atacantes. Antes bien, Melquisedec Gutiérrez Ceballos, que iba enmascarado, cayó víctima de las armas de uno de sus compañeros, en la confusión que produjo el asalto. También resultó lesionado otro de los malhechores de apellido Larrahondo.

Adelantado el sumario se comprobó esta situación, pues la bala extraída del cadáver del occiso pertenecía al revólver que portaba Gabriel Cárdenas Paucar. El proceso se calificó por auto del juez, confirmado por el Tribunal, en el cual se llamó a juicio a Gabriel Cárdenas Paucar por los delitos de homicidio y robo y a Jaime Realpe Cabezas por el de robo.

Al jurado se sometieron estas cuestiones, en lo que se relaciona con la actividad punible del recurrente:

"Cuestionario número uno. El acusado Gabriel Cárdenas Paucar, hijo de Julio César y Virgelina, natural de Cali, vecino del mismo municipio, de unos 19 años de edad aproximadamente, soltero, es responsable, sí o no, de haberle ocasionado con intención de matar, para preparar, facilitar o consumar otro delito, a Melquisedec Gutiérrez Ceballos, con arma de fuego, y por medio de disparos que iban dirigidos a personas distintas de la del occiso, las siguientes lesiones: 'Orificio de entrada de proyectil de arma de fuego, en la región occipital derecha. El proyectil penetró la cavidad craneana, lesionó el encéfalo y ocasionó la muerte', en hechos registrados en esta ciudad, en las primeras horas de la mañana del día 1º de julio de 1971, en las residencias u hotel Lido ubicados en la calle 13 Nº 8-61?"

"Cuestionario número dos. El mismo acusado, Cárdenas Paucar, es responsable, sí o no, de haber ejecutado violencias sobre las personas, amenazándolas con un peligro inminente, en compañía de más de tres personas reunidas, con el propósito de apoderarse del dinero que tenía en su poder el señor José Eutimio Paeres Rubio, el mismo día, y en la misma fecha y hora, y lugar, a que se refiere el cuestionario anterior?"

La respuesta de los jueces de conciencia fue: "Sí es responsable".

Sobre esta base se dictó el fallo que es materia del presente recurso.

Demanda de casación

Esta acusa el fallo basándose en la causal cuarta de que trata el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque a juicio del actor, la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad. Y la nulidad, de rango superior por violación del artículo 26 de la Carta, es, a su turno, doble, así:

Primero

Porque las cuestiones sometidas a la consideración del jurado omitieron el delito de lesiones personales que "se atribuyó" en la parte motiva del auto de proceder a Cárdenas Paucar, lo cual entraña una grave irregularidad y desconoce las formas propias del juicio, pues al haberse preguntado por la responsabilidad en ese nuevo hecho ilícito, la defensa habría tenido "un campo mayor para hacer resaltar la duda existente en el proceso relacionada con las lesiones del occiso y del señor Larrahondo; habría tenido un mayor radio de acción en sus argumentos, habría podido comprobar con mayor razón y posibilidades de éxito en favor de su defendido todos sus argumentos en favor de esas lagunas que permitieron inclusive a uno de los jurados afirmar: 'no es responsable porque toda duda debe resolverse a favor del reo'. Hubo, indiscutiblemente, violación del artículo 26 de la Constitución, porque cercenó posibilidades de éxito al defensor". Agrega que "los cuestionarios fueron mal elaborados y no hubo armonía entre ellos y el auto de proceder".

Segundo

Porque, tratándose "de un homicidio agravado en donde existe duda sobre qué persona disparó el arma que ocasionó la muerte del señor Melquisedec Gutiérrez Ceballos y las heridas del señor Larrahondo, era indispensable que la experticia emanada de la Oficina Central del Instituto de Medicina Legal fuera notificada a las partes y al no haberse obrado así, se violó la ritualidad del proceso, se cercenó gravemente el derecho de defenderse del menor encarcelado pues él no tuvo conocimiento de ello ni su defensor en tiempo oportuno y por ello no lograron pedir que los peritos lo expliquen, lo amplíen o lo rindan con mayor claridad. Con tal conducta se violaron el artículo 26 de la Constitución y los artículos 187, 209 y 276 del Código de Procedimiento Penal".

Concluye que, como consecuencia de la nulidad planteada, se case el fallo recurrido y se disponga el estado en que debe quedar el proceso, según el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del actor y solicita no casar la sentencia recurrida, porque:

1. "En la demanda se da por sentado de manera indiscutible que Gabriel Cárdenas Paucar fue llamado a responder en juicio por homicidio, robo y lesiones personales, y sólo se formularon cuestionarios por las dos primeras infracciones, lo cual está en desacuerdo absoluto con la realidad procesal". En efecto, aunque el juzgador de primer grado mencionó el delito de lesiones personales de un tercero, en la parte resolutiva sólo se ocupó del homicidio y el robo, éste en grado de frustración. Tampoco el Tribunal, al revisar por apelación el decreto de enjuiciamiento, incluyó en él el delito que a juicio del actor, fue omitido. Cárdenas Paucar fue llamado a responder solamente por el homicidio agravado y por la figura particular descrita en el artículo 405 del estatuto represor.

2. "En el evento de aceptar la tesis jurídica consignada en el primer cargo, opina este despacho, el apoderado de Cárdenas Paucar estaría impetrando, ni más ni menos, el empeoramiento de la situación jurídica de su cliente, es decir, comprometiéndolo por un tercer delito el cual implicaría consecuencias penales más gravosas como es bien sabido.

"Es más: piensa esta Procuraduría Delegada que bien puede desecharse de plano este motivo de impugnación por atentar no solamente contra el derecho de defensa sino también contra principios universales del derecho".

3. "En cuanto al segundo motivo de impugnación, por no notificarse personalmente al acusado Cárdenas y a su apoderado el auto del folio 58, baste decir que a aquél se le amplió la indagatoria para que explicara el nuevo cargo que le surgía del dictamen del laboratorio forense y con base en estas dos piezas procesales se extendió el auto de detención al delito de homicidio en la persona de Melquisedec Gutiérrez (fls. 58 vuelto, 59, 62 y ss.).

"En orden a abundar en la réplica, la defensa bien ha podido utilizar la facultad que le otorga el artículo 513 del Código de Procedimiento Penal para controvertir el dictamen pericial. Y, por último, el debate público se ocupó de este tema y la mayoría del jurado se inclinó por reconocer la responsabilidad de Cárdenas Paucar en el homicidio de Melquisedec Gutiérrez".

Consideraciones de la Corte

1. En numerosos fallos de casación, y de manera especial en los de 27 de febrero, 6 de marzo y 8 de mayo de 1970 y enero 31 y febrero 11 de 1974, la Corte ha indicado inequívocamente cuál es el complejo jurídico integrado en el artículo 26 de la Carta política; y lo hizo a fin de evitar la frecuente apelación a esta norma que sólo puede invocarse, tratando de obtener la nulidad del procedimiento cuando se ha desquiciado fundamentalmente cualquiera de estas garantías, o varias de ellas: preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; legalidad en la jurisdicción; observancia de las formas propias del juicio; y aplicación de norma favorable, aunque sea posterior al acto atribuido al sujeto. Y en muchas otras oportunidades ha rechazado el abuso que implica alegar la citada disposición constitucional, en defecto de las causales expresas instituidas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o cuando no se encuentran suficientes argumentos para proponerlas y sustentarlas. "Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación sólo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico".

2. Por lo mismo que la sanción de nulidad supralegal representa un acto de carácter tan excepcional, como que mediante él se corrigen errores prominentes en la tramitación del proceso y en el tratamiento del imputado, es indispensable que el

actor precise y demuestre en qué forma ocurrió la violación de aquellas garantías y cuál el influjo determinante en el fallo recurrido. No es cualquier deficiencia en la ritualidad de los juicios la que debe pesar en el ánimo de la Corte, y la que está llamada a determinar una rectificación de tanta monta, sino la que niega o hace oscuro el derecho de defensa, por primera vez aceptado en el sistema positivo nacional según la Ley 74 de 1968. Ni es cualquier planteamiento el que obliga a aquella reparación judicial, sino el que ha sido convincentemente expuesto en la demanda. Esta "debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede hacerse, supliendo los vacíos del libelo, es efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar el fundamento del cargo, sino el cargo mismo".

3. La demanda, como se ha visto, formula "dos motivos de nulidad de orden constitucional", pero no demuestra la influencia de los mismos en el proceso y el fallo; más aún, parte de una situación inexistente, como lo puntualiza el Agente del Ministerio Público, pues el auto de proceder es muy claro en los cargos que formula y la parte resolutiva del mismo es de perfiles inconfundibles. No habiendo hecho la demostración de la forma en que pudo violarse el artículo 26 de la Constitución, la Sala está inhibida para entrar a estudiar esos dos motivos. Así lo declara.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Gabriel Cárdenas Paucar contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Los jueces no son parte en el proceso, y, en consecuencia, carecen de legitimidad para proponer el cambio de radicación de un proceso.

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

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha solicitado concepto para radicar en otro distrito el proceso que se sigue a Jaime Jiménez y otros por delitos contra la propiedad. Esta petición está contenida en el Oficio número O. J. 0167, del 8 de marzo en curso, y con él acompaña la copia de una providencia dictada por el Juez Promiscuo Municipal de Miranda, departamento del Cauca, en la cual dice:

"Solicitar en forma respetuosa del Gobierno Nacional (Sección Jurídica del Ministerio de Justicia) el cambio de radicación del proceso que por el delito 'del hurto' se adelanta contra Jaime Jiménez, en virtud de la denuncia presentada por Miguel Antonio Herrera al juzgado de la misma categoría del municipio de Chaparral, departamento del Tolima, en donde se encuentra detenido en la actualidad el citado Jiménez, por las razones a que se hizo mérito en la parte motiva de esta providencia".

Se considera

1. El artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, autoriza al Gobierno para disponer que los procesados puedan ser juzgados en otro distrito, medida ésta que procede de acuerdo con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. También dice la citada norma que una medida tan excepcional como ésta puede ser tomada por el Gobierno, de oficio, o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia y después de informarse de los motivos del traslado.

2. Los jueces, como es apenas obvio afirmarlo, no son parte en el proceso, y, en consecuencia, carecen de legitimidad para proponer el cambio de radicación de un proceso, cualquiera que sea el motivo invocado, la naturaleza de la infracción y las condiciones de quienes actúan en él.

3. De otro lado, y por lo que hace al presente asunto, el Gobierno no ha pedido el cambio de radicación del proceso a que se contrae esta providencia, de manera que, por este otro aspecto no es procedente el estudio de la cuestión. Así lo resuelve la Corte.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de emitir concepto sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta contra Jaime Jiménez y otros en el Juzgado Promiscuo Municipal de Miranda, Cauca, y dispone que vuelvan los antecedentes al Ministerio de Justicia para todos los efectos del caso.

Cópiese, y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Para recurrir en revisión a nombre de otra persona, es indispensable, poder de aquélla.

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

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

El abogado Mario Antonio Villamizar Guevara, en memorial dirigido a la Corte desde Cali, lugar en donde fue autenticado sin indicar la fecha, solicita se revise el fallo que condenó a Adolfo Sandoval, Hermes Trejos y Fredy Sánchez por el delito de robo agravado, a cinco años de prisión.

El citado abogado dice actuar como defensor de los condenados, pero resulta que no ha legitimado su intervención con el poder correspondiente, de manera que no es el caso de entrar a resolver si se admite la demanda y se tramita el recurso de conformidad con el artículo 586 del Código de Procedimiento Penal.

Aun en el supuesto de que el memorialista haya sido defensor de los procesados durante el juicio que finalizó con el fallo de condena, hecho que tampoco aparece ni siquiera insinuado en los documentos aportados, tampoco podría admitirse esa representación, pues quedó extinguida por el agotamiento del cargo judicial.

Para recurrir en revisión a nombre de otra persona es indispensable que el abogado exhiba el poder de aquélla, otorgado con todas las formalidades de la ley. Igualmente para la tramitación del asunto en la Corte, es necesario que el apoderado especial esté inscrito en la Secretaría de la corporación.

En estas condiciones, no puede entrar a considerarse el recurso propuesto.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de considerar el memorial de que se ha hecho referencia en la parte motiva de este auto, por las razones precisadas en él.

Devuélvanse los antecedentes al interesado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD.— ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Ordenar el enjuiciamiento del procesado por los trámites en que interviene el tribunal popular, lo hizo con violación del derecho de defensa, a sabiendas de que se había solicitado un concepto médico siquiátrico, para establecer si el procesado había cometido los hechos en estado de grave anomalía síquica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo veinticinco de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el doctor Víctor F. Barrero M., defensor del procesado Jorge Eliécer Rojas Giraldo, contra la sentencia de veintiocho de junio del año próximo pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Villavicencio confirmó la de primera instancia que impuso a Rojas Giraldo la pena principal de quince (15) años de presidio y las accesorias de rigor, por el delito de homicidio agravado cometido en la persona de Luz Marina Lemus.

Hechos y actuación procesal

Entre ocho y nueve de la noche del veintinueve de junio de mil novecientos setenta y uno, la mujer Luz Marina Lemus se dirigía de la panadería "El Buen Gusto" hacia su casa de habitación, situada en el barrio "Once de Noviembre" de la población de San Martín (Meta), en compañía de Carlos Bernal, cuando fue alcanzada por un individuo, identificado posteriormente como Jorge Eliécer Rojas Giraldo, su examante, quien la atacó de inmediato, descargándole repetidos golpes con arma contundente en el cuello y la cabeza, hasta dejarla exánime.

El Inspector Primero de Policía de San Martín practicó el levantamiento del cadáver y adelantó las averiguaciones preliminares y luego remitió la actuación al Juzgado Municipal de la localidad, despacho que avocó la investigación y ordenó la detención preventiva del sindicado.

En el curso del sumario, el apoderado del sindicado Jorge Eliécer Rojas Giraldo solicitó que por el Departamento de Siquiatría Forense del Instituto de Medicina Legal de Bogotá se examinara a su asistido para establecer su estado mental al momento de cometer el hecho. El funcionario instructor ordenó la prueba e inicialmente se obtuvo el dictamen del médico legista de Villavicencio, quien conceptuó:

"En el examen siquiátrico practicado al señor Jorge Eliécer Rojas Giraldo en el momento se encuentra un varón adulto orientado témporo espacialmente y en persona con su afectividad y percepción normales.

"Analizando el expediente y la manera como relata los hechos ocurridos se deduce que desde hace varios años sufre de obsesión por algún hecho desgraciado de su vida sexual el cual lo ha llevado a la impotencia coendi.

"Se trata de una neurosis obsesivo-impulsiva cuyo delirio le permitió realizar hechos violentos que hacen del presente individuo una persona de alta peligrosidad de la cual debe protegerse a la sociedad.

"Sugiero por lo tanto, que dicho individuo sea enviado al Pabellón de Siquiatría de la Cárcel de la Picota de Bogotá, en

donde existen los medios científicos y el personal especializado necesarios para lograr de este delincuente una regeneración aceptable".

El juzgado competente acogió la insinuación anterior y ordenó remitir al procesado al Pabellón de Siquiatría de la Penitenciaría Central de Colombia, donde fue recluido para tratamiento, pero se desconocen los resultados del mismo y su regreso a Villavicencio.

El 17 de marzo de 1972, el Juzgado Segundo Superior de Villavicencio enjuició a Rojas Giraldo, sin intervención del jurado de conciencia, por el delito de homicidio agravado por las circunstancias contempladas en los ordinales 5º y 7º del artículo 363 del Código Penal, pero considerando que había obrado en estado de "grave anomalía síquica".

Apelado el llamamiento a juicio, el Tribunal de Villavicencio lo confirmó pero con la modificación de que el juzgamiento debía realizarse por el trámite en que interviene el jurado de conciencia.

El cuestionario sometido a la consideración del jure en la audiencia pública, fue contestado así:

"Es responsable con atenuantes, obró bajo neurosis obsesivo-compulsiva".

El juez competente acogió el veredicto como simplemente afirmativo de la responsabilidad del procesado en circunstancias de "inferioridad síquica" determinada por causas orgánicas transitorias (Ord. 12, artículo 38 del Código Penal) y condenó a Rojas Giraldo a la pena principal de quince años de presidio. La sentencia fue recurrida y el Tribunal la confirmó en todas sus partes, a pesar de que el Fiscal de la corporación pidió la nulidad del proceso por desconocimiento del derecho de defensa, consistente en no haberse allegado el examen siquiátrico definitivo, prueba fundamental para definir la naturaleza del juzgamiento.

La demanda

Al amparo de las causales cuarta y primera se formulan cinco cargos a la sentencia del Tribunal de Villavicencio.

Causal cuarta

Cargo primero

Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, generadora de nulidad supralegal, por desconocimiento del derecho de defensa del procesado al negársele la práctica de pruebas tendientes a demostrar la conducta de la occisa y las pedidas por el Ministerio Público para "la mejor determinación de su responsabilidad", con lo cual se pretermitió la plenitud de las formas propias del juicio.

Cargo segundo

La sentencia impugnada se pronunció en juicio viciado de nulidad legal por incompetencia de jurisdicción, pues "los jueces de conciencia carecían de competencia para el juzgamiento del procesado por cuanto que dicho juzgamiento por mandato del artículo 29 del Código Penal, está atribuido al juez de derecho sin intervención del jurado".

Cargo tercero

Error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción (Ord. 5º, artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), pues en el auto de proceder no se reconocieron al sindicado "las circunstancias de grave anomalía psíquica y el estado de ira e intenso dolor ocasionado por grave e injusta provocación", que constituye, en concepto del impugnador, una clara violación del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, ordinales 2º y 3º "con proyecciones sobre el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional que genera en el presente caso una nulidad supralegal".

Cargo cuarto

Error en la denominación jurídica de la infracción por cuanto la asechanza —deducida en el pliego de cargos como circunstancia de agravación del homicidio— fue tenida en cuenta no por haber abusado de ella, como aparece demostrado en autos, sino por haber colocado a la víctima en

condiciones de inferioridad e indefensión (Art. 363 del C. P., ordinal 6º).

Causal primera

Cargo único

Aplicación indebida del artículo 363 del Código Penal "por cuanto que la norma aplicable en el caso de autos era el artículo 29 del mismo Código", imponiendo las medidas de seguridad allí previstas y no las penas ordinarias contempladas para los delincuentes comunes.

Se violó, además, en forma indirecta, el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, en razón de que las modalidades delictuosas no estaban demostradas, por lo cual no había lugar a su aplicación.

Concluye el censor demandado que se invalide la sentencia acusada y se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público

Estudia el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en el orden propuesto en el libelo, las argumentaciones del recurrente orientadas a demostrar que, efectivamente, la sentencia acusada se pronunció en juicio viciado de nulidad y concluye afirmando que el fallador de segunda instancia incurrió en grave omisión cuando llamó a responder en juicio por los trámites en que interviene el jurado a Jorge Eliécer Rojas Giraldo, sin aguardar a que los peritos siquiatras de la Penitenciaría Central de Colombia en Bogotá, rindieran el dictamen consecuente al examen que practicaron al procesado por solicitud expresa del Juez Segundo Superior, a instancias del médico legista que en Villavicencio reconoció igualmente a Rojas Giraldo y sugirió su examen por la oficina anotada.

Se considera

Dice en este cargo el recurrente que al procesado Jorge Eliécer Rojas Giraldo se le negaron los medios adecuados para practicar las pruebas que solicitó oportunamente, motivo por el cual considera que se violó el artículo 26 de la Constitución política que establece para el sentenciador el imperativo categórico de no condenar al procesado sin haberlo oído y vencido legalmente, es decir, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

De las pruebas que contiene el expediente se concluye sin mayor esfuerzo que evidentemente el Tribunal Superior de Villavicencio, cuando reformó el auto de proceder dictado por el Juez Segundo Superior y ordenó el enjuiciamiento del procesado por los trámites en que interviene el tribunal popular, lo hizo con violación del derecho de defensa, a sabiendas de que se había solicitado un concepto médico siquiátrico a la Penitenciaría Central de Colombia en Bogotá, para establecer con su auxilio si el procesado había cometido los hechos que se le atribuyen en estado de grave anomalía síquica, como consecuencia de padecer una impotencia coendi, constitutiva de "neurosis obsesivo-compulsiva delirante", como lo asegura el Médico Jefe de la Oficina Médico-Legal del Meta, con fundamento en las explicaciones que le hizo el sindicado y en la lectura del expediente.

En el caso de autos no es discutible que las previsiones del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal que advierten a los funcionarios del caso que desde el momento mismo de la captura del sindicado y tan pronto como observen en él indicios de que se encuentra en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, ordenen su examen por los peritos médicos, fueron satisfechas en parte por los funcionarios competentes, es decir, por el Juez Segundo Superior y por el Tribunal de Villavicencio. Sino que ninguno de los dos aguardó para llamar a responder en juicio al procesado, a recibir de la oficina respectiva el resultado concluyente que permitiera definir su estado sicosomático y establecer en la forma debida el trámite legal adecuado —con intervención de los jueces del pueblo o sin ella— y, en nota de condena, aplicar sanciones o medidas de seguridad.

Salta a la vista, así, que en el caso que examina el sentenciador desconoció fundamentalmente los derechos de la defensa, y, al tiempo, las formas propias del juicio, ya que éstas fueron determinadas por él an-

tojadizamente, habiendo llamado a Jorge Eliécer Rojas Giraldo a responder la acusación por los trámites en que interviene el jurado, con prescindencia de los elementos de convicción que podían eventualmente indicarle un procedimiento distinto, si los resultados médico-siquiátricos, judicialmente ordenados con oportunidad, hubiesen llegado a demostrar que el sindicado actuó en alguna de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal.

Establecido que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad, ésta debe decretarse, como lo solicita el Ministerio Público, desde el auto que declaró cerrada la investigación, inclusive, ordenando reponer el procedimiento.

En consecuencia el cargo prospera y, por su amplitud preponderante, resta utilidad práctica al estudio de otras censuras ensayadas por el actor.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive (6 de diciembre de 1971) —folio 141, cuaderno principal— y ordena reponer el procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Péréz, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONSEJO DE GUERRA VERBAL

Causales de casación. La Corte insiste en que cada causal de casación obedece a un esquema jurídico con características propias y proyecciones distintas, razón por la cual confundir su contenido o aducir en favor de cualquiera de tales específicos motivos de impugnación, argumentos o razones que serían pertinentes o valederos para demostrar otra causal, no sólo atenta contra los principios lógicos del raciocinio, sino que conducirá necesariamente a resultado adverso, porque la Corte no puede colmar los vacíos, errores o deficiencias dialécticas de la demanda.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Está acusada en casación la sentencia del dos de diciembre de mil novecientos setenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior Militar, reformando la de primer grado, condenó a Luis Fernando Alvarez Hernández, junto con otros, a la pena principal de seis (6) años de presidio, y a las accesorias de rigor legal, como responsable de los delitos de robo y extorsión.

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a dictar el fallo respectivo.

Antecedentes

a) En torno a las nueve de la noche del día siete de mayo de mil novecientos setenta y uno, desapareció de la carrera 8ª, entre calles 18 y 19 de la ciudad de Pereira, el automóvil Dodge Dart, modelo 1970, placas LS-1570, color marrón, avaluado pericialmente en la suma de ciento setenta mil pesos ($ 170.000.00), que su propietario, doctor Arturo Castaño Henao, médico de profesión, había estacionado en ese lugar. En días inmediatamente posteriores al apoderamiento del vehículo el doctor Henao recibió en su residencia varias llamadas telefónicas, en las cuales se le amenazaba con la pérdida del carro si no accedía a entregar a sus interlocutores la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00);

b) La investigación de los hechos fue adelantada por el Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar, funcionario que en desarrollo de la misma y después de allegar al informativo los elementos de juicio que estimó pertinentes, dictó auto de detención preventiva contra Luis Fernando Alvarez Hernández, Edilberto Quintero Tabares y Carlos Alberto Moncada;

c) Previo concepto del Auxiliar 15 de Guerra de la Octava Brigada, el Comandante de la referida unidad dictó la Resolución número 09 de 1971 (junio 14), en la cual teniendo en cuenta las normas sobre competencia previstas por el Decreto legislativo 0254 del mismo año, dispuso convocar en la Guarnición de Pereira un consejo de guerra verbal para que, mediante los trámites establecidos en el Código de Justicia Penal Militar, juzgara a los particulares Luis Fernando Alvarez Hernández, Edilberto Quintero Tabares y Alberto Moncada por los delitos conexos de robo y extorsión, este último en grado de tentativa;

d) El día 15 de junio de 1971, siendo la hora señalada en la resolución de convoca-

toria, se inició en la sede del Batallón de Artillería "San Mateo", el consejo de guerra con la finalidad indicada y, en audiencia pública, se desarrolló el debate correspondiente, acto que concluyó el día 23 del mes y año citados con la lectura de la sentencia de primer grado, en la cual se impuso a cada uno de los referidos procesados la pena de nueve (9) años de prisión, como responsables de los delitos de robo y tentativa de extorsión;

e) Con respecto al reo Alvarez Hernández se sometieron a la consideración del consejo los siguientes cuestionarios:

"Cuestionario Nº 1

"El acusado, particular Luis Fernando Alvarez Hernández, de anotaciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable, sí o no, de haber dado principio junto con otros a la ejecución de hechos tendientes a obligar por medio de amenazas al señor doctor Arturo Castaño Henao, a entregar la suma de cincuenta mil pesos con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, no habiendo logrado su propósito por circunstancias ajenas a su voluntad como lo fue la intervención oportuna de la autoridad, cuando el día once de mayo de mil novecientos setenta y uno hicieron varias llamadas telefónicas al doctor Arturo Castaño Henao y una a su esposa doña Irma Duque de Castaño, en las cuales se le exigía la suma de dinero en referencia y se le amenazaba en el sentido de que si no entregaba dicha suma perdería el automóvil de su propiedad y corría grave peligro su vida, según hechos sucedidos en la ciudad de Pereira, departamento de Risaralda en la fecha anotada?"

"Cuestionario Nº 2

"El acusado, particular Luis Fernando Alvarez Hernández, de anotaciones civiles y personales conocidas de autos, es responsable, sí o no, de haberse apropiado, junto con otros, por medio de la violencia a las cosas consistente en haber utilizado llaves falsas o ganzúas, de las siguientes cosas muebles ajenas: automóvil Dodge Dart, color marrón, modelo 1970, distinguido con las placas LS-1570, motor número FP-20-061 avaluado pericialmente en la suma de ciento setenta mil pesos moneda legal colombiana, y un libro de medicina legal escrito por el doctor Uribe Cualla, en rústica, avaluado en la suma de sesenta pesos, elementos éstos de propiedad del doctor Arturo Castaño Henao, según hechos ocurridos en la ciudad de Pereira, departamento de Risaralda, entre las nueve y las diez de la noche del siete de mayo de mil novecientos setenta y uno?"

"Sí es responsable", fue el veredicto unánime del consejo.

f) Apelada la sentencia de primer grado por el defensor de Luis Fernando Alvarez, el proceso llegó al Tribunal Superior Militar, corporación que, previo el trámite propio del asunto, la reformó en el sentido de fijar la pena de seis (6) años de presidio para cada uno de los procesados, sanción que individualizó con primordial fundamento en los artículos 404 (numeral 3º), 406, 16 y 33 del Código Penal, pues estimó que el delito que surge con absoluta claridad de los cuestionarios, en concurso material con el imperfecto de extorsión, es el de robo agravado;

g) Contra el fallo de segunda instancia interpusieron el recurso extraordinario de casación los procesados Edilberto Quintero Tabares y Luis Fernando Alvarez, el cual fue legalmente concedido por el Tribunal y luego declarado admisible por la Corte. En providencia visible al folio 22 del presente cuaderno la Sala, dando aplicación a los artículos 576 y 678 del Código de Procedimiento Penal, declaró ajustada a las exigencias legales, por su aspecto formal, la demanda formulada a nombre de Alvarez Hernández, y declaró desierto el recurso respecto de Quintero Tabares, quien no lo sustentó.

La demanda

La acusación al fallo recurrido se propone con apoyo en las causales de casación que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en sus ordinales 1º, 2º y 4º, respectivamente, advirtiendo el actor de manera expresa que invoca la causal primera sólo para fundamentar la cuarta.

Causal primera

A su amparo el impugnante emprende un análisis probatorio de los elementos de juicio relativos a la materialidad de las infracciones y a la responsabilidad penal de Luis Fernando Alvarez, análisis del cual concluye, resumiendo su pensamiento sobre el particular, que "la errónea interpretación de los hechos del proceso, por error de derecho manifiesto en la valoración de las pruebas, condujo al fallador a un error sustancial, en la denominación jurídica de la infracción atribuida a Alvarez Hernández".

Causal segunda

La sentencia impugnada, estima el actor, "no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder (su equivalente)".

Agrega que siendo los consejos de guerra verbales un proceso sui generis, "encaminado a sancionar en forma rápida los delitos que en un momento determinado puedan afectar gravemente el orden público, según el criterio del Gobierno, y que carece de distinción específica entre el sumario y el juicio, no parece cierta la tesis, de que sean los cuestionarios que se formulen a los vocales, el equivalente único del auto de proceder del juicio ordinario. Pues no se sabría cómo dar aplicación al inciso 2º del artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar, que ordena redactar tales cuestionarios, en la forma indicada en los artículos 559 y 560 del mismo Código". Y continúa, pasos adelante:

"En el caso de autos, la resolución de convocatoria del consejo de guerra verbal (fl. 59), llamó a responder al recurrente por el delito de robo, contemplado en el artículo 402. El cuestionario se formuló señalando las circunstancias especiales del artículo 404, numeral 3º. La sentencia de primer grado condenó a Alvarez de conformidad con el artículo 402. Y la sentencia recurrida, aplicó el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal.

En suma, afirma que la sentencia recurrida no está en consonancia "con los cargos formulados en el equivalente al auto de proceder, que debe ser cuando menos, la unidad entre la convocatoria y el cuestionario".

Concluyendo, pide a la Corte que case la sentencia recurrida con fundamento en la causal segunda y dicte el fallo correspondiente.

Causal cuarta

Dos son los cargos que el censor propone con apoyo de la causal cuarta, a saber:

Cargo primero

"Como consecuencia de lo expuesto al amparo de la causal primera, inciso 2º, y con base en tales argumentaciones, afirmo que la sentencia recurrida fue dictada en juicio viciado de nulidad, por cuanto por el error de derecho en la valoración de las pruebas aportadas al proceso, se incurrió desde la convocatoria del consejo de guerra verbal, pasando por los cuestionarios, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, que pudo haber cometido el recurrente Luis Fernando Alvarez Hernández, toda vez que no hay ningún nexo de causalidad, entre la actividad de éste y el delito de robo investigado".

Añade que si la actividad de Alvarez Hernández, de acuerdo con la realidad procesal, tipificara algún delito, éste no sería el de robo (Art. 404 del C. P.), sino el señalado en el inciso 1º del artículo 200 de la misma obra. En consecuencia, —concluye—, se ha estructurado la causal de nulidad prevista por el artículo 210, numeral 5º, del estatuto citado.

Segundo cargo

En el proceso —según el actor— "se violaron normas esenciales del procedimiento y el procesado recurrente no contó con las posibilidades de ejercitar plenamente el derecho de defensa". Y en desarrollo del mismo arguye:

"Así tenemos, que se hicieron reconocimientos en fila de personas, efectuados por personal del S-2 del Ejército, quienes obra-

ban, según ellos, como Policía Judicial, con violación del artículo 285 del Código de Procedimiento Penal y sin facultades para realizar tal diligencia (Art. 289 del C. de P. P.). Igualmente se hicieron reconocimientos en fila de personas por parte del funcionario instructor, sin el lleno de los requisitos legales, como el de haberse realizado tales reconocimientos sin la presencia del apoderado (Art. 407 del C. de P. P.)".

Expresa luego el demandante que si bien es cierto que Alvarez Hernández nombró como apoderado al doctor Hernán Hinestrosa Castrillón, este distinguido profesional no realizó actuación alguna en defensa de su patrocinado, e igualmente precaria fue la defensa que en el debate oral adelantó el sustituto, doctor Gonzalo Quiroga Valbuena, pues ni siquiera pidió pruebas elementales, como los careos con las personas consideradas como testigos de cargo.

Transcribe finalmente algunos conceptos doctrinarios de la Corte en torno al derecho de defensa y pone fin al libelo con la solicitud de que se infirme la sentencia acusada y se aplique, consecuentemente, el artículo 583, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público

Representado en esta oportunidad por el Procurador para las Fuerzas Militares, sintetiza los motivos de impugnación aducidos por el demandante; los examina luego con la amplitud que juzga adecuada, manifestando su abierta discrepancia respecto de los mismos y termina con la solicitud de que se deseche el recurso de casación interpuesto. La Sala se referirá al alegato del Ministerio Público en la medida en que lo estime pertinente.

La Corte considera

1. Se examinará la acusación en el orden lógico correspondiente, vale decir, dando prelación a la causal cuarta.

Sobre el particular, importa insistir en que cada causal de casación obedece a un esquema jurídico con características propias y proyecciones distintas, razón por la cual lo ha recordado esta Sala en numerosas oportunidades confundir su contenido o aducir en favor de cualquiera de tales específicos motivos de impugnación argumentos o razones que serían pertinentes o valederos para demostrar otra causal, no sólo atenta contra los principios lógicos del raciocinio, sino que conducirá necesariamente a resultado adverso, porque la Corte no puede colmar los vacíos, errores o deficiencias dialécticas de la demanda.

2. Se expresa lo anterior porque al plantear el primero de los cargos propuestos bajo el rubro de la causal cuarta manifiesta el actor, en suma, que con apoyo en el análisis probatorio realizado al amparo de la causal primera, afirma que la sentencia recurrida fue dictada en un juicio viciado de nulidad, pues por error de derecho en la valoración de las pruebas aportadas al proceso "se incurrió desde la convocatoria del consejo de guerra verbal, pasando por los cuestionarios, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción que pudo haber cometido Fernando Alvarez Hernández...", planteamiento que atenta contra la autonomía de las causales, creando así, al margen de las previsiones de la ley, un motivo de impugnación mixto, en el cual se involucran, mezclándolos, elementos de las causales primera y cuarta, de tan acusadas diferencias en su estructura y resultados.

3. Propugna el recurrente una equivalencia procesal entre la resolución de convocatoria y los cuestionarios, como elementos mancomunados, y el auto de llamamiento a juicio. Sin embargo, aun en el caso de que se aceptase la pretendida equivalencia, es lo cierto que la tacha propuesta —error de derecho en la estimación de la prueba indiciaria y testimonial referente a la materialidad de las infracciones— carece de toda demostración, pues contrariando de manera ostensible la técnica propia del recurso, el actor, tras exponer su personal criterio interpretativo sobre tales medios de convicción, se limita a expresar que violan la norma contenida en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 456 del Código de Justicia Penal Militar, olvidando que ninguna de las disposiciones citadas contiene un precepto regulador de la prueba indiciaria, en

cuanto al valor de la misma, sino una simple definición de indicio.

4. Importa agregar, por lo demás, que conforme al estatuto procesal vigente ni la prueba testimonial ni la indiciaria, en general, están sujetas a tarifa legal de pruebas, sino al sistema de la persuasión racional, en que el juzgador realiza una función predominantemente autónoma, atemperada por las reglas de la sana crítica. En consecuencia, si al juez corresponde apreciar razonablemente esos medios probatorios, vale decir, si goza de prudente y necesario arbitrio al ejercer la facultad de evaluarlos para formar su convicción, existe imposibilidad jurídica para fundar un error de derecho en las normas que tal sistema estructuran. Es preciso no olvidar que el error de derecho en la estimación de una prueba sólo puede resultar de la confrontación entre el mérito reconocido o negado a ese medio en la sentencia acusada y el mérito que tiene o del cual carece a la luz del texto legal que establece su valor probatorio.

Lo dicho basta para concluir que el cargo estudiado no puede prosperar.

5. En cuanto al segundo de los cargos formulados dentro de la esfera de la causal cuarta —violación de normas esenciales del procedimiento y falta del ejercicio pleno del derecho de defensa— es preciso observar, como lo anota el Procurador, que "no hay en el expediente constancia alguna de que hayan sido reconocidos los incriminados por parte del personal perteneciente al S-2 del Ejército tal como lo refiere el demandante", y que, de otro lado, los reconocimientos en "fila de personas", realizados por testigos, se llevaron a término durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior, cuando en tales diligencias no se exigía la presencia de apoderado, como lo dispone ahora el artículo 407 del nuevo estatuto procesal.

6. En relación con la labor de la defensa respecto del procesado recurrente, expresa el Procurador los siguientes conceptos, que la Sala acoge:

"Ahora bien, se refiere el demandante a la poca acción defensiva realizada por los doctores Hernán Hinestrosa Castrillón y Gonzalo Quiroga Valbuena. El primero de los nombrados a quien le fue encomendada la representación de Luis Fernando Alvarez no es cierto que no haya realizado 'ninguna actuación dentro del proceso', actuó ni más ni menos que con la pulcritud y honestidad que requería el juramento prestado por él al momento de posesionarse, y será tan patente este hecho que con miras a cumplir 'bien y fielmente los deberes del cargo' hizo que fuera sustituido por el doctor Quiroga Valbuena 'ya que nunca había estado en un consejo verbal de guerra' (fl. 106) y le pidió lo imposible a este último para que en representación del tantas veces citado Alvarez ejercitara el derecho de defensa que le asistía.

"Una cosa es que los cargos imputados al recurrente hayan obtenido una comprobación verídica en el expediente y otra es que ellos no hayan podido ser desvirtuados a pesar de la loable actuación del defensor".

Es claro que en materia de defensa el desideratum sería una dedicación insomne a la causa encomendada, pero ese criterio está atemperado en la práctica frente a la consideración de que en cada caso concreto son múltiples los factores que determinan la conducta del defensor, quien necesariamente debe gozar de libertad en un Estado de derecho para estudiar, planear y desarrollar su labor, de suyo compleja y eminentemente intelectual.

El cargo, en suma, no fue demostrado.

7. En el cargo único propuesto dentro de la esfera de la causal segunda se sostiene, en esencia, que el fallo impugnado no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución mediante la cual se convocó el consejo de guerra verbal. Es obvio que la índole misma de los referidos consejos, su finalidad y alcances, exigen una regulación legal en que la inmediación y la celeridad constituyen las notas características. Acorde con tal criterio, expresa el artículo 577 del Código de Justicia Penal Militar que "si concluida la etapa investigativa aparecieren demostrados, a juicio del presidente del consejo, hechos que constituyan delitos de competencia de los consejos de guerra verbales, distintos de los indicados en la resolución de convocatoria, pero en conexidad con ellos se redactarán los cuestionarios respectivos..."

Se recuerda lo anterior para significar que sí es legalmente posible incluir en los cuestionarios delitos distintos de los indicados en la resolución de convocatoria, siempre que sean conexos con éstos, a fortiori será posible, y necesario, precisar en aquéllos circunstancias de agravación, como sucedió en el presente proceso, ciñéndose el juzgador de primer grado a las pautas señaladas en el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar.

Tal procedimiento, por lo demás, no infringe las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución política, porque la Carta no traza en parte alguna un "modelo" o esquema ideal de juicio, sino que ordena respetar "las formas propias de cada juicio".

La tacha, por lo visto, no se justifica.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior Militar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD ARTICULO 26 CONSTITUCION NACIONAL

La demanda debe puntualizar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Constitución, fueron conculcadas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que se hagan los reconocimientos pertinentes. Cargo formulado al amparo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Se halla acusada en casación la sentencia de 15 de febrero de 1973, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó el fallo de primer grado modificándolo "en el sentido de que la pena principal que deben purgar los procesados Jairo Reyes Malhecha y Jaime Hurtado es la de cinco años de presidio y no la impuesta", por el delito de robo.

Hechos y actuación procesal

Los hechos materia del proceso los expone el Juez Primero Penal del Circuito de Cali, así:

"1º El día 24 de enero de 1972, aproximadamente a las siete de la mañana, el señor Antonio Rodríguez conductor del taxi marca Dodge, modelo 1971, motor Nº 22230, placas V. 0607, afiliado a la empresa 'Sintrans Public', de propiedad del señor Otoniel Francisco Severiche, llegó hasta la bomba de gasolina 'Texaco' situada en la calle 17 con carrera 6ª, barrio San Nicolás, con el fin de retirar el precitado vehículo para iniciar las labores del día, dándose cuenta de la desaparición del automotor, pues no se hallaba en ese sitio en donde era costumbre parquearlo.

"2º El vigilante de la mencionada bomba de gasolina, informó al señor Rodríguez de que el taxi había sido movido en las horas de la madrugada sin dar a conocer el nombre de la persona que lo había hecho.

"3º El mismo día de los hechos, el denunciante Julio Escobar, recibió una llamada telefónica de parte del señor Hipólito Orlando, Subgerente de la empresa "Sintrans Public", dándole cuenta del hallazgo del automóvil robado, cuando era objeto de desvalijamiento en la carretera que conduce a la ciudad de Popayán en jurisdicción del municipio de Rosas (Cauca).

"4º El día 24 de enero de 1972, el sargento segundo de la Policía Salomón Bermeo Gómez, dio captura a los individuos Jaime Hurtado y Jairo Reyes Mahecha, en la carretera central que conduce a la ciudad de Popayán cuando se dedicaban a desvalijar el automóvil robado al señor Severiche y lo tenían listo para lanzarlo a un abismo después de haberle quitado el vidrio parabrisas, el radio, el taxímetro, las copas, las herramientas, etc.

"5º En el informe de captura de los sindicados rendido por el sargento segundo Salomón Bermeo Gómez, se afirma que Hurtado y Reyes Mahecha, fueron vistos por varios vecinos del lugar cuando después de estacionar a un lado de la vía el automotor, empezaron a quitarle los elementos más valiosos colocándolo en el borde de un abismo con intenciones de lanzarlo, pero

que como el piso estaba flojo el carro se les pegó haciéndose imposible su movilización.

"6º Una vez aprehendidos los sujetos Hurtado y Reyes Mahecha, fueron sometidos a intensos interrogatorios habiendo negado en un principio su participación en el hecho denunciado pero finalmente optaron por confesar la autoría del ilícito".

La investigación fue iniciada por el Juzgado 16 Penal Municipal de Cali y proseguida por el Primero Penal del mismo Circuito. Terminada ella, este último juzgado, que era el competente, dictó auto de proceder por el delito de robo contra los sindicados Jairo Reyes Mahecha y Jaime Hurtado.

Contra este auto interpusieron apelación los procesados y el Tribunal Superior de Cali lo confirmó plenamente (fls. 189 a 194).

Rituada la causa en debida forma, se celebró la audiencia pública el 15 de noviembre de 1972 (fls. 222 a 224) y luego se profirieron los fallos de primera y segunda instancias a que se ha hecho referencia.

Contra la decisión del ad quem interpusieron los condenados el recurso de casación que fue concedido y se declaró admisible por esta Sala en auto de 13 de marzo de 1973.

El defensor del procesado Jairo Reyes Mahecha presentó la respectiva demanda sustentatoria, la que fue declarada ajustada formalmente a las exigencias legales, al propio tiempo que se declaró desierto el recurso en relación con el procesado Jaime Hurtado por no haberse presentado demanda oportunamente.

La demanda de casación

Fue formulada por el defensor del procesado Jairo Reyes Mahecha y la resume el colaborador Fiscal de la Sala en los siguientes términos:

" 'Como causales de casación, determinadas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y para el caso presente, aduzco las contenidas en los numerales 1º y 4º del citado artículo. Vale decir, la de que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por infracción directa e interpretación errónea y la de que fue dictada sobre un juicio viciado de nulidad'.

"En los cargos pretende demostrarlos a través de censura que hace a la prueba recepcionada, especialmente a la testimonial, criticando de igual manera el no haberse puesto a disposición de las partes el dictamen pericial que fijó el valor del vehículo robado.

"Rechaza el actor como elementos de certeza legalmente producidos y, por ende, de cabal idoneidad para sustentar el fallo recurrido, el 'testimonio-denuncia del señor Julio Escobar' el que es calificado como inexistente pues 'no fue leída ni por el denunciante ni por el secretario', lo que llevó a la violación 'en forma directa' de los artículos 214 y 256 del Código de Procedimiento Penal.

"Igualmente desconoce 'existencia legal' a las ratificaciones de informes policiales rendidas 'en contra del procesado'. Con ellas, afirma el señor demandante, se violaron directamente los artículos 250 y 251 de la ley procesal penal.

"Por no haberse puesto en conocimiento de las partes el dictamen pericial obrante en el proceso, el artículo 276 del estatuto ya citado fue quebrantado 'en forma ostensible'.

"Según el actor, con esto 'se violó el derecho de defensa del procesado, ya que no se le dio margen para hacer uso de las prerrogativas que le concede el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal contra tal dictamen'.

"Da término a su acusación el demandante solicitando 'que se case la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Cali en el presente proceso y en consecuencia se dicte la que sea acorde con la ley y por el delito de hurto, no de robo agravado como se dijo en el proceso'.

" 'Subsidiariamente pido que al aceptar establecida la causal cuarta de casación, cosa establecida plenamente, se decrete la nulidad de lo actuado desde la iniciación de actuaciones procesales inexistentes como plenamente lo he demostrado'."

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de evaluar los hechos, solicita "se rechace la demanda y se ordene la

devolución del expediente al Tribunal de origen", con razones que tendrá en cuenta la Sala para resolver lo pertinente.

Se considera

Cargo formulado al amparo del ordinal cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal

En primer término, la Corte estudiará el cargo que se proyecta en la esfera de esta causal, que hace procedente el recurso de casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad; porque el orden del estudio de las causales así lo impone, asentándose la censura sobre un pretenso vicio de forma.

Pero como observa el Procurador, en la demanda no se precisó o concretó el cargo de la presunta nulidad amórfamente predicada, por lo que la Corte carece de elementos demostrativos que lo permitan conocer el vicio observado y cuáles son su profundidad y extensión. La demanda debe puntualizar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Constitución fueron conculcadas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que se hagan los reconocimientos pertinentes. La Corte, como lo ha dicho tantas veces, no puede, colmando los vacíos y subsanando las deficiencias del libelo, realizar diversidad de apreciaciones excluyentes, enderezadas a desentrañar no sólo el fundamento del cargo sino el cargo mismo.

"Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación, y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación sólo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico". (Casación de 27 de febrero de 1970).

Para rechazar el cargo, es suficiente tener en cuenta las pretermisiones de que en el particular adolece la demanda, porque en ella no se analiza el aspecto o los aspectos constitucionales vulnerados, sino que, como se ha dicho, se asevera que se ha transgredido el artículo 26 de la Carta fundamental sin exponer cabalmente el concepto de la transgresión, ni demostrarlo.

En conclusión, el cargo no puede prosperar.

Cargo formulado al amparo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal

"Cumple recordar que, conforme a la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal..., el quebranto de la ley sustancial puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (la infracción directa) o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma hecho por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

"La violación indirecta de la ley se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente en el sentido de demostrar que el Tribunal ha incurrido en error de derecho o de hecho que aparezca ostensible y notorio en los autos. Trátase, por consiguiente, de una técnica precisa, señalada por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

"A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso primero del ordinal 1º del citado artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan plasmados en el fallo

recurrido, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

"A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado ordinal. En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca de modo manifiesto, en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

"Como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces, es un grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —como se ha dicho— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, vale decir, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación". (Casación de 23 de mayo de 1972).

De ahí, pues, que en el caso sub judice, el demandante irrespeta y controvierte el principio de contradicción, al decir que "la sentencia es violatoria de la ley sustancial por infracción directa e interpretación errónea" e impugnar al propio tiempo la fundamentación fáctica del fallo. Y tal planteamiento es contradictorio, porque cuando se acusa una sentencia por violación directa de la ley, como lo hace el actor, se acogen explícita o implícitamente los supuestos de hecho del fallo y los criterios del fallador respecto de la prueba, lo que no acontece cuando se propone la infracción indirecta, en la que se controvierten precisamente las premisas fácticas del fallo o se hace una evaluación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias diversas a las que se le atribuyeron en la sentencia recurrida.

El demandante, en un típico alegato de instancia, lleva el debate a un nuevo estudio probatorio, desconociendo que quien aduce la violación directa no impugna la prueba y, por el contrario, debe aceptar los hechos tal como están reconocidos en el fallo, radicando la discrepancia con el sentenciador en lo relativo a la norma aplicada al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la verdad, el actor no ensaya demostrar la transgresión de la ley en la sentencia acusada por un razonamiento directo, como corresponde al motivo previsto en el inciso primero del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sino que pretende reabrir el debate sobre el aspecto probatorio del proceso, situando de tal guisa el cargo dentro de las previsiones del inciso segundo de la disposición citada, por lo cual la impugnación es improcedente.

Pero aún admitiendo que el demandante sólo tuvo en mientes atacar el fallo por violación indirecta de la ley, pues controvierte el criterio del sentenciador en lo que toca a la evaluación de la prueba, aduciendo que varios artículos del Código de Procedimiento Penal han sido violados, entonces debió citar las disposiciones sustanciales violadas y puntualizar claramente el concepto de la transgresión.

Y es que cuando la censura se propone sobre la base del error de derecho en la apreciación probatoria, debe señalarse la norma de la ley de pruebas que se supone infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin). Y en el presente caso, como es observable a primera vista, el demandante no se ocupó siquiera en indicar la norma de la ley sustancial en su concepto violada, y menos el sentido en que lo fuera.

Consiguientemente, este cargo tampoco prospera.

Surge de lo anterior que debe procederse conforme a lo ordenado en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 15 de febrero de 1973 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Si bien el juez en razón de su investidura se halla legalmente facultado para disponer diligencias enderezadas al descubrimiento del autor o autores de la infracción, no lo es menos que debe ceñir su proceder a los límites trazados por la Constitución y las leyes en guarda de los derechos individuales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

En providencia del doce de noviembre de mil novecientos setenta y dos el Tribunal Superior de Bogotá, acorde con el respectivo Agente del Ministerio Público, calificó el mérito de la presente investigación abriendo causa criminal contra el doctor Carlos Eduardo Ramírez Rivera, ex-Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco, por abuso de autoridad y sobreseyendo definitivamente en su favor por delito contra la inviolabilidad del domicilio, resolución ésta que ordenó consultar. De la providencia adversa conoce la Corte en virtud del recurso de apelación, oportunamente interpuesto por el defensor del acusado.

Antecedentes

En escrito dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de abril de 1971 la señorita Magdalena Morales Granados formuló denuncia penal contra el doctor Carlos Eduardo Ramírez Rivera, a la sazón Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco, porque el sábado 3 de ese mes, dos individuos que se identificaron como agentes del F-2 de la Policía Nacional, cumpliendo órdenes del referido funcionario, irrumpieron en el dormitorio de la denunciante, situado en la Escuela Normal Departamental, y tras requisar la habitación la condujeron, bajo amenazas, al Hospital Municipal, en donde fue sometida a examen médico para establecer si en ella se había causado un aborto.

Ratificada bajo juramento la denuncia, el Tribunal abrió la correspondiente investigación, comisionando para adelantarla al juez que designara la Dirección Seccional de Instrucción Criminal. Clausurada la etapa sumarial y obtenido el concepto del Ministerio Público el juzgador de primer grado calificó el mérito de la misma, como ya hubo de expresarse, mediante la providencia que en esta revisa.

Resultado probatorio

En el curso de la presente investigación se han establecido los siguientes

Hechos

a) El agente número 1458 del F-2 informó en las primeras horas del 2 de abril de 1971 al juez Carlos Eduardo Ramírez que en la quebrada denominada "La Guilita", dentro del perímetro urbano de San Juan de Rioseco, se había encontrado un feto, y el funcionario dispuso de inmediato la diligencia de levantamiento, la cual se cumplió en presencia de dos peritos (fls. 18 y 19);

b) En la misma fecha el juez Ramírez dictó auto cabeza de proceso, en cuyo apartado e) dispuso:

"Solicitar al Comandante del Distrito Polinal sean llevadas al Hospital San Vicente de Paúl, todas las mujeres que estuvieran próximas a dar a luz, a fin de que sean examinadas como también se practiquen rondas y allanamientos a las casas sospechosas a fin de descubrir a los autores del ilícito" (fls. 19 y 20).

En desarrollo de tal orden el funcionario dirigió el mismo día al capitán Comandante del Quinto Distrito de la Policía Nacional el Oficio Nº 113, que en lo pertinente expresa:

"...atentamente solicito a usted se sirva ordenar al Comandante del F-2, despliegue toda actividad en orden a hacer una redada en todo el poblado y establecer qué mujeres se encontraban próximas a procrear, conducir a todas hacia el Hospital de la localidad a efecto de que se hagan los exámenes de rigor, y para que se retiren de la casa donde se sospecha o se establezca que haya ocurrido aborto, todos los objetos que hayan sido utilizados en la comisión del ilícito... Se conceden facultades legales a los agentes de la comisión para llevar a efecto las rondas y allanamientos que consideren necesarios" (fl. 20).

c) En Oficio número 040 del 3 de abril de 1971 el Director Encargado del Hospital de San Juan informó al juzgado que se trataba de un feto de sexo femenino, de seis meses de gestación, aproximadamente, cuya muerte se había producido unas ocho horas antes de aquella en que fue recibido en el Hospital. Expresó además el informe que los traumatismos patentes en el feto habían tenido la finalidad de producir el aborto (fl. 21);

d) Respecto de la comisión que les confiara el Juzgado Municipal, los agentes del F-2 números 1440 y 30071 informaron el domingo 4 de abril al Comandante del Distrito de Policía lo siguiente:

"...dando cumplimiento a este oficio se condujo al Hospital para un examen correspondiente a la señorita Magdalena, ya que recaían sospechas sobre la antes mencionada. Adjunto al informe copia del examen practicado por el médico de turno a la señorita en mención, la cual es profesora de la Normal de señoritas de esta ciudad..." (fl. 23).

El dictamen enunciado, dice textualmente:

"Por medio de la presente le informo que en examen médico efectuado a la señorita Magdalena Morales, no se evidencia en forma alguna dato positivo que indique la posibilidad de que en ella se haya producido un aborto, siendo el examen ginecológico, completamente normal" (fl. 23).

e) Gabriel Angel Serna, agente número 30071, declaró en ausencia, que recibida la orden del juzgado, preguntó en las droguerías de la localidad quiénes habían adquirido alguna droga que sirviese para producir abortos, y como resultara sospechosa la mujer de un embolador de apellido Pava, allanaron su casa y la llevaron al Hospital para el examen médico, que resultó negativo.

En cuanto a la señorita Magdalena Morales según el mismo deponente, se le condujo al Hospital porque se supo que en días anteriores se había hecho aplicar unas inyecciones, y porque las referencias de una señora desconocida para el deponente la señalaban como sospechosa. Agregó que la habitación de la señorita Morales fue registrada con el asentimiento de ésta, "...ya que al mostrársele el oficio aceptó que le fuera rondada la habitación, habiendo encontrado en lo que se relaciona a droga, unas inyecciones de calcio sin haber hallado más elementos usados en los casos de aborto" (fls. 26 y 40).

De acuerdo con la misma versión, la señorita Morales rehusó en principio dejarse conducir al Hospital, manifestando que en la orden que se le mostraba no aparecía su nombre, pero a la postre accedió, habiéndose trasladado en compañía de otra profesora y de los agentes del F-2.

f) La declaración anterior está corroborada, en sus líneas esenciales, por el testimonio de José Enelín Medina, agente número 1440, quien afirmó que "...por decires de la gente..." se señaló a una profesora de la Normal como posible autora del aborto, pues se decía que en días anteriores había estado enferma y aplicándose inyecciones. Añadió que en un principio la señorita Morales se había negado a ir al Hospital, haciendo notar que el oficio no se refería a persona determinada, pero con-

vino luego ante la insistencia de los agentes (fls. 61 y 62);

g) La señorita Gilma Valencia Bernal, compañera de habitación de la señorita Magdalena Morales, explicó circunstancialmente los hechos. Abrió la puerta del dormitorio y recibió a los agentes del F-2, quienes exhibieron la orden del juzgado, en la cual no se mencionaba a persona determinada. Requisada la habitación, acompañó a Magdalena hasta el Hospital. Posteriormente las dos informaron a la Directora sobre todo lo acontecido, y ésta protestó ante las autoridades por el atropello de que había sido víctima la profesora Morales. Manifestó, además, que durante la noche del 2 al 3 de abril Magdalena había estado en un baile en compañía de profesores, profesoras, alumnos de último año de la Normal y otras personas, habiendo regresado a acostarse a las seis de la mañana del sábado, día de la diligencia relatada (fls. 32 a 33 vto.);

h) Martha Serna (fl. 34), Jaime Luna (fl. 36), Blanca Elvira Sedano (fl. 41), Luis Emilio Téllez (fl. 42), Blanca González (fl. 45), Cecilia Mantilla Cabrales (fl. 46), Marlene Díaz Rodríguez (fl. 47), Praxedis Hernández de De la Cruz (fl. 48), Inés Zorro Vargas (fl. 49), profesores de establecimientos docentes de San Juan, y Ofelia Barrero de Serrano (fl. 44), madre de dos alumnos del sexto año de la Normal, declararon que Magdalena Morales, Directora del Curso, fue la organizadora del baile, y permaneció en la casa donde éste se celebró toda la noche del 2 al 3 de abril, habiéndose retirado sólo en las primeras horas de la mañana del sábado;

i) Yecid Chabur Rubio, Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Beltrán, en círculo con el de San Juan, después de referirse a la diligencia de levantamiento, manifestó que el juez Ramírez Rivera adelantó averiguaciones respecto a la autoría del referido delito de aborto el viernes 2 de abril, prosiguiendo en ellas en la mañana del sábado, y con fundamento en unos datos obtenidos en una droguería practicaron requisa a la habitación del ciudadano Aristóbulo Ortiz, cuya concubina fue llevada al Hospital, en donde le practicaron examen médico, que resultó negativo. Continúa el deponente relatando una serie de detalles vagos e incoherentes, de los cuales infirió el juez que la señorita Morales era persona "sospechosa" respecto del ilícito cuya investigación se iniciaba. Y afirma que cuando se encontraba en el juzgado, el agente Serna le informó al juez que iban a conducir a la señorita Morales al Hospital, pero que no tenían el oficio que había enviado el juzgado. El doctor Ramírez les facilitó entonces, con carácter devolutivo, la copia de la comunicación que reposaba en el archivo del despacho;

j) El juez inculpado explica su conducta diciendo que la comunicación a la Policía se fundó en las disposiciones legales por entonces vigentes: Decretos 1717 de 1960, 1726 de 1964, 1667 de 1966, 271 de 1967 y 1385 de 1970: que los agentes de Policía 30071 y 1440, con base en las pesquisas por ellos realizadas, estimaron como presunta autora del aborto a la señorita Magdalena Morales, y en cumplimiento de su deber la condujeron al Hospital para que le practicaren examen médico, única forma de establecer la verdad; que conforme al artículo 294 del Código de Procedimiento Penal a la sazón vigente, él, como funcionario de instrucción estaba autorizado para practicar diligencias investigativas para que el delito no quedara impune. De otro lado, las averiguaciones realizadas por los agentes del F-2 proporcionaban base suficiente para practicar examen médico a la profesora Magdalena Morales. Reconoció que cuando libró la comunicación a la Policía ninguna persona en particular aparecía señalada como autora o cómplice del delito. Agregó que el día siguiente uno de los agentes le había manifestado sospechas con una profesora. Y al preguntarle de dónde había sacado tales datos, sin darle nombres le contestó que "le habían contado unas señoras". "En vista de este informe general —dice— le manifesté que obraran de acuerdo al oficio que les había entregado". Finalmente se refiere a las diligencias relativas a la mujer de Antonio Pava;

k) La calidad de Juez Promiscuo Municipal de San Juan, concurren en el doctor Carlos Eduardo Ramírez para la época de los hechos investigados en el presente proceso se halla también acreditada mediante los documentos que obran a folios 31, 55 y 59 del informativo.

Concepto del Ministerio Público

Después de compendiar los hechos materia del proceso el Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo, ofrece una completa reseña histórica de la prueba; se refiere luego a la conducta investigada y su adecuación a la figura delictuosa del abuso de autoridad, tal como la describe el artículo 181 del Código Penal en relación con la prevista por el 171 de la misma obra. Manifiesta su plena conformidad con el criterio que informa la providencia apelada, destacando algunos aspectos del ilícito en que la acusación se funda y refuta luego los argumentos formulados por el defensor con oportunidad de la alzada ante la Corte. En el quinto y último punto de su extenso alegato el colaborador sintetiza así sus ideas sobre el asunto sub judice:

"Se parte del presupuesto fundamental de que el doctor Ramírez Rivera por el cargo que ocupaba estaba facultado por la ley para disponer diligencias en orden al descubrimiento del autor o autores de la infracción, pero el ordenamiento jurídico, de otra parte, le señalaba ciertos límites para su ejercicio en guarda de los derechos individuales tutelados por la Constitución Nacional. Estos límites fueron superados en perjuicio de la profesora Magdalena Morales quien de manera arbitraria fue obligada a someterse a examen médico, a más de que se allanó su domicilio y se le registró sin existir fundamento legal para realizar estas diligencias.

"Como se puntualiza en el auto pretendido el hecho cobró mayor gravedad y configura otro tipo delictivo por haberse recurrido a la fuerza pública y aparece evidente que en el presente caso la intervención de los agentes del F-2 determinó que la señorita Morales se viera constreñida a concurrir al Hospital de la localidad ante la amenaza de sufrir un mal mayor".

Concluye el Procurador solicitando que se confirme el vocatorio recurrido y se ordene investigar penalmente la conducta de los agentes del F-2 Gabriel Angel Serna y José Enelín Medina respecto de los hechos determinantes del presente proceso.

Consideraciones

1. Como de manera pertinente lo recuerdan el Procurador y la providencia recurrida, conforme al artículo 23 de la Constitución Nacional, ubicado dentro del título que preserva los derechos civiles y garantías sociales, nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes, principio que recoge el Código de Procedimiento Penal en su artículo 3º y que luego desarrolla señalando quién es el funcionario competente y cuáles son las formalidades, como también los motivos que limitan tales garantías.

2. Es igualmente cierto que el funcionario de instrucción correspondiente debe iniciar sumario siempre que por cualquier medio serio de información llegare a su noticia la perpetración de algún delito perseguible de oficio, acto aquél que realiza profiriendo un auto cabeza de proceso en el cual dispone practicar las diligencias conducentes al esclarecimiento de la verdad, especialmente respecto de las cuestiones indicadas en el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal. Pero es sabido que las diligencias ordenadas por modo general en el auto que abre la etapa investigativa del proceso —captura, allanamiento, registro, decomiso de elementos— están sujetos a una serie de requisitos y formalidades que parejamente garantizan derechos del individuo y de la sociedad.

3. No se controvierte que el juez Carlos Eduardo Ramírez Rivera, ante el hallazgo de un feto dentro del perímetro municipal de San Juan de Rioseco, tenía el deber de iniciar diligencias investigativas, porque tal hecho, objetivamente considerado, se ofrecía a la mente como el resultado de un delito perseguible de oficio, apreciación que por cierto corroboraba al día siguiente el examen médico. Pero es

asimismo incuestionable que el referido funcionario estaba obligado, en guarda de la norma constitucional y legal recordada, a dictar el auto cabeza de proceso y a realizar cada una de tales actuaciones con sujeción a las formalidades legales a la sazón imperantes (Art. 157, 207, 208, Ley 94 de 1938).

4. Por el contrario, como atrás quedó establecido, el juez Ramírez Rivera impartió un mandato general para que fueran llevadas al Hospital San Vicente de Paúl "todas las mujeres que estuvieran próximas a dar a luz", con el objeto de que fuesen examinadas, como también para que se practicasem "rondas y allanamientos a las casas sospechosas a fin de descubrir a los autores del ilícito", orden que se transmitió en términos equivalentes al Comandante de la Policía local, cuyos agentes, con tal fundamento, condujeron al referido establecimiento, en donde fueron sometidas a examen médico, a la señorita Magdalena Morales y a la concubina de Aristóbulo Ortiz.

5. Arguye el juez Ramírez, por vía exculpativa, que esa diligencia era la única posible para establecer la autoría del ilícito. A lo cual responde el Procurador en la vista respectiva que ello es cierto, pero "con el cumplimiento estricto de las normas que gobiernan la práctica de las diligencias en el proceso penal".

En efecto, tanto los declarantes que deponen sobre el particular como el propio acusado hablan de las "sospechas" que surgieron contra la profesora Magdalena Morales, y es sabido que nuestra legislación considera los indicios, mas no la "sospecha", que en realidad era lo que existía en el proceso respecto de la nombrada profesora, porque como lo anota la Procuraduría, los mencionados agentes ni siquiera se ocuparon de identificar a quién suministró los datos acerca de la presunta enfermedad de aquélla, y mucho menos trataron de establecer la naturaleza del mal que la aquejaba, "para evitar un atropello como el que se consumó".

6. No existe la menor duda de que el juez Ramírez conoció las informaciones recibidas por los miembros del F-2, y que tuvo la oportunidad de evaluarlas. El mismo explica en su indagatoria que el sábado 3 de abril fue enterado de que a los agentes "...les habían contado unas señoras..." que la profesora Morales estaba enferma, y sin verificación alguna facilitó la copia de la comunicación a la Policía, que reposaba en el archivo del despacho a su cargo, para que fuera conducida al Hospital. "Por manera que no puede alegarse ignorancia de las circunstancias que precedieron la actuación de la Policía, pues francamente la cohonestó y no se detuvo a averiguar sobre la seriedad de la presunta imputación".

7. Pretende el juez Ramírez Rivera dar apoyo jurídico al oficio dirigido a la Policía en los estatutos legales que cita en su indagatoria, argumento plenamente desvirtuado por el Ministerio Público en los siguientes pasos de su vista:

"Existe neta distinción en las actuaciones de Policía Judicial cuando obra por iniciativa propia y cuando actúa por comisión del funcionario de instrucción. La primera no corresponde al caso en estudio porque el mismo día en que se halló el feto se dictó auto cabeza de proceso y este acto de jurisdicción tiene la virtualidad de someter a la Policía Judicial al funcionario de instrucción no sólo en cumplimiento de las claras disposiciones de la legislación vigente (artículo 289 del C. de P. P.) sino de la anterior: Decreto 1726 de 1964, artículo 1º, literales a) y h). Prueba de lo expuesto es el hecho de que la comunicación dirigida al Comando de la Policía Nacional en el municipio de San Juan de Rioseco estaba concebida en los mismos términos del auto cabeza de proceso '... hacer una redada en todo el poblado y establecer qué mujeres se encontraban próximas a procrear, conducir a todas aquéllas hacia el Hospital de la localidad a efecto de que se hagan los exámenes de rigor...'. Y que la señorita Magdalena Morales protestó porque la nota no se refería a persona determinada pero accedió a trasladarse al Hospital ante la coacción de que fue objeto por los agentes del F-2".

8. De todo lo expuesto se concluye, en suma, que si bien el juez Ramírez Rivera, en razón de su investidura, se hallaba legalmente facultado para disponer diligencias enderezadas al descubrimiento del autor o autores de la infracción, no lo es menos que

debía ceñir su proceder a los límites trazados por la Constitución y las leyes en guarda de los derechos individuales, límites que fueron superados en perjuicio de la profesora Magdalena Morales, "quien de manera arbitraria fue obligada a someterse a examen médico, a más de que se allanó su domicilio y se le registró sin existir fundamento legal para realizar estas diligencias", criterio que igualmente sustentan la sentencia recurrida y el Procurador tras amplio y circunstanciado examen de la prueba obrante en el informativo.

9. Pero tal proceder no se adecúa plenamente a la figura delictuosa descrita por el artículo 181 del Código Penal, sino a la prevista en el 171 en donde el sujeto pasivo de la conducta, como en el caso que el proceso contempla, o el objeto material de la misma, constituyen elementos determinados. En consecuencia, se modifica en este preciso sentido la imputación que se formula al juez acusado en las presentes diligencias.

Importa agregar que como tal modalidad delictuosa no conlleva sanción privativa de la libertad personal, habrán de revocarse las disposiciones concernientes a la detención cautelar del referido funcionario y a su libertad caucionada, medidas tomadas por el juzgador de primer grado con fundamento en los artículos 439 y 453, ordinal 5º, del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 80 del estatuto punitivo.

10. En extenso alegato, no exento de erudición, el defensor del juez Ramírez Rivera realiza minuciosa crítica al contenido probatorio del proceso, de la cual infiere, en esencia, que no se hayan demostrado ni el aspecto material de la infracción ni la responsabilidad penal del funcionario. Sin embargo, la loable labor defensiva, en donde abundan afirmaciones sin respaldo en la realidad procesal, ha sido cabalmente refutada por la Procuraduría en la vista respectiva con argumentos que la Sala acoge porque coinciden con su propia evaluación probatoria.

11. Ningún reparo cabe hacer, de otra parte, al sobreseimiento definitivo proferido en favor del doctor Carlos Eduardo Ramírez Rivera, en su calidad de Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco, respecto del delito contra la inviolabilidad del domicilio, al que también se refirió la denuncia determinante del proceso. Tal decisión consulta tanto la verdad demostrada en el informativo a través de los medios que la ley prevé como las disposiciones legales pertinentes.

12. Considerándose acertada la solicitud del representante del Ministerio Público ante la Corte en el sentido de que se esclarezca penalmente la conducta de los agentes del F-2 Gabriel Angel Serna y José Enelín Medina en relación con los hechos que se juzgan en este proceso, se dispondrá lo conducente.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto de la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Se confirman los ordinales primero, quinto y sexto de la providencia recurrida, con la modificación a que expresamente se refiere la parte motiva en su numeral nueve.

Segundo. Se confirma, asimismo, el sobreseimiento definitivo consultado.

Tercero. Revócanse los ordinales segundo y tercero del auto de proceder apelado.

Cuarto. El Tribunal dispondrá que se expidan copias de lo pertinente del proceso, con destino al funcionario competente, para los fines indicados en las consideraciones de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA

El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de llamamiento a juicio, causal de nulidad señalada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se encausa por robo y las pruebas acreditan hurto, o cuando se abre juicio por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Se halla acusada en casación la sentencia de 22 de mayo de 1973, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado que condenó a José Fidel Martínez Martínez a la pena principal de quince años de presidio "como autor del delito de homicidio agravado cometido en la persona de Juan de Dios Collazos Cayapú".

Hechos y actuación procesal

Al calificar el mérito del sumario, el juez del conocimiento hizo el siguiente relato de los hechos:

"El miércoles doce de mayo de mil novecientos setenta y uno, el señor Juan de Dios Collazos Cayapú estuvo acompañando a José Fidel Martínez a hacer algunas diligencias relacionadas con su profesión, y utilizaron para tal efecto un vehículo perteneciente a la esposa de este último. A las cinco y media de la tarde aproximadamente arribaron al campo de tejo denominado 'El Berkín' situado en la calle 5ª con carrera 64, y allí jugaron e ingirieron bebidas alcohólicas con varios amigos hasta las ocho y media de la noche más o menos, hora en que salieron y se dirigieron a un bar restaurante de propiedad del señor Alonso González, lugar donde libaron otras cervezas, y donde Martínez Martínez mandó preparar pescado para digerir con sus acompañantes, e inclusive, para enviar, como en efecto lo hizo, a su hogar con uno de sus menores hijos que ocasionalmente se hizo presente en el establecimiento. Poco más tarde, José Fidel Martínez se negó a llevar a su casa a un amigo de Juan de Dios Collazos, y procedió a guardar en un parqueadero el automotor de su cónyuge, para posteriormente irse a pie rumbo a su casa en compañía de este último.

"Acto seguido Juan de Dios Collazos invitó a José Fidel Martínez a que entrara a su casa de habitación, con el objeto de que por medio de unos tragos hablaran sobre el dinero que éste le debía por concepto del arrendamiento del garaje, donde Martínez tenía guardada una mercancía y materia prima; después de ir y venir de conversaciones en presencia de la esposa de Collazos Cayapú, éste y Martínez llegaron a un arreglo en un ambiente de plena cordialidad, y fue así como José Fidel Martínez aceptó deberle la cantidad de ochocientos cuarenta pesos ($ 840.00) pero como Juan de Dios Collazos de tiempo atrás le debía a éste dos mil pesos, procedió a girarle un cheque por la diferencia, esto es, por la su-

sacara todo cuanto tenía en el garaje o local de su casa de habitación. Inmediatamente, a esa hora de la madrugada, Martínez Martínez se dedicó a la fatigosa tarea, y con la ayuda de su esposa y su depenco después cuando éste ordenó a aquél que y Juan de Dios Collazos se interrumpió poma de un mil ciento sesenta pesos. Sin embargo, la camaradería de amigos que siempre había existido entre José Fidel Martínez diente Luis Eduardo Pava lograron sacar a la calle todos los elementos. No obstante la pasividad que mostró en esos momentos el señor Juan de Dios Collazos, el individuo José Fidel Martínez se le abalanzó y lo golpeó en la cara, e inmediatamente le hizo dos disparos consecutivos sin inmutarse por las propias súplicas de la víctima, y de su cónyuge e hijas que se encontraban presenciando los hechos. No contento con su actitud criminal, el sujeto Martínez Martínez le hizo un tercer disparo por la espalda al infortunado Collazos Cayapú, cuando éste en su agonía, intentó refugiarse".

Terminada la investigación, el Juzgado Dieciocho Superior de Bogotá dictó auto de proceder contra José Fidel Martínez Martínez por el delito de homicidio agravado, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Abrir causa criminal por la vía en que interviene el jurado de conciencia, contra José Fidel Martínez Martínez, hijo de Nepomuceno y Tránsito, natural de Guaduas (Cund.) y vecino de Bogotá en la carrera 53 B número 8-36/40, de estado civil casado, de treinta y cinco años de edad al momento de los hechos, y de profesión pintor industrial; e identificado con la cédula de ciudadanía número 139.891 expedida en Bogotá, por el delito de homicidio cometido en la persona de Juan de Dios Collazos Cayapú, la madrugada del trece de mayo de mil novecientos setenta y uno, en la carrera 53 con calle 8ª de esta ciudad, en circunstancias de tiempo, modo y lugar conocidas en autos.

"De este delito trata el Código Penal en su libro 2º, título 15, capítulo 1º..."

Rituada la causa en debida forma, se celebró audiencia pública el 23 de enero de 1973, acto en el cual se debatió el siguiente cuestionario, que se copia con la respuesta que a él dieron los jurados después de oír a las partes:

"Cuestión única

"El procesado José Fidel Martínez Martínez, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable, sí o no, de haber dado muerte con intención de matar, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad mediante el empleo de arma de fuego, a Juan de Dios Collazos Cayapú, según hechos ocurridos en la madrugada del trece (13) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971), en la carrera 53 con calle 8ª, de esta ciudad.

"Respuesta: Sí es responsable".

Acogiendo el veredicto, el juez del conocimiento profirió sentencia, con fecha 8 de febrero de 1973, y en ella impuso al acusado recurrente la pena principal de quince años de presidio, las accesorias de ley y la obligación de pagar los perjuicios causados con la infracción (fls. 352 y ss.).

De dicho fallo conoció el Tribunal Superior de Bogotá, por vía de apelación, y lo confirmó en todas sus partes.

Contra la decisión del ad quem interpuso el procesado el recurso de casación, que fue concedido y se declaró admisible por esta Sala en auto de 27 de septiembre último.

La demanda de casación

Al amparo de la causal descrita en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el demandante acusa la sentencia de segundo grado, formulándole dos cargos, el primero de los cuales por haberse dictado el fallo en un juicio viciado de nulidad "por violación del artículo 26 de la Constitución nacional y que consiste en la inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio penal"; y el segundo, porque "se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción al tenor de lo dispuesto por el artículo 210, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal".

Primer cargo

Lo resume el actor así:

"El honorable Tribunal sentenciador incurrió en violación de los artículos 6º del Código de Procedimiento Penal al no aplicar la ley permisiva o favorable en la cali-

ficación del proceso desde el auto de proceder inclusive, omisión que llevó al juzgador a aplicar indebidamente el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal dictando sentencia condenatoria sin estar dentro del proceso la prueba de responsabilidad 'legalmente producida'.

"En consideración que las pruebas que favorecían al procesado no fueron tenidas en cuenta por el honorable Tribunal sentenciador, tal desconocimiento quebrantó el derecho de defensa también el desconocimiento del principio in dubio pro reo que el Código consagra en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, con proyecciones sobre la violación del artículo 26 de la Constitución política".

Según el actor, "el estado de ira e intenso dolor ocasionado por grave e injusta provocación consagrado en el artículo 28 del Código Penal se encuentra suficientemente demostrado dentro del proceso en todos sus elementos constitutivos y a pesar de tan cabal demostración, tales elementos no fueron tomados en cuenta por el señor juez de derecho para hacer una exacta calificación de los elementos infraccionales aportados al proceso y deducirlos a favor del procesado en los términos señalados por los artículos 216 y 1º del Código de Procedimiento Penal y 3º del Código Penal".

Asevera asimismo que tal estado emocional se encuentra demostrado con "la versión que suministró a la justicia en la indagatoria" el procesado, y con las declaraciones de la señora María del Carmen Felipe de Martínez y de Luis Eduardo Pava. Y que no habiendo tenido el juzgador en cuenta tal circunstancia aminorativa de la responsabilidad en el auto de proceder, violó los ordinales 2º y 3º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal.

También aduce que al examen psiquiátrico que se le practicó al procesado en el Instituto de Medicina Legal no se le dio "el valor probatorio que realmente le corresponde", a causa de "la escasa preparación científica de los juzgadores de instancia y a la nula preparación científica de los jueces populares".

Segundo cargo

Lo condensa el actor de esta guisa:

"Incurrió el señor juez de derecho en el auto de proceder en 'error relativo a la denominación jurídica de la infracción', error que consiste en que se tomó como circunstancia calificadora del delito de homicidio agravado la circunstancia prevista en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, consistente en haber colocado a la víctima en condiciones de inferioridad e indefensión, circunstancia que carece por completo de comprobación en los autos, dándose que en virtud de esa errónea interpretación del señor juez de derecho en el proveído calificatorio se incurrió en la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal cuando en el peor de los casos, tales hechos encajaban dentro de la previsión contenida en el artículo 37, numeral 6º, del Código Penal".

Concluye el demandante solicitando que se "invalide la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación y se dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 583, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal".

Concepto del Procurador

Dado en traslado el negocio al Procurador Primero Delegado en lo Penal, analiza pormenorizadamente los cargos formulados en la demanda y concluye que ninguno de ellos, "y que no son dos sino uno, gozó de demostración legal, base suficiente para ser rechazada la demanda, y se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen, como respetuosamente lo solicita la Procuraduría Delegada en lo Penal".

Consideraciones de la Sala

Primer cargo

Este cargo lo formula el demandante invocando la causal de casación prevista en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues arguye que el fallo se dictó en juicio viciado de nulidad; pero realmente lo que él hace es impugnar la fundamentación fáctica de la sentencia, sustentando que la indagatoria del procesado y las declaraciones de María del Carmen Felipe de Martínez y Luis Eduardo Pava no fueron evaluadas debidamente y que no fue tenido en cuenta el

examen psiquiátrico que le practicaron al condenado los Médicos del Instituto de Medicina Legal, por lo que los juzgadores de instancia no le dedujeron la circunstancia aminorativa de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del Código Penal. De suerte que el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa, poniéndose así soslayadamente en la esfera del aparte segundo del ordinal 1º del citado artículo 580, que describe la violación indirecta de la ley.

Mas, como ocurre que en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado —como lo ha sostenido la Corte reiteradamente hasta el cansancio—, la infracción indirecta no es procedente como motivo de casación, el actor no la aduce explícitamente y, en su lugar, pone el cargo formulado al amparo de la causal prevista en el ordinal cuarto del mentado artículo 580.

En la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse a través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitada sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (Art. 580 del C. de P. P.).

Consiguientemente el cargo no prospera.

Segundo cargo

El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de llamamiento a juicio, causal de nulidad señalada en el numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se encausa por robo y las pruebas acreditan un hurto, o cuando se abre a juicio por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores.

En el caso sub examine se dictó auto de proceder contra José Fidel Martínez Martínez por el delito de homicidio, y es la denominación jurídica que el Código Penal contempla en el capítulo I del título XV para el hecho de causar a otro injustamente la muerte, acto imputado al acusado y por el cual fue declarado responsable. Luego es palmar que no se incurrió, por el aspecto que se comenta, en la nulidad propuesta por el recurrente.

El personal criterio del defensor de que su acudido Martínez Martínez causó la muerte de Juan de Dios Collazos C., en las circunstancias de atenuación del artículo 28 del Código Penal, no fue compartido por el juzgador de primera instancia en el auto de vocación a juicio, ni fue acogido tampoco por el jurado, el que afirmó la responsabilidad del sindicado por el homicidio con la agravante del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, que fue el que se le formuló en el juicio.

Frente al veredicto recaído en la causa, no estimado contraevidente por los juzgadores de las instancias, únicos facultados para esa valoración, la sentencia tenía que dictarse en armonía con él, por expreso mandato del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, tampoco este cargo, formulado también en la órbita de la causal cuartã de casación, puede prosperar.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **desecha** el recurso de casación interpuesto por el procesado José Fidel Martínez Martínez contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 22 de mayo de 1973, por la cual fue condenado el recurrente, en segunda instancia,

a la pena de quince años de presidio y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio en la persona de Juan de Dios Collazos Cayapú.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distinta clase, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Observancia plena de las formas propias del juicio, y d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Se halla acusada en casación la sentencia de 12 de abril de 1973, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán reformó el fallo de primer grado, condenando a José Pedro Taquinas Ulcue y José Joaquín Cáliz García a la pena principal de quince años y seis meses de presidio y doscientos pesos de multa y a las accesorias correspondientes, como responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales.

Hechos y actuación procesal

Los hechos aparecen narrados de la siguiente manera en la providencia calificatoria del sumario que determinó llamar a juicio a Taquinas Ulcue y Cáliz García:

"...Conforme a las constancias procesales, Jesús Cupaque Medina, Manuel Antonio Noscué Rivera y la menor Rosalba Cupaque Noscué, hija del primero, el sábado 29 de noviembre de 1969, un poco después de las cinco de la tarde, se dirigían a su casa de habitación, luego de las labores del campo. Al pasar por el sitio denominado 'La Laguna' en la vereda de Buenavista, del municipio de Toribío, Cupaque Medina marchaba adelante, en medio de su hija y por último su cuñado Manuel Antonio. En ese preciso instante de un matorral localizado en frente se oyó la detonación de arma de fuego e inmediatamente Jesús cayó gravemente herido diciendo 'me mataron'. Al instante, del matorral en cuestión, salieron tres personas, dos de ellas armadas de escopeta, cubiertos sus cuerpos con ruanas y se dirigieron al lugar a donde había caído Cupaque. Manuel Antonio al darse cuenta de que los tres marchaban hacia el sitio indicado, salió corriendo a buscar refugio en una casa contigua. Cuando los asaltantes se dieron cuenta que la menor Rosalba estaba junto a su padre, volvieron sus pasos y tomaron camino hacia arriba. Mientras tanto Manuel Antonio había llegado a la casa de Rosario Villegas, a donde también llegó Rosalba pocos instantes después.

"Tanto la menor Rosalba Cupaque, como Manuel Antonio Noscué, dijeron haber reconocido perfectamente a los señores José Pedro Taquinas Ulcue y José Joaquín Cáliz García, como dos de los asaltantes, no así el tercero, de quien dijeron que era desconocido en la región".

Terminada la investigación, el Juzgado Primero Superior de Santander (Cauca) dictó auto de proceder contra José Pedro

Taquinas Ulcue y José Joaquín Cáliz García por los delitos de homicidio y de lesiones personales.

Contra este auto interpusieron apelación los procesados y su defensor, y el Tribunal Superior de Popayán lo confirmó.

Rituada la causa en debida forma, se celebró audiencia pública el 19 de enero de 1973, acto en el cual se debatieron, en relación con los procesados Taquinas Ulcue y Cáliz García, respectivamente, los cuestionarios que se copian a continuación con las respuestas que a ellos dieron los jurados después de oír a las partes:

"El procesado José Pedro Taquinas Ulcue es responsable, sí o no, conforme a los cargos que le aparecen en el auto de proceder de haber causado la muerte con intención de matar a Jesús Cupaque Medina, obrando con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, aprovechando las condiciones de inferioridad de éste, por cuanto se encontraba desarmado en esos momentos, procediendo además con asechanza y alevosía, habiéndole causado las siguientes heridas que le ocasionaron la muerte, según necropsia practicada por los señores médicos legistas del departamento (f. 34) así... 'A la inspección (sic) general se apreciaba impaxtos (sic) numerosos por proyectiles por arma de fuego, de pequeñas dimensiones, 3 milímetros, localizados tanto en el rostro, como en la cara anterior del tórax, del cuello y de los miembros superiores. Uno de esos pequeños orificios se hallaba precisamente en la parte media del borde inferior del párpado (sic) superior derecho, el cual había penetrado en el globo ocular para vaciar su contenido. En total había (sic) más (sic) o menos 46 impactos. De entre ellos había dos de mayores dimensiones, uno localizado en la región (sic) pectoral derecha a al (sic) altura de la línea (sic) medio clavicular sobre la 4ª costilla; el otro se hallaba en la parte interna de la fosa supraclavicular izquierda, ambos con cinco milímetros de diámetro (sic). De la espalda se extrajo un proyectil que había (sic) quedado retenido debajo de la piel, por debajo de la escapula (sic) derecha. En seguida se procedió (sic) a la apertura del tórax, encontrándose (sic) fracturada la 4ª costilla derecha sobre la línea medioclavicular, fractura de naturaleza conminutiva, encontrándose (sic) hemorragia regional de los músculos (sic); levantado el petoesternocostal se apreciaban anémicos (sic) los pulmones y estos órganos (sic) perforados de delante atrás (sic) en sus lóbulos (sic) inferiores, medio y superior en su lado derecho, en donde había (sic) hemotórax de unos 1.000 centímetros cúbicos representados por líquido (sic) y grandes coágulos (sic); en el lado izquierdo había (sic) hemotórax de iguales características (sic) y volumen, estaba perforado el lóbulo (sic) pulmonar superior en la parte cercana al vértice (sic) y fractura de la primera costilla ocasionados por el proyectil que ingresó (sic) en la cavidad por la región (sic) supraclavicular izquierda. En el pericardio había (sic) derrame de unos 10 centímetros de sangre y sobre la cara anterior de la parte ascendente del cayado aórtico (sic) había (sic) un diminuto orificio por perforación (sic) de uno de los pequeños proyectiles. De toda la diligencia se lograron recuperar dos proyectiles que se entregaron al señor Inspector de Policía (sic) para que los adiunte a las diligencias. En este punto se suspendió (sic) la diligencia. Por los datos anteriores conceptuamos que la muerte de Jesús Cunaque Medina la produio una anemia aguda por perforaciones múltiples (sic) de los pulmones por proyectiles por arma de fuego, lesiones de naturaleza necesariamente mortal (sic)...' según hechos acaecidos el día veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) aproximadamente a las cinco de la tarde, en el punto denominado 'La Laguna' vereda de Buenavista, jurisdicción del municipio de Toribío, en el departamento del Cauca?"

Respuesta: "Sí es responsable".

"El procesado José Pedro Taquinas Ulcue es responsable, sí o no, conforme a los cargos que le aparecen en el auto de proceder de haber lesionado a Antonio Noscué Rivera, obrando con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, aprovechando las condiciones de inferioridad de éste, por cuanto se encontraba desarmado en esos momentos, procediendo además con insidia y alevosía, causándole la siguiente herida, según reconocimientos practicados por el Médico Director del Hospital La Niña María de Caloto Cc., confirmados por los

señores médicos legistas del departamento, así: '...Examinado el señor Antonio Noscué Rivera, presenta: herida por bala en dedo medio derecho, clínicamente con fractura de falange proximal e infección del mismo. Incapacidad: Inicial 21 días. Consecuencia: necesita de estudios radiográficos y de posteriores exámenes. Se le ordenan las radiografías del caso...' '...En relación con su despacho número 011 informamos a usted que al ofendido Antonio Noscué Rivera le fijamos incapacidad definitiva de quince (15) días (sic). Consecuencia: deformidad física (sic) y perturbación (sic) funcional permanentes en el dedo medio derecho, reparables por cirugía (sic) plástica...' según hechos acaecidos el día veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) aproximadamente a las cinco de la tarde, en el punto denominado 'La Laguna' vereda de Buenavista, jurisdicción del municipio de Toribío en el departamento del Cauca?"

Respuesta: "Sí es responsable".

Iguales cuestionarios fueron formulados en relación con el procesado José Joaquín Cáliz García y la respuesta también fue: "Sí es responsable".

Acogiendo el veredicto, el juez del conocimiento profirió sentencia, con fecha 7 de febrero de 1973, y en ella impuso a cada uno de los acusados la pena principal de dieciséis años y un mes de presidio, las accesorias de ley y la obligación de pagar los perjuicios causados con las infracciones (fl. 231 v.).

De dicho fallo conoció el Tribunal Superior de Popayán, por vía de apelación, y lo reformó en el sentido de disminuir la pena principal a quince años y seis meses de presidio.

Contra la decisión del ad quem interpusieron los condenados el recurso de casación, que les fue concedido y declarado admisible por esta Sala en auto de 30 de agosto de 1973.

Las demandas de casación

"El apoderado de los penados —dice el colaborador Fiscal de la Corte— presentó dos demandas para acusar el fallo, a nombre de cada uno de éstos" con "unificación de cargos y de causales invocadas", y las resume así:

" 'Con base en la cuarta de las causales de casación que consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal me permito formular los fundamentos de ella y citar las normas sustanciales pertinentes o infringidas' (fl. 12).

"Como fundamentos de la causal invocada presenta estos: desde el momento en que se posesionó el defensor de oficio de Taquinas Ulcue, hasta la celebración de la audiencia 'no tomó interés por su defendido dando margen a la violación del artículo 197 del Código de las penas'. No solicitó prueba alguna en el término indicado para ellas en la etapa del juicio, reduciendo su actuación en la audiencia pública 'a mencionar las piezas procesales y no a rebatirlas con las que hubiera podido llevar a cabo si hubiera tomado empeño por los intereses de su defendido'.

"El juicio está viciado de nulidad y al dictarse el fallo ya estaba en vigencia el nuevo Código procesal penal, careciendo el procesado de defensa con lo que se violó el artículo 431 del estatuto procedimental.

"La censura se hace sentir más fuertemente por haber modificado el honorable Tribunal Superior el fallo del a quo con violación del artículo 26 de la Constitución política, artículo éste que, según el actor, 'contiene tres principios sustanciales que a la vez constituyen garantías para la sociedad, a saber: a) Que todo juzgamiento debe hacerse por el juez competente; b) Que en todo proceso debe cumplirse la plenitud de las formas propias de cada juicio, y c) A que a nadie (sic) puede juzgarse sino con aplicación de normas sustanciales preexistentes al acto que se le imputa'.

"Termina el censor señalando la sentencia acusada como 'violatoria de la ley procedimental', ya que se profirió sobre un proceso con vicio de nulidad constitucional 'con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional', pues el procesado careció de 'una efectiva defensa en el juicio'.

"Como ya se dijo es la misma causal invocada en la demanda que sustenta el recurso de José Joaquín Cáliz García. Los fundamentos son de idéntico corte, quejándose por falta de defensa de Cáliz...

"Para dar término afirma que como normas sustanciales infringidas el artículo 26 de la Constitución Nacional, como normas legales infringidas los artículos 197 del Código Penal y 431 del Código de Procedimiento Penal".

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de analizar circunstanciadamente los cargos que formula el actor, concluye que no estando ellos demostrados, "lo obligatorio es rechazar la demanda". Adelante se aprovecharán ciertos apartes del Ministerio Público.

Se considera

Esta Sala, en sentencia de 27 de febrero de 1970, expuso relativamente el complejo institucional contenido en el artículo 26 de la Constitución:

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

"a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

"b) Legalidad de la jurisdicción;

"c) Observancia plena de las formas del juicio, y

"d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

"De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa, bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger la permisiva cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas estas garantías, no sucede igual en el momento de impugnar un fallo en casación, recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del derecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen, se 'contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional', sin demostrar de qué clase es la contravención, es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso".

En el caso sub examine, la Corte no tiene elementos de juicio que le permitan conocer el vicio que constituye el núcleo de la censura que a la sentencia recurrida hace el demandante y hasta dónde se extienden su profundidad y latitud. Cuando se impugna un fallo por transgresión del artículo 26 de la Carta fundamental, ha de señalarse cuál o cuáles de las cuatro garantías consagradas en esta norma de la ley suprema han sido conculcadas por el juzgador y debe exponerse el concepto de la violación, con el objeto de que se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede hacer la Corte, colmando los vacíos y subsanando las deficiencias del libelo, es realizar diversas apreciaciones excluyentes enderezadas a desentrañar no solamente el fundamento del cargo sino el cargo mismo.

"Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación, y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación sólo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico" (casación de 27 de febrero de 1970).

Para rechazar los cargos, sería suficiente ponderar las pretermisiones de que en el particular adolecen las demandas, porque en ellas no se analiza el aspecto o los aspectos constitucionales desconocidos, sino que, como está visto, se asevera simplemente que se ha transgredido el artículo 26 de la Carta, sin exponer cabalmente el concepto de la violación ni demostrarlo.

Con todo, conviene observar que, como apunta el Procurador, "examinándose las injuradas de ambos procesados (fls. 9 a 16 y 17 a 21), se aprecia que el funcionario instructor le nombró a cada uno de ellos el

apoderado para que los asistiera en la diligencia, llenándose, en frente de cada uno de los indagados, la exigencia del curador por su minoría de edad. Luego, entonces, no hay verdad real en el cargo de haber carecido de apoderados los indagados".

En lo que respecta a los cargos atinentes a la etapa del juicio, la Sala razona así:

Consta en la respectiva acta de audiencia pública que el defensor hizo persistentes esfuerzos durante su intervención para convencer al jurado de que los procesados eran inocentes y de que se les absolviera por falta de pruebas. Con tal fin, presentó sus argumentaciones con cita de pruebas y con confrontación del auto de proceder del juzgado con el del Tribunal. De manera que en la etapa del juicio los procesados no estuvieron abandonados a su propia suerte, sino que contaron con asistencia técnica y jurídica. Cosa enteramente distinta es que el tribunal popular no hubiera sido convencido por las alegaciones de la defensa, pese a los notables esfuerzos dialécticos del defensor.

"En ya numerosas oportunidades ha expresado la Corte el criterio —ratificado en sentencias de casación de 27 de febrero y 9 de marzo de 1970, entre otras— que la nulidad supralegal por el abandono del procesado al arbitrio del funcionario, sólo se produce cuando la indefensión ha sido total" (casación de 29 de mayo de 1970).

Y en otra ocasión también dijo esta entidad:

"Al desarrollar la doctrina de la nulidad constitucional o supralegal, elaborada con fundamento en el artículo 26 de la Carta, la Corte ha sostenido, de manera reiterada, 'que se viola el derecho de defensa y, por ende, se quebranta la normación constitucional, cuando en el juicio el procesado carece en absoluto de los medios técnicos adecuados para rebatir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le priva de las oportunidades y garantías consagradas para que los ciudadanos comparezcan ante la justicia, aunque aquellas irregularidades no se hallen establecidas como causales legales de nulidad" (casación de Régulo Vargas Losada, de 17 de octubre de 1969).

Y se acaba de ver cómo en el caso sometido a estudio no hubo abandono total de los procesados a su propia suerte ni al arbitrio exclusivo del funcionario juzgador, ni se les privó de oportunidades ni de garantías algunas de defensa. Sino que, por el contrario, tuvieron un defensor que veló por sus derechos, que expuso sus tesis de defensa y que cumplió con su deber.

En conclusión, no pudiendo prosperar la causal invocada en las demandas, habrá de aplicarse el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 12 de abril de 1973 y a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JEFES SUPERIORES DE OFICINAS DE HACIENDA DE LA NACION

Para los fines del juzgamiento, son los directores de dependencias del ramo, de categoría inmediatamente inferior a la del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vr. gr., el Director General del Presupuesto Nacional, el Director de Servicios Administrativos y el Director General de Aduanas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Mediante auto de fecha 17 de septiembre de 1973, el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá, dando aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal declaró que el doctor Germán Quiñones Grillo, Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá, no había incurrido en el delito de prevaricato, cargo por el cual se le vinculó a este sumario, y consecuencialmente ordenó cesar todo procedimiento en su contra.

Dicha providencia fue consultada con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y la Sala de Decisión a la que le correspondió el asunto resolvió, en auto de 21 de octubre último, decretar la nulidad de todo lo actuado, desde el auto cabeza de proceso, inclusive, y ordenar que por el juzgado de primera instancia se remitiera el expediente a la Corte, estimando que es a esta corporación a la que concierne, de modo privativo, el conocimiento del proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 32, numeral 6º, del Código de Procedimiento Penal tomando en cuenta que el sindicado es Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá y el delito que se le atribuye es de los denominados de responsabilidad.

Se considera

I. De acuerdo con lo prescrito en los artículos 151, atribución 2ª, de la Constitución política, y 32, numeral 6º, del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala Penal, conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los "Jefes Superiores de las Oficinas Principales de Hacienda de la Nación", y los demás altos funcionarios del Estado mencionados en aquellas normas.

II. Jefes Superiores de Oficinas Principales de Hacienda de la Nación, para los fines del juzgamiento, son los directores de dependencias del ramo, de categoría inmediatamente inferior a la del Ministro de Hacienda y Crédito Público, vr. gr., el Director General de Impuestos Nacionales, el Director General del Presupuesto Nacional, el Director General de Servicios Administrativos y el Director General de Aduanas.

III. El fuero establecido en las disposiciones anteriormente citadas no se extiende a los jefes seccionales o regionales de impuestos nacionales, puesto que éstos son subalternos de la dirección general correspondiente, que viene a ser la Oficina Principal de la Hacienda Nacional en materia de impuestos.

IV. Fluye de lo expuesto que esta Sala de la Corte no tiene competencia para conocer del presente proceso, y así se decidirá.

V. Se observa que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió, además, en el error de declarar la nulidad de lo actuado, no obstante que se consideró incompetente para conocer del proceso en segunda instancia, pues la nulidad debe ser decretada, cuando exista, por el juez competente para el juzgamiento.

Decisión

A mérito de lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que carece de competencia para conocer de este proceso, adelantado contra el Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá, doctor Germán Quiñones Grillo, por supuesto delito de prevaricato, y ordena devolverlo al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA

Excusas absolutas y excusas relativas. Diferencias entre las excusas y las inhabilidades. Sorteo parcial de jurados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., marzo veintinueve de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Con fecha 24 de julio de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dictó sentencia condenatoria contra Horacio Yepes Rodríguez y Jesús Cano Segura como responsables del delito de homicidio agravado, confirmando la proferida por el Juez Sexto Superior el 2 de mayo del mismo año, en la cual impuso a los procesados las penas de diez y seis y catorce años de presidio, respectivamente, y las accesorias de ley.

Los dos procesados recurrieron en casación, recurso que la Corte declaró admisible en auto de 18 de octubre de 1973, pero que sólo sustentó Horacio Yepes Rodríguez, mediante apoderado especial, por lo que se declaró desierto en lo referente a Cano Segura (auto del 24 de enero de 1974).

Se ha agotado el trámite para resolver y a ello procede la Sala, habiéndose calificado la demanda por su aspecto formal y recogido el concepto del Agente del Ministerio Público, de cuyo contenido y petición se hará referencia más adelante.

Antecedentes procesales

El lunes 30 de agosto de 1971, en las primeras horas de la mañana, fue encontrado el cadáver de Gloria María Vargas Tamayo, mujer de 20 años de edad, según comprobaciones posteriores, y casada con Horacio Yepes Rodríguez. El cadáver tenía signos de estrangulación y fue levantado por las autoridades en el paraje "La Manga", corregimiento de Altamira, comprensión municipal de Betulia.

Desde el comienzo se sospechó del marido como autor de la muerte pero el proceso acreditó que el ejecutor material fue Jesús Cano Segura y que éste actuó por mandato de aquél. Cano Segura confesó los hechos, así como la orden que recibió de Yepes Rodríguez y la forma en que la cumplió, atalayando a la occisa en el lugar en donde se encontró el cadáver, con aprovechamiento de varias ventajas de su parte.

El proceso se calificó con auto de proceder, en el cual se llamó a responder en juicio criminal a Horacio Yepes Rodríguez y Jesús Cano Segura, o Seguro, por el delito de homicidio agravado, y en el momento oportuno se sometió al jurado la siguiente cuestión relativa al recurrente:

"Cuestión primera: señores jueces de conciencia: El acusado Horacio de Jesús Yepes Rodríguez es responsable como autor intelectual, actuando intencionalmente y con propósito de matar, y mediante promesa remuneratoria, de la muerte de su esposa legítima Gloria María Vargas, causada por estrangulamiento a manos del señor Gonzaga (sic) Cano Segura a eso de las siete y media de la noche del veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y uno, en el paraje denominado 'La Manga' situado en el corregimiento de Altamira, jurisdicción del municipio de Betulia?"

"Respuesta: sí es responsable como autor intelectual, actuando intencionalmente y con propósito de matar, mediante intimi-

dación o coacción, pero sin promesa remuneratoria".

Teniendo en cuenta el veredicto se dictó la sentencia condenatoria de primer grado y luego la del Tribunal, que es materia del presente recurso.

La demanda

Alega ésta como causal única de casación "el que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad (numeral 4º, Art. 580 del C. de P. P.) a fin de que se anule el proceso y se ordene un nuevo sorteo de jurado".

Explica el cargo diciendo:

a) El 13 de junio de 1972 se sortearon los seis jurados que debían intervenir en el proceso, tres como principales y tres en calidad de suplentes, pero sólo el 6 de noviembre del mismo año se ordenó la notificación a los designados, acto que se cumplió el día siguiente (fl. 157 vto.);

b) Los tres principales presentaron después sus excusas, así: Augusto Hernández, por haber cumplido 70 años (4 de abril de 1973); Gabriel Gómez Zuluaga (fl. 58), por enfermedad; y David Castro por no ser vecino de Medellín. Observa la demanda que ninguno de los tres fue reemplazado mediante los sorteos parciales de que trata el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal;

c) En estas condiciones se llevó a cabo la audiencia, y en el acta de ella se hizo la atestación de que concurrían Luis A. Arango Fonnegra, Manuel José Vallejo y Jaime Maya Morales, en su calidad de suplentes, "pues los principales se excusaron de asistir, el doctor Augusto Hernández C. por tener una edad de 70 años, el señor Gabriel Gómez Zuluaga por hallarse recientemente operado de la próstata conforme certificación médica presentada", certificación que el actor afirma no haber encontrado en el expediente. Igualmente dice el acta que se admitió la excusa "del doctor David Castro por ser vecino del municipio de Caldas, conforme a una comunicación emanada del honorable Tribunal en la antevíspera de esta audiencia";

d) Todo sindicado debe tener un jurado compuesto por seis jueces: tres principales y tres suplentes. "Incluso puede y debe tener esos seis jueces potenciales aunque haya reemplazado ilegalmente alguno de ellos o no haya sido reemplazado si existiere fuerza legal para hacerlo, ambas cosas en el acto del sorteo, porque el transcurso de cinco días después del sorteo, sin reclamo, sanea esa nulidad. Pero en ambos casos tiene los seis jueces potenciales que le da la ley para que resulten tres. No tres para que sólo éstos puedan juzgarlo";

e) "Estimo, pues, que al no proveer sobre el reemplazo de esos tres jurados, o de dos de ellos, o de uno solo, a sabiendas de que no asistirían al jurado —como lo confiesa la propia acta de la audiencia al folio 167— se pretermitió una formalidad propia del juicio (el reemplazo de los jurados) en detrimento del derecho de Yepes de que sus jueces de hecho salieran no de una precisa e inmodificable nómina de tres, sino de una nómina de seis... Así las cosas, privando a Yepes del número legal de seis jueces a virtud de los errores procesales anotados y de las violaciones legales precisadas, se quebrantó el artículo 26 de la Carta y se incurrió en una nulidad sustancial cuya declaración, que impetro en nombre del respeto democrático a la ley y a las garantías procesales, conlleva el sorteo de nuevo jurado que la honorable Corte se servirá ordenar".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a la pretensión de la demanda y, en consecuencia, pide que se deseche el recurso. Para ello estudia el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, que regula los sorteos parciales y el tiempo durante el cual pueden hacerse las objeciones a las personas designadas. En relación con la norma citada, expone el Agente del Ministerio Público:

"Si se estudian detenidamente los dos primeros incisos del artículo transcrito, se encuentran dos situaciones diferentes, pues que el primero contempla el caso en que las partes pueden solicitar el reemplazo de los jurados legalmente impedidos, evento en el cual es perentoria la orden al juez para proceder a su reemplazo, lo que se deduce de la expresión 'ordenará que mediante sorteo parcial sean reemplazados'. Se le

obliga, entonces, al juez ordenar su reemplazo sin que él pueda eludir en forma alguna lo preceptuado. En cambio en el inciso siguiente, operante sin petición de las partes, dándose a entender que es cuando los jurados elegidos, con posterioridad al sorteo, manifiesten sus impedimentos, el legislador no le ordena al juez su reemplazo, sino que lo deja en libertad para actuar, pues que se dice que él 'podrá decretar de oficio el reemplazo de los jurados...' Dos verbos diferentes regentan la conducta del juez, planteándose antinomia en lo que se ha de hacer, pues que en el primer caso es imperativa la orden de reemplazar a los jurados, mientras que en el segundo es potestativa la facultad dada al juez. La interpretación literal de la norma debe ceder el lugar al espíritu que se tuvo en cuenta al dictarse el Decreto 1358 de 1964 que modificó sustancialmente la integración del jurado de conciencia".

La voluntad del legislador se expresó en el sentido de que los seis ciudadanos sorteados como jurados se tuvieran en un mismo nivel y con la misma naturaleza de jueces a fin de evitar los problemas que se presentaban en otro tiempo debido a la dificultad de reunir exclusivamente a los principales.

El sorteo de los jueces de conciencia se hizo con el lleno de las formalidades legales y la celebración de la audiencia con los tres suplentes no viola la garantía de defensa a que se refiere el artículo 26 de la Carta, como lo ha reconocido la Corte a través de varios pronunciamientos, uno de ellos del 7 de junio de 1971, que el Procurador transcribe y al cual volverá la Sala en las consideraciones que debe hacer para la resolución del recurso.

Como fundamento final de su oposición a lo pedido por el actor, dice el Agente del Ministerio Público:

"Razón tuvo el señor demandante al no involucrar en su planteamiento como nulidad de naturaleza legal la censura predicada, pues no se encuentra en el catálogo de las nulidades legales operantes en los juicios con intervención de jurados el cargo que se estudia, según lo que establece el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal. Excluyéndose la del campo legal, estima esta Procuraduría Delegada que menos está demostrada la nulidad de estirpe superior o constitucional, debiéndose concluir que el juzgamiento de Horacio Yepes Rodríguez se hizo observando la plenitud de sus formas propias, y que por lo tanto el cargo no recibió demostración plena, por el cual debe ser rechazada la demanda y ordenarse la devolución del expediente al Tribunal de origen".

Considera la Corte

Primero

Las circunstancias que pueden alegarse para no desempeñar el cargo de jurado reciben el nombre de excusas en los artículos 525, 526 y 527 de la ley de procedimiento, y son de dos clases: a) Absolutas, demandables ante el tribunal superior respectivo a fin de que no se incluya el nombre en las listas que esta entidad elabora en cumplimiento de los artículos 521, 522 y 523, o para que se excluya si el motivo aparece después. Tales, la edad (más de 60 años) y la enfermedad permanente, así sea episódica o continua; b) Relativas, que consisten en el desempeño del cargo dentro de un mismo mes, o en una dolencia que imposibilite el ejercicio al tiempo de hacerse la notificación del día en que se va a verificar la audiencia. Estas excusas absolutas y relativas pueden presentarse en cualquier tiempo, en cuanto aparezca la causa justificativa.

Segundo

De varios modos difieren las mismas excusas de las inhabilidades que para ser jurado establecen los artículos 528 a 532 del estatuto procesal, pero particularmente por la oportunidad que exige el artículo 543 para su planteamiento. Esta norma dispone que si alguno o algunos de los jurados sorteados se encontraren impedidos, debe ponerse en conocimiento esa situación en el acto mismo del sorteo, para proceder al reemplazo; pero la objeción también puede formularse dentro de los cinco días siguientes a la designación, según el artículo 544. Estos, y la ausencia a que se refiere el artículo 550, son los motivos que obligan a hacer el sorteo parcial, no así las

excusas absolutas o relativas de que tratan los artículos 525, 526 y 527.

Tercero

Cuando de éstas se trata, no se procede al sorteo parcial, pues ninguna norma lo autoriza, antes bien, el artículo 556 dispone que "cuando al iniciarse la audiencia faltare alguno o algunos de los tres jurados principales, serán reemplazados por el suplente o suplentes, siguiendo el orden de extracción de las fichas". De manera que, como lo observa el Procurador y ya lo ha admitido la Sala, los principales y suplentes tienen la misma categoría y a falta de ellos corresponde desempeñar la misión a los segundos, sin que haya necesidad de un procedimiento especial para llevarlo a cabo, pues basta la citación que para la audiencia se hace a cada uno de los seis designados. Significa lo anterior que en manera alguna se violan las formas propias del juicio cuando se actúa en la forma indicada, que es exactamente la que prescribe la ley.

Cuarto

Esta situación ya fue resuelta en fallo de casación del 7 de junio de 1971, al explicar el alcance del Decreto 1358 de 1964, que había modificado el sistema original del Código de Procedimiento para la designación y actuación de los jurados. Las disposiciones del citado cuerpo fueron trasladadas a la codificación procesal que se adoptó por Decreto 409 de 1971, de modo que la redacción del párrafo en que se expresa la jurisprudencia se hará ahora teniendo en cuenta la numeración de los artículos tal como quedaron en el actual estatuto procesal.

Quinto

Lo que se propuso el Decreto 1358 de 1964 y ahora el Código de Procedimiento Penal, al ordenar el sorteo de tres jurados principales y tres suplentes, fue que éstos entraran a integrar al tribunal de conciencia cuando ocurriera la falta de uno o de varios de aquéllos, aboliendo la vieja práctica dilatoria de recurrir, en caso de ausencia de uno de los miembros del tribunal popular, al sorteo parcial ordenado en el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal. Tanto los principales como los suplentes escogidos tienen la misma categoría y la misma función, sin que pueda establecerse diferencias entre ellos, según el artículo 549 de la obra citada, que ordena al juez "tener como jurados a los seis ciudadanos sorteados" y hacerles entrega de una copia del auto de proceder, precisamente para que todos estén en condiciones de intervenir en el juzgamiento, sin llamados especiales o requerimientos de última hora. Desde que se les notifica la designación a los seis miembros, todos y cada uno de ellos quedan obligados a concurrir a la audiencia en el día y hora que se señale. Es natural que si para este último efecto alguno o algunos de los principales no pueden estar presentes, deben ser reemplazados por los suplentes en orden numérico, pero quedando sometidos a la sanción del artículo 554, a falta de excusa previa o posterior (Art. 555). Sería absurdo que si un miembro del jurado muriera o enfermara gravemente en el lapso comprendido entre su elección y la audiencia, ésta no pudiera llevarse a cabo sin el sorteo parcial para reemplazar al impedido. La institución de los suplentes perdería todo valor, fuera de que se les negaría arbitrariamente una intervención que les corresponde desde el momento en que fueron sorteados y notificados. No existe, pues, irregularidad en el hecho de que el jurado se hubiera integrado con los suplentes, faltando los principales, máxime cuando éstos estaban amparados por las causales de excusa a que se refieren las disposiciones procesales ya citadas.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación inter-

puesto por el procesado Horacio Yepes Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. — REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROSPERE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril primero de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal, fechada el doce de junio último, por la cual le fue impuesta al procesado Jorge López García la pena principal de dieciocho meses de prisión por no pago de cheques expedidos por el acusado, conforme a las previsiones del Decreto 1135 de 1970.

Hechos

La Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Da cuenta el informativo que el señor Jorge López García compró a los esposos Octavio Mejía y Bertha Zea de Mejía dos vehículos en el mes de diciembre de 1971, por la suma de $ 105.000.00, que se pagarían, así: dos cheques, cada uno por $ 20.000.00 a cancelar el 13 de diciembre de 1971 y el 20 de enero de 1972, y el resto en letras de cambio por $ 3.500.00, con vencimiento mensual sucesivo. El comprador entregó a la vendedora dos cheques por diez mil pesos que, según su versión, constituían abonos a los cheques posdatados, pero la vendedora aseguró que hacían parte de un préstamo de $ 20.000.00 que hizo a López en diciembre del año citado. Los cheques posdatados fueron protestados el 3 de febrero de 1972 por insuficiencia de fondos y dieron motivo a la presente investigación".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

El actor, luego de un extenso relato de los hechos y del curso seguido por el proceso, propone la causal primera de casación, pues en su entender "la sentencia es violatoria de la ley sustancial en forma indirecta, a través de deficiente o torcida apreciación de la prueba, por error de hecho manifiesto en los autos".

En seguida hace un examen de algunos elementos de juicio, respecto de los cuales, en dos cargos, expresa que fueron erróneamente apreciados unos, y otros no tomados en cuenta.

Como conclusión, solicita que se case el fallo impugnado y entre la Corte a proferir el que deba reemplazarlo.

El Ministerio Público, apoyado en la reiterada doctrina de la Corte relacionada con las condiciones de técnica que deben observarse en la demanda de casación y particularmente cuando se trata de tachar el fallo por haberse incurrido en él en infracción indirecta de la ley sustancial, pide que se deseche el recurso, pues el libelo no reúne las exigencias al respecto.

Considera la Corte

Como anota el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ciertamente el demandante contrae el planteamiento de los dos cargos que propone a través del motivo primero de casación a una crítica de los elementos de juicio, sin agotar el estudio de las demás pruebas traídas al proceso.

Igualmente y así lo dice el Ministerio Público, el actor "se limitó a mencionar la ley penal sustantiva y a calificar el error de hecho, mas no demostró ni la infracción de la norma medio, ni la de la norma fin, a más de que el fallo condenatorio sí se ocupó de los dos temas tratados en la demanda".

Recuérdese que cuando se pretende una violación indirecta de la ley sustancial, además de demostrar el yerro manifiesto en la estimación de las pruebas o la falta de apreciación de alguno o algunos elementos de juicio, es necesario acreditar la relación causal entre tales fallas del juzgador y lo resuelto en la sentencia, en forma que resulte que de no haberse incurrido en tales errores la decisión habría sido diferente. Y, de otra parte, es menester que el demandante indique los respectivos preceptos que reglan las pruebas sometidas a su crítica.

Estas deficiencias, puestas de presente por el Ministerio Público, llevan a que se tengan por no demostrados los dos cargos que propone el actor a través de la causal primera de casación, y, en consecuencia, a que se deseche el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

UNIDAD DEL PROCESO

La unidad del proceso penal no se rompe por el hecho de que la situación jurídica de las personas comprometidas en el juicio se defina mediante sentencia, mientras que la de los sobreseídos temporalmente en el mismo proceso esté pendiente, pues la responsabilidad penal es individual.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., cinco de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Agotado el trámite propio del asunto, se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por Pedro Luis Londoño Pineda contra la sentencia del tres de julio de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó, entre otros, a la pena principal de veintitrés (23) años y cuatro (4) meses de presidio, más las accesorias correspondientes, como coautor del delito de homicidio agravado en la persona del doctor Fabio Arbeláez Cifuentes.

Antecedentes

a) En torno a las ocho y media de la noche del doce de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, en el interior del café "El Vesubio" de la ciudad de Medellín fue muerto con arma de fuego el doctor Fabio Arbeláez Cifuentes, y gravemente lesionados el doctor Antonio Ochoa González y el señor Pedro Ignacio Escobar Martínez;

b) Tras dilatada etapa instructiva, en la que inclusive se produjo el cambio de radicación del proceso —del Distrito Judicial de Medellín al de Bogotá— mediante providencia del 27 de mayo de mil novecientos setenta el Juzgado Cuarto Superior de esta última ciudad llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, a Jesús Antonio Rodríguez o Emilio Valencia o Joaquín Emilio Lopera, a Rafael Gutiérrez Restrepo y a Pedro Luis Londoño como coautores de homicidio agravado en la persona del doctor Fabio Arbeláez Cifuentes y homicidio imperfecto en el doctor Antonio Ochoa González y en el señor Pedro Ignacio Escobar. Como cómplice necesario del homicidio consumado llamó también a juicio a Jesús Emilio Mazo Rodríguez o Conrado Alvaro Giraldo, y como cómplice no necesario de ambos delitos a José Antonio Restrepo Gómez;

c) La misma providencia calificadora sobreseyó temporalmente respecto de Germán Hoyos Montoya y definitivamente en favor de José Bermúdez, Ramón Cano, Eduardo Flórez, León González, Manuel Holguín, María Loaiza Valdés, Donaldo Machado, Jesús Enrique Miranda y Jaime de Jesús Zabala (fls. 329 a 364, cuaderno Nº 4);

d) Recurrido en apelación el auto de proceder y consultados los sobreseimientos referidos, en providencia del 24 de octubre de 1963 el Tribunal adoptó las siguientes determinaciones: confirmó el llamamiento a juicio proferido contra Jesús Antonio Rodríguez, Pedro Luis Londoño Pineda, Rafael Gutiérrez Restrepo y Jesús Emilio Mazo Rodríguez; revocó el auto de proceder dictado contra José Antonio Restrepo Gómez y el sobreseimiento temporal en favor de Germán Hoyos Montoya y en su lugar

sobreseyó temporalmente respecto de aquél y definitivamente en favor de éste; confirmó asimismo los sobreseimientos definitivos consultados y dispuso reabrir la investigación para continuarla no sólo respecto del sobreseído temporalmente —Restrepo Gómez— "sino contra todos los demás que sindicó Vargas Guatama y de los cuales se hizo oportuna mención en la parte motiva" de dicha providencia. "Para mayor eficacia —dijo el Tribunal— el juzgado debe tomar copia de lo conducente (Art. 430 del C. de P. P.) (fls. 481 a 523, cuaderno cit.);

e) Ejecutoriado el auto de proceder, se adelantó la causa contra los comprometidos en juicio. Tras múltiples incidencias, el 14 de febrero de 1973 se llevó a término la audiencia pública con la presencia del procesado recurrente, pues a los demás acusados hubo de juzgárseles en ausencia;

f) Acogiendo el veredicto del jurado, mediante sentencia del 31 de marzo del año pasado el juez del conocimiento condenó a Pedro Luis Londoño Pineda, entre otros, a la pena principal de veintitrés (23) años y cuatro (4) meses de presidio, como coautor del delito de homicidio agravado por el cual fue comprometido en juicio, sentencia que, apelada por Londoño y su defensor, confirmó plenamente el Tribunal en la que ahora es objeto del recurso de casación.

La demanda

Invocando la causal cuarta de casación afirma el actor que el fallo acusado se dictó en un juicio viciado de nulidad supralegal, infringiéndose así el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En desarrollo del cargo manifiesta el impugnante, en esencia, que no se cumplieron a cabalidad las formas propias del juicio, pues a partir de la providencia en que el Tribunal Superior de Bogotá reabriera la investigación, se prosiguió el juzgamiento hasta dictar sentencia sin haberse agotado la etapa instructiva respecto de la persona en cuyo favor se sobreseyó temporalmente, ni de las sindicadas por Vargas Guatama. Tampoco se clausuró dicha etapa en relación con todas ellas, de lo cual deduce el censor que se realizó la audiencia pública y se produjeron el veredicto y la sentencia en un proceso que se hallaba en estado de sumario.

Como normas violadas, en forma directa señala el demandante las contenidas en los "artículos 498, 505, 519 y, en general, todos los que reglamentan la etapa procesal del juicio". Cita luego fragmentos doctrinarios de la Corte sobre el alcance de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta fundamental y concluye solicitando que se case el fallo recurrido y se ordene rehacer la investigación desde la notificación del auto de 24 de octubre de 1963, "que dispuso la reapertura de la sumaria".

Concepto del Procurador

Estima que la demanda así formulada a nombre del recurrente por el mismo profesional que lo representara desde el plenario, debe desecharse por las siguientes razones:

"Primera. El demandante concretó la acusación a la simple enunciación del cargo sin preocuparse por demostrarlo. Es decir; no señaló los fundamentos de la impugnación ni el alcance de la violación de la norma constitucional; falta ésta de técnica en la formulación de la censura que inhibe a la Corte en casación para un pronunciamiento de fondo.

"Segunda. Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir que la unidad del proceso penal no se rompe por el hecho de que la situación jurídica de las personas comprometidas en juicio se defina mediante sentencia mientras que la de las sobreseídas temporalmente en el mismo proceso esté pendiente, pues, la responsabilidad penal es individual. Además constituye un derecho para el comprometido en juicio se defina con prontitud su situación jurídica sin esperar a que se resuelva la de quienes fueron temporalmente sobreseídos. Al contrario, esta posibilidad que consulta un elemental principio de justicia y equidad, tiene fundamento legal en el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal (antiguo 430 de la misma obra).

"Tercera. Es cierto que el proceso en lo que respecta a la persona sobreseída temporalmente y a las que se ordenó investigar se halla en simple instructiva, pero

también lo es que esta situación particular no tiene incidencia en la de los demás comprometidos pues, se repite, la responsabilidad de las personas vinculadas a un proceso puede definirse en distintas etapas o actos procesales".

La Corte considera

1. Es palmar, como lo observa el Procurador, que el actor se limita a plantear o enunciar el cargo de nulidad supralegal, sin ocuparse de expresar el sentido de la violación y proponer los argumentos pertinentes, vacío o deficiencia que no puede suplir la Corte en sede de casación. Así lo ha expresado esta Sala en una de sus doctrinas más reiteradas.

2. En no escasas oportunidades ha recordado la Corte que respetando el principio de la litis consorcio o de la llamada continencia de la causa, debe definirse la situación jurídica del ciudadano o ciudadanos respecto de quienes la prolongación de la investigación, motivada por la existencia de otro u otros elementos probatorios de la imputabilidad o de la inocencia, podría lesionar su derecho constitucional de ser juzgados a la mayor brevedad posible, lo cual en manera alguna significa que se rompa la unidad del proceso. Es claro entonces que el juzgador, lejos de incurrir en irregularidad alguna, se ajustó a la norma contenida en el artículo 430 del Código de Procedimiento Penal a la sazón imperante, precepto reproducido en el artículo 482 del estatuto procesal vigente.

3. No hallándose justificada la causal aducida, se desechará el recurso y se dispondrá devolver el expediente al Tribunal de origen, tal como lo dispone el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

APLICACION DE LA LEY PENAL PERMISIVA O FAVORABLE

La aplicación de la ley penal permisiva o favorable, de naturaleza sustancial o procesal, determinada por los artículos 26, inciso 2º, de la Constitución política, 3º del Código Penal y 6º del Código de Procedimiento Penal, supone necesariamente leyes en conflicto, por tránsito de legislación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., cinco de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado Jesús María Zuleta Isaza, sustentado por medio de apoderado especial, contra la sentencia de 12 de julio de 1973 del Tribunal Superior de Medellín por la cual esta corporación, confirmando el fallo dictado el 18 de mayo del mismo año por el Juzgado Primero Superior de aquella ciudad, condenó al recurrente a la pena de ciento setenta y seis meses de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Villa.

Síntesis del proceso

En las horas de la tarde del 30 de enero de 1972, en la ciudad de Medellín, el inculpado Jesús María Zuleta Isaza, empleando arma cortopunzante, le causó la muerte a Luis Enrique Villa, en el curso de una riña en la que el occiso usó una varilla.

Por auto de 24 de julio siguiente el Juzgado Primero Superior de Medellín, al que correspondió el conocimiento del asunto, llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, al sindicado Zuleta Isaza, por el delito de homicidio, especificado en la parte considerativa como simplemente voluntario o común, sin atenuante alguna.

El proveído de vocación a juicio no fue protestado por las partes, y el día 12 de abril de 1973 se celebró la audiencia pública, en la que el jurado afirmó, por unanimidad, la responsabilidad del acusado, por el cargo formulado en el auto de proceder.

Con fundamento en el veredicto, el juez de la causa condenó, mediante la sentencia antes citada, al incriminado Zuleta Isaza, a la pena de ciento setenta y seis meses de presidio y a las accesorias de rigor, y el Tribunal Superior de Medellín confirmó esa decisión en la que es objeto del recurso de casación.

La demanda

El apoderado especial del procesado, en libelo que se declaró ajustado en su forma a las exigencias de la ley, impugna la sentencia de segundo grado invocando, en su orden, los motivos previstos en los ordinales 4º y 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Dice el actor, para fundamentar la causal cuarta de casación, que el Tribunal sentenciador violó los artículos 26 de la Constitución Nacional, 3º del Código Penal y 6º del Código de Procedimiento Penal, en la parte que ordenan aplicar la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, por cuanto no reconoció en favor del procesado Zuleta la riña imprevista consagrada en el artículo 384 del Código Penal, "o el estado también aminorante de responsabilidad penal previsto en el artículo 28 del Có-

digo Penal", circunstancias que, según el demandante, resultan de la confesión no desvirtuada del acusado y han debido admitirse desde el auto de proceder.

El censor resume así el cargo:

"La sentencia que condenó al procesado Jesús María Zuleta Isaza proferida por el honorable Tribunal Superior de Medellín fue pronunciada en un juicio viciado de nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por no haber reconocido el señor juez del conocimiento en el auto de proceder el estado de ira o intenso dolor ocasionado por grave e injusta provocación por parte de Luis Enrique Villa, o la modalidad de la riña imprevista, omisión que condujo al quebrantamiento por parte del Tribunal sentenciador de los artículos 3º del Código Penal y 6º del Código de Procedimiento Penal que consagran la observancia por parte de los juzgadores de instancia del principio de favorabilidad en la aplicación de las normas sustantivas y procedimentales a favor del procesado en lugar de las restrictivas o desfavorables.

"En el caso de Jesús María Zuleta Isaza el honorable Tribunal sentenciador aplicó las normas más desfavorables al procesado y pasó también por alto el principio in dubio pro reo que el Código consagra en su artículo 216 del estatuto procesal penal".

El otro cargo contra la sentencia recurrida, postulado al amparo de la causal primera de casación, lo formula el demandante alegando que en el fallo se aplicó indebidamente el artículo 34 del Código Penal, con base en el cual se dedujo en contra del procesado una primera reincidencia por haber sido condenado anteriormente por robo, pues el homicidio sub judice fue provocado por el occiso y el artículo 35 ibídem excluye el cómputo de reincidencia cuando haya mediado provocación de la víctima, circunstancia ésta demostrada con la confesión del sindicado Zuleta y con la declaración de Amparo Mazo, que, al decir del demandante, la corrobora.

En el desarrollo de la misma causal primera, expresa el actor:

'El honorable Tribunal sentenciador omitió tener en cuenta a favor del procesado la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal y que se refiere a la provocación por parte de Luis Enrique Villa la que determinó en el ánimo del procesado una emoción excluyente de preordenación de los medios empleados en la ejecución del delito. Y esta circunstancia de menor peligrosidad tiene amplio respaldo procesal mediante la prueba de la confesión del delito por parte del procesado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, que hace que la confesión sea indivisible.

"Si bien es verdad que el honorable Tribunal sentenciador sí tuvo en cuenta la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el ordinal II del artículo 38 del Código Penal, pero resulta que en la dosificación de la sanción omitió tener en cuenta que existiendo dos circunstancias de menor peligrosidad y otras dos de mayor peligrosidad las previstas en los ordinales 1º y 6º del artículo 37 del Código Penal, las de menor peligrosidad subsumen a las de mayor peligrosidad, dando pie a que la dosificación de la pena imponible en este caso ha debido partirse del mínimo señalado en el artículo 6º del Decreto 1988 de 1971, o sea la de diez años de presidio. No fue este el criterio del honorable Tribunal Superior al dosificar la pena sino que partió erróneamente de la de once años de presidio y computó cuarenta meses más en razón de la aplicación indebida del artículo 34 del Código Penal".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado Penal, luego de sintetizar los hechos, la actuación procesal y la demanda de casación, responde las acusaciones del demandante, oponiéndose a sus pretensiones, y pide que se deseche el recurso.

Se considera

I. La aplicación de la ley penal permisiva o favorable, de naturaleza sustancial o procesal, determinada por los artículos 26, inciso 2º, de la Constitución política, 3º del Código Penal y 6º del Código de Procedimiento Penal, supone necesariamente leyes en conflicto, por tránsito de legislación. Si no existen diversas leyes que regulen

una misma materia con distintos alcances, porque no se ha variado la legislación, no puede tener aplicación el principio de favorabilidad a que se refieren aquellas normas, para cuya operancia se requiere que una misma situacion fáctica aparezca, en cierto momento, reglada por "ley permisiva o favorable" y por la ley "restrictiva o desfavorable', expedidas en tiempos diferentes.

II. Como en el caso sub judice no se ha presentado ningún conflicto de leyes, no era posible que los juzgadores de las instancias infringieran los artículos referidos, y el cargo de nulidad que sobre esa base falsa construye el demandante carece de toda razón.

III. Ni en el auto de proceder dictado contra Jesús María Zuleta Isaza, ni en el veredicto del jurado, en el cual se fundó el fallo, se aceptó que aquél hubiera obrado por provocación relevante del occiso Luis Enrique Villa, y sobre ese tema no puede reabrirse el debate probatorio, dada la índole del juicio. Por consiguiente, no fue indebida la aplicación en la sentencia del artículo 34 del Código Penal, ya que se daban las condiciones indicadas en la norma para el cómputo de la reincidencia.

IV. Si el demandante estimó que su representado había obrado "en estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira provocada injustamente", situaciones que configuran la circunstancia de menor peligrosidad descrita en el ordinal 3º del artículo 38 del Código Penal, ha debido atacar la sentencia recurrida por violación indirecta de esa disposición legal, no por infracción directa, y demostrar a la Corte que la transgresión de la norma provino de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, señalando, al tiempo, el error de derecho, o el error de hecho manifiesto en que incurrió el fallador, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Y como no lo hizo de ese modo, la censura al fallo impugnado, por ese aspecto, no puede prosperar.

V. No es exacta la aseveración del actor de que cuando concurran paritariamente circunstancias de mayor peligrosidad y de menor peligrosidad, éstas "subsumen" a aquéllas. Ninguna norma legal dispone tal cosa. Por el contrario, el artículo 36 del Código Penal establece que la sanción se aplicará al delincuente, dentro de los límites señalados por la ley, teniendo en cuenta, entre otros factores, "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen". Y el artículo 39 ibídem preceptúa que "sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurren únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad". De este texto se infiere claramente que si concurre siquiera una circunstancia de mayor peligrosidad, no puede el juez imponer el mínimo de la pena, aunque existan varias circunstancias de menor peligrosidad. En consecuencia, el reparo que hace el demandante al fallo en lo atinente a la incidencia de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, para la graduación de la pena, es igualmente infundado.

VI. Como la Corte no encuentra justificada ninguna de las causales de casación aducidas, desechará el recurso y ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen, dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Fallo

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Jesús María Zuleta Isaza contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha 12 de julio de 1973, por la cual fue condenado a la pena de ciento setenta y seis meses de presidio, por el delito de homicidio en la persona de Luis Enrique Villa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.— TECNICA

El artículo 576 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el demandante estime infringidas.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., dieciséis de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Mediante sentencia del quince de febrero de mil novecientos setenta y tres el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó el fallo absolutorio de primer grado, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buenaventura en favor de Evaristo Cabezas Murillo y, en su lugar, lo condenó a dos años de presidio, más las accesorias de rigor legal, como responsable del delito de lesiones personales, seguidas de aborto, en Elisa Andrade. La referida sentencia impuso también al procesado multa de cien pesos ($ 100.00), conforme al artículo 376 del Código Penal.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación el defensor del reo, el cual le fue denegado en providencia del 23 de marzo de 1973, mas habiendo recurrido de hecho, la Corte hubo de concederle en proveído del 16 de mayo último. Declarado luego admisible y cumplido el trámite previsto en el capítulo I, título IV, libro Tercero del Código de Procedimiento Penal, se procede a decidir.

Antecedentes

a) El 19 de abril de 1971 la señora Elisa Andrade Quiñones formuló denuncia penal contra Evaristo Cabezas Murillo, porque el día 12 de ese mes, hallándose ella en prendería "Mi Casa", de Buenaventura, el denunciado, luego de injuriarla, le propinó golpes en diversas partes del cuerpo, a causa de los cuales se le produjo la interrupción del embarazo y la expulsión del feto. Denuncia que fue recibida por la Inspección Segunda de Permanencia Municipal de la ciudad nombrada;

b) Conforme a la historia clínica visible al folio 20 y a los reconocimientos médicos que obran a folios 2, 24, 41 y 60, la señora Elisa Andrade fue internada de urgencia el 14 de abril de 1971 en vista de las dolencias que la aquejaban desde el día anterior, habiendo abortado en el hospital de Buenaventura;

c) Los médicos legistas que en varias oportunidades practicaron reconocimientos a la señora Andrade Quiñones dictaminaron, en síntesis, que el aborto se había producido por las contusiones que aquélla sufriera;

d) Evaristo Cabezas aceptó en su indagatoria haberle dado una bofetada a Elisa Andrade, pero negó que la hubiera golpeado con la rodilla en el vientre, versión corroborada por las certificaciones juradas de los doctores Baudilio Revelo Hurtado y Flavio Hurtado Reina;

e) En providencia del 20 de marzo de 1972 el Juzgado Primero Penal del Circuito

de Buenaventura sobreseyó definitivamente en favor de Cabezas Murillo respecto de los hechos investigados, decisión que el ad quem revocó en proveído del 4 de julio del mismo año para llamar a juicio al referido procesado por el delito de lesiones personales de que trata "el capítulo II, título XV, libro 2º del Código de las penas";

f) Con oportunidad de la audiencia pública el defensor de oficio arguyo, en suma, de que no habiéndose establecido que Evaristo Cabezas hubiese golpeado en el abdomen a Elisa Andrade, ni existiendo relación de causalidad entre los golpes recibidos en la cara y el aborto, lo procedente era absolver al acusado. En subsidio, solicitó que se otorgara a su defendido la condena condicional;

g) El juzgador de primer grado absolvió a Cabezas Murillo en sentencia del 7 de noviembre de 1972 de los cargos que se le formularon en el auto de proceder, sentencia que el Tribunal Superior de Cali revocó, como ya hubo de expresarse, en la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Tras un resumen de los hechos y de la actuación procesal, seguida de una extensa transcripción del fallo recurrido, manifiesta el demandante, invocando la causal primera, que acusa el fallo de segundo grado "por apreciación errónea de los dictámenes médico-legales y falta de apreciación de los testimonios certificados de los doctores Flavio Hurtado Reina, Juez Segundo Penal del Circuito, y Baudilio Revelo Hurtado, Juez Quinto Penal Municipal".

En desarrollo del anterior planteamiento el actor se refiere a los reconocimientos médicos practicados a la ofendida, examen del cual concluye que ésta sólo sufrió golpes en la cabeza, sin que se hubiese establecido nexo de causalidad entre éstos y el aborto que luego se produjo. De otro lado, —continúa— el Tribunal Superior de Cali ignoró la versión de los doctores Hurtado Reina y Revelo Hurtado, quienes declararon que Cabezas Murillo sólo había golpeado a la Andrade en la cara, y únicamente tuvo en cuenta, para formar su convicción, el testimonio de Margarita Araújo, conforme al cual el agresor lanzó un puntapié a la ofendida, sin que la deponente pudiese precisar la región del cuerpo que recibiera el golpe.

De todo lo anterior concluye el impugnante que la sentencia acusada infringió los artículos 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, por hallarse ausente del informativo la plena prueba de la relación causal entre los golpes recibidos por la víctima y el aborto sobreviniente, o, al menos, existe sobre el particular una duda, que debe resolverse en favor del procesado.

Respuesta del Ministerio Público

Por modo enfático expresa la Procuraduría Segunda que, a su juicio, la impugnación al fallo recurrido no puede prosperar, pues en nada se ajusta a la técnica propia del recurso, criterio que sustenta así:

"La honorable Corte Suprema de Justicia en reiteradísima jurisprudencia ha puntualizado la técnica de casación cuando se acusa un fallo por violación indirecta de la ley penal sustantiva. Conforme a ella y a la doctrina, el demandante debe ajustarse al siguiente método:

"Señalar en concreto la prueba o pruebas respecto de las cuales se predica el error de derecho o el error de hecho manifiesto en los autos.

"Indicar las normas reguladoras de esos medios probatorios.

"Demostrar la infracción de la norma medio, así; si por error de derecho: porque se niega el valor probatorio que la ley otorga a un determinado elemento de convicción o porque se le da el que la ley le niega o, finalmente, porque se reconoce una prueba no admitida por la legislación; si por error de hecho manifiesto en los autos: porque se ignoran pruebas que obran en el informativo, o porque se declara su inexistencia a pesar de que aparecen en el proceso o porque, al contrario, se declara su existencia no obstante su ausencia o, finalmente, porque se desfigura la prueba existente; en este último evento, es preciso demostrar también lo ostensible o manifiesto del error.

"Probar la incidencia del error en la sentencia impugnada, esto es, que de no haber ocurrido el sentido del fallo hubiese sido otro; y, por último:

"Demostrar la infracción de la norma fin, esto es, si la norma de derecho sustancial se infringió por falta de aplicación, o por aplicación indebida o por interpretación errónea.

"La demanda en examen desconoce la técnica acabada de describir. El recurso de casación no es una tercera instancia en que el actor pueda alegar libremente enfrentando su opinión personal a la de la sentencia recurrida. Se trata de un enjuiciamiento del fallo de segundo grado que para que prospere, por la violación indirecta de la ley penal sustantiva, debe ajustarse al método acabado de explicar.

"En consecuencia el cargo con fundamento en la causal primera de casación debe desecharse".

La Corte considera

1. Como se recordará, el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el demandante estime infringidas.

2. Son manifiestas en el presente caso la falta de claridad y precisión en la demanda, extremos de singular importancia en este recurso extraordinario, por cuanto la sentencia del Tribunal ad quem llega a la Corte amparada por una presunción de acierto, razón por la cual esta corporación sólo puede juzgar del fallo recurrido a la luz de las acusaciones que el censor proponga, pero no de manera vaga o confusa, sino en la forma definida y concreta que la preceptiva legal reguladora del recurso impone.

3. La acusación se desarrolla a través de una crítica probatoria, sobre el esquema de un típico alegato de instancia. En ninguna parte puntualiza el actor cuáles son las normas sustanciales que estima infringidas, ni se expresa si tal quebranto se produjo por vía directa, o de manera indirecta. La afirmación de que se violaron las normas contenidas en los artículos 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal sugiere la idea de que el actor pudo pensar en un error de derecho en la apreciación de la prueba relativa a la responsabilidad del procesado, pero todo empieza y concluye en el simple enunciado, sin demostración alguna. Por lo demás, aún admitiendo que se hubiesen aducido argumentos concluyentes respecto del hipotético error de derecho, la ausencia absoluta de razonamientos enderezados a demostrar la violación de la ley sustancial restaría toda eficacia a la censura.

4. Es apenas natural, frente a lo expuesto, que la Sala acoja sin reservas la solicitud de la Procuraduría Segunda, en el sentido de no casar la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Evaristo Cabezas Murillo por lesiones personales seguidas de aborto en Elisa Andrade.

Fallo

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL.— COMPETENCIA PARA DECRETARLA

La libertad provisional con fundamento en el numeral 9º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, sólo puede concederse por el juez del conocimiento, quien es el competente para calificar el sumario, y la Corte no tiene facultad para decidir si hay o no mérito para dictar auto de proceder pues la competencia se halla radicada en el juzgado superior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., dieciséis de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

El doctor Víctor F. Barrero M., defensor del procesado Jorge Eliécer Rojas Giraldo, solicita la libertad provisional para su defendido, con fundamento en el numeral 9º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 454 ibídem.

Como la Corte al decidir el recurso extraordinario de casación en el proceso contra Jorge Eliécer Rojas Giraldo, casó la sentencia a partir, inclusive, del auto que declaró cerrada la investigación, ello sirve a su defensor para impetrar su libertad por haber transcurrido hasta la fecha de su petición más de ciento ochenta días de iniciadas estas averiguaciones sin que se haya calificado el mérito del sumario.

Concepto del Procurador

El Ministerio Público conceptúa que la libertad provisional con fundamento en el numeral 9º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, sólo puede concederse por el juez del conocimiento, quien es el competente para calificar el sumario, y que la Corte no tiene facultad para decidir si hay o no mérito para dictar auto de proceder contra Jorge Eliécer Rojas Giraldo por el homicidio cometido en San Martín el 29 de junio de 1971, pues la competencia se halla radicada en el Juzgado Superior de Villavicencio.

Se considera

El numeral 9º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, establece que podrá concederse la libertad provisional "cuando vencido el término de ciento ochenta días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere calificado el mérito del sumario.

"Este término se ampliará a doscientos setenta días cuando sean tres o más los procesados contra quienes estuviere vigente auto de detención, o cuando sean tres o más los delitos materia del proceso.

"Si al resolver esta solicitud el juez encontrare que hay mérito para dictar auto vocatorio a juicio, negará la excarcelación, ordenará cerrar la investigación y la calificará dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del término de traslado a las partes. Si no lo califica en este término, decretará inmediatamente la excarcelación".

Del texto transcrito se deduce claramente que, como lo afirma el Procurador, el competente para resolver sobre la libertad provisional en los términos anteriores, es el juez que conoce del proceso, a quien corresponde dar cumplimiento a sus prescripciones, es decir, cerrar la investigación en el caso pertinente y calificar los hechos del sumario.

En consecuencia, la Corte carece de facultad para decidir en este caso concreto sobre la libertad solicitada y por tanto se abstiene de resolver.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de resolver sobre la libertad provisional solicitada por el doctor Víctor F. Barrero M., defensor del procesado Jorge Eliécer Rojas Giraldo.

Para notificar personalmente esta providencia a Rojas Giraldo, líbrese despacho con los insertos del caso, al Juzgado Segundo Superior de Villavicencio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA

La falta de notificación personal del contenido del auto que señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública, a un jurado principal y a un jurado suplente, no acarrea nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., dieciséis de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Está acusada en casación la sentencia del veintiocho de marzo de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, acorde con el respectivo Agente del Ministerio Público y confirmando la de primer grado, condenó a Ignacio Leal Andrade a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, a las accesorias correspondientes y a la indemnización de los perjuicios causados con el delito, como responsable de homicidio en la persona de Evangelina Barreto Cardozo. Agotado el trámite propio del asunto, se procede a dictar sentencia de mérito.

Antecedentes

a) Cuando al atardecer del catorce de agosto de mil novecientos sesenta y nueve Heraclio Avila y su hijo Ciro Barreto Avila regresaron a su casa, situada en la vereda de "Cuatro Esquinas", en el municipio de Carmen de Apicalá, departamento del Tolima, encontraron muerta a Evangelina Barreto Cardozo, mujer de Heraclio y madre de Ciro, a quien éstos habían dejado sin novedad al ausentarse de la vivienda a las seis de la mañana de aquel día. El cadáver de Evangelina presentaba una herida en la nuca, causada por arma cortopunzante (machete), y mordiscos, al parecer de cerdos, en el brazo derecho;

b) Previas las diligencias iniciales, practicadas por la Alcaldía de Carmen de Apicalá, abrió la investigación el Juez Promiscuo del mismo municipio, quien dispuso la detención preventiva de Ignacio Leal Andrade, a quien algunos testigos vieron en la casa de la occisa y sus alrededores el día en que se perpetró el delito;

c) Perfeccionada en lo posible la etapa instructiva y clausurada ésta, el Juzgado Segundo Superior de El Espinal, que había asumido el conocimiento del proceso, calificó el mérito de aquélla llamando a responder en juicio a Ignacio Leal Andrade por el delito de homicidio agravado, por estimar que éste se había cometido abusando de las condiciones de inferioridad personal de la víctima (Arts. 362 y 363, ordinal 5º del C. P.), providencia que el Tribunal Superior de Ibagué confirmó en la suya del 9 de junio de 1971 con la aclaración de que en el caso concurría, además, la circunstancia de agravación prevista en el ordinal 3º del citado artículo 363, pues a juicio del juzgador de segunda instancia el homicidio se había perpetrado para consumar el delito de robo (fls. 158 a 181, cuaderno 1º);

d) Transcurrido el término probatorio de la causa y realizada la audiencia pública, el jurado negó la responsabilidad del procesado, veredicto cuya contraevidencia fue declarada por el juez del conocimiento en proveído del 17 de abril de 1972, confirmado por el superior (fls. 237 a 264, cuaderno 1º);

e) El segundo jurado, por el contrario, afirmó la responsabilidad de Leal Andrade. Acatando tal veredicto, el juzgador de primer grado lo condenó a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, más las accesorias de rigor, fallo del cual apeló el personero de la defensa, quien solicitó al Tribunal que declarase la nulidad de la actuación a partir del auto de 13 de diciembre de 1972, que señaló fecha y hora para la audiencia pública, ya que, en su sentir, se violaron las formas propias del juicio, por no haberse notificado dicha providencia a uno de los jurados principales, ni a uno de los suplentes. Desechada motivadamente la referida solicitud, el superior confirmó la sentencia condenatoria apelada en la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Tras breve referencia a los hechos debatidos en el juicio, a la actuación procesal y a los "fundamentos del fallo condenatorio", el demandante invoca contra la sentencia recurrida la causal de casación prevista por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en su ordinal 4º: Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

La nulidad a que alude el actor es de tipo supralegal, pues en su opinión se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional. En desarrollo del anterior planteamiento expresa el censor, en esencia, que el auto de 13 de diciembre de 1972, mediante el cual se señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública, no se notificó personalmente a la jurado principal Diva Tello de Restrepo, ni al suplente Alfonso Cardozo, no obstante lo cual se cumplió aquel acto el día señalado, violándose así los artículos 179, 208 y 553 del Código de Procedimiento Penal.

"Queda en manos de la honorable Corte Suprema de Justicia —concluye el impugnante— remediar esta irregularidad, ordenando que la actuación sea repuesta a partir del momento en que se presentó la nulidad, pues, aun cuando ésta fue alegada a tiempo ante el honorable Tribunal Superior de Ibagué, fue rechazada por dicha corporación argumentando lo expresado antes y además diciendo que la 'nulidad de orden supralegal invocada por el defensor del acusado carece de fundamento' (fls. 349 y 350 ibídem), pese a que la argumentación expuesta entonces por la defensa, es la misma en que se fundamenta esta demanda". Y agrega:

"Claramente se ve, en este caso, que la ley procedimental, de orden público, de inmediato y riguroso cumplimiento, fue violada al no observarse las formas propias del juicio, violándose, de paso, el artículo 26 de la Constitución Nacional".

El Ministerio Público

Representado en esta oportunidad por la Procuraduría Primera Delegada, considera, previo el estudio pertinente, que el cargo único propuesto no puede prosperar, "pues el hecho alegado no implica quebranto de la norma constitucional". Conclusión que se funda en los siguientes argumentos:

"Se apoya ésta —la pretensión del demandante— en que el auto no tuvo ejecutoria por no haberse notificado a los dos jurados sorteados, uno principal y otro suplente; se advierte en primer término que los jurados referidos sí fueron notificados de su designación (fl. 266, cuaderno 1º), pero no se logró notificarles personalmente el auto que señalaba fecha para la audiencia por no haber sido localizados; pero esta circunstancia no puede producir el efecto que pretende el demandante, por lo que se expresa seguidamente y previa aclaración de que no impediría la ejecutoria de la providencia la falta de notificación citada, pues los jurados no son partes en sentido procesal.

"A través de las normas que regulan el juicio por jurado se pretende que el procesado sea juzgado por jurado integrado por personas idóneas y con la imparcialidad necesaria y con el número de miembros señalados por las normas pertinentes; en el caso aludido, así se integró el tribunal de conciencia, con los tres jurados requeridos por la ley, quienes cumplieron debidamente su función como aparece de autos, sin que en su contra se formulara tacha u objeción alguna.

"En tal forma se cumplieron las garantías procesales y se adelantó debidamente

el trámite, observándose por tanto las formas propias del juicio; así la irregularidad anotada por el recurrente, no puede tener en forma alguna entidad suficiente para producir la nulidad, pues no implica, ni el demandante ha logrado demostrar el quebranto del derecho de defensa, al cual atendió con dedicación el señor defensor, ni la violación o desconocimiento de garantías o forma alguna procesal; con la interpretación expresada se llegaría a instaurar un criterio de formalismo que dificultaría gravemente el adelanto de los procesos, con perjuicio incluso para los propios procesados, pues se retardaría la decisión respectiva".

La Corte considera

1. En firme la providencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó el auto en que se había declarado contraevidente el veredicto del jurado, el juez de la causa señaló, en proveído del 27 de junio de 1972, legalmente notificado a las partes, día y hora para la celebración del sorteo de jurados, el cual se realizó dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto correspondiente con el procedimiento previsto por el artículo 540 del Código de Procedimiento Penal, conforme al acta visible al folio 283, cuaderno 1º.

2. Acatando el resultado del referido sorteo, mediante providencia del 12 de julio de 1972 el juez del conocimiento resolvió tener como jurados de conciencia en la causa respectiva a los ciudadanos Mario Peñuela, Luis David Mesa Santacruz y Diva Tello de Restrepo, en calidad de principales; y como suplentes a los señores Alfonso Cardozo Reina, Luis Rodríguez y Alvaro Sanabria, designación que fue personalmente notificada a todos los sorteados, excepto al suplente Luis Rodríguez, a quien, según prueba fehaciente que obra en el informativo, no fue posible hallar, razón por la cual el juez, en auto del 26 de septiembre de 1972, ordenó su reemplazo y señaló fecha y hora para el sorteo parcial, diligencia realizada conforme al artículo 548 del Código de Procedimiento Penal. También el proveído en que tal se dispuso fue legalmente notificado a las partes (fls. 284 y ss.).

3. En la fecha y hora señaladas, según acta visible al folio 291, resultó sorteado el ciudadano Rosendo Moreno, a quien el juez tuvo como jurado en auto del 4 de octubre de 1972, designación que se le notificó personalmente al favorecido, como consta al folio 293.

4. Tras algunas incidencias, mediante resolución del 13 de diciembre de 1972 el Juzgado Segundo Superior de El Espinal —despacho del conocimiento— señaló como nueva fecha para la celebración de la audiencia pública en la causa contra Ignacio Leal Andrade, "el día jueves once de enero próximo, debiéndose dar comienzo a la hora de las diez de la mañana" (fl. 305).

5. El auto a que se refiere el numeral anterior fue notificado personalmente al Fiscal, al procesado y a su defensor el 13 de diciembre de 1972, y su contenido se hizo conocer el 5 de enero de 1973 a los jurados principales Mario Peñuela y Luis David Mesa Santacruz, como también a los suplentes Rosendo Moreno y Alvaro Sanabria, según consta a folios 305 y 306 del informativo.

6. En el acta de la audiencia pública se lee lo siguiente:

"En Espinal, Tolima, dentro de la hora judicial de las diez de la mañana del día jueves once de enero de mil novecientos setenta y tres, hora y día señalados por auto calendado el trece de diciembre último para dar comienzo a la celebración de la vista pública en la presente causa que se adelanta contra Ignacio Leal Andrade por el delito de homicidio, se reunieron con tal fin en el salón destinado al efecto, el señor Juez Segundo Superior, doctor Hernán Guzmán Guzmán, el Secretario del Juzgado, señor Alejandrino Hoyos Morales, el señor Fiscal Segundo, doctor Rafael Rozo Mora, el señor defensor, doctor Rafael Aguja Sanabria, los miembros del jurado de conciencia, señores Mario Peñuela y Luis David Mesa Santacruz, en su calidad de primero y segundo principales. Como quiera que la señora Diva Tello de Restrepo, tercer principal, no fue notificada del auto que señala fecha para la celebración de la audiencia, por cuanto no fue localizada en dos oportunidades en que el empleado

citador concurrió a su domicilio, lo mismo que el señor Alfonso Cardozo Reina, primer suplente, quien por encontrarse en vacaciones no fue hallado en el centro docente donde presta sus servicios, el señor juez procedió a reemplazar a la primera por el señor Rosendo Moreno, segundo suplente y quien se encontraba en el recinto. Al acto asistió de otra parte el procesado Ignacio Leal Andrade, quien fue traído del lugar de reclusión".

7. Es evidente que en presencia de la situación creada con la falta de la jurado Diva Tello de Restrepo, el juez estaba legalmente facultado para reemplazarla por uno de los suplentes (Arts. 556 y 541 del C. de P. P.).

8. En suma, es cierto que a los jurados Diva Tello de Restrepo y Alfonso Cardozo Reina, principal y suplente, en su orden, no se les pudo hacer conocer el contenido del auto que señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia pública, a pesar de las diligencias realizadas para tal fin, pero como con rigor dialéctico lo sostienen la sentencia acusada y el representante del Ministerio Público ante la Corte, de allí no se desprende que al reintegrarse el tribunal popular con el suplente Rosendo Moreno, cuyo sorteo se realizó con cabal ceñimiento a las prescripciones legales y a quien se le entregó oportunamente copia del auto de proceder, se conculcara el derecho de defensa al acusado, o se lesionara un presupuesto básico de la acción o del proceso, hipótesis que, demostradas, habrían estructurado la pretendida nulidad supralegal. Como ello no ha ocurrido, la censura estudiada no prospera. Y habrá de aplicarse, en consecuencia, el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR

La razón filosófica y jurídica de la circunstancia atenuante de la responsabilidad descrita por el artículo 28 del Código Penal, no reside, como en otras oportunidades lo ha expresado la Corte y ahora lo reitera, en la ira o en el intenso dolor, sino en la gravedad e injusticia de la provocación generadora de tales estados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., dieciséis de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Cumplido el trámite propio del asunto, se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por Fabio Franco Muñoz y su defensor contra la sentencia del seis de junio de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, acorde con el respectivo Agente del Ministerio Público, lo condenó a la pena principal de diez (10) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Boris de Jesús Zuluaga.

Síntesis del proceso

a) Cuando en las primeras horas de la madrugada del 27 de febrero de 1972 llegó al bar denominado "El Farol Rojo", de la ciudad de Pereira, el agente de la Policía Nacional Fabio Franco Muñoz, en traje de civil, encontró que Luz Dary Muñoz, muchacha con quien mantenía relaciones íntimas, tomaba unos tragos de ron en compañía de Boris de Jesús Zuluaga Ospina. Contrariado por la conducta de la joven, Franco Muñoz lanzó contra ésta y su acompañante expresiones soeces e insultantes. Reaccionó Zuluaga dándole una bofetada a su ofensor, pero viendo que éste echaba mano de su revólver, huyó del bar, perseguido por Franco, para caer instantes después al tropezar con un alambre en la vecina "Plaza de la Libertad". Allí, hallándose yacente, le dio muerte Franco Muñoz con el revólver que portaba;

b) Promovida y clausurada la etapa instructiva, Fabio Franco Muñoz fue llamado a juicio por homicidio agravado, pues estimó el juez de la causa, en decisión confirmada por el superior, que el delito se había perpetrado aprovechando las condiciones de inferioridad de la víctima;

c) Con oportunidad de la audiencia pública se sometió a la consideración del jurado el cuestionario cuyo texto recoge el folio 145 del informativo, que aquél contestó en la siguiente forma: "Sí es culpable pero por homicidio voluntario. Y en estado de ira e intenso dolor";

d) Entendió el juzgador de primera instancia que los jueces de hecho habían reconocido en favor del acusado la atenuante prevista por el artículo 28 del Código Penal, y lo condenó a "cuarenta meses de presidio";

e) Inconforme con el citado fallo, el respectivo Agente del Ministerio Público interpuso contra éste el recurso de apelación, alzada que el Tribunal Superior de Pereira desató modificando la sentencia recurrida en el sentido de negar la atenuante de la provocación e imponer al procesado, como ya hubo de expresarse, la pena de diez años de presidio.

La demanda

Después de referirse el demandante, con criterio muy personal, a los hechos debatidos en el juicio y a las diferentes actuaciones procesales, impugna la sentencia recurrida invocando la causal segunda de casación, pues considera que el jurado reconoció la atenuante del artículo 28 del Código Penal en favor del acusado, ya que expresamente aludió en el veredicto al estado de ira e intenso dolor. Agrega el actor que la atenuante de la provocación fue la única modalidad controvertida en la audiencia; que el tribunal de conciencia no estaba obligado a usar fórmulas sacramentales y que su respuesta está de acuerdo con la realidad procesal. Transcribe jurisprudencia de la Corte en torno a la interpretación del veredicto y concluye manifestando que asistió razón al juzgador de primer grado cuando, entendiendo que se había reconocido la atenuante contemplada en el artículo 28 del Código Penal, condenó al procesado a cuarenta meses de presidio. Termina el libelo con la solicitud de que se case el fallo recurrido y en su lugar se condene a Fabio Franco Muñoz a la pena principal de cuarenta meses de presidio, "como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Boris Zuluaga, el 27 de febrero de 1972, en la ciudad de Pereira".

Respuesta del Ministerio Público

En abierto desacuerdo con la tesis que la demanda sustenta, el Procurador Segundo Delegado sostiene que si los integrantes del tribunal de conciencia hubiesen tenido el propósito de reconocer la atenuante debatida, les habría bastado reproducir la fórmula sugerida por la defensa, que los jueces de hecho siguieron en buena parte, "hasta en el error que aparece al folio 144 de ira e intenso dolor por ira o intenso dolor".

Salta a la vista —continúa el colaborador— que el jurado no se refirió en su respuesta a todos los elementos contemplados en el artículo 28 del estatuto sustantivo, sino apenas a uno: el estado emocional del agente. Expresa, pasos adelante, que la Corte, como es bien sabido, repetidamente se ha ocupado de veredictos como el que se pronunció en esta causa, y sin vacilación ha concluido "de la misma manera que lo ha hecho el Ministerio Público en este concepto". Recientemente —recuerda— en la casación de Pablo Enrique Sánchez sostuvo:

"El veredicto 'sí es responsable de homicidio, en estado de ira', emitido por el jurado en la presente causa, fue correctamente interpretado por el Tribunal ad quem, pues el 'estado de ira' solamente morigera la penalidad establecida para la infracción cuando haya sido 'causado por grave e injusta provocación', a términos del artículo 28 del Código Penal, y para que el juez pueda reconocer en el fallo ese motivo de atenuación, tratándose de un homicidio, es preciso que el jurado haya expresado en su respuesta al cuestionario el conjunto de elementos contemplados en aquella disposición, con las mismas palabras de la ley o con expresiones semejantes o de idéntico contenido, pues la sentencia tiene que ceñirse al veredicto y el fallador no puede, so pretexto de interpretarlo, modificarlo sustancialmente, que es lo que pretende aquí el demandante".

Y añade el Procurador:

"En el libelo se hace expresa mención a la casación de Angel María Durán en la cual este despacho intervino en representación del Ministerio Público y en cuyo fallo la honorable Corte Suprema de Justicia reconoció que el agente había obrado en las circunstancias previstas en el artículo 28 del Código Penal. Es preciso aclarar que en este caso el jurado contestó así: 'Sí es responsable pero en estado de ira e intenso dolor causado por injusta provocación de la víctima'. El juri no calificó la entidad de la provocación, pero ésta, en su gravedad, surgía de la propia naturaleza de los hechos realizados por la víctima.

"En el caso a estudio, se repite, el veredicto no se refirió ni a la provocación ni a la injusticia de ella; tan sólo al estado emotivo que el jurado de conciencia que intervino en esta causa no reconoció la circunstancia atenuante de la responsabilidad llamada de la provocación y por tanto la sentencia se dictó de acuerdo con el veredicto cumpliendo el mandato del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal".

Consecuente con las premisas anteriores, la Procuraduría pide a la Sala que no invalide la sentencia recurrida.

La Corte considera

1. La razón filosófica y jurídica de la circunstancia atenuante de la responsabilidad descrita por el artículo 28 del Código Penal no reside, como en otras oportunidades lo ha expresado la Corte y ahora lo reitera, en la ira o en el intenso dolor, sino en la gravedad e injusticia de la provocación generadora de tales estados. En otros términos: Son los valores calificantes de la causa los que, en último análisis, determinan o conforman la denominada excusa de la provocación.

2. Los jueces de conciencia que actuaron en este proceso tuvieron oportunidad de conocer el auto de llamamiento a juicio, en el cual se formuló el cargo de homicidio agravado, no sólo porque se les entregó en el momento procesal adecuado una copia de la respectiva providencia, sino porque según consta en el acta que recogió el desarrollo de la audiencia pública, tal acto se inició con su lectura. De otra parte, tanto el representante del Ministerio Público como el vocero y el defensor se ocuparon de la referida atenuante, el primero para negar su presencia en el caso debatido y los dos últimos para afirmarla.

3. Ahora bien, ilustrados de tal manera, respondieron el cuestionario visible al folio 144 declarando la responsabilidad del acusado, pero por homicidio simple, agregando que éste se había cometido "en estado de ira e intenso dolor". Es evidente, por tanto, que así como en la intimidad de su conciencia descartaron la presencia del asesinato, sin que le sea dable al intérprete escudriñar los procesos mentales mediante los cuales formaron esa convicción, de igual manera se refirieron solamente al estado emocional del procesado, guardando silencio sobre la entidad y naturaleza de la provocación.

4. De todo lo anterior se desprende que cuando el jurado de conciencia no se refiere claramente en su respuesta a todos los elementos que integran la circunstancia atenuante prevista por el artículo 28 del Código Penal, pretermitiendo la gravedad e injusticia de la provocación, no puede el juzgador completarlo, con el pretexto de buscar su entendimiento, porque ello implicaría suplantar la voluntad de aquél —fuente inmediata de la sentencia— y crear entonces sí, una antinomia entre ésta y el auténtico veredicto.

5. El caso contemplado en la casación de Angel María Durán no guarda paridad con el que ha sido objeto de estudio en el presente fallo, como claramente lo explica el Procurador en su respuesta a la demanda.

6. Careciendo de toda justificación la causal aducida, procede aplicar el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desechando el recurso y disponiendo devolver el expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

El juez a quien se le exige que envíe a otro el proceso de que ha venido conociendo, no puede discutir la legalidad de la resolución del Gobierno, pues ello no está dentro de sus funciones. Dejar de hacerlo o hacerlo tardíamente, después de actuaciones dilatorias, es conducta violatoria del artículo 172 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril diez y ocho de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Por vía de apelación que interpuso el procesado revisa la Sala el auto del 17 de octubre de 1973, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el cual abrió causa criminal contra Luis Antonio Mora Valero, por el delito de abuso de autoridad definido y sancionado en el libro II, título III, capítulo 6º del Código Penal, infracción cometida en el ejercicio del cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Puerto López, departamento del Meta.

Se ha agotado el trámite para resolver, sin que el interesado hubiera sustentado el recurso interpuesto. El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que debe confirmarse la providencia recurrida.

Se encuentra debidamente acreditada la calidad de Juez Promiscuo del Circuito de Puerto López que tenía el sindicado en el tiempo en que cometió la infracción de que se le acusa, lo mismo que el ejercicio del cargo.

En el juzgado de la referencia cursaba un proceso por colusión contra el abogado Jaime Rafael Pedraza, proceso cuya radicación cambió el Gobierno por Resolución ejecutiva número 40, del 20 de marzo de 1971. En esta providencia, dictada previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia, se dispuso que el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto López, al frente del cual se encontraba Luis Antonio Mora Valero, remitiera el expediente al Circuito de Bogotá, y así se le hizo saber enviándole la copia y mediante marconigrama número 255 (fl. 65). Además, el Juez Tercero Penal del Circuito de Bogotá a quien correspondió el asunto en el reparto, pidió al de Puerto López el envío del expediente, como consta al folio 61 del presente informativo.

El juez requerido se negó inicialmente a enviar el proceso, alegando que la resolución sobre cambio de radicación era ilegal, y así lo hizo constar igualmente en la indagatoria. Ante la insistencia del juez de Bogotá, tuvo que enviarle el expediente después de haber provocado un conflicto de competencia que la Corte dirimió en los siguientes términos:

"... 7. De todo lo dicho se desprende que no se presentan aquí los presupuestos legales necesarios para afirmar la existencia de un conflicto de competencias. Se trata de un asunto definido por la Resolución ejecutiva número 40 de 1971, proferida con arreglo a las normas legales pertinentes y, por tanto, de imperioso cumplimiento. Y como prima facie no aparece explicable la renuencia del Juez Promiscuo del Circuito de Puerto López a acatar la resolución tantas veces citada, se dispondrá compulsar copia de esta providencia para que el

tribunal competente investigue la conducta de aquel funcionario sobre el particular" (El primer subrayado es de la Sala).

El Tribunal de Villavicencio, después de examinar estos hechos que se encuentran debidamente fundados con las copias de los documentos públicos pertinentes, estimó que el sindicado Mora Valero había violado el artículo 172 del Código Penal, en cuanto omitió el envío del expediente a pesar de haber recibido la orden del Gobierno para su remisión a Bogotá y las comunicaciones del Juez Tercero Penal del Circuito, comunicaciones que figuran en copia a folios 61 y 62. La resolución sobre cambio de radicación figura a folios 65 y 65 bis. En tales condiciones dictó el auto que es materia del presente recurso.

El Agente del Ministerio Público concluye su vista de fondo con las consideraciones siguientes:

"Quedó claro que el acusado tuvo ese conocimiento oportuno, consistente en que por razón del cambio de radicación, otro juez de su misma categoría era quien debería fallar el proceso y que, en consecuencia, debía ejecutar el hecho material de poner a su disposición el mismo. Si a pesar de ello retardó aquella obligación —pues a la postre sí envió el expediente— se deduce que existió una manifiesta violación de la ley penal, concretamente el artículo 172 del Código Penal.

"El argumento esgrimido de que el único superior del juez era el Tribunal, carece de valor, pues la resolución ejecutiva, como lo dijo la honorable Corte era y es de imperioso cumplimiento. El inciso 2º del artículo 55 de la Carta enseña que 'el Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado'. Al entorpecer la realización de tales fines, el doctor Mora Valero se salió del cauce legal. Hubo una obstinación voluntaria en el cumplimiento de la ley. La tesis sostiene y que aun sostiene el exfuncionario consistente en aseverar que la honorable Corte tomó una determinación con base en una disposición derogada, no le quita el carácter de delictuoso al hecho denunciado, porque antes de esgrimirla el deber del juez no era otro que el de acatar y cumplir el contenido de la Resolución 40 del poder ejecutivo".

Considera la Corte

1. El juez que se niega a cumplir una resolución mediante la cual el Gobierno cambia la radicación de un proceso, en término inmediato al de la fecha en que recibe copia de la providencia, o en que se le ha informado oficialmente sobre ella, comete el delito de abuso de autoridad descrito en el artículo 172 del Código Penal, pues esa conducta se encuentra descrita en la norma citada. Aquella clase de determinaciones interrumpe automáticamente la jurisdicción del funcionario en cuyo despacho venía tramitándose el asunto y la otorga al Juez del Distrito o del Circuito indicado por quien puede hacerlo, según el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

2. El juez a quien se le exige que envíe a otro el proceso de que ha venido conociendo, no puede discutir la legalidad de la resolución del Gobierno, pues ello no está dentro de sus funciones. Cualesquiera que fueren las razones en que se funda tal decisión, tienen que ser respetadas y obedecidas por los funcionarios judiciales. Dejar de hacerlo, o hacerlo tardíamente, después de actuaciones dilatorias, es conducta violatoria del artículo 172 del estatuto represor.

3. El juez Mora Valero inicialmente rehusó enviar el expediente que se le exigía, pero, en definitiva lo envió con notorio retardo, como lo observó a su tiempo esta Sala al pronunciarse sobre el pretendido conflicto de competencias planteado por el sindicado con el exclusivo propósito de oponerse al cumplimiento de la Resolución número 40 de 1971, dictada por el Gobierno Nacional. Es, pues, evidente que la hipotética colisión fue un artificio propuesto sólo como pretexto para aplazar un acto a que estaba legalmente obligado el funcionario.

4. Surge de lo anterior, así como de la confrontación con las pruebas recaudadas, particularmente con la indagatoria del procesado, que el auto recurrido tiene base legal y debe ser confirmado. Así lo hará la Sala, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA.— DELITO DE RAPTO

En el caso del delito de rapto, de infracción que, por sus efectos permanentes, se ha consumado en lugares distintos, la competencia para conocer corresponde al juez primero que inició el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril veintiséis (26) de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a dirimir la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 1º Penal del Circuito de Santa Marta y el Juzgado 1º Penal del Circuito de Valledupar, en cuanto al conocimiento del proceso que se adelanta contra Edgar Correa Hernández, por los delitos de rapto y violencia carnal.

Aparece que la madre de la menor de catorce años Myriam Esther Peña Padilla presentó denuncia en Santa Marta por el delito de rapto, en atención a que su hija viajó con el acusado a la población de Codazzi, en donde por cerca de dos años aquélla y éste hicieron vida marital.

El sumario fue adelantado en Santa Marta y el Juzgado 1º Penal del Circuito profirió auto de detención preventiva contra el sindicado Correa Hernández por los delitos de rapto y corrupción de menores.

Posteriormente ese despacho, por considerar que la madre de la ofendida no tiene la calidad de "querellante legítima", pues el padre de ésta es quien la representa, se declare incompetente para conocer, habida cuenta que el delito de corrupción de menores fue cometido en Codazzi, y el de rapto "no podía ser objeto de averiguación", por falta de la querella de quien está llamado a presentarla.

Pues bien:

Es cierto que el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la fecha de la iniciación de este proceso (25 de septiembre de 1971, auto cabeza de proceso del fl. 6 del cuaderno principal), refiriéndose a la "querella y petición", dispone que "cuando la ley exija querella de parte o petición especial para iniciar la acción penal, bastará que quien tenga derecho a presentarla, formule ante la autoridad competente la respectiva denuncia", lo cual reitera el artículo 321 de la misma obra al señalar que "cuando no deba procederse de oficio, será necesario querella o petición de parte para iniciar el sumario". Pero de acuerdo con el artículo 356 del Código Penal, bien puede procederse "contra el responsable..." del delito de rapto por solicitud de quien compruebe un interés legítimo en la "protección y defensa de la persona ofendida" y en el informativo aparece comprobado que la querellante es la madre de la menor Peña Padilla, y es obvio ese interés de su progenitora en esos fines que el precepto aludido anota.

Y como se trata, en el caso del delito de rapto, de infracción que, por sus efectos permanentes, se ha consumado en lugares distintos, la competencia para conocer le corresponde al Juzgado 1º Penal del Circuito de Santa Marta, atendido que en jurisdicción de ese despacho se inició el proceso y también fue allá donde se encarceló preventivamente al sindicado.

Esto se desprende de la norma que trae el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, sobre "competencia a prevención".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión de competencias de que se ha hecho mérito en el sentido de declarar que el conocimiento de este proceso le corresponde al Juzgado 1º Penal del Circuito de Santa Marta, a donde se enviará el expediente.

Remítase copia de este proveído al Juez 1º Penal del Circuito de Valledupar.

Cópiese, notifíquese y remítase el informativo al despacho ya señalado.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

DELITO DE FALSEDAD

Comete el delito de falsedad en documentos, a voces del artículo 231, ordinal 7º, el funcionario o empleado público que en relación con escrituras o documentos públicos, "dé copia o certificado, en forma fehaciente, de un documento que no existe, o manifieste en ellos cosa diversa de la que contenga el verdadero original".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintiséis de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto dictó, con fecha 22 de octubre de 1973, auto de proceder contra el señor Fernando J. Portilla, por los delitos de falsedad en documentos y peculado, cometidos por aquél cuando desempeñó el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Ricaurte.

Contra esa providencia interpuso en tiempo el defensor del procesado el recurso de apelación, que fue concedido en legal forma y se sometió al trámite de rigor en esta instancia.

El Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo Delegado Penal, contestó el traslado solicitando la confirmación del proveído enjuiciatorio, por estimar satisfechas las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal. Pide también el colaborador que se ordene la detención preventiva del sindicado Portilla, dando cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 439 del referido estatuto, pues las infracciones que se imputan reclaman tal medida cautelar.

Hechos y resultados de la actuación

1. El 25 de julio de 1967, el señor José Miguel Díaz, obrando a nombre de la Texas Petroleum Company, depositó en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Seccional de Ricaurte (Nariño), la suma de $ 6.000.00, a órdenes de la Alcaldía del lugar y para que fueran entregados como indemnización a quien judicialmente demostrara mejor derecho sobre el predio "La Playa", cuya propiedad o posesión se disputaban Adalberto España y Angelina Padilla vda. de Narváez y en el cual dicha compañía había ejecutado trabajos para la conducción de un oleoducto. Fue así como la Caja Agraria expidió, en la fecha indicada, el título de depósito Nº 480626, que se entregó a la Alcaldía de Ricaurte, oficina que había librado la orden de consignación (fls. 148 y 162).

2. El título antes mencionado fue sustituido, el 24 de marzo de 1968, por el Nº 09134, el que a su vez fue reemplazado por el Nº 062802, expedido el 12 de julio de 1968, a órdenes del Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte, porque así lo dispuso la Alcaldía (fls. 71 a 148).

3. El día 15 de los mismos mes y año tomó posesión del cargo de Juez Promiscuo Municipal de Ricaurte, para el cual había sido nombrado por el extinguido Tribunal Superior de Ipiales, el señor Fernando J. Portilla, quien desempeñó las funciones hasta el 20 de marzo de 1970 (fls. 140 y 227).

4. Poco tiempo después de posesionado, el juez Portilla le dijo al campesino Adalberto España que fuera "a retirar esa plata de la Agraria para pasarla como cuenta corriente de él", y al efecto le dio "una or-

den", con la cual España cumplió los deseos del juez, quien por ese medio entró en ilegítima posesión del dinero depositado por la Texas Petroleum, del cual hizo luego uso indebido, como más adelante se indicará (fls. 125 y ss.).

5. La orden que el citado señor España dice haber recibido del juez acusado, para retirar de la Caja Agraria los $ 6.000.00, fue indudablemente el Oficio Nº 201, de fecha 2 de octubre de 1968, dirigido al Director de aquella entidad, del siguiente tenor:

"Ricaurte, octubre 2 de 1968

"Señor Director de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de esta localidad. Presente.

"Para su conocimiento y fines consiguientes, me permito transcribirle lo pertinente del auto que este juzgado ha dictado en el juicio ordinario que adelanta Adalberto España y otra contra Isabel Narváez de Padilla.

'Juzgado Promiscuo Municipal. Ricaurte, septiembre treinta, de mil novecientos sesenta y ocho. Por lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte, resuelve: Primero. Ordénase entregar el depósito de seis mil pesos ($ 6.000.00) que está a la orden de ese juzgado en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, de esta localidad, al señor Adalberto España para efectos de la transacción que se ha propuesto. Si la transacción aludida no se llevare a efecto por cualquier circunstancia no prevista, el señor Adalberto España volverá a hacer el depósito en la misma institución de Crédito Agrario, conforme a la orden que el juzgado del conocimiento debe impartir; y segundo. Envíese el correspondiente título de depósito al señor Director para que la Caja entregue el valor indicado al señor Adalberto España como acaba de ordenar. Firmados, Fernando J. Portilla, Juez. Pánfilo F. Ponce, Secretario'.

Por tanto, señor Director, sírvase ordenar la entrega del valor mencionado al señor Adalberto España.

"Atentamente, Fernando J. Portilla.

"Sello que dice:

Colombia Nariño Juzgado Municipal, Ricaurte" (fls. 80, 148 a 149 y 258).

6. Al día siguiente de expedido dicho oficio, o sea el 3 de octubre de 1968, Adalberto España, haciendo uso de aquel documento, obtuvo de la Caja Agraria la entrega de la suma que había depositado la Compañía Texas, para lo cual se le giró el cheque Nº 966681, por $ 6.000.00, que fue endosado por el nombrado España y cobrado por ventanilla en la misma fecha (fls. 258 y 260).

7. El mismo 3 de octubre de 1968, el señor Adalberto España abonó a la Caja Agraria la suma de $ 500.00, a la obligación Nº 1252, a cargo suyo y de su señora, según el comprobante Nº 123951, y entregó luego al juez Fernando J. Portilla los $ 5.500.00 restantes del dinero recibido de la entidad crediticia (fls. 126, 163 y 258).

8. Cuatro meses después, es decir, el 3 de febrero de 1969, Adalberto España y su cónyuge Carmen Padilla de España instauraron, por medio del doctor Pedro Miguel Padilla, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte, juicio posesorio respecto del terreno conocido como "La Playa", en acción dirigida contra Luis Narváez Padilla, hijo de Angelina Padilla de Narváez, quien ya había fallecido (fls. 200 y ss.).

9. Tal juicio fue fallado por el juez Portilla, mediante sentencia de 2 de julio de 1969, en la que se dispuso la restitución del fundo "La Playa" en favor de los demandantes Adalberto España y Carmen Padilla de España, y la entrega a éstos de los $ 6.000.00 de que se ha hablado. También se condenó a la parte demandada al pago de las costas del juicio, incluyendo en ellas "los honorarios profesionales" (fl. 220).

10. El acotado fallo se notificó por edicto, desfijado el 23 del mismo mes, y contra él no se interpuso apelación. Con posterioridad, el juzgado no realizó en dicho juicio ninguna actuación, ni se envió a la Caja Agraria "ningún oficio ordenando el retiro del depósito de los seis mil pesos" (fl. 163).

11. En el año de 1969, en fecha no precisada, el doctor Pedro Miguel Padilla recibió del juez Fernando J. Portilla, por concepto de honorarios por los servicios prestados a Adalberto España y su señora en el juicio posesorio al que se hizo alusión, tramitado en dicho año, la suma de $ 2.000.00 (fls. 197 y 270). No existe constancia alguna de que el juez hubiera sido autorizado

para hacer ese pago, extraño en todo a sus funciones.

12. También después de finalizado el proceso posesorio, y por frecuentes requerimientos del triunfador Adalberto España para que se entregara el dinero que la Texas había consignado y cuyo derecho había sido reconocido, el juez Portilla le manifestó que se había gastado tal dinero pero que se lo pagaría "poco a poco", y fue así como le hizo abonos "hasta reunir dos mil pesos con los quinientos pesos que pagamos en la Agraria", y luego le dijo que ya no le debía más, según refieren el citador España (fl. 126) y su esposa Carmen Elisa (fl. 127).

Se considera

a) Comete el delito de falsedad en documentos, a voces del artículo 231, ordinal 7º, el funcionario o empleado público que en relación con escrituras o documentos públicos "dé copia o certificado, en forma fehaciente, de un documento que no existe, o manifieste en ellos cosa diversa de la que contenga el verdadero original";

b) En ese delito incurrió el procesado Fernando Portilla, pues en la calidad de Juez Promiscuo Municipal de Ricaurte, que está plenamente acreditada con los documentos pertinentes, dio copia, en forma fehaciente, en la comunicación oficial Nº 201 de 2 de octubre de 1968, dirigida al Director de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de esa localidad, de un auto inexistente, que se hizo aparecer como proferido por ese despacho el 30 de septiembre de 1968, comunicación aquélla que determinó se entregara por dicha entidad al señor Adalberto España la suma de seis mil pesos, que se hallaba en depósito y ha debido mantenerse en esta situación hasta que terminara un litigio pendiente. El hecho está demostrado en forma completa con la copia del referido oficio (fls. 80 y 148), y mediante diligencia de inspección judicial (fl. 258);

c) También cometió el sindicado Portilla, en conexidad con la falsedad documentaria, el delito de peculado, a términos del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, por haber dispuesto arbitrariamente de la suma antes expresada, que se había consignado a órdenes del juzgado para ser entregada a quien en juicio probara mejor derecho sobre el predio "La Playa", pues se hizo entregar ese dinero para su personal provecho sin que se hubiera definido siquiera la controversia sobre la propiedad del inmueble. El acusado hizo uso indebido de un caudal que se le había confiado por razón de sus funciones de juez. Este otro hecho ilícito aparece establecido con los testimonios de Adalberto España y su cónyuge Carmen Padilla de España (fls. 125 a 128), que ofrecen serios motivos de credibilidad, por la espontaneidad de sus dichos, por no existir ningún motivo que permita presumir interés en ellos en falsear la verdad en contra del sindicado Portilla, de quien han sido amigos, según lo dice el propio inculpado, y, finalmente, porque lo aseverado por aquéllos encuentra respaldo, en lo esencial, en hechos comprobados por otros medios, tales como el retiro que el citado España hizo de los seis mil pesos que estaban depositados en la Caja Agraria, lo que aconteció el 3 de octubre de 1968, y la circunstancia de que el procesado Portilla hubiera pagado los honorarios del abogado Pedro Miguel Padilla, tal como éste lo afirmó (fl. 197), y entregado dineros, por cuotas, a los esposos España Padilla, por cuantía aproximada de $ 2.000.00, todo lo cual fue reconocido por el incriminado Portilla en su indagatoria (fls. 269 y ss.);

d) Las explicaciones del procesado de que dispuso levantar el depósito de los $ 6.000.00 hecho por la Texas Petroleum Company cuando ya había terminado, por sentencia ejecutoriada, el juicio que había promovido Adalberto España; de que pagó los honorarios del doctor Padilla por encargo de aquél o de su esposa, y de que obtuvo de éstos en préstamo la suma restante, están contradichas por pruebas fidedignas. Basta considerar que el depósito fue retirado el 3 de octubre de 1968, y que el juicio al que alude el sindicado apenas se inició el 3 de febrero de 1969;

e) Estando, como lo están, reunidas las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para dictar auto de proceder contra el procesado Fernando Por-

tilla, por los delitos de que se ha hecho mérito, obró correctamente el Tribunal a quo al proferir el proveído enjuiciatorio materia de la apelación que se decide, el que será confirmado;

f) Se observa que el juzgador de primera instancia omitió la definición de la situación jurídica del imputado, lo que ha debido hacer después de que le recibió indagatoria, y que omitió igualmente la orden de detener preventivamente al procesado, al pronunciar el auto que se examina, medida que ha debido adoptar como lógica consecuencia de la vocación a juicio, por no haberse tomado anteriormente y dada la naturaleza de las infracciones. La Corte llenará el vacío, dando aplicación al artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, tal como lo solicita la Procuraduría.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, acogiendo el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto de proceder objeto de la apelación, y decreta la detención preventiva, sin derecho a excarcelación, del procesado Fernando J. Portilla. El Tribunal de origen hará cumplir esta determinación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

BIBLIOTECA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

DETENCION ARBITRARIA

(Artículo 296 del Código Penal).

La Corte ha expresado que la prolongación de la detención de una persona, para ser constitutiva de delito en los términos del artículo 296 del Código Penal, tiene que emanar de una actuación adelantada con abuso de la función, o, en otros términos, con marcada arbitrariedad, conceptos que conllevan los de injusticia de aquella medida. (La Corte ratifica la doctrina de junio 3 de 1967, G. J., T. LXXXV, Pág. 425).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., abril veintiséis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

En fallo del 31 de enero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a Jesús Bolívar Muñoz Espinosa a sufrir un mes de arresto por el delito de detención arbitraria cometido en su calidad de Juez Promiscuo Municipal de El Rosario, dando aplicación al artículo 296 del Código Penal. También lo condenó al pago de los perjuicios ocasionados por la infracción, en abstracto. La misma sentencia suspendió su ejecución por un período de prueba de dos años.

El funcionario condenado interpuso el recurso de apelación, que se ha agotado en su trámite sin que hubiera alegado para justificar las razones de la alzada. En cambio, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la absolución del procesado porque, aunque se encuentra demostrada la materialidad de la infracción, falta por completo la prueba referente al elemento subjetivo.

El proceso se originó mediante denuncia de Gerardo Moreno Andrade, ratificada el 5 de noviembre de 1971, en la cual manifestó que el Juez Municipal de El Rosario prolongó indebidamente la detención del denunciante más allá del término de cinco días establecido en el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal. Este hecho fue acreditado debidamente con las constancias oficiales expedidas por el Comando de la Policía.

En el auto de proceder dictado por la Corte en lugar del de sobreseimiento temporal proferido el 7 de junio de 1973 por el Tribunal de Pasto, se hizo esta relación de los hechos:

"Dio origen al proceso la denuncia de Gerardo Moreno Andrade, ratificada bajo juramento el 5 de noviembre de 1971, en la cual dijo que el Juez Municipal de El Rosario, Jesús Bolívar Muñoz, conocía de un juicio civil posesorio y que en la segunda instancia se declaró una nulidad y se condenó en costas al funcionario citado. Aurelio Rosero denunció a las personas que habían sido demandadas en el juicio civil y en esa oportunidad el juez demostró su enemistad contra los recurrentes causantes de la condenación en costas por el Tribunal. Sostiene Gerardo Moreno que entre Aurelio Rosero y el juez Muñoz existió un plan para perjudicarlo y que ese plan se efectuó, concretándose en la detención preventiva que sufrió tanto él como Amílcar Delgado, detención 'por delitos que no hemos cometido'.

"El 9 de diciembre de 1972 se calificaron la denuncia y las pruebas aportadas, así como las explicaciones del sindicado y se sobreseyó temporalmente para que continuaran practicándose algunas diligencias y se llevaran a cabo otras que hacían falta. Durante la nueva etapa se oyó nuevamente al sindicado, se practicó una inspección judicial y se aportó el informe del Comandante de la Policía de El Rosario sobre la captura de Gerardo Moreno. Con todo, se profirió el segundo sobreseimiento temporal que se revisa.

"El Tribunal estima que procede el sobreseimiento porque no fue posible establecer la fecha exacta en que fue capturado el denunciante Gerardo Moreno. Sin embargo, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal observa, con fundamento procesal, que tal acto se ordenó el 10 de agosto de 1971 pero se ignora cuándo se cumplió. Hecho que, aunque estuviera plenamente establecido, se efectuó sujetándose a los términos del artículo 434 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto, el sindicado no detuvo arbitrariamente a Moreno, de modo que no cometió el delito descrito en el artículo 295 del Código Penal.

"En cambio, agrega el Agente del Ministerio Público, el juez sí prolongó indebidamente la detención de Moreno, violando el artículo 296 del citado estatuto".

Sobre esta base se llamó a responder en juicio criminal por el delito de detención arbitraria que describe y sanciona el libro II, título II, capítulo 2º del Código de Procedimiento Penal, se ordenó la detención preventiva del procesado, se le concedió la libertad mediante caución y se dispuso hacerle todas las prevenciones indicadas en la ley.

Durante el término probatorio de la causa se acreditó la buena conducta del procesado con atestaciones del Juez Tercero Penal Municipal de Pasto y de Claudio Guerrero, esta última rendida ante el Magistrado ponente. En la audiencia pública, el apoderado pidió la absolución teniendo en cuenta que en el proceso en el cual estaba sindicado el denunciante Gerardo Moreno se encontraban complicadas otras personas y que, además, se trataba de varios delitos conexos, de manera que el juez disponía de más de siete días para resolver la situación jurídica de cada uno de ellos, de conformidad con el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal. En estas condiciones, alega, no hubo prolongación indebida de la detención de Moreno.

El Tribunal no acogió este punto de vista y dictó el fallo que es materia del presente recurso.

El Agente del Ministerio Público, para pedir la absolución del procesado, admite que "se superó en dos días el término señalado en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal" pero excluye el elemento subjetivo en los siguientes conceptos que la Sala encuentra suficientemente fundados para acceder a su demanda de absolución:

"El ex-juez Muñoz Espinosa explicó en su indagatoria (fls. 45 y 46) que como Moreno fue capturado el 13 de agosto —la misma fecha en que rindió indagatoria— entendió que el término de que disponía para resolver su situación jurídica era de 8 días a partir de la captura (artículos 434 y 437 del Código de Procedimiento Penal) y no de 5 a partir de la indagatoria (Art. 437, ibídem).

"De otra parte, se estableció que el capturado Gerardo Moreno solicitó el 17 de agosto su libertad incondicional y recibir declaración jurada a Celso Díaz y Jesús García y el juez Muñoz, en auto del 19, dispuso la recepción de esos testimonios, providencia notificada personalmente al peticionario y al representante del Ministerio Público (fl. 52). Al día siguiente, en auto motivado, ordenó la libertad incondicional de Moreno (fls. 15 y 16).

"No encuentra probada esta Procuraduría Delegada la conciencia de la ilicitud, es decir: que el ex-juez Muñoz, a sabiendas de estar infringiendo el término legal para definir la situación jurídica de Gerardo Moreno, deliberadamente persistió en su conducta omisiva. El funcionario acusado creyó disponer de un plazo mayor —8 días— si se contaba a partir de la fecha de la captura pero como en este mismo día recibió indagatoria al acusado, el término se acortó en tres días, de acuerdo con el artículo 437. Más claro: el funcionario acusado bien pudo incurrir en un error de buena

fe —por la circunstancia anotada— el cual excluye la conciencia de la ilicitud y por tanto el dolo".

Consideraciones

1. La Corte ha expresado que la prolongación de la detención de una persona, para ser constitutiva de delito en los términos del artículo 296 del Código Penal, tiene que emanar de una actuación adelantada con abuso de la función, o, en otros términos, con marcada arbitrariedad, conceptos que conllevan los de injusticia de aquella medida (auto del 3 de junio de 1967, G. J., T. LXXXV, Pág. 425). Por lo mismo se requiere que ésta no provenga de un equivocado entendimiento de las normas procesales, o de errores en la tramitación del negocio, sino que manifiesten evidentemente el ánimo de mantener privada de su libertad a una persona sin fundamento legal, antes bien, obedeciendo al capricho del funcionario. La simple prolongación de la detención no es constitutiva del delito de que se viene hablando. Para configurarlo en forma completa se requiere que el agente haya querido esa situación o al menos que haya tenido conciencia de que existía sin haberle puesto término oportunamente.

2. No se ve en el procesado la voluntad de prolongar la detención del denunciante, pues, como se desprende de lo expuesto por el Procurador y como observa la defensa, existían circunstancias capaces de producir confusión en el juez sobre el término de que disponía para resolver la situación del sindicado respecto de su libertad o de la privación de la misma. Tales las imputaciones hechas a otras personas dentro del mismo proceso, lo cual permite declarar que no se encuentra nítidamente establecido el dolo de la infracción por la cual se le llamó a juicio. Habrá, pues, de revocarse el fallo apelado para dictar el absolutorio correspondiente.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la providencia apelada y en su lugar absuelve al ex-juez Jesús Bolívar Muñoz Espinosa del delito de detención arbitraria que le fue formulado en el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Ninguna de las hipótesis señaladas en el artículo 29 del Código Penal está instituida como causal de revisión, porque quien las realiza, dados los principios generales que hasta ahora han venido informando el estatuto represor, es penalmente responsable. No es jurídico ampliar ad libitum las causales de revisión, tratando de reparar con ello toda suerte de errores judiciales, porque aquéllas están taxativamente señaladas en el ordenamiento legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Marco A. Ocampo Espinosa ha pedido a la Corte mediante apoderado especial, que ordene la revisión del proceso que contra él se adelantó en el Distrito Judicial de Villavicencio, mediante el cual fue condenado, por el delito de estafa, a seis años de prisión, trescientos pesos de multa y cinco años de relegación a colonia agrícola, como también a las accesorias correspondientes.

Abierto el asunto a prueba, se trajeron a las diligencias los elementos de juicio que solicitara el actor. Durante el traslado previsto por el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal formularon sus alegatos el Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo, y el personero judicial del recurrente. En consecuencia, se procede a dictar sentencia de mérito.

Antecedentes

a) En el mes de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, tres comerciantes de la ciudad de Villavicencio, —María del Carmen Quevedo, Rafael Jaramillo Mejía y Luis Francisco Camacho— denunciaron a un individuo que había adquirido mercancías en sus respectivos almacenes por distintas sumas de dinero, precio que cubrió con cheques de una chequera extraviada a su titular, el señor Ramón Ocampo Espinosa. Las autoridades, fundadas en hábiles pesquisas, lograron capturar a Marco Antonio Ocampo Espinosa, a quien los denunciantes reconocieron como la persona que les comprara las mercancías.

Durante la investigación se trajeron al informativo copias auténticas de sentencias en las cuales se condenaba a Marco Antonio Ocampo por actividades delictuosas similares a las que determinaron el presente proceso. Agotado el trámite de la causa, mediante fallo del 19 de noviembre de 1971 el Juzgado Primero Penal Municipal de Villavicencio condenó a Ocampo Espinosa, —conocido también como "Hernando Villegas", "el clérigo", "el padrecito" o "el curita"— a la pena principal de catorce años de prisión y multa de trescientos pesos ($ 300.00), como responsable del delito de estafa, fallo que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad reformó en los términos atrás señalados, mediante sentencia del 27 de enero de 1972.

La demanda

El actor funda la solicitud de revisión en el ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, pues sostiene que después de la condenación han aparecido prue-

bas, no conocidas al tiempo de los debates, que establecen la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyen al menos indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

En desarrollo del anterior planteamiento expresa el demandante que en el proceso cuya revisión pretende existen numerosos datos de los cuales se infiere que Marco Antonio Ocampo perpetró en estado de grave anomalía psíquica los hechos por los cuales fue juzgado y condenado. Por tanto, si en el decurso del proceso se le hubiese sometido a exámenes psiquiátricos, tal anomalía se hubiera demostrado, con la consecuencia de que se le habrían impuesto medidas de seguridad, y no penas propiamente dichas, conforme al artículo 29 del Código Penal.

La demanda concluye con el siguiente párrafo, que parece recoger el pensamiento del actor sobre la viabilidad de la acción propuesta:

"Como la grave anomalía psíquica es o puede ser indicativa de la irresponsabilidad del procesado, y en caso procedente, la contemporaneidad de la misma con los hechos materia del debate judicial podría ser materia, se hallare necesario y legalmente conveniente, del ejercicio probatorio de que trata el artículo 586 del Código de Procedimiento Penal, este recurso extraordinario de revisión, desde el comienzo atentamente propuesto en este juicio, resulta sensiblemente procedente; y así solicito comedidamente a la honorable Sala sea aceptado, y ordenado su trámite y desarrollo legal correspondiente".

Alegatos

Dentro de la oportunidad prevista por el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público, representado por la Procuraduría Segunda, después de precisar los antecedentes del proceso cuya revisión se solicita y de resumir el contenido esencial de la demanda, recuerda que conforme a la legislación colombiana todo aquel que cometa una infracción penal será responsable, y que la diferencia entre los sanos de mente y quienes no lo son se concreta en que a los primeros se les aplican penas, y medidas de seguridad y a los segundos, si no concurren circunstancias de justificación del hecho o excluyentes de la culpabilidad. Y en desarrollo de tales presupuestos expresa:

"Tercero. El artículo 584, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal, en pleno acuerdo con el Código Penal, como es obvio, consagra como motivo de revisión este evento: cuando después de la condena aparecen hechos nuevos que establecen la inocencia o irresponsabilidad del condenado, es decir, que éste no lo cometió —ausencia de imputabilidad— o que concurren circunstancias excluyentes de la tipicidad, de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

"Los planteamientos jurídicos de la solicitud de revisión se acomodan a los comentarios anteriores ya que en ella no se sostiene que Ocampo Espinosa no sea el autor de los ilícitos por los cuales fue juzgado sino que, al momento de cometerlos, padecía de grave anomalía psíquica. Asimismo las pruebas solicitadas en este procedimiento extraordinario se orientaron a demostrar ese estado y en conformidad, el apoderado de Ocampo pidió examen psiquiátrico y declaraciones testimoniales relativas a la conducta irregular del acusado. Ninguno de los elementos de convicción allegados insinúa, siquiera, que el acusado no haya sido el autor de los hechos investigados.

"Cuarto. La legislación vigente ha previsto la situación planteada en la solicitud de revisión y ofrece soluciones conforme a su propia naturaleza, así:

"Los artículos 98 y 99 del Código Penal establecen que si después de la sentencia el condenado es atacado de enajenación mental, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad y se le pasará a manicomio o colonia agrícola especial y cuando recobrare la salud mental, volverá a cumplir la pena en el lugar respectivo.

"Estos principios se encuentran ratificados en los artículos 444 y 675 del Código de Procedimiento Penal.

"En consecuencia, el condenado Marco A. Ocampo Espinosa deberá recurrir a los procedimientos comentados ante la autoridad competente para que, si es el caso, se ordene su reclusión en un establecimiento adecuado a su situación actual".

Con apoyo en el criterio expuesto, el Procurador solicita a la Corte que niegue la revisión del proceso que se adelantó en el Distrito Judicial de Villavicencio contra Marco A. Ocampo Espinosa, por el delito de estafa.

En su alegato el actor reitera la solicitud de revisión formulada en la demanda, destacando la circunstancia de que los especialistas del Instituto de Medicina Legal practicaron examen psiquiátrico a Marco Antonio Ocampo Espinosa y concluyeron que, al tiempo de cometer el hecho, se encontraba en estado de enajenación mental. (Fls. 105 y 106).

La Corte considera

1. En verdad, como lo recuerda el Procurador, la aspiración del demandante se concreta así:

"...el señor Marco A. Ocampo Espinosa ha padecido y puede continuar padeciendo de una grave anomalía psíquica, que bien podría haber sido contemporánea al acaecimiento de los hechos delictuosos investigados, y que debería, en tal caso, haber dado lugar a la correspondiente aplicación, en caso procedente, del artículo veintinueve (29) del Código Penal, para adopción, entonces, de las sanciones fijadas en el capítulo 2 del título II del libro I del Código Penal, y no, como se hizo, de las previstas en el capítulo 1º ibídem".

2. Ahora bien, dentro de la concepción filosófico-jurídica que informa el Código Penal vigente, todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en ese estatuto, (Art. 11), casos que, como se sabe, recogen los artículos 23 y 25 ibídem, excluyentes de la responsabilidad penal.

3. No debe olvidarse, de otro lado, que el artículo 29 del Código Penal establece la responsabilidad penal de quienes en el momento de cometer el hecho delictuoso se hallaren en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, sólo que en vez de disponer que se les impongan penas propiamente dichas, ordena que se les apliquen medidas de seguridad. "Dentro del nuevo estatuto penal —ha dicho la Corte refiriéndose al Código de 1936— el autor del delito debe ser sometido, según el artículo 29, a las sanciones fijadas en el capítulo II del título 2º del libro 1º, esto es, a la medida de seguridad de reclusión en un manicomio criminal, según los artículos 61, 62 y 64 de la misma obra, en armonía con el capítulo II del título 2º del libro IV del Código de Procedimiento Penal".

4. El recurso extraordinario de revisión no tiene en nuestra ley positiva la finalidad de corregir presuntos errores de los juzgadores de instancia respecto de la cantidad o calidad de la sanción impuesta, sino que se inspira en una legal certidumbre de que el reo debió ser absuelto por cualquiera de los motivos previstos en el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, motivos que, como lo ha expresado esta Sala en reiteradas oportunidades, se compendian en que el hecho criminoso no existió, o en que habiendo existido resulta inocente el condenado, o irresponsable, o en que la condenación fue determinada por pruebas secretas extrañas al proceso, o que provino de la hipótesis contemplada en el ordinal 1º de aquella norma, vale decir, cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.

5. Es patente que tanto en la demanda como en el alegato de conclusión no se sostiene que Ocampo Espinosa no sea el autor de los delitos de estafa por los cuales fue juzgado y condenado, sino que, al momento de cometerlos, padecía de grave anomalía psíquica, y todo el esfuerzo probatorio del actor dentro del trámite de revisión se orientó a demostrar el segundo supuesto, con resultado positivo. Pero ya se ha visto con suma claridad que ninguna de las hipótesis señaladas en el artículo 29 del Código Penal está instituida como causal de revisión, porque quien las realiza, dados los principios generales que hasta ahora han venido informando el estatuto represor, es penalmente responsable.

6. No es jurídico ampliar ad libitum las causales de revisión, tratando de reparar con ello toda suerte de errores judiciales, porque aquéllas están taxativamente seña-

ladas en el ordenamiento legal. De allí que sea pertinente recordar lo que sobre el particular ha expresado esta Sala en numerosas ocasiones: "Es cierto que la finalidad del recurso de revisión es la de corregir un error judicial. Pero no toda clase de errores; porque para ello la ley ha establecido medios adecuados. La inequidad de un fallo que se basa no en haberse condenado a un inocente sino en habérsele sancionado con rigor, conmueve y excita a que se repare la falta. Pero si ello no es posible porque no se supo por el interesado acudir a la medida legal indicada y establecida para el caso, no sería de ninguna manera aconsejable violar esa ley, ampliándole sus términos, reformándola y desconociéndole sus propósitos, so pretexto de enmendar una posible y no probada violación de otra". (Sentencias de 16 de mayo de 1945 y 15 de mayo de 1964, entre otras).

La presunción de verdad de la cosa juzgada sólo puede quebrantarse, en materia criminal, para proteger la inocencia o irresponsabilidad del condenado, pues de lo contrario se desvirtuaría la firmeza de los fallos judiciales, presupuesto indispensable del orden jurídico.

Decisión

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revisión del proceso que por el delito de estafa se adelantó contra Marco Antonio Ocampo Espinosa en el Distrito Judicial de Villavicencio, al que se refiere expresamente la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen, dejando en la Corte copia del fallo. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Hernán Melguizo Mejía, Conjuez.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VALORACION DE LOS TESTIMONIOS

La ley procedimental colombiana ha abandonado el sistema de la tarifa legal de pruebas y ha concedido, en cambio, amplio campo de apreciación al juez en el examen de las mismas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Cumplidos los trámites de rigor, procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Arcesio Dorado Guerrero contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 1973, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a su mandante, como coautor con Simón Villaquirán Echeverri, a la pena principal de 36 meses de prisión cada uno, a más de las accesorias de rigor, por el delito de robo.

Hechos

En las horas de la mañana del 28 de enero de 1971, cuando Agustín Guerrero Sierra atendía habitualmente su negocio de joyería, el cual se encontraba ubicado en la carrera 6ª número 10-72 del perímetro urbano de la ciudad de Bogotá, varias personas entraron y luego de amarrarlo y reducirlo a la impotencia, se apoderaron de joyas avaluadas en $ 120.000.00, con las cuales rápidamente desaparecieron.

Actuación procesal

La Comisaría de Policía Judicial del Centro —Primer Turno—, el mismo día en que ocurrieron los hechos acabados de sintetizar, recibió la denuncia penal formulada por la víctima del ilícito. Dos días más tarde el Juzgado 18 Penal Municipal dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 2). Adelantada la investigación y una vez clausurada (fl. 44), el Juzgado 11 Penal del Circuito, al cual correspondió su conocimiento, por auto del 10 de septiembre de 1971, llamó a responder en juicio, por el ilícito anteriormente indicado a Hildebrando Martínez Díaz; sobreseyó en forma definitiva en favor de Alberto Sánchez Medina, Alvaro Julio Díaz Parada, Jorge Mayorga Díaz, Arcesio Dorado Guerrero y Simón Villaquirán Echeverri, y ordenó "sacar copias, para que se investigue, y antes descubrir a los sujetos apodados "El Choncho" y "El Zarco", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 482 del Código de Procedimiento Penal, en su inciso segundo" (fls. 145 ss.). Consultados los sobreseimientos con el Tribunal, esta corporación los revocó y, en su lugar, llamó "a responder en juicio criminal a Arcesio Dorado Guerrero y Simón Villaquirán Echeverri, como coautores o copartícipes responsables del delito de robo contemplado en el libro segundo, título 16, capítulo II del Código Penal" y sobreseyó temporalmente en favor de Alberto Sánchez Medina, Alvaro Julio Díaz Parada y Jorge Mayorga Díaz, disponiendo, también, la pertinente reapertura de la investigación (fls. 160 ss.). El Tribunal negó la reposición del auto enjuiciatorio y también la solicitud de libertad que fue impetrada en favor de Dorado Guerrero (fls. 195 ss.). Oportunamente se celebró la audiencia pública (fls. 204 y ss.) y el Juzga-

do del conocimiento, por sentencia de 23 de enero del año pasado, absolvió a los procesados Dorado Guerrero y Villaquirán Echeverri, del delito de robo por el cual habían sido llamados a juicio (fls. 211 ss.). Consultada con el respectivo superior, éste, de acuerdo con su Fiscal Cuarto (cuaderno Nº 2, folios 3 y siguientes), la revocó y en su lugar profirió las condenas indicadas en los vistos de esta, habiendo recurrido en casación, como ya se dijo, el defensor de Dorado Guerrero.

La demanda

El censor empieza la fundamentación de su demanda con la transcripción del siguiente párrafo de la sentencia impugnada:

"Con (sic) conclusión: la declaración que se tomó a Martínez en el F-2, la indagatoria recibida a Arcesio Dorado Guerrero, la exposición del joyero damnificado y las mentiras que brotan a granel de los dichos de los acusados, conforman la plena (sic) suficiente para dictar sentencia condenatoria, tal como se hizo con Hildebrando Martínez, partícipe en pie de igualdad con Arcesio Dorado Echeverri y Simón Villaquirán Echeverri" (cuaderno de la Corte, fl. 5).

Y contra aquella pieza, con invocación de la causal 1ª de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula los siguientes cargos:

Cargo primero

Dice el censor: "El Tribunal ad quem incurrió en error de derecho al apreciar equivocadamente el valor que tiene la exposición rendida ante el F-2 por el procesado Hildebrando Martínez Díaz el día 15 de febrero de 1971 (v. fl. 11 de las copias), porque la misma no fue ratificada siquiera durante la diligencia de injurada de tal acusado y, antes por el contrario, en tal oportunidad descarta la intervención de Arcesio Dorado Guerrero en los hechos investigados. Esto significa que a la confesión de Hildebrando Martínez Díaz no se le dió el valor que señala el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal y se le negó la presunción de veracidad que consagra tal norma. En este estado de cosas se hizo caso omiso de la retractación que conlleva el dicho de Martínez Díaz en su indagatoria en cuanto a la formulación de cargo alguno contra Arcesio Dorado Guerrero y la duda que surgía al contraponer tales versiones, una de las cuales fue rendida en legal forma ante el juez instructor, se resolvió en contra del acusado Dorado Guerrero con violación del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal".

Critica el que se haya tomado como cierta la versión de Martínez al F-2 y el que se le hubiera dado valor de prueba indiciaria, ya que no reúne las exigencias para ello. De ahí resultan violadas "las siguientes disposiciones del estatuto procesal, en forma directa: artículos 264, 216, 218, 235 y 229. De donde se llegó a la violación de la ley sustancial, en forma indirecta, al estimar que el artículo 404 del Código Penal había sido cumplido en sus exigencias tipificadoras en la conducta de Arcesio Dorado Guerrero", aplicándole la pena allí estipulada y las accesorias correspondientes del artículo 42 del mismo estatuto.

Cargo segundo

Para fundamento dice que "en el fallo recurrido también se incurrió en error de hecho notorio en el proceso al negarse el mérito de los testimonios rendidos por Rosendo Colón Martínez Ponce (v. fl. 102), Jaime López Santacruz (v. fl. 104) y Edgar Emilio Calderón Ortega (v. fl. 106) quienes confirman inequívocamente cómo el día de los hechos, y cuando los mismos tenían ocurrencia al decir del denunciante, se encontraron con Arcesio Dorado Guerrero en lugar distinto y distante de aquel donde se consumó el delito de robo". Con lo cual violó directamente el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, "que señala las pautas para apreciar dicho medio probatorio". "Ello condujo a aplicar indebidamente el artículo 404 del Código Penal a un evento en el cual la inocencia del procesado tiene respaldo en pruebas menospreciadas en el fallo recurrido".

Cargo tercero

"De nuevo incurrió el Tribunal ad quem en error de derecho al atribuirle un mérito

probatorio que no tiene el testimonio del denunciante, cuando en diligencia de reconocimiento en rueda de presos (ahora en fila de personas) señaló a Arcesio Dorado Guerrero como una de las personas que cometió el delito investigado".

Dice que tal prueba sería la exclusiva de cargo, pero que el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, "en armonía con el artículo 217 ibídem, no le señalan a dicho medio probatorio el valor de plena prueba y por el contrario el análisis del proceso señala que tal reconocimiento tiene un escaso valor incriminativo", porque adolece de fallas, "dado que los sindicados fueron mostrados anteriormente en fotografías, y también que sus fotos aparecieron en la prensa" y los detectives se las mostraron antes al denunciante, como lo reconoce éste, circunstancia que se calla maliciosamente en el informe respectivo, igual a lo ocurrido con Villaquirán Echeverri. Y, finaliza así: "Todo ello hace notorio el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal ad quem al valorar tal diligencia y concederle la importancia de plena prueba a que alude el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. Esa equivocada apreciación probatoria llevó a la violación directa de los artículos 236, 217 y 218 del Código de Procedimiento Penal. Y como secuela de tal evento se llegó a la violación de la ley sustancial, en forma indirecta, al entender que los presupuestos del artículo 404 del Código Penal se reunían en este caso contra Arcesio Dorado Guerrero y por lo mismo era viable imponerle la pena allí señalada y las accesorias del artículo 42 del Código Penal, también infringido directamente en el fallo recurrido".

Para concluir solicita que se case el fallo atacado y "en su lugar se profiera el absolutorio correspondiente a favor de Arcesio Dorado Guerrero, al tenor de lo prescrito por el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Sala

Dentro de éstas se harán las citas y apreciaciones correspondientes del concepto del Ministerio Público quien, luego de manifestar que los cargos "pueden ser estudiados desde el mismo ángulo, toda vez que un mínimum común denominador los auna, cual es el de desconocer la evaluación que el sentenciador ad quem hizo del haz probatorio, dándole el valor que es necesario, y que fue reconocido por las normas legales pertinentes, para dictar el fallo condenatorio", de hacer el estudio correspondiente y de fijar su criterio, finaliza solicitando a la Corte desechar la demanda de que se viene haciendo mérito.

Es pertinente, como lo anota el colaborador, considerar los cargos de manera conjunta, como efectivamente se hará, ya que ellos se presentan con el mismo fundamento y pretenden idéntico fin: criticar adversamente la valoración de algunas de las pruebas tenidas en cuenta para proferir sentencia condenatoria con el objeto de que ésta sea casada y, en su lugar, impetrar otra de carácter absolutorio. En su afán de sacar adelante tal propósito, el censor ha aplicado su criterio, es decir, ha tomado una directriz eminentemente subjetiva, con el fin de oponerla a la que guió al juez ad quem. Por ello, por sí y ante sí, resuelve en su demanda negar valor probatorio a algunas pruebas que sirvieron de fundamento al fallo condenatorio y, asignárselo todo a otras que fueron desechadas en el fallo recurrido, como las tendientes a demostrar la coartada del procesado. En tales circunstancias lo que pretende el demandante es enfrentar su propio criterio subjetivo, al tenido en cuenta por el sentenciador. Dentro de este planteamiento y dentro de este orden de ideas, es preciso observar:

En relación a la valoración de los testimonios "al juez le corresponde apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración" (C. de P. P., Art. 236). De donde se concluye, como lo ha enseñado la Corte que "La ley procedimental colombiana ha abandonado el sistema de la tarifa legal de pruebas y ha concedido, en cambio, amplio campo de apreciación al juez en el examen de las mismas. Es así posible que un solo testigo

dé la convicción íntima y firme de la realización de un hecho determinado. De igual suerte un número plural de testigos puede ser desechado por el juzgador, cuando sus dichos no tienen la suficiente credibilidad, cuando sus palabras no dejan en la mente del juez la creencia cierta del cumplimiento de un suceso dado. Las pruebas, y especialmente las declaraciones, se pesan, no se cuentan" (Sent. 25-III/63, G. J., T. CI, Pág. 406).

El recurrente en su primer cargo critica al Tribunal porque dio valor probatorio a la exposición rendida por Hildebrando Martínez Díaz ante el F-2, en la cual acusaba como coautor del robo a Arcesio Dorado y, en cambio, no aceptó la retractación que posteriormente hizo de tal cargo. Mas pasó por alto el censor que la misma corporación, en el fallo impugnado, presentó un razonamiento completo, con fundamento en algunas pruebas y teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, que le llevaron a dar pleno valor a la acusación formulada por Martínez Díaz contra Dorado, de la cual posteriormente se retractó, en un afán inútil por defender a sus compañeros de delincuencia. De manera que, en este punto, frente al criterio subjetivo del recurrente, se levanta el metódico y racional del fallador, que no ha sido combatido de manera victoriosa.

La estructuración de la responsabilidad penal de Arcesio Dorado Guerrero vino a verse plenamente ratificada con otras pruebas que tampoco han sido desvirtuadas. Entre ellas se destaca el reconocimiento en rueda de presos que hizo el denunciante Agustín Guerrero Sierra del sindicado Dorado Guerrero. Contra esta prueba argumenta el recurrente que de manera ilegal primero le fueron enseñadas fotografías a aquél, en las cuales reconoció a Dorado y que posteriormente se llevó a término el reconocimiento en rueda de presos propiamente dicha. Nada ilegal se encuentra en esta actuación, ni que pueda poner en tela de juicio la validez de la diligencia adversamente criticada, puesto que el primitivo reconocimiento en fotografías no fue preordenado ni preparado por la Jefatura de la Policía Judicial sino que, según comunicado de ella de fecha 16 de febrero de 1971, se informa al juez del conocimiento que "el señor Agustín Guerrero Sierra, se presentó a esta oficina y al observar cuidadosamente los diferentes álbumes fotográficos de delincuentes, reconoció la ficha número 28735, que corresponde a Hildebrando Martínez Díaz y la ficha número 3996 que corresponde a Arcesio Dorado Guerrero, cuyas identificaciones dieron base para la investigación" (fl. 10). Así, pues, no se encuentra motivo alguno que venga a afectar la validez de la diligencia de reconocimiento en rueda de presos que ha sido vanamente criticada por el demandante.

Por último, como lo anota el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en razonamiento que esta Sala comparte, "Cierto es que algunos declarantes afirmaron que el procesado Dorado dizque se encontraba en lugar distante del de los acontecimientos delictivos, lo que es piedra angular para el razonamiento del demandante sobre la inocencia de aquél. Mas, prevalente es lo estatuido por el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, creador de la competencia que tiene el juez para apreciar la credibilidad testimonial, mediante la adecuación legal moral, como sistema para la apreciación de tal clase de prueba.

"Frente a los testimonios que se citan, primó en la mente del ad quem la incriminación de Hildebrando Martínez, quien acepta ser uno de los coautores del delito, al reconocimiento que el denunciante hace, primero sobre fotografías, sistema de toda legalidad (ordinal 11 del artículo 289 del C. de P. P.), y, posteriormente, en fila de personas.

"Estos tres presupuestos probatorios están defendidos o respaldados por su legalidad, de lo que dan fe los respectivos folios sumariales donde reposan, y, además por cuanto el señor demandante no demostró, a juicio de esta Procuraduría Delegada los errores de hecho y de derecho que, según él, fueron generadores de la decisión del ad quem, leíble en el fallo recurrido. Es de frecuente ocurrencia creer, dentro del recurso extraordinario de casación, que el debate al cuerpo probatorio que se hace cuando se escoge el apartado 2º de la causal primera de casación para invalidar el fallo recurrido, se satisface con un simple y lige-

ro análisis de la prueba que escogió el sentenciador, sin llevar el razonamiento demandante a hacerlo funcionar, o activarlo bajo las circunstancias o modalidades precisas que la doctrina de la honorable Corte ha indicado para tales casos. Es decir, que el tratamiento dable a cada uno de los errores que obnubilaron la visión legal o jurídica del ad quem, no pertenece a la esfera del personal capricho del demandante, sino que su órbita es la fijada en las decisiones doctrinales de la honorable Corte, cuando obra en sede casacional". (Cuaderno de la Corte, fls. 25 ss.).

En consecuencia, por no prosperar ninguno de los cargos propuestos, dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, el recurso habrá de desecharse y se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Decisión

Sin lugar a más consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 24 de mayo de 1973, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Publíquese.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

El hecho de que la investigación se inicie por funcionarios de la justicia penal militar, no invalida lo actuado, no sólo porque el artículo 33 del Código de Justicia Penal Militar lo dispone, sino porque no es posible pedir que cuando el hecho ha sido ejecutado por personal activo de las Fuerzas Armadas, se espere a determinar si se cometió con ocasión de sus funciones. — La errónea denominación jurídica del delito hecha en el auto de proceder y que el numeral 5º del artículo 210 del Código Penal eleva a la categoría de nulidad, se refiere como claramente lo expresa, al "nomen juris" de la conducta ilícita.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo diez de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de 28 de septiembre del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, dentro del presente proceso que, por el delito de homicidio, se ha venido adelantando contra el ex-agente de Policía Nepomuceno Arias Sierra, a virtud de hechos sucedidos el 31 de octubre de 1971 y en que perdió la vida el agente de Policía Modesto Vallecilla en la cual providencia se confirma en todas sus partes la proferida por el Juzgado Tercero Superior de Valledupar por la que se condenó al procesado a la pena principal de quince (15) años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, interpuso su apoderado y le fue concedido el recurso extraordinario de casación cuyo trámite se encuentra agotado por lo cual esta Sala procede a resolver lo pertinente, previa consideración de los siguientes

Hechos y actuación procesal

En la noche del 31 de octubre de 1971, Nepomuceno Arias Sierra estuvo en la Estación de Aguachica (Valledupar) prestando servicio en el Cuartel de la Policía, entidad de la que hacía parte en calidad de agente, hasta las doce, hora en que, sin pedir permiso ni abandonar el fusil de dotación, salió a la calle y se dedicó a ingerir licor en la zona de tolerancia en donde tuvo un incidente de poca monta con Modesto Vallecilla, también agente de Policía y quien estaba en uso de franquicia.

En las primeras horas de la madrugada y encontrándose el susodicho Arias en el establecimiento llamado "Bar Mi Cantina", entraron Vallecilla y Luis Ernesto Guzmán (a. El Tolima) con el último de los cuales discutió Arias y al que dio unas bofetadas, al ver lo cual Vallecilla se acercó y tomó la carabina que portaba Arias en tanto que Guzmán hacía otro tanto, pero Arias no sólo no se dejó arrebatar el arma, sino que la disparó por quince veces sobre Vallecilla, haciéndole algunos de esos disparos cuando ya éste había caído al suelo en donde le infirió también dos cuchilladas, lesiones que le causaron la muerte en pocos minutos.

La investigación fue iniciada por el Juez 63 de Instrucción Penal Militar, a virtud de orden que, en tal sentido, le impartiera el Comandante del Departamento de Policía Cesar.

Aquel funcionario adelantó los trámites investigativos, recibiendo varias declaracio-

nes de personas que presenciaron los hechos y que los narraron en forma armónica, del modo que se deja arriba consignado.

Asimismo se oyó en injurada al agente Arias quien manifestó que había procedido de la manera vista para defenderse de un ataque que le hicieran Vallecilla y Guzmán quienes pretendieron arrebatarle su fusil y dispararle para lo cual el occiso lo sujetó fuertemente por detrás, en tanto que decía a Guzmán que sacara la pistola y que para evitar eso, dice, se vio obligado a sacar un cuchillo que tenía en la pretina con el que le tiró por dos veces a Vallecilla quien lo soltó pero como pretendiera agredirlo de nuevo, le disparó con la carabina.

Por auto de 3 de diciembre de 1971, el Comando de Policía referido, ordenó accediendo a una solicitud que en ese sentido le hiciera el apoderado del sindicado, el envío del expediente a la justicia ordinaria por considerar que el hecho no había tenido ocurrencia con ocasión ni por causa del servicio.

El asunto le correspondió al Juez Tercero Superior de Valledupar a quien el apoderado del sindicado pidió el envío de éste a los médicos legistas de Bogotá para un examen psiquiátrico por cuanto en concepto del peticionario existían en el hecho varias circunstancias que le hacían creer que, en el momento de consumarlo, Arias padecía de alguna anormalidad psíquica.

Accedio a ello el funcionario en mención y dispuso el traslado que se le pedía, pero los médicos legistas manifestaron que, para poder llevar a cabo el examen, era necesario que el funcionario del conocimiento dispusiera "la observación completa del sindicado en la cárcel o lugar de reclusion, así como también que se agregaran las historias clínicas elaboradas por las instituciones particulares en que éste hubiere sido tratado "ya que del estudio del citado despacho (se refieren al comisorio), no encontramos elementos de orden científico para suponer que se encuentre dentro de lo contemplado en el artículo 29 del Codigo Penal" y terminaban indicando que, una vez reunidos esos documentos y hecha la observación, se enviara al sindicado a la oficina de medicina legal correspondiente de acuerdo con la competencia del juzgado (fl. 85).

Sin haberse practicado el susodicho examen, se cerró por auto de 26 de agosto de 1972 la etapa investigativa. Dicha providencia no fue reclamada por el sindicado ni por su apoderado.

Con fecha 5 de octubre del año que se acaba de mencionar, se dictó auto por medio del cual se llamó a Nepomuceno Arias a responder en juicio por el delito de homicidio en la persona de Modesto Vallecilla.

En esa providencia se afirma que está contradicha por las pruebas la pretendida legítima defensa alegada por Arias, que, además, éste fue el provocador de los hechos, al abofetear a Guzmán y que, al dar muerte a Vallecilla disparando todo el cargador de su carabina, esto es, haciéndole quince disparos a más de lo cual lo hirió por dos veces con arma cortopunzante, había procedido con sevicia. Esto es, que el hecho estaba calificado por la circunstancia de asesinato contemplada en el numeral 7º del artículo 363 del Código Penal.

De tal decisión apeló el procesado. Llegado el asunto al Tribunal, éste decidió la alzada por auto de 24 de enero del año pasado, en el cual se muestra conforme con las apreciaciones del a quo, por lo cual confirma, en todas sus partes, la providencia apelada, agregando que el procesado había cometido el hecho no sólo con sevicia sino aprovechando la falta de medios de defensa del occiso.

Sin que se practicara prueba alguna en el plenario de la causa, se llegó a la audiencia pública, que tuvo lugar el 26 de abril del año pasado.

En ella el defensor alegó, a más de la legítima defensa, la anomalía mental del procesado y el estado de ira e intenso dolor en éste por los insultos que, dice, le dirigiera el occiso en el encuentro ocurrido, esa misma noche, entre ambos antes de llegar a la cantina en que se desarrollaron los hechos.

El jurado no aceptó las tesis de la defensa y contestó con un escueto "Sí es responsable" el cuestionario que le fue sometido.

En la sentencia atrás mencionada, el juez de la causa condenó a Nepomuceno Arias a la pena ya dicha por considerarlo, de acuerdo con el veredicto, responsable del delito

de homicidio, con características de asesinato, cometido en Modesto Vallecilla.

No recurrieron de la sentencia ni el procesado ni su defensor y entonces se envió al Tribunal en consulta de lo resuelto.

Por la providencia que es objeto del presente recurso de casación, el Tribunal, como ya se dijo, confirmó, en todas sus partes, la del inferior.

En ella examina la alegación que el defensor hiciera de lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación por no haberse practicado el examen psiquiátrico a que se ha hecho referencia, solicitud que deniega el ad quem por cuanto considera que el juez hizo bien al interpretar el hecho como cometido en estado de embriaguez voluntaria y no preordenada al delito, es decir, al considerarlo como una circunstancia de menor peligrosidad y no un estado permanente de intoxicación ni de grave anomalía psíquica por cuanto, según los testimonios que obran en los autos, provenientes de compañeros de éste, se trata de una persona normal.

Demanda de casación

Presentada en tiempo oportuno y con sujeción a las normas que reglamentan la parte formal de estos escritos, la demanda formula tres cargos contra la sentencia recurrida, todos ellos en el marco de la causal 4ª, esto es, por considerar el demandante que dicha providencia se profirió en un proceso viciado de nulidad.

A continuación se consigna un resumen de ellos:

Primer cargo

Lo hace consistir el demandante en que, a su entender, se incurrió en nulidad por incompetencia del juez por cuanto, no obstante que los protagonistas de los hechos juzgados en el presente proceso, eran agentes de Policía, el delito no tuvo nada que ver con el servicio por lo cual, en su concepto, la investigación debió ser iniciada por la justicia ordinaria y no por la penal militar, como lo fue, dándole, dice, un fuero especial que no le correspondía y a virtud del cual se afectó al sindicado, en primer término, por habérsele designado un apoderado de oficio que no tenía conocimiento de cuestiones penales, en segundo lugar, por haberse adelantado por trámites que menoscabaron el derecho de defensa y, finalmente, porque se le hizo comparecer ante un funcionario que no era el competente para investigar hechos ejecutados por particulares o por agentes de Policía fuera del servicio.

Segundo cargo

Hubo, en concepto del demandante, error en la denominación que del delito se hizo, por el Juzgado Tercero Superior de Valledupar, en el auto de proceder porque si bien se observaron en esa providencia las formalidades prescritas por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal "peca en lo relacionado con el análisis de las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y de las en que se funde (sic) la imputación del procesado, como también en la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado con las circunstancias conocidas que lo especifican porque si tenemos en cuenta la forma como se desarrollaron los hechos y el concepto jurídico que sobre riña existe, los testimonios sin valor de los jueces penales militares y la actuación misma en todas sus fases no pueden tipificar que Nepomuceno Arias Sierra hubiera obrado con sevicia, entendida ésta como crueldad excesiva demostrada por el sujeto activo de la acción penal, cuya objetividad señala perversidad y ensañamiento en el sufrimiento de la víctima".

Agrega que se está vulnerando el artículo 26 de la Constitución Nacional al presentar al jurado un cuestionario en el cual se daba como existente una agravante que no aparece en los autos.

Tercer cargo

Lo enuncia la demanda diciendo que "el honorable Tribunal de Valledupar profirió sentencia en un juicio viciado de nulidad al no practicarse las pruebas esenciales a establecer la personalidad del sindicado y se violó así el artículo 26 de la Constitución Nacional en armonía con los artículos 334 ordinal 5º y artículo 335 como también los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal".

Concepto de la Procuraduría

Representado por el Procurador Primero Delegado Penal, el Ministerio Público solicita que se deseche el recurso por considerar infundados los cargos.

Sus atinados razonamientos han sido tomados en cuenta en la parte motiva de esta providencia, en la cual se hará concreta referencia a ellos.

Consideraciones de la Corte

Cargo primero

El hecho de que la investigación haya sido iniciada por un funcionario perteneciente a la justicia penal militar por orden del juez de primera instancia de la misma rama, no invalida lo actuado no sólo porque, como lo recuerda la Procuraduría, el Código de Justicia Penal Militar, en su artículo 33 dispone que "las diligencias o investigaciones realizadas por las autoridades militares o civiles, conservan todo su valor cualquiera que sea la que asuma en definitiva el conocimiento" disposiciones que resulta plenamente aplicable al caso de autor, sino también porque no es posible pedir que cuando el hecho ha sido ejecutado por personal activo de las Fuerzas Armadas, los funcionarios de ésta se abstengan, desde un principio, de abrir la investigación, ya que a ellas les corresponde lógicamente hacerlo y sólo cuando de lo averiguado resulte que el hecho no se ejecutó con ocasión de las funciones o por causa de ellas, deben pasar el proceso a la justicia ordinaria.

Nulidad habría si, puesto en claro que el hecho nada tuvo que ver con el servicio, se continuara por la justicia penal militar la investigación y juzgamiento del mismo, salvo el caso de que le sea atribuido en forma concreta su conocimiento por una disposición específica.

En el presente caso, si bien fue cierto que el Comando del Departamento de Policía "Caldas" ordenó que se investigara el hecho y comisionó, para ello, a uno de los jueces de instrucción penal militar, no lo es menos que, avanzada ya la investigación y cuando se estableció, se ordenó de inmediato el envío del expediente a la justicia ordinaria.

No cabe alegar, tampoco, que los derechos del sindicado sufrieron menoscabo por haberse realizado parte de la investigación por los funcionarios y bajo las prescripciones legales que gobiernan la justicia penal militar porque de tales disposiciones en abstracto, no puede decirse que desamparen o menoscaben tales derechos y, en este caso concreto, no hay prueba alguna de que así hubiera sucedido.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Cargo segundo

La errónea denominación jurídica del delito hecha en el auto de proceder y que el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal eleva a la categoría de nulidad procesal, se refiere, como claramente lo expresa esa disposición, al "nomen juris" de la conducta ilícita es decir a aquella calificación que el legislador le ha dado en el correspondiente título o capítulo del Código Penal.

Así tiene que ser en un sistema legal penal sustantivo en que el legislador ha agrupado las distintas conductas delictuosas con base, por una parte, en los bienes o intereses jurídicos que se pretende tutelar y por la otra, en las formas de ataque a esos derechos.

Dentro de un sistema semejante, viene a ser grave error confundir un bien con otro o una modalidad de agresión con otra diferente porque quien tal hiciera, estaría apartándose de esos fundamentos de nuestro sistema punitivo sustancial.

Eso explica la exigencia del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal de que, en la parte resolutiva del auto de proceder, se haga el llamamiento a juicio, calificando la conducta con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos.

De esta manera se consigue una concreta individualización del bien jurídico vulnerado por el agente y de la forma como lo lesionó y se presentan los cargos con la nitidez que requiere el derecho de defensa del procesado.

Pero no exige esa norma que se mencionen en la parte resolutiva del auto de pro-

ceder las modalidades del hecho punible, o sea aquellas circunstancias que lo convierten en una especie dentro del correspondiente género delictivo o en una modalidad del tipo básico.

En consecuencia, no hay nulidad, ni de grado procesal ni de rango constitucional cuando en la parte resolutiva de la mencionada providencia no se hace mención de las circunstancias modificadoras del tipo básico como vr. gr. la sevicia ya que en nuestra legislación el asesinato no es una "specie juris" distinta del homicidio sino una modalidad de éste.

Menos puede decirse, como hace el demandante en el presente caso, que se ha incurrido en nulidad, no ya por no mencionar dicha característica en la parte resolutiva del auto vocatorio a juicio sino porque, según piensa, no se encontraba probada.

Abundantemente ha reiterado esta Sala y repite una vez más, la afirmación de que en los juicios por jurados no se puede proponer como motivo de casación, la falta de apreciación o la indebida valoración de las pruebas, porque si el jurado declara, como en el presente caso, la existencia de una conducta delictuosa o de una modalidad de la misma, sólo el juez de la causa y el Tribunal tiene la facultad legal de examinar ese veredicto para ver si se conforma o no con la evidencia de los hechos y hacer la declaración pertinente.

No así la Corte a la que la ley no ha otorgado competencia para ello.

Tampoco prospera este cargo.

Cargo tercero

Pretendida nulidad constitucional que el demandante alega en el que se examina y que hace consistir en que se violaron tanto el artículo 26 de la Constitución política como las normas que ordenan examinar la personalidad del sindicado, por lo cual concluye que faltó la prueba plena o completa para condenar, no existe en el presente caso.

Concretamente, el demandante hace consistir la infracción de tales normas en que no se llevó a cabo un examen psiquiátrico del procesado para determinar si padecía o no de grave anomalía psíquica.

El examen psiquiátrico del procesado es obligatorio decretarlo siempre que ostente indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal o que conste, se encontraba en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia en el momento de cometer el hecho (Art. 411 del C. de P. P.).

La apreciación de esos factores corresponde al funcionario de Policía Judicial, al instructor o al juez de la causa, pero en el fondo es una cuestión de valoración personal para determinar cuándo existen tales síntomas y se debe, por lo tanto, examinar al sindicado.

O sea que si el funcionario considera que el sindicado es persona normal y no existen en realidad indicios de lo contrario, no puede decirse que si no ordena ese examen está dejando de aplicar una norma legal es decir, la está violando por omisión.

En el caso de autos no aparece que el procesado presentara manifestaciones ostensibles de anomalía psíquica, mucho menos de intoxicación crónica por el alcohol o de embriaguez patológica.

La propia confesión de Arias lo demuestra como un individuo que se daba cuenta perfecta de sus actos que obedecía a motivaciones que, si inaceptables para el conglomerado social, no puede calificarse de anormales y que llevó a cabo el acto delictuoso después de ingerir alguna cantidad de licor, o sea que si bien no se hallaba en su sano juicio tampoco estaba en estado de embriaguez aguda.

Es la situación de innumerables personas en quienes el alcohol estimula la agresividad pero sin que pueda decirse que padecen grave anomalía psíquica.

En estas condiciones no se justificaba un examen psiquiátrico y si bien el juez de la causa lo ordenó, no vicia de nulidad la actuación el hecho de que no se hubiera podido llevar a cabo, tanto menos cuanto que los peritos médicos, luego de leer la transcripción que de las declaraciones de los testigos presenciales se hicieron en el despacho por el cual se solicitó su concepto, manifestaron no haber encontrado elementos de orden científico para suponer que el procesado se hallaba dentro de lo contemplado por el artículo 29 del Código Penal.

Y como no hay noticia de que Arias hubiera mostrado, antes o después de los hechos, síntomas de desequilibrio mental, bien hizo el juez al no insistir en el examen psiquiátrico, sin que esa actitud viciara de nulidad el proceso.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FACULTADES DE LOS JUECES COMISIONADOS

En los asuntos de competencia de los tribunales superiores de distrito, entre los cuales está como queda dicho, el juzgamiento en primera instancia de los jueces por las llamadas causas de responsabilidad, el Magistrado sustanciador puede comisionar a cualquier juez para practicar diligencias dentro o fuera de su distrito (Art. 49, inciso 2º del C. de P. P.). Pero ese poder de delegación es limitado a actuaciones concretas o determinadas de instrucción, tales como recepción de declaraciones, realización de careos, etc. que hayan sido previamente decretadas y que no entrañen una decisión de contenido jurisdiccional, verbigracia, la apertura del proceso o la negativa de la misma, la resolución sobre detención o libertad de sindicado, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y de modo privativo por el juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar el derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo diez de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Conoce la Corte del proceso contra Nidia del Carmen Silva, ex-Juez Promiscuo Municipal de Puerto Leguízamo, por el posible delito de detención arbitraria, en virtud de apelación interpuesta por la procesada contra el auto de treinta de marzo último, dictado por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal con sede en Puerto Leguízamo, por medio del cual ordenó la detención preventiva de la exfuncionaria.

Originó la presente acción penal, la queja elevada por Eliécer Rómulo Cabrera a la Procuraduría del Distrito Judicial de Pasto, porque el nueve de julio de mil novecientos setenta y tres, la acusada profirió injurias en su contra con ocasión de una consulta que le hizo para lograr la libertad del detenido Marcial Rojas Quintero. No satisfecha la funcionaria con su conducta, profirió resolución sancionándolo con 72 horas de arresto por irrespeto a la autoridad, detención que hizo efectiva en la Cárcel de Puerto Leguízamo.

Con base en los informes de la Procuraduría, el Tribunal Superior de Pasto abrió la correspondiente investigación el catorce de febrero del año en curso y en el punto 7º del auto cabeza de proceso, dispuso:

"Indáguese a la sindicada Nidia del Carmen Silva y evacúense las citas que resulten".

Para la práctica de las pruebas decretadas se comisionó al Juez de Instrucción Criminal radicado en Mocoa, por intermedio de la Dirección de Instrucción Criminal de Pasto.

Evacuadas algunas pruebas y oída en indagatoria la sindicada, el funcionario comisionado dictó el auto de detención impugnado, sin que exista providencia que lo haya facultado expresamente para decidir la situación jurídica de la acusada.

El Ministerio Público demanda la nulidad de la actuación a partir, inclusive, del auto de detención, y como consecuencia, la libertad inmediata de la inculpada, por

cuanto el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal carecía de competencia para dictar la providencia recurrida, por tratarse de acto procesal indelegable por el Tribunal Superior que conoce en el negocio.

En apoyo de su petición, el Procurador cita reciente jurisprudencia de la Corte sobre este respecto, que dice:

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

En estas condiciones, el auto de detención proferido por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Puerto Leguízamo, debe anularse porque el funcionario que lo profirió carece de competencia para ello (ordinal 1º, artículo 210 del C. de P. P.). Como consecuencia se decretará la libertad inmediata de la procesada.

Como la Procuraduría solicita que se ordene compulsar copias para que las autoridades competentes investiguen la posible conducta ilícita en que pudo eventualmente incurrir el Juez Quinto de Instrucción Criminal por extralimitación de funciones, la Corte observa que, recientemente, con oportunidad de resolver el negocio a que se contrae la jurisprudencia citada por el Ministerio Público, fijó su criterio sobre los actos de jurisdicción retenida que deben ser cumplidos inexcusablemente por el funcionario comitente, y enumeró por vía de ejemplo, los más importantes.

El punto cuestionado por la Procuraduría y resuelto por la Sala en la forma advertida en el párrafo anterior, ha sido problema de preocupación constante de los funcionarios judiciales y de no fácil solución, por lo cual la Sala se inclina a pensar que el Juez Quinto de Instrucción Criminal de Mocoa, comisionado por el Tribunal de Pasto para cumplir las diligencias que originaron estas averiguaciones, obró de buena fe, en el convencimiento de que tenía facultades para recibir la indagatoria de la juez acusada y para tomar las decisiones consecuentes.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara nulo el auto de detención proferido contra Nidia del Carmen Silva, a que se hace mención en la parte motiva de esta providencia, y ordena la libertad inmediata de la acusada.

Comuníquese telegráficamente esta decisión a la Dirección de la Cárcel de Puerto Leguízamo, y para la notificación personal de esta providencia a la acusada, líbrese despacho con los insertos del caso al Juzgado Promiscuo Municipal de la misma localidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION
ROBO AGRAVADO

Lo que la ley sanciona con nulidad es el error en el "nomen juris" de la conducta ilícita, lo cual explica que conforme al artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, la parte resolutiva del pliego de cargos deba contener como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito qué corresponde, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título, cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delitos la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable. — El homicidio perpetrado para cometer otro delito o para ocultarlo, reviste especial gravedad y toma la denominación de asesinato, pero no absorbe o subsume el delito fin o el que se pretende encubrir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diez y seis de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del dieciocho de agosto de mil novecientos setenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, confirmando la de primer grado, condenó a José Liévano o Liévano López Flórez a la pena principal de dieciséis años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable de homicidio y robo agravados en la persona y bienes de Alberto Vargas Uribe.

Antecedentes

a) El Alcalde Municipal de Manzanares se trasladó el quince de julio de mil novecientos sesenta y nueve a la vereda "La Esmeralda", en donde practicó el levantamiento del cadáver de Alberto Vargas Uribe, el cual, con visibles huellas de estrangulamiento, se hallaba al borde de la carretera que de aquella población conduce a Manizales. Además, el Inspector de Policía y Tránsito de Pensilvania encontró desvalijado, en las cercanías del sitio "El Congal", un jeep rojo marca "Willys", de propiedad del occiso. En desarrollo de la correspondiente investigación penal, iniciada por la Alcaldía de Manzanares, se estableció que cuatro días antes, el once de julio, Alberto Vargas Uribe conducía el referido jeep de servicio público, que salió de la localidad de Neira con destino a Manzanares y Aranzazu, acompañado de varias personas, entre las cuales figuraba Liévano López Flórez, habiendo desaparecido desde esa fecha;

b) Clausurada la etapa instructiva del proceso, mediante providencia del 27 de agosto de 1969 el Juzgado Superior de Pensilvania comprometió en juicio criminal a los procesados Héctor López, Liévano López Flórez, Abelardo Campuzano y Carlos Betancur, como coautores de los delitos de homicidio y robo agravados, a tiempo que

sobreseía en favor de Carlos Sánchez, entre otros (fls. 797 a 832 del cuaderno Nº 4);

c) En el llamamiento a juicio se precisó que el homicidio de autos constituía asesinato "porque obró con premeditación acompañada de motivos innobles para apoderarse de todas las pertenencias de la víctima; y se obró sorprendiendo a la víctima por varias personas, sujetándole un lazo al cuello sin lugar a defenderse, alevosamente, entonces", y que el robo "agravado en los términos del artículo 404 del Código Penal porque fue en despoblado y porque para el robo se eliminó al dueño de los objetos sujetando al cuello una cuerda, imposibilitándolo para defenderse";

d) Al conocer por apelación del vocatorio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en providencia del 24 de abril de 1970 lo confirmó respecto de los tres primeros acusados; sobreseyó temporalmente en favor de Carlos Betancur y llamó a juicio a Carlos Sánchez Ospina como encubridor en el delito de robo. (Fls. 848 a 897 del cuaderno Nº 4);

e) Rituada la causa, con oportunidad de la audiencia pública se sometieron a la consideración del jurado, en cuanto concierne al recurrente, los siguientes cuestionarios:

Cuestionario Nº 5

"**José Liévano o Liévano López Flórez,** de las condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable de haber dado muerte, con intención de matar, en coautoría con otros, al señor Alberto Vargas Uribe, lo más seguro mediante ahorcamiento con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, para cometer el delito de robo en perjuicio de la víctima, y después de sorprenderlo, sujetándole un lazo al cuello, esto es, con alevosía, lo que ocurrió en la región de La Esmeralda, del municipio de Manzanares, al entrar la noche del once de julio de 1968?"

Cuestionario Nº 6

"**José Liévano o José Liévano López Flórez,** en las condiciones civiles y personales conocidas en el proceso es responsable de haberse apoderado, en coautoría con otros, por medio de violencia, de un vehículo jeep, de color rojo, modelo 1964, Nº 33417, con placas 'M-6405-67 a 69', afiliado a la empresa 'Auto Legal', que conducía la víctima Alberto Vargas Uribe, lo que ocurrió en despoblado, y sujetando al occiso con una cuerda, poniéndolo en imposibilidad de defenderse, pues fue eliminado, lo que ocurrió en la región de La Esmeralda, del municipio de Manzanares, al entrar la noche del once de julio de 1968?"

"Sí", fue la respuesta del tribunal popular para ambos cuestionarios. En cambio su respuesta fue negativa respecto de los demás procesados.

f) El juzgado del conocimiento acogió el veredicto absolutorio en cuanto a Carlos Sánchez Ospina; aceptó, asimismo, el veredicto de responsabilidad para Liévano López Flórez, y declaró contrario a la evidencia de los hechos el emitido en relación con los acusados Héctor López Sánchez y Abelardo Campuzano Duque, pronunciamiento que el Tribunal revocó en cuanto a la declaración de contraevidencia;

g) En sentencia del trece de junio de mil novecientos setenta y dos el Juzgado Tercero Superior de Manizales condenó a Liévano López Flórez a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, más las accesorias correspondientes, y absolvió a los demás procesados, fallo que el Tribunal Superior de la ciudad nombrada confirmó en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Se impugna la sentencia recurrida con apoyo en las causales de casación previstas en los ordinales 4º, 3º y 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta

Dos cargos se formulan al amparo de esta causal, a saber:

Primer cargo

Nulidad del juicio por error en la calificación jurídica de la infracción.

"El honorable Tribunal Superior de Manizales en el auto calificatorio del negocio —dice el actor— afirmó la responsabilidad

penal del procesado recurrente por los delitos de homicidio agravado y robo también agravado, sin tener en cuenta que todas las probanzas aportadas al informativo confluían a demostrar que el delito de homicidio se consumó con el exclusivo fin de cometer el delito de robo, modalidad ésta que hace que el delito de homicidio por ser de mayor entidad delictiva absorba el delito de robo, o mejor haga desaparecer el delito de robo agravado como entidad autónoma e independiente para transformarse en una circunstancia calificadora del delito de homicidio".

Tras reproducir apartes del auto de proceder y conceptos de varios tratadistas de derecho penal, concluye el actor:

"El error en que incurrió el honorable Tribunal Superior de Manizales consistió en haber condenado al procesado Liévano López Flórez por un concurso de delitos como son el asesinato y el robo cuando en rigor legal el juzgamiento y la condena ha debido hacerse por el delito de homicidio agravado incluyendo el delito de robo como circunstancia calificadora del homicidio en los términos del numeral 3º del artículo 363 del Código Penal, y no como delito autónomo e independiente". Se infringió así el principio non bis in idem.

Segundo cargo

Nulidad de carácter constitucional, por quebranto del artículo 26 de la Carta.

Estima el recurrente que hubo incorrecta formulación del cargo de robo agravado en el auto de llamamiento a juicio, circunstancia que lesionó el derecho de defensa. Y para sustentar la tacha cita fragmentos de la sentencia de 31 de julio de 1969, proferida por esta corporación, en los cuales se expresan conceptos sobre los requisitos formales del auto de proceder. El mismo demandante resume la censura así:

"La norma que estimo infringida fue el artículo 26 de la Constitución política debido a que mediante la formulación de un cargo por el específico delito de robo agravado se lesionó el derecho de defensa del procesado por cuanto que la imputación se le hizo doblemente ya que también en la sentencia se incluyó por aparte la circunstancia de agravación contenida en el numeral 3º del artículo 363 del Código Penal violando el principio non bis in idem".

Solicita luego la nulidad del proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación "para que se formule al procesado la imputación penal en los términos de la ley".

Causal tercera

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

Después de referirse al fenómeno jurídico de la coautoría y de citar algunos comentarios del tratadista Mesa Velásquez sobre el tema (Lecciones de derecho penal, página 190), el actor resume la censura así:

"Impugno la sentencia proferida por el honorable Tribunal de Manizales en contra del procesado Liévano López Flórez en razón de que la figura jurídica de la coautoría material afirmada por el jurado en la respuesta dada al cuestionario propuesto no tiene respaldo procesal en la misma respuesta puesto que negada la responsabilidad de los restantes procesados, esa negativa hizo desaparecer la coautoría del procesado recurrente y la sentencia así dictada por el Tribunal fue proferida sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

"Un solo responsable no puede ser coautor de un delito porque la coautoría requiere el concurso y acuerdo recíproco de varios sujetos en forma conjunta y con voluntad consciente dirigida a la obtención de un resultado previamente determinado por todos ellos".

Consecuente con tal criterio, solicita la invalidación de la sentencia acusada y la convocatoria de nuevo jurado para que se pronuncie sobre la responsabilidad penal de todos los procesados.

Causal primera

Sostiene el demandante que el fallo recurrido es violatorio de la ley sustancial por infracción directa de los artículos 363, 404, 33, y 19 del estatuto represor.

En desarrollo de la censura, por tal aspecto, arguye que la sentencia impugnada aplicó indebidamente el artículo 404 del Código Penal, porque sancionó el delito de

robo —delito fin— como infracción autónoma e independiente y no como circunstancia calificadora del homicidio —delito medio—. Se aplicó también indebidamente el artículo 33 ibídem, pues el juzgador de segundo grado le impuso al procesado recurrente una doble sanción, como si se tratara de dos delitos autónomos y no del delito de homicidio agravado por una de las circunstancias previstas en el ordinal 3º del artículo 363 de la misma obra. Hubo además indebida aplicación del artículo 19, ya citado, por cuanto se condenó a Liévano López como coautor de dos delitos, sin tener en cuenta que al ser negada la coautoría para los demás acusados quedaba también eliminada para aquél.

En consecuencia, pide el actor a la Sala que case la sentencia recurrida y dicte la que deba reemplazarla.

Respuesta del Ministerio Público

Representado en esta oportunidad por la Procuraduría Segunda, estima que ninguna de las causales propuestas se halla justificada, y, como consecuencia lógica de tal criterio, solicita a la Sala que deseche el recurso extraordinario de que se trata.

En efecto, considera el colaborador que el llamamiento a juicio proferido por los juzgadores de instancia se ajustó, en su forma y contenido, a las exigencias legales, pues se formularon con precisión los cargos y se hizo expresa referencia a las circunstancias que agravan los delitos de homicidio y robo. Tampoco el veredicto es contradictorio, porque negar la responsabilidad de los demás acusados y afirmar la del recurrente, "significa que el jurado lo encontró único autor de los delitos". Y para refutar la censura planteada al amparo de la causal primera expresa el Procurador:

"Para sustentar la violación directa de la ley penal sustancial por aplicación indebida de los artículos 363, 404, 33 y 19 del Código Penal, parte el actor de la premisa, ya infirmada, de que el delito de homicidio por ser de mayor entidad delictiva absorbe el de robo para convertirse en asesinato, por la circunstancia de agravación contemplada en el ordinal 3º del artículo 363. Sobre este supuesto afirma que se aplicaron indebidamente los artículos 404 del Código Penal porque se sancionó el delito de robo como infracción autónoma, sin serlo, el 33 —porque se impuso al recurrente una doble sanción como si se tratara de un concurso material de delitos— y el 19 —porque negada la autoría no se podía dar aplicación a esta norma—.

"Es decir, con el mismo argumento, pretende sustentar tres causales de casación completamente autónomas e independientes en su planteamiento y en sus consecuencias jurídicas.

"El demandante omitió demostrar en cada caso, en forma lógica y razonada, el quebranto de la ley sustancial por aplicación indebida, pues se limitó a repetir el mismo planteamiento hecho bajo el ámbito de las causales de casación ya invocadas; asimismo calló el concepto de la violación y dejó de señalar, siquiera, qué normas legales dejaron de aplicarse puesto que la aplicación indebida de la ley implica —por lo general— la falta de aplicación de otra u otras normas.

"Estas fallas de técnica en la formulación del cargo impiden un análisis a fondo de la cuestión planteada.

"Sin embargo, es incuestionable que la sentencia acusada se dictó en consonancia con el veredicto del jurado y el auto de proceder. La pena se graduó partiendo de la mínima para el homicidio calificado y apenas se incrementó en un año para las circunstancias de agravación y por el delito de robo.

"Ya en las instancias se ensayó sin éxito la declaratoria de contraevidencia del veredicto emitido en esta causa.

"Suficientes son las razones expuestas para desechar el cargo formulado".

La Corte considera

Causal cuarta

Primer cargo

1. Como oportunamente lo recuerda la Procuraduría, el error en la denominación

jurídica de la infracción, previsto como motivo de nulidad por el artículo 210, ordinal 5º, del Código Penal, se refiere a la calificación genérica que del hecho punible hace el juzgador en la parte resolutiva del auto de proceder, bien porque en ésta se imputa un delito distinto al demostrado en el proceso, o se ubica el hecho criminoso dentro de título o capítulo ajeno al que realmente corresponde en el estatuto represor.

2. En otros términos: lo que la ley sanciona con nulidad es el error en el "nomen juris" de la conducta ilícita, lo cual explica que conforme al artículo 483 del Código de Procedimiento Penal la parte resolutiva del pliego de cargos deba contener como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable. Así se precisa con toda nitidez el bien jurídico lesionado y el ámbito de la acusación, preservándose por igual, en un justo equilibrio, los intereses de la sociedad y del procesado.

3. La muerte violenta de Alberto Vargas y el apoderamiento de accesorios pertenecientes al vehículo de éste se calificaron en el auto de proceder como homicidio y robo agravados: Al primero porque se cometió para apoderarse del jeep, y al segundo porque se consumó en despoblado y colocando a la víctima en imposibilidad de defenderse. Es incuestionable, por tanto, que los hechos probados en el informativo se calificaron correctamente.

4. De otra parte, lo que en último análisis sostiene el demandante es que como en el caso de autos el homicidio se perpetró con el exclusivo fin de consumar el robo, éste desaparece como entidad delictiva autónoma, para convertirse en circunstancia calificadora de aquél. Para expresarlo de otra manera: No se está manifestando una inconformidad acerca del rubro jurídico con que los juzgadores de instancia calificaran el apoderamiento del vehículo, sino negando radicalmente la existencia de la infracción fin, y por tanto un planteamiento de tal naturaleza no conforma la hipótesis de nulidad propuesta. Por ello ha dicho con razón la Corte: "No equivale a lo mismo imputarse a un infractor la comisión de un delito en lugar de otro, que declararlo responsable de un hecho no realizado. En el primer supuesto hay que reponer el procedimiento, por ser nulo lo actuado desde el auto de proceder en adelante; y en el segundo, debe absolverse al procesado por inexistencia del delito".

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo

5. Nulidad de rango constitucional por incorrecta formulación del cargo de robo agravado en el auto de proceder, circunstancia que lesionó el derecho de defensa. Tal es, como se recordará, el segundo aspecto de la censura propuesta en la esfera de la causal cuarta.

Ya se demostró que no hubo error en la denominación jurídica de los hechos por los cuales se juzgó y condenó al recurrente. Por lo demás, el llamamiento a juicio proferido por los juzgadores de instancia se ciñe, en su forma y contenido, a las prescripciones legales sobre la materia, sin que pueda afirmarse que hubiera ambigüedad alguna en la presentación de los cargos, ni designación anfibológica de los hechos punibles que sustentaron el vocatorio.

La tacha, por lo visto, carece de todo fundamento.

Causal primera

6. En repetidas ocasiones ha expresado la Corte que el homicidio perpetrado para ejecutar otro delito o para ocultarlo reviste especial gravedad y toma la denominación de asesinato, pero no absorbe o subsume el delito fin o el que se pretenda encubrir, pues en tales hipótesis no existe unidad de delito, o delito complejo, sino un verdadero concurso real de infracciones, reprimible conforme al artículo 33 del Código Penal. En efecto, las hipótesis que el artículo 363 del Código Penal contempla en sus ordinales 3º y 4º conforman ilicitudes con procesos ejecutivos autónomos e independientes

y pluralidad de lesiones, estructurando hechos distintos, separables en su objetividad material y jurídica, razón por la cual las normas que los describen permiten una aplicación simultánea.

7. El tema que aquí de nuevo se suscita fue estudiado por la Corte con adecuada amplitud en sentencia del 3 de septiembre de 1971, en donde se expresaron, entre otros, los siguientes conceptos:

"La modalidad del delito complejo en el homicidio que se ejecute para cometer u ocultar otro delito, sugerida por el actor para negar en el presente caso la existencia jurídica del robo, no es admisible. El denominado delito complejo surge cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuera posible, constituirían por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario (el complejo) el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos o situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos, pues el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en un elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, ya que de no ser así se violaría el principio del non bis in idem. Y en las situaciones previstas en los ordinales 3º y 4º del artículo 363 del Código Penal, repárese bien lo que agrava el homicidio no es el hecho constitutivo del delito fin (Ord. 4º), sino el móvil de la acción, indicado por la preposición "para" usada en los dos ordinales y con que se denota el fin del hecho único del homicidio, fin que ha de ser el de 'preparar, facilitar o consumar otro delito', o el de ocultar, asegurar el producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables respecto de otro delito ya cometido. Móvil que, como antes se dijo, pone de resalto en el responsable una relevante culpabilidad que justifica la agravación del homicidio y que es circunstancia independiente del delito que resulte vinculado a aquél por conexidad teleológica o consecuencial. Los mismos términos de los acotados ordinales del artículo 363 dan clara idea de la pluralidad delictual, pues se habla en ellos del homicidio que se comete para consumar u ocultar 'otro delito'. (En el mismo sentido, sentencias de 13 de octubre de 1971 y 15 de febrero de 1973, casaciones de Bernardo Gómez Cortés y Jorge Luis Espinosa Jaimes, respectivamente).

De lo anterior se desprende con suma claridad que la sentencia acusada no infringió las normas contenidas en los artículos 363, 404 y 33 del Código Penal, ni ningún otro precepto de carácter sustancial.

Causal tercera

8. Para desvirtuar el cargo de que la sentencia recurrida se dictó sobre un veredicto contradictorio, basta la reflexión de que cuando el jurado negó la responsabilidad de los demás procesados y afirmó la del recurrente, de manera clara e inequívoca expresó su convicción de que sólo éste había perpetrado los hechos punibles debatidos en el juicio, veredictos que el Tribunal, lejos de considerar notoriamente injustos, estimó con razonable apoyo en las pruebas del proceso. (Fls. 1103 a 1108).

9. No encontrando la Sala justificada ninguna de las causales aducidas, desechará el recurso y dispondrá devolver el expediente al despacho de origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO

Peculado por uso indebido. — Peculado culposo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., mayo diez y seis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

En providencia del 12 de diciembre de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué abrió causa criminal contra Luis Enrique Cortés Chacón, ex-Juez Penal Municipal de Roncesvalles, como autor del delito de peculado en cuantía inferior de tres mil pesos, dando aplicación al artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, en la modalidad de uso indebido de efectos que el funcionario estaba encargado de mantener en su despacho como provenientes de una investigación penal.

El mismo auto decretó la detención del procesado y le otorgó el beneficio de libertad provisional, por encontrarse reunidos los requisitos del artículo 80 del estatuto represor.

El defensor de Cortés Chacón interpuso el recurso de apelación que se ha tramitado debidamente. Durante el término de fijación en lista, el mismo defensor sustentó el recurso y pidió el sobreseimiento definitivo en favor del funcionario acusado. Por su parte, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita se confirme la providencia pero cambiando la imputación, pues en su concepto no hubo uso indebido sino un extravío culposo del objeto (revólver) depositado en el juzgado como parte del objeto material de la infracción.

Refieren los autos que en el Juzgado Promiscuo Municipal de Roncesvalles existía un revólver marca "Smith y Wesson" calibre 38, que había sido decomisado a Carmelo Antonio Gallo y puesto a disposición del juez Luis Enrique Cortés desde el 26 de enero de 1969, arma que posteriormente desapareció del despacho y que por eso mismo no fue entregada por el funcionario cuando hizo dejación del cargo, el 15 de septiembre de 1971.

Iniciada la investigación, se oyó en indagatoria al juez y en ella manifestó que el revólver estaba bajo su custodia y que efectivamente la ejercía permanentemente, y agrega que el 7 de enero de 1970, con motivo de una diligencia de levantamiento de un cadáver, resolvió llevar consigo el arma con el exclusivo propósito de tener algo para su defensa personal. Ocurrió, sin embargo, que ya de regreso y al cruzar el río Cucuanita el caballo tropezó, cayó al agua con su jinete y se salió el arma del bolsillo donde la llevaba, siendo imposible rescatarla, a pesar de la ayuda de las personas que iban con él.

Esta versión fue confirmada por Mario Carvajal Carrión, secretario del juzgado, quien afirma que el revólver permanecía bajo llave en el escritorio del juez y que, en vista de la pérdida de esa arma en el río, el sindicado presentó el informe correspondiente al Alcalde.

Basándose en la confesión del procesado, en el testimonio de Carvajal Carrión y en otros datos suministrados oficialmente, el Tribunal de Ibagué encontró plenamente acreditadas las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y dictó el auto materia de la alzada, y agrega:

"El artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 dice que el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones

en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor.

"En este orden de ideas los elementos que configuran el peculado son: 1º El sujeto activo que es el funcionario o empleado público o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado; 2º Que este empleado o funcionario tenga atribuciones de administrar, custodiar o recaudar como también el empleado de instituciones o empresas en que tenga parte el Estado; que tal funcionario se apropie en provecho propio o ajeno de los bienes a su cargo o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que esté encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar.

"Relacionados los hechos expuestos con las normas legales correspondientes encontramos que se ha cometido un ilícito de peculado por uso indebido de bienes que el funcionario por razón de sus funciones estaba encargado de administrar o guardar".

El defensor rebate la imputación de peculado por uso indebido, pues, a su entender, el Tribunal confundió las circunstancias dentro de las cuales se cometió el hecho atribuido. Concluye:

"Así las cosas, considero que mi defendido no cometió delito de peculado, porque de aceptar la tesis del honorable Tribunal de Ibagué, cometería delito de peculado no solamente quien use un objeto en las mismas circunstancias del caso en estudio, sino todo aquel que por ejemplo, usara la máquina de escribir de su oficina para su correspondencia particular; quien use el vehículo puesto a su servicio por el Estado, para transportar su familia o trasladarse a otra ciudad en misión no oficial, etc.

"Estos hechos pueden ser censurables a cualquier título, pero no constituyen ilícitos penales".

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace las siguientes consideraciones para demostrar que el funcionario acusado fue imprudente y que como consecuencia de ello se perdió el arma. En estas condiciones, el tipo delictivo no puede ser el que reconoció el Tribunal sino el descrito en el artículo 154 del Código Penal. Concluye:

"Opina esta Procuraduría Delegada que ese comportamiento y la pérdida definitiva del arma, corresponden más bien al tipo delictivo contemplado en el artículo 154 del Código Penal porque el 'uso' supone la restitución in integrum de la cosa objeto del delito y aquí se demostró que el arma desapareció. Más concretamente: Cortés, al portar el arma de manera imprudente, dio ocasión a que ésta se perdiera cuando atravesaba un río en desarrollo de una diligencia que realizaba el Alcalde de la localidad.

"El tipo delictivo que aplicó el juzgador de primer grado deja por fuera la pérdida de la cosa y ésta tiene relevancia jurídica como 'apropiación' cuando obedece a un comportamiento doloso del agente (se pierde para el Estado), y como forma culposa cuando es el resultado de la imprudencia o negligencia del sujeto activo.

"Se cumplen los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para comprometer en juicio al ex-juez Cortés por el delito de peculado culposo porque de una parte, está demostrada la pérdida del arma cuyo cuidado y conservación se le confió y de la otra, también está comprobado que ese hecho obedeció a su imprudencia, al portarla sin las precauciones necesarias para que no se extraviara".

En consecuencia, demanda la modificación del auto apelado.

Consideraciones de la Corte

1. La versión que mayor fundamento tiene en los autos, como lo reconoce el Tribunal, es la de que el sindicado llevaba consigo el revólver cuando practicó oficialmente la diligencia de levantamiento de un cadáver. Esta es una conducta que no merece reparo porque no se trata de un uso indebido del funcionario, toda vez que éste bien podía dejar el revólver en el juzgado, como observa el secretario, o tenerlo consigo para asegurar mejor la custodia e inclusive con el fin de precaverse contra cualquier ataque en la gestión que iba a

realizar. No encuentra la Sala ninguna ilicitud atribuible al juez por el aspecto del uso ilegítimo, ya que el arma, simplemente, se conservaba en su poder, como corresponde a un cuidado normal de dicho objeto.

2. Tampoco encuentra la Corte ninguna actividad culposa en la pérdida del revólver, ya que ésta se produjo no por imprudencia ni negligencia sino por un acontecimiento accidental, circunstancia que se encuentra fuera de toda incriminación. Lógico es deducir que el funcionario tuviera interés en la conservación del instrumento de defensa personal y no que omitiera su deber de cuidarlo.

3. En estas condiciones, la Sala habrá de revocar la providencia apelada y en su lugar proferir auto de sobreseimiento definitivo, teniendo en cuenta que no hubo infracción por ausencia completa de culpabilidad.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la providencia recurrida de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente, y en su lugar sobresee definitivamente en favor de Luis Enrique Cortés Chacón por los cargos que le fueron formulados.

Se revoca igualmente la orden de detención y se ordena reintegrar el valor de la caución constituida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PARTE CIVIL.— LEGITIMACION PARA OBRAR

(Legitimatio ad causam)

Para que pueda tener acogida la demanda de constitución de parte civil, es preciso que el perjuicio causado con el delito, del que deriva el interés jurídico para obrar o legitimación en causa, aparezca como algo cierto o probable al tiempo de la presentación de aquélla, bien porque resulte del hecho ilícito en sí, lo que acontece cuando es el propio sujeto pasivo de la infracción el que demanda, ora porque se aduzcan elementos de juicio que acrediten el daño sufrido por el accionante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veinte de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del doctor Carlos Reyes Rodríguez, Juez 19 Civil del Circuito de Bogotá, sindicado en este proceso por presuntos delitos de prevaricato y abuso de autoridad, contra el auto de 24 de marzo de 1973, por el cual el Tribunal Superior de Bogotá, que conoce del asunto en primera instancia, admitió al doctor Rafael Rocha Riaño como parte civil. También se decidirá acerca de la apelación interpuesta por la parte civil, constituida como se dijo por el doctor Rocha Riaño, contra el auto de 10 de octubre de 1972, mediante el cual el referido Tribunal se abstuvo de ordenar la detención preventiva del procesado doctor Reyes Rodríguez. Ambos recursos fueron concedidos por el a quo en providencia de 27 de abril de 1973, y se han sometido a trámite común.

Antecedentes

Importa, al solo efecto de los pronunciamientos que en esta oportunidad debe hacer la Sala, puntualizar los siguiente hechos, que resultan de las constancias procesales:

1. El señor Rafael Contreras Bermúdez, por medio del abogado Marco A. Barbosa, en escrito de 13 de febrero de 1972, demandó ante el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, por vía ejecutiva a la sociedad "The Chivor Esmerald Mines Inc.", para obtener por ese medio el pago de una acreencia por la suma de $ 150.000.00, contenida en una letra de cambio.

2. Por auto de 19 de abril siguiente, el citado juzgado libró la orden de pago solicitada.

3. El 26 del mismo mes, el doctor Marco A. Barbosa, como apoderado del nombrado Contreras, adicionó la demanda incorporando otra letra de cambio por valor de $ 100.000.00 girada por la misma sociedad, con el fin de obtener su pago en el proceso de ejecución instaurado.

4. Mediante auto de 28 del referido mes, el juzgado adicionó igualmente el de fecha 19, "en el sentido de librar orden de pago también por la vía ejecutiva a favor de Rafael Contreras Bermúdez, y en contra de la sociedad 'Chivor Esmerald Mines Inc.', por la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00)".

5. En auto de 8 de mayo de 1972, el juzgado de que se ha hecho mención decidió "declarar en estado de quiebra" a la compañía ejecutada, atendiendo a petición formulada por el abogado Marco A. Barbosa, y nombró como síndico al doctor Oscar Villegas G., quien no figuraba en la lista de auxiliares de la justicia (fls. 41 y ss.).

6. Por escrito fechado al día siguiente, el doctor Rafael Rocha Riaño, invocando el artículo 1630 del Código Civil, que faculta a cualquier persona para pagar a nombre del deudor, manifestó al juez del conocimiento que estaba "dispuesto a pagar por la sociedad ejecutada los créditos de la ejecución de la referencia", y solicitó al efecto "su liquidación para consignar su valor en forma legal" (fl. 45).

7. En proveído de la misma fecha, 9 de mayo de 1972, el juzgado, acogiendo la oferta de pago, ordenó "la liquidación del crédito y las costas causadas, incluyendo la suma de $ 25.000.00 en que el juzgado fija las agencias en derecho" (fl. 45, infra).

8. El día 19 del citado mes de mayo, el doctor Rocha Riaño consignó en el Banco Popular, a órdenes del Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, la suma de $ 350.000.00, para pagar los créditos de la ejecución contra "The Chivor Esmerald Mines Inc"; más los intereses y agencias en derecho del ejecutante, y presentó al juzgado el título correspondiente, acompañado de un memorial interponiendo los recursos de reposición y apelación, éste como subsidiario, contra la providencia de 8 de mayo, por la cual se declaró en quiebra a aquella sociedad.

9. Al día siguiente, 20 de mayo de 1972, el doctor Rocha Riaño recusó al juez, doctor Carlos Reyes Rodríguez, invocando la causal contemplada en el numeral 7º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, porque dos días antes había formulado ante el Tribunal Superior de Bogotá denuncia penal en su contra por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

10. Dos días después, el doctor Marco A. Barbosa interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación contra el auto de 9 de mayo que aceptó la oferta de pago hecha por el doctor Rafael Rocha Riaño.

11. El 7 de junio de 1972, el juez Reyes Rodríguez dictó tres providencias, en las que dispuso: revocar el auto de nueve de mayo de ese año, y en su lugar disponer que no se acepta la oferta de pago hecha por el doctor Rafael Rocha Riaño; negar a este profesional la calidad de parte y consiguientemente la capacidad jurídica para interponer recursos, y fijar la caución al síndico de la quiebra, doctor Oscar Villegas, en la suma de $ 50.000.00.

12. El 22 de mayo de 1972, el doctor Rafael Rocha Riaño ratificó y amplió la denuncia que dos días antes había presentado ante el Tribunal Superior de Bogotá contra el doctor Carlos Reyes Rodríguez, "como autor responsable de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad cometidos en ejercicio de Juez 19 Civil del Circuito dentro de las medidas preventivas adelantadas por Rafael Contreras contra 'The Chivor Esmerald Mines Inc', habiendo sido admitido el suscrito como parte con el carácter de tercero para hacer el pago de las acreencias por las cuales se inició la ejecución".

13. Tal denuncia originó el presente proceso, en el cual el a quo admitió al denunciante doctor Rocha Riaño como parte civil, lo que hizo por auto de 24 de marzo de 1973, que fue oportunamente protestado en apelación por el apoderado del sindicado doctor Reyes Rodríguez, recurso que decide la Corte en esta oportunidad.

14. En el curso del sumario, el doctor Rocha Riaño, a quien un funcionario comisionado para practicar diligencias había aceptado como parte civil, sin tener competencia para ello, razón por la cual la Corte invalidó esa actuación en pasada ocasión, solicitó al Tribunal de primera instancia que decretara la detención preventiva del procesado, petición que fue denegada mediante auto de 10 de octubre de 1972. Contra esa providencia interpuso el doctor Rocha, en escrito de 28 de marzo de 1973, el recurso de apelación, que fue concedido por el a quo, no obstante la patente extemporaneidad, el 27 de abril siguiente, como se indicó al comienzo de la presente providencia, y sobre el cual también debe pronunciarse ahora esta Sala de la Corte.

Síntesis de las imputaciones

El prevaricato que le atribuye el denunciante al juez Reyes Rodríguez lo hace con-

sistir aquél en la declaración de quiebra de la sociedad "The Chivor Esmerald Mines Inc", resolución que en su sentir se dictó en forma contraria a la ley, a sabiendas, pues "se violó en forma ostensible y manifiesta el artículo 1939 del Código de Comercio que hace procedente declarar el estado de quiebra en los 'procesos ejecutivos que se adelante contra' el deudor, 'cuando se haya admitido tercería o decretado acumulación' y 'siempre que los bienes embargados parezcan insuficientes para el pago', porque ninguno de estos presupuestos se cumplió, en razón de no existir 'procesos ejecutivos' en los cuales se haya admitido tercería o decretado acumulación, ni se acreditó previamente que los bienes embargados de propiedad de la empresa ejecutada eran insuficientes para atender el pago de las acreencias" (fl. 2).

También califica el abogado denunciante como "insólita y aberrante" la decisión del juez que le desconoció el derecho que le asistía, de acuerdo con el artículo 1630 del Código Civil, para pagar, en calidad de tercero, las obligaciones por las cuales se inició la ejecución contra la empresa "The Chivor Esmerald Mines Inc".

El abuso de autoridad, a términos de la denuncia, lo consumó el citado funcionario judicial "con el hecho de haber designado primero como secuestre y luego como síndico (de la quiebra, se aclara) al doctor Oscar Villegas Gómez sin figurar su nombre en la lista oficial de auxiliares de la justicia y sin fijarle la caución en el auto de nombramiento, lo que viene a demostrar en forma fehaciente la intención eminentemente dolosa de violar las normas legales en perjuicio del derecho consagrado en el estatuto civil" (fl. 3).

Alegatos de las partes

El representante judicial del procesado, doctor Tarsicio Roldán Palacio, sustentó en tiempo la apelación interpuesta contra el auto del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 27 de marzo de 1973, por el cual se admitió al doctor Rafael Rocha Riaño como parte civil, manifestando en el escrito correspondiente que aunque la demanda presentada por aquél reúne los requisitos del artículo 127 del Código de Procedimiento Penal y se introdujo dentro del término previsto en el artículo 126 ibídem, ha debido rechazarse por carecer el actor de personería sustantiva para ese fin, ya que no se puede considerar, por no haberse aceptado el pago que pretendió hacer, como perjudicado con las presuntas infracciones imputadas al juez Reyes Rodríguez, y esa condición es indispensable para que se tenga el derecho a la indemnización y consiguientemente el poder de acción dentro del proceso penal, mediante la constitución de parte civil, a voces del artículo 125 del estatuto procesal penal (fls. 4 a 9 del cuaderno de la Corte).

También el doctor Rafael Rocha Riaño sustentó oportunamente la apelación que propuso contra el auto del a quo de 10 de octubre de 1972, por el cual se abstuvo de ordenar la detención cautelar del sindicado doctor Carlos Reyes Rodríguez. En el memorial pertinente, el doctor Rocha Riaño, invocando su carácter de "parte civil legalmente constituida", asunto éste que se cuestiona y del cual no obstante no se ocupa, hace un resumen de los hechos procesales e insiste en que el procesado incurrió en los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, por los cuales lo denunció, pues al declarar en este estado de quiebra a la sociedad "The Chivor Esmerald Mines Inc", violó, "a sabiendas", los artículos 1939, 1940 y 1959 del Código de Comercio, que establecen las exigencias, no observadas por el juez Reyes Rodríguez, para una declaración de esa naturaleza, y quebrantó también el artículo 1630 del Código Civil, por no haber aceptado el pago que él ofreció de las deudas por las cuales se promovió la ejecución contra dicha compañía. En un trozo de su alegato apunta:

"Se ha declarado un estado de quiebra sin existir pluralidad de acreedores ni siquiera proceso de ejecución individual porque las acreencias habían sido pagadas con la consignación de su valor en el Banco Popular a orden del juzgado, quedando, por lo mismo, cumplida la finalidad del pago, que en realidad no era el que se perseguía, sino causar graves e irreparables perjuicios a la compañía con la destitución de todo su personal de empleados y trabajadores que en forma ilegal hizo el síndico de la quiebra para evitar el control sobre las pro-

ducciones de las minas y asegurar su apropiación delictuosa, llegando por otra parte hasta el extremo de presentar cuentas por inversiones ficticias por más de diez millones de pesos sin registrar ingresos de ninguna índole, creando además obligaciones laborales cuantiosas con la cesación de la totalidad de los servidores de la compañía, por lo cual el señor Juez 20 Civil del Circuito, en auto de fecha catorce de febrero último, removió del cargo de síndico a quien había sido designado ilegalmente por el Juez 19 Civil del Circuito, doctor Carlos Reyes Rodríguez" (fl. 10 y ss. del cuaderno de la Corte).

A su turno, el Ministerio Público, representado en este caso por el Procurador Segundo Delegado Penal, en vista que antecede, dio el concepto que a continuación se traslada:

"En cuanto al recurso de alzada interpuesto por la parte civil, estima este despacho que debe negarse por haberse presentado fuera del término legal. En efecto: El auto de 10 de octubre de 1972 fue notificado por estado el 14 de ese mes y personalmente al Fiscal 1º de la corporación el 17 del mismo y por tanto quedó ejecutoriado tres días después de esta última fecha (artículo 196 del Código de Procedimiento Penal).

"El doctor Rafael Rocha fue reconocido como parte civil en este asunto por auto del 24 de marzo de 1973 (fls. 142 y 143) y en escrito del 28 de este mes interpuso el recurso el cual se le concedió el 27 de abril siguiente (fls. 144 a 148).

"Es indudable, por tanto, que el recurso se interpuso cinco meses después de estar ejecutoriada la providencia impugnada.

"En cuanto al recurso de apelación propuesto por el apoderado del funcionario acusado, también debe negarse, en opinión de este despacho, porque el abogado Rafael Rocha Riaño satisfizo los requisitos que el artículo 127 del Código de Procedimiento Penal exige para constituirse en parte civil pues relató los hechos en virtud de los cuales se considera perjudicado con la infracción denunciada, fijó en un millón novecientos noventa y ocho mil pesos los perjuicios materiales sufridos y señaló los fundamentos jurídicos en apoyo de su pretensión, concretamente, el artículo 1630 del Código Civil y las demás disposiciones sustantivas y adjetivas que justifican ese derecho".

Consideraciones

Toda infracción de la ley penal que infiera daño o perjuicio a una persona, natural o jurídica, constituye también ilícito civil, del que nace para el agente la obligación de indemnizar, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1494 y 2341 del Código Civil, con los que guardan armonía los artículo 92 y ss. del Código Penal.

Correlativamente al deber que tiene el autor del hecho ilícito de resarcir el daño causado, surge para el damnificado el derecho a obtener la reparación del mal sufrido, derecho para cuya efectividad la ley reconoce al perjudicado —y, en su defecto, a los herederos, por tratarse de un derecho de contenido patrimonial y por ende transmisible—, el poder de acción, que se puede ejercitar dentro del proceso penal, tal como lo prescriben los artículos 9º, 24, 27, inciso 2º, y 125 del Código de Procedimiento Penal.

La acción que comporta el derecho sustancial al resarcimiento de los perjuicios motivados en el delito, se puede actuar, como queda dicho, en el proceso penal, mediante la constitución de parte civil, que el titular de aquélla puede intentar en cualquier estado del proceso, antes de que éste haya entrado a despacho para sentencia de segunda instancia (Arts. 125 y 126 del C. de P. P.), presentando la demanda correspondiente, que ha de ceñirse a las exigencias del artículo 127 del referido estatuto.

El rechazo de la demanda sobre constitución de parte civil "sólo podrá fundarse —dice el artículo 131 ibídem— en ilegitimidad de la personería del demandante".

Como no se ha puesto en duda que el doctor Rafael Rocha Riaño presentó la demanda de que se hizo mención oportunamente, ni se discute tampoco que externamente el libelo cumple las condiciones de ley, interesa entonces estudiar, a fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del procesado, si el demandante tiene legitimación para obrar (legitimatio ad causam), o si, por el contrario, carece de ella.

En el ordenamiento jurídico procesal penal colombiano, la capacidad para ser parte civil, a lo que equivale la legitimidad de la personería sustantiva del accionante, presupuesto indispensable para la admisión de la demanda (Art. 131), se reconoce a "las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o sus sucesores" (Art. 125).

En el proceso penal no basta, como sí acontece por regla general en el proceso civil, que se afirme en la demanda que se tiene legitimación para obrar, manifestando que se ha sufrido perjuicio con el delito, para dar cabida a la demanda, pues si la legitimación para actuar no fuera de previo pronunciamiento y su apreciación se defiriera a la sentencia, cualquiera podría introducirse al proceso, pretextando haber recibido un daño con la infracción, lo que podría reportar serios inconvenientes para el desarrollo de la acción penal. En este tipo de proceso la titularidad del derecho para ejercer la acción civil ha de ser efectiva, y su examen tiene que hacerse al recibo de la demanda, de acuerdo con el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, que conviene reproducir:

Artículo 131. Rechazo de la demanda. El rechazo de la demanda sólo podrá fundarse en ilegitimidad de la personería del demandante.

"El juez de oficio o a petición del interesado admitirá la demanda rechazada si posteriormente apareciere comprobada la legitimidad de aquella personería".

Para que pueda tener acogida la demanda de constitución de parte civil es preciso que el perjuicio causado con el delito, del que deriva el interés jurídico para obrar o legitimación en causa, aparezca como algo cierto o probable al tiempo de la presentación de aquélla, bien porque resulte del hecho ilícito en sí, lo que acontece cuando es el propio sujeto pasivo de la infracción el que demanda, ora porque se aduzcan elementos de juicio que acreditan el daño sufrido por el accionante.

No se vislumbra en los autos el perjuicio que hubiera podido tener el doctor Rafael Rocha Riaño por el hecho de que el Juez 19 Civil del Circuito de Bogotá, doctor Carlos Reyes Rodríguez, no hubiera aceptado el pago que aquél pretendió hacer por "The Chivor Esmerald Mines Inc" en el proceso de ejecución instaurado por el señor Rafael Contreras Bermúdez contra dicha sociedad, aunque se suponga que la actuación del funcionario fue contraria a la ley. El doctor Rocha afirma que recibió perjuicio con la conducta del juez, la que califica de arbitraria e ilegal, e inclusive hace en la demanda la estimación de la cuantía del daño, pero no aduce siquiera las razones por las cuales fue perjudicado en su patrimonio, ni existe prueba en el expediente que abone su afirmación.

Ciertamente la ley permite a cualquiera persona pagar por el deudor y a nombre de éste, "aún sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor" (Art. 1630 del C. C.). Pero si el juez que conoce del proceso ejecutivo impide a un tercero pagar por el deudor, aunque su determinación sea contraria a derecho, no por ello se puede deducir, sin otro elemento de persuasión, perjuicio para el tercero, pues, en rigor, "el que paga sin el consentimiento del deudor no tendrá acción sino para que este le reembolse lo pagado", de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1631 del Código Civil.

Respecto a la declaración de quiebra de la compañía Chivor, aun aceptando que el juez Reyes Rodríguez violó la ley con esa actuación e irrogó graves perjuicios a esa sociedad, la titularidad del derecho al resarcimiento y, consecuencialmente, el derecho a ejercer la acción civil dentro del proceso penal, corresponderían a la persona jurídica perjudicada, a la que no representa el doctor Rocha Riaño, quien formuló la denuncia que originó este informativo y presentó la demanda de parte civil a nombre propio.

La anterior consideración es válida en lo concerniente al delito de abuso de autoridad que se imputa al doctor Reyes Rodríguez, como que los hechos en que se hace consistir señalan igualmente como perjudicada con la infracción a la sociedad "The Chivor Esmerald Mines Inc", no a otra persona.

No estando acreditada, hasta ahora la legitimidad de la personería del doctor Rafael Rocha Riaño para constituirse parte civil en este proceso, la demanda que con ese fin presentó debe ser rechazada, to-

mando en cuenta lo dispuesto por el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, se revocará el auto del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 24 de marzo de 1973, por el cual se admitió dicha demanda y que constituye el objeto de la apelación interpuesta por el apoderado del procesado.

Corolario de esa decisión que la Corte habrá de adoptar es la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por el doctor Rocha Riaño contra el auto de 10 de octubre de 1972 proferido por el a quo, mediante el cual se negó la detención preventiva del sindicado, por falta de legitimación en quien lo interpuso, independientemente de la ostensible extemporaneidad en que el recurso fue propuesto, circunstancia ésta que hace notar el Agente del Ministerio Público.

Decisión

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

Resuelve:

1º Se revoca el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 24 de marzo de 1973, ameritado en la parte motiva.

2º Se declara improcedente el recurso de apelación interpuesto por el doctor Rafael Rocha Riaño contra el auto de la misma corporación de fecha 10 de octubre de 1972, mencionado igualmente en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA .— LEGITIMA DEFENSA

No puede demandarse de los jurados de conciencia tecnicismos ningunos en el lenguaje ni que éste deba ajustarse de manera precisa y exacta al propio de quienes dominan las materias jurídicas.

No debe olvidarse, por una parte, que la legitimidad de la defensa para quien la ejerce, se funda en el ataque de que es víctima y, por otra, que la ley en ninguna parte trae calificativo de "legítima", ni cuando la consagra (C. P. Art. 25, Num. 2º), ni cuando a ella o a su exceso hace referencia (Id. 27).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de julio de 1973 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por la cual confirmó la de primera instancia del Juzgado 5º Superior de esa ciudad, que condenó al procesado Ismael Molano Rivera a la pena principal de ciento veinte meses de presidio, a más de las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de homicidio en Pedro Antonio Gómez Mejía.

Hechos y actuación procesal

Los primeros son presentados en el auto de proceder así: Hacia las cinco de la mañana dél 10 de septiembre de 1972, "se suscitó una leve discusión entre el celador al servicio de la casa de mercado en las bodegas de la papa Pedro Antonio Gómez Mejía, y el individuo Ismael Molano Rivera, revendedor de la misma sección, motivada por una observación que el primero se sirvió hacer al segundo para que desistiera de su pataneria y dejara de lanzar papas podridas a cuantas personas pasaban por allí.

"En esos momentos las cosas no pasaron a mayores posiblemente por la intervención de las personas circunstantes, pero algunas horas después, en un nuevo encuentro ocasional entre los protagonistas, Molano Rivera exteriorizó su propósito de dirimir las diferencias por las vías de hecho, y profirió una frase de inocultable sabor amenazante y retador al decirle a su contrincante que se hallaba en compañía de Saúl Sandoval "voy a dar una vuelta y ahora nos vemos", al tiempo que se alejaba en una bicicleta que le había sido prestada.

"Entre las diez y media y las once de la mañana hizo de nuevo su aparición Molano Rivera por los lados de la bodega de la papa, y en cumplimiento de su designio criminal asestó violenta puñalada en el corazón al infortunado Gómez Mejía, que le produjo la muerte en forma casi instantánea después de un pequeño recorrido de unos diez a doce metros de donde le fue propinada. El homicida emprendió veloz carrera empuñando el ensangrentado cuchillo, pero por los gritos de terror de las gentes que colmaban el mercado acudió un acucioso agente de la Policía y lo puso a buen recau-

do no sin antes golpearlo con su bastón de mando ante la resistencia que le opuso".

El mismo día en que ocurrieron los hechos anteriores la Inspección Tercera Departamental de Permanencia de Bucaramanga, practicó la diligencia de levantamiento del cadáver de Gómez Mejia y al siguiente el Juzgado 9º de Instrucción Criminal dictó auto cabeza de proceso (fl. 3). Adelantada la investigación y luego de decretarse la detención preventiva del sindicado Ismael Molano Rivera (fls. 37 ss.), el Juzgado 5º Superior de la ciudad antes mencionada, la declaró cerrada (fl. 114) y por auto de 19 de febrero de 1973, calificó el mérito del sumario en el sentido de llamar a responder en juicio criminal a Ismael Molano Rivera por el delito de homicidio simplemente voluntario en Pedro Antonio Gómez Mejía (fls. 122 ss.). Abierto el juicio a prueba (fl. 136) y sin que se hubiera hecho uso de él, con el lleno de las formalidades de ley se llevó a término el sorteo de jurados (fls. 163 ss.) y durante los días 12 y 13 de abril del mismo año se celebró la respectiva audiencia publica (fls. 169 ss.). El 3 de mayo siguiente el juzgado del conocimiento, considerando el veredicto emitido, que adelante se transcribirá y estudiará, como declaratorio de responsabilidad penal, condenó al procesado a la pena principal de 120 meses de presidio, a más de las accesorias de rigor (fls. 179 ss.). Apelada la providencia por el defensor del sentenciado (fl. 190), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, la confirmó por medio de la suya de fecha 26 de julio de ese mismo año (cuaderno Nº 2, fls. 10 ss.). Contra ésta interpuso recurso de casación el defensor y, concedido en forma legal, llegó el proceso a esta corporación, en la cual se ha agotado la tramitación correspondiente, por lo cual debe resolverse sobre él.

La demanda

Con invocación de la causal 2ª de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: "estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado", el recurrente formula un solo cargo el cual hace consistir en que, habiendo sido el veredicto absolutorio, puesto que reconoció que el procesado había obrado en legítima defensa de su vida, los sentenciadores de primera y de segunda instancia, desconociendo esa realidad absolutoria, profirieron los fallos condenatorios a los cuales se hizo referencia. Concluye su libelo así: "Las anteriores consideraciones ameritan que, muy respetuosamente, solicite a los honorables Magistrados aceptar como debidamente probada la causal invocada en la demanda y se proceda a casar la sentencia del honorable Tribunal Superior de Bucaramanga por medio de la cual se condenó a Ismael Molano Rivera por el delito de homicidio, dictándose en su favor sentencia absolutoria, de conformidad con el numeral primero (1º) del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que la sentencia impugnada no se case porque con la aclaracion que dio el jurado a su veredicto, emitió uno nuevo "en el cual incluyó un ingrediente jurídico no contemplado en el original", proceder éste inadmisible; porque si se aceptaran las dos manifestaciones del jurado, "se trataría más bien de una respuesta contradictoria porque en su primera parte declara la responsabilidad de Molano Rivera como autor del homicidio en Pedro Antonio Gómez y en la segunda parte reconoce una causal de justificación", porque "si en la primera frase explicativa no se reconoció la legítima defensa mal podía el jurado "inferir" que sí existió tal circunstancia por la sola referencia a la "defensa personal" en la última frase explicativa y porque las frases explicativas no significan "que actuó por la necesidad de defenderse a sí mismo de una violencia actual e injusta contra la persona y que la defensa fue proporcionada a la agresión" (cuaderno de la Corte, fls. 16 ss.).

Consideraciones de la Sala

Al jurado se le sometió la siguiente "cuestión única: El acusado Ismael Molano Rivera es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte de Pedro Antonio Gómez Mejía, mediante la herida que le infiriera

con arma cortopunzante —cuchillo—, descrita en la respectiva diligencia de necropsia, hechos acaecidos en la plaza de mercado central de esta ciudad, en las horas de la manana del día diez (10) de septiembre de mil novecientos setenta y dos (1972), y al ejecutar el hecho obró con el propósito de matar?" (fl. 168).

En el debate público el Fiscal respectivo sostuvo la responsabilidad del procesado y manifestó que por haber llevado el homicida la iniciativa en las ofensas y desafíos, se descartaba la pretendida legitima defensa alegada, por lo cual solicito al jurado "contestar el cuestionario sometido a su consideración afirmativamente". Por su parte el vocero y el defensor del procesado sostuvieron que su asistido había obrado en legítima defensa de su vida y, en consecuencia, solicitaron un veredicto de acuerdo con sus pretensiones (fls. 169 ss.).

La respuesta unánime del tribunal popular fue la siguiente: "Es responsable. En respuesta a un ataque que recibió, por lo cual se infiere que actuó en defensa personal" (fl. 168).

En relación a este veredicto y como explicacion a la manera como fue emitido, se lee lo siguiente en el acta de audiencia: "Finalizado el debate oral, entró el jurado a deliberar en sesion secreta, previa entrega del expediente y del cuestionario. Emitido el veredicto que fue por mayoría (sic) de votos de la siguiente manera es responsable. En respuesta a un ataque que recibió". Fue leído. Por el senor juez, procediendo seguidamente el senor defensor y el senor vocero a solicitar el (sic) presidente de la audiencia solicitará (sic) a los senores jueces de conciencia aclarar el veredicto y explicaran (sic) si al decir "En respuesta a un ataque que recibió", querían significar que era en legítima defensa, frases estas que deberían quedar claras en el cuestionario para su interpretación. El señor juez procedio a solicitarles (sic) al jurado popular, se servirán (sic) proceder nuevamente a deliberar, y emitido que fuera de nuevo el veredicto fueron agregadas las siguientes frases "por lo cual se infiere que actuó en defensa personal", fue publicado por el senor presidente de la audiencia, cuya acta se firma luego de leída aprobada" (fls. 177 ss.).

La organización procesal vigente no reclama que el jurado, que debe decidir en conciencia acerca de la responsabilidad penal del acusado (C. de P. P., Arts. 533, 535, 560), esté formado por profesionales del derecho ni tampoco por técnicos en estas cuestiones jurídicas. Simple y sencillamente se exige de sus integrantes, a más de la ciudadanía colombiana, el ser personas "de reconocida y notoria honorabilidad, poseer por lo menos una cultura media y desempeñar una profesión u oficio de aquellos que exigen capacidades intelectuales" (Id. Art. 530). Ello significa que, debiendo juzgar en conciencia y calificar así los hechos sometidos a su consideración, no puede demandarse de ellos tecnicismos ningunos en el lenguaje ni que éste deba ajustarse de manera precisa y exacta al propio de quienes dominan las materias jurídicas.

Sirva lo anterior para concretar: Cierto es que en la primera parte de la primitiva frase del veredicto, aparentemente se reconoció la responsabilidad del acusado: "Es responsable". Mas debe tenerse en cuenta que habida consideración de la siguiente: "en respuesta a un ataque que recibió" y a la explicativa posterior: "por lo cual se infiere que actuó en defensa personal", aquellas primeras palabras sólo son, como se ha dicho, aparentemente condenatorias, puesto que el jurado a continuación expresó su convicción de que había obrado en legítima defensa de su vida, como adelante se verá. Entonces, a la expresión "Es responsable", no puede dársele un alcance distinto del de declararlo autor material del homicidio. Lo cual es perfectamente aceptable, porque como en múltiples ocasiones lo tiene dicho esta corporación, y como acaba de recordarse en el párrafo inmediatamente anterior, no encontrándose el jurado integrado por técnicos ni especialistas en estas cuestiones, no es racional exigir de él el tecnicismo de lenguaje fielmente ajustado al que usa la ley. Es suficiente con que el jurado exprese su convicción acerca de la responsabilidad o inocencia del procesado de manera inteligible, clara, que no permita dudar razonadamente de cuál fue su verdadera intención al proferir el veredicto. Es decir, que la decisión debe ser de tal naturaleza que pueda

ser interpretada por el juzgador sin dudas ni cavilaciones, sin necesidad de entrar a suplantar al juzgador de hecho ni a adivinar lo más recóndito de sus pensamientos o de la convicción que motivó su decisión.

Una vez sentado lo anterior, corresponde considerar el veredicto en lo restante:

La frase "en respuesta a un ataque que recibió", tiene un sentido claro y preciso:

Una de las acepciones de la palabra "respuesta" es la de "acción con que uno corresponde a la de otro" ("Diccionario de la Lengua Española" de la Real Academia). A cuál acción respondió el procesado, según la declaratoria del jurado? A la del "ataque que recibió". Y, constituyendo el "ataque" la "acción de atacar" y siendo ésta "acometer, embestir", según el mismo Diccionario y, significando acometer: "Embestir con ímpetu y ardimiento" y embestir "venir con ímpetu sobre una persona y cosa para apoderarse de ella o causarle daño", síguese que la "respuesta" del procesado fue su reacción a la embestida impetuosa y ardiente con la cual quiso hacerle daño en su persona el occiso quien, así, según los términos empleados por el jurado, aparece como agresor. De ahí que la conclusión que estampó el tribunal popular en su frase explicativa: "por lo cual se infiere que actuo en defensa personal", sea apenas una clara conclusión de lo primero que había manifestado.

Tomado el veredicto en esa forma natural y obvia, que no implica otra cosa que el recto entendimiento de los términos gramaticales en él empleados, síguese que él no es condenatorio sino absolutorio y que tampoco implica contradicción alguna en sus proposiciones, por las razones anteriormente anotadas.

Y si bien es cierto que en ninguna parte de aquél se emplea como calificativo de la "defensa personal" el que sea legítima, no debe olvidarse por una parte que la legitimidad de la defensa para quien la ejerce, se funda en el ataque de que es víctima y, por otra, que la ley en ninguna parte trae calificativo tal de "legítima": ni cuando la consagra (C. P., Art. 25, Num. 2º) ni cuando a ella o a su exceso hace referencia (Id. 27).

En consecuencia, habiéndose llegado a la conclusión de que se está frente a un veredicto absolutorio, síguese que el cargo formulado en la demanda de casación contra la sentencia impugnada habrá de prosperar, ya que ésta fue de carácter condenatorio, con lo cual se incurrió en la causal segunda de casación consagrada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal invocada: "estar en desacuerdo con el veredicto del jurado", por lo cual habrá de procederse a casar el fallo recurrido y dictar, en su lugar, el que deba reemplazarlo (C. de P. P., Art. 583, Nº 1º). Y, como en este recurso a la Corte le está vedado entrar a considerar si el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, misión que sólo puede ser cumplida por los juzgadores de instancia (C. de P. P., Arts. 565 y 567), sin necesidad de ningunos otros razonamientos habrá de proceder a dar aplicación al número 1º del artículo 583 del estatuto procesal penal: casar la providencia recurrida y, en su lugar absolver al procesado de los cargos que le fueron formulados dentro de estas diligencias. Corolario de lo anterior es el de decretar de inmediato su libertad incondicional, mediante las comunicaciones de rigor.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. Casar la sentencia de fecha 26 de julio de 1973 proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Segundo. Absolver a Ismael Molano Rivera por el cargo de homicidio en Pedro Antonio Gómez Mejía, hecho que tuvo ocurrencia el 10 de septiembre de 1972 en la ciudad de Bucaramanga, y por el cual se le llamó a responder en juicio.

Tercero. Ordenar la inmediata libertad incondicional de Ismael Molano Rivera, lo cual se comunicará al Tribunal Superior de Bucaramanga y al Director de la Cárcel Nacional de ese mismo Distrito, telegráficamente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



IMPEDIMENTOS. — AMISTAD INTIMA CONCEPTO PREVIO SOBRE LA MATERIA

No basta, para que se forme un lazo de amistad íntima, el hecho escueto de que una persona sea designada por otra para el desempeño de un cargo oficial, pues conocido es que en tales casos apenas juega como factor determinante la idoneidad de la persona nombrada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., mayo treinta de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

El Magistrado de la Sala Penal de Santa Rosa de Viterbo, doctor Sixto Arias Vargas, ha manifestado que se encuentra impedido para conocer del proceso que se adelanta contra el doctor Alfonso Suárez Pineda, ex-Juez 1º Civil del Circuito de Sogamoso, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

El acusado, doctor Suárez Pineda, está llamado a juicio por los referidos ilícitos y en ese proceso se ha constituido como parte civil el doctor Jesús Bernal Pinzón.

Dice el doctor Arias Vargas que lo ligan con el doctor Bernal Pinzón lazos de reconocimiento por haberlo designado Fiscal del Juzgado 3º Superior de Tunja, lo cual, "si bien no está expresamente contemplado por el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, sí tiene gran semejanza y cercanía con..." el motivo de recusación señalado en el "numeral 5º de la norma citada".

Agrega que "se ha de tener en cuenta que, aunque las causales de recusación son taxativas, esto no obsta para que se pueda declarar impedido cuando existan factores que den margen a pensar en una falta de imparcialidad y aunque no sean estos factores previstos de manera concreta por la ley". Y anota que en la obra de "Procedimiento penal" Gustavo Rendón Gaviria dice que, "cuando se trata de una recusación propiamente dicha propuesta por alguna de las partes, el motivo de recusación debe ajustarse a los casos de la disposición; pero tratándose de impedimento manifestado espontáneamente por el funcionario, conviene para los intereses de la justicia una mayor amplitud, a efecto de no obligar a un funcionario a conocer de un negocio para el que no encuentra la suficiente independencia moral por alguna razon más o menos cercana a las causales del artículo 73 (hoy 78) pero no acomodable de manera perfecta en dicha disposición".

De otra parte, expresa el Magistrado Arias Vargas que fue ponente en el proceso disciplinario adelantado contra el doctor Suárez Pineda, en el cual fue éste amonestado por las expresiones consignadas por el acusado en una diligencia de secuestro y que posteriormente la Corte Suprema estimó que constituyen abuso de autoridad, delito éste del cual se ocupa el proceso penal en el que manifiesta encontrarse impedido. Lo anterior lo aduce como un nuevo motivo para separarse del conocimiento de dicho negocio, pues considera que "manifestó su opinion en el asunto materia del juicio", precisamente "con ocasión del fallo en las diligencias disciplinarias..." citadas, motivo de recusación de que trata, observa el Magistrado Arias Vargas, el numeral 4º del citado artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien:

Los restantes Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo no encuentran fundado el impedimento de que se ha hecho referencia, pues, de una parte, entienden que el reconocimiento que en el orden afectivo se da en la persona que es designada por otra para una posición oficial no alcanza a constituir esa amistad íntima de que trata el precepto que se ocupa de los motivos de recusación, y, de otra, anotan, "la circunstancia de que el Magistrado Arias Vargas hubiera intervenido en el proceso disciplinario, no lo coloca en una situación de impedimento para resolver como Magistrado una causa diferente..."

La Corte está de acuerdo con la conclusión a que llegan los Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que calificaron el impedimento aludido, pues evidentemente no se tiene ninguna de las circunstancias que inhabilitan al juez para conocer en determinado proceso penal, según los motivos que aduce el Magistrado doctor **Arias Vargas.**

En efecto:

1º No dice el Magistrado cuyo impedimento manifiesta que exista con el doctor Bernal Pinzón **amistad íntima, y es obvio que no basta para que se forme ese lazo de amistad en tal grado el hecho escueto de que una persona sea designada por otra para el desempeño de un cargo oficial, pues conocido es que en tales casos apenas juega como factor determinante la idoneidad de la persona nombrada.**

Refiriéndose la Corte a las relaciones entre mandante y mandatario, bien parecidas a las que se pueden dar entre quien designa y la persona nombrada para ejercer un determinado cargo oficial, dice en auto de 21 de junio de 1954 (G. J. T. LXXVII, Pág. 916) lo siguiente: "El haber recibido poderes de una persona o haberse formado concepto sobre ella, así sea en el más alto sentido, no son circunstancias que, en sí mismas, entrañan amistad, y funden, en consecuencia, impedimento o recusación por este motivo".

Es de la mejor índole humana agradecer la confianza que una persona deposita en otra, como sucede con el Magistrado Arias Vargas, a quien igualmente lo acompaña una exagerada preocupación por su función juzgadora en el proceso mencionado, en cuanto esté ajena a la más infundada sospecha. Pero, se repite, no es ello suficiente para separarlo del conocimiento del negocio seguido contra el doctor Suárez Pineda.

Esta primera causal de recusación no existe, según lo observado.

2º El examen y concepto formado por el Magistrado Arias Vargas **al conocer del proceso disciplinario que fue seguido contra el doctor** Suárez Pineda **no implica concepto sobre la misma materia hoy sometida al estudio de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que conoce del proceso que, por prevaricato y abuso de autoridad, se sigue al mismo doctor Suárez Pineda.**

Una cosa de alcance particular es la falta disciplinaria y otra muy diferente es el delito. De consiguiente, como atinadamente observa el Tribunal Superior aludido con los Magistrados de la Sala de Decisión que califican el impedimento que se estudia, no existe concepto previo sobre la materia sub judice **y, por tanto, no se tiene la causal de recusación de que trata el numeral 4º del artículo 78 aludido.**

Es infundado el impedimento que manifiesta el doctor **Arias Vargas** y así debe declararlo la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **declara infundado** el impedimento que manifiesta el Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, doctor **Sixto Arias Vargas** para conocer del proceso de que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES. — IRREGULARIDADES

Una vez más advierte la Corte que a hechos o irregularidades a los cuales ni siquiera asignó el legislador la categoría de nulidades de índole legal, se le pretende elevar al rango de aquellos que la Corte, por vía de doctrina, ha situado dentro del marco constitucional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, seis de junio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

En sentencia del diecinueve de julio último el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla condenó a Rafael Antonio Orozco García, confirmando la de primer grado, a la pena principal de ocho (8) años y cuatro (4) meses de presidio como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales en Jairo y Pedro Ferrer Bovea, respectivamente, fallo contra el cual el procesado y su defensor interpusieron el recurso extraordinario de casación.

Concedido el recurso, la Corte lo declaró admisible y dispuso el traslado previsto por el artículo 577 del Código de Procedimiento Penal. Presentada la demanda por el apoderado especial del recurrente, se declaró ajustada a las exigencias legales en providencia del veintisiete de noviembre pasado, en la cual se ordenó, además, hacerla conocer de la parte no recurrente, por el término y para los fines señalados en el artículo 578 ibídem. El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por la Procuraduría Segunda, solicita a la Corte en el respectivo alegato que no invalide la sentencia recurrida.

Antecedentes

a) La sentencia de primer grado ofrece la siguiente versión de los hechos debatidos en el juicio, ajustada al contenido probatorio del proceso:

"Dicen los autos que en la noche del doce (12) de diciembre de mil novecientos setenta y uno (1971), se efectuaba una verbena en la calle 13 entre carreras 24 y 25 del municipio de Soledad, más o menos antes de las diez (22:00) se presentó una pelea entre varias de las personas asistentes a la fiesta resultando golpeado Adalberto Orozco con un 'silletazo', según manifestó Rafael Antonio Orozco García, quien tuvo conocimiento del suceso. Varios minutos después Orozco salió de la casa de la fiesta con el fin de acompañar hasta su casa a la señorita Doris Sandoval, y cuando regresaba pasó por la casa de los hermanos Jairo y Pedro Ferrer Bovea quienes acababan de llegar precisamente con sendas heridas, el primero en la cabeza y el segundo, en el pecho. Pero mientras los familiares de las víctimas buscaban la manera de llevarlos a curar a un centro asistencial, se presentó el señor Rafael Orozco García con un revólver en la mano con el cual disparó, en primer lugar contra Jairo Ferrer, quien estaba en compañía de su mujer Neida Reales Rodríguez en la puerta de la casa, y en segundo lugar, contra Pedro Ferrer Bovea, quien acudió a darse cuenta de lo que sucedía cuando oyó los disparos. Jairo Ferrer murió a consecuencia de la herida, y Pedro Ferrer quedó herido";

b) En providencia del 2 de junio de 1972 el Juzgado Tercero Superior de Barranquilla calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio con intervención del jurado de conciencia a Rafael Antonio Oroz-

co García, sindicado de homicidio en Jairo Ferrer Bovea y de lesiones personales en Pedro Ferrer Bovea, conforme a hechos ocurridos en la noche del 12 de diciembre de 1971 dentro del perímetro urbano de Soledad, departamento del Atlántico;

c) Con oportunidad de la audiencia pública el juez del conocimiento sometió a la consideración del jurado los siguientes cuestionarios:

Primer cuestionario

"El encausado Rafael Antonio Orozco García, ...es responsable de haber ocasionado la muerte, con propósito simple de matar, al señor Jairo Ferrer Bovea, habiendo recibido la víctima las lesiones que describieron los peritos forenses en la diligencia de necropsia legal, visible a folio ciento treinta y seis (136) del cuaderno principal, en concurso material con el delito de lesiones personales de que hizo víctima a Pedro Ovidio Ferrer Bovea: insuceso acaecido el día doce (12) de diciembre de mil novecientos setenta y uno (1971) en las horas de la noche, en el vecino municipio de Soledad, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo indicadas dentro del proceso, todo de conformidad con el auto de proceder?"

El jurado respondió: "Sí es responsable, por haberle dado muerte intencional a Jairo Ferrer Bovea".

Segundo cuestionario

"El encausado Rafael Antonio Orozco García, ...es responsable de haber ocasionado las lesiones que sufriera el ciudadano Pedro Ovidio Ferrer Bovea, con arma de fuego, y que describen los peritos forenses a folio ciento diecisiete (117), en concurso material con el delito de homicidio de que hizo víctima al señor Jairo Ferrer Bovea; insuceso acaecido el día doce (12) de diciembre de mil novecientos setenta y uno (1971) en las horas de la noche, en el vecino municipio de Soledad, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo indicadas dentro del proceso, todo de conformidad con el auto de proceder?"

"Sí es responsable", fue la respuesta del tribunal popular.

d) Acogiendo los veredictos, el juzgador de primera instancia condenó a Rafael Antonio Orozco García, en sentencia del 2 de marzo de 1973, a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio, sentencia que, apelada, obtuvo la confirmación del superior en la que ahora es objeto del recurso extraordinario que aquí se resuelve.

La demanda

Después de reproducir la síntesis de los hechos materia del proceso, según versión del sentenciador de segunda instancia, y de referirse al desarrollo del trámite procesal, el apoderado especial del recurrente impugna la sentencia recurrida con fundamento en la causal cuarta de casación, a cuyo amparo propone dos cargos de rango supralegal, por estimar que aquélla infringió el artículo 26 de la Constitución política. Las tachas aducidas pueden compendiarse así:

Primer cargo

Observa el demandante que no se recibieron las declaraciones testimoniales de Fernando Recio, Silvio Escorcia y Carlos Fábregas, personas ajenas a los protagonistas de los hechos. Por contraste, se recibieron los testimonios de familiares y allegados a Jairo y Pedro Ferrer, conculcándose así el derecho de defensa del procesado. El actor dedica extenso comentario a la importancia del derecho de defensa en el proceso penal, destaca la imparcialidad con que el juzgador debe integrar el acervo probatorio y recuerda jurisprudencia de la Corte sobre la materia.

Segundo cargo

También, a juicio del actor, se recortó el derecho de defensa por no habérsele notificado al procesado la providencia que amplió el término para alegar de conclusión, clausurada la etapa instructiva. Esa omisión favoreció al representante del Ministerio Público, quien sí tuvo oportunidad de conocer tal providencia. Los siguientes pasos de la demanda recogen los argumentos aducidos por el demandante para sustentar este aspecto de la censura:

"La actividad procedimental en referencia, se ve al folio 142 v., donde aparece un auto, calendado el 6 de mayo de 1972, emanado del Juzgado Tercero Superior de Barranquilla por medio del cual amplió el término para alegar a las partes.

"No hay duda de que este auto, debe ser considerado dentro de un mismo cuerpo con aquel que ordenó el cierre de la investigación que corre al folio 137 v., debía reunir las formalidades exigidas en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal es decir llevar las expresiones o palabras rituales de notifíquese y cúmplase.

"Como este auto que corre al folio 142 v. no llena el requisito antes enunciado, pues solamente es imperativo, es decir de cúmplase y deja de lado la notificación, se ha violado el derecho de defensa y de igualdad de las partes, ya que tan sólo el Agente del Ministerio Público, pudo hacer uso de la prórroga concedida, por ser su peticionario y el único que tuvo el privilegio de conocerlo".

Concluye la demanda con la solicitud de que se aplique la norma que el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal contiene en su ordinal 3º.

Respuesta del Ministerio Público

Tras breve referencia a los antecedentes procesales, el Procurador Segundo compendia de manera cabal los cargos propuestos por el impugnante. En seguida los responde con precisión y claridad así:

Primer cargo

"A. Es cierto que al recibirse indagatoria a Rafael Antonio García el 16 de diciembre de 1971, cuatro días después de los acontecimientos, manifestó que las únicas personas que pudo reconocer en la verbena fueron Silvio Escorcia, Recio y Doris Sandoval (fl. 31 vto.). En el curso de la misma diligencia se le preguntó quiénes se encontraban frente a la residencia en donde ocurrieron los hechos y contestó: 'Vi a los tres señores Jairo Ferrer, Julio Ferrer y Pedro Ferrer Bovea, no vi a más nadie' (fl. 32 vto.).

"La única persona que declaró fue Doris Sandoval (fl. 70).

"El testimonio de Fernando Recio fue solicitado nuevamente por el abogado de Orozco al folio 125, se ordenó (fl. 125 vto.) y se libró la boleta de citación número 18 (fl. 126), pero se ignora el motivo por el cual este ciudadano no compareció. En cambio sí Juan Manuel Escobar cuyo testimonio se pidió en la misma oportunidad.

"Silvio Escorcia no fue citado a declarar por motivos que se ignoran. Y en cuanto a Raúl Fábregas, no fue mencionado por el acusado sino por la señora María Bovea de Ferrer (fl. 46).

"En cuanto a Clemente Niebles, el acusado Orozco García dijo que antes de concurrir a la verbena estuvo en casa de su amigo Niebles situada en la calle 13B con carrera 25 del municipio de Soledad (fl. 32).

"El apoderado de Orozco García en el escrito del folio 125 solicitó la ampliación de indagatoria y en esta oportunidad el acusado cambió la versión de los acontecimientos pues aseguró que reaccionó cuando encontró a su sobrino Adalberto Orozco inconsciente, víctima de la agresión de los Ferrer. Tampoco en esta diligencia nombró testigos oculares de los hechos.

"Del análisis anterior se concluye que el acusado no mencionó personas que hubieran presenciado el desarrollo de los acontecimientos que culminaron con la muerte de Jairo Ferrer y las lesiones de su hermano Pedro. Las citadas en la indagatoria eran las que conoció en el lugar en que se celebró la verbena pero, se repite, fuera de la familia Ferrer nadie presenció los acontecimientos si nos atenemos a las versiones del propio acusado.

"No quiere significar este despacho que la solicitud del acusado podía despreciarse pero sí quiere puntualizar que esos testimonios no eran decisivos como ahora se pretende con motivo del recurso de casación.

"B. La omisión a que se hace referencia en el libelo ocurrió en la etapa sumarial y no en la etapa de la causa. En ésta la defensa despreció las oportunidades que le ofrece la ley y no insistió en la práctica de las diligencias que hoy se echan de menos.

En efecto:

"Por auto del 12 de julio de 1972 se abrió el juicio a prueba, esta providencia se noti-

ficó personalmente tanto al procesado Orozco como a su apoderado doctor Régulo de Lavalle Matera y los dos dejaron vencer el término legal sin formular peticiones. (fls. 180 vto. y 181).

"Igualmente despreciaron la facultad que otorga a las partes el artículo 513 del Código de Procedimiento Penal.

"Y en la audiencia pública en nada se refirieron a los testimonios cuya ausencia hoy se lamenta, vale decir, ni para solicitar su recepción en el curso del debate público ni tampoco para hacer notar al jurado esta omisión, pues la defensa orientó su intervención a tratar de demostrar el estado anímico en que actuó el acusado al encontrar a su sobrino Adalberto Orozco herido, víctima del ataque de los hermanos Ferrer Bovea.

"La primera protesta surgió cuando se conoció la sentencia condenatoria de primer grado y en ella tan sólo se refirió a Fernando Recio (fls. 223 a 226). Su abogado al sustentar la apelación ante el Tribunal Superior de Barranquilla incluyó a Clemente Niebles, no mencionado por el acusado en su indagatoria, como ya se demostró, y a Silvio Galofre Escorcia quien, conforme a la versión de Orozco García, estuvo presente en la verbena pero no presenció los acontecimientos.

"Con esta segunda observación prueba este despacho que la omisión ocurrió en la etapa del sumario y no en la causa. La doctrina enseña que el artículo 26 de la Constitución Nacional tutela plenamente el derecho de defensa en esta última etapa del proceso y no en la primera, porque en ella se traba la relación procesal entre acusación y defensa y se garantiza el ejercicio de ésta con la representación del acusado por un profesional del derecho, quien dispone de la oportunidad legal de solicitar pruebas, intervenir en el debate público e interponer los recursos que estime convenientes.

"En resumen, si la defensa dejó pasar las oportunidades procesales que ofrece el plenario para insistir en la práctica de pruebas no realizadas en el sumario, esa omisión no atentó contra los intereses del acusado, y seguramente obedeció al plan que a su legal saber y entender, siguió su abogado en esa etapa del proceso.

"En conclusión, el cargo no puede prosperar por las razones expuestas.

Segundo cargo

"Se enuncia como motivo de nulidad legal por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, pues solicitada por el Fiscal del Juzgado Superior la ampliación del término para alegar con motivo de la clausura de la investigación, a ella se accedió pero no se notificó la providencia personalmente al acusado.

"Baste decir al respecto que la ley no sanciona con nulidad no notificar esta actuación al acusado que, por lo demás, está autorizada por el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal. Ningún perjuicio sufrió la defensa porque el auto de clausura se notificó personalmente tanto a Orozco como a su abogado (fl. 137 vto.) y este último no presentó alegato en el término ordinario ni en la ampliación.

"En síntesis, este segundo cargo tampoco puede prosperar por ausencia de fundamento jurídico".

La Corte considera

1. El análisis realizado por el Procurador en su respuesta al primer cargo demuestra por modo incuestionable que el procesado en ninguna de sus versiones mencionó personas que hubiesen presenciado el desarrollo de los acontecimientos que culminaron con la muerte de Jairo Ferrer y las lesiones de su hermano Pedro. Las citadas en la indagatoria eran las reconocidas por el deponente en el lugar en donde se celebró la verbena, y por ello es posible afirmar que, según el propio acusado, sólo la familia Ferrer Bovea fue testigo ocular de los hechos materia del proceso. Todo lo cual permite concluir que tales testimonios carecían de significado trascendente en la secuela del juicio y por tanto el haberse pretermitido su recepción no estructura la nulidad constitucional alegada.

2. Consta a través del informativo que se cumplieron en lo fundamental las normas reguladoras del debido proceso. El auto de

proceder se profirió con el lleno de los requisitos sustanciales y formales previstos por los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal. Los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado por el juez de la causa consulta el precepto contenido en el artículo 533 del citado estatuto. El debate oral durante la audiencia pública se produjo con la adecuada amplitud. Rechazó el representante del Ministerio Público la tesis de la legítima defensa, planteada inicialmente por el procesado en la indagatoria, y, acorde con el criterio expuesto en el vocatorio, solicitó de los jueces de conciencia una respuesta afirmativa de la responsabilidad para ambas infracciones, sin atenuantes. Tales argumentos y conclusiones fueron compartidos, en esencia, por el personero de la parte civil. Haciéndose eco de la segunda versión del acusado, el titular de la defensa sostuvo tenazmente en favor de su defendido la excusa de la provocación, ilustrando al jurado sobre sus elementos estructurales, conforme al artículo 28 del Código Penal. Agotada la controversia en la medida en que las partes lo estimaron conducente y oportuno, el tribunal popular pronunció sus veredictos en armonía con la solicitud del Ministerio Público. Acatando la voluntad declarada del jurado, se profirió la sentencia condenatoria de primera instancia que, apelada por el defensor, habría de confirmar el Tribunal, no sin antes conocer el alegato en que aquél sustentara el recurso.

3. Es temerario afirmar, en consecuencia, que el acusado estuvo destituido de defensa en este proceso. El defensor, como lo reconoce la sentencia impugnada, cumplió con su deber, sin que pueda la Corte, en sede de casación, elaborar un esquema ideal de defensa, para apreciar peyorativamente, confrontándola con aquél, la actividad defensiva del profesional que, obrando de acuerdo con su leal saber y entender, concibió y desarrolló el plan que estimara más conveniente para los intereses de su patrocinado.

No se justifica, por lo visto, la tacha estudiada.

4. La circunstancia de no haberse notificado personalmente al procesado el auto que ampliaba el término para alegar en manera alguna cercenó el derecho de defensa, porque el auto de clausura, como consta al folio 137 vuelto del informativo, fue notificado de manera personal a Orozco García y a su apoderado. Se le garantizó así al procesado el derecho de alegar en esa oportunidad. Otra cosa es que precluyera aquel término sin que hubiese ejercido tal derecho.

Una vez más advierte la Sala que a hechos o irregularidades a los cuales ni siquiera asignó el legislador la categoría de nulidades de índole legal se les pretende elevar al rango de aquellos que la Corte, por vía de doctrina, ha situado dentro del marco constitucional.

No prospera, en suma, la causal cuarta aducida. Habrá de aplicarse, consecuentemente, la norma contenida en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Perez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONFLICTO DE DEBERES

Al optar el juez por acatar el que le parece más valioso, desaparece en esa forma, la culpabilidad de su conducta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio doce de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Neiva su providencia de 21 de marzo del año en curso, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor de Jaime Montero ex-Juez Promiscuo Municipal de Paujil, por conductas realizadas en ejercicio de dicho cargo.

Hechos y actuación procesal

El sucesor del funcionario acusado, dispuso compulsar copias de la actuación de éste dentro del proceso que contra María Luisa Giraldo y otros se venía adelantando en ese juzgado por el delito de hurto.

Tales copias sirvieron de base al Tribunal mencionado para dictar auto cabeza de proceso con fecha 17 de marzo de 1971 adelantándose la investigación a la cual se trajeron sendas copias del acuerdo de nombramiento de Jaime Montero como Juez Promiscuo Municipal de Paujil, en interinidad y de su posesión en dicho cargo así como certificado, proveniente del Alcalde de ese municipio, en el sentido de que el sindicado había ejercido las funciones inherentes al mismo desde el 1º de septiembre de 1969 hasta el 1º de octubre de 1970.

Entre las copias remitidas por el sucesor del sindicado, aparecen la del auto de 9 de diciembre de 1969 por el cual la Alcaldía Municipal decretó la detención preventiva de María Luisa Giraldo García como sindicada por el delito de hurto en que aparece ofendido Demetrio Molina; la del fechado a 17 de enero de 1970, proferido por el juzgado que se viene mencionando y en el que revoca la libertad que, por la providencia antes mencionada se había concedido a María del Carmen Monroy, sindicada por el mismo delito; la del que se dictó, también por el Juzgado, el 12 de marzo del año últimamente citado y por el cual se niega la libertad de las sindicadas que se acaban de mencionar, y, finalmente, la del 17 de marzo de ese mismo año por el cual se concede a María Luisa Giraldo y a Carmen Monroy "el beneficio de permanecer fuera del establecimiento carcelario dándoles la ciudad por cárcel, a partir de la notificación de esta providencia, condicionalmente (sic) que deben observar buena conducta en todo sentido y presentarse a este despacho periódicamente cada mes so pena de darles por terminado este beneficio en caso de incumplimiento y ordenar nuevamente su reclusión en el establecimiento carcelario".

En la parte motiva de la providencia que se acaba de transcribir parcialmente se dice que tal medida se toma por cuanto las sindicadas han venido observando buena conducta y porque "en dicho establecimiento carcelario no hay lugar apropiado para la reclusión de mujeres" y además, atendiendo a la solicitud hecha por las sindicadas en el sentido en que se pronuncia la providencia (fl. 6).

Durante la investigación se oyó sin juramento al ex-juez Monroy y al interrogársele sobre el beneficio otorgado a las sindicadas Giraldo y Monroy y de que trata la providencia que se acaba de citar, manifestó que en el local destinado a cárcel en Paujil no existía, para aquel entonces, separación entre hombres y mujeres y que el director de la cárcel frecuentemente le presentaba quejas de irrespetos cometidos por aquéllos sobre éstas.

Se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial a la casa destinada a cárcel, estableciéndose (fl. 42) que, en efecto, no había separación adecuada para que estuvieran aparte hombres y mujeres allí detenidos.

El exdirector de la cárcel de ese municipio Luis Antonio Hurtado Ortiz, declaró (fl. 45) que aun cuando en la época en que él ocupó ese cargo no hubo irrespetos, lo único que separaba a los detenidos de las detenidas era una baranda y que, a pesar de la vigilancia de los guardianes, la situación era inadecuada por falta de un patio destinado exclusivamente a mujeres.

En este mismo sentido declaró otro exdirector de la cárcel, Teófilo Gutiérrez, quien dice que las dos mujeres atrás mencionadas permanecieron en un zaguán pero que no había lugar especialmente destinado a las detenidas (fl. 40).

En la providencia que se examina, el a quo expresa en síntesis, que no se estructura el delito de prevaricato ni ninguno otro contra la administración pública por falta absoluta de elemento subjetivo propio de esas infracciones ya que lo único que el exjuez acusado pretendió, al conceder a las detenidas Monroy y Giraldo la ciudad por cárcel pese a que él mismo había manifestado, en una providencia, que no eran acreedoras al beneficio de libertad provisional, fue evitar el daño que podía sobrevenir de la promiscuidad en que tenían que permanecer, forzosamente, dentro de la casa destinada a cárcel en ese lugar, las mujeres y los hombres detenidos en ella.

En el presente grado de jurisdicción, el Procurador Segundo Delegado Penal solicita que se confirme la providencia consultada por compartir las consideraciones del Tribunal sobre la conducta materia de investigación ya que no existe prueba de que el sindicado procedió con ánimo de desconocer la ley por motivo reprobable.

Consideraciones de la Corte

Salta a la vista en el presente proceso que la motivación del acto ejecutado por ex-juez Montero al acceder a la solicitud de las detenidas Giraldo y Monroy para que se las sacara del establecimiento de detención en que se encontraban y que era una simple casa destinada al efecto, en la cual no había separación, distinta a una baranda, entre hombres y mujeres, estado de cosas que o bien iba en desmedro de la disponibilidad sexual de las detenidas quienes podían fácilmente ser objeto de atropellos de este tipo por parte de los varones allí detenidos o bien, en caso de que ellas se prestaran a tales actos, provocaría una situación inmoral dentro del mismo, no fue otra que la de evitar los graves daños a la moral que fácilmente podrían sobrevenir de continuar la promiscuidad de los encarcelados.

Esa motivación hace desaparecer el dolo de la conducta juzgada ya que fácilmente se advierte la moralidad de ésta, lo que resultaría incompatible con la exigencia ínsita en este grado o forma de culpabilidad de que el agente conozca la ilicitud de la conducta y el daño que pueda ser su resultado y, sin embargo, persista en actuar.

En el presente caso, lejos de haberse causado un daño, se dio, por el contrario, adecuada protección a un bien jurídico propio tanto de las personas implicadas en la conducta, o sea las dos mujeres detenidas, como de la colectividad, a saber la sanidad moral de las costumbres.

Pero aun cuando se considerara que esa dirección jurídica de la conducta no hace desaparecer el dolo, habría que excusar de todos modos, penalmente, la del sindicado por haber actuado éste dentro de una situación de conflicto de deberes, a saber, el que le imponía la ley de mantener detenidas a las dos mujeres y el de preservar la moral.

Ante esa oposición de deberes, el juez optó por acatar el que le pareció más valioso, o sea el último, desapareciendo, en esta forma, la culpabilidad de su conducta.

Se justifica, en consecuencia, la decisión tomada por el a quo cuya providencia deberá ser confirmada.

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirme la decisión consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — TECNICA

La demanda debe, de un lado, estudiar la base normativa que sirvió para el pronunciamiento del juzgador y del otro, las disposiciones infringidas por cualquier causa. La omisión de estas citas inhibe a la Corte para considerar la impugnación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio seis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Rafael Vecino Santamaría recurrió en casación el fallo del 24 de agosto de 1973, en el cual fue condenado a la pena principal de quince años de presidio por el delito de homicidio agravado en la persona de Roberto Marín Colmenares, fallo que modificó, a su vez, el dictado por el Juez Superior de Barrancabermeja el 11 de mayo del año citado.

Al recurso se le ha dado la tramitación legal y es procedente entrar a decidir sobre él.

Los hechos del proceso

Se sintetizan así: Roberto Marín Colmenares residía en un predio de su propiedad ubicado en el paraje de Vara Santa, corregimiento del Centro, municipio de Barrancabermeja, y en las inmediaciones habitaba Rafael Vecino Santamaría, quien desde tiempo atrás guardaba marcada malquerencia a Marín Colmenares. Encontrándose éste en su vivienda, en las horas de la tarde del 25 de febrero de 1972, vio llegar a Vecino Santamaría en actitud amistosa y, después de saludar a los presentes, se fue acercando a Colmenares y en cuanto lo tuvo ante sí y en superioridad de condiciones, lo agarró del cuello, le imposibilitó la defensa y le dio varias puñaladas que le causaron la muerte.

Ante lo sorpresivo del ataque, Rosa Amelia Castillo, concubina de la víctima, intentó alguna intervención para defenderlo, sin que lo lograra, antes bien, recibiendo una herida en un brazo. Acto continuo el malhechor emprendió la fuga.

La objetividad de la infracción quedó demostrada plenamente. Según la diligencia de necropsia, Roberto Colmenares murió por anemia aguda debido a la lesión perforante del tórax, del pulmón izquierdo y de la arteria subclavia izquierda. Las lesiones de Rosa Amelia Castillo le ocasionaron una incapacidad de cinco días, sin consecuencias.

La culpabilidad de Santamaría y la responsabilidad consiguiente aparecen nítidas en el auto de llamamiento a juicio, con prueba plena o completa, y el jurado la aceptó respecto del homicidio agravado, conforme el numeral 5º del artículo 363, diciendo: "Sí es responsable, con el atenuante de no tener antecedentes judiciales". En lo que se relaciona con las lesiones sufridas por la Castillo, el jurado absolvió, por estimar que se produjeron accidentalmente.

Sobre esta base se dictó el fallo que es materia del presente recurso.

La demanda de casación

El apoderado del recurrente invoca las causales primera y cuarta de casación, y con disertaciones extensas sobre las generalidades de la doctrina acerca de este recurso, particularmente en las legislaciones forá-

neas, trae los siguientes dos párrafos a manera de sustentación:

"Causal primera del artículo 580, en toda su extensión y especialmente interpretación errónea de la prueba, ya que se ha violado la ley puesto que no está con precisión la prueba del proceso, en consecuencia he de alegar como recurrente sobre este punto, habiéndose incurrido en error de derecho y también en error de hecho que está probado tal error en los autos. Esta causal es amplia para alegar y no existe la prueba de que mi mandante sea el autor del hecho y creo que he de demostrarlo.

"También invoco la causal cuarta ya que el juicio está viciado de nulidad por ausencia de representante legal en la diligencia de reconstrucción, en la cual no tuvo personería legal el procesado, ya que por desconocer él los hechos lo que sostuvo en todo el proceso se negó manifestando que no sabía de qué se trataba y que desconocía lo que hubiera sucedido ese día porque no se acordaba. En consecuencia el juez solicitó la colaboración de Julio Ariza Ardila, quien aceptó el cargo de la persona del sindicado y se le instruyó sobre los hechos y sobre la forma en que debía actuar y expresarse de acuerdo con lo establecido por supuestos testigos. Pero no tuvo representante legal mi mandante señor Rafael Vecino Santamaría y de ello trataremos al examinar esta causal".

El actor transcribe muchas diligencias del proceso, entre otras, las declaraciones de Rosa Amelia Castillo, Robertina Marín González e Israel Marín, con las que pretende revivir el debate que finalizó en la audiencia pública, todo para concluir en estas dos consideraciones: primera, "la audiencia no se hizo con la seriedad, respeto y los principios que regulan la trascendencia del acto, y merece la nulidad correspondiente"; segunda, Vecino Santamaría no estuvo adecuadamente representado en la diligencia de reconstrucción, hecho que contraría el artículo 26 de la Carta, pues viola las formas propias del juicio.

Volviendo, al parecer, a la causal primera, dice el libelo:

"Se ha violado todo el cuerpo de leyes reguladoras de la prueba, y ello influyó poderosamente en lo dispositivo de la sentencia, pues se ha infringido la ley penal al calificar los hechos de la causa, y estamos ante el error en la calificación de la participación del reo en el delito. Como se sabe este error de calificación de hechos determina la intervención de mi mandante en la producción de los hechos constitutivos del delito, en el cual no está probada la personería en el hecho, y hay que subsanarlo en la casación, pero realmente el error principalmente lo determina el que se establece que se ha infringido la ley dando a los hechos de la causa imputación que no corresponde a mi mandante, por no estar perfectamente identificado. Ruego pues al honorable Magistrado que la causal invocada no es forma concreta el haberse infringido la ley penal al calificar los hechos de la causa, y en consecuencia hay motivo de casación por existir error en la calificación de la participación del reo en el delito".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo pide que se deseche el recurso, y sustenta su petición así:

"A juicio de esta Procuraduría Delegada, la demanda de casación a que se acaba de hacer referencia no permite un pronunciamiento de fondo, por las siguientes razones:

"En cuanto a la causal primera de casación, porque la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia reiterada desde noviembre de 1944, y con sobra de argumentos jurídicos, ha establecido que la violación indirecta de la norma de derecho sustancial es impertinente en los juicios con intervención del jurado.

"De otra parte, porque en el hipotético caso de admitir la acusación al amparo de la violación indirecta de la norma de derecho sustancial, el actor desconoce la técnica propia del recurso descrito en los artículos 576 y 580, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal y 374 del Código de Procedimiento Civil, en su parte pertinente.

"Y, finalmente, porque la impugnación, con apoyo en la causal cuarta de casación carece de fundamento jurídico, ya que la circunstancia anotada por el demandante carece de relevancia. De admitirse, bastaría

al acusado negarse a colaborar en una actuación judicial para que ésta quedara viciada".

Consideraciones de la Corte

1. La primera obligación del demandante en casación, de acuerdo con el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal es, conjuntamente, con expresar las causales que se aduzcan para pedir la infirmación del fallo, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, pero, de manera muy especial, citar "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas". Si no se cumple cualquiera de estos requisitos, la Corte carece de razón para estudiar el supuesto enfrentamiento entre la norma y el fallo recurrido. De un lado, pues, debe estudiarse la base normativa que sirvió para el pronunciamiento del juzgador, y del otro, las disposiciones infringidas por cualquier causa. La omisión de estas citas inhibe a la Corte para considerar la impugnación.

2. En el presente caso, la demanda no sólo no trae fundamentos claros y precisos, pues, apelando a la causal primera plantea simultáneamente errores de hecho y de derecho referentes a los mismos puntos, y enunciando la cuarta reitera las hipotéticas equivocaciones del juzgador, sino que en ningún momento cita las normas sustanciales infringidas, como lo exige el estatuto procesal. Estos vacíos impiden a la Corte puntualizar los cargos y descubrir su relevancia jurídica. Por lo tanto, la demanda está afectada de ineptitud sustantiva y no procede su estudio. Así lo determinará la Sala.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Rafael Vecino Santamaría contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Para que sea procedente se requiere que exista un "hecho nuevo", vale decir, cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

La señora María del Carmen Mariño de Pedroza ha solicitado a la Corte por segunda vez, por conducto de apoderado especial, que ordene la revisión del proceso en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante sentencia ejecutoriada del veintisiete de octubre de mil novecientos setenta y dos, que confirmara con modificaciones la de primer grado, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja el doce de julio del mismo año, la condenó a la pena principal de dos (2) años y seis (6) meses de prisión y multa de mil pesos ($ 1.000.00) moneda legal, como responsable del delito de lesiones personales culposas en la señora Victoria Ruiz.

Abierto el trámite propio del asunto, se trajeron a las diligencias los elementos de juicio que solicitara el actor. Durante el traslado previsto por el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal formularon sus alegatos el Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo, y el personero judicial de la recurrente para el caso. Se procede, en consecuencia, a dictar sentencia de mérito.

Antecedentes

a) Aproximadamente a las siete de la mañana del cinco de septiembre de mil novecientos sesenta y siete la señora María del Carmen Mariño de Pedroza, acompañada del chofer José Noel Felizzola, conducía por las vías públicas de Tunja el automóvil de placas B-1887, de propiedad de su esposo. A la altura de la calle 16 con la carrera 11, la señora Mariño de Pedroza subió el vehículo al andén, atropellando a la señora Victoria Ruiz, quien por allí pasaba en esos instantes. La gravedad de los traumatismos recibidos por la víctima hizo necesario que, mediante intervención quirúrgica, se le amputara el miembro inferior izquierdo;

b) Promovida la correspondiente investigación, mediante auto del 18 de abril de 1968 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja sobreseyó definitivamente en favor de la señora María del Carmen Mariño de Pedroza y de José Noel Felizzola, también vinculado al proceso, providencia que el Tribunal Superior de Tunja revocó en la suya del 31 de julio del mismo año para sustituirla por un sobreseimiento de carácter temporal. Reabierta la investigación e incorporados al informativo nuevos elementos de juicio, el Juzgado Segundo Penal del Circuito, al cual habían pasado las diligencias, por auto del 23 de septiembre de 1971 abrió causa criminal contra la señora Mariño de Pedroza por el delito de lesiones personales en Victoria Ruiz y sobreseyó definitivamente en favor de José Noel Felizzola por el mismo ilícito. Celebrada la audiencia pública, se produjeron las senten-

cias condenatorias de primero y segundo grados ya mencionadas.

La demanda de revisión

La segunda demanda de revisión se apoya en las declaraciones extrajuicio de los señores Juan Alvarado y José Noel Felizzola, rendidas ante el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá con fechas 6 y 9 de noviembre de 1973, respectivamente, conforme a las cuales el autor del delito de lesiones personales en Victoria Ruiz no fue la señora Mariño de Pedroza sino el mencionado señor Felizzola. Estima el actor, invocando la causal 5ª de revisión, que ha surgido así un hecho nuevo, no conocido al tiempo de los debates inherentes al proceso original, que establece la inocencia de la persona condenada.

En el período probatorio los ciudadanos Alvarado y Felizzola comparecieron ante la Corte, en donde fueron interrogados por el Magistrado sustanciador y el titular de la Procuraduría Delegada.

Los alegatos

Al alegar de conclusión examina el Procurador con especial atención el contenido probatorio del proceso original, los elementos de juicio en que se fundara la primera solicitud de revisión y los que ahora se ofrecen como soporte de la segunda, análisis en el cual se apoya para formular las siguientes conclusiones:

"Primera. El hecho de arrebatar Felizzola el timón a la señora de Pedroza tan pronto advirtió la falla mecánica del automotor, fue dado a conocer el mismo día de los acontecimientos por las dos personas mencionadas, ampliamente debatido en el proceso y desechado, ya que se señaló como única autora del ilícito a la señora María del Carmen Mariño de Pedroza.

"Segunda. Los mismos hechos a que se acaba de hacer alusión fueron propuestos como motivo de revisión hace un año y la honorable Corte Suprema de Justicia en acuerdo con el Ministerio Público los desechó, porque no eran 'nuevos', por las mismas razones expuestas en el numeral anterior.

"Tercera. En esta oportunidad nuevamente se pretende presentar como 'hechos nuevos' la falla mecánica y la maniobra ejecutada por Felizzola. Es indudable que carecen de esa calidad especial de haberse ignorado en el proceso original o de surgir con posterioridad al mismo pues, una vez más debe repetirse, se conocieron desde el mismo día de los acontecimientos y se debatieron en las instancias como ya quedó ampliamente demostrado.

"Cuarta. Por último, aparece muy sospechoso a este despacho que el señor Felizzola, a sabiendas de haber sido sobreseído definitivamente en el proceso y de que contra él no se puede promover nuevo informativo por el mismo hecho (Art. 115 del Código de Procedimiento Penal) se declare culpable del accidente para de esta manera pretender exonerar de responsabilidad penal a la señora María del Carmen Mariño de Pedroza. Por lo demás, al rendir indagatoria el mismo día de los hechos Felizzola dio a entender que tomó el timón del automóvil después de ocurrido el accidente para retirarlo del andén, pues la señora Victoria Ruiz quedó aprisionada por el vehículo y la pared. Esta versión encontró respaldo en las últimas respuestas del testigo Juan Alvarado, en la diligencia rendida ante la Corte Suprema".

El representante del Ministerio Público pone término a su intervención escrita con la solicitud de que se niegue la revisión impetrada.

A su turno sostiene el demandante en el respectivo alegato que el hecho nuevo por él alegado radica en la nueva versión suministrada por José Noel Felizzola, pues mientras en la indagatoria que rindiera en el proceso original afirmó que la maniobra por él ejecutada con el volante del automóvil se había producido con posterioridad al accidente, en su exposición ante el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Bogotá asume la autoría de los hechos materia del proceso.

Tal es el tema central del alegato, repetido insistentemente en numerosos pasos de su contexto general. Sin embargo, los párrafos siguientes parecen recoger la esencia de la argumentación:

"No se acomoda a la realidad procesal la conclusión a que llegó el señor Procurador

Delegado en lo Penal de que los hechos planteados con motivo de la nueva revisión ya habían sido ampliamente debatidos en el proceso y desechados por los funcionarios que actuaron en las dos instancias del proceso, y también por la honorable Corte Suprema con motivo de la primera revisión del proceso, porque el hecho nuevo en que se apoya la presente revisión consiste en que el señor José Noel Felizzola "tan pronto se pegó el acelerador y al darme cuenta de esto, como venía al lado derecho le quité el timón y me monté sobre el andén habiendo atropellado con el bomper a la señora Victoria Ruiz..."

"En la diligencia de indagatoria de José Noel Felizzola rendida ante el señor Inspector de Tránsito y Transportes de Tunja, aceptó que quien iba conduciendo el vehículo de propiedad del señor Pedroza era la señora Carmen Mariño de Pedroza y que cuando hizo el pare y al arrancar se 'le pegó el acelerador y como el motor hizo un ruido espantoso y una señora que iba al otro lado de la vía y por su edad no alcanzó y vino a estrellarse contra el bomper del vehículo que manejaba la señora Carmenza'. Y estos sí fueron en verdad los hechos debatidos en las instancias y sobre los cuales se pronunció la justicia".

Apoyado esencialmente en tales argumentos, el actor concluye solicitando que se ordene la revisión del proceso seguido a la señora María del Carmen Mariño de Pedroza "por el delito de lesiones personales de que fue víctima la señora Victoria Ruiz el día 5 de septiembre de 1967".

La Corte considera

1. Como ya hubo de expresarse, la segunda solicitud de revisión descansa sobre los testimonios de José Noel Felizzola y Juan Alvarado, que en lo pertinente dicen:

"...ese día como dije lo conducía (el automóvil) la señora María del Carmen (Carmenza) y llegamos a la calle 16 con la carrera 11; ella hizo el pare y al arrancar, se pegó el acelerador y al darme cuenta de esto, como venía al lado derecho le quité el timón y me monté al andén habiendo atropellado con el bomper derecho a la señora Victoria Ruiz, causándole algunas lesiones debido a tal desperfecto de la máquina... como lo he dicho, los hechos sucedieron en esa forma por lo que a la señora María del Carmen (Carmenza) Mariño de Pedroza no le puede caber ninguna responsabilidad por los hechos anotados y por la manera como se presentaron; además yo fui quien tomé el timón en ese momento y le di el cabrillazo a la izquierda, pegándole a la señora Victoria Ruiz con el bomper derecho, ya que no había nada más que hacer debido a la pegada del acelerador, caso en el cual los frenos no son suficientes para parar en tan corto espacio el carro..." (fl. 2, cuaderno 2º revisión).

"Me consta que quien iba conduciendo el automóvil a que me vengo refiriendo era la señora María del Carmen (Carmenza) Mariño de Pedroza, hasta cuando se hizo el pare correspondiente y en ese momento fue cuando Felizzola, que iba al lado derecho de aquélla tomó el timón y sucedió el accidente, causándole lesiones a la señora Ruiz... por la manera como se sucedieron los hechos y para mi concepto el responsable del accidente que causó las lesiones personales a la señora Victoria Ruiz, fue José Noel Felizzola quien tomó el vehículo y conducía el automóvil cuando aquél ocurrió. Para mí la señora María del Carmen no tuvo ninguna culpabilidad en él..." (fl. 4, cuaderno 2º revisión).

2. En la declaración indagatoria rendida el 7 de septiembre de 1967, es decir, dos días después de ocurridos los hechos, afirmó el señor José Noel Felizzola: "Yo me di cuenta de la cogida de la señora Victoria fue cuando sentí el golpe porque yo estaba atendiendo a la pegada del acelerador y de coger el timón para que no fuera a suceder nada respecto a la fuerte desbocada del motor debido a la pegada del acelerador" (fl. 6 del proceso original).

Y la señora Mariño de Pedroza relató en su declaración de inquirir, el mismo día del accidente, que había hecho la parada reglamentaria; que al arrancar se pegó el acelerador y frenó; que el señor Felizzola ejecutó la misma maniobra y —son sus palabras— "...le pegó el timonazo hacia la izquierda pero en ese momento se apareció una señora a quien yo no conozco y seguramente por la edad se bajó del andén lan-

zándose sobre el vehículo y cogiéndola con el bomper fue lanzada sobre el andén..." (fl. 4 vto. del proceso original).

3. Precisamente los hechos narrados por la señora Mariño de Pedroza y el señor Felizzola le sirvieron de soporte al sobreseimiento definitivo que en su favor profiriera el Juzgado Penal Municipal de Tunja, por estimar que el resultado dañoso se debió a un caso fortuito (fls. 62 a 64). Tal decisión, como se recordará, fue revocada por el superior, y posteriormente, con oportunidad de la nueva calificación del sumario, el Juzgado Segundo Penal de la ciudad nombrada llamó a juicio a la señora María del Carmen Mariño de Pedroza como única responsable de las lesiones sufridas por la señora Victoria Ruiz, por considerar que los peritos de la circulación de Tunja a cuyo cargo estuvo el examen del vehículo el mismo día del accidente dictaminaron que aquél se encontraba en perfectas condiciones mecánicas, concluyendo que el hecho se debió a la impericia de la acusada, quien sólo obtuvo el pase para conducir al día siguiente de los acontecimientos. En la misma providencia se sobreseyó definitivamente en favor de José Noel Felizzola (fls. 152 y ss., cuaderno principal).

4. En la segunda instancia tornaron a debatirse la falla mecánica invocada y la participación del señor Felizzola en el accidente, extremos descartados por el Tribunal al confirmar el auto de calificación calendado el 23 de septiembre de 1971 (fls. 24 y ss., del cuaderno Nº 5).

5. Con ocasión de la audiencia pública el defensor de la señora Mariño de Pedroza insistió en el planteamiento de la tesis relativa a la falla mecánica tantas veces mencionada, lo que diera oportunidad para que las sentencias de primero y segundo grados examinaran de nuevo los hechos alegados ab initio por doña Carmenza y su acompañante, José Noel Felizzola. Especialmente el Tribunal Superior de Tunja se refirió en amplio estudio a la impericia de la inculpada, quien de acuerdo con su propia versión al advertir que la señora Victoria Ruiz venía hacia el carro "...yo con el susto solté la cabrilla y cerré los ojos y no vi pero no recuerdo de más nada por los nervios tan espantosos que me dieron..." (fls. 183 y ss. del cuaderno principal y 10 y ss. del cuaderno Nº 7).

6. Al decidir la Corte la primera solicitud de revisión propuesta respecto del proceso original expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

"Dos clases de observaciones deben formularse a las pruebas acabadas de reseñar: La primera consiste en que, no habiendo sido los deponentes testigos presenciales de los hechos, sus declaraciones son de oídas, de segunda mano, con lo cual se está indicando que nada les consta personalmente, y que, por tanto, sus palabras de referencias no tienen valor suficiente para establecer hechos concretos que no presenciaron. La conclusión anterior toma mayor fuerza si se tiene en cuenta el origen mismo de sus dichos de oídas: La familia Pedroza y Felizzola, su chofer.

"La segunda consiste en que aun aceptando que con tales declaraciones se estableciera el hecho que el demandante en revisión pretende, él no constituiría hecho nuevo, puesto que ya fue largamente debatido en el proceso respectivo. En efecto: Tales situaciones fueron planteadas en las indagatorias de la señora Carmenza Mariño de Pedroza (fls. 3 ss., 16 ss., cuaderno Nº 125) y de José Noel Felizzola (fls. 5 ss., 19 ss.). Y fueron consideradas en el primitivo sobreseimiento de carácter definitivo en favor de los dos sindicados (fls. 62 ss.), en el del Tribunal por medio del cual se revocó el anterior para sobreseer temporalmente y decretar la reapertura de la investigación (fls. 81 ss.), en el auto de 23 de septiembre de 1971 por medio del cual el Juzgado 2º Penal del Circuito de Tunja llamó a responder en juicio a la señora de Pedroza y sobreseyó definitivamente en favor de Felizzola (fls. 156 ss.); se debatió de nuevo en la audiencia pública (fls. 177 ss.) y tampoco estuvo ausente su consideración en la sentencia condenatoria de primer grado, en donde se dedujo la responsabilidad penal, por culpa, en cabeza de la señora de Pedroza (fls. 183 ss.), ni en la de segunda instancia (cuaderno Nº 7, fls. 10 ss.), en la cual también se formularon consideraciones sobre los hechos que ahora pretenden plantearse como nuevos. Siendo de advertir que al tramitarse el recurso de apela-

ción contra el auto de proceder, el defensor de la procesada también los planteó al sustentarlo (cuaderno Nº 5, fls. 3 ss.) y el Tribunal, en su respectiva providencia, igualmente se refirió a ello (id. fls. 24 ss.)".

7. Es indubitable, frente al acervo probatorio que se acaba de examinar, que la señora Carmenza Mariño de Pedroza y el conductor Felizzola se refirieron en el proceso original, de manera inequívoca, a la intervención del segundo de los nombrados, previa al momento culminante del accidente. Por tanto, no existe aquí "hecho nuevo", vale decir, cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surge, bien la inocencia o no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad.

Consecuentemente, habrá de denegarse la solicitud de revisión estudiada.

Decisión

En mérito de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revisión del proceso a que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen, dejando en la Corte copia del fallo. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La nulidad es la invalidez jurídica de la relación procesal, por falta de presupuestos para su constitución, o de actos realizados en el proceso imperfecta o irregularmente por inobservancia de condiciones de forma, de modo o de tiempo señalados por la ley como esenciales para que la actuación produzca efecto. No toda irregularidad en los actos del proceso o en el desarrollo de éste importa sanción de nulidad. Para que ésta se produzca es indispensable que la ley normativa de la actuación conmine con nulidad la desatención de sus prescripciones, expresando que será nulo o no tendrá valor alguno o será ineficaz el acto que no se ciña a determinadas exigencias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., junio veinticinco de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Cumplidos como han sido los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, contra la sentencia de 4 de octubre de 1973, mediante la cual confirmó la de 3 de agosto del mismo año en la que el Juzgado Primero Superior de Cartago condenó a Efrén Fernández Tamayo y Solón Rengifo Ramírez, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Benjamín Londoño Agudelo, a la pena principal de quince años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Síntesis de los hechos y de la actuación procesal

Los hechos que dieron lugar a este proceso los sintetiza, en la sentencia impugnada, el juzgador de segundo grado así:

"Informan los autos que en las horas de la noche del 25 de mayo de 1947, en la zona de tolerancia de la ciudad de Cartago, en la cantina denominada 'Monteblanco', Benjamín Londoño escanciaba licor en compañía de Oscar Ovidio, Becerra, Enrique Solís y la meretriz Aurora Madrid. A eso de la una de la madrugada del día siguiente (26), la damisela se levantó y se dirigió al sanitario, lugar hacia donde salieron instantes después Londoño y Becerra, y detrás de éstos Efrén Fernández y su amigo Solón Rengifo, quienes también ingerían bebidas embriagantes en el establecimiento de lenocinio. Cuando la Madrid regresaba al salón Fernández la atajó; al presenciar esto Londoño, le dijo a Aurora que no le 'parara bolas' y regresara a la mesa donde departían, manifestándole Fernández: 'no podés dejarla que venga para que conversemos dos palabras, usted como que quiere es disgustar conmigo'; respondiéndole Benjamín: 'no hombre, claro que yo tengo que hacerlo así, porque yo estoy tomando con ella'. Efrén 'codeó' a su compañero Rengifo y éste, entendiendo la señal, le pasó un cuchillo que portaba; al ver Londoño a Fernández con tal arma le propinó una bofetada y éste inmediatamente le pegó tremenda puñalada en el abdomen que le hizo brotar los intestinos. Trasladado al hospital falleció tres días después.

"Perpetrado el delito Fernández y Rengifo emprendieron la fuga, siendo capturados poco después por agentes de la Policía que cerca al lugar del acontecer se encontraban, habiéndosele incautado a Rengifo el arma con la cual se le infirió la mortal herida a Benjamín Londoño".

La investigación fue iniciada por la Inspección Municipal de Policía de Cartago el 27 de mayo de 1947, y a ella fueron vinculados como procesados Efrén Fernández Tamayo y Solón Rengifo Ramírez, contra quienes se dictó auto de detención preventiva el 18 de junio del mismo año. Fueron llamados a juicio por el Juzgado Primero Superior de Buga, el 5 de octubre de 1950, por el delito de homicidio. Interpuesta apelación contra el auto de vocación a juicio, fue confirmado por el Tribunal Superior de Buga en providencia del 13 de agosto de 1951. Rituada la causa, el Juzgado Primero Superior de Cartago profirió, el 3 de agosto de 1973, sentencia condenatoria, la que revisada, por vía de consulta, por el Tribunal de Buga, fue confirmada plenamente en la de 4 de octubre de 1973. Contra esta sentencia interpuso el Fiscal Segundo de la nombrada corporación el recurso de casación.

Presentada la demanda que sustenta el recurso extraordinario, se dio traslado de ella, conforme al artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, al Procurador Primero Delegado Penal, quien se expresó así:

"Estudiando cuidadosamente el libelo de acusación formulado por el señor Fiscal 2º del honorable Tribunal Superior de Buga, esta Procuraduría Delegada se abstiene de ampliarlo o coadyuvarlo, por cuanto no se comparte el criterio del señor Fiscal recurrente expuesto en los cargos formulados al fallo.

"Esto no es obstáculo para reconocer la actuación del señor Fiscal 2º, quien, así pueda estar equivocado en los planteamientos esbozados en la demanda, demuestra celo ejemplar en el cumplimiento de sus funciones. Además, se omite la refutación a lo cuestionado por el señor Fiscal recurrente, dado caso que el Ministerio Público es una unidad, que para el caso presente, la integran el Fiscal recurrente y la Procuraduría Delegada en lo Penal, y de entrarse en controversia entre los representantes del Ministerio Público, se estaría ante la insólita situación de ser recurrente, y no recurrente al mismo tiempo, lo que, bien se sabe, rompería el principio de contradicción".

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación (cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, el demandante le formula dos cargos al fallo recurrido, así:

Primer cargo

"En el presente proceso se quebrantó lo atinente a las formalidades plenas del juicio, como que para reemplazar al defensor de los acusados se omitieron las disposiciones pertinentes en cuanto éstas obligan al defensor nombrado al cumplimiento de sus deberes y sólo por excusa aceptada puede realizarse la sustitución...

"En el presente proceso cuando el señor Juez Primero Superior de Cartago profirió su auto de fecha junio nueve (9) de mil novecientos setenta y tres (1973), visible al folio 119 del cuaderno original, por medio del cual designó al doctor Edgar Emiro Rueda Potes como defensor de los acusados Efrén Fernández Tamayo y Solón Rengifo Ramírez, incurrió en una impropiedad procesal, por cuanto los nombrados acusados venían siendo representados por el doctor Carlos H. Morales, quien en ningún momento se excusó de servir el cargo, ni expresó ningún impedimento para actuar, no obstante el requerimiento contenido en el mensaje dirigido por el juez del conocimiento y que fue debidamente conocido por el citado profesional (fls. 117 y 118).

"Así, pues, el juzgador de instancia violó el artículo 117 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con el artículo 465 ibídem, además de que infringió las formalidades propias del juicio al sustituir al defensor de los acusados, sin que

mediara excusa o impedimento previamente aceptado...

"Ya quedó dicho que el doctor Carlos H. Morales fue designado como defensor de confianza al notificarse al acusado Efrén Fernández Tamayo el auto de proceder (fl. 85). Igualmente el mismo profesional recibió y aceptó el encargo de representar de oficio al otro acusado, quien no compareció durante el emplazamiento. Quedó, por consiguiente, el citado abogado ligado a la causa, y como no se excusó de servir el encargo, la simple circunstancia de residir en lugar diferente a aquél donde cursaba el juicio, no autorizaba al juez de la causa para reemplazarlo, como lo hizo el juez a quo. Se incurrió entonces en violación de un ordenamiento señalado para el juzgamiento, pues la sustitución del defensor que actuaba se realizó sin cumplirse previamente las normas pertinentes sobre excusa o impedimento".

Segundo cargo

"Resultaron sorteados como jurados principales los ciudadanos Jaime Sánchez Triana, Carlos Arturo Bravo G. y Jorge Ramírez V., y como suplentes numéricos Alirio Garcés, Ramón Herrera y Lucas Arana.

"Todos fueron debidamente notificados de su elección, a excepción del señor Jorge Ramírez V., a quien no fue posible encontrar habiendo sido reemplazado en diligencia realizada el veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos setenta y dos (1972). Resultó elegido como jurado principal el señor Francisco Aristizábal, a quien se notificó su elección...

"Como quiera que el jurado principal Jaime Sánchez Triana se había ausentado de la ciudad de Cartago, no fue posible notificarle el señalamiento de fecha para la audiencia pública, habiéndose ordenado por consiguiente su reemplazo, según providencia fechada el catorce (14) de julio de mil novecientos setenta y tres (1973).

"Efectuado el correspondiente sorteo parcial, resultó elegido como jurado principal el señor Juan de Dios Díaz Marín, a quien tampoco fue posible notificar, porque había fallecido con anterioridad a su elección, según se estableció en la correspondiente acta notarial de defunción (fl. 124).

"No obstante la situación establecida, es decir, a pesar de que no habían sido notificados todos los jurados, el señor juez del conocimiento celebró la audiencia pública en la fecha atrás indicada, e integró el jurado de conciencia con los dos jurados principales sorteados y notificados y con el primer suplente..."

Según el actor, "resultaron violados los artículos 540, 541, 544, 547, 548, 549, 550, 553 y 556 del Código de Procedimiento Penal, pues el juez a quo no dio estricto cumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reemplazo del jurado, principal o suplente, que habiendo resultado sorteado, no pueda localizarse, ya que únicamente después de cumplida dicha notificación pueden considerarse válidamente integrados los miembros del tribunal popular".

"Se conculcó, por tanto —dice el demandante—, "el principio constitucional acerca del cumplimiento de las formalidades propias del juicio con intervención del jurado, porque no existiendo sino cinco miembros del instituto encargado de actuar en el juzgamiento de los procesados, el juez de derecho realizó la audiencia pública".

Concluye el demandante solicitando "que se case la sentencia recurrida, se invalide el fallo acusado y en su lugar se decrete la nulidad del proceso a partir del auto fechado el nueve (9) de julio de mil novecientos setenta y tres (1973) por el Juzgado Primero Superior de Cartago, para que el juicio pueda adelantarse con el lleno de los requisitos y formalidades propias del mismo".

Consideraciones de la Sala

"La nulidad es la invalidez jurídica de la relación procesal, por falta de presupuestos para su constitución, o de actos realizados en el proceso imperfecta o irregularmente por inobservancia de condiciones de forma, de modo o de tiempo señaladas por la ley como esenciales para que la actuación produzca efecto.

"No toda irregularidad en los actos del proceso o en el desarrollo de éste importa sanción de nulidad. Para que ésta se produzca es indispensable que la ley normativa de la actuación conmine con nulidad la desatención de sus prescripciones, expresando que será nulo o no tendrá valor algu-

no o será ineficaz el acto que se ciña a determinadas exigencias.

"El principio doctrinario moderno de la taxatividad de las nulidades, conforme al cual precisa conminación de la ley para que la inobservancia de sus ordenamientos pueda constituir nulidad, se encuentra consagrado en algunos códigos de procedimiento penal, entre ellos el italiano (Art. 184), y se ha afirmado por esta corporación en constante jurisprudencia (sentencias de diciembre 5 de 1945, enero 29 de 1947, febrero 5 de 1947 y julio 30 de 1955, entre otras).

"Es tarea propia del legislador, no del juez, señalar las violaciones de la ley procesal que importan la nulidad de toda la actuación o de parte de ella o de un acto en particular. 'El juzgador —ha dicho esta Corte con reiteración— no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que sólo constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una forma externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad (fallo de diciembre 5 de 1945, entre otros).

"Si fuera del arbitrio de los jueces el crear nulidades, pocos serían los procesos que llegarían normalmente a la meta final de la sentencia, pues son raros aquellos en que no se descubre alguna informalidad. La discrecionalidad del juzgador para deducir nulidades por vicios in procedendo sería un factor de incertidumbre en la administración de justicia, atentaría contra la seguridad del proceso penal, entrabaría la necesaria y delicada función pública de la represión penal y podría llegar a desconocer los derechos fundamentales de las partes...

"En el derecho colombiano las causales de nulidad en los procesos penales están contempladas en los artículos 37 y 38 del Decreto extraordinario 1358 de 1964 (hoy los artículos 210 y 211 del C. de P. P.), que subrogaron los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal. De esas nulidades, la mayoría de las cuales son absolutas unas producen la invalidez jurídica de todo el proceso (ilegitimidad en la persona del querellante en los asuntos en que no puede procederse de oficio, e incompetencia de jurisdicción en ciertos casos), y otras afectan parcialmente la actuación, a partir del momento en que se presentó la causal (indebida notificación del auto de proceder, o error relativo a la denominación jurídica de la infracción cometido en esa providencia, por ejemplo).

"Aparte de esos motivos de nulidad del proceso o de una fase de él, el Código de Procedimiento Penal prevé la nulidad de determinados actos, por pretermisión de formalidad o requisitos condicionantes, de modo que la nulidad no se comunique a los demás actos, que son independientes de aquél. Tal acontece, verbigracia, con la inspección ocular no decretada como lo ordena el artículo 211 (hoy el 224), con la declaración del testigo no recibida conforme al artículo 235 (hoy 247), con el dictamen de los peritos rendido sin el lleno de las formalidades indicadas en el artículo 261 (hoy 270). En estos casos, el acto viciado se estima, para los efectos del juzgamiento y sin necesidad de resolución especial, como no realizado (Art. 39 del Decreto 1358 de 1964, que sustituyó al Art. 202 del C. de P. P.). (Hoy el 214 del C. de P. P.).

"La ineficacia de aquella clase de actos (inspección ocular, testimonio, peritación, etc.), por falta de formalidades extrínsecas señaladas por la ley con mención de nulidad, y que opera de jure, no se extiende o comunica a los restantes actos procesales anteriores, contemporáneos o subsiguientes, por no ser consecuencia o presupuestos de éstos, ni tener con ellos nexo de dependencia. Si al calificar un sumario o al tiempo de fallar un proceso el juez advierte la nulidad de la declaración de un testigo, de una inspección ocular, de un dictamen pericial, aisla simplemente el acto defectuoso del resto de la actuación, ni lo toma en cuenta por ser jurídicamente inexistente, y dicta la providencia con fundamento en la restante actuación legítima.

"Sin embargo de lo expuesto acerca de la taxatividad de las nulidades, tanto de las que comprometen todo el proceso o una serie de actos como las contempladas para actos procesales particulares e independientes, la Corte ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso,

deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades supralegales o constitucionales, cuando 'se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado'. Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causa con aplicación de leyes sustantivas 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 acusación impida la previsión del delito materia del juicio (sentencias de 19 de febrero de 1943 y 23 de enero de 1960); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencias de mayo de 1942, diciembre 15 de 1950...); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencias de 26 de julio de 1944, 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 1949).

"La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a esa clase de nulidad en guarda del artículo 26 de la Carta, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación". (Sentencia de 8 de mayo de 1970).

En el caso sub judice, el demandante aduce que "el juzgador de instancia violó el artículo 117 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con el artículo 485 ibídem, además de que infringió las formalidades propias del juicio al sustituir al defensor de los acusados, sin que mediara excusa o impedimento previamente aceptado".

Pero los artículos 117 y 485 del Código de Procedimiento Penal no conminan con nulidad "la desatención de sus prescripciones", pues no expresan que será nulo o no tendrá ningún valor o será ineficaz el acto que no se ciña a sus exigencias.

Por otra parte, la irregularidad que alega el actor como causal de nulidad (haber nombrado el juez defensor de oficio de los procesados al doctor Edgar Emiro Rueda Potes, habiendo designado muchos años antes el acusado Efrén Fernández Tamayo como su defensor al doctor Carlos H. Morales) no genera omisión de ninguna forma esencial para la validez del proceso, ni quebranta los intereses básicos de la justicia o de las partes que en él intervinieron, ni se restringió en forma alguna el derecho de defensa, que se ejerció con amplitud y constancia, por lo cual resulta inane el primer cargo formulado.

El Juzgado Primero Superior de Buga designó como defensor de los enjuiciados al doctor Edgar Emiro Rueda Potes el 9 de julio de 1973 (folio 119), vale decir, más de veintidós años después de haber tomado posesión el doctor Carlos H. Morales como defensor (v. folio 87 v.) y teniendo en cuenta que éste no residía en la sede del juzgado ni había dado respuesta al requerimiento.

El otro cargo que formula el demandante estriba en que resultaron violados los artículos 540, 541, 544, 547, 548, 549, 550, 553 y 556 del Código de Procedimiento Penal, "pues el juez a quo no dio estricto cumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reemplazo del jurado, principal o suplente, que habiendo resultado sorteado, no pueda localizarse, ya que únicamente después de cumplida dicha notificación pueden considerarse válidamente integrados los miembros del tribunal popular.

Establece el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal que en los juicios en que interviene el jurado son causas de nulidad, además de las expresadas en el artículo anterior, las siguientes:

"1. Reemplazar ilegalmente en el acto del sorteo, a alguno de los designados, o no reemplazarlo si existía causa legal para hacerlo..."

Ha dicho la Corte reiteradas veces que para que el reemplazo ilegal de un jurado entrañe nulidad, es preciso que eso suceda en el acto de sorteo y que el reclamo se haya hecho en el mismo acto o dentro de los cinco días siguientes, requisitos sin los cuales la nulidad deja de serlo.

En el caso sub judice, el señor Juan de Dios Díaz Marín, primer jurado principal en la causa, por haber fallecido, fue reemplazado en el acto de la audiencia por el primer suplente, señor Alirio Garcés.

De suerte que no se dan los presupuestos para prosperar la nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal.

Ciertamente, como afirma el juzgador de segundo grado, el juez incurrió, al no darle aplicación al artículo 550 del Código de Procedimiento Penal, en una irregularidad que no es posible elevar a nulidad de carácter constitucional, habida cuenta de que en manera alguna se omitió forma esencial para la validez del proceso, ni se restringió en forma alguna el derecho de defensa, cuando el jurado principal Díaz Marín fue reemplazado por el primer suplente en lugar de haberse efectuado un sorteo parcial.

Por consiguiente, este cargo también debe desecharse.

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, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de octubre de 1973 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de la cual se ha hecho referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

No constituye abuso de autoridad suspender la personería jurídica de un Sindicato por el Gobernador, cuando esté autorizado, como lo estaba el Gobernador de Boyacá, por medio del Decreto Nº 1805 de 1973.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., junio veintiséis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

En escrito de fecha 13 de marzo del año en curso, dirigido al Juez Municipal (reparto) de Tunja, enviado por el Primero de esa categoría a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal, y por esta oficina, a la Corte, Pedro José Suárez Quintero, quien firma como Presidente del Sindicato de Maestros de Boyacá, presenta denuncia contra el Gobernador de ese departamento por abusos de autoridad en las formas descritas por los artículos 171 y 172 del Código Penal y por delito contra la libertad de asociación, en la forma tipificada por el artículo 309 del mismo ordenamiento.

Hace consistir tales infracciones penales, en síntesis, en que el Gobernador del departamento de Boyacá, doctor Eduardo Vega Franco suspendió en forma ilegal, según afirma la denuncia, la personería jurídica del Sindicato de Maestros de Boyacá, lo que hizo por un decreto del estado de sitio, que, no obstante haberse levantado éste, se había negado a dialogar con la Junta Directiva de dicho Sindicato, pese a que ésta se hallaba en ejercicio de sus funciones por no haberse elegido una nueva y que, además, había impedido que los dineros depositados por el Sindicato en los bancos de Tunja fueran retirados por orden de la Junta Directiva del mismo.

La denuncia que se deja resumida fue debidamente ratificada bajo juramento.

Una vez repartida en la Corte, se dispuso la práctica de algunas diligencias en orden a establecer si se debe o no abrir la correspondiente investigación penal.

Entre éstas se ordenó la ampliación de la denuncia, diligencia durante la cual el denunciante manifestó que el Gobernador del departamento había ordenado, en el mes de septiembre del año pasado, la retención de las cuotas sindicales, lo que había hecho por intermedio del Secretario de Gobierno del departamento quien pasó, a tal efecto, una nota al Gerente del Banco Cafetero. Además, junto con el asesor jurídico de la Secretaría de Educación Departamental, había enviado otra a la oficina del "FER" y al Jefe de Servicios Administrativos de dicha Secretaría, comunicando que el Sindicato no existía por habérsele suspendido la personería jurídica y haber sido destituidos los miembros de la Junta Directiva del mismo por lo cual no se debían seguir descontando las cuotas sindicales y era preciso devolver a los afiliados las ya descontadas.

Además, continúa diciendo el denunciante, el Gobernador no contestó a una nota que le dirigiera el Sindicato en la cual se le solicitaba que recibiera una comisión designada para dialogar con él sobre un pliego de peticiones que se le había presentado y manifestó a unos maestros cuyos nombres no recuerda que no recibía a los directivos del Sindicato porque habían sido destituidos.

Por último, ante una pregunta del funcionario que estaba recibiendo la diligen-

cia, expresó el denunciante que el Secretario de Gobierno del departamento se había dirigido al Banco Cafetero, al Central Hipotecario y a la Tesorería del Fondo Educativo Regional ordenando la congelación de fondos del Sindicato y la retención de las cuotas que se encontraban en la entidad mencionada en último término.

También por disposición de la Sala se allegó a las diligencias preliminares copia del Decreto número 0707 de 11 de septiembre de 1973 por el cual, el Gobernador del departamento de Boyacá, invocando las facultades legales y en especial las conferidas por el Decreto nacional 1805 de 1973 y considerando que el Sindicato de Maestros de Boyacá y la Asociación de Profesores de Enseñanza Media de Boyacá (ASPEMBOY) habían incitado y decretado (sic) el cese de actividades docentes a partir de las 8:00 a.m. de ese mismo día, lo cual lesionaba los intereses de la población estudiantil del departamento y contravenía claras disposiciones legales que prohiben la suspensión de labores en los servicios públicos, decretaba la suspensión de la personería jurídide tales entidades a partir de la fecha del decreto.

Asimismo se trajo copia de la comunicación dirigida con fecha 13 de septiembre al Gobernador por el Sindicato de que se viene hablando pidiéndole que integre una comisión para que junto con la designada por los institutores dialogaran sobre el pliego de peticiones presentado por éstos.

Por otra parte aparece una comunicación del Jefe de la División de Administración y Presupuesto del departamento de Boyacá en la cual se afirma que esa División no fue informada de que la personería jurídica del Sindicato ameritado había sido suspendida pero que en cambio se le envió copia del concepto número 005 de 30 de enero del año en curso emitido por el Asesor Jurídico de la Secretaría de Educación y con base en el cual el Secretario de Educación ordenó al Jefe de la División mencionada que suspendiera los descuentos y reintegrara los ya efectuados.

El Banco Cafetero de Tunja, por intermedio de su Secretario, informó (fl. 25) que por Oficio número 0983 de 14 de mayo de 1973, firmado por Victoria Olarte Rodríguez como Contralor Auxiliar Encargado, se solicitó la congelación del Fondo Educativo Regional (FER) de Boyacá y que por Oficio número 1034 de 16 de mayo del mismo año se ordenó levantar la congelación de dicha cuenta (fl. 25).

Del examen atento que la Sala ha hecho de las diligencias y documentos que se dejan mencionados aparece, como único acto atribuible al Gobernador, entre los que cita la denuncia, el de haber suspendido la personería jurídica del Sindicato de Maestros y de la Asociación de Profesores de Enseñanza Media de Boyacá (ASPEMBOY) lo que hizo por medio del Decreto número 0707 de 11 de septiembre de 1973 invocando facultades del estado de sitio.

Los otros actos, a saber, la congelación de las cuentas del Sindicato en los bancos, la orden de no deducir cuotas sindicales y la de devolver las ya deducidas, aparecen, hasta el momento, como emanadas de la Secretaría de Educación del departamento y de la Contraloría del mismo, para juzgar a cuyos titulares no tiene competencia la Corte.

Contrayendo, en consecuencia, el examen a la actuación ya citada del Gobernador del departamento de Boyacá, se tiene que el decreto departamental por el cual se suspende la personería jurídica de las entidades mencionadas, no constituye delito de abuso de autoridad porque el Decreto nacional de estado de sitio número 1805 de 1973, delega en los Gobernadores, Intendentes, Comisarios, Alcalde del Distrito Especial de Bogotá y Alcaldes Municipales, la aplicación de las normas de ese ordenamiento, entre las cuales se encuentra el artículo 7º que dice:

"Artículo 7º El Gobierno queda facultado para suspender la personería jurídica de las asociaciones y de los organismos sindicales comprometidos en los hechos a que se contrae el presente decreto".

Y entre tales hechos, el artículo 2º del mismo ordenamiento enumera la promoción o realización por los profesores o maestros de los centros docentes de educación media o elemental, de nivel nacional, departamental o municipal, bien sea en los recintos de tales centros o en lugares públicos, de actos que atenten contra el orden público o dificulten su restablecimiento, tales como paros temporales o indefinidos.

El decreto departamental mencionado expone como causa de la medida allí tomada la suspensión, esto es, el paro, de labores decretadas por las dos entidades cuya personería jurídica suspende.

Por lo tanto, estaba el Gobernador plenamente facultado para tomar esa medida y, al hacerlo, no violó ninguna norma de orden penal sustancial.

Y en cuanto a la negativa de dialogar con la comisión designada por los institutores para discutir un pliego de peticiones, no aparece que el Gobernador hubiera observado tal conducta y ni la misma denuncia suministra datos concretos sobre ella, como tampoco lo hizo el denunciante al ampliar aquélla, limitándose a mencionar como informantes a unos maestros cuyos nombres no suministra.

De todo lo anterior se concluye que una de las conductas atribuidas por la denuncia al Gobernador del departamento o sea la suspensión de la personería jurídica del Sindicato de Maestros de Boyacá, no constituye delito; que la de negarse a dialogar con los representantes de éste, no existió y que las demás no le son atribuibles a dicho funcionario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y con base en lo dispuesto por el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal,

Resuelve:

Primero. Abstenerse de abrir investigación de carácter penal contra el doctor Eduardo Vega Franco por los actos que le atribuye la denuncia objeto de esta providencia y que se dicen cometidos en su carácter de Gobernador del departamento de Boyacá.

Segundo. Ordenar que se expida copia de lo pertinente a fin de que sea enviada al Juzgado Penal del Circuito de Tunja (reparto) para que decida lo que corresponda sobre las conductas del Secretario de Educación de dicho departamento y el Contralor del mismo y a que se hace mención en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y una vez expedida la copia ordenada, archívense estas diligencias.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — TECNICA

Entre los requisitos que debe llenar una demanda de casación, de acuerdo con el artículo 576 del estatuto de procedimiento, figura, como principal y por eso mismo ineludible, la cita de las disposiciones sustanciales que el recurrente estime violadas. Pero estas normas no son solamente las contenidas en el Código de las penas, sino también las que acusen ese carácter en el estatuto procesal. Ni es suficiente que el actor se limite a transcribir o enunciar las disposiciones que estime infringidas, sino que está obligado a precisar las razones de su transgresión, como claramente lo indica el inciso 2º del numeral 1º del artículo 581 del Código citado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Juan Manuel Reyes Castro recurrió en casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual fue condenado, conjuntamente con otros, a la pena principal de ocho años y ocho meses de presidio, por los delitos de robo agravado y de lesiones personales, confirmando así el fallo proferido por el Juzgado Quince Penal del Circuito.

Se ha agotado el trámite para resolver el recurso, y a ello se procede en seguida.

Los hechos del proceso

El 25 de junio de 1972, en las horas de la madrugada, cinco sujetos, entre los cuales fue reconocido el recurrente Juan Manuel Reyes Castro, se introdujeron al edificio Sucre, ubicado en Bogotá, en la avenida Jiménez número 8-74, y, una vez logrado el ingreso clandestino, amordazaron a sus ocupantes, hirieron a dos de ellos y abrieron violentamente las puertas de las oficinas números 305, 319, 320 y 407, ocupadas por empresas comerciales. Después se sustrajeron mercancías valiosas, que hubieron de dejar en la planta baja empacadas en costales, ante la alarma que se produjo y la actuación posterior de varios agentes de Policía.

Los elementos sustraídos fueron avaluados en la suma de trescientos cuarenta y nueve mil doscientos tres pesos con sesenta y cinco.

Tanto las personas violentadas como los agentes de Policía reconocieron entre los autores del delito a Reyes Castro y en la misma forma se acreditó su complicidad en las lesiones que recibieron dos de los ocupantes del edificio.

Perfeccionada la investigación, ésta se calificó como robo agravado según el numeral 4º del artículo 404 del Código Penal, y, sobre la base de los cargos formulados, no desvirtuados en el plenario, se dictó la sentencia recurrida.

Demanda de casación

El apoderado especial de Juan Manuel Reyes Castro formuló la demanda que, por auto del 8 de marzo del año en curso se declaró ajustada a las exigencias legales por su aspecto formal.

El actor invoca contra el fallo condenatorio la causal primera de casación, cuerpo segundo, pues, a su entender, el juzgador "violó indirectamente el artículo 404 del

Código Penal, por error de derecho", error que provino, según lo afirma, "al dar valor de plena prueba a los testimonios de los agentes de Policía Luis Alcides López Ocampo, subteniente Luis Alfredo Rodríguez Pérez y Luis Antonio Correa Alvarado, quienes practicaron la captura de los procesados en la noche de autos".

Al amparo de la misma causal, formula estos otros cuatros cargos:

Segundo cargo

"Apreció erróneamente las declaraciones de Juan Antonio Romero Prieto, Eduardo Romero, Medardo Espinosa Gutiérrez, Nohemí Solano de Espinosa y Adiana Espinosa Solano, al no darles el mérito probatorio correspondiente.

Tercer cargo

"Violó indirectamente el artículo 404 del Código Penal, por error del derecho, al no dar valor probatorio alguno a la indagatoria del demandante Juan Manuel Reyes Castro.

Cuarto cargo

"Le dio carácter de plena prueba al dictamen pericial de avalúo, sin que mediara la declaración de hallarse en firme por no haber sido objetado.

Quinto cargo

"No se consideraron las declaraciones de Augusto Trujillo Hoyos, Mario Muñoz Ruiz y Etelinda Amador Rodríguez".

Todos y cada uno de estos planteamientos encuentran ampliación en el texto del libelo, repitiendo explicaciones debatidas en las instancias y rechazadas en la primera y en la segunda. La Sala estima que es inútil hacer referencia a las consideraciones del actor en relación con los puntos enunciados, debido al defecto sustancial de la demanda que se expondrá en las consideraciones finales. Concluye diciendo: "No existe plena prueba de responsabilidad, ni siquiera semiplena. No está determinada ni acreditada la participación del procesado".

Concepto del Procurador

Para oponerse a las pretensiones del actor, el Procurador Primero Delegado en lo Penal afirma:

"No hay duda alguna de que el señor demandante proyectó su alegación acusatoria al fallo sobre un típico esquema de controversia indicada para las instancias, toda vez que su tesis central es la de que los testimonios del oficial y agentes de la Policía que intervinieron en la captura de los procesados, 'dejan entrever antagonismos y contradicciones', lo que, para su modo de ver, resta toda credibilidad a ellos para tenerse como prueba completa de responsabilidad.

"Aunque anuncia el actor que el ad quem incurrió en error esencial de derecho, no completa la acusación con la debida demostración de cuáles fueron las normas disciplinantes de la prueba que fueron quebrantadas, pues que únicamente se asoma al juicio que le hace al fallo recurrido con la tímida enunciación del yerro jurídico en que se pudo haber caído".

Luego, el Agente del Ministerio Público dice:

"El ensayo argumental del señor demandante bien puede ser de recibo en cualquiera de las instancias, mas no dentro del recurso extraordinario de casación, pues que en él, primando la presunción de certeza que ha recibido el fallo recurrido, únicamente se puede abrir el debate para demostrar la ilegalidad de la prueba que el juzgador tuvo en mientes para condenar al procesado. Enfrentar el criterio personal del censor al del sentenciador, es un desatino que repugna a la técnica casacional. Se debe, es, comprobar a plenitud, cuando, como en el caso sub judice, se predique el error de derecho, quebranto innegable, como se ha manifestado, a las normas legales procesales que dan valor a la prueba, es decir que, para el caso presente, los testimonios del oficial y de los agentes de la Policía llegaron al proceso por vías disidentes a las legales, o bien, que su valoración se hizo al margen de ellas. Nada demuestran los autos sobre alguna de estas anomalías, y mucho menos, de que lo depuesto por aquéllos sea falso en cuanto a la forma, sitio y hora en que fueron aprehendidos los

condenados, y muy en especial Reyes Castro. El que haya alguna pequeña contradicción, no identificada con entidad cabal para neutralizar los dichos de los deponentes, en nada demerita el valor legal que el ad quem les dio para tener demostrada a plenitud la responsabilidad de Reyes Castro y de sus compañeros de condena.

"No hay, pues, comprobación palmaria del error de derecho denunciado, por cuanto los testimonios censurados, tanto en el ámbito de su génesis, como también, pudiera decirse de su morfología, responden lúcidamente a las condiciones legales a que esta clase de prueba tiene que someterse, ya para la asunción al proceso, como también para el valor que ha de producir, ya lo sea proclamando la inocencia del incriminado, o ser piedra angular para su responsabilidad. En consecuencia, el cargo debe ser rechazado".

Examina en seguida el Procurador los otros cargos, que tienen la misma base del primero y que en cierto modo no hacen más que reiterarlo, y finaliza con la petición de no invalidar el fallo.

Considera la Corte

Primero

Entre los requisitos que debe llenar una demanda de casación, de acuerdo con el artículo 576 del estatuto de procedimiento, figura, como principal y por eso mismo ineludible, la cita de las disposiciones sustanciales que el recurrente estime violadas. Pero estas normas no son solamente las contenidas en el Código de las penas, sino también las que acusen ese carácter en el estatuto procesal. Ni es suficiente que el actor se limite a transcribir o a enunciar las disposiciones que estime infringidas, sino que está obligado a precisar las razones de su transgresión, como claramente lo indica el inciso 2º del numeral 1º del artículo 581 del Código citado.

Segundo

La Corte, en jurisprudencias que ahora se reiteran, ha dicho que, tratándose de violación indirecta de la ley sustancial, deben precisarse las normas ordenadoras de los medios de prueba que se reputen infringidas, alegando el concepto de la violación y demostrando cómo el error determinó el quebranto de la ley sustancial, que no se habría aplicado como se aplicó, de no haber mediado el error. Si el error de derecho tiene como causa una equivocada apreciación de la prueba, porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna, o le desconoció el que ésta le otorga, es preciso señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdeñar". (Casaciones de 19 de junio de 1970, G. J. T. CXXXIV, Pág. 403, y del 5 de febrero de 1971, G. J. T. CXXXVIII, Pág. 424).

Tercero

En otros términos: el recurrente debe formular proposiciones jurídicas completas, y éstas no son exclusivamente aquellas en que se acusa el quebranto de las normas fin, sino también aquellas normas medio que se presentan como desconocidas, particularmente, como en este caso, las relacionadas con la valoración probatoria. Sin el examen de cualquiera de los dos términos queda rota su vinculación recíproca y, por eso mismo, no se conforma el complejo que la Corte debe estudiar a fin de resolver si hubo o no el error o los errores planteados.

Cuarto

El actor cita como infringido el artículo 404 del Código Penal, que fue el aplicado por el juzgador en el fallo recurrido. Es decir, se refiere a la violación fin en que, a su juicio, incurrió el juzgador debido a erróneas apreciaciones de las pruebas testimonial y pericial, pero sin indicar cuáles preceptos de los que gobiernan estas materias fueron los desconocidos, ni la naturaleza del quebranto. Ni siquiera menciona las disposiciones pertinentes a esta violación medio, de modo que la Corte no tiene argumentos en contra de los que acogió el Tribunal en su sentencia condenatoria, de donde concluye que la demanda es inepta y que, por ello, no procede su examen. El recurso será desechado.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Manuel Reyes Castro contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Incompetencia de jurisdicción del juez de instrucción criminal para abrir investigación contra un juez municipal, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. (Art. 12, Decreto 528 de 1964; Art. 61 del C. de P. P. antiguo y 52 del actual).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Mediante auto de 3 de abril último, sometido a consulta con la Corte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió:

"1º Declarar prescrita la acción penal en este proceso por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad y, en consecuencia, se ordena la cesación de todo procedimiento en contra del doctor Jaime del Río, Juez Promiscuo Municipal de la Vega, de conformidad con lo expuesto en la motivación.

"2º Declarar la cesación de todo procedimiento contra el doctor Jaime del Río, Juez Promiscuo Municipal de La Vega, por inexistencia del delito de falsedad denunciado".

Con ocasión del traslado propio de esta instancia, el Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo Delegado Penal, emitió concepto, en el que solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado, por incompetencia de quien inició la investigación, y se devuelva el expediente al Tribunal de origen "para que resuelva si es el caso de abstenerse de abrir investigación".

La Sala acatará la solicitud del colaborador Fiscal, pues el sumario contra el doctor Jaime del Río se inició por el Juzgado 277 de Instrucción Criminal, quien dictó el auto cabeza de proceso el 7 de julio de 1965 (fl. 13), y para esa época el conocimiento de los procesos contra los jueces municipales, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, competía ya a los Tribunales Superiores del Distrito, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 528 de 1964, que empezó a regir el 1º de julio de 1965, por disposición del artículo 1º del Decreto 1822 de 1964. Por consiguiente, la apertura del sumario concernía al Magistrado ponente, como funcionario instructor para el caso, según el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, vigente entonces y que corresponde al 52 de la actual codificación.

Como el proceso fue iniciado por funcionario incompetente para ello, está afectado de nulidad, prevista en el ordinal 1º del artículo 210 del estatuto procedimental, y así habrá de declararlo la Corte dando aplicación al artículo 212 ibídem.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la ley, decreta la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso, y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen, para que resuelva si inicia o no sumario contra el doctor Jaime del Río, tal como lo manifiesta el colaborador.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

La Corte ha sostenido en numerosos fallos que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el demandante estime infringidas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Cumplido el trámite propio del asunto, se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jorge Enrique León Rivera contra la sentencia de dieciséis de noviembre de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil lo condenó a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio (asesinato) en la persona de Agustín Chacón Castro.

Antecedentes

a) En la madrugada del miércoles tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno, cuando Agustín Chacón Castro se disponía en Charalá, desprevenido e indefenso, a tomar el bus que debía conducirlo a Bucaramanga, fue muerto por varios disparos de revólver que le hiciera por la espalda Jorge Enrique León Rivera, persona de quien la víctima se hallaba distanciada por vieja y grave enemistad;

b) Por aquellos hechos se llamó a responder en juicio a Jorge Enrique León Rivera, quien en el respectivo pliego de cargos fue acusado de consumar el homicidio a que se contrae el proceso con circunstancias agravantes, tales como la alevosía, "en lugar abierto al público y con peligro para terceros";

c) Con oportunidad de la audiencia pública el juzgado del conocimiento sometió a la consideración del jurado de conciencia el cuestionario que obra al folio 271 del cuaderno 1º, redactado conforme al auto de proceder y sobre el cual recayó un veredicto afirmativo de la responsabilidad;

d) En desarrollo de tal veredicto, mediante sentencia del cuatro de septiembre de mil novecientos setenta y tres el juzgador de primer grado condenó a Jorge Enrique León Rivera a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, como responsable del delito por el cual se le había comprometido en juicio, fallo que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, de acuerdo con el respectivo Agente del Ministerio Público, confirmó en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

La acusación contra la sentencia recurrida se propone con fundamento en las causales primera y cuarta de casación.

Para sustentar la primera el apoderado especial del recurrente se dedica a comentar el contenido probatorio del proceso, examen del cual parece concluir que los juzgadores de instancia han debido reconocer en favor del procesado la atenuante prevista por el artículo 28 del Código Penal.

Con respecto a la causal cuarta, a cuyo amparo aduce el demandante una nulidad de carácter supralegal, por infracción del artículo 26 de la Carta, arguye el actor, esencia, que como León Rivera había dado "muestras de traumas síquicos", debió juzgársele con un procedimiento distinto, y aplicársele las medidas de seguridad previstas por el artículo 29 del Codigo Penal.

Los argumentos referentes a cada una de las causales invocadas concluyen sin petición especial.

Respuesta del Ministerio Público

En su alegato de respuesta a la demanda el Procurador Segundo considera que la Corte "debe desechar el recurso propuesto por incumplimiento de los requisitos propios de la casación". Criterio que sustenta con las siguientes razones:

"El criterio que a manera de demanda de casación presentó el apoderado de Jorge Enrique León se aparta de las prescripciones de los artículos 576 del Código de Procedimiento Penal y 374 del Código de Procedimiento Civil, así:

"Si bien expresamente se menciona la causal primera, no se precisa si la infracción de la ley penal sustantiva ocurrió por la vía directa o la indirecta y en este último evento, si por error de derecho o error de hecho manifiesto en los autos.

"De la lectura del escrito se adivina que el demandante pretende, ni más ni menos, que la honorable Corte Suprema de Justicia dicte sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal), tema éste resuelto por la jurisprudencia con sobra de razones jurídicas desde el fallo del 3 de noviembre de 1944 en el cual fue ponente el honorable Magistrado Francisco Bruno.

"En cuanto a la causal cuarta de casación invocada en el libelo, por infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional, otro tanto se puede comentar:

"El actor sostiene que Jorge Enrique León Rivera ha dado muestras de desviación mental o trastorno síquico y que por tanto le es aplicable el artículo 29 del Código Penal, porque, por ejemplo, al rendir indagatoria y hacer memoria de su hermano fallecido, irrumpió en llanto, a más de que por haber nacido en el año de 1946 a muy corta edad vivió la fecha trágica del 9 de abril de 1948.

"Se comenta a propósito por esta Procuraduría Delegada que Jorge Enrique León desde el sumario estuvo asistido por profesionales del derecho y ninguno insinuó, siquiera, la pretendida anomalía síquica ni con motivo de la calificación del sumario, ni en la audiencia pública ni tampoco en la segunda instancia. Por manera que se trata de un recurso de última hora ausente de todo respaldo probatorio, ya que los argumentos que ofrece el demandante son apreciaciones puramente personales".

La Corte considera

1. Como certeramente lo expresa el Procurador Segundo, los argumentos aducidos por el actor para afirmar que el procesado pudo cometer el hecho criminoso en estado de grave anomalía síquica, se basan en "apreciaciones puramente personales", sin respaldo probatorio alguno. De allí que nadie hubiera siquiera insinuado en el curso del proceso tal hipótesis, y que, consecuentemente, el juez de la causa, en extensa y fundada providencia, calificara el mérito del sumario abriendo causa criminal contra Jorge Enrique León Rivera, "por los trámites en que interviene el jurado".

De lo anterior se desprende con suma claridad que al procesado se le juzgó con observancia de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta fundamental, y que, consecuentemente, la nulidad constitucional alegada carece de fundamento jurídico.

2. En cuanto a la causal primera, se observa:

Como se recordará, el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el demandante estime infringidas.

El censor en el presente caso no cita las normas sustanciales que considera violadas, y, desde luego, guarda silencio sobre el sentido de la violación. Sólo por la crítica pro-

batoria destinada a sostener que el hecho punible se cometió dentro de las circunstancias atenuantes contempladas por el artículo 28 del Código Penal se intuye que el actor pretende alegar una infracción indirecta de la ley sustancial, proveniente de yerros probatorios respecto de extremos cuya apreciación corresponde por modo exclusivo a los jueces de conciencia, tema que, como lo ha expresado la Corte en la más constante y reiterada de sus doctrinas, es impertinente proponer en juicios debatidos con intervención del jurado, porque éste goza de libertad para estimar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y porque tal replanteamiento valorativo de la prueba no tendría finalidad distinta a la declaratoria de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, motivo que la ley vigente excluyó de las causales de casación, reservando su pronunciamiento a las instancias. (Arts. 565 y 567 del C. de P. P.).

3. No habiéndose justificado ninguna de las dos causales aducidas, habrá de aplicarse el precepto contenido en el artículo 582 de la obra citada.

Fallo

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Segunda y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Reformatio in pejus.— Cómo debe alegarse en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del diecinueve de febrero de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, acorde con el respectivo Agente del Ministerio Público y confirmando la de primer grado, condenó a cada uno de los procesados Libardo Rodríguez Benjumea y Jorge Iván Merino Jaramillo a la pena principal de cinco (5) años y dos (2) meses de presidio, más las accesorias de rigor legal como responsables del delito de robo.

Antecedentes

a) En torno a las diez de la mañana del día seis de diciembre de mil novecientos setenta y uno, cuando Julián González Piedrahita, administrador del "Teatro América" de Medellín, perteneciente a la empresa "Cine Colombia, S. A.", se dirigía de dicho Teatro a uno de los bancos de aquella ciudad para consignar la suma de catorce mil treinta y dos pesos ($ 14.032.00) en efectivo y setecientos cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 742.50) en cheques, cantidad representativa de las boletas vendidas en los días inmediatamente anteriores, fue interceptado por dos individuos, quienes amenazándolo con arma de fuego lo despojaron del dinero y de los cheques, emprendiendo la huída en un automóvil de servicio público, no sin antes hacer varios disparos para cubrir la retirada;

b) Promovida la correspondiente investigación, previa clausura de la misma fue calificado su mérito mediante providencia del 8 de junio de 1972, dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, en la cual fueron llamados a juicio, por el delito de robo agravado, Libardo Rodríguez Benjumea y Jorge Iván Merino Jaramillo, este último en calidad de cómplice no necesario. En el referido auto se sobreseyó también temporalmente en favor de Roberto de Jesús Agudelo Idárraga, respecto de quien se reabrió la etapa instructiva (fls. 127 a 136);

c) Apelado el vocatorio por el procesado Libardo Rodríguez Benjumea y su defensor, el Tribunal Superior lo confirmó en proveído del 28 de agosto de 1972, "con la modificación de que el sindicado Merino responderá en calidad de cómplice necesario y no como cómplice secundario o simple auxiliador como se dice en el auto de primera instancia" (fls. 182 a 194);

d) Celebrada la audiencia pública con amplia intervención de los defensores, el juzgado del conocimiento profirió la sentencia de fecha 8 de enero de 1973, mediante la cual condenó a Libardo Rodríguez Benjumea y a Jorge Iván Merino Jaramillo a la pena principal de cinco (5) años y dos (2) meses de presidio, como responsables del delito de robo agravado a que se contrae el proceso, fallo que el Tribunal Superior de Medellín, según ya hubo de expresarse, confirmó en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación (fls. 232 a 241 y 258 a 269);

e) Concedido el recurso y declarado admisible por la Corte, los respectivos defensores de Rodríguez Benjumea y Merino Ja-

ramillo presentaron oportunamente las correspondientes demandas, que en el momento procesal adecuado se estimaron ajustadas a las exigencias legales. En escrito que obra de folios 17 a 28 del presente cuaderno la Procuraduría Primera dio respuesta, en su orden, a los libelos de ambos recurrentes.

Las demandas de casación

En ambas la acusación se construye con fundamento en la causal cuarta: Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad. Se compendiará en seguida el contenido esencial de la censura que en cada uno de los libelos se propone contra la sentencia recurrida.

II

Demanda de Libardo Rodríguez Benjumea

Se sostiene en ella que cuando el Tribunal Superior de Medellín conoció del auto de proceder en este proceso, en virtud de apelación interpuesta únicamente por el procesado Rodríguez Benjumea, empeoró la situación de éste, porque lo llamó a juicio por robo agravado, cuando la providencia enjuiciatoria de primera instancia circunscribía la acusación al mismo ilícito, pero sin ninguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 404 del Código Penal.

En otros términos: El ad quem, sin tener facultad legal para ello, modificó la providencia apelada en perjuicio de quien promovió el recurso, operándose así el fenómeno de la reformatio in pejus, cuyas implicaciones en materia penal expuso con amplitud la Corte en sentencia del 27 de noviembre de 1972.

III

Demanda de Jorge Iván Merino Jaramillo

Manifiesta el demandante, después de referirse a los hechos y a la actuación procesal, que "la sentencia confirmatoria del Tribunal Superior por medio de la cual se impuso al procesado Jorge Iván Merino Jaramillo la pena de cinco años dos meses de presidio, por la comisión del delito de robo dentro de las modalidades previstas por el artículo 404, numeral 1º del Código Penal en concordancia con el Decreto 1988 de 1971, en su artículo 10, está afectada de nulidad, conforme a las disposiciones citadas".

Planteamiento al cual agrega el actor, bajo el rubro "demostración del cargo", lo siguiente:

"La sentencia recurrida es violatoria de la Constitución, por cuanto el Tribunal, reformó el auto de proceder dictado por el señor Juez Tercero Penal del Circuito, en el sentido de agravar la pena como cómplice necesario sin que el procesado o su apoderado hubiesen interpuesto ningún recurso".

Concluye el impugnante expresando que en esta forma deja debidamente "fundamentada y demostrada" la causal de casación prevista en el artículo 580, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal y que, en consecuencia, solicita a la Corte que case la sentencia recurrida, "dictando el fallo que debe reemplazar a lo invalidado".

Respuesta del Ministerio Público

Representado en esta oportunidad por la Procuraduría Primera, el Ministerio Público compendia en su respuesta los hechos debatidos en el juicio y la actuación procesal; se refiere luego al cargo propuesto en cada una de las demandas formuladas por los respectivos defensores de los recurrentes y concluye con la solicitud de que se desechen los recursos interpuestos y se devuelva el expediente al Tribunal de origen. A tal solicitud precede la demostración de que la tacha formulada en la demanda de Libardo Rodríguez carece de respaldo en la realidad procesal. En cuanto al segundo de los libelos reseñados, sostiene el colaborador que la censura allí propuesta apenas fue sugerida, pero en manera alguna demostrada.

La Corte considera

1. Como certeramente lo puntualiza el representante del Ministerio Público, en la parte motiva del auto de proceder dictado por el juzgador de primera instancia quedó sentada la siguiente afirmación, previo el estudio del aspecto probatorio del proceso: "El delito por el cual se procede es el robo

de que trata el libro 2º, título 16, capítulo 2º del Código de las penas, agravado por el numeral 1º del artículo 404". Y en la parte resolutiva se dijo que los autores del hecho "...despojaron mediante amenaza con arma de fuego al señor Julián González Piedrahita de la suma de catorce mil treinta y dos pesos en dinero efectivo y dos cheques por valor de setecientos cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos", extremo que configura precisamente la circunstancia contemplada por el artículo 404, ordinal 1º, del Código Penal.

2. De lo anterior se desprende, con suma claridad, que el Tribunal Superior de Medellín se limitó a confirmar, en cuanto al procesado Libardo Rodríguez Benjumea, el llamamiento a juicio de primera instancia, dejando intacto el ámbito de la acusación. Por lo demás, así quedó expresamente anotado en el capítulo que en la presente sentencia se ocupa de la síntesis histórica del proceso. No hubo, pues, modificación alguna respecto de Rodríguez. El cargo, en consecuencia, no corresponde a la realidad, y debe, por tanto, desecharse.

3. En cuanto a la demanda formulada a nombre de Jorge Iván Merino Jaramillo, se observa:

Es verdad que esta Sala de la Corte, en sentencia de 27 de noviembre de 1972, expresó que el juez o Tribunal ad quem, en los casos en que el apelante es sólo el procesado o su apoderado o defensor, debe proferir la resolución que estime más acorde con el derecho, pero con la restricción de que no puede modificar la providencia recurrida en apelación en perjuicio de quien promovió el recurso. Porque es enteramente contrario a los fines de la alzada el motivo que, de apreciarse, causaría aumento en la penalidad o agravaría los cargos materia de la acusación. Y agregaba —invocando el estudio que tal sentencia reproduce— que el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al thema decidendum de naturaleza penal, sólo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley la ordena, o al través de la alzada interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión, como representante de la sociedad, es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, mas también la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados con la infracción. Finalmente se recordaba que la apelación interpuesta por el Agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos previstos por la ley para que se ejerza el ilimitado dominio sobre las resoluciones judiciales, en lo que concierne a la extensión del poder dispositivo del ad quem, para garantizar el interés social ínsito en la potestad represiva del Estado.

4. Sin embargo, el actor no utiliza la doctrina anterior para concluir —si tal era su criterio— que el Tribunal actuó sin competencia al tornar más gravosa la imputación formulada a Merino Jaramillo, incurriendo en la causal de nulidad prevista por el artículo 210, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal. Por el contrario, se limitó a invocar una nulidad supralegal en términos vagos y confusos, sin realizar esfuerzo demostrativo alguno. Una absoluta falta de coherencia se advierte en los pasos transcritos del libelo, sin que sea posible que el intérprete alcance, con fundamento en ellos, una conclusión clara y precisa sobre el pensamiento del actor. Frente a tales circunstancias, la Corte no puede, como tribunal de casación, sustituir al impugnante, tratando de llenar los vacíos que tan clamorosamente se advierten en la demanda.

Carece de toda justificación, por lo visto, la causal cuarta aducida.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Primera y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha los recursos de casación a que se refiere la parte motiva de la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

Eran funcionarios los inspectores de policía antes de la vigencia del Decreto 528 de 1964.

La falta de nombramiento de apoderado en el auto de detención, no constituye nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Rigoberto Quimbayo Chagualá contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 22 de agosto del año próximo pasado, por medio de la cual confirmó la del 29 de mayo de ese mismo año dictada por el Juzgado Tercero Superior de la ciudad nombrada, que lo condenó a la pena principal de 17 años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como coautor del delito de homicidio agravado, cometido en la persona de Rosendo Cardozo Ospina".

Hechos

En la sentencia recurrida en casación y con sujeción a las pruebas que obran en el expediente, se presentan así:

"Fueron denunciados ante la Inspección Municipal de Policía y Tránsito de Cajamarca el ocho de junio de mil novecientos sesenta y tres (1963) por el señor Gilberto Cardozo Ospina —hermano del fallecido—, por información que le diera Guillermo Rodríguez, su sobrino, en el sentido de que en la noche del viernes siete (7) del citado mes de junio, seis hombres vestidos y armados a la usanza militar, se presentaron en casa de Rosendo Cardozo, administrador de la finca "San Cayetano". Este no se hallaba en casa, pero al poco rato llegó en compañía de doña Elvia de Pérez, esposa de don Angel Pérez, dueño de la finca; la nombrada señora se dirigió a otra finca cercana junto con Guillermo Rodríguez y don Rosendo se quedó en compañía de la gente que había llegado, y cuando regresó Guillermo, doña Edelmira Londoño de Cardozo le informó que esa gente se había llevado a su esposo porque "Franqueza" (un bandolero) dizque lo había mandado a llamar. El mencionado Guillermo decidió entonces ir a buscar a su patrón, pero en el camino se encontró con dos hombres, y éstos le dijeron que Rosendo había dejado razón de que no lo buscaran porque sólo regresaría al siguiente día, por lo cual decidió devolverse y al hacerlo, se encontró con otros de los que se habían llevado a don Rosendo y estos individuos después de hacerlo poner manos arriba, le quitaron la escopeta que llevaba y cinco pesos que le sacaron del bolsillo. Al llegar nuevamente a la casa, halló a la señora Edelmira llorando "porque los hombres que habían vuelto la habían violado y le habían robado la mejor ropa de él (de su esposo), un carriel con todos los documentos de identificación y unos dineros de la alcancía... Y luego expresa cómo su hermano le había expresado los temores que le asistían de que intentaran matarlo, pues algunos de la región "le tenían pasión", lo calificaban de

"lambón con el patrón" y que "hasta volteado sería" y que por ello tenía que salirse del lugar; que antes ya habían intentado matar a su hermano (fls. 2 a 3). Y, finalmente expresa que tanto Ernesto Montoya como Gilberto Alvarez, le habían pasado una lista al antisocial "Franqueza" en la cual figuraba el nombre de Rosendo Cardozo entre las personas a las cuales debían dárseles muerte, y también a los hijos de don Justo Pérez, de nombres Rogelio y Jairo Pérez" (fls. 289 ss., 402 ss.).

Actuación procesal

Al día siguiente de ocurridos los hechos que se dejan reseñados, la Inspección Municipal de Policía y Tránsito de Cajamarca dictó auto cabeza de proceso (fl. 1). Luego de algunas actuaciones, pasaron las diligencias al Juzgado 163 de Instrucción Criminal, el cual había sido comisionado para continuar la investigación (fls. 14 vto. ss.). En el curso de ésta, por auto de 27 de septiembre de 1963 se decretó la detención preventiva de Rigoberto Quimbayo Chagualá (a. "Azabache"), de Alexander Bermúdez, de José Simón Palacios Tarquino, de Ezequiel Pava Acosta (a. "Franqueza") y de N.N. (a. "Capitán Misterio") (fls. 71 ss.), medida que fue revocada únicamente en cuanto hace relación a Bermúdez Giraldo (fls. 200 ss.). Previos los trámites de ley, se declaró reo ausente a Palacios Tarquino y se le designó apoderado de oficio (fl. 220 vto.). El juzgado del conocimiento, que lo fue el 2º Superior, el 4 de marzo de 1971 cerró la investigación (fl. 238) y por auto de 28 de mayo del mismo año, al calificar el mérito del sumario, llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Rigoberto Quimbayo Chagualá "como responsable de los delitos de homicidio en la persona de Rosendo Cardozo Ospina, violencia carnal en la persona de Edelmira Londoño Carvajal, y robo en los intereses de Rosendo Cardozo y Edelmira Londoño, cometidos el siete de junio de mil novecientos sesenta y tres, en la vereda La Cerrajosa del municipio de Cajamarca, y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que habla la parte motiva de esta providencia". También dispuso sobreseer definitivamente en favor de Horacio López y Gamaliel Bonilla; sobreseer temporalmente en favor de Dámaso Espitia, Manuel Antonio Molina y José Simón Palacios Tarquino; ordenar sacar copias en lo relacionado con el menor Jorge Eliécer Alvarez para enviarlas al juez de menores y también de lo pertinente para iniciar, en caso de que ya no se hubiera hecho, la investigación referente al delito de asociación para delinquir. Además, tomó todas las medidas que impone la ley (fls. 248 ss.). Recurrida en apelación esa providencia por el defensor designado por Quimbayo (fls. 282 vto. ss.), el Tribunal Superior del Distrito de Ibagué por medio de la suya de 24 de noviembre de 1971 la confirmó en todas sus decisiones, salvo en cuanto hace relación a los sobreseimientos temporales, con relación a los cuales se declaró inhibido (fls. 288 ss.).

Previo el cumplimiento de los trámites de ley, se celebró la audiencia pública. A la consideración del jurado se sometieron tres cuestionarios: uno con relación al delito de homicidio, otro al de robo y el tercero al de violencia carnal (fls. 371 ss.). Los dos últimos unánimemente fueron contestados de manera negativa. El primero afirmativamente y, de acuerdo con el auto de proceder, se encuentra concebido en los siguientes términos:

"Cuestión: El acusado Rigoberto Quimbayo Chagualá, de condiciones civiles y personales anotadas en el auto de proceder y conforme a él, es responsable de haber ocasionado la muerte al señor Rosendo Cardozo Ospina y en concurso material con otros delitos, por medio de varias heridas localizadas en diferentes partes del cuerpo hechas con arma cortopunzante y de paso, que trajeron como consecuencia su fallecimiento inmediato por paro cardiaco por heridas del mismo, conforme lo describe la diligencia de autopsia que obra en autos, hecho ejecutado con la intención de matar y para consumar otros delitos y abusando de las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima, el día 7 de junio de 1963, en la vereda La Cerrajosa, del municipio de Cajamarca, de este Distrito Judicial?".

Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, habiéndo-

se interpuesto el recurso extraordinario de casación contra la última, como quedó ya dicho.

La demanda

Con invocación de la causal 4ª de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: "por haberse dictado dicha sentencia en un proceso viciado de nulidad, violándose el artículo 26 de la Constitución Nacional", el censor formula dos cargos, los cuales serán presentados y contestados separadamente. Debe advertirse que el Procurador Primero Delegado en lo Penal en su ponderado concepto, llega a la conclusión de que la impugnación debe desecharse y, en consecuencia, ordenarse la devolución del expediente al Tribunal de origen. Oportunamente se hará la debida referencia a esta pieza.

Primer cargo

Lo enuncia así: "El auto cabeza de proceso fue dictado por un funcionario que carecía de facultades, atribuciones y competencia para ello, de conformidad con el inciso segundo del artículo 10, numeral 8º, del artículo 60 y numeral 1º, del artículo 198 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal), derogado por el Decreto 904 (sic) de 1971 vigente por la época en que fue dictada dicha providencia (junio 8 de 1963), la cual no fue ratificada posteriormente por funcionario competente alguno".

Para fundamentarlo expone:

Estas diligencias están viciadas de nulidad desde el auto cabeza de proceso, inclusive, "dado que este acto jurisdiccional fue proferido por un funcionario que carecía de facultades, jurisdicción y competencia para ello". En efecto:

El Código de Procedimiento Penal vigente en aquella época "disponía que 'son funcionarios de instrucción ... 8º) Los Alcaldes y los Inspectores de Policía en todas las contravenciones, y en las demás infracciones penales cuyo conocimiento corresponde a la Policía o a los Jueces Municipales". Según el literal i) del artículo 45 del mismo estatuto, los jueces superiores del lugar, entonces, como ahora, eran los competentes para conocer del delito de homicidio, siendo los municipales también funcionarios de instrucción para investigar esa clase de delitos, "mas no los Inspectores de Policía".

Por el informe que dio origen al auto cabeza de proceso se sabía que se trataba de un homicidio. Luego la competencia para abrir la investigación no la tenía el Inspector de Policía, por lo cual aquella providencia es nula, teniendo también en cuenta lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 198 del Código procesal penal entonces vigente, según el cual era causal de nulidad la incompetencia de jurisdicción. Por consiguiente todo lo actuado dentro de este proceso es nulo y cita sobre el particular una decisión de la Corte. Luego el artículo 26 de la Constitución "fue violado en varios de sus puntos fundamentales en detrimento de la situación del procesado **Rigoberto Quimbayo**", puesto que quien profirió el auto cabeza de proceso no tenía competencia para ello y ninguno de los funcionarios que conoció posteriormente de estas diligencias ratificó lo anterior.

Se responde el cargo

Este debe desecharse porque el Inspector de Policía y Tránsito de Cajamarca, **para la fecha en que dictó el auto cabeza de proceso, sí tenía competencia para hacerlo.**

Disponía el artículo 64 de la Ley 169 de 1896, en su inciso 1º: "Son funcionarios de instrucción el Presidente de la República, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores de Distrito Judicial, los Jueces de Circuito y los Municipales, los Gobernadores de los departamentos, los Prefectos de las provincias, los Alcaldes Municipales y los Inspectores de Policía, los Jefes e Inspectores de Policía Nacional y de los departamentos".

En tal norma se investía de competencia para la función instructiva, entre otras autoridades, a "los Alcaldes Municipales y los Inspectores de Policía, los Jefes e Inspectores de Policía Nacional y de los departamentos". Partiendo de esta base y confrontando tal disposición con las demás pertinentes, el Ministerio Público colaborador trae en su concepto la siguiente argumentación que esta Sala comparte por encontrarla ajustada a la ley y a la hermenéutica más exigente:

"El anterior Código de Procedimiento Penal, vale decir Ley 94 de 1938, en sus artículos 36 a 40 creó los Jueces de Instrucción Criminal, a quienes señala el artículo 60 como funcionarios de instrucción juntamente con otros, dejando a los Inspectores de Policía con tales funciones, pero circunscritos únicamente para las contravenciones y, además, a otras infracciones penales "cuyo conocimiento corresponde a la Policía o a los Juzgados Municipales". En su artículo 63 coloca a los Alcaldes y a los funcionarios de Policía en calidad de colaboradores de la justicia penal, indicándoles lo que deben cumplir en tal calidad.

"Debido a circunstancias de índole fiscal, en junio 23 de 1938, se dictó el Decreto legislativo 1111 de tal fecha, disponiéndose en sus artículos 1º y 2º lo siguiente:

"Artículo 1º Mientras se apropian las partidas para atender al pago de los funcionarios que deben crearse, a fin de dar cumplimiento a los artículos 33, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Penal, los Tribunales Superiores y los Jueces de Circuito continuarán conociendo de los negocios penales, tanto para la instrucción como para el fallo, en la forma en que actualmente conocen.

"Artículo 2º Igualmente, y mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter.

. . . . . ,

"Artículo 8º De acuerdo con el artículo 726 del Código de Procedimiento Penal, las autoridades de Policía continuarán aplicando las leyes y ordenanzas especiales que hoy aplican y con arreglo al procedimiento en ellas detallado.

"Dado en Bogotá a 23 de junio de 1938.

"En esta forma los Jueces de Instrucción Criminal creados por la Ley 94 de 1938, e indicados entre los funcionarios instructores, no tuvieron vida jurídica, y en su reemplazo, de nuevo recibían la competencia aquellos señalados por la Ley 169 de 1896, entre los que se encuentran, según la transcripción hecha, los Inspectores de Policía. Estos continuaron gozando de la calidad de funcionarios instructores hasta el año de 1964, cuando el Decreto 528, en su artículo 1º, expresamente les quitó tales funciones, según se constata al simple tenor literal, así:

"Artículo 1º Corresponde a los jueces municipales en lo penal la instrucción de los procesos por delitos que se cometan en el territorio de su jurisdicción, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal Superior la asuma directamente en los delitos de su competencia. Los Alcaldes, los Inspectores de Policía y los demás empleados administrativos no son funcionarios de instrucción, pero podrán cumplir funciones de Policía Judicial en los casos que señale la ley".

"Entonces, lógico es concluir que si la norma que se viene de transcribir, en forma expresa quita a los Inspectores de Policía la calidad de funcionarios de instrucción, es porque hasta antes de su vigencia gozaban de tal investidura, sin que entre el Decreto 528 de 1964 y el 1111 de 1938 se haya dictado ley alguna que se hubiere ocupado en reglamentar la instrucción criminal, señalando funcionarios distintos a aquellos que el último lo hizo.

"El auto cabeza de proceso emanado de la Inspección Municipal de Policía y Tránsito de Cajamarca, está calendado en junio 8 de 1963, es decir antes de entrar en vigencia el Decreto 528 de 1964, y estándolo el 1111 de 1938, entonces, los inspectores de Policía, para tal fecha, eran funcionarios de Instrucción Criminal, estando obligados, obviamente, a ejercer tales funciones.

"De ser cierto lo anterior, como lo es, queda en claro que el Inspector Municipal de Policía y Tránsito de Cajamarca, cuando inicia la investigación de los hechos criminosos dando comienzo a la formación del plenario mediante respectivo auto cabeza de proceso, era funcionario de instrucción criminal, y por lo tanto, con competencia legal para dictar tal providencia y actuar en la forma como lo hizo, sin que de su proceder se desprenda presupuestos estructurantes de la nulidad alegada por el señor demandante" (cuaderno de la Corte, fls. 29 ss.).

Lo anterior es más que suficiente para llegar a la conclusión de que este primer cargo debe desecharse.

Segundo cargo

Lo enuncia así: "El procesado, Rigoberto Quimbayo Chagualá, careció en el sumario y buena parte de la causa del derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional y en los Códigos de Procedimiento Penales derogado y vigente".

Lo sustenta de la siguiente manera:

Quimbayo fue vinculado al proceso mediante indagatoria el 28 de agosto de 1963 y en ella aparece como apoderado para tal diligencia un particular y no un abogado titulado. Tampoco se le designó apoderado al proferírsele auto de detención. Posteriormente nombró como defensor a un abogado, pero éste no realizó ninguna actuación, limitándose a recibir la notificación del auto de cierre de investigación. Al notificarse al procesado el de enjuiciamiento, designa al mismo profesional como defensor, limitando éste su actuación a apelar de tal providencia, "para terminar renunciando al poder en forma definitiva". Ante esta renuncia, el recurrente en casación fue designado defensor de oficio, mas cuando se posesionó "ya había pasado el término probatorio de la causa y última oportunidad para pedir pruebas... En consecuencia, cuando fui designado defensor de oficio del procesado fue realmente para hacer la audiencia nada mas, porque ya no había posibilidad de pedir ni practicar prueba alguna que hubiera variado el contenido del proceso y hasta se hubiera establecido la inocencia del encausado". Por eso, careció del derecho de defensa en el sumario y buena parte de la causa, cuando hubiera podido pedir pruebas tendientes a demostrar su inocencia o a aminorar su responsabilidad. Luego se violó el artículo 26 de la Carta. En abono de lo anterior cita dos jurisprudencias de la Corte. Luego no hubo verdadera defensa sino en la audiencia, por las razones antes anotadas, ya que algunos memoriales que se presentaron lo fueron "por el propio sindicado recurrente, pero todo dentro de las limitaciones de carecer de conocimientos jurídicos y de los verdaderos alcances del proceso y de las pruebas a él aportadas".

Se responde el cargo

Como observaciones preliminares tendientes ellas a desvirtuar el cargo, cabe apuntar con el Ministerio Público: En ninguna parte la ley exige que en el auto de detención se nombre apoderado de oficio. Por tanto es insólita tal pretensión. Y, en cuanto a que cuando el demandante asumió la defensa, sólo tenía el derecho de intervenir en la audiencia, habiendo precluido ya los términos para solicitar pruebas tendientes a demostrar la inocencia de su patrocinado o a aminorar su responsabilidad, tal afirmación no es exacta. En efecto: Este profesional tomó posesión del cargo de defensor de oficio del procesado el 28 de febrero de 1973 (fl. 360 vto.); el 20 de marzo siguiente por medio de memorial solicitó se aplazara la celebración de la audiencia pública (fl. 364), la cual había sido fijada para el día 23 de esos mismos mes y año (fl. 360), petición a la cual se accedió (fl. 364 vto.). Luego de otros aplazamientos, esa diligencia se realizó el 11 de mayo siguiente (fl. 374); es decir, que desde la fecha de posesión del defensor ahora demandante en casación hasta la de celebración de la audiencia pública, ya en vigencia del nuevo estatuto procesal penal, transcurrió un lapso superior al de dos meses.

De acuerdo con el artículo 513 del Código de Procedimiento Penal, "a petición de parte, hecha en la forma prevenida en el artículo 501 y por lo menos con dos días de anticipación, los peritos y testigos que se indiquen en ella deberán concurrir a la audiencia; pero los interesados estarán obligados a pagar los gastos de traslado y estada en el lugar del juicio cuando las personas citadas residieren fuera de él".

Ante la norma anterior debe concluirse que no es exacta la afirmación contenida en esta parte del cargo. El defensor del procesado, actual demandante en casación, tuvo un término, se repite, superior al de dos meses para haber pedido las pruebas por cuya ausencia ahora viene a lamentarse. En sus manos estuvo hacerlo y sin embargo no lo hizo. Sus razones tendría para incurrir en esa omisión.

Además, en cuanto a la esencia del cargo, el censor que apeló a la cita de algunas jurisprudencias en orden a sustentar su pretensión, olvidó o no tuvo en cuenta lo que esta corporación ha sostenido en numerosas ocasiones: "la nulidad supralegal por abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, sólo se produce cuando la indefensión ha sido total (sentencias de 27-II, 9-IIII, 29-V, 11-XII de 1970; 18-VIII, 22-IX y 26-IX de 1972). Se quebranta el artículo 26 de la Carta 'cuando en el juicio el procesado carece en absoluto de los medios técnicos adecuados para rebatir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le priva de las oportunidades y garantías consagradas para que los ciudadanos comparezcan ante la justicia, aunque aquellas irregularidades no se hallen establecidas como causales legales de nulidad' " (sentencia de 26-IX/72).

En el caso ahora estudiado la esencia de la ley ha tenido cumplimiento, tanto en la etapa del sumario como en la del juicio. Inclusive debe tenerse en cuenta que el auto enjuiciatorio fue apelado y que si bien no se presentó alegación para sustentar el recurso, el Tribunal examinó detenidamente dicha providencia para llegar a la conclusión que legalmente tomó. Y el último defensor del procesado que, se repite, es el actual demandante en casación, tuvo tiempo más que amplio para solicitar las pruebas que hubiera estimado necesarias en pro de los intereses de su defendido y, se abstuvo de hacerlo. En la diligencia de audiencia pública desplegó su actividad en cumplimiento del deber, siendo cosa perfectamente distinta el que sus argumentaciones que convencieron al jurado en cuanto hace a los delitos de robo y violencia carnal, no hubieran corrido con igual suerte en lo referente al de homicidio.

En consecuencia, no habiéndose lesionado el derecho de defensa, según viene de establecerse, este cargo tampoco habrá de prosperar.

Por tanto, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de casación habrá de desecharse y se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 22 de agosto de 1973, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la entidad de origen. Cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

Error sobre la época y lugar de la comisión de los delitos. — Falta de defensa. Reformatio in pejus.

La época —ha dicho la Corte en repetidas ocasiones— no es el día preciso en que se cometió un delito, pero ni siquiera el mes o el año. Es, en cambio, un lapso de tiempo dentro del cual puede situarse la infracción perseguida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Agotados los trámites de ley correspondientes, corresponde a la Corte decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado José Nevardo Rojas Carvajal y por el procesado José David Neira Parra contra la sentencia proferida el seis de julio de 1973 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante la cual se reformó la de primera instancia del Juzgado Tercero Superior de ese Distrito, para condenar al primero de los acusados a la pena de siete años y medio de presidio y al segundo a la de siete años, a más de las accesorias correspondientes, aumentando así la de cinco años ocho meses primitivamente impuesta para cada uno de ellos, como responsables de los delitos de falsedad en documentos y peculado.

Hechos

En el auto de enjuiciamiento (fls. 576 ss.) y en aquel por medio del cual tal providencia fue confirmada por el superior respectivo (fls. 643 ss.), así como también en las sentencias de primera (fls. 725 ss.) y de segunda instancias (cuaderno Nº 2, fls. 19 ss.), con sujeción a la realidad que brota de las pruebas, han sido presentados así:

"Nos cuenta el proceso que los señores José David Neira Parra por medio de Resolución número 002 de 1969, fue nombrado como Tesorero Pagador de la Seccional de Tunja del Instituto Nacional de Fomento Municipal (fl. 64), tomó posesión del cargo según acta que aparece al folio 65 y desempeñó las funciones de Tesorero Pagador hasta el 7 de septiembre de 1971 (fl. 66). José Nevardo Rojas Carvajal fue nombrado Revisor de Documentos III de la Auditoría Fiscal del Instituto Nacional de Fomento Municipal, Seccional de Tunja, por medio de la Resolución número 01426 del tres de junio de 1969 (fl. 350) por la Contraloría General de la República y tomó posesión del cargo el 6 de junio de 1969 (fl. 187). Desempenó las funciones inherentes a su cargo hasta el mes de septiembre de 1971. Como se ve los dos eran empleados oficiales adscritos al Instituto Nacional de Fomento Municipal, institución autonoma de servicio público descentralizado, (Decreto legislativo Nº 0270 de 1957). Los mencionados señores, desde el día de su posesión, habían venido desempeñando sus funciones y devengando sus sueldos sin que ninguna novedad grave hubiera sido advertida por las superioridades de la institución. Aunque se había tenido noticia de ciertas conductas irregulares. Se hablaba que la venta de ciertos artículos realizada por José Nevardo Rojas se había hecho sin

autorización legal, realmente, estos hechos jamás se pusieron en conocimiento de las autoridades judiciales y si de otros hechos se puso denuncio no se señalaron concretamente los posibles autores. No obstante esta aparente normalidad, es lo cierto que desde el mes de octubre de mil novecientos setenta, los señores José Nevardo Rojas Carvajal y José David Neira Parra se habían aventurado en una serie de maniobras delictuosas encaminadas a apoderarse ilícitamente de los fondos del Instituto Nacional de Fomento Municipal, institución de la cual eran empleados. Fue así como realizando una serie de falsificaciones sobre los cheques que eran girados a ciertas personas jurídicas lograron apropiarse, de acuerdo con dictamen pericial que obra en autos, de la suma de ciento veintidós mil quinientos setenta y nueve pesos con noventa y cinco centavos ($ 122.579.95) moneda corriente (fl. 505). La operación se hacía de la siguiente manera: Se presentaba ante el Instituto una cuenta para el pago de una deuda que había contraído la institución (INSFOPAL) con cualquier proveedor. La cuenta sufría los trámites de rigor. Y finalmente, se extendía el cheque que después de pasar por las revisiones reglamentarias ante el señor José Nevardo Rojas, en su calidad de Auditor, llegaba nuevamente a la oficina de José David Neira Parra, Tesorero Pagador, para ser remesado o en todo caso entregado al acreedor. Como es natural el señor José David Neira Parra estaba en la obligación de levantar los documentos tendientes a la comprobación de la entrega del cheque y el señor José Nevardo Rojas de acuerdo con sus funciones (fl. 350), debía verificar la realidad de estos pagos. Pues bien, lejos de realizar el curso normal de estas operaciones, los dos señores, José David Neira Parra y José Nevardo Rojas llegaron a un convenio que hizo posible el que una vez entregado el cheque al Pagador, se alterara el nombre del beneficiario y entonces un cheque que inicialmente se había girado a Texas Petroleum Company, venía a aparecer como girado a Teresa Pedrozo Umaña, un cheque que inicialmente era girado a Quin S. A., venía a aparecer como girado a favor de Joaquín Saavedra, un cheque girado a favor de Alkon S. A., llegaba a aparecer girado a favor de Alfonso Saavedra, etc. Realizada esta operación de falsificación, caprichosamente, se escribía al respaldo la firma del imaginario beneficiario de los cheques y el cheque se consignaba en una de las cuentas particulares de cualquiera de los dos autores del ilícito, señores José Nevardo Rojas Carvajal o José David Neira Parra. Por este sistema lograron los mencionados sindicados hacer efectivos a su favor dieciocho (18) cheques girados a distintas entidades, entre las cuales se encuentra la Texas Petroleum Company, Quin S. A., Alkon S. A., Víctor Julio Alba Abella, Guillermo Núñez, Cía. Ltda., Rafael Ochoa Rodríguez, todo lo anterior implicó un desfalco al tesoro público por la suma de $ 122.579.95. Como la maniobra se realizaba con gran habilidad y como en ella actuaba el encargado de control, señor José Nevardo Rojas, pudo prolongarse la comisión de estos ilícitos por un lapso muy considerable. Fue así como a pesar de las permanentes quejas de los acreedores, los reclamos no eran atendidos y los senores sindicados continuaban aprovechando ilicitamente del tesoro público, hasta que un hecho casual precipitó el descubrimiento de las patranas delictuosas que en el Instituto Nacional de Fomento Municipal de Tunja, se realizaban por parte de los sindicados. Consistió este hecho en que el Banco del Comercio sucursal de la plaza de mercado de Tunja pidió confirmación del cheque numero 068462 por la suma de $ 8.255.40, que aparecía girado a Joaquín Saavedra y consignado en la cuenta personal de José David Neira Parra. Como el senor José David Neira Parra no estuviera en la oficina, la averiguación se hizo ante la Auditora Fiscal de la entidad, Herminda Rangel Quintero, y como esta mujer de inmediato advirtiera la posibilidad que se tratara de una operacion ilícita averiguó rápidamente el asunto, consultó los libros respectivos y encontro que el cheque en cuestion habia sido girado a Quin S. A. y no a Joaquin Saavedra, persona con quien la institución no habia tenido jamás ningún negocio. Como era lo natural, por parte de las superioridades de la institucion se ordenaron las averiguaciones pertinentes, se realizaron las indagaciones contables por parte de los auditores de la Contraloría y la justicia or-

dinaria levantó la investigación que hoy calificamos".

Actuación procesal

En atención a la denuncia penal formulada por Herminda Rangel Quintero y José T. Villamizar J., en su carácter de Auditora Fiscal de la Contraloría Nacional ante el Instituto Nacional de Fomento Municipal —Seccional de Boyacá— la primera y de Director de esa Seccional el último, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja dictó auto cabeza de proceso (fl. 4). Se adelantó la correspondiente investigación. Se decretó la detención preventiva de José Nevardo Rojas por los delitos de falsedad documental y peculado (fls. 128 ss.) cuya revocatoria se negó (fls. 235 ss.) y la de José David Neira Parra (fls. 257 ss.) por los mismos delitos. Y luego de concluida la etapa respectiva, dentro de la cual se negaron algunos beneficios solicitados por los sindicados, se declaró cerrada la investigación (fls. 554 ss.). Mediante providencia fechada el 20 de junio de 1972, el Juzgado Tercero Superior, al cual correspondió el conocimiento de estas diligencias, llamó a responder en juicio a los sindicados José Nevardo Rojas Carvajal y José David Neira Parra por los delitos de falsedad documental y peculado "segun hechos que tuvieron ocurrencia entre el mes de octubre de mil novecientos setenta y el mes de septiembre de mil novecientos setenta y uno, en la ciudad de Tunja" (fls. 576 ss.). Recurrida la anterior providencia en apelación por el Fiscal del juzgado del conocimiento y por el defensor de Neira Parra, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja la confirmo en todas sus partes mediante la suya de 19 de octubre de 1972 (fls. 641 ss.). Abierto el juicio a pruebas (fl. 692), se practicaron las solicitadas. Se celebró la audiencia pública, previos los trámites de rigor (fls. 709 ss.) y se profirió sentencia condenatoria de primera instancia (fls. 725 ss.). Contra ella interpusieron recurso de apelación el sentenciado Rojas Carvajal y los dos defensores (fls. 762 ss.). Finalmente, el Tribunal dictó la suya de fecha 6 de julio de 1973 referenciada en los vistos de la presente y contra la cual se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

Las demandas

Dos fueron las presentadas, las cuales se considerarán separadamente, haciendo la presentación de los cargos y dando de inmediato las respuestas. Debe advertirse que el Procurador Primero Delegado en lo Penal con relación a ellas llega a la conclusión de que "ninguno de los llamados cargos gozan de comprobación lógica y jurídica, razón por la cual deben ser rechazados... y, ordenarse que el proceso sea devuelto al Tribunal de origen". En su debida oportunidad se hará referencia a ese concepto que contiene un estudio completo de las demandas instauradas.

Demanda presentada por el apoderado de José Nevardo Rojas Carvajal

Con invocación de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Codigo de Procedimiento Penal: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", formula cuatro cargos, así:

Primer cargo

Lo enuncia así: Se violó el artículo 26 de la Constitución por inobservancia de las formas propias del juicio ya que "en el auto de proceder se incurrió en error sobre la época y lugar de comisión de los delitos, equivocación prohijada por el Tribunal en la sentencia. Tal error es causal de nulidad (Art. 210, Num. 5º del C. de P. P.) y desquicia las formalidades del debido proceso".

Para fundamentarlo expone: En la parte resolutiva del auto de proceder —que transcribe en lo pertinente— se llamó a juicio por los delitos de falsedad documental y peculado, "según hechos que tuvieron ocurrencia entre el mes de octubre de 1970 y el mes de septiembre de 1971, en la ciudad de Tunja".

Pero ocurre que "hay comprobación lógica y razonada en el expediente de que el 8 de julio de 1970 se adulteró por parte del señor Neira el cheque número 178581 del Banco Popular de Tunja (ver folios 344, 384 y 505), el 17 de septiembre del mismo año

ocurrió lo mismo con el cheque número 264422 del Banco Popular de Duitama (fls. 88, 105 vto. y 292), el 26 de julio de tal año Neira cometió operación fraudulenta por medio del cheque número 059136 del Banco del Comercio de Duitama (fl. 340). Y, fundamentalmente, porque el único instrumento negociable respecto del cual los grafólogos manifiestan que mi mandante Rojas simuló firma del cheque número 222476 del Banco Cafetero de Tunja, adulterado a favor de "Jaime Díaz Leguizamón" y tal cheque está fechado el 25 de septiembre de 1970 (ver cheque al fl. 367).

"Luego, habiendo evidencias sobre la fecha, al señalarse época no concordante se rompió la "arquitectura inculpativa del proceso penal" como dice la honorable Corte, y, por ende, el auto de procer (sic) incurrió en la nulidad establecida en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Artículo 210. Causales. Son causas de nulidad en los procesos penales:

.....

5ª Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió...."

"Por otro aspecto, los cheques no eran sólo para Tunja sino para otras plazas: Duitama (Nos. 539567, 192199, 26442, 54431, 59136, obrantes a fls. 109, 156, 110, 365, 376, respectivamente) y Chiquinquirá (cheque Nº 86602 obrante al fl. 119), luego por esto también se incurrió en la nulidad antes transcrita.

"En conclusión, el pliego de cargos no corresponde a la realidad procesal".

Entonces, "al no tener en cuenta el Tribunal que se había incurrido en la causal 5ª de nulidad establecida en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, violó, consecuencialmente, el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Se responde el cargo

Dos circunstancias, una de tiempo y otra de lugar, deben considerarse en esta oportunidad. Con relación a la primera, para refutar el cargo, basta tener en cuenta la siguiente doctrina que ahora ratifica la Corte y la cual trae en su concepto el Ministerio Público. La corporación ha dicho:

"La nulidad alegada —error en cuanto a la época en que se cometió el delito imputado a Luis Solano Gómez— no está demostrada. La época —se ha dicho repetidas ocasiones— no es el día preciso en que se cometió un delito, pero ni siquiera el mes o el año. Es, en cambio, un lapso de tiempo dentro del cual puede situarse la infracción perseguida. Por consiguiente, cuando en el auto de proceder se indicó que el delito se había cometido antes de marzo de 1963, se estaba señalando una época precisa.

El artículo 198 numeral 8º del Código de Procedimiento Penal contempla —enseña la Corte— entre otros, como motivo de nulidad el error relativo a la época del ilícito, y no a la fecha del mismo, que es como distinta. La ley, por lo tanto, le deja al juzgador un amplio margen, un período de tiempo más o menos largo, para determinar cuándo se cometió el delito, en los casos en que no existe evidencia sobre el particular, a fin de evitar que la acción penal se paralice ante la imposibilidad de fijar con toda precisión y exactitud dicha circunstancia temporal del hecho criminoso.

"No es lo mismo error en la época del delito que error en la fecha del mismo. El primer vocablo se emplea en su acepción corriente de 'período de tiempo que se señala por los hechos históricos durante él acaecidos' o, 'por extensión cualquier espacio de tiempo'. Y, fecha en su significación corriente equivale a 'la palabra latina data y es entonces la expresión del día, mes y año en que se ha verificado un suceso'. Pero la ley precisamente para evitar esa posible confusión entre fecha o día en que se realiza determinado suceso, que en muchas ocasiones puede ser de difícil señalamiento, usó la palabra época, para determinar el espacio tiempo más o menos largo en el cual pueden tener ocurrencia ciertos actos de la vida humana: en contraposición a la fecha o tiempo concreto en que se realiza el hecho". (G. J. LXXX, 528)".

Y, en cuanto hace relación al lugar de comisión de los ilícitos, ha de tenerse en cuenta: el hecho de que algunos de los cheques girados no fueran para cobrar en Tunja sino en otras plazas: Duitama y Chiquinquirá,

no implica error alguno sobre el lugar de la comisión del delito. Porque como en numerosas ocasiones lo ha sostenido la Corte, el delito se comete no en el lugar en donde se vaya a hacer efectivo el cheque, sino en aquella plaza "donde se gira o transfiere el instrumento, que es donde se entrega". Y se encuentra demostrado en autos que la apropiación ilícita de los instrumentos negociables en referencia se llevó a término en la ciudad de Tunja, razón por la cual fue en ésta en donde se consumó el delito de peculado. De donde se desprende igualmente que fue en Tunja y no en ninguna otra ciudad en donde se llevó a término también el delito de falsedad documental.

En consecuencia, este cargo no prospera.

Segundo cargo

Lo enuncia así: "Se violó el artículo 26 de la Carta en armonía con el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, porque la principal de las pruebas que obran en la investigación, o sea la inspección judicial, en todas las ocasiones en que se efectuó se llevó a término sin la presencia y aun sin la notificación de los reos, no obstante que estaban presos".

Para fundamentarlo enumera las inspecciones judiciales que se decretaron y se practicaron sin que mediara la notificación a los sindicados presos. Transcribe el inciso 2º del artículo 219 del Código de Procedimiento Penal y concluye: "No es justo que una inspección ocular (sic) que es plena prueba (Art. 228) se practicara con la simple sujeción al artículo 223 del Código de Procedimiento Penal y el olvido del 219 ib:, así se esté en la etapa sumarial. Y si ello ocurre, como en el caso de Nevardo Rojas, se le ha violado el derecho de defensa y el proceso queda viciado de nulidad".

Se responde

Sea lo primero anotar que en cuanto hace relación a las tres diligencias de inspección judicial reclamadas por el demandante y que precisa en las letras a), b) y c) de este cargo, cuando ellas se decretaron y llevaron a término, aún el sindicado Nevardo Rojas no se encontraba detenido (Cfr. fl. 209).

Por lo demás aquéllas se realizaron con sometimiento a lo dispuesto en el capítulo II del título V del libro primero del Código de Procedimiento Penal, que regula la materia. Cierto que no hubo notificaciones, pero tal omisión constituye apenas una irregularidad que la ley no ha erigido en causal de nulidad. Además, con posterioridad a ellas las partes bien hubieran podido solicitar la práctica de nuevas diligencias de la misma índole, lo cual no ocurrió.

En consecuencia no se violó el derecho de defensa consagrado en la norma 26 de la Carta, por lo cual este cargo no puede prosperar.

Tercer cargo

Lo enuncia así: "Se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional por cuanto Nevardo Rojas en dos oportunidades se quedó sin apoderado judicial y por tal motivo se menoscabó su derecho de defensa".

En orden a su demostración expone: Cuando a Rojas se le indagó por primera vez: 22 de septiembre de 1971, "se le puso de presente el derecho que lo asistía 'de nombrar un apoderado que lo asista en la práctica de esta diligencia' ". Pero de acuerdo con el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, cuando un capturado es llevado ante el funcionario, éste, de inmediato pondrá en conocimiento "el derecho que tiene de nombrar un apoderado para que lo asista en **todas las diligencias subsiguientes**, dejando constancia escrita de ello". Y como esto no ocurrió, se colige que se violó "el derecho de defensa". Agrega que una vez dictado el auto de proceder, designó un defensor quien se notificó y tomó posesión del cargo. Que el día que vencía el término para interponer recurso de apelación contra aquél, el designado sustituyó el poder sin tener facultad para ello; que sólo tres días más tarde se admitió la sustitución. De lo cual concluye: "Nevardo Rojas se quedó sin difensor (sic) para que apelara e impugnara con seriedad, estudio del expediente y de las pruebas, el injurídico auto dictado en su contra", por lo cual se violó el espíritu de "la protección del derecho de defensa" consagrado por el artículo 26 de la Carta.

Se responde

Cierto es que de acuerdo con el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal en el aparte citado por el recurrente, el funcionario ante quien se lleva al capturado debe informarlo del "derecho que tiene de nombrar un apoderado para que lo asista en todas las diligencias subsiguientes". Mas si se tiene en cuenta que esa misma norma, en la parte no transcrita por el recurrente, dispone que el apoderado sólo puede intervenir en el proceso "a partir de la diligencia de indagatoria", síguese que por este aspecto no se incurrió en ninguna nulidad de índole legal ni en violación del artículo 26 de la Carta, tanto menos si se tiene en cuenta que Rojas rindió indagatoria asistido por apoderado el 22 de septiembre de 1971 (fl. 29) y que dos días más tarde dirigió memorial al funcionario instructor designando uno nuevo, quien tomó posesión del cargo en la misma fecha en que el escrito de nombramiento fue presentado (fl. 56). Y, en cuanto a la crítica levantada en torno a la sustitución del defensor con posterioridad a la notificación del auto de proceder, ha de tenerse en cuenta: que la designación de aquél se hizo con sujeción a la ley; y que, si bien en la sustitución se desconoció el artículo 121 del estatuto procesal penal por estarse a lo dispuesto en el 68 del de procedimiento civil (Cfr. fl. 620), este desconocimiento que implica una irregularidad, por una parte no está erigido en la ley como causal de nulidad y, por otra, no constituye un menoscabo del derecho de defensa tantas veces invocado, puesto que el juez de la causa dio posesión al sustituto quien entró a actuar de inmediato (Cfr. fls. 614 ss.). Cabe agregar a lo anterior que si en lo referente a este punto se hubiera presentado irregularidad de mayor entidad y trascendencia, ésta hubiera quedado subsanada en atención al memorial-poder otorgado por Rojas a quien antes había sido designado abogado sustituto (Cfr. fls. 619 ss.).

Por tanto este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Cuarto cargo

Cuando el Tribunal en su sentencia agravó la pena impuesta por el juez a Nevardo Rojas, "dictó una providencia nula, pues carecía de competencia para hacerlo, incurriendo en la nulidad establecida en el artículo 210 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, ya que fueron únicos apelantes los procesados y por lo tanto la competencia del Tribunal no podía extenderse al estudio de puntos que perjudicaban a quienes promovieron el recurso. Al obrar sin competencia en la parte que hizo más gravosa la penalidad, violó además el artículo 26 de la Constitución Nacional, en armonía, en este caso, con el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal y 357 del Código de Procedimiento Civil".

En orden a demostrarlo argumenta: De acuerdo con el artículo 357 del estatuto procesal civil "la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante...". Esta norma es aplicable al procedimiento penal en virtud del artículo 8º de esta codificación. Cita un estudio sobre la reformatio in pejus del profesor Mesa Velásquez, cuya idea central fue recogida por la Corte en sentencia de 27 de noviembre de 1972, uno de cuyos párrafos transcribe.

Agrega: Fueron los procesados quienes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primer grado. No lo hizo el Ministerio Público. El Fiscal del Tribunal pidió la confirmación "sin hablar de agravaciones en la pena". Entonces, al agravarse la sanción, se incurrió en la causal de nulidad invocada, con el consecuencial desconocimiento de "lo ordenado por el tantas veces citado artículo 26 de la Carta". Dice qué la consulta en este caso quedaba sin piso, en virtud de la apelación interpuesta por las partes.

Finaliza pidiendo "se dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 582, ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal y, consecuencialmente, declare (la Corte) en qué estado queda el proceso y disponga su envío al Tribunal de origen para que proceda de acuerdo con lo resuelto por la honorable Corte".

Se responde

Para contestar este cargo es suficiente tener en cuenta la siguiente jurisprudencia de esta corporación que ahora se reitera y que cita en su concepto el colaborador Fis-

cal, de la cual fue ponente el Magistrado doctor Mesa Velásquez:

"En el caso sub examine, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva tenía la plenitud de la competencia para estudiar la actuación del Juzgado Tercero Penal del Circuito, y, por ende, para modificar la sentencia dictada por éste con elevación de la pena en ella señalada al procesado José del Carmen Tapias Carrillo, no obstante el recurso de apelación que éste había interpuesto contra el fallo, por tratarse de una providencia consultable, a voces del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, no obstante que no se hubiera hecho por los juzgadores de las instancias mención de la consulta pues esta opera ope legis, esto es, por imperio de la ley. Y fue la consulta, dicho sea, la que permitió al referido Tribunal conocer de la condena impuesta en primera instancia a la procesada Sonia Londoño, quien no propuso apelación contra ella.

"Importa observar que la condición impuesta en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal para la consulta de las providencias que enumera la disposición, al decir que tal fenómeno procede 'cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación dentro del término legal', debe interpretarse, para su correcto entendimiento, no en forma literal o rigurosamente exegética, sino de modo que armonice con los principios básicos del procedimiento y con el ordenamiento jurídico, médico, científico por el cual se concluye que la apelación a que alude la norma, aunque ella no haga la distinción, no puede ser otra que la que le concede al ad quem la plena competencia para revisar la decisión del a quo, como es verbigracia la que hace valer el Agente del Ministerio Público. No puede olvidarse que lo que la ley quiere, al establecer la consulta para que determinadas resoluciones judiciales, es que los asuntos comprendidos en ellas tengan necesariamente dos instancias, sin límites en cuanto al poder decisorio de los jueces.

"Por los motivos expuestos, la nulidad alegada en el primer cargo de la demanda carece de fundamento y habrá de ser desechada como lo solicita el colaborador Fiscal, pues el Tribunal Superior de Neiva tenía competencia para reformar como lo hizo la condena impuesta por el juez del conocimiento al procesado José del Carmen Tapias Carrillo, sino con base en el recurso de apelación que éste interpuso, sí por la consulta de la sentencia de primer grado, que para el caso era procedente".

En consecuencia este cargo no prospera.

Demanda presentada por el apoderado de José David Neira Parra

Un solo cargo presenta que enuncia así: "Fundamento la demanda en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que dice: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. Considero que la sentencia recurrida ha violado por aplicación indebida los artículos 38, 150, 152, 153, 231, 232, 233 y ss. del Código Penal".

En orden a fundamentarlo expone: El Tribunal dejó de aplicar las normas enumeradas porque sólo militan circunstancias de menor peligrosidad en favor de Neira Parra y ninguna de mayor. Enumera entre las primeras las correspondientes a los numerales 1º: buena conducta anterior; 4º: influencia de excepcionales circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho; 7º: procurar espontáneamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias; 9º: presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito y confesarlo; 8º: resarcir el daño aunque en pequeña parte, y 11º: la falta de ilustración en cuanto influyó en la ejecución del hecho. Causales de menor peligrosidad que, según su criterio, están demostradas en el expediente.

También considera que se violó directamente el artículo 33 del Código Penal, pues siendo el delito más grave el contemplado en la norma 231 cuyo mínimo es de tres años, al cual tiene derecho Neira Parra debido a las circunstancias anteriores, el Tribunal lo violó en la graduación de la sanción. Sostiene que se infringió el artículo 152 del Código Penal, ya que no se tuvo en cuenta que su poderdante reintegró antes de dictarse sentencia de primera instancia, parte de lo sustraído. Para finalizar

manifiesta: "Al dejar de aplicar las disposiciones que he citado y que naturalmente regían en el presente caso, considero que ha habido una infracción directa de la ley. Igualmente los artículos 231 y 150 del Código Penal y 151 fueron interpretados erróneamente pues se les dio un alcance equivocado en mi concepto".

Se responde

Como se observa por la reseña que se viene de hacer de este cargo, en su enunciado se afirma que el fallo "ha violado por aplicación indebida los artículos 38, 150, 152, 153, 231, 232, 233 y ss. del Código Penal". Mas en su demostración empieza por afirmar que el Tribunal en la misma sentencia "dejó de aplicar las normas que he memorado" y entra a dar la razón de esta proposición. Lo anterior, como puede apreciarse aun a simple vista, constituye una contradicción insalvable que impide a la Corte adelantar el estudio que, en otras circunstancias, sería pertinente.

En cuanto a la pretendida violación del artículo 33 del Código Penal, tal cargo es inaceptable, puesto que la corporación falladora precisamente lo tuvo en consideración para regular la sanción de acuerdo con lo dispuesto en él. Y, en cuanto a la no aplicación del 152 del mismo estatuto, debe tenerse en cuenta que esta norma fue derogada por la 3ª del Decreto 1858 de 1951, de acuerdo con cuyo inciso 2º, debe restituirse en su debido tiempo "lo apropiado o su valor" o hacer "cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio", y ninguna de estas circunstancias se cumplió en el caso sometido a estudio.

En consecuencia este cargo tampoco puede prosperar.

Decisión

En fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Nevardo Rojas Carvajal y por el procesado José David Neira Parra contra la sentencia de 6 de julio de 1973 proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, a la cual se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen. Cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION

Lo que no se puede hacer en el fallo es cambiar el nomen juris de la infracción, indicado en el vocatorio a juicio y determinado por el correspondiente capítulo del Código Penal, ni deducir causales agravantes del delito no tenidas en cuenta en el auto procesatorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Pasto contra la sentencia de esta corporación de fecha 13 de noviembre de 1973, por la cual se condena a Jorge Arturo Gómez Guerrero a la pena de treinta días de arresto, "por el delito de circulación de moneda falsa".

Síntesis del proceso

El día 8 de diciembre de 1969, en la cantina de Asteria Bastidas Zambrano, situada en la carrera 25 Nº 14-35 de la ciudad de Pasto, el procesado Jorge Arturo Gómez Guerrero compró por la suma de $ 30.00 una botella de aguardiente, y para pagarla entregó a la propietaria del establecimiento un billete de $ 100.00, que resultó falsificado.

Agotada la investigación, el Juzgado Tercero Superior del referido distrito dictó, el 21 de marzo de 1973, auto de proceder contra el nombrado Gómez Guerrero, "por el delito de circulación de moneda falsa prevista por el Código Penal, libro II, título VI, capítulo I, delitos contra la fe pública", providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de dicho lugar en la suya de 9 de junio del mismo año.

Rituada en legal forma la causa se celebró audiencia pública el 11 de septiembre postrero, y el 19 del mismo mes el juez del conocimiento profirió sentencia, en la que impuso al acusado, con fundamento en el artículo 214 del Código Penal, la pena principal de tres años de presidio.

Tal sentencia fue protestada en apelación por el defensor del procesado Gómez Guerrero, y el Tribunal Superior de Pasto, en fallo de 13 de noviembre último, la reformó en el sentido de imponer al condenado la pena de treinta días de arresto, en lugar de la aplicada por el a quo, previas las consideraciones que a continuación se reproducen:

"Estima la Sala que el caso sub judice se adecúa perfectamente a la figura delictiva que trae el Código Penal en el artículo 217. La prueba recaudada da a entender que Jorge Arturo Gómez Guerrero, por su oficio de comerciante de ganado y expendedor de carne al por menor, manipulaba con inmensa frecuencia moneda buena y mala. La primera, común y ordinariamente. La segunda, recibida de buena fe, pero tenida en sus manos muy excepcionalmente, tal como le ocurre a toda persona dedicada al comercio y aun a la que no se dedica a esa actividad. Es lógico e indubitable.

"Por otra parte, no está demostrado que el procesado haya obrado en connivencia con el falsificador, ni que haya recibido la moneda a sabiendas de que es falsa y con

ese mismo conocimiento la hubiese puesto en circulación. Esa prueba no corre de autos, correspondiente recogerla al Estado por medio del funcionario instructor y por el juez competente, con la colaboración del Ministerio Público, según las voces del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

"Ante esta ausencia de prueba, se descarta la tipificación del delito del Nº 4 del artículo 214 del Código Penal, para encajar con el artículo 217, toda vez que el elemento normativo de la buena fe se presume mientras no se demuestre lo contrario. Existe justamente un fraude monetario, ya que recibió el billete y con dolo eventual lo puso en circulación. De allí sus afanes porque se le entreguen "rapidito", "prontico" el aguardiente y las "vueltas" (fls. 6 y 10)".

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el Fiscal Primero del Tribunal ad quem el recurso de casación, que le fue concedido y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en proveído de 31 de enero del corriente año.

La demanda

El Fiscal recurrente, tras resumir los hechos y la actuación procesal, expone:

"Causales para pedir la infirmación del fallo:

Causal 1ª, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal

Del análisis probatorio que el funcionario del conocimiento ha hecho y aun del que sustenta el mismo señor Magistrado ponente, se tiene que Jorge Arturo Gómez Guerrero es autor de un delito de falsedad en la categoría que señala el artículo 214 del Código Penal, pues está más que probado y plenamente probado, que fue él, el autor de la circulación del billete falsificado de cien pesos y en parte alguna ha manifestado que le fue entregado ese billete en el giro de sus negocios. Sólo el señor Magistrado ponente doctor Arnulfo Guerrero R. con una extralimitación probatoria ha querido "suponer" tal hecho, pese a la ninguna prueba que pueda sustentar esta "suposición", que ni siquiera al incriminado se le vino a la mente, o sea que a Gómez le entregaron esa especie falsificada en sus negocios y "a sabiendas" de su falsedad, la entregó a Asteria Bastidas. No está por demás anotar que esta manera de aplicar la ley sería peligrosísima en extremo y en cuanto hace relación al delito como el que nos ocupa, jamás podría condenarse a quienes a él se dedican, como Gómez, y dada la lenidad con que se procede sería este un ilícito llámado a no tener repercusión penal alguna en contra de quien lo comete.

"Dio pues el honorable Tribunal Superior aplicación indebida de la ley al condenar al procesado como transgresor del artículo 217 del Código Penal cuando debió habérsele aplicado el numeral 4º del artículo 214 de la misma obra en su mínima pena si se quiere, pero no entrar a situarlo de manera inconsulta en el artículo 217 citado, pues como ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de junio 24 de 1957, LXXXV, Pág. 469, "para que se configure la infracción del artículo 217 del Código Penal, es indispensable la existencia de la buena fe en el momento en que se recibe la moneda falsificada, vale decir, que no se tenga conocimiento al recibirla de su falsedad o alteración y que luego ya esto comprobado se ponga en circulación. Si en las instancias no se ventiló en ninguna forma el modo como adquirió el procesado los billetes falsificados, la disposición aplicable no es el artículo 217 sino el 214, ordinal 4º".

"Veamos algo de la prueba que obra en el sumario. Aparecen como principales las declaraciones de Asteria Bastidas y Mercedes Burbano de Gómez, testimonios que tanto para el señor juez de primera instancia, como para el honorable Tribunal Superior, son de naturaleza excepcional y merecen toda la credibilidad que la ley le asigna al testimonio. Obra además la contumaz negativa de Gómez de ser la persona que fue en la fecha de marras a comprar la botella de aguardiente, no obstante lo anterior se muestra ducho en el conocimiento de la moneda falsificada, lo que da margen para descartar el hecho de que pudo haber sido engañado como se pretende cuando se dice "...no está demostrado que el procesado haya obrado en connivencia con el falsificador, ni que haya re-

cibido la moneda a sabiendas de que es falsa y con ese mismo conocimiento la hubiese puesto en circulación...", agregando nosotros, que tampoco, y esto sí es evidente, está demostrada la forma como adquirió el incriminado la especie falsificada. Entonces es fácil deducir que hubo aplicación indebida de la norma penal, porque si ni el mismo honorable Tribunal acepta su propia suposición, es casable la sentencia como lo estatuye el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y por la causal anotada.

Causal segunda

Cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder

"Si leemos con detención el auto de llamamiento a juicio del señor Juez Tercero Superior, constatamos cómo se llamó a responder a Gómez por la infracción de circulación de moneda falsificada, porque se le demostró que fue el autor del acto físico de entregar el billete con el "a sabiendas" de que dicha moneda era falsificada. En parte alguna se ha dicho que se lo llama a explicar su conducta consistente en que después de haber sido engañado con un billete falsificado, pretendió ya enterado de su alteración o falsedad, nuevamente hacerlo circular, circunstancia ésta por demás imposible si se leen las manifestaciones de Gómez, cuando se declara experto conocedor de los billetes falsificados. En consonancia con este auto de cargos, el señor Juez Tercero Superior dictó su sentencia, en la que condena a Gómez Guerrero a pagar en el establecimiento que ordene el Gobierno, la pena de tres años de presidio, mas el Tribunal Superior en la providencia recurrida se salió de los cargos anotados en el procesatorio y entonces no existe la consonancia de que habla el numeral segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y es casable por ello, la sentencia que lleva fecha noviembre trece del pasado año".

El Procurador Segundo Delegado Penal, a quien se corrió traslado de la demanda para el fin indicado en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, manifestó que no hacía uso de la facultad de ampliar el libelo, potestad consagrada en aquella disposición.

Se contesta

a) Acerca de la causal primera de casación invocada, observa la Corte que el actor no precisa si la violación de la ley sustancial que atribuye al Tribunal sentenciador fue directa o indirecta, ni expresa tampoco claramente el concepto del pretendido quebranto. Parece que el propósito del impugnador hubiere sido el de acusar la sentencia del ad quem por infracción indirecta de las normas sustantivas que reputa infringidas, por la referencia que hace a algunas de las pruebas tomadas en cuenta por el juzgador. Si ello es así, el recurrente tenía el deber de indicar la clase de error (de derecho o de hecho) en que incurrió el fallador, la prueba sobre la cual recayó y su incidencia en la decisión, todo lo cual fue omitido en la demanda.

Significa lo anterior que el cargo está deficientemente postulado y no puede prosperar.

b) En cuanto a la causal segunda de casación aducida, anota la Sala que en la sentencia se pueden reconocer circunstancias atenuantes de la infracción, genéricas o específicas, conservando la denominación jurídica dada al delito en el auto de proceder, si el juzgador encuentra demostrado algún motivo atemperador de la responsabilidad del acusado o degradante de la infracción, sin que por ello se rompa la armonía que la ley exige entre esas dos piezas del proceso. Lo que no se puede hacer en el fallo es cambiar el nomen juris de la infracción, indicado en el vocatorio a juicio y determinado por el del correspondiente capítulo del Código Penal, ni deducir causales agravantes del delito no tenidas en cuenta en el auto procesatorio. Solamente cuando el sentenciador varía el título de la imputación, con respecto al proveído enjuiciatorio o excede los límites de la acusación formulada, vr. gr., porque toma en consideración circunstancias agra-

vantes del delito no comprendidas en el auto de proceder, se presenta la causal de casación contemplada en la primera parte del ordinal 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Como en el caso sub judice no se está en presencia de ninguna de las hipótesis que permiten afirmar desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, puesto que ni se varió la denominación jurídica genérica de la infracción acriminada al procesado Jorge Arturo Gómez Guerrero, ni se rebasó la imputación, la censura que el impugnador hace a la sentencia del ad quem carece de fundamento.

c) Por consiguiente, dando aplicación al artículo 582 del estatuto procesal penal, se desechará el recurso y se ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen.

Fallo

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Pasto contra la sentencia de esta corporación de fecha 13 de noviembre de 1973, a la cual se hace referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR APLICACION INDEBIDA.— PRUEBAS.— SU CONDUCENCIA.— ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION COMETIDO EN EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO.— COMO DEBE ALEGARSE EN CASACION.— SECUESTRO.— EL PROPOSITO DE CONSEGUIR, PARA SI O PARA OTRO, UN PROVECHO O UTILIDAD ILICITOS, NO ES SINO UNA AGRAVANTE DEL DELITO DE SECUESTRO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Agotado el trámite legal, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de diciembre de 1972 del Tribunal Superior Militar, por la cual se condena a Darío López Barbosa, Cándido Moros Rojas, José Apolinar López Zapata y Hernando Parra Riveros a la pena principal de diez años de presidio a cada uno, como responsables de los delitos de secuestro y extorsión; a Jaime Baena Correa y Gloria Rivera de López a la pena principal de ocho años de presidio a cada uno, como responsables de los mismos delitos, y a Jaime Enrique Parra Riveros a la pena principal de dos años de prisión como responsable del delito de extorsión, y a todos ellos a las accesorias correspondientes.

Hechos

Los resume el juzgador de segunda instancia, ciñéndose a la realidad procesal, así:

"Varios sujetos, de los que puede predicarse mediana y modesta condición económica; los más aficionados a los automóviles bien o mal habidos, y unidos por el desenfrenado y común propósito de lucro, planearon la empresa delictuosa consistente en el secuestro de un ciudadano de acaudalada familia para obtener como rescate una elevada suma de dinero, alcanzando éxito parcial.

"Y así en la tarde del siete (7) de julio de mil novecientos setenta y uno (1971), en cumplimiento de programa y táctica acordados, interceptaron la marcha del vehículo en que transitaba el señor Luis Lara Rueda, lo intimidaron con despliegue de número de personas y exhibición de armas y, privándolo desde ese momento de toda autodeterminación lo condujeron del norte de la ciudad de Bogotá, D. E., hasta la finca denominada "Las Delicias" ubicada en la comprensión municipal de Facatativá, recluyéndolo en un cuartucho bajo estricta vigilancia.

"El sorprendido y atemorizado ciudadano se vio constreñido desde entonces a acatar dócilmente la voluntad de sus injustos aprehensores. Su colaboración y la forma habilidosa como los antisociales se pusieron en contacto con miembros de la estupefacta familia, que se movilizó vigorosamente en ayuda del secuestrado, hicieron que después de complicadas maniobras encaminadas a despistar a las autoridades, los secuestradores obtuvieron la cantidad de tres millones cuatrocientos noventa y tres mil pesos en efectivo, suma por la cual transaron, liberando al rehén y permitiendo que en la fecha del catorce (14) de julio del mismo año se reintegrara a su hogar".

Actuación procesal

En el consejo verbal de guerra, convocado por el Comando de la Brigada de Institutos Militares mediante Resolución número 0032 de 1º de septiembre de 1972, se sometió a la consideración de los vocales diversos cuestionarios relativos a los delitos de secuestro y extorsión, y acogiendo los veredictos, la presidencia del consejo verbal de guerra profirió la sentencia de 20 de septiembre del mismo año, la que, apelada, fue confirmada por el Tribunal Superior Militar el 18 de diciembre de 1972, con ciertas modificaciones y adiciones.

Interpuesto el recurso de casación contra la decisión del ad quem por los defensores de los procesados Hernando y Jaime Parra Riveros y Cándido Moros Rojas y por los procesados Hernando Parra Riveros, Jaime Baena Correa, Cándido Moros Rojas, Apolinar López Zapata y Darío López Barbosa, fue concedido por el Tribunal Superior Militar en auto de 5 de marzo de 1973 y declarado admisible por esta Sala mediante proveído de 23 de marzo del propio año.

En providencia de 8 de enero del año en curso, la Corte declaró ajustadas a las exigencias legales las demandas presentadas por el apoderado de los procesados Hernando Parra Riveros, Jaime Enrique Parra Riveros y Darío López Barbosa y por el apoderado del procesado Jaime Baena Correa, y declaró desiertos los recursos interpuestos por los procesados Cándido Moros Rojas y Apolinar López Zapata, porque el apoderado del primero presentó la demanda "fuera de tiempo" y el segundo no la presentó "dentro del término señalado".

Demanda del doctor Rafael Latorre Fonseca como apoderado de Hernando Parra Riveros

Al amparo de la causal de casación establecida en el numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, le formula a la sentencia recurrida el cargo de violar la ley sustancial, por aplicación indebida.

El Procurador Delegado de las Fuerzas Armadas resume acertadamente los fundamentos del cargo así:

"a) Se condenó a Hernando Parra Riveros como autor de los delitos de secuestro y extorsión aplicando el artículo 19 del Código Penal, cuando la norma aplicable era el artículo 20 del mismo estatuto penal; b) Hernando Parra Riveros no fue nunca coportador, ni intervino con conocimiento en el nacimiento del plan, ni en la asociación para el delito, su acto fue más de omisión que de acción, y eso cuando ya el secuestro se había realizado; c) La ley positiva establece la participación criminal y la secundaria, en razón de que no se puede prestar una ayuda o acción que no es necesaria, y entonces el grado de responsabilidad individual no es igual al que se fija para el copartícipe principal; d) Tratar de englobar en una sola norma penal las diferentes responsabilidades, cuando son distintas, constituye un error; en este proceso no todos los procesados acordaron el plan criminoso, ni determinaron cometer los delitos, ni todos pusieron en ejercicio el plan, y e) Finalmente examina los fundamentos de la decisión de la sentencia para concluir que Hernando Parra Riveros, si bien era el dueño de la finca donde se mantuvo secuestrado el señor Luis Lara Rueda, no se dio cuenta de tal cosa sino cuando el secuestro ya se había realizado, y si calló o guardó silencio al respecto, sólo prestó un auxilio que no era necesario. Como conclusión de su alegato afirma que hubo indebida aplicación de una norma sustancial del Código Penal, porque no ha debido hacerse uso del artículo 19 sino del 20 del Código Penal, porque Hernando Parra Riveros no fue coportador de la decisión común de los hechos, y si aceptó que permaneciera el señor Lara Rueda en su finca, esto fue un hecho posterior al secuestro mismo".

Demanda del doctor Rafael Latorre Fonseca como apoderado de Jaime Parra Riveros

Dentro de la órbita de la causal cuarta establecida en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal le formula un cargo a la sentencia impugnada, y otro al amparo de la causal segunda.

Causal cuarta

Este cargo lo sintetiza fielmente el Procurador en los siguientes términos:

"El cargo de la causal cuarta lo fundamenta en el hecho de que al tenor del cuestionario formulado a Jaime Parra Riveros se le consideró como coautor de la extorsión cometida contra los intereses del señor Luis Lara Rueda sin que hubiera podido tomar parte en ella por encontrarse privado de su libertad desde el día 6 hasta el 19 de julio de 1971. Si Jaime Parra Riveros, de acuerdo con la sentencia, sólo puede ser considerado como autor intelectual del plan criminoso, esto es lo que ha debido preguntársele a los jurados en el cuestionario en su condición de tal.

Causal segunda

El cargo lo condensa el Agente del Ministerio Público así:

"El segundo cargo lo fundamenta en el hecho de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado, porque a éste se le preguntó por la coautoría de Jaime Enrique Parra en el delito de extorsión y no por la autoría intelectual del mismo, tal como lo sostiene la sentencia de segunda instancia al destacar toda acción o actividad material en los reatos por parte de Jaime Enrique Parra Riveros. En conclusión se condenó a Jaime Enrique Parra Riveros como coautor de la extorsión, pero en la sentencia de segunda instancia se le condena como autor intelectual, por lo cual es evidente el desacuerdo entre la sentencia y el veredicto".

Demanda del doctor Guillermo Calderón Vanegas como apoderado de Jaime Baena Correa

Al amparo de la causal cuarta de casación, este demandante le formula al fallo recurrido tres cargos, y tres también en la órbita de la causal primera.

Causal cuarta

Primer cargo

"Invoco para la sustentación del recurso extraordinario la causal cuarta de casación prevista por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a los procedimientos penales militares de conformidad con lo dispuesto por el artículo 597 del Código de Justicia Penal Militar.

"El motivo de impugnación radica en el hecho de que la sentencia objeto del recurso fue proferida en un proceso viciado de nulidad.

"El primer cargo que le formulo a la sentencia acusada lo hago consistir en que el fallo impugnado fue dictado en un proceso viciado de nulidad supralegal con arraigo en lo preceptuado por el artículo 26 de la Constitución Nacional y que concretamente consiste en el menoscabo del derecho de defensa que sufrió el procesado Jaime Baena Correa durante el juicio y que incide en el quebrantamiento del ya citado artículo 26 de la Constitución política.

"Como el derecho de defensa cobija por igual a todos los procesados, las pruebas solicitadas por los señores defensores de los restantes implicados, doctores Sergio Delgado Calderón, Juan Manuel Herrera, Rafael Jaime Vélez Jiménez, Latorre Fonseca, y que fueron negadas por el honorable Tribunal Superior Militar mediante auto de fecha del 16 de diciembre de 1971, constituye un flagrante quebrantamiento del derecho inherente a todo procesado como es el de solicitar las pruebas que estime convenientes para sus descargos o para la explicación de los hechos. Si las pruebas anteriormente solicitadas o mencionadas por el honorable Tribunal Superior Militar hubieran sido practicadas, la situación del señor Jaime Baena Correa hubiera sido diferente, ya que hubiera podido demostrar su inocencia.

"La petición de pruebas elevada por los señores defensores ante el honorable Tribunal Superior Militar fue presentada dentro del término previsto por el artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar.

"Teniendo en cuenta que el auto proferido por el honorable Tribunal Superior Militar con fecha 16 de noviembre de 1971, visible a folio 325 del cuaderno principal, atenta contra el derecho de defensa prescrito por la Constitución Nacional al serles negadas a los señores defensores las pruebas que solicitaron dentro del término legal, tal negativa conlleva un manifiesto

y ostensible atentado contra las garantías ciudadanas consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional puesto que las prácticas de pruebas en la segunda instancia están claramente delimitadas por el artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar y la negativa dada genera nulidad supralegal...".

Segundo cargo

Lo sintetiza el Procurador de esta guisa: "Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, causal de nulidad determinada por el ordinal segundo del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar. Sustenta este argumento con la tesis de que no ha debido formularse cuestionario contra su defendido, sino únicamente por el delito de secuestro y no por secuestro y extorsión como evidentemente se hizo. Las razones de derecho en que apoya su tesis es la de que no se puede tomar a la vez un elemento tipificador del delito de secuestro, el provecho ilícito, como elemento tipificador de otra infracción, en este caso la de extorsión, sin incurrir en el quebrantamiento del principio non bis in idem. Conclusión de la afirmación: no se podía formular al procesado dos cuestionarios, uno por secuestro y otro por extorsión, porque al tenor del artículo 293 el provecho ilícito es elemento constitutivo del delito de secuestro, y mal puede a su vez tomarse en cuenta para estructurar otra infracción. Existe en consecuencia error relativo a la denominación jurídica de la infracción porque no existe sino el delito de secuestro y no el de extorsión como le pareció al señor juez de primera instancia y por lo tanto se condenó al procesado Baena Correa, por dos delitos, uno de los cuales, el de extorsión, es inexistente".

Tercer cargo

"Incurrió el honorable Tribunal sentenciador en la nulidad prevista en el numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar "no haber elaborado el cuestionario en la forma establecida por este Código".

Aduce el demandante que contra expresa prohibición del artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, en los cuestionarios relativos a Baena Correa y que fueron sometidos a la consideración de los vocales en el consejo verbal de guerra, se le dio denominación jurídica a la infracción, al incluirse la calificación del delito, puesto que en el cuestionario visible al folio 142, se pregunta sobre la responsabilidad del procesado y que consiste en haber tomado "parte junto con otros en el secuestro del señor Luis Lara Rueda, con el propósito de obtener para sí un provecho o utilidad ilícitos, consistente en haber obtenido la suma de tres millones cuatrocientos noventa y tres mil pesos (3.493.000.00)".

"Como puede apreciarse, en la redacción de este cuestionario se le dio denominación jurídica al delito al incluirse claramente la palabra secuestro y contra la expresa prohibición contenida en el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, se le dio denominación jurídica.

"En el cuestionario antes mencionado faltó incluir en su redacción los elementos que constituyen el delito de secuestro. Nada se habló de "la privación de la libertad del señor Luis Lara Rueda" como era de rigor hacerlo para poder decir que el cuestionario mencionado sí fue redactado con sujeción a lo dispuesto por el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar...".

Causal primera

Primer cargo

"El honorable Tribunal sentenciador al condenar al procesado Jaime Baena Correa violó en forma contenida en el artículo 293 del Código Penal al imponer la pena al procesado por el delito de secuestro en ocho años en razón de que en el proceso no se recaudaron las exigencias previstas en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, como es el de adoptar la prueba de la responsabilidad en forma 'legalmente producida', ya que debido a defectuosa redacción de los cuestionarios propuestos a la consideración de los vocales del consejo de guerra verbal donde contra expresa prohibición legal, se le dio denominación jurídica a la infracción por cuanto en tales cuestionarios se calificó previamente el delito de secuestro...

"El título de violación de esta norma es el de violación directa del artículo 293 del Código Penal por cuanto que en vista de la defectuosa redacción de los cuestionarios propuestos a la consideración de los vocales del consejo de guerra la norma acusada no era procedente en su aplicación al caso de Jaime Baena Correa.

Segundo cargo

"Al aplicar el honorable Tribunal sentenciador el artículo 406 del Código Penal, incurrió en obstensible (sic) violación del principio 'non bis in idem', en razón de que por la concomitante aplicación del artículo 293 del Código Penal, ya se había reprimido el delito de secuestro, siendo en consecuencia supervacánea la aplicación del artículo 406 del Código Penal.

"El título de violación de la ley sustantiva es el de violación directa del artículo 406 del Código Penal por errónea estimación probatoria de los elementos constitutivos del delito de extorsión. Y el error consistió en que el honorable Tribunal sentenciador consideró que por separado se debía sancionar el elemento constitutivo del delito de secuestro, previsto en el artículo 293 del Código Penal como es el provecho o utilidad ilícitas recibidas del delito en mención".

Tercer cargo

"El tercer cargo... a la sentencia acusada lo hago consistir en que ...se aplicó indebidamente el artículo 37 del Código de Justicia Penal Militar...

"Incurrió en interpretación errónea el honorable Tribunal sentenciador al aplicar indebidamente el artículo 37 del Código de Justicia Penal Militar, en el fallo proferido en contra de Jaime Baena Correa al considerar que contiene una relación de circunstancias de mayor peligrosidad y no una enumeración taxativa...

"Y el error del Tribunal sentenciador consiste en que consideró que el artículo 37 del Código de Justicia Penal Militar contiene una relación de circunstancias de mayor peligrosidad y no una enumeración taxativa de las mismas, pues no dijo en la sentencia cuál de tales circunstancias eran aplicables al caso de Jaime Baena Correa.

"El honorable Tribunal sentenciador aplicó indebidamente el artículo 33 del Código de Justicia Penal Militar al juzgar y condenar al procesado por dos delitos distintos como son los contemplados en los artículos 293 y 406 del Código Penal, siendo que los hechos probados no daban lugar a dicha aplicación, por cuanto que el delito de secuestro subsume los elementos tenidos en cuenta para la aplicación del artículo 406 del Código Penal.

"En consecuencia, el honorable Tribunal sentenciador aplicó indebidamente el artículo 33 del Código de Justicia Penal Militar en razón de que los hechos demostrados en el proceso no daban lugar a dicha aplicación.

"El título de violación de la ley sustancial es el de violación directa de los artículos ya citados por aplicación indebida e interpretación errónea".

Demanda del doctor Rafael Latorre Fonseca como apoderado de Darío López Barbosa

En el marco del numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, este demandante le formula dos cargos al fallo recurrido.

Primer cargo

"Estimo que la sentencia del honorable Tribunal Superior Militar se dictó en un juicio viciado de nulidad y que consiste en que se menoscabó el derecho de defensa en forma ostensible, no solamente de Darío López sino también de los otros sentenciados, durante el juicio, quebrantándose lo establecido por el artículo 26 de la Constitución Nacional, al no observarse las formas propias del juicio".

En síntesis, el cargo estriba en que se dictó la sentencia en un juicio viciado de nulidad por la violación del artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar, violación causada al negar el juzgador de segunda instancia la práctica de pruebas mediante el auto de 16 de diciembre de 1971.

Segundo cargo

"El segundo cargo que formulo a la sentencia recurrida es de orden legal, por cuanto que constituye nulidad al tenor del artículo 441, numeral 8º, del Código de Justicia Penal Militar, no elaborarse el cuestionario o cuestionarios en la forma prescrita por el Código de Justicia Penal Militar".

En esencia, el cargo consiste en que a Darío López Barbosa se le formuló cuestionario por coautoría por los delitos de extorsión y secuestro, sin que existiera el acervo probatorio para tal planteamiento, en lugar de habérsele enjuiciado por encubrimiento o complicidad no necesaria en los dos delitos.

Concepto del Procurador Delegado de las Fuerzas Militares

El Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, después de analizar todos y cada uno de los cargos hechos a la sentencia impugnada, concluye que "es de concepto desfavorable a las peticiones de nulidad propuestas por los señores defensores de los procesados Jaime Enrique Parra Riveros, Hernando Parra Riveros, Darío López Barbosa y Jaime Baena Correa por considerar que los vicios alegados no tienen la fuerza legal requerida para engendrarlas" y, en consecuencia, solicita a la Corte "no casar la sentencia recurrida".

La Sala aprovechará algunos aportes del Ministerio Público.

Consideraciones de la Sala

Demanda del doctor Rafael Latorre Fonseca en representación de Hernando Parra Riveros

Como se hizo constar, este demandante, al amparo de la causal de casación establecida en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal impugna el fallo recurrido con el cargo de violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida.

Sobre este punto la Sala razona, reiterando doctrina expuesta en múltiples sentencias, así:

1. La violación directa de la ley sustancial, como específico motivo de casación, puede ser alegada en toda clase de juicios. No así la violación indirecta, que no es procedente en los juicios por consejos verbales de guerra, ni en los de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los que la sentencia tiene que proferirse en consonancia con el veredicto, esto es, acogiendo la calificación que en conciencia den los vocales del consejo o los jurados a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

"En la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto se cierra la controversia sobre las mismas. Sólo en el caso de que el veredicto sea manifiestamente contrario a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias (artículos 587 del C. de J. P. M. y 537 y 554 del C. de P. P., hoy 565 y 587 ibídem) y no puede por tanto plantearse a través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto" (artículo 56 del Decreto 528 de 1964, hoy el 580 del C. de P. P.) (sentencia de 22-VIII/69).

El demandante de autos, al formular el cargo contra la sentencia censurada, expresa que acusa el fallo por aplicación indebida de la ley sustancial, es decir, conforme al inciso primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Mas la verdad es que al desarrollar la acusación, se desvía hacia la violación indirecta de la ley, como que no acepta los hechos expuestos en la sentencia y se adentra en un análisis parcial de la prueba aportada al proceso, pretendiendo así reabrir el debate sobre aspectos probatorios del mismo, para extraer la conclusión de que el Tribunal sentenciador condenó a Hernando Parra Riveros por aplicación indebida del artículo 19 del Código Penal, que no era el aplicable sino el 20 ibídem,

porque su poderdante "no fue coportador de la decisión común de los hechos y si aceptó que permaneciera el señor Lara Rueda en su finca, esto fue un hecho posterior al secuestro mismo".

El demandante en el presente caso no ensaya demostrar la transgresión de la ley en la sentencia acusada por un razonamiento directo, como corresponde a lo previsto en el cuerpo primero del primer numeral del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sino que pretende reabrir la controversia sobre el aspecto probatorio del proceso y critica los presupuestos fácticos del fallo recurrido, situando así el cargo dentro de las previsiones del inciso 2º del numeral citado, por lo cual la impugnación es improcedente, puesto que en juicios como el presente, en que ha intervenido el consejo verbal de guerra, no es pertinente ese específico motivo de casación, pues en ellos, se repite, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, que cuando es condenatorio refleja la plena prueba del hecho acriminado y de la responsabilidad del acusado.

Fluye de lo expuesto que este cargo no puede prosperar.

Demanda del doctor Rafael Latorre Fonseca en representación de Jaime Parra Riveros

Como se vio, el demandante hace un cargo dentro del marco de la causal cuarta y otro al amparo de la causal segunda.

Primer cargo

Sobre este punto la Sala acoge el razonamiento del Agente del Ministerio Público:

"El doctor Latorre Fonseca como apoderado de Jaime Parra sostiene que se le formuló cuestionario como coautor de secuestro y extorsión y que se le condenó como autor intelectual de extorsión. Para ello se fundamenta en un párrafo del Tribunal que acepta que la acción física fue desechada, no así su aporte mental. Este es el argumento más hábilmente planteado. Sin embargo la misma sentencia acepta que Jaime Parra fue el valor vinculante de Darío López y Moros al grupo de su hermano Hernando. En verdad el párrafo transcrito no significa tal vez que haya habido solamente aporte intelectual ya que al condenarse por extorsión se le aceptan actos integrantes del tipo, como el recibo de parte del dinero.

"Por lo demás el mismo demandante acepta que la sanción para el coautor es la misma que para el llamado autor intelectual y fuertes corrientes doctrinarias hacen de ésta una especie de aquélla".

Cierto es que los vocales afirmaron la responsabilidad del acusado Jaime Parra Riveros por hechos que, jurídicamente apreciados, sitúan a aquél como coautor de extorsión. Mas aún admitiendo que la sentencia de segunda instancia, objeto del recurso que se decide, hubiera condenado a Jaime Parra Riveros como "autor intelectual", ello es insustancial e irrelevante, ya que, a términos del artículo 19 del Código Penal, incurre en la sanción establecida para el delito "el que toma parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, ...o determine a otro a cometerlo". Refiriéndose a esta disposición, dijo la Corte en sentencia de 4 de octubre de 1968:

"El artículo 19 del Código Penal habla de quienes tomen parte en la ejecución del hecho, y de quienes presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse. Pero la doctrina afirma que son autores todos los que contribuyen en la comisión de la conducta punible, distinguiéndose los autores materiales, los autores intelectuales y los autores por cooperación quedando estos últimos —según nuestra legislación penal— en el mismo grado de responsabilidad penal de aquéllos".

En conclusión, este cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

Este cargo sustancialmente es igual al que se acaba de desechar y, por lo mismo, no puede prosperar.

Demanda del doctor Guillermo Calderón Vanegas en representación de Jaime Baena Correa

Como se dejó dicho, este demandante, al amparo de la causal cuarta de casación, plantea tres cargos, y tres asimismo en la órbita de la causal primera.

Causal cuarta

Primer cargo

La Sala prohija en este punto lo que conceptúa el Agente del Ministerio Público:

"Este argumento radica en una errónea interpretación del artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar. En efecto, se olvidan que tal norma faculta al juez de segunda instancia para decretar las pruebas conducentes...

2. "Es potestativo del juez de segunda instancia calificar la conducencia de la prueba y su decisión no es materia del recurso de casación".

Además, cumple traer a cuento y transcribir la doctrina reiterada de esta corporación que se expone, entre otras, en la sentencia de 14 de marzo del año en curso, así:

"En numerosos fallos de casación, la Corte ha indicado cuál es el complejo jurídico integrado en el artículo 26 de la Carta política, y lo hizo a fin de evitar la frecuente apelación a esta norma, que sólo puede invocarse tratando de obtener la nulidad del procedimiento cuando se ha desquiciado fundamentalmente cualquiera de estas garantías o varias de ellas: preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; legalidad en la jurisdicción; observancia de las formas propias del juicio y aplicación de la norma favorable, aunque sea posterior al acto atribuido al sujeto.

"Y en muchas otras oportunidades ha rechazado el abuso que implica alegar la citada disposición constitucional, en defecto de las causales expresas instituidas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o cuando no se encuentran suficientes argumentos para proponerlas y sustentarlas. " 'Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación sólo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico'."

"Por lo mismo que la sanción de nulidad supralegal representa un acto de carácter tan excepcional, como que mediante él se corrigen errores prominentes en la tramitación del proceso y en el tratamiento del imputado, es indispensable que el actor precise y demuestre en qué forma ocurrió la violación de aquellas garantías y cuál el influjo determinante en el fallo recurrido. No es cualquier deficiencia en la ritualidad de los juicios la que debe pesar en el ánimo de la Corte, y la que está llamada a determinar una rectificación de tanta monta, sino la que niega o hace oscuro el derecho de defensa, por primera vez aceptado en el sistema positivo nacional según la Ley 74 de 1968. Ni es cualquier planteamiento el que obliga a aquella reparación judicial, sino el que ha sido convincentemente expuesto en la demanda...".

No se ve cómo, en el caso sub judice, al haber negado el Tribunal Militar la práctica de pruebas con fundamento en los artículos 448 y 593 del Código de Justicia Penal Militar, que exigen la conducencia de las mismas, se le haya privado del derecho de defensa a Jaime Baena Correa o se haya oscurecido tal derecho. Por lo demás, el demandante no ha demostrado de qué manera ocurrió la violación aducida ni cuál el influjo determinante en el fallo recurrido.

Segundo cargo

Aduce el actor que hay error en la denominación jurídica del delito, causal de nulidad establecida en el numeral 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, porque no ha debido formularse cuestionario contra su poderdante sino únicamente por el delito de secuestro y no por secuestro y extorsión.

3. "El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de llamamiento a juicio, causal de nulidad señalada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se presenta cuando a los hechos probados

en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se encausa por robo y las pruebas acreditan hurto, o cuando se abre juicio por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores" (casación de 29 de marzo último).

En el caso sub examine, si el actor considera que no hay extorsión, porque este delito se subsume en el de secuestro, debió plantear el cargo al través de la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, concretamente del artículo 406 del Código Penal.

Hay, pues, que declarar que el cargo no está probado.

Tercer cargo

A este respecto la Sala acoge lo expuesto por el Procurador:

"Sostiene el doctor Calderón que hay nulidad por no haberse elaborado el cuestionario en la forma establecida por el Código. Ello por haber dado denominación jurídica al delito, por haber hablado de haber tomado parte en el secuestro de Luis Lara. Ese uso de la palabra secuestro es el fundamento de tal afirmación. Sin embargo se olvida que éste es uno de los ilícitos en los cuales el verbo rector coincide con la denominación jurídica. Tanto el artículo 293 como el 294 describen el verbo rector, la acción típica, en forma equivalente: Secuestrar para el 293 y privar de libertad para el 294. Al hablarse del secuestro se está refiriendo a la acción de secuestrar. Es pues distinto este caso al del homicidio, por ejemplo, donde el verbo rector, el núcleo del tipo, es dar muerte y la denominación jurídica de homicidio. Se dice que en lugar de tomar parte en el secuestro se ha debido hablar de tomar parte en la privación de libertad de Luis Lara, pero resulta que ambos términos son equivalentes. En el caso concreto del artículo 293, que tipifica el tipo cualificado de secuestro por el cual se condenó, el verbo rector es exactamente secuestrar. Si se hubiere hablado de privación de la libertad, también se estaría afirmando que los cuestionarios fueron mal elaborados. En el caso de la extorsión, al hablarse de que se secuestró a Luis Lara, no se está dando ninguna denominación jurídica, sino se está vinculando con el verbo rector el delito medio para la extorsión".

Débese, por tanto, desechar el cargo.

Causal primera

Primer cargo

Aduce el actor que el juzgador de segundo grado incurrió en la sentencia en violación directa del artículo 293 del Código Penal. Mas al propio tiempo afirma que tal violación se llevó a cabo, porque se le impuso la pena al procesado de ocho años de presidio, "en razón de que en el proceso no se recaudaron las exigencias previstas en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, como es el de adoptar la prueba de la responsabilidad en forma 'legalmente producida'...."

La Corte reitera que cada causal de casación obedece a un esquema jurídico con características propias y proyecciones distintas, razón por la cual confundir su contenido o aducir en favor de cualquiera de tales específicos motivos de impugnación, argumentos o razones que serían pertinentes o valederos para demostrar otra causal, no sólo atenta contra los principios lógicos del raciocinio, sino que conducirá necesariamente a resultado adverso, porque la Corte no puede colmar los vacíos, errores o deficiencias dialécticas de la demanda (casación de 24 de marzo de 1974).

Se dice lo anterior, porque si bien el demandante alega violación directa de la ley sustancial, se desvía hacia la indirecta, aduciendo que hubo transgresión del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal a causa de que "no se recaudaron las exigencias previstas" en esta disposición.

Cumple recordar que a la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan plasmados en el fallo recurrido, esto

es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado numeral. En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca de modo manifiesto, en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

"Como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces, es un grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —como se ha dicho— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, vale decir, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación" (casación de 23 de mayo de 1972).

De ahí, pues, que en el caso sub judice el demandante irrespeta y controvierte el principio de contradicción, al decir que la sentencia es violatoria de la ley sustancial (Art. 293 del C. P.) por vía directa y al propio tiempo violatoria del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Y tal planteamiento es contradictorio, porque cuando se acusa un fallo por violación directa de la ley sustancial, como lo hace el actor, se acogen explícita o implícitamente los supuestos de hecho de la sentencia, esto es, su fundamentación fáctica, y los criterios del fallador respecto de la prueba, lo que no acontece cuando se propone la infracción indirecta, en la que se controvierten precisamente las premisas factuales de la sentencia o se hace una evaluación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias diversas a los que se le atribuyeron en la decisión recurrida.

Ya se dijo, además, que en los juicios en que ha intervenido el consejo verbal de guerra, no es pertinente alegar como motivo de casación la violación indirecta de la ley, pues en ellos la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, que cuando es condenatorio refleja la plena prueba del hecho acriminado y de la responsabilidad del acusado.

Debe, por consiguiente, desecharse el cargo.

Segundo cargo

4. "El propósito de conseguir, para sí o para otro, un provecho o utilidad ilícitos, no es sino una agravante del delito de secuestro, consagrado originalmente por el artículo 293 del Código Penal y reproducido por las normas posteriores, entre ellas, el artículo 4º de la Ley 21 de 1973.

"Pero la forma simple o básica de ese ilícito, no requiere tal propósito sino que basta, para configurar el elemento subjetivo de esa infracción, la conciencia y la voluntad de privar ilícitamente de la libertad a una persona, esto es, de coartar su facultad de decidirse a moverse, en forma tal que no disponga de autonomía suficiente para ejercer lo que se llama libertad física.

"No puede, en consecuencia, afirmarse que cuando se priva de la libertad a una persona y luego se le da muerte, aquella conducta sea sólo una parte integrante de este último hecho, ya que desde el momento en que deliberadamente se obstaculizan, en forma y por tiempo jurídicamente apreciables, los movimientos de una persona, se configura el delito de secuestro" (casación de 31 de enero de 1974).

Y es que, como certeramente expresó el apoderado de la parte civil en este proceso, la cualificación del tipo del artículo 293

del Código Penal, se limita y concreta en el propósito de conseguir provecho ilícito. Mas no se requiere que tal propósito se lleve a cabo efectivamente. Siendo como es un elemento subjetivo, solamente puede desempeñar papel agravante dentro de tan limitada esfera. Si el propósito se lleva a cabo y su realización es de por sí delictiva, se están rebasando los límites de este tipo determinado y actuando dentro de la esfera de acción de otro ilícito diferente.

De ahí que la separación que se ha hecho en el presente proceso entre el delito de secuestro y el de extorsión es perfectamente lógica, siendo dos ilícitos conexos, pues el propósito de lucro se llevó a cabo y su realización es de suyo delictiva.

Tercer cargo

A este cargo se responde transcribiendo lo que con acierto y claridad expone el Agente del Ministerio Público:

"El honorable Tribunal Superior Militar sí determinó qué circunstancias de mayor peligrosidad se tenían en cuenta para aplicar la pena de los procesados e incluso los discriminó en forma muy jurídica y práctica a nuestro entender, en tal forma que al modificar la sentencia de primera instancia en este aspecto manifestó al respecto del procesado Jaime Baena Correa: '"Otra categoría o penalidad inferior, para los que congregan muchas de las circunstancias anotadas, pero de los cuales no puede predicarse una equiparación en todos esos aspectos, así: Para Jaime Baena Correa, quien en autos aparece desarrollando una actuación secundaria en las fases de preparación, ejecución y consumación de los ilícitos, se fijará una pena de ocho años de presidio considerando además que no se estableció nítidamente su beneficio económico..."' (folio 55, cuaderno Nº 6).

"En consecuencia, no es exacto que el honorable Tribunal Superior Militar haya considerado que el artículo 38 y no el 37 del Código de Justicia Penal Militar contiene una relación de circunstancias de mayor peligrosidad y no una enumeración taxativa de las mismas y que las hubiera aplicado en forma general en contra de Jaime Baena Correa, cuando lo que evidentemente aparece es todo lo contrario en la providencia, de segunda instancia al considerarlo como sujeto de menor peligrosidad, para fijarle por esta razón la pena de 8 años de presidio, en contraposición a los demás procesados, a los cuales se les fijó la pena en 10 años de presidio".

Además, el actor asevera que "El título de violación de la ley sustancial es el de violación directa de los artículos ya citados por aplicación indebida e interpretación errónea".

"En numerosas oportunidades ha dicho la Corte que no es lógico ni jurídico invocar indiscriminadamente, basándose en la causal primera de casación, todas las situaciones a que se refiere ella, o sea, la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea. Apoyarse simultáneamente en estas tres circunstancias es tan equivocado como invocar escuetamente la infracción directa sin particularizar el agravio, es decir, enfrentando al mismo tiempo las tres variantes de inobservancia de la ley, la aplicación del texto inadecuado e interpretación errónea de la misma. Esta simultaneidad conduce al absurdo, ha reiterado la Sala, porque si se dejó de aplicar el precepto no puede decirse que sí se tuvo en cuenta, aunque no se adaptara al caso. La actitud omisiva del primer evento excluye la positiva del segundo. La proposición recíproca también es valedera. Otro tanto ocurre si la crítica se apoya en cualquiera de las dos proposiciones, que dentro del texto no pueden tener ajuste lógico. Es esta una constante de la jurisprudencia que no sólo no ha tenido rectificación, sino que se robustece con los fallos correspondientes que, se repite, son considerablemente numerosos" (casación de 31 de enero de 1974).

En conclusión, este cargo también debe desecharse.

Demanda del doctor Rafael Latorre Fonseca en representación de Darío López Barbosa

Como se dijo, este demandante formula dos cargos en la órbita del numeral 4º del

artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo

Ya se respondió a este cargo que consiste en que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Carta fundamental, porque se menoscabó el derecho de defensa. Y se dio respuesta al analizar el primer cargo planteado en la demanda presentada por el doctor Guillermo Calderón Vanegas al amparo de la causal cuarta.

Por tanto, ha de desecharse este cargo.

Segundo cargo

Los argumentos aducidos por el demandante no encajan en la causal 4ª de casación por él invocada, sino en la primera (inciso segundo), pues rechaza los presupuestos fácticos de la sentencia y pretende reabrir el debate sobre el aspecto probatorio. Por ejemplo, dice: "...Es entonces claro que esos hechos deban ser aquellos que probatoriamente se hallen establecidos en el proceso, sea por indicios graves o por declaración creíble, y para cada procesado... No se puede formular cuestionario para un sindicado, por coautoría de un secuestro o una extorsión, sino (sic) existe la base probatoria mínima necesaria para fundamentar el cargo de coautoría en estos delitos..." (folio 110 del cuaderno de la Corte).

Es decir, que el actor realmente desarrolla su impugnación por violación indirecta dentro de la órbita de la causal primera de casación (inciso 2º), que no es procedente en los juicios en que interviene el jurado o el consejo verbal de guerra.

De donde se sigue que este cargo ha de rechazarse también.

Fallo

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley desecha el recurso de casación interpuesto por los procesados Hernando y Jaime Parra Riveros y Darío López Barbosa y su defensor y por el procesado Jaime Baena Correa, contra la sentencia de 18 de diciembre de 1972 del Tribunal Superior Militar, de la cual se ha hecho mención en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INCOMPETENCIA DEL JUEZ.— SECUESTRO Y EXTORSION.— HURTO

Por su propia naturaleza implica nulidad sustancial lo mismo en el procedimiento castrense que en lo penal ordinario y puede alegarse en casación, específicamente y en forma autónoma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio cinco de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Rigoberto Escudero Lopera, Alirio Sandoval Ortega, Luis Alfredo Sánchez Cañas, Orfenio de Jesús Sánchez Cañas, Germán Sánchez Cañas y Gilberto Monsalve García contra la sentencia de veinte de octubre de mil novecientos setenta y dos, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar, al conocer por apelación del fallo proferido por el presidente del consejo verbal de guerra, el veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y uno, impuso a los enjuiciados las siguientes penas:

a) Germán Sánchez Cañas, quince años de presidio como autor responsable de los delitos de secuestro, extorsión y hurto;

b) Orfenio de Jesús Sánchez Cañas, doce años de presidio como responsable de secuestro y extorsión;

c) Luis Alfredo Sánchez Cañas, diez años de presidio como responsable de secuestro y extorsión;

d) Alirio Sandoval Ortega, siete años de presidio por los delitos de secuestro y extorsión;

e) Rigoberto Escudero Lopera, quince años de presidio por los delitos de secuestro, extorsión y uso indebido de uniformes militares;

f) Gilberto Monsalve García quince años de presidio como autor responsable de secuestro, extorsión y uso indebido de uniformes militares.

Además condenó a las penas accesorias de ley, y confirmó la cesación de procedimiento en favor de Ernesto Peñarete Suárez, Rafael Peñarete Suárez, Francisco Ubaldo Suárez Rivera, María Elena Cañas Díaz y Ligia Sánchez Cañas, por inexistencia de delito.

Hechos

Pueden sintetizarse así:

Entre las seis y las siete de la noche del dieciséis de abril de mil novecientos setenta y uno, Jesús Adonaí Ochoa Forero salió del establecimiento comercial de su propiedad ubicado en la avenida 6ª Nº 14-17 de la ciudad de Bogotá, con dirección a su residencia en su vehículo particular. A la altura de la carrera 15 con calle 4ª fue interceptado por cuatro individuos, dos de los cuales vestían uniformes de la Policía, quienes le manifestaron que tenían orden de capturarlo por un delito de estafa, y mediante el empleo de armas de fuego y cuchillos, lo obligaron a seguir con ellos en el mismo vehículo de su propiedad, con dirección al sur de la ciudad, después de cubrirle la cara con una ruana, vendarle los ojos y atarle las manos. Dieron varias vueltas en el vehículo y finalmente llegaron a la casa de la carrera 71 Nº 63-62, barrio "El Paseo", al norte de Bogotá, residencia de Germán y Orfenio de Jesús Sánchez Cañas, donde lo mantuvieron privado de libertad hasta el 21 de abril del mismo año, cuando fue rescatado por sus familiares en la ave-

nida 68 con la avenida "El Dorado", después de haber pagado a sus secuestradores la suma de un millón cien mil pesos ($ 1.100.000.00).

Actuación procesal

Al iniciarse la investigación recayeron sospechas sobre Pablo Ernesto Peñarete Suárez, Rafael Humberto Peñarete Suárez y Francisco Ubaldo Suárez Rivera, porque frecuentaron el establecimiento comercial de Ochoa Forero y sus alrededores en los días subsiguientes al secuestro. Se les oyó en indagatoria y fueron puestos en libertad por falta de pruebas en su contra.

El 21 de mayo de 1971, la Jefatura de Policía Judicial —F-2— rindió informe sobre las averiguaciones adelantadas con ocasión del secuestro de Ochoa Forero, y en él se señala a los hermanos Germán y Orfenio de Jesús Sánchez Cañas, Alirio Sandoval, Gilberto Monsalve García, Rigoberto Escudero Lopera y Luis Alfredo Sánchez Cañas como presuntos autores del delito, por confesión de algunos de ellos, haber hallado en su poder la máquina de escribir en que elaboraron las cartas para la familia Ochoa solicitando dinero por el rescate de Jesús Adonaí Ochoa Forero y, finalmente, porque en casa de los hermanos Sánchez Cañas hallaron los agentes secretos, dos anillos de propiedad del secuestrado, la suma de $ 6.500.00 en billetes de $ 500.00 pertenecientes a la numeración y serie de los entregados como pago del rescate, chequeras y otros documentos comprometedores. En la misma fecha fueron puestos a disposición del juzgado de instrucción criminal respectivo los capturados, contra quienes se dictó auto de detención el cinco de junio de mil novecientos setenta y uno, después de recibidas sus indagatorias.

El veintiséis de julio de mil novecientos setenta y uno, el expediente pasó a la Brigada de Institutos Militares, por haberse cumplido la comisión conferida al Juzgado 15 de Instrucción Criminal para el perfeccionamiento de la investigación.

El seis de agosto del mismo año, el Comando de la Brigada de Institutos Militares niega la revocatoria del auto detentivo a Luis Alfredo Sánchez Cañas.

Mediante providencia de diez de septiembre de mil novecientos setenta y uno, el Comando de la Brigada de Institutos Militares, resuelve negativamente la petición presentada por los doctores Sergio Delgado Calderón y Eduardo Márquez Neira, en el sentido de que se enviara el proceso al juzgado penal del circuito —reparto— de Bogotá, por ser el competente para seguir conociendo del sumario. Al notificar esta providencia apelaron por unanimidad tanto los apoderados como los procesados, pero nada se resolvió sobre este recurso.

El once de septiembre, por medio de la Resolución Nº 033, se convoca consejo verbal de guerra en la Guarnición de Bogotá para juzgar a los procesados, y el 25 de septiembre del mismo año se dicta sentencia de primer grado, la cual fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior Militar en cuanto a las penas impuestas a Germán y Orfenio de Jesús Sánchez Cañas. La reformó en el sentido de imponer a Luis Alfredo Sánchez Cañas diez años de presidio en lugar de doce a que había sido condenado en primera instancia; rebajó a siete años, en lugar de diez, la pena a Alirio Sandoval y aumentó a quince años, en lugar de trece, la impuesta a Rigoberto Escudero Lopera y Gilberto Monsalve García.

Las demandas de casación

Con apoyo en las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el doctor David Melo Cifuentes, apoderado de Rigoberto Escudero Lopera, formula los siguientes cargos a la sentencia:

Causal cuarta

Cargo primero

La sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar contra Rigoberto Escudero Lopera es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad, en razón a que el Comando de la Brigada de Institutos Militares carecía de competencia para proseguir la actuación por haberse suscitado colisión de competencias entre la justicia penal militar y los jueces ordinarios de Bogotá en

la etapa del juicio, y no haberse resuelto tal solicitud cuando se convocó el consejo verbal de guerra, ni haberse remitido el expediente a la Sala Penal de la Corte para decidir sobre este incidente. Considera violados los artículos 441, 399 y 400 del Código de Justicia Penal Militar, el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal y el 26 de la Constitución Nacional.

Cargo segundo

Se quebrantó el derecho de defensa del procesado por cuanto se le juzgó y condenó por un delito no previsto en la ley vigente, como fue el de haber hecho uso de uniformes de la Policía Nacional, pues tales prendas no constituyen uniforme militar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 170 de la Constitución Nacional. Apoya su alegación en el hecho de haberse interrogado a los vocales en el consejo verbal de guerra sobre la responsabilidad de Rigoberto Escudero Lopera por haber usado uniforme militar, hecho no previsto como delito en la ley penal colombiana, por el cual fue condenado, con violación de los artículos 1º del Código Penal, 3º del Código de Justicia Penal Militar y 26 de la Carta fundamental. Alega que hubo error en la denominación jurídica de la infracción.

Cargo tercero

Se quebrantó el derecho de defensa por haber sido denegadas las pruebas que solicitaron los apoderados en el consejo verbal de guerra, las cuales influían en el desenlace del proceso, con fundamento en que el término probatorio se encontraba vencido. Estima violado el artículo 26 de la Constitución política.

Cuarto cargo

Nulidad prevista en el ordinal 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, por "error relativo a la denominación jurídica de la infracción", por cuanto el delito de extorsión se confunde con el de secuestro, y en el proceso no se dan los elementos del primero.

Causal primera

Cargo único

El Tribunal sentenciador aplicó indebidamente la ley sustancial por interpretación errónea, pues no tuvo en cuenta que el provecho o utilidad es parte integrante del delito de secuestro, que, en este caso, absorbía al de extorsión, lo cual condujo al sentenciador a cometer un error de derecho pues le dio un alcance distinto al artículo 13 de la Ley 16 de 1969, al formular separadamente el cuestionario por el delito de extorsión que desaparecía como delito autónomo.

Por su parte el doctor Alonso Luna Gómez, actuando como apoderado de Germán Sánchez Cañas, Orfenio de Jesús Sánchez Cañas y Luis A. Sánchez Cañas, pide la anulación de la sentencia con fundamento en los siguientes cargos contra la misma:

Primero

El fallo proferido por el Tribunal Superior Militar contra Luis Alfredo Sánchez Cañas, se dictó en juicio viciado de nulidad por "incompetencia o falta de jurisdicción" (causal cuarta, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) por cuanto los doctores Sergio Delgado Calderón y Eduardo Márquez Neira, apoderados de los procesados, entablaron ante el Comando de la Brigada de Institutos Militares "colisión negativa de competencias", la cual fue negada por auto interlocutorio, que fue apelado sin que se resolviera sobre el recurso.

Segundo

Consiste este cargo en que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad (causal cuarta, artículo 580 del C. de P. P.), por "error relativo a la denominación jurídica de la infracción", por cuanto no era posible llamar a juicio por extorsión si se hallaba configurado el delito de secuestro, ya que el rescate corresponde al secuestro y esta figura subsume así la extorsión.

Tercero

Nulidad por cuanto el consejo verbal de guerra negó las pruebas solicitadas por el doctor Eduardo Márquez Neira, como apoderado de los inculpados (numeral 4º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal).

Con los mismos argumentos censura la sentencia que condenó a Orfenio de Jesús y Germán Sánchez Cañas. Pero en relación con el último, agrega:

Cuarto

Nulidad contemplada en el artículo 441, ordinal 1º del Código de Justicia Penal Militar, en concordancia con el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, a partir, inclusive, de la Resolución Nº 033 de 11 de septiembre de 1971, por cuanto allí solamente se mencionaron los delitos de secuestro y extorsión, sin que se hablara del hurto, por el cual fue condenado su poderdante.

Concluye diciendo que el cuestionario fue elaborado contrariando los impostergables dictados del estatuto procesal militar.

Concepto del Procurador

Primero

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares considera, en primer lugar, que en el proceso no surgió conflicto de competencias, porque no se promovió entre jueces y tribunales. Una de las partes suscitó la colisión ante el juez que conocía del proceso, pero este funcionario no la aceptó y se limitó a decir que era competente para conocer del proceso, por lo cual en ningún momento se suspendió la competencia del consejo verbal de guerra.

Estima que el conflicto de competencias no tuvo existencia jurídica y que, además, cuando el nuevo estatuto procesal penal entró en vigencia, el país se encontraba en estado de sitio y la legislación de emergencia basada en el artículo 121 de la Constitución Nacional, que había adscrito el conocimiento de estos delitos a la jurisdicción castrense, se hallaba en vigor.

Segundo

De acuerdo con el texto del artículo 575 del Código de Justicia Penal Militar; inciso 5º, cuando las partes pidan pruebas, se practicarán, a juicio de los vocales, si fueren conducentes y practicables en el acto de la audiencia, es decir, inmediatamente, y una interpretación diferente desmembraría la naturaleza de los consejos de guerra verbales, donde se han reducido los términos en gracia de la brevedad y por ser parte esencial de su procedimiento verbal.

Tercero

Las prendas de la Policía Nacional deben considerarse como uniformes militares, porque su uso indebido vulnera la seguridad de las Fuerzas Armadas, al tenor de lo dispuesto en el capítulo VI, título XI, libro 1º del Código de Justicia Penal Militar.

Cuarto

No es incompatible la concurrencia de la extorsión y el secuestro, pues para que este último se configure no se requiere el perjuicio económico o moral, sino que basta el propósito de conseguir provecho o utilidad.

Como en el presente caso, efectivamente se causó daño en el patrimonio ajeno, se está frente a un delito de extorsión, pues ese provecho ilícito se obtuvo por medio de amenazas y violencias consistentes en la privación de la libertad de la víctima del secuestro.

Quinto

Finalmente, el presidente del consejo verbal de guerra tiene atribuciones por mandato del artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar, para no redactar cuestionarios a los procesados que no deben juzgarse por falta de mérito, y si estuvieren detenidos los pondrá en libertad provisional y en la sentencia final decretará la cesación de procedimiento contra ellos. Por el contrario, si surge sindicación contra persona alguna no comprendida en la resolución convocatoria, podrá ordenar su captu-

ra para el juzgamiento. Hace esta consideración para concluir que la no inclusión del delito de hurto en la resolución, no es causal de nulidad.

Con base en los anteriores razonamientos conceptúa que las nulidades legales y constitucionales alegadas por los recurrentes, no tienen asidero procesal y que el recurso de casación debe desecharse.

Consideraciones de la Corte

Como claramente se advierte del resumen de los cargos que a la sentencia hicieron los procuradores de los procesados, las demandas contienen sustancialmente unas mismas censuras, expuestas en orden distinto de presentación, y difieren solamente por cuanto el doctor Alonso Luna Gómez, apoderado de Germán Sánchez Cañas, alegó igualmente como causal de nulidad, que su cliente hubiese sido condenado por el delito de hurto, que no le fue deducido en la resolución de convocatoria al consejo verbal de guerra que concluyó con la condena de todos los sindicados, y en el cual solamente Germán Sánchez Cañas lo fue además por el delito de hurto.

El doctor David Melo Cifuentes, en su condición de apoderado de Rigoberto Escudero Lopera, en el capítulo IV de su demanda, al amparo de la causal primera de casación —artículo 580 del Código de Procedimiento Penal— formula un cargo porque su cliente fue condenado por los delitos de secuestro y extorsión, con aplicación indebida del artículo 406 del Código Penal, ya que —en su concepto— el primero de aquéllos absorbe al segundo.

Con esta aclaración, la Sala contestará a las censuras conjuntamente, en cuanto ellas invoquen unas mismas causales y comprendan, con diferentes palabras, motivaciones semejantes.

Primero

Incompetencia del juez

Los recurrentes sostienen que la incompetencia del juez consiste en haber dictado el Comando de la Brigada de Institutos Militares la Resolución Nº 0033 de 11 de septiembre de 1971, convocando al consejo verbal de guerra que habría de condenar a sus clientes, cuando aún estaba pendiente de resolución el recurso de apelación contra el auto por el cual el juzgador de instancia se negó a provocar el conflicto de competencias, positivo para los jueces de circuito de la justicia penal ordinaria. Afirman que el recurso de apelación privó de competencia a la Brigada de Institutos Militares para seguir en el conocimiento, hasta que la Corte dirimiera el conflicto.

Cabe observar primeramente que la colisión de competencias no se defiere a la decisión de la Corte, sino después que los jueces del conflicto expresen los motivos de su desacuerdo. En el caso de autos, si el consejo verbal de guerra fue convocado a pesar de la apelación interpuesta, la defensa debió insistir en sus pretensiones y agotar los medios legales contra la omisión de los funcionarios.

Mas como la incompetencia del juez, por su propia naturaleza implica nulidad sustancial lo mismo en procedimiento castrense que en el penal ordinario, los demandantes de conformidad con muy claras disposiciones pertinentes, podían alegarla en casación específicamente, en forma autónoma y no derivada de la negativa del Comando de la Brigada de Institutos Militares.

La censurable conducta del funcionario que omitió resolver la apelación contra el auto que negó la solicitud de la defensa para oue se provocara la colisión de competencias, no incidió finalmente en las conclusiones de la sentencia, ni violó las formas propias del juicio, puesto que como el país se encontraba en estado de sitio, el conocimiento quedaba necesariamente a manos de la justicia castrense, señalada por el ejecutivo legislador para juzgar de esa clase de ilícitos.

El cargo no prospera.

Segundo

Errónea denominación jurídica de los hechos

Los cuestionarios que debían absolver los vocales integrantes del consejo verbal de guerra, formulados separadamente, contenían preguntas relativas a delitos dife-

rentes —secuestro y extorsión— cuyos hechos debieron ser calificados solamente como secuestro. Se afirma que en el secuestro de rescate y en la extorsión, el fin perseguido por el agente es el provecho ilícito. Y se agrega que en el primero el secuestro es el medio extorsivo para obtener ese resultado.

Es evidente que los delitos anotados exhiben como circunstancia común el propósito de obtener un provecho ilícito. Tanto en el llamado secuestro de rescate, como en la extorsión, el provecho buscado puede ser en beneficio directo del agente o de un tercero. El secuestro de rescate se configura si el agente exterioriza el propósito de conseguir el injusto provecho, sin que importe que realmente lo obtenga. En la extorsión, dicha finalidad debe estar acompañada por la acción de obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos. En el secuestro, en cualquiera de sus formas, el bien jurídico protegido es la libertad individual de la persona humana. En la extorsión, ese bien protegido por la ley es el patrimonio económico. Son pues dos figuras distintas, que comparten como elemento común el de obtener un provecho ilícito "para sí o para un tercero". El secuestro de rescate se configura si se priva injustamente de su libertad a alguien, y se exterioriza el propósito de obtener un provecho ilícito, independientemente de sus resultados. El Código los regula en capítulos separados, como figuras autónomas, y cabe entre los dos el concurso de delitos.

El cargo no prospera.

Tercero

Los mismos hechos se reclaman al sentenciador como aplicación indebida del artículo 406 del Código Penal, y se dan como fundamentos del cargo los que sirvieron para motivar el anterior. Ello excusa a la Corte hacer nuevas consideraciones para desecharlo.

Cuarto

Aducen los recurrentes que la sentencia acusada fue dictada en juicio viciado de nulidad porque algunas pruebas de interés para la defensa se negaron expresamente por el juzgador pretextando que el numeral 5º del artículo 575 del Código de Justicia Penal Militar ordena recibirlas en los consejos verbales de guerra, solamente cuando a juicio de los vocales fueren pertinentes y practicables en el acto de audiencia, o sea, sin dilaciones, en forma inmediata. Y se argumenta que la palabra "acto" se refiere a la totalidad de la acción verificable en el consejo, cuya actividad se cumple, a veces, en sesiones sucesivas o con interrupciones, que no desvirtúan su unidad.

Son respetables las razones de los demandantes. No precisan, sin embargo, cuáles fueron esas pruebas de señalado interés para la defensa, que no decretó el funcionario competente. Si ni siquiera indican cuáles fueron esas pruebas, parece innecesario observar que no es posible inferir en qué forma incidirían en las conclusiones de la sentencia en hipotético beneficio de los recurrentes. El cargo no ha sido demostrado.

Quinto

El doctor Luna Gómez presenta un quinto cargo con invocación de la causal cuarta de casación.

Germán Sánchez Cañas fue condenado como los demás por los delitos de secuestro y extorsión, y por el de hurto. Este cargo no le fue deducido en la resolución convocatoria del consejo verbal de guerra. Se le condenó, en consecuencia, por un hecho nuevo, con violación de requisitos legalmente inexcusables en la redacción de los cuestionarios. Por este modo se habrían infringido los artículos 576, 559 y 560 del Código de Justicia Penal Militar, pues no se previó la convocatoria con respecto al delito de hurto, ni se demostró satisfactoriamente su conexidad con los de secuestro y extorsión.

Observa el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares cómo los artículos citados por el actor, autorizan al presidente del consejo de guerra verbal para no redactar cuestionarios a procesados contra los cuales no aparezca en las pruebas mérito suficiente, y cómo igualmente, lo faculta pa-

ra redactarlos si, posteriormente a la resolución de convocatoria, aparecen demostrados a su juicio hechos que constituyan delitos de la competencia del consejo, aunque sean distintos de los indicados en aquélla, siempre que aparezcan en conexidad con los anteriores.

El censor echa de menos la conexidad, mas sin demostrarlo. Si el presidente de un consejo verbal de guerra puede redactar nuevos cuestionarios por hechos distintos de los contemplados como delitos en la resolución de convocatoria, cuando a su juicio resulte en la actuación prueba que así lo acredite con mérito suficiente, se concluye que también esta censura es infundada.

Sexto

El doctor David Melo Cifuentes formula un último cargo con base en la presunta violación de los derechos de la defensa garantizados por los artículos 26 y 170 de la Constitución política. El delito por el cual se juzgó al procesado —uso de uniforme militar perteneciente a la Policía Nacional— no existe como tal en el Código de Justicia Penal Militar, ni en el Código Penal ordinario. Afirma que su patrocinado usó ciertamente uniforme de la Policía Nacional, sin derecho a ello, lo cual puede constituir un engaño, pero no un delito. Y concluye que al habérsele formulado el cargo concreto de uso de uniforme militar, se incurrió por el sentenciador en nulidad supralegal, con infracción de los artículos primero del Código Penal y tercero del Código de Justicia Penal Militar. Estas normas prescriben:

"Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción en la ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ellas".

Si son válidos los argumentos de su apoderado, era muy fácil para la defensa demostrar que el uniforme usado por el procesado recurrente no era militar. No se ve cómo la formulación de dicho cargo pudiera haber dificultado su defensa.

Y si el argumento consiste en que los artículos primero del Código Penal ordinario y tercero del Código de Justicia Penal Militar prohiben imputar como delito hechos que expresamente no estén previstos por el legislador con dicho carácter, el cargo debió presentarse al estudio de la Corte como infracción directa de esas normas sustanciales y aplicación indebida de las que erigen como delito y sancionan el uso de uniformes militares. Por lo cual el cargo se desestima.

Con vista en las razones precedentes, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida de la fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Luis Zafra, Conjuez.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

Ambigüedad en la indicación del cargo hecho a los enjuiciados. Falta de firma del secretario en los cuestionarios sometidos al jurado y en el acta de audiencia, no constituye nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio ocho (8) de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de veintisiete de junio de 1973, por la cual se impuso a los procesados recurrentes Luis Angel Largo López y Miguel Angel Machado la pena principal de dieciocho años de presidio para cada uno, y a Luis Eduardo Martínez Angel (quien no interpuso el recurso) la pena de veinticuatro años de presidio, como responsables de homicidio, lesiones personales y robo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 6º Superior de la misma ciudad.

En el fallo de primer grado se anota como ocurrido, lo que sigue:

"Los hechos que dieron base a la investigación..." (acaecidos el 21 de marzo de 1971)..." tuvieron como escenario la parte alta del barrio 'Siloé' de esta ciudad, donde resultó muerto Francisco Javier García y herido su hermano José Omar García, cuando trataron de impedir que se les despojara de sus pertenencias que iban a ser cargadas para trasladarlas a otro barrio.

"La diligencia de levantamiento del cadáver de Francisco Javier García Montaño, dice: '...presenta herida en forma de ojal, de tres centímetros de abertura y situada a cuatro centímetros hacia adentro de la tetilla derecha. El arma cortopunzante penetró el tórax de atrás adelante y de derecha a izquierda, perforó el pulmón derecho y la aurícula derecha del corazón, lo que ocasionó la muerte. El cadáver fue reseñado por el DAS. Presenta asimismo el cadáver múltiples cicatrices de la piel, de heridas antiguas, causadas con arma blanca y en la región pectoral izquierda...'."

Demanda y respuesta del Ministerio Público

El apoderado de los recurrentes invoca la causal cuarta de casación, pues estima que sus mandantes no fueron juzgados con el debido proceso (infracción del artículo 26 de la Carta, a ese respecto), y señala los siguientes cargos:

1º Que el auto de proceder es ambiguo en cuanto a la determinación del cargo, pues no precisa los numerales del artículo 363 que agravan el homicidio intencional; ni señaló los artículos referentes al robo agravado y a las lesiones personales.

Y luego de transcribir algunos párrafos del proveído de segunda instancia por el cual se confirma el auto de vocación a juicio de los recurrentes, anota que no es jurídico entender como unidad procesal las providencias de primera y de segunda instancia, así la última se ocupe de confirmar aquélla.

2º Observa que los cuestionarios no fueron firmados por el secretario del juzgado y por ello debe estimarse que no existieron. De esta apreciación concluye el actor que el veredicto fue proferido sin la pregunta

que el juez de derecho debe formular al jurado, según los cargos deducidos en el auto de proceder.

Apoya esta consideración en los artículos 153, 214 y 162 del Código de Procedimiento Penal, cuya transcripción hace.

3º Expresa que fue infringido el precepto que trae el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, así como también el que señala el artículo 159 de la misma obra, pues, dice el actor, "habiendo sido la señorita Cruz Ana Marín Buriticá (fl. 92) la persona que obró como secretaria en el acto público de juzgamiento por ausencia del titular, éste aparece firmando (fl. 120) tal acta y la señorita Marín Buriticá a un lado, como secretaria encargada, lo que implica no sólo una falta de seriedad que le hurta veracidad a ese acto procesal, sino que lo hace nulo, pues no pueden signar dos secretarios tal acta y menos aún validarla un empleado que no estaba presente en la audiencia".

El Procurador 1º Delegado en lo Penal, luego de una reseña del trámite dado al proceso y de un atento examen de los cargos que propone el actor a través de la aludida causal cuarta de casación, conceptúa que debe desecharse el recurso, por no resultar comprobada ninguna de las tachas formuladas a la sentencia del Tribunal Superior de Cali.

A este estudio del Ministerio Público habrá de referirse la Corte en seguida.

Considera la Corte

Corresponde, como solicita el Ministerio Público, desechar el recurso de casación de que se ha hecho referencia, pues no resultan comprobados los cargos que el demandante propone a través de la causal cuarta de casación.

Previamente al examen de las tachas que hace el actor al fallo recurrido, cabe recordar lo que ha expresado la Corte en cuanto al alcance excepcional de la nulidad por infracción al artículo 26 de la Carta, como que únicamente se encuentra en aquellos yerros tan protuberantes y significativos en la tramitación del proceso penal y en el tratamiento del sindicado. Así, en providencia de 14 de marzo último (ponencia del Magistrado Luis Carlos Pérez), se anota:

"No es cualquier deficiencia en la ritualidad de los juicios la que debe pesar en el ánimo de la Corte y la que está llamada a determinar una rectificación de tanta monta, sino la que niega o hace obscuro el derecho de defensa, por primera vez aceptado en el sistema positivo nacional según la Ley 74 de 1968. Ni es cualquier planteamiento el que obliga a aquella reparación judicial, sino el que ha sido convincentemente expuesto en la demanda. Esta debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que la casación lleve a hacer los reconocimientos pertinentes".

Ahora bien:

El demandante, en los cargos que aduce, pretende comprobar que en el juzgamiento de sus mandantes se incurrió en yerros de trámite constitutivos de nulidad supralegal.

La Corte, como se dijo ya, no encuentra demostradas las tachas que hace el actor. En efecto:

Primer cargo

Ambigüedad en la indicación del cargo hecho a los enjuiciados

Apoya el demandante esta tacha en que no trae la providencia por la cual el Tribunal Superior de Cali confirma el auto de proceder de primera instancia la cita de los preceptos tomados en cuenta para indicar que se trata de homicidio, robo y lesiones personales agravados, sino que, al respecto, el juzgador de segundo grado apenas dice:

"Está bien calificado como asesinato el homicidio de que tratan estas diligencias, como lo ha hecho el juez del conocimiento, y en cuanto al robo, también está bien hecha la calificación, pues es un robo agravado pero en la modalidad de la frustración. Hubo asesinato, pues las víctimas fueron sorprendidas indefensas, circunstancia que aprovecharon los procesados para llevar a cabo sus fines delictuosos. Hubo una persecución permanente de varios contra un hombre que cayó, se vio golpeado, quiso salvarse pasando a otro sitio, pero fue inmise-

ricordemente eliminado. Tanto el homicidio debe considerarse agravado, como las lesiones personales, pues José Omar García también fue sorpresivamente atacado por el grupo de procesados. Hubo armas para cometer el robo, lo que sí lleva la agravación del delito".

Es cierto, pues, que no alude el juzgador de segunda instancia de manera expresa a los ordinales 3º y 5º del artículo 363 del Código Penal (en cuanto al homicidio), ni a los artículos 373 y 379 de la misma obra (con respecto al delito de lesiones personales), y tampoco a los numerales 1º y 4º del artículo 404 del mismo estatuto (relacionado con el robo agravado). Pero el juzgador ad quem, al confirmar el proveído de primera instancia, expresamente aludió a la correcta calificación de los hechos cumplida por el Juzgado 6º Superior de Cali, con la salvedad de que se trataba de un delito de robo frustrado y de que el homicidio y las lesiones personales fueron cometidos en complicidad correlativa (Art. 385 del Código Penal).

A este particular, cabe transcribir el siguiente párrafo de la providencia del Tribunal Superior de Cali:

"Quiere significar lo anterior que el auto de proceder por homicidio agravado, lesiones personales agravadas, robo agravado, es procedente, pero con la observación de que en realidad se trata de una complicidad correlativa, como lo anota el señor Fiscal de la corporación".

No quedó, por tanto, duda alguna y mucho menos obscuridad en cuanto a los motivos de agravación de los delitos porque fueron llamados a juicio los recurrentes, pues esa precisa determinación de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad la hizo el juzgador de primer grado y a ella se refiere el juzgador ad quem, aceptándola, al confirmar lo resuelto por aquél.

Los dos proveídos, el de primero y el de segundo grado, en lo concordante, conforman la unidad del auto vocatorio a juicio. Y de su lectura se desprende claramente el cargo que en ellos se hace a los acusados, sin que se presente obscuridad o ambigüedad alguna.

Esos mismos cargos por homicidio, robo y lesiones personales, con las circunstancias agravadoras y atenuantes que señalan las providencias que se ocuparon de la calificación del mérito del sumario, fueron propuestos al jurado, cuya respuesta fue acogida por el juzgador en derecho.

Se tiene, entonces, que el cargo no presenta obscuridad que entrabara en forma alguna el derecho de defensa, y, por tanto, no resulta acreditada esta primera tacha que hace el actor.

Segundo cargo

Inexistencia de los cuestionarios

Como observa el demandante, es cierto que los cuestionarios están firmados solamente por el juez. E igualmente es verdad que la firma del secretario debe acompañar a la del juez y demás personas que intervienen en las diligencias, así como en los proveídos que se cumplan en el proceso penal, según lo anota el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia penal según la norma que trae el artículo 8º del estatuto de procedimiento punitivo.

Pero esta simple irregularidad no tiene el alcance que le señala el actor, para que se estime como inexistentes los cuestionarios propuestos en este negocio.

Al respecto, cabe transcribir la siguiente parte de la sentencia de casación de la Corte, de 13 de noviembre de 1971 (ponencia del Magistrado Luis Eduardo Mesa Velásquez), que dice:

"Si la firma del juez o del Magistrado es requisito de la esencia, por ser la forma indispensable de legalizar los documentos públicos, especie a la cual pertenecen las actas de diligencias y providencias judiciales, y la consecuencia de la falta de aquélla puede ser la inexistencia del acto o la nulidad del mismo, según los casos, y como antes se precisó, no acontece lo mismo con la ausencia de la firma del secretario, que es requisito formal o accidental, pues el secretario no tiene el poder decisorio emergente de la competencia, que es exclusivo del juez o tribunal y cuya firma en el acto en que ejerce su actividad es suficiente para darle fuerza al instrumento".

Este otro cargo no resulta acreditado.

Tercer cargo

Falta de firma del secretario en el acta de audiencia

Lo señalado para rechazar la anterior tacha propuesta por el demandante es suficiente para que se tome como no comprobado este último cargo. Pero ocurre que el acta de audiencia sí está firmada precisamente por la persona que debía hacerlo, pues como secretaria para esa diligencia actuó la señorita Cruz Ana Marín y ella suscribe el citado instrumento.

La firma del secretario titular del juzgado en la misma acta es superflua, innecesaria y por tanto no conlleva, siquiera, irregularidad procesal.

No prospera la causal cuarta de casación aducida por el demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL

La falta de las firmas del presidente, del asesor y del secretario en los cuestionarios sometidos a los vocales en los consejos verbales de guerra, generan nulidad de carácter supralegal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

El Tribunal Superior Militar el seis de julio de mil novecientos setenta y tres condenó al agente de la Policía Nacional Pascual Molina Daza a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable de homicidio en la persona de Efrén Gutiérrez, hecho ocurrido el veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y dos en el corregimiento de Timba de la jurisdicción del municipio de Jamundí en el departamento del Valle.

Contra la sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación el procesado por intermedio de apoderado especial. Le fue admitido el veinticuatro de enero de este año y posteriormente se declaró ajustada la demanda el veintinueve de marzo último.

Los hechos

Ocurrieron el veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y dos cuando el Inspector de Policía del corregimiento de Timba solicitó al sargento segundo Hernán Pérez García, Comandante de la Estación del Distrito Nº 1, del municipio de Jamundí, que transportara al detenido Guillermo Alvarez Obregón con destino a la cárcel del dicho lugar, y le entregó la orden de encarcelamiento. El suboficial comisionó a su vez al dragoneante Félix María Salazar, y éste acudió a los calabozos donde se encontraba el detenido. Como se negara a salir, el dragoneante solicitó la ayuda de los agentes Pascual Molina Daza, Abrahán González Murcia y Fernando Zúñiga Torres. Cuentan que de regreso al calabozo, el detenido se empeñó en su resistencia y se abrazó a su compañero Efrén Gutiérrez Caraca, quien armado de cuchillo habría puesto en peligro la vida del agente Zúñiga Torres, con cuyo fusil de dotación oficial el agente Molina Daza ultimó a Gutiérrez Caraca en defensa del anterior.

Actuación procesal

Cumplidos los trámites procesales, el ocho de abril de mil novecientos sesenta y cuatro se sobreseyó definitivamente en su favor. Pero consultada esta decisión, fue revocada, y el veintiséis de enero de mil novecientos setenta y uno se declaró la nulidad de todo lo actuado por ausencia de notificación del auto que dispuso el cierre de investigación y se ordenó la detención preventiva del sindicado. Más tarde, previo el concepto de auditoría que prescribe el artículo 567 del Código Penal Militar, el diecisiete de marzo del mismo año se dictó la resolución número 24 mediante la cual se convocó el consejo de guerra verbal que habría de juzgar al procesado y culminó "con la lectura de la sentencia que condenó a ocho años de presidio de acuerdo al veredicto por mayoría".

El Tribunal Superior Militar confirmó el fallo en providencia de seis de junio de

mil novecientos setenta y tres, decisión que el procesado hizo objeto del recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación (numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) se formulan dos cargos a la sentencia.

Primero

Nulidad legal (artículo 441, numeral 1º del Código de Justicia Penal Militar).

El recurrente ensaya la demostración del cargo en extenso alegato de más de veinte páginas. Pero todos sus argumentos concluyen en la afirmación de que la justicia castrense no era competente para conocer en el proceso porque del tenor literal del artículo 170 de la Constitución política queda excluido implícitamente el personal de la Policía Nacional que por integrar un cuerpo eminentemente civil, carece del fuero establecido en aquél, por donde se deduce que solamente los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, son del conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

Concepto del Procurador

Afirma que cualquiera duda que con anterioridad al veinte de septiembre de mil novecientos setenta y tres hubiera podido existir respecto de la competencia de la justicia penal militar para conocer de los delitos cometidos por el personal de la Policía Nacional, por causa o con ocasión del servicio o de las funciones inherentes a sus cargos, quedó plenamente superada por cuanto en esa fecha, la Corte —en Sala Plena— se pronunció en forma definitiva sobre la constitucionalidad del fuero reconocido al personal de la Policía y declaró exequibles las normas del Decreto-ley 2347 de 1971 (Estatuto Orgánico de la Policía Nacional), incluidos los artículos 8º y 9º, relativos a dicho fuero.

Se considera

El argumento esgrimido por el Procurador Delegado para la Policía Nacional es incontrastable. Y es evidente que la Sala Plena de la Corte declaró exequibles las normas del Decreto 2347 de 1971, que consagran el fuero para el personal uniformado de la Policía Nacional que cometa infracciones penalmente reprochables por causa o con ocasión del servicio o de las funciones inherentes a su cargo, y no es posible discutir en lo sucesivo la competencia de la justicia castrense para conocer de los delitos que se atribuyan al personal de la Policía cuando se hayan cometido en las circunstancias anotadas. El cargo no prospera.

Segundo

Nulidad supralegal. Infracción del artículo 26 de la Constitución política por quebranto de las formas propias del juicio.

Se afirma por el recurrente que los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales integrantes del consejo verbal de guerra, convocado para juzgar al agente Pascual Molina Daza por el delito de homicidio en la persona de Efrén Gutiérrez, carecen de la firma del presidente del consejo y del secretario, omisión que conlleva la inexistencia prescrita en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor "cuando la ley exija expresamente para la validez de un determinado acto, que se llenen ciertas formalidades, y éstas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial, que tal acto no se ha verificado".

Agrega el recurrente que como el cuestionario es base fundamental del proceso por la vía de los consejos verbales de guerra, ya que sin ellos sería imposible proferir sentencia, al haberse pronunciado los vocales afirmativamente sobre la responsabilidad del sindicado, por mayoría de votos, con vista en la apariencia de unos cuestionarios a los que para serlo faltaban las firmas del presidente del consejo y su secretario, y aun la fecha de su elaboración, cabe, en buena lógica, afirmar su inexistencia jurídica y la consiguiente violación del artículo 26 de la Constitución política, en

cuanto este ordenamiento obliga la observancia de las formas propias de cada juicio.

Concepto del Procurador

Dice que en el procedimiento penal militar el cuestionario o cuestionarios sometidos a los vocales en los consejos verbales de guerra o en los consejos ordinarios el requisito de las firmas del juez y su secretario es formalismo sin relieve jurídico porque el artículo 563 del Código castrense establece que una vez producidas las respuestas de los vocales, se procederá a su escrutinio, debiéndose consignar el resultado en una copia de los cuestionarios con las firmas del presidente del consejo, de su asesor y del secretario.

Hecho lo anterior se lee el veredicto y se levanta la sesión, que posteriormente se reanuda para dar lectura a la sentencia. Si tal es el procedimiento, concluye el Procurador, la ausencia de las firmas anotadas mal podría predicarse como inexistencia de los cuestionarios, si éste no es requisito de su validez establecido legalmente.

Finalmente arguye el colaborador Fiscal que las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución van especialmente dirigidas a proteger el derecho de defensa. Por lo cual debe el recurrente que pretenda la anulación del juicio al favor del recurso extraordinario de casación, por nulidad supralegal, demostrar el perjuicio concreto sufrido en su derecho de defensa. Y solicita que se deseche el cargo.

Se contesta

De la revisión atenta del expediente se comprueba incuestionablemente cómo es verídica la glosa del recurrente cuando puntualiza que los cuestionarios sometidos a la decisión de los vocales en el consejo verbal de guerra que juzgó al agente de la Policía Nacional, Pascual Molina Daza, carecieron de las firmas del presidente de dicho consejo, de su asesor y del secretario.

Si es veraz, asimismo, el Procurador cuando asegura que el artículo 563 del Código Penal castrense obliga al escrutinio de las respuestas de los vocales tan pronto como se producen y a consignar el resultado en copia de los cuestionarios que debe llevar las firmas del presidente, del asesor y del secretario, no es menos evidente que una cosa es el escrutinio de los cuestionarios y su obligada forma jurídica, y otra —muy distinta— los cuestionarios mismos y su peculiar forma legal.

Los cuestionarios contienen la imputación del hecho o de los hechos penalmente reprochables, sus modalidades y la pregunta por la responsabilidad del sindicado. Son pues, el núcleo sobre el cual versa el debate oral en los consejos verbales de guerra o en los consejos ordinarios de la misma naturaleza. Como tales deben ostentar rigurosamente la plenitud de sus formalidades, entre las cuales se destaca como principalísima, la de ser documento auténtico, es decir, que haga fe y firmado por los funcionarios competentes que para el caso son el presidente del consejo y su secretario. Sin sus firmas, nadie puede asegurar que los cuestionarios fueron redactados por el presidente del consejo ni sometidos a la consideración de los vocales, regularmente. Es más: sin el rigor inexcusable de sus requisitos formales, los cuestionarios, no lo son, ni siquiera en apariencia. O lo que es lo mismo, no existen jurídicamente. Y sobre ellos no cabe, con validez, ningún pronunciamiento.

Tiene razón el Procurador cuando recuerda que la reiterada jurisprudencia de la Corte ha dicho que las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución tienden especialmente a proteger el derecho de defensa. Y es suya la consecuencia de que, en todo caso, debe el impugnador demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por el procesado recurrente.

Cabe recordar entonces, que el recurso extraordinario de casación ha sido instituido primordialmente para preservar el contenido de la ley y darle alcance y sentido ajustados al derecho objetivo al través de la unificación de la jurisprudencia, y también para desagraviar a las partes de los perjuicios posibles que les hubiere irrogado la sentencia.

Si tales son los objetivos del recurso extraordinario de casación y entre ellos cobra significación especial la guarda de la ley en sí misma considerada, independien-

temente del interés que en los resultados del recurso acusen las partes, el derecho de defensa implícito en las garantías fundamentales que, en su conjunto preserva el artículo 26 de la Carta política, no obliga al recurrente a demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por él personalmente, ni la magnitud de sus consecuencias, puesto que el derecho se viola sustancialmente, cuando se quebrantan las formas propias del juicio. La Constitución las prescribe y preserva como garantías fundamentales de los derechos ciudadanos cuyo perjuicio cierto consiste sin más en la violación de aquéllas. El debido proceso es derecho público y sus garantías son del mismo carácter. Su violación agravia el orden público instituido y entraña vicio de nulidad insubsanable, sino por la reposición del proceso con la observancia plena de sus formalidades legítimas.

En el caso de autos se puede afirmar sin equívocos que la respuesta de los vocales integrantes del consejo verbal de guerra que juzgó al agente de la Policía Nacional, Pascual Molina Daza, no es pronunciamiento válido, pues recayó sobre unos cuestionarios aparentes, sin real existencia jurídica, a los que hacía falta su autenticidad, por carecer de la firma del presidente del consejo, o sea de quien era competente para formularlos, y de las firmas del asesor, y del secretario que da fe.

El escrutinio a que obliga el artículo 569 del Código Penal Militar, es acontecimiento posterior a la redacción de los cuestionarios y lo que en él se hace constar con la firma del presidente del consejo verbal de guerra o del consejo ordinario, no es la autenticidad de aquéllos sino de sus respuestas. Pero éstas pueden darse sobre cuestionarios aparentes, elaborados sin las formalidades legales, como en el caso que se examina, y la respuesta de los vocales, abonada con la firma del presidente del consejo, de su asesor y de su secretario, no puede remediar la inexistencia de los cuestionarios.

Siendo ello así, el cargo viene llamado a prosperar.

La Corte ha sostenido en anteriores ocasiones, reiteradamente, que el consejo de guerra verbal es acto jurídico complejo, pero único, cuyos momentos sucesivos pueden tener ocasión en tiempos y espacios diferentes, sin perder su obligada unidad. . .

Si ello es así, la nulidad sustancial que vicia uno cualquiera de los actos componentes de la acción, afecta por idéntico modo la integridad del procedimiento.

Esto se dice, además, porque en el negocio que se examina, la nulidad no recae sobre el acto de la convocatoria del consejo, ni en la índole de los vocales que pronunciaron veredicto condenatorio, por mayoría, sobre unos cuestionarios aparentes.

Como es de lógica conclusión quienes con tal carácter intervinieron en el consejo y dieron veredicto, habrían prejuzgado la situación jurídica del procesado y no pueden integrar el nuevo consejo que se convoque para juzgarlo como consecuencia de haber prosperado este segundo cargo formulado a la sentencia.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia objeto del presente recurso extraordinario y ordena reponer el procedimiento a partir, inclusive, de la resolución de convocatoria del consejo verbal de guerra.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.— VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY PENAL SUSTANCIAL. HOMICIDIO EN CONCURSO

En los juicios en que interviene el jurado, no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial, es decir, la que proviene de error de derecho o de manifiesto error de hecho en la apreciación de pruebas, siempre que éstas se refieran a extremos que al tribunal popular incumba definir.— El error de hecho en la apreciación de la prueba ocurre cuando al medio o medios que la constituyen, se les asigna un valor que la ley no les reconoce o cuando se les niega el que ésta les atribuye.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por Jesús María Rodríguez Herrera y su defensor contra la sentencia del diez de noviembre de mil novecientos setenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de diecinueve (19) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como coautor de los delitos de homicidio (asesinato) en la persona de José Luis Zapata Osorio; robo agravado en perjuicio de los intereses económicos del mismo Zapata Osorio y lesiones personales en Darío Rúa Cataño y Gustavo Zuluaga Herrera. La sentencia recurrida le negó además al recurrente la rebaja de la pena prevista por la Ley 40 de 1968.

Antecedentes

a) La siguiente versión recoge con fidelidad los hechos debatidos en el juicio:

"El 24 de marzo de 1968, a eso de las once de la mañana, desde Medellín y con destino al municipio de Girardota, partió el bus conducido por Francisco Oscar Hernández Castillo. Normalmente realizaba su recorrido por la autopista norte, en jurisdicción del municipio de Bello, cuando, un poco antes de llegar a la carretera que comunica esta vía con la fracción de Machado, tres individuos, portando sendas armas de fuego intimidaron con ellas al resto de los pasajeros del bus, mientras un cuarto sujeto suplantaba al conductor del vehículo. Hecho lo anterior desviaron su marcha hacia Machado, y entre tanto, dos de los asaltantes, disparando en contra del pasajero José Luis Zapata, procedieron a apoderarse de algún dinero que portaba. Realizado esto ordenaron a todos los ocupantes del bus que lo desalojaran, y en este mismo emprendieron la fuga. El ayudante del conductor, que había logrado abandonar el bus, luego de forcejear con uno de los asaltantes y de ser herido por ellos, dio aviso a los soldados que vigilan el polvorín de la Cuarta Brigada, ubicado en las proximidades del lugar, y en el mismo taxi que antes lo recogiera y que allí lo trasladara, iniciaron la persecución del bus, que ocupado por los antisociales, pasara veloz frente a tal sitio. Fue ya en el barrio Villa del Socorro, donde los antisociales abandonaron el vehículo dejando en su interior el

cadáver de José Luis Zapata. Algunos trataron de oponer resistencia a los soldados, y éstos, haciendo uso de sus armas, dieron muerte a quien después fue identificado como José Luis Puerta y lesionaron a Fernando Agudelo. En las inmediaciones del lugar, fue capturado Jesús María Rodríguez Herrera. En desarrollo de estos mismos hechos y cuando aún se encontraba en el interior del bus donde se realizó el asalto, fue herido Gustavo Zuluaga Herrera";

b) Promovida la correspondiente investigación, previa clausura de la misma, fue calificado su mérito por el Juzgado Quinto Superior de Medellín en providencia del veinte de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, mediante la cual fueron llamados a juicio Jesús María Rodríguez Herrera y Fernando Agudelo como coautores de los delitos de homicidio en la persona de José Luis Zapata Osorio, agravado por las circunstancias previstas en los ordinales 2º y 3º del artículo 363 del Código Penal; robo en perjuicio del patrimonio económico del occiso, también agravado conforme a las circunstancias contempladas por los ordinales 1º y 4º del artículo 404 de la misma obra, y lesiones personales de carácter intencional en Darío Rúa Cataño y Gustavo Zuluaga. (fls. 273 a 313, cuaderno 1º). Providencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó en la suya del dieciocho de diciembre del mismo año, pero modificándola en el sentido de suprimir, respecto del homicidio en Zapata Osorio, la agravante de la "premeditación acompañada de motivos innobles o bajos" (fls. 324 a 333);

c) Cumplida la etapa de la causa, con oportunidad de la audiencia pública se sometieron a la consideración del jurado los respectivos cuestionarios, de acuerdo con el auto de proceder. El tribunal popular afirmó la responsabilidad de Fernando Agudelo o José Manuel Convers y la negó en cuanto a Rodríguez Herrera, "por insuficiencia de la prueba", conforme a solicitud del defensor. Acatando los veredictos, en sentencia del 30 de octubre de 1970 el juzgado del conocimiento condenó a Fernando Agudelo y absolvió a Rodríguez, quien fue puesto en libertad, previa caución;

d) Al conocer el Tribunal, por apelación y consulta, de la sentencia de primer grado, declaró contraevidente los veredictos en relación con Rodríguez Herrera y dispuso que se convocara nuevo jurado (fls. 461 a 503). Celebrada la segunda audiencia con amplias intervenciones del representante del Ministerio Público y del personero de la defensa, el juez de la causa sometió nuevamente al tribunal popular los cuestionarios referentes al aludido procesado, respecto de los cuales hubo un pronunciamiento afirmativo de la responsabilidad. En desarrollo de tales veredictos, el Juzgado Quinto Superior de Medellín, en sentencia del diez de septiembre de mil novecientos setenta y uno, condenó a Fernando Agudelo o José Manuel Convers Palacio y a Jesús María Rodríguez Herrera, como responsables de los delitos por los cuales fueron llamados a juicio, a las penas principales de veinticuatro (24) y diecinueve (19) años de presidio, respectivamente (fls. 543 a 555), sentencia que el Tribunal Superior de la ciudad nombrada confirmó en la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación (fls. 566 a 574);

e) Concedido el referido recurso y declarado admisible por la Corte, sólo fue sustentado por el personero judicial del recurrente Jesús María Rodríguez. En providencia que obra al folio 25 del presente cuaderno la Sala estimó ajustada a las exigencias legales la respectiva demanda y declaró desierto el recurso interpuesto por Convers o Agudelo, a quien, consecuentemente, condenó en costas.

La demanda de casación

Previo resumen de los hechos debatidos en el juicio según versión del demandante, detenida referencia a la actuación procesal y transcripción de los pasos en que la sentencia acusada se ocupa de graduar la pena, se invoca, como fundamento del recurso, la causal primera de casación, y a su amparo se formulan contra aquélla los siguientes cargos:

Primer cargo

La sentencia recurrida incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación

de determinadas pruebas (declaraciones de Oscar Hernández, del soldado Edgar Pulgarín, de Darío Rúa Cataño y de Rocío Londoño), infringiendo así, por vía indirecta, los artículos 19, 33, 37, 362, 363 y 372 del Código Penal.

Advierte el actor que conoce la reiterada jurisprudencia de la Corte conforme a la cual es improcedente alegar la causal primera en juicios con intervención del jurado, por los motivos que él alega. Sin embargo, estima que tal doctrina debe rectificarse porque ya existe un nuevo Código de Procedimiento Penal; porque dicho estatuto en ninguno de los preceptos que regulan el recurso de casación establece requisitos distintos al quantum de la pena, respecto de las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores; porque la presunción de verdad que ampara al veredicto "no es absoluta e incontrovertible", y finalmente, porque no es justo que quienes se han defendido a lo largo de un proceso de cargos que consideran arbitrarios, "vean cerradas a sus aspiraciones de justicia las puertas del más alto tribunal del país, so pretexto de incompetencias no establecidas expresamente por el legislador".

Segundo cargo

En la sentencia, "el señor juez de derecho le atribuyó antecedentes de depravación y libertinaje a Rodríguez con elementos probatorios carentes de validez legal para tales efectos, incurriendo por lo tanto en un evidente error de derecho en la apreciación de tales elementos con violación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal e indirectamente, o sea como consecuencia de la violación antes anotada, en aplicación indebida del artículo 37, numeral 1º, del Código Penal, influyendo esta última violación en la parte resolutiva de la sentencia que recurro, en cuanto aumentó por tal concepto la pena asignada a mi poderdante".

Los elementos de juicio respecto de los cuales se predica error de derecho son el informe originario del Juzgado 20 de Instrucción Militar, que figura al folio 519, "en donde se hizo constar que en el despacho de tal juez cursaba un sumario por los delitos de asociación para delinquir, extorsión y secuestro, en donde aparecía como sindicado, entre otros, Jesús María Rodríguez"; "un informe sobre los detalles que rodearon la captura de Jesús María Rodríguez en mayo de 1971, rendido por el Juzgado 4º de Instrucción Criminal de Medellín, en el cual consta que en el momento de tal captura se encontró en poder de los familiares de Rodríguez, en su casa, una gruesa suma de dinero, y que interrogado Rodríguez Herrera con el fin de saber a quién pertenecía dicho dinero, éste manifestó no saber nada del mismo y dijo pertenecer dicho dinero al señor José Modesto Posada Morales, quien se hallaba allí presente, el cual contestó al respecto de que dicho dinero lo había recibido el día anterior, o sea el jueves, en las horas de la mañana de un señor Roberto Ospina Trujillo (fls. 509 a 513); y, finalmente, la declaración de Rocío Londoño, cuyo testimonio, en sentir del actor, carece de todo valor probatorio, por tratarse de una mujer de vida licenciosa... condenada por perjurio.

Tercer cargo

Tanto el juzgado de primera instancia como el Tribunal calificaron de "motivos innobles o fútiles" el propósito de consumar el robo. "Esta estimación de motivos innobles o fútiles, fundada en el propósito de consumar un robo, —arguye el impugnante— es a todas luces equivocada porque la finalidad del ilícito del robo es el lucro, elemento éste que le es esencial, y el lucro no se puede predicar de la innobleza o futilidad, pues estos son conceptos que se refieren más bien a la represalia, a la venganza y otros motivos semejantes de caracteres baladíes, y por lo tanto constituyendo el lucro uno de los elementos específicos del robo y éste a su vez constituyendo elemento esencial del delito de asesinato en el caso de este proceso, no puede capitalizarse de nuevo el lucro, implícito en el robo, como circunstancia accesoria para agravar la pena, porque esto implicaría la violación del principio 'Non bis in idem', violación que se presentaría al identificar el lucro, como elemento esencial del delito de robo con la agravante de los motivos innobles o fútiles, como se hace en la sentencia, lo cual ha implicado una aplicación indebida del nu-

meral 3º del artículo 37 del Código Penal, con perjuicio del procesado al aumentársele la pena".

Cuarto cargo

Cuando la sentencia recurrida deduce la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal —haber obrado con la complicidad de otro, previamente concertada— incurre en una "interpretación equivocada" del artículo 19 de aquella obra y en una "aplicación indebida" del citado numeral, sancionando doblemente "el mismo elemento estructural de un ilícito". Agrega el censor que, por lo demás, no existe prueba del concierto previo de tal complicidad, deducido por el juzgador "sin ninguna referencia probatoria".

Quinto cargo

El Tribunal, al acoger en la sentencia acusada el fallo del a quo, "incurrió en errónea interpretación de los artículos 363, 404 y 33 del Código Penal, en cuanto le asignó a las lesiones personales sufridas por Darío Cataño y Gustavo Zuluaga Herrera el agravante del robo que le dio al homicidio la calificación de asesinato, incurriendo a la vez en aplicación indebida del artículo 372 del mismo Código, por cuanto le asignó a tales lesiones una penalidad que no correspondía".

Con fundamento en la tacha anterior solicita casar parcialmente el fallo recurrido, tomando en cuenta la pena señalada para las lesiones y la incapacidad que éstas produjeron a los lesionados.

Sexto cargo

Al negar la sentencia acusada, respecto de Rodríguez Herrera, la rebaja de pena consagrada por la Ley 40 de 1968, "incurrió en infracción directa de esta ley, con grave perjuicio para el procesado, no sólo porque se le priva en la sentencia de la rebaja de la pena que tal ley le concede, sino porque se le cierra el camino, por la incondicionalidad de esa negativa, a la posterior rebaja de pena que el procesado pudiera impetrar de conformidad al procedimiento previsto por el artículo 4º del Decreto 2953 de 1968 reglamentario de dicha ley, que es la peor consecuencia de la infracción que acuso". A lo cual añade el actor:

"Como consecuencia de esta violación directa de la Ley 40 de 1968 contenida en la sentencia, considero que debe invalidarse el numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia que acuso, y que, en cambio se falle en el sentido de otorgársele al procesado Jesús María Rodríguez Herrera la rebaja de pena concedida por la Ley 40 de 1968, o reconocérsele el derecho a tal rebaja, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto 2953 de 1968, reglamentario de la citada ley. Esta mi solicitud".

Respuesta del Ministerio Público

Representado en esta ocasión por la Procuraduría Primera, tras referirse a los hechos y a la síntesis del proceso, el Ministerio Público examina con adecuada amplitud todos y cada uno de los aspectos que conforman la acusación a la sentencia recurrida. Y como en su opinión no se justifica ninguna de las tachas propuestas dentro del ámbito de la causal primera, solicita a la Corte que deseche el recurso extraordinario interpuesto y ordene devolver el informativo al Tribunal de origen. En la medida en que lo juzgue oportuno y pertinente, la Sala volverá sobre tan autorizado concepto.

La Corte considera

1. Como lo advierte el actor, la Corte ha sostenido en la más reiterada de sus doctrinas que en los juicios en que interviene el jurado no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial, es decir, la que proviene de error de derecho, o de manifiesto error de hecho en la apreciación de pruebas, siempre que éstas se refieran a extremos que al tribunal popular incumba definir. Es preciso ratificar ahora esa doctrina, por las siguientes razones que la Sala compendió con suma claridad en sentencia del 15 de febrero de 1973, vigente ya el nuevo Código de Procedimiento Penal, estatuto que —dicho sea de modo tangencial— en manera alguna modificó las normas reguladoras del re-

curso extraordinario de casación, ni las que conciernen a la ritualidad del juicio:

"a) El jurado examina tanto los cargos como la defensa del acusado sin atender voz distinta de la personal conciencia, y emite su veredicto según 'la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga', de acuerdo con lo previsto en el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, que reprodujo el 27 de la Ley 4ª de 1943. No rige, pues, para los jurados la denominada tarifa legal de prueba, ni se les impone la obligación de explicar su veredicto, ni de señalar en qué elementos de convicción se basaron, ni cuáles medios probatorios no les merecieron credibilidad. El jurado hace una valoración conjunta del contenido del proceso, de los motivos de la acusación y de los planteamientos de la defensa, y forma su criterio en conciencia. De ahí que resulte arbitrario afirmar, en un caso dado, que el jurado apoyó su respuesta al cuestionario en tal o cual prueba, o que no tuvo en cuenta esta o aquella prueba, o que incurrió en error de una y otra naturaleza al apreciar determinado elemento de persuasión;

"b) En los juicios con intervención del jurado, 'la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate', por imperativo mandato del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal. Por consiguiente, el veredicto constituye la base del fallo, es su fuente inmediata, al extremo de que si el juzgador lo desatiende y, apartándose de él, pronuncia la sentencia con apoyo directo en las pruebas, atribuyéndoles consecuencias legales distintas de las expresadas en el veredicto, respecto de los hechos delictuosos y de la responsabilidad del procesado, el fallo así proferido sería susceptible de casación, a voces de la causal 2ª del artículo 580 del referido estatuto;

"c) La injusticia notoria del veredicto no está consagrada como motivo de casación en la ley procesal vigente, ni lo estaba tampoco en la anterior, y sabido es que las causales del recurso extraordinario son taxativas y limitan el campo de acción de la Corte, ya que la casación, como tantas veces se ha dicho, no genera una nueva instancia que permita el examen libre del thema decidendum del proceso. Cuando de autos resulte 'que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos', así deben declararlo los juzgadores de las instancias, disponiendo al tiempo la convocación de un nuevo jurado, cuyo veredicto 'es definitivo' (Arts. 563 y 567 del C. de P. P.). Mas esa facultad es privativa del juez del conocimiento y del tribunal superior, y si no la ejercitan en un determinado proceso, la Corte carece de poder para esa clase de pronunciamiento, ya que la competencia que ejercita a través del recurso de casación está sometida a los precisos motivos indicados en la ley (Art. 580) para la procedencia de la impugnación, entre los cuales no está incluido, como antes se dijo, el haberse dictado la sentencia con base en un veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia de los hechos, y

"d) Si, por vía de hipótesis, se admitiera que aun en los procesos en que ha actuado el jurado se puede alegar en casación que la sentencia pronunciada por el tribunal superior es violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, esto es, por quebranto indirecto de la norma sustantiva, en materias sobre las cuales decidió el jurado y a cuyo veredicto se conformó la sentencia, al prosperar la causal la Corte tendría que casar el fallo impugnado y dictar 'el que deba reemplazarlo', dando aplicación al artículo 583, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal, y por ese procedimiento se llegaría a proferir la sentencia, no 'de acuerdo con el veredicto', como lo ordena el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, sino con la certeza generada en el análisis de las pruebas, y, paradójicamente, resultaría protuberante la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 580 ibídem, por desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado. (En el mismo sentido, sentencias de 25 de agosto de 1972 y de 15 de febrero de 1973, entre otras).

No prospera, en consecuencia, tal aspecto de la censura.

2. Es preciso recordar que el error de derecho en la apreciación de la prueba ocurre cuando al medio o medios que la constituyen se les asigna un valor que la ley no les reconoce, o cuando se les niega el que

ésta les atribuye. Por tanto, no puede haber error de derecho en la evaluación de medios probatorios a los cuales no les ha atribuido la ley procesal un determinado valor, como acontece con los que el Tribunal ad quem tomó en cuenta para deducir la circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el artículo 37 del Código Penal en su ordinal 1º. De allí que esta Sala, refiriéndose a tal categoría de error y respecto del testimonio, haya expresado en diferentes oportunidades el criterio de que si el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal sólo contiene pautas o directrices generales de interpretación y no una tabla de específicos valores, existe imposibilidad jurídica para fundar en ese precepto un error de derecho, que supone siempre el quebranto de una norma de disciplina probatoria. (Sentencia de 25 de octubre de 1973, casación de Jorge Martínez Yepes).

Carece de justificación, por lo visto, el cargo segundo.

3. La sentencia recurrida expresa en lo pertinente al individualizar la sanción impuesta a Jesús María Rodríguez Herrera: "Dado que en este proceso concurren las circunstancias 1ª, 3ª y 9ª de especial peligrosidad previstas por el artículo 37 del Código Penal, la sanción mínima de que habrá de partirse para la tasación de la pena, se aumentará en dos años..." Asiste, pues, razón al actor cuando al estructurar la tercera de las tachas aducidas sostiene que el sentenciador de segundo grado incurrió en error jurídico al computar como motivo de mayor peligrosidad el fin de robo, que ya había apreciado para calificar específicamente el homicidio como asesinato, infringiendo así la norma contenida en el citado artículo (37), conforme a la cual los factores allí enumerados configuran circunstancias de mayor peligrosidad, que agravan la responsabilidad del agente, "en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito".

Prospera el cargo. En consecuencia, habrá de invalidarse el fallo acusado en el sentido que adelante se indicará.

4. En cuanto al cuarto cargo, precisa anotar que el actor no señala el concepto de la violación de las normas que allí cita. No se sabe si el ataque se funda en infracción directa o indirecta de tales preceptos. Pero aun aceptando que existe un tácito señalamiento de infracción indirecta en la afirmación de que el "previo concierto de la complicidad" fue deducido por el sentenciador "sin ninguna referencia probatoria", palmar resulta que no se indica cuáles son las pruebas indebidamente estimadas, ni la clase de error en que incurrió al valorarlas. Como tantas veces se ha dicho, la Corte no puede, como tribunal de casación, colmar vacíos o deficiencias de esa naturaleza en el contexto dialéctico o argumental de la demanda. La censura, en síntesis, no fue demostrada.

5. En varias oportunidades ha expresado la Corte que el homicidio perpetrado para ejecutar otro delito o para ocultarlo reviste especial gravedad y toma la denominación de asesinato, pero no absorbe o subsume el delito fin o el que se pretenda encubrir, pues en tales hipótesis no existe unidad de delito, o delito complejo, sino un verdadero concurso real o material de infracciones, reprimible conforme al artículo 33 del Código Penal. En efecto, las hipótesis que el artículo 363 del Código Penal consagra en sus ordinales 3º y 4º contemplan ilicitudes con procesos ejecutivos autónomos e independientes, estructurando hechos distintos, separables en su objetividad material y jurídica, razón por la cual las normas que los describen permiten una aplicación simultánea.

Lo anterior se recuerda a propósito del 5º cargo, propuesto en términos confusos, contrariando así la ley del recurso, conforme a la cual todo cargo en casación debe sustentarse en "forma clara y precisa". Frente a tales circunstancias la tacha debe desestimarse.

6. La censura referente al quebranto de la Ley 40 de 1968 está constituida por enunciados sin verdadera demostración. Sobre el particular asiste plena razón al Procurador cuando, previo adecuado estudio del referido cargo, concluye que "como hasta el presente no se han demostrado los requisitos para conceder la rebaja, la negativa resulta fundada, aunque puede proponerse posteriormente esta solicitud, para determinar si es procedente, vistos los antecedentes expresados y si se reúnen las condiciones necesarias, previstas por la ley".

7. Resta anotar que como prospera el tercer cargo, según hubo de reconocerse en el lugar adecuado del presente fallo, a los dos (2) años que el sentenciador de segunda instancia aumentó a la sanción mínima imponible a Rodríguez Herrera, fundado en la existencia de las circunstancias de mayor peligrosidad contempladas en los ordinales 1º, 3º y 9º del artículo 37 del Código Penal, debe razonablemente disminuirse una tercera parte, vale decir, ocho (8) meses de presidio, puesto que ha quedado eliminada una de tales circunstancias, todo lo cual significa que la sanción privativa de la libertad correspondiente al referido procesado es de diez y ocho (18) años y cuatro (4) meses de presidio. Tal es el sentido en que habrá de invalidarse parcialmente el fallo acusado.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Primera y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el sentido de reducir a diez y ocho (18) años y cuatro (4) meses de presidio la pena privativa de la libertad allí impuesta al procesado Jesús María Rodríguez Herrera. Las sanciones accesorias que implican duración quedan reducidas al mismo término de la pena principal. En lo demás rige el fallo acusado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Facultad del presidente del consejo verbal de guerra para señalar una nueva fecha para su celebración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio quince (15) de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 13 de septiembre último, por la cual les fue impuesta a los agentes de la Policía Nacional, Isauro Buitrago Gama, Carlos Arturo Jiménez, Uldarico León Ramírez e Isidro Runza la pena principal de un año de prisión, como responsables del delito de cohecho (Art. 161 del Código Penal). Conoció en primera instancia el Comando del Departamento de Policía Cundinamarca.

Hechos

En la sentencia impugnada se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"En la fecha del domingo 31 de octubre de 1971 el soldado del Ejército Nacional, Pedro Alejandro Rodríguez Ramírez, perteneciente a la Escuela de Infantería, penetró por el polígono de la Fábrica de Material de Guerra 'José María Cordoba', ubicada en la población de Soacha y mediante violencia en las seguridades materiales respectivas se apoderó de un armamento consistente en diecinueve revólveres, once pistolas y seiscientos cincuenta cartuchos, cuyo avalúo alcanzó la suma de cuarenta y siete mil dieciocho pesos. Como quiera que el vehículo de servicio público que utilizó para su movilización fue interceptado por la patrulla de la Policía Nacional, integrada por los agentes Carlos Arturo Jimenez e Isauro Buitrago Gama, quienes encontraron sospechosa la actitud del soldado, quien vestía traje de civil; lo condujeron a la guardia u oficina de información de la Estacion de Policia, y allí fue interrogado además por el dragoneante Uldarico León Ramirez y el agente Isidro Runza, quienes estaban de servicio en esa dependencia. Descubierta la situacion del soldado, este ofreció armas a los agentes a cambio de su libertad y ellos aceptaron la oferta, habiendose establecido que el agente Isauro Buitrago Gama recibio un revolver marca 'Smith & Wesson', calibre 32 largo, cincuenta cartuchos para el mismo y una pistola 'Zbrojowka' Nº 132759, con el correspondiente proveedor; el agente Uldarico Leon Ramirez recibió un revolver 'Smith & Wesson' Nº H-32060 y 50 cartuchos para el mismo; el agente Carlos Arturo Jimenez recibió un revolver 'Smith & Wesson', calibre 32 largo, una caja de 50 cartuchos para el mismo y una pistola 'Zbrojowka' Nº 133040, y el agente Isidro Runza un revólver 'Smith & Wesson' Nº 32585. Como es lógico, los agentes omitieron toda anotacion al respecto y no informaron a sus superiores".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Propone el demandante varios cargos contra la sentencia recurrida, con invocación de dos causales de casación, así:

a) Causal cuarta

"Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"

Y como motivos de los cuales entiende como emergente la nulidad parcial del proceso, el actor señala los siguientes:

1º "No tener competencia o jurisdicción" (artículo 441-1º)

Hace consistir el actor la incompetencia del juez en que el presidente del consejo de guerra verbal convocado para el juzgamiento de los recurrentes no tenía competencia para aplazar la celebración del mismo, pues la convocatoria le corresponde al juez de primera instancia, en este asunto, al Comando del Departamento de Policía Cundinamarca, quien ciertamente hizo tal convocatoria, sin que delegara en la presidencia del consejo de guerra verbal la facultad de su aplazamiento.

Anota que esta falta de competencia para tal aplazamiento conlleva la inexistencia del consejo de guerra verbal y por ende la nulidad del proceso desde ese proveído por el cual se aplazó dicha celebración de la diligencia, inclusive.

2º "No haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código" (Art. 441-6º, C. de J. P. M.)

Dice el actor que en cada uno de los cuestionarios propuestos a los vocales del consejo de guerra verbal que juzgaron a los procesados se alude a dos infracciones penales, cohecho y encubrimiento, lo que está en pugna con el precepto contenido en el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, que manda que se pregunte por un solo hecho, "materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen..."

Y luego de observar que los cuatro cuestionarios relacionados con los cuatro acusados son en el fondo y redacción iguales, transcribe uno de ellos, que es del tenor siguiente:

"El acusado... es responsable sí o no, de haber recibido de manos del soldado Pedro Alejandro Rodríguez Ramírez, en forma indebida y para sí, un revólver..., como remuneración para omitir el cumplimiento de un deber propio de las funciones de su cargo, consistente en no denunciar la posible comisión de un delito contra la propiedad, cometido al parecer por el soldado antes citado, estableciéndose posteriormente que las armas y munición procedían de la Fábrica 'José María Córdoba' (INDUMIL), según hechos que se consumaron con ocasión y pretexto del servicio, el día primero de noviembre de mil novecientos setenta y uno, en la Estación de Policía del municipio de Soacha (Cundinamarca)?"

Reitera el demandante que al incluirse, según su entender, dos hechos correspondientes a dos infracciones penales en cada uno de los cuestionarios, se incurrió en el caso de nulidad del ordinal 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar.

3º Violación del derecho de defensa

Asevera el actor que a sus mandantes se les conculcó el derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Carta, pues, debido a "un inexplicable reparto" del proceso en la segunda instancia, del negocio vino a conocer una Sala que antes ya se había ocupado de los mismos hechos, por lo cual, a más del prejuicio de los Magistrados del Tribunal Superior Militar en ese particular, (quienes no se declararon impedidos), resultó nugatorio el derecho de defensa de sus mandantes.

b) Causal primera

Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial

Manifiesta el demandante:

"En caso de no prosperar la causal cuarta propuesta, y, en razón de haberme negado un beneficio el juez de derecho, planteo

para la consideración de los honorables Magistrados la causal primera de casación..., bajo la égida de su segundo inciso, que dice: 'Cuando la violación de la ley provenga de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos'."

Y anota, como tacha del fallo, el que, no obstante que están en el proceso comprobadas las exigencias para que se conceda la condena condicional, no fue concedido a sus mandantes ese beneficio, debido a apreciación manifiestamente equivocada de los elementos de juicio concernientes al citado subrogado penal.

El Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, luego de un detenido examen de los cargos que el actor le hace a la sentencia recurrida, llega a la conclusión de que ninguno resulta comprobado y pide, en consecuencia, que no se case el fallo.

A este estudio del Procurador habrá de referirse la Corte en seguida.

Considera la Corte

También arriba la Corte a la conclusión a que ha llegado el Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional en el examen de las tachas que propone el demandante a la sentencia del Tribunal Superior Militar.

En efecto:

I

Causal cuarta

Los cargos enunciados a través de este motivo de casación no resultan con la comprobación del caso, para que la causal de casación prospere.

A ese respecto, cabe señalar:

a) Primer cargo

"No tener competencia o jurisdicción"

Es cierto que, de acuerdo con el artículo 566 del Código de Justicia Penal Militar, la facultad para convocar consejos de guerra verbales le corresponde a "los mismos jueces de primera instancia señalados para el procedimiento de consejo de guerra, con la misma jurisdicción y competencia".

Y en el título VI del libro cuarto del Código de Justicia Penal Militar, que se ocupa del juicio, se dispone en el artículo 545 que, "si no se solicitaron o decretaron pruebas o vencido el término para practicarlas, el juez dictará auto ordenando la convocatoria del consejo y señalando la fecha para el sorteo de vocales, el que será notificado personalmente a las partes. El señalamiento no puede hacerse para antes de tres días, ni para después de cinco, contados desde la última notificación".

Pues bien:

Al folio 251 del expediente (cuaderno principal) aparece la Resolución Nº 003, de enero 29 de 1973, por la cual el Comandante del Departamento de Policía Cundinamarca, juez de primera instancia en este negocio, dispone: "Convocar en la Guarnición de Bogotá, D. E., un consejo de guerra verbal para que, por los trámites establecidos en el libro cuarto, título VI del Código de Justicia Penal Militar se juzgue a los agentes de la Policía Nacional Uldarico León Ramírez, Isidro Runza, Carlos Arturo Jiménez e Isauro Buitrago Gama, sindicados del delito de cohecho, consumado el día 1º de noviembre de 1971, en la población de Soacha (Cundinamarca) dentro de la Estación de Policía del mismo lugar".

La misma resolución señala la hora de las nueve de la mañana del día cinco de febrero de 1973 para la celebración del consejo verbal de guerra y designa al presidente del mismo, al fiscal y vocales, así como al asesor jurídico y secretario.

Posesionadas las anteriores personas, el presidente del consejo, por ausencia del fiscal designado, debió señalar una nueva fecha para la celebración del consejo verbal de guerra y al efecto indicó la hora de las nueve de la mañana del mismo mes de febrero de 1973, mediante providencia del día cinco (fl. 255 cuaderno principal).

¿Tenía competencia el presidente del consejo verbal de guerra para señalar esa nueva fecha?

Corresponde dar una respuesta afirmativa y de paso, señalar que no resulta pro-

bado este cargo que el demandante hace a la sentencia. Al respecto, se tiene:

1º Designado y posesionado el presidente del consejo de guerra ordinario o el del consejo verbal de guerra (en los casos en que procede este último) cesa para el juez de primera instancia la competencia y la toma el presidente del consejo.

Así se desprende de las atribuciones que le señala el artículo 553 del Código de Justicia Penal Militar, entre las cuales cabe anotar la concerniente a la práctica de pruebas y elaboración de los cuestionarios (Art. 557 ib.). Y si se trata de consejo verbal de guerra, además tiene la facultad de proferir la sentencia (Art. 582), si no encuentra el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, que de serlo, hará la declaración del caso (Art. 587).

Y es significativo lo que dispone el quinto inciso del artículo 587 del Código mencionado, concerniente al trámite del consejo verbal de guerra, a saber:

"Si el auto del presidente del consejo no fuere confirmado..." (aquel por el cual declara contraevidente el veredicto) ... "se ordenará devolver el expediente para que se dicte sentencia de acuerdo con el veredicto. Si por cualquier causa no se encontrare el presidente del consejo en la Guarnición o si por razones del servicio no pudiere proferir la sentencia ordenada, la autoridad que convocó el consejo asumirá la competencia y cumplirá la orden del fallador de segunda instancia" (subraya la Corte).

Y si quien ha convocado el consejo verbal de guerra, en el supuesto dado, asume la competencia, es porque ha dejado de tenerla.

2º No es dable aseverar que el presidente del consejo verbal de guerra, ya posesionado, no pueda indicar, en caso necesario, una nueva fecha para la celebración de tal consejo y, en cambio, sí tenga competencia para practicar pruebas, formular cuestionarios y proferir el fallo correspondiente.

3º Y, como observa el Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, "cabe afirmar que en manera alguna el aplazamiento de la celebración de la sesión del consejo de guerra afectó el derecho de defensa de los procesados, a quienes no solamente se les notificó esa decisión, como a su apoderado, sino que fueron debidamente representados por su defensor durante la audiencia".

Así, pues, como se dijo, no tiene comprobacion este cargo.

Segundo cargo

Ilegalidad de los cuestionarios

Como lo manda el artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar y ceñido a la norma que trae el artículo 561 de la misma obra, el presidente del consejo verbal de guerra en este asunto elaboro los cuestionarios.

Si en la pregunta presentada a los vocales se hace alusión a que los acusados omitieron denunciar un posible delito contra la propiedad, no por ello se estaba inquiriendo a los vocales sobre una supuesta responsabilidad penal por un delito de encubrimiento, a más de la que se averiguaba respecto del delito de cohecho. Sencillamente la conducta omisiva de los deberes oficiales consistió en prescindir de la informacion pertinente a la aprehension del soldado Pedro Alejandro Rodriguez Ramírez cuando transportaba el armamento de que da cuenta el proceso. Y esa omisión es la que permite calificar los hechos en la hipótesis delictiva que trae el artículo 161 del Código Penal, que dice:

"Si la admisión del dinero o de la dádiva, o la aceptación de las promesas, se verificare para omitir o retardar un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, la prisión será de uno a cuatro años. Si el responsable fuere un juez o magistrado del orden judicial o administrativo, la prisión será de dos a diez años".

Con toda razón expresa el Ministerio Público que "no hubo pues descripción de varios delitos (dos) en los cuestionarios; simplemente en ellos se describió la conducta de los agentes de la Policía procesados, consistente en haber aceptado dádivas del soldado Rodríguez Ramírez para no entregarlo a la justicia por el hecho de haber sustraído armas de propiedad del Gobierno, que portaba precisamente al momento de ser aprehendido por ellos. El encubri-

miento se confunde aquí con la omisión del cumplimiento del deber y, se repite, en los cuestionarios se preguntó únicamente por la responsabilidad de la conducta tipificadora del cohecho".

No se incurrió, según lo dicho, en infracción a los preceptos que regulan la formulación del cuestionario o cuestionarios.

El cargo, por tanto, no resulta comprobado.

Tercer cargo

Violación del derecho de defensa

Los supuestos defectos en el reparto del proceso en el Tribunal Superior Militar no constituyen infracción fundamental de las formas propias del juicio, que puedan afectar, en forma alguna, el derecho de defensa.

La circunstancia de que el Magistrado ponente se hubiera ocupado del negocio seguido contra el soldado Rodríguez Ramírez, acusado de robo del armamento que se menciona en este negocio, no puede tomarse como prejuzgamiento al conocer del asunto seguido contra los recurrentes, pues se trata de hechos distintos.

Y, como expresa el Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, "el demandante no ha demostrado cuál fue o en qué consistió el menoscabo en el derecho de defensa de sus patrocinados. Simplemente aduce lo que él denomina 'una parcialidad en contra de los sindicados', debida a excesiva subjetividad del fallador de segunda instancia, 'debida al prejuzgamiento proveniente de haber conocido del proceso que decidió la situación jurídica del soldado Rodríguez Ramírez por el delito de robo'."

Una sanción de nulidad constitucional por violación del derecho de defensa no puede aceptarse sino cuando es concreta la índole de tal violación y aparece comprobada. Y esto no se tiene en el planteamiento del cargo, y menos en los argumentos con que quiere demostrarse.

Esta tacha no tiene demostración.

III

Causal primera

Dice el artículo 68 del Código de Justicia Penal Militar:

"Cuando se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no exceda de dos, podrá el juez suspender la ejecución de la sentencia por un período igual al de la pena, si concurrieren las siguientes circunstancias:

"a) Que sobre el procesado no haya recaído condenación por delito;

"b) Que su conducta anterior haya sido siempre buena;

"c) Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, den al juez la convicción de que la persona que va a gozar de este beneficio no es peligrosa para la sociedad y que no volverá a delinquir;

"d) Que no se trate de delitos contra la existencia y la seguridad del Estado, contra la disciplina, contra el servicio, contra el honor militar, contra los bienes del Estado, contra la seguridad de las Fuerzas Armadas o de la inutilización voluntaria".

Se da en este precepto una facultad al juez, quien para ponerla en ejecución, a más de que cuente con las exigencias de que se ocupan los literales a), b) y d), debe llegar a la convicción de que la persona que va a gozar de este subrogado penal no es peligrosa para la sociedad, según "la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso, la personalidad del procesado y los motivos determinantes", cuestión de orden subjetivo en la que no puede el juzgador intervenir para desconocerla. Y esto, porque se trata, como dice el precepto, de una convicción a que llegue el juez.

Y recuérdese que al expresarse en el artículo transcrito que "podrá el juez...", se precisa una facultad suya, no una solución necesaria. Es el juez quien resuelve, según esa convicción de que el beneficiado no es peligroso para la sociedad, si concede o no la condena condicional. Y respecto de esa labor subjetiva del juzgador; de esa convicción en pro o en contra racionalmente formada, no puede señalarse yerro manifiesto, para que pueda hacerse el cargo que pro-

pone el demandante: de violación indirecta de la ley sustancial, por error manifiesto en la apreciación de las pruebas.

En la sentencia acusada, se dice:

"Significa lo expuesto que de conformidad con el contenido de los autos, no solamente debería pensarse en negar el nombrado subrogado penal cuestionado, tal como se hará, sino inclusive si sería el caso de aumentar la pena principal impuesta aplicando en toda su amplitud el artículo 36 del Código Penal, esto es, tomando en cuenta la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad de los agentes. Mas teniendo en cuenta esencialmente la ausencia de antecedentes penales de los procesados, se mantendrá la pena mínima dosificada en primera instancia y en cambio se negará la condena condicional".

En sentencia de casación de 15 de junio de 1972, expresa la Corte:

Esa convicción a que se refiere el artículo 80 del Código Penal, al igual que lo hace el artículo 68 del Código de Justicia Penal Militar, "es, como resulta obvio, de orden subjetivo del juzgador en las instancias. Y si en la parte resolutiva de la sentencia impugnada se resolvió negar la procedencia del citado subrogado penal, ello indica que el Tribunal Superior de Bogotá no lo encontró pertinente".

Esta tacha que hace el actor a través de la causal primera de casación no resulta acreditada.

Como se dijo, no prosperan los motivos de casación propuestos por el demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

NULIDAD

En los juicios en que interviene el jurado, no es dable la impugnación por violación indirecta de la ley sustancial, por yerro manifiesto en la estimación de las pruebas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio quince de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de diecinueve de julio último, por la cual se impone al procesado Jorge Eliécer Riaño Rada la pena principal de diecinueve años de presidio, como responsable de doble homicidio agravado cometido en las personas de Gustavo Rodríguez y Luz Dary Ramírez.

Conoció en primera instancia el Juzgado Superior de Chaparral.

Hechos y trámite del proceso

El Procurador 2º Delegado en lo Penal señala al respecto lo siguiente:

"En las horas de la noche del 30 de junio de 1971 Jorge Eliécer Riaño causó la muerte a Gustavo Rodríguez y a la menor Luz Dary Ramírez, por heridas de arma de fuego, conforme a hechos ocurridos en la casa marcada con el número 2-04 de la carrera 13 del municipio de Chaparral.

"El acusado de este ilícito solamente fue capturado en abril de 1972, se le recibió indagatoria y se le dictó auto de detención.

"El Juzgado Superior de Chaparral en providencia de 20 de septiembre de 1972, llamó a juicio al acusado por los homicidios agravados cometidos en las personas de Gustavo Rodríguez y Luz Dary Ramírez, auto que quedó ejecutoriado por no haberse interpuesto recurso alguno en oportunidad. El mismo despacho judicial acumuló a esa causa la que se seguía contra Riaño Rada por homicidio imperfecto y robo en la persona y bienes de Leovigildo Narváez.

"Al jurado de conciencia se le propusieron cuatro cuestionarios y contestó afirmativamente los relativos a la muerte violenta de Gustavo Rodríguez y Luz Dary Ramírez, y negativamente los demás.

"Los juzgadores de instancia aceptaron las respuestas del jurado y condenaron a Riaño Rada, como ya se dijo, a la pena principal de diecinueve años de presidio".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

El demandante impugna el fallo del Tribunal Superior de Ibagué a través de las causales cuarta y primera de casación, así:

a) Causal cuarta

"Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"

Dice el actor que se incurrió en nulidad constitucional (violación del artículo 26 de la Carta) por haberse conculcado el derecho de defensa de Riaño Rada, pues no se amplió su indagatoria, no obstante que en memorial dirigido al juez de primera instancia da cuenta de hechos relacionados con presunta enemistad del acusado con la testigo de cargo Rosa Emilia Gutiérrez, lo cual habría podido cambiar la situación de

aquél en cuanto a la responsabilidad que le dedujo el jurado.

Esa supuesta enemistad tuvo su origen, según el actor, en que la nombrada Rosa Emilia Gutiérrez rechazó con ira el pago de sólo veinte pesos que le hizo Riaño Rada luego de haberla tratado sexualmente, rechazo que acompañó de graves insultos contra el recurrente.

Explica que "ese hecho de trascendencia para la 'meretriz', ha podido ser la causa de la acusación que formuló y sostuvo contra el procesado, si se hubiera investigado, como era el deber del funcionario, partiendo de la recepción de la ampliación de la indagatoria comentada. Con ello se ve que se violó claramente el derecho de defensa en forma flagrante. De haberse consignado tales hechos nuevos, en la forma legal, ampliando la indagatoria, la orientación del proceso hubiera tomado otro rumbo y hubiera incidido profundamente en la calificación del sumario y muy especialmente en la sentencia impugnada. Y lógicamente en la situación jurídica de Jorge Riaño".

Agrega el demandante que "no podrá argumentarse que el sindicado no solicitó expresamente ampliación de indagatoria, para negarle tal derecho. El preso ignorante pensó que con ello, con el memorial, podía agregar hechos nuevos e incluso modificar unos que había manifestado en la primera diligencia de indagatoria, como es el caso al afirmar, mediante el memorial, que conocía a Aura Ramírez, cuando en la primera oportunidad lo había negado".

b) Causal primera

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial"

Anota el actor que "si la violación de la ley sustancial...", como expresa el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal... "proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca manifiesto en los autos".

Y como cargos, señala que fue equivocadamente estimado el testimonio de Aura Ramírez Patiño, y la prueba indiciaria de la cual se dedujo la presencia del acusado en el lugar de los hechos, observa, no tiene ese alcance señalador.

El Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de un examen de las tachas que hace el demandante a la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, pide que no se case el fallo, pues no prospera ninguna de las causales invocadas.

Al concepto del Ministerio Público habrá de referirse la Corte en seguida.

Considera la Corte

No se ha incurrido en nulidad constitucional, por infracción al derecho de defensa; ni es dable replantear el debate probatorio en los juicios en que interviene el jurado, en lo que atañe a la responsabilidad del acusado.

Las causales de casación propuestas, como señala el Ministerio Público, no prosperan.

En efecto:

I

Causal cuarta

Al recurrente Jorge Eliécer Riaño Rada no se le conculcó, en forma alguna, el ejercicio del derecho de defensa. Es cierto que el acusado, en memorial de 14 de junio de 1972 (fl. 108) alude a circunstancias que, en concepto del demandante, tienen relación con los hechos averiguados. Pero, como indica el Procurador 2º Delegado en lo Penal, tanto aquél, como su apoderado, perdieron "la oportunidad de insistir en..." la ampliación de indagatoria... "con ocasión de la etapa probatoria del juicio (fl. 190), y una vez más con motivo de la audiencia pública (Art. 502 del Código de Procedimiento Penal)".

En el proceso se dio cumplimiento al precepto que trae el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, sobre recepción de indagatoria. Y si bien el procesado tiene derecho a ampliarla cuantas veces lo estime conveniente (Art. 395 del mismo Código), es lo cierto que no presentó él, ni su representante judicial, solicitud al respecto. Por tanto, no se incurrió en denegación de ese derecho del sindicado,

De otra parte, como observa el Ministerio Público, "los hechos relatados por Riaño en dicho escrito fueron revelados tanto por la señora Rosa Emilia Gutiérrez viuda de Serrano, como por Carlota Martínez viuda de Serrano, en careos que sostuvieron con el condenado, diligencias que aparecen a los folios 93 y 97...". Y, en cuanto la pretendida coartada expuesta por el recurrente, según la cual, como precisa el Procurador 2º Delegado en lo Penal, Riaño Rada dice "encontrarse en Bogotá el 30 de junio de 1971 y no en Chaparral", para acreditarla "solicitó la declaración de varias personas residentes en Bogotá, pero las vagas informaciones que suministró impidieron practicarlas (fls. 110, 114, 118 y 119 y ss.)".

Es suficiente lo anotado para concluir, como se dijo ya, que no se incurrió en nulidad supralegal alguna y, por tanto, no prospera la causal cuarta de casación alegada.

III

Causal primera

Ha sido constante la doctrina de la Corte, desde la sentencia de 3 de noviembre de 1944, de que en los juicios en que interviene el jurado no es dable la impugnación de la sentencia mediante el recurso de casación por violación indirecta de la ley sustancial, por yerro manifiesto en la estimación de las pruebas.

La libertad de los jueces de hecho apenas está subordinada a su íntima convicción Y solamente cuando el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, puede así declararlo el juez de derecho, pero únicamente en las instancias. Esa declaración de contraevidencia es ajena al recurso de casación.

Como ya se expresó, no prospera este motivo de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

La jurisprudencia ha insistido en que toda demanda de casación que impugne el fallo por errores de hecho o de derecho, no sólo debe citar las normas sustanciales que se estimen violadas sino que debe precisar las razones de la transgresión, como claramente lo indica el inciso 2º del numeral 1º del artículo 581 del Código de Procedimiento Penal.

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

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Con fecha 16 de julio de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a Hugo Humberto Alvarez Vizcaíno y a otros a la pena principal de dos años cuatro meses de prisión, y a las accesorias correspondientes, por el delito de robo. Contra el fallo, el defensor de oficio de Alvarez Vizcaíno, quien fue juzgado en ausencia, interpuso el recurso de casación que se ha tramitado debidamente en la Corte, y que, en consecuencia, debe ser resuelto.

También recurrió el Fiscal Segundo del Tribunal, pero el Procurador Segundo Delegado en lo Penal no hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 571 del Código de Procedimiento, y así lo hizo saber a la Sala en comunicación del 8 de mayo del año en curso.

Las dos demandas fueron declaradas en acuerdo con los requisitos formales, en auto del 14 de marzo de este año.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se refiere a la demanda del defensor de Alvarez Vizcaíno y, después de amplio examen de la misma, pide que no se invalide la sentencia condenatoria, con razones que se extractarán en su lugar.

Los hechos procesales

Dio origen a la investigación y al proceso la desaparición de gran cantidad de piezas destinadas al ensamble y reparación de vehículos automotores, que Leonidas Lara e Hijos habían importado con destino al mercado nacional. El cargamento, avaluado en doscientos cincuenta mil pesos, llegó al puerto de Buenaventura, de cuyas bodegas salió con los debidos documentos para su transporte a Bogotá, en varios camiones piloteados por distintos conductores, entre los cuales figuraba el procesado Hugo Humberto Alvarez Vizcaíno.

Cuatro de los camiones salieron de Buenaventura el 11 de junio de 1968 y sus conductores entregaron la mercancía en Bogotá cuatro días después, pero al practicarse la diligencia de nacionalización en esta ciudad, se encontró que muchas de las cajas habían sido abiertas y saqueadas, volviéndolas a cerrar con el empleo de clavos nacionales. Como Lara e Hijos son los exclusivos importadores de tales elementos, no fue difícil encontrarlos, como en efecto ocurrió el domingo 8 de septiembre de 1968, cuando fueron sorprendidos Gustavo Jiménez Ramírez, Mario Jiménez Ramírez y Rafael Román Rodríguez, entre otros, en un vehículo con una gran cantidad de repuestos.

El Juzgado Octavo Penal del Circuito sobreseyó en favor de todos los comprometidos, pero el Tribunal revocó esta decisión y llamó a juicio a nueve de ellos por el delito de robo, sin agravación, y a otros tres por el encubrimiento. Durante el plenario

no se modificó la situación de ninguno y fue así como se dictó el fallo que es materia del presente recurso, en lo que concierne a Alvarez Vizcaíno.

La demanda del Fiscal

El Fiscal Segundo del Tribunal formula al fallo lo que denomina "cargos sustanciales" y "cargos adjetivos". Los primeros son enunciados así: el delito cometido no fue un simple robo sino agravado conforme el artículo 404 del Código Penal, pues se cometió "por más de tres personas, asociadas permanentemente, y además, en sitio despoblado"; Gustavo Jiménez Ramírez "ha debido ser llamado a juicio como copartícipe del ilícito de robo agravado y no como encubridor"; Orisnel Urrego incurrió también en falsedad documentaria; la pena uniforme de dos años cuatro meses de prisión no es la indicada porque hay diferencias entre las personalidades de los procesados, los motivos determinantes y las circunstancias materiales del delito; la aplicación del artículo 402 no es correcta porque no se tuvieron en cuenta las modalidades del artículo 398 ni las del 399, ni las del 32; tampoco los encubridores fueron sancionados idóneamente, pues no se consultaron sus condiciones de peligrosidad; el fallo se dictó sobre un proceso nulo, por incompetencia de jurisdicción. Y, además, discrepa del auto de proceder, pues Gustavo Jiménez Ramírez fue enjuiciado por dos modalidades diversas de encubrimiento y sólo fue condenado por una.

En cuanto a los cargos llamados adjetivos, el demandante acusa la sentencia porque "el Tribunal se abstuvo de ordenar la investigación, que ahincadamente pedía el Ministerio Público, en relación con la asociación para delinquir"; y, no se sacaron copias de la actuación para "seguir precisando responsabilidades" respecto de algunos sujetos que fueron sobreseídos.

Sobre estas bases, el libelista acusa el fallo apoyándose en las causales primera, segunda y cuarta de casación, que trata de sustentar en el orden indicado.

En relación con la causal primera:

a) "El Tribunal apreció erróneamente los hechos, al no tomarlos en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso y ser indicativos de la existencia del cuerpo del delito de robo agravado. Ese error de hecho lo llevó a no enjuiciar a los procesados por el verdadero delito perpetrado. En consecuencia, quebrantó los artículos 210, numeral 5º, 216, 217, 481 y 483, numeral 3º, inciso único, del Código de Procedimiento Penal, y 404 del Código Penal, y que corresponden a los semejantes en el Código procesal vigente, en el momento de tomarse las decisiones respectivas";

b) Gustavo Jiménez Ramírez fue condenado como encubridor, a pesar de que su actuación fue la de copartícipe de robo, con lo que "no sólo apreció erróneamente los hechos, sino que dejó de apreciar hechos plenamente probados en el proceso... El error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal lo obligó a enjuiciar y a condenar a este procesado por delito diverso del realmente agotado, violando los artículos 210, numeral 5º, 215, 216, 217, 229, 236, 261, 264, 481 del Código de Procedimiento Penal, o los pertinentes del Código de Procedimiento Penal anterior, con sus reformas, y el artículo 233 del Código Penal";

c) "El Tribunal interpretó erróneamente los hechos, y violó ostensiblemente la ley penal, cuando enjuició y condenó en este proceso a Orisnel Urrego, habida cuenta sólo el delito de robo, cuando estaba establecido, plenamente, que este indagado al actuar dentro del iter criminis, para realizar sus propósitos ilícitos, había incidido, además del robo agravado, en el delito de falsedad documental", con lo que violó los artículos 34, 39 y 210 del estatuto procesal;

d) "Pero además, ya sin examinar estos aspectos subjetivos, y entrando a los aspectos referentes a la aplicación de las normas penales que sancionan los delitos, y aceptando, en hipótesis, como correcta toda la actuación, y sin tacha de error alguno, la sentencia, es obvio que a los autores del delito de robo común por el cual fueron enjuiciados, había que sancionarlos con aplicación del artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, con prisión de uno a ocho años, pero que era menester aumentar esa pena al tenor de los artículos 398, 399 y 32.

"Partiendo de un año para los menos peligrosos, en el supuesto de circunstancias de menor peligrosidad, y ninguna de mayor peligrosidad, no integran todos estos agra-

vantes la pena arbitraria, por lo mismo, fijada por el Tribunal, dos años cuatro meses".

Citando el numeral 1º del artículo 580 dice el recurrente que "hubo infracción directa de la ley sustantiva", que sustenta así:

"El cargo consiste entonces en que la sentencia impugnada violó en forma directa los artículos 404, 233, 19, 20, 33, 36, 37, 38 del Código Penal y 34, 39, 210 numeral 5º, 215, 216, 217, 481 y 483 del Código procesal vigente que sustituyen los semejantes del Código procesal vigente cuando se produjeron los actos jurídicos que demandó".

Avanza la demanda con este planteamiento de la causal cuarta de casación:

"El Tribunal Superior no vio, ni apreció, ni consideró siquiera las modalidades del delito agravado de robo, ni las del delito de falsedad, ni la coparticipación punible de Gustavo Jiménez en el ilícito de robo agravado, ni la incompetencia de jurisdicción del juez que actuó en la primera instancia, y que enjuició a los procesados, y asimismo, posteriormente, los condenó. Es obvio, entonces, que en el proceso se presentaban causales evidentes de nulidad, no sólo por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, sino por incompetencia de jurisdicción".

Finalmente, con respecto a la causal segunda, reitera los mismos cargos ya sintetizados, es decir, que a Gustavo Jiménez y a los demás procesados se les aplicó una sanción en desacuerdo con el auto de vocación a juicio.

Demanda del defensor

El defensor de Alvarez Vizcaíno "invoca la causal primera de casación, inciso 2º, consagrada por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues el fallo contiene erróneas apreciaciones de los hechos fundamentales que hacen referencia a la responsabilidad de Hugo Humberto Alvarez Vizcaíno, lo que llevó a errores de hecho y de derecho al aplicar la ley sustancial y procesal".

Dice, buscando demostrar su aserto:

1. Fue erróneamente apreciado el informe del agente número 10 del F-2, pues de él no se infiere que Hugo Humberto Alvarez Vizcaíno se apropiara la carga recibida para entregar en Bogotá. Tampoco fue correctamente interpretado el informe del agente en lo que concierne a las planillas de la empresa transportadora, por lo que, "aunque exista un tipo penal de robo, hay ausencia de la prueba de la imputabilidad" contra el procesado, mejor dicho, no existe la demostración que exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

2. "La sentencia no tiene en cuenta prueba documental básica de descargo, ni la declaración de Alfonso Moreno, en donde se demuestra plenamente la ausencia de responsabilidad del incriminado". Esta prueba omitida es la "fotocopia auténtica de la planilla número BV-3445 de Rápido Antioquia que obra al folio 545 y 46 del cuaderno principal y primero, así como la certificación del jefe de reclamos de Transportes Duque". Cita el artículo 263 del Código de Procedimiento Penal y sugiere que tales planillas no fueron autenticadas.

3. El fallo no tuvo en cuenta la declaración de Alfonso Moreno Torres, quien corrobora el certificado de la empresa Transportes Duque sobre pago de transporte, lo que acredita que si este pago se hizo, la mercancía fue entregada por Alvarez Vizcaíno en Bogotá. En estas condiciones, el Tribunal violó los artículos 216, 217, 230 y 236 del Código de Procedimiento Penal.

4. "Falta de apreciación de las inspecciones judiciales en las que se constata que en las planillas de Transportes Duque no existe ninguna anotación sobre faltantes o sustracción de mercancías". Se refiere la demanda extensamente a este punto para concluir que Alvarez Vizcaíno sí entregó en Bogotá y en forma exacta, la carga que recibió en Buenaventura.

Concluye diciendo que "no se ha establecido con prueba legal el delito de robo conforme a su descripción legal enmarcada dentro del artículo 402 del Código Penal en concordancia con el artículo 37 en su numeral 9º del mismo Código y la correspondiente al artículo 399 de esa misma obra, y en tal circunstancia no existe la plena prueba de la responsabilidad exigida por la ley para condenar y por tal razón la sentencia debe ser casada, para en su lugar ab-

solver de los cargos hechos en el auto de proceder al señor Hugo Humberto Alvarez Vizcaíno".

Concepto del Agente del Ministerio Público

Puntualiza el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que los tres cargos formulados a la sentencia por el defensor de Alvarez Vizcaíno, mantienen íntima relación y están orientados a una sola finalidad: el cargamento conducido por el acusado fue entregado sin faltantes en Bogotá. Para este efecto, "el actor se apoya en los informes de los agentes secretos que intervinieron en la investigación, en las planillas de transporte y entrega de la mercancía y en el reconocimiento de estos documentos efectuado en diligencia de inspección judicial".

Aunque el Agente del Ministerio Público comenta cada uno de estos tres cargos, para concluir que no son válidos, observa previamente "que la impugnación no se ajusta a la técnica propia del recurso extraordinario de casación, pues, de una parte, la infracción de la norma de derecho sustancial no se demuestra con toda claridad y, de otra parte, respecto de la infracción de la norma medio, no se expone con toda exactitud si se trata de error de derecho o de error de hecho manifiesto en los autos y por qué razones jurídicas se incurrió en uno u otro".

Independientemente de lo anterior, no es exacto, a juicio del Procurador, que la sentencia se funde sólo en el informe de los agentes secretos, que tiene respaldo en los autos, sino en otras demostraciones de gran poder convincente. El demandante ignora estas pruebas.

Con relación al segundo cargo observa: "Una acusación completa al fallo condenatorio exige desvirtuar los otros hechos que se tuvieron en cuenta, señalados en el párrafo anterior. Más claro: que la mercancía decomisada a los hermanos Jiménez Ramírez no correspondía a la transportada por Alvarez Vizcaíno y demás conductores y, más concretamente, en cuanto al recurrente en casación, que la mercancía a su cargo no sufrió mermas. Por el contrario, el informativo enseña que las cajas 170479 y 170480 transportadas por Hugo Humberto Alvarez fueron saqueadas. En síntesis, este segundo cargo tampoco puede prosperar en opinión de este despacho porque se refiere al mismo hecho propuesto en el primer motivo de impugnación, adolece de serias fallas en materia de técnica de casación y porque el actor ignoró pruebas en que se fundó la sentencia condenatoria".

Y respecto al tercer motivo (que persigue el mismo fin de los dos anteriores), es decir, el que se refiere a las inspecciones judiciales que verificaron la existencia y contenido de las planillas de transporte y los comprobantes de entrega, el Procurador sugiere su innocuidad porque persigue lo mismo que los otros, y concluye: "El hecho en que se apoyan los tres cargos es común a todos los conductores y si fuera cierto se llegaría al absurdo de sostener que no hubo faltantes en el cargamento de la firma Leonidas Lara e Hijos, a que se refiere este informativo. La realidad procesal enseña lo contrario: sí hubo faltantes de repuestos" y éstos fueron encontrados en Cali. El cargo no puede prosperar "porque no se ocupa de los demás elementos de convicción que tuvo en cuenta el juzgador de segundo grado sino solamente de uno que, precisamente, aparece desvirtuado por las pruebas ignoradas en el libelo".

Finaliza el Procurador con esta anotación: "La demanda de casación adolece de serias fallas en la técnica propia de este recurso: no aparecen claros los conceptos de error de derecho y de error de hecho manifiesto en los autos; la infracción de la norma fin no está demostrada, esto es, si fue por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea; los tres cargos se reducen a uno, porque se refieren a un solo resultado; y, la acusación es incompleta porque no examinó todas las pruebas en que se apoyó la sentencia de segundo grado".

Pide que no se case el fallo impugnado.

Considera la Corte en relación con la demanda del Fiscal

Primero

La jurisprudencia ha insistido en que toda demanda de casación que impugne el fallo por errores de hecho o de derecho, no sólo debe citar las normas sustanciales que se estimen violadas sino que debe precisar las razones de la transgresión, como claramente indica el inciso 2º del numeral 1º del artículo 581 del Código de Procedimiento Penal. Es pertinente lo expuesto en casaciones del 19 de junio de 1970, 5 de febrero de 1971 y 26 de junio de 1974, entre otras, sobre este punto:

"Tratándose de violación directa de la ley sustancial, deben precisarse las normas ordenadoras de los medios de prueba que se reputen infringidas, alegando el concepto de la violación y demostrando cómo el error determinó el quebranto de la ley sustancial, que no se había aplicado como se aplicó, de no haber mediado el error. Si el error de derecho tiene como causa una equivocada apreciación de la prueba, porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna o le desconoció el que ésta le otorga, es preciso señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdeñar".

Segundo

El actor menciona el artículo 404 del Código Penal como norma que debió aplicarse al caso, en lugar del artículo 402, que fue el aplicado, pues, a su entender, el delito cometido fue el de robo con circunstancias de agravación y no el de simple apoderamiento de las mercancías. Y, para concluir de esta manera, cita varias disposiciones procesales, pero sin precisar en forma alguna cómo fueron violadas estas disposiciones y cuál la resonancia de la transgresión para conformar el error manifiesto que exige la ley a fin de poder invalidar un fallo. Lo expuesto sería suficiente para rechazar los tres cargos fundados en la causal primera, si no existieran otros motivos que hacen improcedente la acusación, así: el recurrente observa que el fallo interpretó y apreció indebidamente los hechos, debido a "que no los tomó en cuenta", posición contradictória porque si los apreció erróneamente fue precisamente porque los tuvo en cuenta; no discierne qué clase de errores fueron los cometidos, si de hecho o de derecho, lo cual inhibe a la Corte para estudiarlos, no habiéndolos precisado el libelo; en el fondo confunde el ataque a la aplicación del artículo 402 del Código Penal, incorrectamente sustentado, con la violación indirecta por yerros en la apreciación de las normas procesales; y, lo que es peor, ataca tanto el auto de proceder como el fallo, en forma simultánea, cosa evidentemente contraria al recurso de casación, exclusivamente dirigida contra las sentencias de segundo grado y no contra otra clase de decisiones judiciales. De todo lo cual se deduce que es imposible entrar al examen de la prueba, tal como lo plantea el recurrente en alegato que se limita a contraponer algunas apreciaciones personales a la valoración que hizo de la prueba el Tribunal de Cali.

Tercero

La misma observación cabe sobre la parte de la demanda en que el actor dice acusar el fallo por infracción directa de la ley, ya que, como aparece de las transcripciones hechas antes, confunde la violación directa con la indirecta, todo sin demostrar en forma alguna los derroteros equivocados que siguió el juzgador para dejar de aplicar la norma pertinente y, en lugar de ésta, reconocer la existencia de la que no lo era.

Cuarto

La Sala, aclarando que no estudió en primer término la objeción fundada en la causal cuarta porque desde un principio advirtió su inconsistencia, declara que debe rechazarse dicha objeción porque no es más que una repetición de los cargos hechos anteriormente, fundados en que se aplicó el artículo 402 del Código Penal y no el 404. Además, la demanda no puntualiza en nin-

guna forma las razones de nulidad, limitándose a afirmar que debió dictarse auto de proceder por el delito de falsedad, lo cual haría cambiar la competencia para conocer del asunto. No prospera este cargo apenas enunciado.

Quinto

Finalmente, respecto de la causal segunda, tampoco procede su estudio porque aparece apenas enunciada, sin intento de demostración.

Considera la Corte en relación con la demanda de apoderado del procesado

Primero

El actor dice que el fallo recurrido contiene "errores de hecho y de derecho al aplicar la ley penal sustancial y procesal", lo cual entraña ya una falla grave, que desquicia cualquier argumentación posterior, pues no indica cuáles son los errores de derecho y cuáles los de hecho. En numerosos fallos ha expuesto la Corte que los dos errores no pueden predicarse simultáneamente respecto de determinada prueba porque, aunque tienen de común el campo en que se originan y el efecto violatorio de la norma, se diferencian en su naturaleza. De manera que no procede el estudio de los cargos hechos al amparo de la causal primera, máxime cuando el actor extiende la tacha a muy variados medios probatorios.

Segundo

Lo mismo que ocurre con la demanda antes examinada, presentada por el Fiscal del Tribunal, el apoderado del procesado menciona normas procesales que estima violadas, pero sin determinar el alcance de la violación y el resultado final de ésta, o sea, la indebida aplicación del artículo 402 del Código Penal. Y no habiéndolo hecho, la Corte carece de referencias adecuadas para examinar el cargo.

Tercero

Finalmente, el actor no hace más que impugnar la apreciación hecha por el Tribunal, oponiendo su criterio al del juzgador, de donde es imposible que surja el error protuberante que determinó el fallo condenatorio.

El recurso será desechado.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cali y por el defensor del procesado Hugo Humberto Alvarez Vizcaíno, contra la sentencia de dicho Tribunal, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONSULTA

Providencias susceptibles de consulta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio veintiséis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

En providencia de fecha 30 de marzo del año en curso el Tribunal Superior de Medellín sobreseyó definitivamente en favor del doctor Luis Eduardo Gallego Henao quien fuera denunciado por conductas que se dijo tuvieron ocurrencia entre los meses de mayo a julio de 1971 cuando desempeñaba el cargo de Fiscal del Juzgado Superior de Yarumal.

De dicho proveído apeló el sindicado manifestando que su descontento con el auto recurrido residía en que no se había ordenado la compulsa de copias para averiguar el posible ilícito de falsas imputaciones ante las autoridades que él considera cometido por el denunciante.

Ya esta Sala había intervenido en este asunto cuando en providencia de 8 de mayo de 1972 revocó la del Tribunal fechada a 14 de febrero del mismo año y por la cual se abstenía de abrir investigación en el presente caso.

La Corte consideró, en la aludida providencia, que había dudas sobre la conducta del Fiscal denunciado las cuales era mejor despejar por medio de la correspondiente investigación.

Hechos y actuación procesal

La denuncia que dio comienzo al presente proceso fue presentada por el abogado Tarsicio Roldán Palacio ante el Tribunal ya citado y en ella le hace al entonces Fiscal del Juzgado Superior de Yarumal, doctor Luis Eduardo Gallego Henao los cargos que se resumen a continuación:

a) Haber demorado por dos ocasiones, el proceso que por el delito de homicidio se le seguía a Julio Arboleda Lopera la primera desde el 10 de mayo al 7 de junio de 1971 y la segunda desde el 7 de julio hasta el 28 del mismo mes, también en 1971 no obstante haber sido requerido, en ambas, para que lo devolviera, a lo cual se añade, dice el denunciante, que durante ese tiempo y en una de sus frecuentes borracheras el Fiscal denunciado manifestó que haría condenar a Arboleda Lopera y al día siguiente pondría a Fidel Castro un telegrama dándole el parte de victoria por haber llevado un rico más a la cárcel;

b) Haberse dado a la tarea de aconsejar a los jurados sorteados para intervenir en la causa referida que se declararan impedidos;

c) Haber aconsejado al apoderado de la parte civil que pidiera el cambio de radicación de dicho proceso conceptuado en sentido favorable a dicho cambio, afirmando que en Yarumal no había jueces imparciales para juzgar a Arboleda Lopera. Agrega el denunciante que el susodicho apoderado solicitó la medida en cuestión y para ello alegó la misma razón expuesta por el Fiscal acusado y además la de que el defensor, o sea el denunciante, andaba por la calle conversando con los jurados para pedirles que absolvieran a su defendido.

Abierta la investigación se recibieron varias declaraciones que pueden resumirse de la siguiente forma:

José Bernardo Palacio Posada (fl. 68) citador que fuera del juzgado aludido, mani-

festó que los jurados le expresaron cómo el doctor Gallego les había dicho que debían declararse impedidos para actuar en la audiencia contra Arboleda Lopera porque, siendo éste un asesino, en Yarumal lo iban a absolver.

Entre los jurados que le hicieran esa manifestación cita a Alfonso Arroyave, a Carlos Madrigal y a Manuel Salvador Arroyave A.

Interrogado bajo juramento el primero de ellos o sea Arroyave expresó (fl. 68) no ser cierto que el doctor Gallego le dijera lo que menciona el anterior declarante y agrega que el motivo por el cual se declaró impedido para actuar en la causa premencionada fue la amistad que lo ligaba tanto al procesado como a los ofendidos. Al doctor Gallego se limitó a comentarle los motivos de su impedimento, habiéndole éste respondido que tenía razón.

Carlos Emilio Madrigal Londoño, en su declaración (fl. 69 vto.) expresa igualmente no ser cierto que el doctor Gallego le hubiera dicho que en Yarumal no podía juzgarse a Arboleda porque lo absolvían y que era necesario cambiar de radicación el proceso.

Explica que él se declaró impedido por considerarse, a causa de una dolencia, incapacitado para intervenir en ese proceso.

Por su parte Manuel Arroyave expresa también que el motivo por el cual se declaró impedido para servir de jurado en la causa contra Arboleda fue la amistad que tenía con éste y que no fue cierto que hablara sobre el particular con el doctor Gallego.

Alberto Vélez Betancourt, secretario que fue del juzgado que se ha venido citando y quien confiesa odiar al sindicado, manifiesta, no obstante, no haberse dado cuenta de que éste aconsejara a los jurados en el sentido ya expresado. Afirma, empero, que la demora en la celebración de la audiencia en dicho proceso se debió única y exclusivamente a la intervención del doctor Gallego e insinúa que lo hizo por animadversión hacia el procesado a causa de ser éste un hombre de dinero.

El Juez Séptimo Superior de Medellín, al que correspondió el proceso contra Arboleda Lopera, certificó, a solicitud del Tribunal sobre las constancias que aparecían en el expediente acerca de los traslados que del mismo se habían hecho al sindicado cuando desempeñaba el cargo de Fiscal del Juzgado de Yarumal.

Según esa certificación, a éste se le notificó el 22 de abril de 1971 del auto por el cual se abrió el juicio a prueba. Luego el 10 de mayo del mismo año se le notificó la providencia que decretaba algunas pruebas pedidas por el defensor. Y según constancia de la secretaría del juzgado desde ese día quedó el proceso en poder del Fiscal sin que el 7 de junio del mismo año lo hubiera todavía devuelto.

El día últimamente mencionado se dictó un auto por el cual se ordenó requerir al Fiscal para que devolviera el expediente pero no aparece en qué fecha se efectuó esa devolución.

El 9 de septiembre se dio traslado a las partes de un dictamen pericial. El Fiscal se notificó de esta providencia el 24 de dicho mes.

En síntesis, no existen constancias de las fechas en que el Fiscal acusado hubiera devuelto el expediente referido.

Interrogado sin juramento el doctor Gallego Henao expresó, respecto a las excusas presentadas por los jurados para actuar en la causa tantas veces citada, que los que fueron sorteados se iban excusando y que muchos de ellos le trataron el caso por lo cual él les dijo que debían plantearlo ante el juez que era quien tenía que resolver sus pedimentos.

Sobre las demoras en devolver el expediente dice que debido al cúmulo de negocios que cursan en todos los despachos judiciales y en los del Ministerio Público, no es posible cumplir el rigor de los términos legales y que eso debió suceder en el negocio contra Arboleda, siendo este el único motivo de tal situación. Agrega que como quiera que las decisiones sobre prueba debían ser estudiadas cuidadosamente también pudo ser esta la causa para que en el período probatorio se demorara el proceso mencionado.

Niega haber hecho insinuación a los jurados que se dejan atrás mencionados para que se declararan impedidos aunque reconoce que algunos, como Alfonso Arroyave, le consultaron sobre el particular.

Y, por último, en cuanto al cambio de radicación reitera que era conveniente esa medida debido a las influencias que el procesado Arboleda tenía en toda la región ya que se trataba de un hombre sumamente rico.

El Tribunal, en la providencia que se revisa expresa, respecto al cargo de abuso de autoridad por demoras del expediente que, dadas las explicaciones que el sindicado suministra y que corresponden a la verdad de la situación en el Juzgado Superior de Yarumal que, por lo extenso de su jurisdicción territorial es sumamente recargado, no puede afirmarse la existencia de un delito.

Asevera, además, que si algo criticable hubo en las actuaciones del doctor Gallego Henao en el sumario contra Arboleda radica en que provenían de "un severo concepto sobre el ejercicio del Ministerio Público" que no de animadversión contra dicho sindicado.

Esa misma razón, esto es, el recargo de trabajo en la Fiscalía y el concepto del Fiscal sobre la manera como debía desempeñar sus funciones, explica, a juicio del a quo, el retardo en devolver el expediente cuando se le corrió traslado para que pidiera pruebas.

Y luego, al examinar el cargo de haber influido en los jurados para que se declararan impedidos, el Tribunal hace suyos los conceptos de su Fiscal Sexta quien considera arriesgado afirmar que tales impedimentos se debieron a actuaciones del doctor Gallego Henao cuyo deseo permanente de que se administrara justicia con rectitud aparece, afirma la Fiscal, demostrado a lo largo del mencionado proceso, correspondiendo a esa actitud la decisión tomada por el Gobernador del departamento al cambiar la radicación del mismo.

En virtud de tales consideraciones, el Tribunal llega a la conclusión, ya expresada, de que no hubo nada delictuoso en las conductas del doctor Gallego Henao denunciadas como tales y por eso sobresee definitivamente en su favor.

De ese mismo concepto es, en el presente grado de jurisdicción, el Procurador Primero Delegado Penal quien luego de resumir las pruebas que obran en el expediente y de hacer minucioso análisis de ellas, concluye solicitando la confirmación del proveído en consulta.

Opina, asimismo, que se debe acceder a la solicitud del doctor Gallego Henao de que se ordene la expedición de copias para investigar el posible delito de falsas imputaciones ante las autoridades para que el funcionario competente decida lo que sea del caso.

Es de advertir que la Procuraduría estima que sólo la parte del auto que se refiere a la presunta conducta del sindicado respecto a los jurados y su intervención en el cambio de radicación del proceso, puede ser revisada por la vía de la consulta ya que estas conductas son referibles al artículo 179 del Código Penal que las conmina con sanción privativa de la libertad, no así la que hace referencia a los retardos en devolver el expediente pues esa sería subsumible en el artículo 171 del mismo ordenamiento que no impone tal sanción lo que hace que sea improcedente la consulta.

Consideraciones de la Corte

Comparte la Sala las apreciaciones de la Procuraduría en cuanto expresa no ser susceptible de consulta la providencia del a quo en la parte que dice relación a las presuntas demoras del sindicado en devolver al juzgado el proceso contra Arboleda Lopera ya que, en verdad, esas conductas, de ser delictuosas, serían subsumibles en el artículo 171 del Código Penal que señala una pena no privativa de la libertad lo que colocaría la decisión fuera de las previsiones del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal que enumera las providencias consultables.

También encuentra la Corte aceptable el concepto del Ministerio Público en el presente grado de jurisdicción sobre la consultabilidad de la parte de la providencia que se refiere a los comportamientos que el denunciante consideró lesivos del precepto contenido en el artículo 179 del Código Penal por cuanto esa norma sí commina con pena privativa de la libertad superior a un año, a quienes ejecutan las conductas allí tipificadas.

A este respecto se puede afirmar que carecen de asidero probatorio las afirmaciones del denunciante acerca de que el doc-

tor Gallego Henao hubiera aconsejado a los jurados sorteados para intervenir en la audiencia pública contra Arboleda Lopera que se declararan impedidos. Lo más que demostraron los autos fue que algunos de ellos consultaron sobre tal determinación con el sindicado quien se mostró de acuerdo con ella pero sin que aparezca, en forma alguna, que los determinó a tomarla.

Otro tanto puede afirmarse del cambio de radicación pues si bien el doctor Gallego Henao no ocultó en ningún momento su parecer de que debía adoptarse esa medida y aun llegó a conceptuar, bajo juramento, sobre ella, tal conducta no es punible ya que no implica delito expresar ese parecer y si pudo servir de base para que el Gobernador del departamento tomara dicha determinación no fue el sindicado quien la tomó, ni estaba en sus funciones hacerlo ni ella ha sido acusada como ilícita.

En consecuencia, no se cometió delito por parte del doctor Gallego Henao con los antedichos comportamientos.

En relación a la solicitud que hace de que se adicione la providencia consultada con la orden de expedir copias para que se investigue el posible delito de falsas imputaciones ante las autoridades que hubiere cometido el denunciante, la Sala considera que no es del caso acceder a lo pedido por cuanto si el recurrente opina que se ha incurrido en esa infracción penal bien puede, si le place, presentar la correspondiente denuncia sin que el silencio del a quo sobre el particular constituya obstáculo para que lo haga.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la providencia revisada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



NULIDAD.— VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la calificación jurídica de la infracción.

Violación directa de la ley, por falta de aplicación del artículo 384 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., julio veintiséis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de fecha 31 de octubre del año pasado por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó en todas sus partes la proferida el 9 de agosto de 1973 por el Juzgado Cuarto Superior del mismo Distrito Judicial y en la que se condenó a Manuel Antonio Ibarra Rincón (a. Toño) a la pena principal de ocho años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, por el delito de homicidio cometido, en la persona de Hernando Mora Arias, el 1º de junio de 1971 en la ciudad mencionada, interpuso en tiempo oportuno el procesado y le fue concedido, el recurso extraordinario de casación para sustentar el cual, una vez declarado admisible por esta Sala, constituyó apoderado especial que presentó, también oportunamente y ajustándose a las formalidades de ley, la correspondiente demanda de casación.

Agotados los trámites del recurso, se procede a decidirlo, previos los siguientes

Hechos y actuación procesal

En la fecha que se deja últimamente mencionada se encontraban en el bar "Fantasio" de Ibagué Manuel Antonio Ibarra Rincón y Hernando Mora Arias entre quienes se presentó una discusión que se fue agriando hasta el punto de que ambos salieron a la calle a reñir aunque de momento no lo hicieron gracias a la presencia de un carro patrulla de la Policía, pero alejado éste se dirigió Ibarra Rincón a las residencias "Ibagué" y de allí regresó al establecimiento ya mencionado en donde aún se encontraba Arias a quien provocó, trabándose ambos, una vez salidos a la calle, en lucha con arma blanca (peinilla el uno y cuchillo su adversario) que terminó en lesiones recíprocas, más graves las de Arias que murió esa misma noche cuando era atendido en el hospital "San Rafael" de la ciudad mencionada.

Con base en esos hechos se abrió la correspondiente investigación que, una vez cerrada, se calificó por el Juzgado Cuarto Superior de Ibagué mediante auto de fecha 29 de noviembre de 1971 en cuya parte motiva el juez desechó las situaciones de riña imprevista y de legítima defensa, alegadas por el apoderado del sindicado y llamó a éste a responder en juicio por el delito de homicidio voluntario en la modalidad contemplada por el artículo 362 del Código Penal.

De esta decisión apelaron tanto el defensor como el procesado y el Tribunal, por auto de 23 de febrero de 1972 confirmó, sin modificaciones, la providencia apelada, rebatiendo también, en la parte motiva, las alegaciones hechas por el apoderado respecto a la existencia de las dos situaciones que se acaban de mencionar.

Durante el plenario de la causa y por medio de auto fechado a 5 de abril de 1972,

se decretó, a pedido del defensor, la práctica de algunas pruebas como la de careo entre el procesado y uno de los testigos y la de pedir a los médicos legistas dictaminaran si las heridas encontradas en el cadáver de Mora Arias eran de carácter mortal o si el deceso se hubiera impedido con un oportuno tratamiento de las mismas.

Para la práctica de estas pruebas se comisionó al Juzgado Décimo de Instrucción Criminal quien ordenó enviar el expediente a los médicos legistas para el concepto referido el cual rindieron (fls. 245) diciendo que las heridas en referencia eran de carácter mortal por cuanto comprometían órganos vitales.

Ese dictamen fue puesto en conocimiento de las partes sin que se produjera, por lo que a éstas se refiere, objeción de ninguna especie.

Luego, sin reclamo de éstas, se dispuso por auto de 18 de mayo del año citado, el sorteo de jurados que se llevó a cabo el 26 de dicho mes.

Surtidos los traslados a los miembros del tribunal popular se llevó a cabo el 2 de noviembre de ese mismo año, la audiencia pública durante la cual se sometió a los jurados el cuestionario de rigor que fue contestado así: "Sí es responsable pero actuó en duelo con el occiso".

Este veredicto fue declarado por el juez contrario a la evidencia de los hechos en decisión de fecha 10 de noviembre del año premencionado.

El Tribunal, por la suya de 24 de enero de 1973 confirmó la susodicha providencia y fue así como se reunió, en audiencia pública, un nuevo jurado el 2 de agosto de 1973.

El cuestionario sometido a la consideración de los jueces populares en esta oportunidad fue del tenor siguiente:

"El acusado Manuel Antonio Ibarra Rincón (a. Toño) de condiciones personales y calidades civiles anotadas en el auto de proceder es responsable de haber causado la muerte con el propósito de matar, a Hernando Mora Arias, por medio de cinco heridas incisas, las tres primeras penetrantes de la cavidad abdominal y torácica, localizadas en el segundo espacio intercostal derecho con la línea medio clavicular; bajo de la región axilar derecha y en la región umbilical del abdomen, y las dos últimas cutáneas en la región escapular izquierda y en el brazo derecho, las cuales trajeron como consecuencia su fallecimiento por shock neuro circulatorio debido a anemia aguda, tal como lo describen los médicos legistas en su dictamen visible al folio 60 frente del expediente, según hechos que tuvieron ocurrencia en la carrera 4ª con calle 18 de Ibagué, perteneciente a este Círculo Judicial, en las horas de la mañana del primero de junio de mil novecientos setenta y uno?"

Contestaron, por unanimidad "sí es responsable".

Por considerar de imperiosa aceptación este veredicto, el juez lo desarrolló en sentencia de nueve de agosto del año pasado por medio de la cual impuso a Ibarra Rincón la pena principal mencionada al comienzo de la presente providencia.

De esta providencia apeló el procesado y el Tribunal, por la que es objeto del recurso de casación, la confirmó por considerar que el veredicto no merecía reparo alguno como tampoco la dosificación que de la pena había hecho el a quo.

Demanda de casación

Le hace a la sentencia recurrida dos cargos, el primero de ellos con carácter de principal y el segundo como subsidiario.

Primer cargo

Lo encuadra el demandante en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y para sustentarlo dice que el sentenciador incurrió en nulidad por error en la calificación jurídica de la infracción ya que, según el demandante, se trata en los autos no de un delito de homicidio, como lo consideró el juzgador, sino del que describe el artículo 391 del Código Penal, esto es, de un duelo sin padrinos, aseveración que basa en lo que manifestó el procesado al decir que el occiso lo había desafiado en repetidas ocasiones y que en la que contemplan los autos le dijo que fuera a "mancarse", habiendo luego iniciado el combate que suspendieron por la presencia de una radiopatrulla para continuarlo tan pronto ésta se hubo alejado, momento en que volvieron a discutir, insultarse y desa-

fiarse mutuamente, lo que, a juicio del recurrente, no deja duda acerca de que hubo acuerdo sobre el combate como medio de resolver las diferencias de los contrincantes, así como también respecto a las armas, elementos que, en su sentir, encajan dentro de la figura delictuosa que se deja mencionada en último término y no en la de homicidio.

Segundo cargo

Formulado, como ya se dijo, en subsidio del anterior, lo hace consistir el recurrente en que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por cuanto se dejó de aplicar el artículo 384 del Código Penal.

Lo sustenta diciendo que el procesado obró en riña imprevista como lo demuestran, a su juicio, tanto las manifestaciones de éste como otras declaraciones que obran en los autos y según las cuales considera que se puede tener como establecido que Ibarra Rincón trató de eludir el encuentro con el occiso de quien huyó en un primer momento pero por el cual fue alcanzado y agredido.

Este cargo lo plantea dentro de la causal primera de casación.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Primero Delegado Penal que se deseche el recurso por no estar demostrados los cargos que el demandante hizo a la sentencia recurrida.

Los conceptos del Ministerio Público pueden resumirse de la siguiente forma:

a) Al primer cargo responde la Procuraduría diciendo que las pruebas recogidas en el proceso evidencian que en el caso de autos el procesado, obrando con el propósito de matar, dio muerte a Mora Arias y que esa conducta se identifica, a plenitud, con los presupuestos esenciales del delito de homicidio, por lo cual debe concluirse que estuvo bien hecha la calificación de la actuación delictuosa y no se incurrió, por lo tanto, en la nulidad que alega el actor;

b) Respecto al segundo cargo, el Ministerio Público lo considera un dislate ya que como quiera que en el auto de proceder sólo se hace una calificación genérica de la actividad delictiva, fijándose en la parte motiva de dicha providencia, las circunstancias que califican el hecho, el jurado, en aquellos casos en que interviene, puede variar esa calificación para hacer menos gravosa la situación del procesado y aun para absolverlo.

Lo que significa, concluye, que si en el caso de autos no consagró en el veredicto la ocurrencia de la riña imprevista, es porque consideró que tal fenómeno no había tenido lugar y en ese caso no podía el juzgador de derecho tomarlo en cuenta para fijar la pena principal.

Consideraciones de la Corte

La Sala habrá de examinar los dos cargos propuestos contra la demanda, estudiándolos en el orden en que fueron presentados, por ser el que la lógica del recurso impone ya que primero ha de examinarse si se incurrió en nulidad, pues si así fuere, al anularse el proceso o parte de él, es posible que quede anulada la parte de éste en que se fundan los otros cargos.

Primer cargo

Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la calificación jurídica de la infracción.

La Sala considera que no hubo error alguno del juzgador al calificar los hechos como homicidio ya que, como lo hace notar el Ministerio Público, según aquéllos se causó, con intención de matar, la muerte de una persona, descripción comportamental que corresponde exactamente a la figura típica de que trata el artículo 362 del Código Penal, esto es, a un homicidio.

Con ello estuvo plenamente de acuerdo el jurado que afirmó, en su veredicto, la responsabilidad del procesado sin agregar ninguna calificación que permitiera dar a los hechos una denominación jurídica distinta de la que les diera el juzgador de derecho en el auto de proceder, lo que bien hubiera podido hacer si lo considerara del caso.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo

Violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 384 del Código Pe-

nal en cuanto el juzgador desconoció la modalidad de riña imprevista que el recurrente estima se presentó en los hechos sub judice.

Sobre este cargo es necesario decir, en primer término, que ha sido mal formulado.

En efecto, el demandante lo enuncia como una violación directa de la ley sustancial, esto es, lo enmarca en el primer aparte de la causal primera de casación (numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal).

No obstante se adentra, para demostrarlo, en un minucioso análisis de la prueba con el propósito de establecer que en el proceso sí había base probatoria suficiente para estimar existente la riña imprevista.

Ahora bien, ese razonamiento no es el que corresponde a la primera parte de la causal invocada sino a la segunda por cuanto se dirige, a todas luces, a demostrar que hubo apreciación errónea o falta de apreciación de determinado elemento de convicción, lo cual habría conducido al juzgador a error manifiesto bien de hecho o de derecho.

Empero cuando se invoca la primera parte de la causal mencionada la demostración que se debe hacer surge de la aceptación de los hechos y se dirige a demostrar que no se aplicó una norma sustancial que era pertinente al caso debatido.

Resulta contradictorio, y así lo ha hecho notar esta Sala en diversas oportunidades, rechazar los hechos y alegar, al mismo tiempo, la violación directa de la ley sustancial porque son planteamientos que, como se deja demostrado, se excluyen entre sí.

En segundo lugar y aún suponiendo que la modalidad de esta causal que pretendió plantear el demandante fuera la segunda, tampoco sería admisible su impugnación por cuanto es tesis de esta Sala que cuando ha intervenido en el juicio el jurado popular, no cabe atacar en casación su veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, pues es privativo de los juzgadores de instancia declarar esa situación. No así de la Corte que no tiene esa facultad.

Significa lo anterior que el cargo es inadmisible.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

El cumplimiento de la ley no entraña ejecución delictiva.

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

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Jaime Monsalve Muñoz, en escrito ratificado bajo juramento el diez de julio próximo pasado, denuncia a los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas Humberto Fernández Vega y Miguel Bernal Medina, y a los Conjueces de esa corporación Roberto Ordóñez Peralta y Gonzalo Vargas Rubiano, por haber dictado la Resolución número 9, de 10 de mayo de 1974, en la cual se dispuso:

"Sepárase, de plano, del cargo de Juez Segundo Superior de Aduanas de Bogotá, al doctor Jaime Monsalve Muñoz, hasta cuando se pronuncie la decisión disciplinaria a que se refieren los considerandos de esta resolución, por haber entrado a ejercerlo en declaración o afirmación 'manifiestamente apócrifa' proveniente del mismo funcionario en su memorial para recibir declaraciones extrajuicio a dos abogados y relacionadas con la fecha de su grado (Art. 24 del Decreto 250 de 1970), según solicitud del Ministerio Público".

El Tribunal, en resolución del 30 de mayo negó el recurso de apelación que había interpuesto el funcionario sancionado.

Sostiene el denunciante que estas medidas constituyen un abuso de autoridad y, en consecuencia, pide que se abra la investigación e inclusive señala las pruebas que, a su entender, deben ser practicadas.

La intervención de los Conjueces le parece irregular al denunciante, y de ahí el que los incluya en su acusación. Los Conjueces Ordóñez Peralta y Vargas Rubiano entraron a reemplazar a los Magistrados titulares Hernando Naranjo Marín y Luis Valderrama Rojas, quienes se declararon impedidos y a quienes se separó del conocimiento del asunto en providencia del 19 de abril del año en curso.

Para resolver si era el caso de dictar auto cabeza de proceso de acuerdo con el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, se pidieron al Tribunal los antecedentes de la actuación acusada y copias de las decisiones a que se refiere el denunciante. De todo ello surgen las consideraciones siguientes:

Primera

La resolución objetada como abusiva, contiene este razonamiento:

"f) Del examen cuidadoso de la referida documentación, se concluye: 1. Los papeles o pruebas presentados para la confirmación en cuanto se contrae a dos de ellos íntimamente vinculados a la fecha del grado, vale decir, la copia del acta del mismo expedida por la Universidad La Gran Colombia y del Acuerdo Nº 2 de 1970 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ciertamente no son apócrifos, como se dejó aclarado. 2. Pero no ocurre lo mismo con la explícita petición del juez doctor Jaime Monsalve Muñoz para las declaraciones extrajuicio de dos profesionales, en que se sostiene en ellas como fecha de su grado la del 24 de enero de 1968, siendo que la verdadera de tal hecho o ceremonia fue la del 13 de agosto de 1968, como consta sin lugar a duda en la copia del acta respectiva. 3. Y en consecuencia, dicha afirmación o declaración surgida del propio interesado doctor Monsalve Muñoz para que surtiera efectos probato-

rios relacionados con la confirmación de su nombramiento, sí puede considerarse como declaración apócrifa, o sea según el Diccionario de la Real Academia 'supuesta o fingida', pues ciertamente viene a ser la susodicha fecha del 24 de enero de 1968, para el grado en cuestión, claramente supuesta o fingida, pues de sobra sabía el doctor Jaime Monsalve —y consta así en copia auténtica del acta de grado— que éste se llevó a cabo, se perfeccionó para los efectos legales el día 13 de agosto de 1968 y de ningún modo el 24 de enero del mismo año, fecha del examen privado preparatorio para poder efectuar después el grado según los conocidos trámites universitarios al respecto;

"g) De tal modo, con 'fundamentos falsos e inciertos', o lo que es lo mismo, apócrifamente, se indujo a la mayoría del Tribunal Superior de Aduanas al convencimiento de que se reunían las calidades legales para confirmar el nombramiento de Juez 2º Superior de Aduanas de Bogotá, en propiedad, al doctor Jaime Monsalve Muñoz, lo cual obliga a aplicar el artículo 24 del Decreto 250 de 1970, como lo ha solicitado la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial;

"h) Como la intención del juez peticionario para obtener la confirmación de que se viene tratando aparece nítidamente enderezada a hacer incurrir en error respecto de la fecha de grado a la mayoría de los Magistrados que impartieron la aprobación al informe respectivo después de evaluada la documentación, es lo cierto que dicha conducta deberá justipreciarse por el cauce de un proceso disciplinario para que surta los efectos en la separación temporal a que se refiere la norma citada y así procederá desde luego la Procuraduría en la etapa correspondiente".

Segunda

Basta leer la copia del acta de grado número 1-478, que se ha acompañado al expediente, para concluir que el Tribunal no se apartó un punto de lo acontecido y que el denunciante Jaime Monsalve Muñoz presentó su examen de tesis el día 24 de enero de 1968, en la Sala Rectoral de la Universidad La Gran Colombia. Pero el juramento y la entrega del diploma sólo se efectuó el 13 de agosto del mismo año, previa lectura del concepto del presidente de tesis y del acta del examen privado de grado.

Tercera

Quiere decir lo anterior, que la Universidad La Gran Colombia sólo expide el diploma y toma la promesa jurada de defender la Constitución y leyes de la República, su independencia y libertades, una vez que el graduando ha sido examinado en forma privada. La misma acta da fe de que en un momento posterior se dio lectura al concepto del presidente de tesis "y al acta de examen privado de grado". Es incuestionable que antes de este momento el aspirante a abogado sólo tiene aquella calidad, esto es, la de un simple candidato a doctor en derecho y ciencias políticas.

Cuarta

Si esto es así, no podía hacerse constar como fecha de grado aquella en que apenas se verificó el examen. Si se hizo constar lo contrario, se incurrió en una de las situaciones previstas en el artículo 24 del Decreto 250 de 1970, y la apreciación de los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, es absolutamente correcta. Monsalve Muñoz dijo que se había graduado el 24 de enero y el documento respectivo acredita que este acto sólo se verificó el 13 de agosto de 1968, cuando el Rector le tomó el juramento y le entregó el diploma. El Tribunal aplicó legítimamente la norma citada, y no haberlo hecho así habría implicado la responsabilidad consiguiente.

Quinta

Como el cumplimiento de la ley no entraña ejecución delictiva, síguese que es el caso de dar aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal dictando auto inhibitorio de la apertura de investigación, pues no existe abuso punible en la conducta de los Magistrados Miguel Bermal

Medina y Humberto Fernández Vega, y de los Conjueces Roberto Ordóñez Peralta y Gonzalo Vargas Rubiano, del Tribunal Superior de Aduanas.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se abstiene de abrir investigación con base en la denuncia presentada por Jaime Monsalve Muñoz, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa del presente auto.

Cópiese, notifíquese y archívense las diligencias.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY PENAL SUSTANCIAL PROVENIENTE DE LA APRECIACION ERRONEA DE LA PRUEBA. — REQUISITOS PARA QUE PROSPERE

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

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Una vez agotados los trámites de ley, debe esta Sala de la Corte decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Marco Antonio Pinzón contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 12 de noviembre de 1973, mediante la cual confirmó la de primera instancia del presidente del consejo de guerra verbal respectivo, de fecha 18 de junio de ese mismo año que, entre otras determinaciones tomó la de condenarlo a la pena principal de cinco años seis meses de presidio, a más de las accesorias de rigor, por el delito de robo.

Hechos

Hacia la una y media de la tarde del once de julio de 1972, cinco sujetos fuertemente armados y disfrazados, atracaron la Sucursal de "El Retiro", ubicada en esta ciudad, de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, apoderándose en efectivo de la suma de $ 18.035.45 y, además de otros objetos pertenecientes a tal entidad, así como también de dinero y muebles de sus empleados. Consumado el atraco los asaltantes huyeron en un automóvil marca Chevrolet, modelo 54, color verde y blanco, sin que, gracias a la actitud de una de las empleadas, hubieran podido apoderarse de los caudales que se hallaban en la caja fuerte. Los bienes sustraídos no fueron recuperados.

Actuación procesal

El día en que ocurrieron los hechos se formuló la respectiva denuncia penal (fl. 1º). El Juzgado 29 de Instrucción Criminal, dictó auto cabeza de proceso el 18 de los mismos mes y año (fl. 6). Se adelantó la investigación. Fueron oídos en indagatoria Marco Antonio Pinzón y Reinaldo Torres Torres (fls. 29 ss., 26 ss., respectivamente), contra quienes dictó auto de detención por el delito de robo (fls. 38 ss.). Por competencia se enviaron las diligencias al Comando de la Brigada de Institutos Militares (fls. 77 ss.). Previo concepto del Auditor 22 Auxiliar de Guerra (fls. 87 ss.) el Comando de la Brigada antes dicha, como juez de primera instancia, convocó el respectivo consejo de guerra verbal "para que por el procedimiento establecido en el título IV, capítulo II del Código de Justicia Penal Militar, juzgue a los particulares Marco Antonio Pinzón, Reinaldo Torres Torres y Constantino Veloza Díaz (presentes) y ausentes a Ruben Pachón Garzón y José Honorio Vargas Rodríguez, por el delitó de 'robo' de que trata (sic) título XVI, artículo 405 del Código Penal común, según hechos ocurridos en esta ciudad el día 11 de julio de 1972". Se celebró la diligencia respectiva (fls. 119 ss.), con la advertencia de que en cuanto hace relación a Rubén Pachón Garzón y a José Honorio Vargas Rodríguez "dentro de la audiencia no se les formuló cuestionario, por falta de pruebas para ello". Las veredicciones fueron las siguientes: Para Marco Antonio Pinzón y para Reinaldo Torres Torres: "No es responsable por mayoría" (fls.

97 y 98) y para Constantino Veloza Díaz: "No es responsable por unanimidad" (fl. 105). La presidencia del consejo de guerra verbal mediante auto de 29 de septiembre de 1972 declaró contrarios a la evidencia de los hechos los veredictos absolutorios proferidos por mayoría para Pinzón y Torres; acogió el absolutorio para Veloza, dejando en suspenso la decisión "hasta que se defina lo relativo a la contraevidencia planteada" e, igualmente, dejó en suspenso "la cesación de todo procedimiento para los particulares, ausentes Rubén Pachón Garzón y José Honorio Vargas Rodríguez", tomando las demás medidas legales de rigor (fls. 107 ss.). El Tribunal Superior Militar por auto de 13 de diciembre del año últimamente citado, confirmó el de primera instancia por medio del cual se declaró la contraevidencia de los veredictos para Pinzón y Torres y aceptó el absolutorio para Veloza, dejándolo en suspenso (fls. 158 ss.).

Se convocó nuevo consejo de guerra verbal (fl. 177) y, celebrado que fue, se profirió veredicto absolutorio, por mayoría para Reinaldo Torres Torres (fl. 209) y, condenatorio, también por mayoría para Marco Antonio Pinzón (fl. 208). A continuación, mediante sentencia de 18 de junio de 1973, la presidencia del consejo de guerra como juez de primera instancia, acogió los segundos veredictos y el absolutorio del primer consejo para Constantino Veloza Díaz; dictó las absoluciones pertinentes, ordenó la cesación de procedimiento con relación a Rubén Pachón Garzón y José Honorio Vargas Rodríguez y condenó a Marco Antonio Pinzón a la pena principal de cinco años, seis meses de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como autor responsable del delito de robo de que trata el Código Penal común, artículo 404, modificado por el artículo 10 del Decreto Nº 1988 de octubre 9 de 1971, según hechos acaecidos en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rezan las sumarias". También se tomaron las otras determinaciones pertinentes (fls. 213 ss.). Subidas las diligencias al Tribunal Superior Militar, esta corporación, de acuerdo con su Fiscal colaborador (fls. 244 ss.), por medio de sentencia de 12 de noviembre de 1973, confirmó en todas sus partes la de primera instancia (fls. 261 ss.). Contra la determinación del Tribunal se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Invocando la causal 1ª de casación: "Por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida" (C. de P. P., Art. 580, Num. 4º), formula dos cargos, el segundo como subsidiario, que se estudiarán separadamente y en el mismo orden en que vienen presentados.

Primer cargo

La sentencia recurrida violó directamente el artículo 444 del Código de Justicia Penal Militar que dice: "En los procesos militares no se podrá dictar sentencia condenatoria, sin que obre en ellos legalmente producida la plena prueba de la infracción de que se trata y de la responsabilidad del procesado". Entonces, al no estar demostrada la responsabilidad del procesado, si se le condena se viola esa norma, sin que valga argüir que "el segundo veredicto era definitivo, toda vez, que esta premisa no pueda oponerse a la consagrada en el artículo 444 del C. de J. P. M., que en últimas ha quedado violado, en razón a que su mandamiento se aplicó indebidamente al caso". "Para dictar sentencia el señor juez de instancia tuvo en consideración, en lo pertinente, lo siguiente: "Si bien es cierto que el sindicado Marco Antonio Pinzón presenta dos condenas (ver fl. 82), la última de éstas en 1969, no es menos cierto que, su participación en los hechos delictuosos investigados, sucedidos dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar ampliamente conocidos, no ha quedado suficientemente establecida. Por tanto, y, obrando equitativamente, de acuerdo a la realidad procesal, la pena principal a imponer al acusado particular Marco Antonio Pinzón es la de cinco (5) años, seis (6) meses de presidio, más las accesorias correspondientes (fl. Nº 219).

"A lo expuesto anteriormente, vale decir, que el Tribunal Superior Militar no objetó desde ningún punto de vista, a las consideraciones del "a quo".

Luego si el juez de instancia dudó de la responsabilidad no podía condenar y, al hacerlo, aplicó en forma indebida la norma 444 citada. "En otras palabras, es procedente decir, que nos encontramos colocados ante una infracción directa, por cuanto el juzgador conoce la norma penal sustantiva —Art. 444, C. de J. P. M.—, y no obstante su conocimiento, se sustrae de su aplicación al hecho cuestionado en la sentencia".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares solicita que se rechace este cargo porque de acuerdo con el inciso 3º del artículo 587 del Código castrense, "El veredicto del segundo consejo, es definitivo" y porque como lo tiene dicho la Corte "en tratándose de jurados, y esto es aplicable también a los vocales de los consejos de guerra", la causal invocada no es pertinente en atención a la libertad de que gozan para la apreciación de la prueba; además, tal análisis probatorio podría conducir "a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, evento que la ley no ha consagrado como causal de casación y cuyo estudio corresponde de modo exclusivo a las instancias".

Consideraciones de la Sala

Acertadas son las razones expuestas por el Ministerio Público colaborador para solicitar que el cargo se deseche. Mas la Corte agrega esta otra fundamental para llegar a la misma conclusión.

Es cierto que en la sentencia de primera instancia se encuentra el párrafo transcrito en la demanda, en que se manifiesta que "no ha quedado suficientemente establecida" la participación de Pinzón en los hechos investigados (fl. 219) y que en la de segunda se invoca la norma que le da carácter definitivo al segundo veredicto de los vocales del consejo. Mas lo que no es cierto es que en el fallo impugnado se prohije por el sentenciador de segunda instancia el que no está debidamente establecida la responsabilidad del poderdante del recurrente. Por el contrario: luego del correspondiente examen de la prueba que ya había sido tenida en cuenta anteriormente por el mismo Tribunal, se afirma de manera clara y concreta: "La situación legal planteada en los anteriores resultandos, se repite, no sufrió modificación de ninguna naturaleza en el nuevo consejo de guerra y los cargos formulados con base en aquellas pruebas conservan la fuerza incriminatoria suficiente, para de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 444 del Código de Justicia Penal Militar proferir sentencia condenatoria, en su caso, contra el particular Marco Antonio Pinzón" (fl. 267).

De manera que el Tribunal, en la sentencia materia del recurso extraordinario de casación, no ha afirmado, pero ni siquiera insinuado que con relación a Pinzón se carezca de la prueba que acredite su responsabilidad penal en los hechos que motivaron su condena. Por el contrario, dice de manera precisa y concreta que tal prueba de responsabilidad sí existe y, a tal grado, que cumple las exigencias de la norma citada para dictar sentencia condenatoria. En consecuencia, partiendo la argumentación de este cargo de una afirmación que no corresponde a la realidad, habrá de desecharse.

Segundo cargo

Lo expone así: "En subsidio solicito que se case parcialmente la sentencia por haber incurrido el juzgador de instancia en violación indirecta de la ley, al haber dado por probado, que estaba demostrado, que mi defendido Marco Antonio Pinzón, presenta dos condenas, que en consecuencia le permitieron partir de la existencia de tales, para que como antecedentes le sirvieran de fundamento que le autorizaran para la aplicación del artículo 38, ordinal 5º, del Código de Justicia Penal Militar en concordancia con el artículo 37, ordinal 2º, del Código Penal", cuyos textos transcribe.

Y agrega: Tal violación indirecta de la ley surge de que el Oficio número 7743 de 22 de agosto de 1972 dirigido por el Departamento Administrativo de Seguridad al funcionario instructor, en el cual se da cuenta, entre otros antecedentes del procesado Pinzón, de dos sentencias condenatorias, se le dio el valor de pruebas de tales condenas, cuando sólo podían acreditar "la

problemática que ha podido tener mi poderdante con la justicia". Y, como se le dio tal valor para estructurar la circunstancia de mayor peligrosidad a la cual se ha hecho referencia, síguese la validez del cargo imputado.

Concepto del Ministerio Público

Según el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, este cargo debe desecharse porque el oficio del DAS en el cual se da cuenta de los antecedentes de Pinzón es valedero, habida consideración del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal y, porque, en su concepto, la invocación de la violación indirecta de la ley es improcedente, al tenor del artículo 580 del Código Penal.

Consideraciones de la Sala

Alega, pues, el censor una violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de la apreciación errónea de la prueba que señala. Pero en ninguna parte insinúa, mucho menos concreta, cuál fue o cuáles fueron las normas reguladoras de la prueba que fueron violadas y cuál el concepto de la violación, lo cual se hace indispensable en esta clase de cargos, como lo tiene establecido de tiempo atrás la siguiente jurisprudencia que ahora se reitera. Ha dicho la corporación: "Importa recordar una vez más que cuando con fundamento en el segundo cuerpo de la causal primera de casación se alega infracción indirecta de la ley sustancial, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, por mandato del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 el recurrente debe demostrar que la sentencia impugnada incurrió en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Por tanto, si la base de la censura fuere el error de derecho en la valoración de un medio probatorio (yerro que no puede confundirse con el de carácter jurídico previsto en la tercera hipótesis de violación directa), además de precisar tal medio debe señalarse el precepto legal regulador de la prueba, expresando el concepto de la violación; de la misma manera, si el soporte inicial de la acusación fuere el error de hecho en la apreciación de una prueba con significado trascendente en la parte decisoria del fallo impugnado, habrá de individualizarse el elemento de convicción mal apreciado, demostrando el error mismo, que necesariamente habrá de consistir en que el fallador no haya visto la prueba que obra en el proceso, o que, por contrario modo, haya supuesto la que en él no existe, hipótesis en que la doctrina y la jurisprudencia incluyen el caso en que se desfigura la prueba, haciéndole decir lo que ella no expresa, porque ello, en último análisis, implica suponer un medio de convicción inexistente" (sentencia casación 19 VI/70).

Lo expuesto es suficiente para concluir que este cargo tampoco puede prosperar.

En consecuencia, dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, el recurso habrá de desecharse y se ordenará la devolución de estas diligencias al Tribunal correspondiente.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de noviembre de 1973, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior Militar.

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

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SENTENCIAS

La sentencia dictada conforme a la ley vigente en el momento de pronunciarla, no puede ser atacada de nulidad, porque el juzgador no podía aplicar una norma posterior que modifica la norma legal aplicable, ya que su obligación era ajustarse a la que estaba en vigor cuando se profirió la condena.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. — Bogotá agosto trece de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de fecha 20 de noviembre del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de Buga dentro del presente proceso que por el delito de robo se ha venido adelantando contra Absalón Tigreros Bermúdez y por medio de la cual se confirmó en todas sus partes, la dictada el 26 de septiembre de 1973 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá en la que se condenó al procesado a la pena principal de sesenta (60) meses de presidio más las sanciones accesorias correspondientes, interpuso éste en tiempo oportuno recurso de casación que le fue concedido y se ha tramitado hasta llegar al estado de proferir sentencia, a lo cual se procede.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse de la siguiente manera:

De la hacienda "La Trinidad" perteneciente a Heliodoro Holguín C. fueron sustraídas en la noche del 16 al 17 de febrero cuatro vacas que, en la madrugada se hallaron dentro de un camión encarpado que conducía Absalón Tigreros a quien se interceptó en la carretera que de Tulúa conduce a Buga y que, al ser interrogado por la procedencia de los semovientes, manifestó que por los lados de Riofrío unos sujetos lo habían obligado a que fueran a cargar esas reses y le dijeron que con un certificado que le dieron y que exhibió ante la policía, no tendría problemas.

La investigación se inició por el Juzgado Penal Municipal de Riofrío donde se formuló la denuncia y que decretó la detención cautelar del sindicado. Se prosiguió por el Juzgado 8º de Instrucción Criminal, designado al efecto y se calificó por el Cuarto Penal del Circuito de Tuluá que, por auto de 6 de agosto del año pasado, abrió causa criminal contra el susodicho Tigreros por el delito de robo, "de que trata el Código Penal colombiano en su libro II, título XVI, capítulo II. en concordancia con el Decreto 1988 de 1971".

Esta providencia no fue recurrida y se siguió adelante el proceso hasta culminar en la sentencia mencionada en un principio y en la cual, tras minucioso análisis de las pruebas y enumeración de las que demuestran la responsabilidad del procesado, se le condena por robo agravado por haberse cometido en un lugar despoblado, circunstancia que ya había sido deducida, en su contra, en el auto de proceder (fl. 186).

De la sentencia referida apeló el defensor del procesado y el Tribunal, en la que es materia del presente recurso extraordinario la confirmó, como se ha dicho, en todas sus partes.

En el aparte de dicha providencia que se refiere a la cuantía de la pena, se dice:

"El a quo impuso al sindicado la pena principal de sesenta (60) meses de presidio, como responsable del delito de robo agravado. Tal sanción no ofrece reparos de ninguna naturaleza ya que el Decreto 1988 de 1971 elevó las penas de 5 a 14 años cuando se cometen con los agravantes previstos en el artículo 404 del Código Penal. En el caso de autos, pues, la pena impuesta es la mínima por no existir en contra del acusado circunstancias de peligrosidad que deducirle".

Demanda de casación

Formulada oportunamente y con el lleno de los requisitos formales exigidos por la ley (Art. 576 del Código de P. P.) por lo cual se la declaró ajustada a ella, contiene dos cargos contra la sentencia recurrida que pueden resumirse del modo siguiente:

Primer cargo

Formulado dentro del marco de la causal 4ª de casación expresa que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por haberse aplicado el Decreto 1988 de 1971 que "si bien resultaba norma preexistente en el momento de dictar sentencia, hoy resulta inaplicable por haber sido derogado por el Decreto 1973 (sic), por medio del cual se levantó el estado de sitio en todo el territorio nacional".

Agrega que la derogatoria del decreto en mención dejó vigente el artículo 404 del Código Penal que contempla un mínimo de tres años de presidio aplicable en el caso de autos en lugar de los cinco años previstos, también como pena mínima, por el decreto mencionado. Ello en virtud de que como aún no está ejecutoriada la sentencia a causa de haber sido recurrida en casación, es la norma del Código la que debe aplicarse por ser ley permisiva o favorable aun cuando posterior al hecho juzgado.

Segundo cargo

Lo apoya el recurrente en el aparte primero de la causal primera de casación por estimar que, como se derogó el decreto que se cita atrás resulta aplicable en este momento procesal el artículo 402 del Código Penal, por ser norma más favorable a los intereses del procesado en lugar del Decreto 1988 de 1971.

O sea, concluye, que se violó el premencionado decreto por aplicación indebida. Y termina diciendo: "la violación de la ley sustancial en este recurso extraordinario es por indebida aplicación y la vía de impugnación es la indirecta".

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Primero Delegado Penal que se deseche el recurso por cuanto no tienen asidero los cargos aducidos contra la sentencia ya que en el primero de ellos no tuvo en cuenta el recurrente que con anterioridad al levantamiento del estado de sitio se dictó la Ley 21 de 1973 que al señalar de nuevo la pena imponible a virtud de lo dispuesto en el artículo 404 del Código Penal, fijó nuevamente un mínimo de cinco años o sea que no se modificó en este aspecto la que conminaba el Decreto 1988 de 1971 como lo creyó el demandante.

Y por lo que hace al segundo cargo, lo considera como una repetición del primero y por lo tanto, igualmente inaceptable.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo

Sumamente claro aparece de autos que cuando se pronunció la sentencia recurrida o sea el 20 de noviembre del año pasado, estaba en vigencia el Decreto 1988 de 1971 que fijó la pena del robo agravado de que trata el artículo 404 del Código Penal en un mínimo de cinco años y un máximo de catorce años de presidio.

El a quo expresó que la sanción impuesta por el juez no merecía reparo por cuanto se había ceñido al mínimo señalado por el decreto que se menciona.

La sentencia, por lo tanto, se dictó conforme a la ley vigente en el momento de pronunciarla y no se ve cómo podría el juzgador haber incurrido en nulidad porque, con posterioridad, hubiera variado la norma legal aplicable ya que su obligación era ajustarse a la que estaba en vigor cuando se profirió la condena.

Pero es que, además, no es cierto que se hubiera producido, con posterioridad a la sentencia recurrida, un cambio de legislación que favoreciera al procesado.

Antes de que se levantara el estado de sitio, lo que ocurrió el 29 de diciembre de 1973, se dictó la Ley 21 de ese año, que entró en vigencia el 12 de diciembre del mismo, en cuyo artículo 9º se dice que "la pena establecida en el artículo 404 del Código Penal será de cinco a catorce años". O sea que se reprodujo el artículo 1º del Decreto 1988 de 1971.

Lo que quiere decir que no se variaron los límites de la pena establecida para el robo agravado de acuerdo con las modalidades del artículo 404 del Código Penal.

Segundo cargo

Es una repetición hecha dentro del marco de la causal 1ª, del anterior y, por consiguiente, son aplicables para desecharlo las razones que se acaban de exponer.

Por lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador, no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E. diez y seis de agosto de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

El abogado doctor David Melo Cifuentes, en memorial presentado el once de enero del año en curso, y en representación de Libardo Fajardo Ruiz, propuso ante la Corte recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de diecinueve de julio de mil novecientos setenta y uno, por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Gil, al revisar, por apelación, la de primer grado proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de la nombrada ciudad, condenó a su representado, como responsable del delito de robo, a la pena de nueve años de presidio y a cinco años de relegación a colonia agrícola penal.

Hechos

Los que dieron origen a este proceso los relata el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Gil, ciñéndose a la realidad procesal, en los siguientes términos:

"El domingo once de diciembre de mil novecientos sesenta y seis el sujeto Libardo Fajardo Ruiz en compañía de un desconocido a quien ha dado en llamarse en este proceso Antonio Gómez, a eso de las diez de la mañana, se hicieron presentes en la residencia rural del señor Dionisio Avila situada en la vereda 'Cañaverales', de esta jurisdicción municipal y muy seguramente, con el simulado propósito de hacerle una visita de cortesía a su amigo de antaño. Indudablemente Libardo Fajardo Ruiz y compañero, luego de algunas horas de permanencia en casa de Dionisio, quien se encontraba en compañía de su hijo Abdón León y los amigos Jorge Arias y Antonio Gutiérrez, dispusieron las cosas de tal manera que pudieran llevar a cabo los verdaderos propósitos que los guiaban a la casa de su víctima. Ante todo obtuvieron por simulada compra una gallina de propiedad de su víctima para prepararla y comérsela entre los de la casa, Dionisio Avila y su hijo Abdón León, y los delincuentes que eran dos; naturalmente para completar el agasajo ofrecido a Avila y una vez terminaron de comerse la gallina, enviaron por una botella de aguardiente al mismo Avila, quien seguramente después de buscar por tiendas vecinas y al no encontrarlo, se regresó para su casa a manifestar la imposibilidad de cumplir con su encargo; pero aquéllos precisamente lo que necesitaban era la ausencia momentánea de Avila para prepararle su bebedizo y apenas regresó, le manifestaron que entonces se tomaran un aguardiente que ellos traían de Venezuela; en una taza le sirvieron un buen trago, naturalmente con el narcótico escogido, tanto para Dionisio como para su hijo y apenas lo tomaron, quedaron sumidos en un profundo sueño, con delirios, con excitación nerviosa etc., y hasta el día siguiente y a eso de la una de la mañana

que volvió en sí Avila, para darse cuenta que había sido víctima de un bebedizo y que aprovechando el estado de inconsciencia en que los pusieron, le sustrajeron $ 500.00 en efectivo, un revólver avaluado en $ 1.000.00 y dos anillos de oro en $ 25.00, más cinco pesos en moneda que tenía guardados en una olla, para un total de $ 1.530.00.

"Apenas el ofendido recobró sus facultades mentales, se presentó al despacho de la Alcaldía Mayor de la ciudad y allí formuló el denuncio que dio origen a este proceso".

La demanda

El apoderado del condenado, en su demanda, después de hacer un recuento de los hechos y de la actuación procesal, expresa que fundamenta el recurso de revisión que solicita en las causales contenidas en los ordinales tercero y quinto del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. En lo que respecta a la primera de las causales nombradas, el demandante razona así:

"Los juzgadores de instancia tomaron como base para la sentencia condenatoria que el procesado había empleado narcóticos para llevar a término la consumación de su delito, pero es el caso de observar que por este medio empleado por el imputado ya había sido anteriormente condenado de conformidad con las copias de sentencias que acompaño a la presente demanda, con lo cual demuestro que ya el Estado carecía por completo de facultad para condenar al procesado por esta nueva modalidad criminosa por cuanto que ya existía un pronunciamiento de la justicia sobre ese punto, motivo por el cual por un mismo hecho criminoso ya juzgado no se podía someter a nuevo proceso a un ciudadano.

"El calificarse la sentencia condenatoria en contra de Libardo Fajardo Ruiz teniendo como fundamento un hecho ya juzgado por la misma justicia, atribuyéndole para tal efecto el valor de prueba no valorada anteriormente por ningún funcionario, constituye que el empleo de narcóticos en la comisión del delito que se juzgó y cuya revisión se solicita, un elemento probatorio completamente falso, en razón de que no se tuvo en cuenta que este mismo hecho ya había sido anteriormente fallado por la justicia y se había impuesto la sanción correspondiente, según lo compruebo con las copias de las sentencias condenatorias que me permito agregar a esta demanda".

Tocante a la segunda causal invocada, o sea la contenida en el ordinal quinto del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, el demandante expone:

"Mediante las declaraciones de los señores Deogracias Rueda Silva, Tránsito Peña de Sepúlveda, Roberto Sepúlveda, Olegario Martínez Galvis, rendidas ante el señor Juez Primero Penal Municipal de San Gil compruebo que el autor del delito de robo no fue Libardo Fajardo Ruiz, sino otros sujetos hasta el momento no plenamente identificados.

"Además, dentro del término probatorio del recurso de revisión, allegaré los testimonios de varias personas que testifican el hecho de que Libardo Fajardo Ruiz se encontraba el día de la ocurrencia de los hechos en la ciudad de Cúcuta.

"La calidad de estas pruebas tiene el valor de pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates por los juzgadores de instancia con las cuales pretendo demostrar la inocencia de mi patrocinado en relación con el hecho investigado y fallado en forma definitiva por los jueces de San Gil".

"Para la prosperidad del recurso de revisión", pide que se tengan como prueba los testimonios de Deogracias Rueda Silva, Tránsito Peña de Sepúlveda y Olegario Martínez Galvis.

Solicita asimismo que se tengan como prueba las copias de las sentencias de primera y segunda instancias proferidas por el Juzgado Primero Penal Municipal de San Gil y por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, y las de las sentencias dictadas por el Juzgado Segundo Penal Municipal de San Gil y el Tribunal Superior de la misma ciudad.

En conclusión, pide que se decrete la revisión del proceso penal que se adelantó en el Juzgado Primero Penal Municipal de San Gil y Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma comprensión judicial, por el delito de robo agravado.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado Penal, al descorrer el traslado legal, solicita que se deseche la demanda, fundándose en que "las causales invocadas no resultan demostradas y, consecuentemente, no puede prosperar la revisión pedida".

La Sala aprovechará algunos aportes del Ministerio Público al estudio del recurso interpuesto.

Se considera

1º "El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador, no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso. El recurso tiene como fin primordial la revisión de la investigación y la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada en los casos en que se demuestre que alguno está cumpliendo una condena producida por un testimonio falso, testimonio, documento o prueba de cualquier clase, o cuando la sentencia —a juicio de la Corte— se haya obtenido con base en documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o cuando después de la condena aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan indicios graves de la inocencia o irresponsabilidad de quien injustamente sufre una condena.

"Así pues, los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia. La fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción, sino de evidencia, acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia sino todo el proceso que se dice edificado sobre bases falsas, pruebas secretas o por hechos nuevos no conocidos en los debates.

"De donde se concluye que siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario, no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión, limitadas a los objetivos que ya se puntualizaron" (sentencia de 2 de septiembre de 1957 G. J. LXXXVI).

2º De acuerdo con el ordinal 3º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, hay lugar a revisión contra las sentencias ejecutoriadas, "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

En lo que respecta a esta causal, el actor arguye que Fajardo Ruiz fue condenado con anterioridad por el mismo hecho, uso de narcóticos, conforme a las copias de los fallos respectivos, acompañadas a la demanda y que, por ende, por este hecho no era dable adelantar nuevo proceso. Al fundamentarse la sentencia proferida en el presente proceso en dicho hecho ya juzgado, al que se le atribuyó valor de prueba no valorada anteriormente, se tomó en cuenta un elemento probatorio "completamente falso". Tales copias, sacadas de un proceso por infracción del artículo 24 del Decreto 1699 de 1964 (vigente a la sazón), son las de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de San Gil el 24 de abril de 1967 y de la dictada el 22 de junio del mismo año por el Tribunal Superior de la propia ciudad (fls. 33 a 39, cuaderno de la revisión), y ellas se agregaron oportunamente al proceso objeto del recurso (fls. 47 a 53, cuaderno 1º).

Con arreglo a esas sentencias condenatorias, el veintiséis de febrero de mil novecientos sesenta y siete, "a eso de las cuatro de la tarde, el sujeto Libardo Fajardo

Ruiz, engañando al parecer a los menores Mario Muñoz y Gonzalo Rojas los llevó al sitio de Puente de Miranda sobre la carretera que de esta ciudad conduce a Charalá, so pretexto de que iban a visitar a un primo de nombre Luis Rueda que dizque vivía por aquellos alrededores. Una vez en el sitio Puente de Miranda, ante la inexistencia de tal primo Luis Rueda, se contentaron con tomarse alguna gaseosa en una tienda de aquella localidad, y después de demorarse algún tiempo allí, emprendieron su regreso hacia la ciudad, con el propósito por lo menos de parte del sindicado Libardo Fajardo Ruiz de aprovechar el regreso para llegar lo más tarde posible a la fábrica de industrias metálicas del señor Jesús Cardona para hacerla víctima de algún delito contra la propiedad... Al relato anterior, se impone agregar el hecho por demás importante de que al sujeto Libardo Fajardo Ruiz, al ser requisado en el Cuartel de Policía de esta ciudad, en el bolsillo de una pantaloneta que llevaba debajo de los pantalones, le fue encontrado un pequeño frasco de Librium con una cápsula y un polvo blanco dentro de ella (fl. 7 vto.); remitido dicho frasco al Laboratorio de Toxicología de Bogotá, Instituto de Medicina Legal, para que examinaran su contenido, se pudo constatar que efectivamente el polvo blanco que había dentro de la cápsula está compuesto de clorados orgánicos, alcaloides y cocaína, sustancia que emplean los cacos para adormecer a las víctimas y hacerlas fácil presa de delitos contra la propiedad".

En este proceso fue condenado Fajardo Ruiz, con arreglo al artículo 24 del Decreto 1699 de 1964, por tener en su poder sustancias estupefacientes, mientras que en el proceso que es objeto del recurso extraordinario de revisión, fue condenado por robo agravado conforme al ordinal 4º del artículo 404 del Código Penal, por haber usado de idénticas sustancias para poner en imposibilidad de obrar a Juan Dionisio Avila y Abdón León y con el fin de sustraer dos anillos de oro y plata, algunas monedas, un revólver y la cantidad de quinientos pesos, como realmente los sustrajo.

De suerte que, como observa el Procurador, aparece indudable que, en un caso, se juzgó la conducta de portar sustancias prohibidas, en razón de sus efectos, y, en el otro, el delito contra la propiedad (robo agravado), cometido con utilización de dichas sustancias y con anterioridad, todo lo cual significa obviamente que se lesionaron dos normas jurídicas distintas, la una que tutela el patrimonio de las personas y la otra destinada a proteger la salud y la integridad colectivas.

De lo cual se infiere irrefragablemente que el demandante no puede demostrar que se produjeron dos condenas por un mismo hecho, "argumento que por otra parte no tendría cabida dentro del motivo concreto previsto en la causal invocada, cual es, se repite, el de falsedad de alguna prueba que hubiera determinado la condena".

En efecto, el recurrente no alega que, en realidad, haya una prueba falsa determinante de la condena, sino que al adelantarse el proceso objeto del recurso y al proferirse en él sentencia, se violó el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal que a la letra dice:

"El procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta".

Por lo demás, como lo ha dicho la Corte reiteradamente, uno de los rasgos característicos del recurso de revisión, que lo diferencia de otros medios de impugnación, como la apelación de ciertas providencias, la reposición y el de casación, es que los vicios que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia y a la revisión del proceso en aquel recurso, han de manifestarse en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la decisión que se pretende anular, mientras que jamás puede fundarse en vicios o errores de tipo jurídico, o errores in judicando, los cuales son propios de otros medios de impugnación.

3º Conforme al ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, en materia penal hay lugar a revisión, "cuan-

do después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Fundamentándose en esta causal, el demandante presenta como hecho nuevo el de que no fue el condenado Fajardo Ruiz el autor del delito materia del proceso, sino personas desconocidas, porque el día en que ocurrieron los hechos se hallaba en la ciudad de Cúcuta.

Por tanto, preciso es analizar las declaraciones recibidas extrajuicio para verificar si demuestran los hechos aludidos.

De dichos testimonios, no se pidió la ratificación del rendido por Roberto Sepúlveda (fl. 27 vto., cuaderno de revisión), razón por la cual no se procederá a su estudio.

Dice Deogracias Rueda Silva, detenido en el momento de llevarse a cabo la diligencia y residente en la vereda de Cañaveral, en declaración extrajuicio (fl. 18 vto.), que conoce a Libardo Fajardo Ruiz desde hace unos veintiocho años, "mejor dicho desde pequeñitos y estuvimos ambos en la escuela" y también a José León, "vecino de las fincas de mi papá, mejor dicho la finca de él queda en medio de las fincas de mi papá, no conozco a nadie que se haga llamar por José Dionisio Avila". Asevera que le consta que a fines del año sesenta y seis, "no recuerdo bien la fecha por lo que hace mucho tiempo, siendo el día un domingo que me fui a darle sal al ganado de mi papá al potrero llamado la 'Vega' y al tiempo de yo entrar, mejor dicho al tiempo de yo pasar por frente al camino que conduce a la casa de José León, vi a dos tipos desconocidos para mí, que al momento me preguntaron que si ahí era la casa del señor José León, yo les contesté que sí y ellos me respondieron que era que necesitaban a ese señor para un negocio, luego ellos se dirigieron por el camino que va a la casa de José León y yo seguí para el potrero de la Vega a dar la sal al ganado y al otro día fue cuando resultaron con el cuento de que habían robado a José León, pero no se sabía quién... A mi modo de ver puedo decir que Libardo Fajardo Ruiz no es el autor del robo que le hicieron a José León, sino los dos tipos que yo me encontré ese día, porque a esos señores nunca los había visto, ni los he vuelto a ver, por otra parte Libardo Fajardo Ruiz es una persona muy trabajadora y muy honrada, trabajaba con frecuencia en la finca de mi padre...". Agrega que "como unos seis meses antes de que metieran a la cárcel a Libardo me encontré con Andrés Rueda aquí en San Gil y me contó que él estaba abusando de la mujer de Libardo, y que tenía que hacerle alguna picardía para podérsela quitar, que bien lo podía hacer meter a la cárcel o hacerle cualquier otra cosa, por esta razón es que yo creo que Andrés Rueda fue el que mandó a esos tipos que robaran a José León. A Andrés Rueda lo mataron hace como unos dos años por pícaro; y como un mes antes de que mataran a Andrés, me contó aquí en el pueblo que ahora sí tenía bien metido a Libardo y que le había quitado la mujer, entonces yo le dije que si no le daba lástima hacer eso con su amigo, entonces él me contestó 'qué amigo si en la cárcel estuvimos para matarnos'."

Habiéndosele leído su deposición, este testigo se ratificó oportunamente (fl. 56).

Tránsito Peña de Sepúlveda expone (fl. 25 vto.) que conoce a Libardo Fajardo Ruiz desde hace como unos dos años en la cárcel de San Gil, "cuando iba a visitar a mi hijo Roberto Sepúlveda, quien se encontraba detenido en ese lugar. Lo conocí solamente de vista y a veces el saludo. Cuando a mí me llamaron al juzgado para que declarara por lo del robo de José León yo vine y dije que había sido Libardo Fajardo Ruiz porque José León me dijo que dijera eso, yo como dije antes fui ese día a que me vendiera una arroba de fique, me acuerdo que iba por el fique pero no recuerdo cuanto y vi a dos señores que yo no conocía, después fue que me dijo José León que uno era Libardo Fajardo, allá en la cárcel me di cuenta que ese señor no era ninguno de los que estaban en la casa de José León cuando yo fui a comprar el fique...". Expresa que nadie la obligó a declarar, pero "José León me dijo que uno de los que habían estado allá era Libardo Ruiz. Yo no conocía a esos señores ni tampoco conocía a Libardo Fajardo, después que lo conocí supe que él no había estado ese día en la

casa de José León". Manifiesta asimismo que José León le dijo que le habían robado un revólver y dinero y que cuando preguntó por León en la ocasión expresada le dijeron los dos desconocidos que estaba dormido. Hace la descripción de los desconocidos, a quienes no volvió a ver.

Esta declarante también se ratificó dentro del término probatorio (fl. 54).

Olegario Martínez Galvis depone (fls. 30 y 30 v.) que conoce a Fajardo Ruiz desde hace unos doce años; que lo conoció porque iba a coger café donde la madre del procesado; que sí sabe del robo, pues el día en que se cometió venía, en compañía de Agustín Martínez, de donde un señor Joaquín Castillo de jugar bolo; que cuando iban llegando al frente de la casa de José León les salieron dos hombres, que se vinieron con ellos hasta una puerta "donde llaman el pumoroso", en la que se separaron; que no recuerda bien cómo eran los desconocidos, pero que "en todo caso había uno alto mono y el otro era moreno bajoncito"; que no sabía que ese día se había perpetrado un robo, sino que lo supo al día siguiente que "esos tipos que nos salieron ese día nos preguntaron que si nosotros distinguíamos al señor ese ahí donde estaban ellos, entonces le dijimos que sí, que era José León", que ignoraba que Libardo Fajardo Ruiz estuviera detenido por el motivo del robo y que el día "que nos salieron esos dos tipos yo a Libardo Fajardo Ruiz no lo vi por ahí...".

Este deponente también se ratificó dentro del término probatorio (fl. 74).

De estas exposiciones infiere el demandante que no fue el condenado Fajardo Ruiz el autor del delito por el que se le condenó, sino los desconocidos a que se han referido los declarantes.

Estima la Sala que es acertada la crítica que de estos testimonios hace el Agente del Ministerio Público y por eso se permite transcribirla:

"Tránsito Peña de Sepúlveda, como se desprende de su declaración, fue interrogada en el curso de la investigación (fl. 7 cuaderno 1º) y relató los hechos en la forma expresada por ella, pero con la agregación de que José León le dijo conocer a Libardo Fajardo.

"En relación con la nueva declaración de la testigo, se anota que sólo conoció a Libardo Fajardo, a mediados de 1970, es decir, casi cuatro años después de los hechos, ocurridos en diciembre de 1966. No obstante según su relato, haber visto a los hombres por ella mencionados como desconocidos, por breves minutos, ya que dijo no haberse demorado en casa del denunciante o perjudicado, bastó esto para que, corrido el término indicado, afirmara, cuando conoció al condenado Fajardo, que no era éste uno de los que vio en aquella ocasión, para deducir del mismo que Fajardo no fue uno de los que se presentaron en la casa de León o Avila para cometer el delito, pues implicaría una exacta identificación de tales personas, improbable, dado el largo término transcurrido, como también que se trataba de hechos hasta cierto punto intrascendentes, no obstante que la testigo dio una descripción de ellos no contenida en su primera declaración.

"El testigo Deogracias Rueda afirma que eran desconocidos los individuos vistos por él en lugar próximo al de los hechos, de lo cual deduce que no fue Libardo Fajardo su autor. Tampoco merece credibilidad este testimonio, no sólo porque su afirmación, en cuanto a la personalidad del condenado, se encuentra ampliamente contradicha por el proceso, en el cual consta que se han dictado en su contra varias condenas, y hace referencia a otros hechos que no pueden comprobarse, como los relatados por persona ya fallecida sino, especialmente, por contradecir la clara afirmación del denunciante, quien identificó a Fajardo Ruiz como autor del punible, al cual conocía con anterioridad, por ser residente en la misma vereda, como aparece de autos.

"Lo mismo puede decirse, en relación al testimonio de Olegario Martínez Galvis, quien afirma haber visto a los desconocidos después de los hechos, o cuando ya regresaban de la casa del denunciante y que, consecuentemente, no era Fajardo el autor del hecho. Los testigos no indicaron cómo se enteraron de los acontecimientos delictuosos, al otro día, pues, según el denunciante, sólo se dio cuenta de la sustracción al medio día siguiente y no comunicó el suceso sino a varias personas, que nombró, quienes estuvieron en su casa en esa

fecha y la denuncia sólo se formuló tres días después.

"Por otra parte, se trata de presentar una duda sobre la identidad del autor del robo en relación con el condenado Fajardo; sin embargo, tal versión no puede admitirse frente al dicho del denunciante, claramente ratificado, no sólo en este sino en diferentes aspectos sobre este punto, el denunciante, cuya versión mereció plena credibilidad a los funcionarios de instancia, manifestó conocer desde pequeño al procesado, aceptando el mismo Fajardo Ruiz, igualmente, conocer también a quien identificó como José León; por otra parte, aquél comunicó a diferentes personas que se trataba de Libardo Fajardo, sin que aparezca admisible que se engañara, dado el conocimiento que de muchos años tenía del mismo.

"Además, obra el testimonio de Antonio Gutiérrez (fl. 4 v., cuaderno 1º), quien afirma haber visto a Libardo Fajardo en compañía de otro hombre que nò conoció, en casa de José León Avila, a donde llegó cuando estaba ausente, pero en seguida regresó; explicó el testigo que Fajardo 'era de por ahí pero hace dos años que se fue...', lo cual implica que lo conocía, como también lo admitió el mismo Fajardo en su indagatoria, desde 'hace mucho tiempo', si bien negó haberlo visto recientemente.

"Por tanto, el anterior detenido examen de las pruebas presentadas obliga a concluir que no son suficientes para demostrar el hecho alegado, o sea, que el delito se cometió por personas distintas al recurrente, aun sin tenerse en cuenta las pruebas procesales, las cuales se han mencionado para hacer más clara demostración de lo afirmado.

"Se presentaron también declaraciones extrajuicio de Inocencia Castañeda vda. de Ibarra y de Julio Castañeda (fls. 65 y 66, cuaderno revisión) residentes en Cúcuta, según las cuales el día de los hechos —11 de diciembre de 1966— Fajardo Ruiz estuvo con ellas en su casa, pues residía en la misma y celebraban una fiesta familiar.

"Bastaría para desechar estos testimonios la falla de que si bien se ordenó tenerlos como prueba (fl. 70), no se ratificaron por no haberse solicitado, lo cual impide se consideren por no reunir los requisitos necesarios (Arts. 8º C. de P. P. y 229 C. de P. C.), conforme a los principios generales.

"Pero aunque no mediara esta falla que impide dar valor a estas pruebas, serían suficientes para su rechazo las razones anotadas, o sea, el largo tiempo transcurrido entre el momento de su recepción y aquel al cual se refieren, en consideración de que se hace alusión a una fecha precisa; además, es necesario tener presente que, según la declaración de Alfonso Porras (oído en el proceso según cita del procesado en su indagatoria, fls. 39 v. y 34, cuaderno 1º), aquél se retiró de su trabajo en Cúcuta en 1966, lo cual demostraría que, si bien residió en dicha ciudad, no permite concluir que allí se encontrara en la fecha de los hechos".

El recurso de revisión como lo ha dicho hasta el cansancio la jurisprudencia, tiene como fin el restablecimiento de la justicia y enmendar los errores judiciales. Por eso mismo, como ya se dijo, los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión deben ser de tal naturaleza que tengan la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción, si no de certeza, acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia sino todo el proceso que se dice edificado sobre bases falsas o pruebas secretas.

En el caso sub judice, las declaraciones aducidas por el demandante no tienen la fuerza probatoria suficiente para fundamentar la legal certidumbre de que el condenado no cometió el hecho criminoso, ni constituyen graves indicios de su inocencia.

Fluye de lo expuesto que, no estando probadas las causales que invoca el demandante, debe desecharse la revisión solicitada.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega la revisión del proceso seguido contra Libardo Fajardo Ruiz por el delito de robo agravado, en el que se le condenó a la pena principal de nueve años de presidio y a la accesoria de relegación a colonia

agrícola penal por el término de cinco años, mediante sentencia de 19 de julio de mil novecientos setenta y uno, dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Gil (Santander).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INTERPRETACION DEL DECRETO 1989 DE OCTUBRE 9 DE 1971

La preposición "contra", empleada en el ordinal 3º del artículo 1º del Decreto 1989 citado, quiere decir, gramaticalmente y para el caso, "oposición y contrariedad de una cosa con otra", y referida a una conducta humana, como es el delito, precisa conciencia en el obrar, que para el hecho descrito en la norma consiste en el conocimiento exacto y reflexivo de la calidad oficial de la víctima, tal como acontece en el delito contra funcionario público, que no se configura cuando el autor de la acción contemplada en el artículo 184 del Código Penal ignora la condición oficial del agredido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diez y seis de agosto de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Observados los trámites de ley, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Albeiro López Cárdenas contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha 7 de septiembre de 1973, mediante la cual fue condenado el recurrente, en segunda instancia, a la pena principal de diez años de presidio y a las sanciones accesorias de rigor, por el delito de homicidio cometido en la persona de Gildardo Gómez Osorio.

Síntesis de los hechos y de la actuación

En las horas de la noche del 6 de noviembre de 1971, en la población de San Roque (Antioquia), cerca a la cantina denominada "La Cabaña", el estudiante Jorge Albeiro López Cárdenas ultimó de varias cuchilladas al señor Gildardo Gómez Osorio, poniendo así fin a un altercado provocado por éste en el referido establecimiento, donde también había molestado a otros ciudadanos, en notorio estado de embriaguez.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal del lugar, y, al comprobarse que el occiso era agente de la Policía y prestaba sus servicios en la Estación Cocorná, se pasó a la justicia penal militar, invocando para ello lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 1º del Decreto legislativo 1989 de 1971, aunque a la época de los hechos aquél se hallaba en uso de vacaciones y vestía de civil.

Por auto de 18 de noviembre del mismo año, el Comando de la Cuarta Brigada, con sede en Medellín, aprehendió el conocimiento del asunto y comisionó al Juez 56 de Instrucción Penal Militar para la práctica de pruebas.

Cumplida la investigación previa el Comandante de dicha Brigada, actuando como juez de primera instancia, dictó la Resolución Nº 97 de 25 de julio de 1972, ordenando convocar en su guarnición un consejo de guerra verbal, "para que mediante el procedimiento establecido en el Código Penal Militar juzgue al particular Jorge Albeiro López Cárdenas por el delito de homicidio en la persona del agente carabinero de la Policía Nacional Gildardo de Jesús Gómez Osorio", y señalando para tal fin el día 28 del mismo mes.

Celebrado el consejo en la fecha indicada, los vocales afirmaron, por mayoría, la responsabilidad del acusado, y con base en el veredicto la presidencia de aquél pronunció sentencia el 8 de agosto siguiente, en la que impuso al reo la pena de diez años de presidio y algunas accesorias.

Contra ese fallo interpuso el procesado el recurso de apelación, que fue resuelto por el Tribunal Superior de Medellín en el que ahora es materia del recurso extraordinario de casación.

La demanda

El apoderado especial del recurrente alega que la sentencia impugnada se dictó en juicio viciado de nulidad, causal de casación contemplada en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo formula dos cargos, que pueden compendiarse así:

Primero

Incompetencia de la jurisdicción penal militar para conocer del proceso, motivo de nulidad previsto en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y en el ordinal 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, pues aunque ciertamente el occiso pertenecía a la Policía Nacional, como carabinero, en la fecha en que fue muerto, y para ese entonces estaba vigente el Decreto 1989 de 1971, no era aplicable al caso, para efectos del juzgamiento por la justicia penal militar mediante el procedimiento en consejos de guerra verbales lo dispuesto en el ordinal 3º de tal decreto, porque el procesado ignoraba esa calidad de la víctima.

"Si el Decreto 1989 de 1971 —dice el demandante— sustrajo de la jurisdicción ordinaria los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos contra los miembros de las Fuerzas Armadas y los civiles que se hallen al servicio de las mismas, para que el hecho o hechos de esta naturaleza pudieran quedar bajo la jurisdicción militar, necesariamente el autor o autores tenían que obrar con conocimiento, como parte del dolo, de la calidad oficial especial del sujeto pasivo, bien por tener de antemano conocimiento de esa condición específica de la víctima, o por ser notoria dicha calidad, en razón de las prendas, uniforme y distintivos que le dan notoriedad a la circunstancia de pertenecer el ofendido a un determinado cuerpo oficial o desempeñar determinado cargo.

"En el caso de autos, es sabido por la confesión no desvirtuada del procesado y por muchas declaraciones, que no se conocía la condición de agente de la Policía del occiso, quien vestía traje de paisano y había llegado a la población de San Roque de vacaciones sin dar a conocer a las personas con quienes sostuvo altercados y a quienes hizo víctimas de sus provocaciones, que fuera agente de la Policía Nacional.

"Esto indica que cuando mi poderdante se vio obligado a darle muerte a Gómez Osorio, ignoraba su calidad oficial, siendo para él, dentro del plano de su conciencia una persona cualquiera, vale decir, un particular".

El actor se extiende, al desarrollar el primer cargo, en consideraciones sobre el dolo, como aspecto de la culpabilidad, y el elemento "a sabiendas", exigido expresa o tácitamente en algunos tipos penales, para llegar a estas conclusiones:

"El alcance que se le dio al artículo 3º del Decreto 1989 es erróneo, pues no puede presumirse que una persona tenga una calidad específica si no hay antecedentes al respecto, o si esa persona no ostenta los distintivos que le dan su calidad, o cuando menos, ha precedido una identificación en forma regular.

"La calidad de miembro de las Fuerzas Armadas podría ser un hecho notorio en un sujeto uniformado o que viste las prendas de la institución, pero no puede serlo, si viste de paisano y quien lo mata o lesiona en un lance imprevisto y particular, no conoce al sujeto pasivo. Si lo que el decreto pretendió fue garantizar al máximo la seguridad de las Fuerzas Armadas y someter a los que atentarán contra sus miembros a un procedimiento especial, es aberrante adoptar el sistema cuando en la intención o dolo del agente del delito no va incorporado el elemento 'a sabiendas'.

"En el caso sub judice al darle aplicación al decreto de que se dio cuenta, se quebrantó, en primer término, la Constitución, en su artículo 26, pues la jurisdicción militar

no era la competente, sustancialmente, para adelantar el proceso, y el acusado no podría ser sometido a consejo de guerra verbal. En segundo término se incurrió en la nulidad legal de que da cuenta el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y el ordinal 1º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, ambos textos en armonía con el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal además del 33 ibídem.

"Lo anterior me permite concretar el cargo de invalidez de la sentencia impugnada por la causal de nulidad ya que se dictó en un juicio procesalmente viciado por incompetencia de jurisdicción de la justicia penal militar".

Segundo

Falta de competencia de la jurisdicción castrense para conocer del proceso, en primera instancia, ya que cuando se celebró la segunda sesión del consejo verbal de guerra que juzgó al procesado, el 31 de julio de 1972, había entrado en vigor el Decreto 1315 del mismo año, "mediante el cual se restringió el Decreto 1989 para mantener el juzgamiento castrense en los delitos intencionales de homicidio y de lesiones personales cometidos contra los miembros de las Fuerzas Armadas y los civiles que se hallen al servicio de las mismas, a hechos originados con ocasión del servicio, es decir, que se suprimieron los consejos de guerra verbales cuando los aludidos hechos se originan en actos extraños o ajenos al servicio", por lo cual la justicia penal militar ha debido suspender la actuación y trasladar el proceso a la justicia ordinaria, dando aplicación al inciso segundo del artículo 26 de la Carta, cuyo mandato fue desconocido en el presente caso.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado Penal opina que tiene razón la censura propuesta por el actor en el primer cargo, pues "para colocar al procesado bajo la jurisdicción específica castrense, era indispensable habérsele comprobado que al agredir, justificadamente o no, lo que no importa para el caso, a Gómez Osorio, sabía de su vinculación legal al cuerpo de carabineros, ya porque el uso de prendas oficiales así lo identificara, o bien, por otro hecho notorio, ostensiblemente destacado, pregonero de su pertenencia al cuerpo armado", teniendo en cuenta el propósito que seguramente inspiró el Decreto 1989 de 1971 de "desaforar a las personas civiles que atentaran contra la vida o la integridad personal de los miembros de las Fuerzas Armadas, en una mayor conveniencia de fortalecer su seguridad para el cabal cumplimiento de la misión a ellas entregada en el restablecimiento del orden público quebrantado, dado caso que, atentándose contra las personas de sus miembros, se ampliaban gravemente las grietas desquebrajadas del orden institucional, cuya guarda y conservación privativamente el constituyente les ha dado".

Expresa igualmente el colaborador que como el primer cargo de la demanda está llamado a prosperar, se abstiene de estudiar el segundo, cuyo examen carecería de objeto.

Se considera

I. El Decreto 1989 de 9 de octubre de 1971, expedido por el Gobierno en ejercicio de facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto legislativo 250 de 1971, por el cual se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República, atribuyó a la justicia penal militar, para el juzgamiento mediante el procedimiento de los consejos de guerra verbales, el conocimiento de "los delitos de homicidio y lesiones personales que se cometan contra (resalta la Sala) los miembros de las Fuerzas Armadas y los civiles que se hallen al servicio de las mismas" (Art. 1º, Ord. 3º).

II. La finalidad de esa disposición, atendiendo al momento y a las circunstancias en que se expidió, como también a su propio texto, fue la de contener, con la amenaza de un juzgamiento pronto e intimidatorio como es el de los consejos de guerra, las agresiones contra integrantes de la fuerza pública.

III. La preposición "contra", empleada en el ordinal 3º del artículo 1º del Decreto

1989 citado, quiere decir, gramaticalmente y para el caso, "oposición y contrariedad de una cosa con otra", y referida a una conducta humana, como es el delito, precisa conciencia en el obrár, que para el hecho descrito en la norma consiste en el conocimiento exacto y reflexivo de la calidad oficial de la víctima, tal como acontece en el delito contra funcionario público, que no se configura cuando el autor de la acción contemplada en el artículo 184 del Código Penal ignora la condición oficial del agredido.

IV. Ciertamente el occiso Gildardo Gómez Osorio era miembro de la Policía Nacional, como agente carabinero, en la fecha en que recibió muerte violenta. Pero hay evidencia en el expediente de que el procesado Jorge Albeiro López Cárdenas ignoraba, al igual que los testigos del hecho averiguado, esa calidad de la víctima, al tiempo del enfrentamiento que culminó con la muerte de Gómez, originado por móviles completamente extraños al servicio oficial. Quiere ello decir que el inculpado López no ejercitó la acción "contra" un integrante de las Fuerzas Armadas, apreciado el hecho en el plano subjetivo, ya que, se repite, desconocía la investidura de la víctima.

V. No bastando, para la recta aplicación del Decreto 1989 en la parte que interesa al proceso, que el ofendido perteneciera a los cuerpos armados de la República, cuestión puramente objetiva, se impone la conclusión de que el sindicado López Cárdenas no ha debido ser sometido a juzgamiento por la vía de excepción establecida en aquel estatuto. Por consiguiente, la acusación hecha a la sentencia del ad quem, de haberse dictado en juicio viciado de nulidad, por incompetencia del juez que conoció del proceso en primera instancia, es fundada.

VI. Como la Corte encuentra justificado el primer cargo postulado por el actor contra el fallo impugnado, en el marco de la causal cuarta de casación, no examina el otro motivo de reclamo, por falta de objeto, y decidirá de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el inciso 4º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

Fallo

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decreta la nulidad de lo actuado en este proceso a partir, inclusive, del auto de 7 de marzo de 1972 dictado por el Comandante de la Cuarta Brigada, por el cual se dispuso oír el concepto del Auditor de Guerra de ese cuartel general para la convocatoria de consejo de guerra verbal (fl. 99), y ordena remitir el expediente al Tribunal de origen, para que se proceda a renovar la actuación invalidada por el juzgado superior de distrito al que corresponda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FUGA DE PRESOS.— DELITOS CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS

Estando prevista la violencia contra las personas como causal específica de agravación de la fuga, es patente que no puede configurarse al tiempo y con autonomía el delito contra funcionarios públicos.

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

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio contra la sentencia de esta corporación de fecha 15 de marzo de 1973, por la cual se condena a Hernán o Hernando Arévalo Jaime a la pena principal de seis años de prisión y a la accesoria de relegación a colonia agrícola por tiempo de cinco a quince años, como autor de los delitos de robo, fuga de presos y contra los funcionarios públicos, y se condena igualmente a los procesados Regis Robustino Conde Merchán y Luis Alberto Rojas Franco a la pena principal de cinco años y seis meses de prisión, por los delitos de fuga de presos y contra los funcionarios públicos.

Hechos y actuación procesal

Los hechos aparecen narrados así en la providencia impugnada:

"Conforme a la denuncia y posterior investigación, se demostró que el día dieciséis de febrero de mil novecientos sesenta y ocho, le fueron entregados por parte del Comandante del Campamento "Sardinata" perteneciente a la Colonia Penal y Agrícola de Oriente, ubicada en jurisdicción del municipio de Acacías, al guardián nacional Luis Castro Pinilla para su custodia y conducción al campo de trabajo común, en estos menesteres, una 'escuadra' de reclusos, integrada por Reyes Merchán Conde, Arévalo Jaime Hernán, Rojas Franco Luis, Trigos Bedoya Dolfo, y Gómez Pineda Gabriel. Cuando el guardián Castro emprendió el regreso con su 'escuadra' de relegados hacia el campamento de 'Sardinata', lugar de base, a eso de las doce y media del día citado, en el trayecto fue sorpresivamente atacado por uno de los reclusos, sujetado por éste de los brazos, otro lo tomó de las manos y entre los complotados para el golpe con fines de conseguir la fuga, como efectivamente sucedió, lo desarmaron, lo ataron de pies y manos con cuerdas de fique, le robaron el fusil de dotación oficial, una peinilla que portaba a la cintura, un reloj, un cinturón con su respectiva chapa metálica y la dotación de cartuchos para fusil que portaba, dentro de esto lo hirieron en la cabeza y posteriormente amarraron también al recluso Gabriel Arcángel Gómez Pineda, por cuanto éste no quiso tomar parte en la fuga, ni en el atentado contra el representante de la autoridad en esos momentos. Una vez que el guardián y el recluso pudieron liberarse de sus ataduras, emprendieron rápido regreso hacia el Campamento de Sardinata con el fin de dar el parte al comando respectivo y posteriormente a la Dirección de la Colonia, de donde se ordenó patrullaje inmediato y en esta forma lograron recapturar a tres de los implicados, pero no lograron recuperar el fusil".

Clausurada la investigación, el Juez Promiscuo del Circuito de Acacías dictó, el 25 de noviembre de 1970, auto de proceder contra el sindicado Arévalo por los delitos de robo y fuga de presos, y contra los procesados Conde y Rojas por el delito de fuga (fl. 293 y ss.).

Dicho auto no fue apelado, y rituada la causa se le puso fin en primera instancia mediante sentencia de 23 de julio de 1971, en la que se condenó a los acusados a diversas sanciones (fl. 392 y ss.).

El referido fallo fue consultado con el Tribunal Superior de Villavicencio, y esta entidad, en proveído de 12 de noviembre del mismo año, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive, estimando que había sido incompleta la calificación del sumario, por no haber comprendido los delitos de lesiones personales y ataque a los funcionarios públicos (fl. 7 y ss. del primer cuaderno del Tribunal).

Cumpliendo lo dispuesto por el superior, el juez del conocimiento profirió nuevo auto calificador de la investigación, fechado el 10 de diciembre de 1971, y en él dispuso "abrir causa criminal" contra Hernán o Hernando Arévalo Jaime por los delitos de robo, fuga de presos y contra los funcionarios públicos, y contra Regis Robustino Conde Merchán y Luis Alberto Rojas Franco por los delitos de fuga de presos y contra los funcionarios públicos. En la misma providencia se sobreseyó temporalmente en favor de los tres procesados respecto de las lesiones personales causadas al guardián Luis Alfredo Castro Pinilla (fl. 422 y ss.).

Ese auto no fue recurrido y con base en él, luego de sustanciado en legal forma el juicio, el juzgador de primer grado dictó sentencia el 18 de diciembre de 1972, en la que impuso a Arévalo Jaime la pena principal de diez años de presidio, y a Conde Merchán y Rojas Franco la sanción principal de ocho años de prisión. Además, se condenó a cada uno de los inculpados al pago de multa por valor de $ 150.00 en favor del tesoro nacional, y "a las siguientes penas accesorias: Interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la la pena principal; suspensión de la patria potestad si la tuvieren y por el mismo tiempo de la condena; así como a la publicación especial de la sentencia" (fl. 497 y ss.).

De ese fallo conoció el Tribunal Superior de Villavicencio, por apelación del procesado Arévalo y también por consulta, y la citada corporación, en el suyo de 15 de marzo de 1973, resolvió:

"1º **Confirmar** el numeral primero (1º) del fallo de primera instancia, por el cual se condenó a Hernán o Hernando Arévalo Jaime, pero modificándolo en el sentido de condenarlo a la pena principal de seis (6) años de prisión.

"2º **Adicionar** este numeral, en el sentido de condenar al mismo Hernando Arévalo Jaime a la pena accesoria de (5) a quince (15) años de colonia agrícola, que deberá cumplir, cuando haya pagado la principal, permaneciendo en la colonia hasta cuando demuestre que se halla rehabilitado para vivir en sociedad, por un tiempo mínimo de cinco años y máximo de quince.

"3º **Confirmar** el numeral 2º de la sentencia apelada y consultada, por medio del cual se condenó a Regis Robustino Conde Merchán y Luis Alberto Rojas Franco, pero modificándolo en el sentido de condenarlos a la pena principal de cinco (5) años y seis (6) meses de prisión, para cada uno de ellos.

"4º **Confirmar** la sentencia en todo lo demás" (fl. 9 y ss. del segundo cuaderno del Tribunal).

Importa anotar que uno de los Magistrados del Tribunal **ad quem** salvó el voto, por considerar que el delito contra funcionarios públicos atribuido a los acusados y por el cual fueron condenados no había existido, pues la violencia ejercida contra el guardián de cuya vigilancia se sustrajeron aquéllos constituía una circunstancia agravante de la fuga, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 236 de 1957, norma ésta que por su carácter especial excluía la aplicación del artículo 184 del Código Peñal, por lo cual "lo correcto era absolver a los procesados por el delito contra funcionarios públicos" (fls. 19 y 20).

Contra el fallo de segundo grado interpuso oportunamente el Fiscal Primero del mencionado Tribunal el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y se

declaró admisible por esta Sala de la Corte por medio de auto datado el 15 de junio de 1973.

La demanda

En libelo ceñido en su forma a las exigencias legales, el actor formula dos cargos contra la sentencia acusada, así:

Primer cargo

Haberse dictado el fallo en juicio viciado de nulidad, motivo de casación contemplado en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Ensaya el recurrente demostrar la censura manifestando, en resumen, que fue equivocada la decisión que adoptó el Tribunal Superior en el auto de 12 de noviembre de 1971, por la cual declaró la nulidad del juicio, ya que los hechos habían sido correctamente calificados por el juez del conocimiento en el auto de proceder que fue invalidado. Después de hacer transcripciones de pasajes de esas piezas procesales, apunta el demandante:

"No cabe duda que la sentencia impugnada fue dictada en un proceso viciado de nulidad, porque el juzgado a quo profirió la sentencia el 23 de julio de 1971, ajustándose con estricto rigor técnico y jurídico al auto de proceder dictado el 25 de noviembre de 1970 contra el cual no se interpuso recurso alguno de manera que correspondía a la Sala Penal del Tribunal, al revisar aquel fallo en grado jurisdiccional de consulta, revocarlo, confirmarlo o reformarlo pero de ninguna manera era procedente —sin quebrantar las garantías constitucionales de los procesados— declarar una nulidad inexistente, de aquellas no establecidas por la ley penal de modo expreso y que surgen solamente, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, cuando por irregularidades procesales, se 'ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa' (casación febrero 20 de 1971). El auto cuestionado, es decir, el calendado el doce (12) de noviembre de 1971 violentó garantías constitucionales de los procesados dejándoles al arbitrio del juez quien no podía tomar otra decisión que aquella ya plasmada como se puede deducir fácilmente de las posteriores providencias dictadas después del auto anulatorio, decisiones que llevan el sello impuesto por el Tribunal, con lo cual se quebrantó el derecho de defensa. Pero volviendo de nuevo sobre el auto del 12 de noviembre que declaró nulo lo actuado a partir del auto de proceder se evidencia allí un ostensible abuso de poder y falta de discernimiento doctrinal, porque el juez a quo había hecho una completa calificación de los hechos con buen criterio jurídico, para deducir, luego de estudio exhaustivo de la prueba, que los incriminados eran responsables y así los llamó a juicio, por los delitos de robo y fuga agravada tomando el elemento 'violencia a las personas o a las cosas' para estructurar el primero y en cuanto al segundo también tuvo en cuenta esta circunstancia al decir que el delito lo 'cometieron ejerciendo violencia contra la persona encargada de la vigilancia'. Con base en este pliego de cargos, el señor Juez Promiscuo del Circuito de Acacías, dictó la sentencia condenatoria de 23 de julio de 1971 (fl. 392 del cuaderno principal), de manera que no podía el Tribunal, tal como lo hizo, agravar la situación de los procesados ya definida suficientemente, creando además otros delitos autónomos como el 'ataque a funcionarios públicos' y lesiones personales. Con tal actitud pretermitió las normas propias del juicio, y violentó flagrantemente el derecho de defensa, porque le trazó al inferior —como ya se dijo— pautas que tenía que obedecer en sus posteriores decisiones, obligándolo a sacrificar su criterio ciertamente más jurídico que el preestablecido por el Tribunal en el auto criticado en esta demanda.

"La singular nulidad constitucional de que adolece el auto anulatorio del 12 de noviembre de 1971, engendró, como consecuencia, la nulidad supralegal de la etapa posterior del proceso de donde resulta que la sentencia acusada fue dictada en un juicio viciado de nulidad".

Segundo cargo

Ser la sentencia impugnada violatoria de la ley sustancial, "por aplicación indebida del artículo 184 del Código Penal, en

armonía con el artículo 33 ibídem", causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Fundamenta el Fiscal recurrente la referida tacha en los términos que se trasladan:

"Considero que la sentencia acusada fue dictada con violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 184 del Código Penal, en concordancia con el 33 de la misma obra porque aun cuando la fuga es concurrente con el homicidio o con las lesiones personales y también con el robo como sucede en el caso de autos, no puede concurrir con esa infracción. 'El delito contra funcionarios públicos' como lo denomina el Tribunal porque la 'violencia contra las personas o las cosas', tipifica la fuga calificada ya sea que se ejerza contra los funcionarios o contra particulares, toda vez que el propósito principal fue dirigido a burlar la acción del régimen carcelario.

"En efecto, el inciso 4º del artículo 1º del Decreto 236 que modificó el artículo 203 del Código Penal incluye la violencia contra las personas o las cosas como elemento esencial del delito de fuga agravada. Allí se establece que si el responsable fuere un detenido, la pena de arresto —en caso de agravación— se aumentará de una tercera parte a la mitad o si fuere un condenado la pena de prisión se aumentará en la misma proporción. De manera que si la violencia a las personas, 'no alcanza la categoría de delito (homicidio o lesiones) es apenas un integrante de la fuga calificada sea que se ejerza contra los particulares o contra funcionarios. En este caso no puede dar el juzgador aplicación al artículo 186 (sic) porque se violaría el principio non bis in idem. Por la misma razón no concurre la fuga agravada con el delito de daño, como no concurre éste con el robo'. (Antonio Vicente Arenas. Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo primero, Pág. 211).

"Síguese de lo anterior, que el honorable Tribunal al hacer concurrir los delitos de fuga y contra funcionarios públicos, dio aplicación indebida al artículo 184 en concordancia con el artículo 33 del Código Penal. Por tal razón solicito muy respetuosamente casar la sentencia acusada y dictar la que correspondía, en caso de que sea aceptada esta causal".

De la demanda se dio traslado, para los fines del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, al Procurador Delegado Penal, quien expresó, al contestarlo, que no compartía los planteamientos jurídicos del Fiscal demandante, por lo cual se abstenía de ampliarlos.

Se considera

I. El primer cargo de la demanda carece de todo fundamento. El Fiscal recurrente no señala cuál de las causales de nulidad establecidas en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal existe en el proceso, ni indica tampoco cuál de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución política fue desconocida en las instancias, pues ni siquiera cita aquella norma superior como violada. Lo que pretende el actor, a términos de su acusación es que la Corte revise una providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, el auto de 12 de noviembre de 1972, que se ejecutorió hace bastante tiempo y que por obvias razones no puede ser examinado ahora por esta Sala.

Los motivos aducidos por el recurrente para sustentar la pretendida nulidad del juicio son propios de la causal primera de casación, no de la cuarta, y su planteamiento a través de esta última resulta equivocado.

II. El segundo cargo, o sea el de ser la sentencia violatoria de la ley penal, concretamente del artículo 184 del Código Penal por aplicación indebida de esta disposición, sí está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

a) El empleo de "violencia contra las personas o las cosas" en la evasión recae ordinariamente sobre los funcionarios encargados de la vigilancia o sobre los cerramientos de las cárceles y constituye una circunstancia agravante de la fuga, que determina un aumento de la pena "de una tercera parte a la mitad", respecto de la establecida para la infracción, a voces del in-

ciso 4º del artículo 1º del Decreto 236 de 1957, que subrogó el artículo 203 del Código Penal;

b) Estando prevista la violencia contra las personas (de particulares o de funcionarios o empleados públicos, supuesto que la ley no distingue y lo natural es que se dirija contra los guardianes) como causal específica de agravación de la fuga, es patente que no puede configurarse al tiempo y con autonomía el delito contra funcionarios públicos, pues la descripción que de esta infracción hace el artículo 184 del Código Penal coincide en sus elementos estructurales con la que constituye, tal motivo de agravación, y se violaría ostensiblemente, de darle paso al concurso de delitos, el conocido principio del non bis in idem. Se trata, en el caso que se comenta, de un conflicto aparente de leyes, no de concurso de infracciones, conflicto que se resuelve, observando el principio de la especialidad, haciendo privar la disposición legal especial (Art. 1º, inciso 4º, del Decreto 236 de 1957) sobre la general (Art. 184 del C. P.);

III. Al condenar el Tribunal Superior de Villavicencio a los procesados Arévalo, Conde y Rojas por delito contra los funcionarios públicos, en razón de la violencia que ejercieron sobre el guardián Castro, para cometer por ese medio el delito de fuga, por el que también fueron condenados aquéllos, dio aplicación indebida al artículo 184 de la ley penal, como lo sostiene el recurrente. Jurídicamente no existe dicha infracción en el proceso sub judice, y habiendo sido llamados los sindicados a juicio por ella, lo indicado era absolver a los acusados por este cargo.

IV. Como la Corte encuentra justificada la causal primera de casación, por el error jurídico anotado, se casará el fallo impugnado y se dictará el que deba reemplazarlo, tal como lo preceptúa el artículo 583, ordinal 1º del Código de Procedimiento Penal.

V. El procesado Hernán o Hernando Arévalo Jaime fue enjuiciado y condenado, como se recordará, por los delitos de robo, fuga de presos y contra los funcionarios públicos. Procede sancionarlo por los dos ilícitos primeramente mencionados, cuya existencia y responsabilidad por ellos del inculpado no han sido cuestionadas en casación, y absolverlo por el último.

A efecto de determinar e individualizar las sanciones imponibles a aquél, bastan estas consideraciones:

El delito de robo en su tipo básico, incriminado a Hernán Arévalo en el auto de proceder y demostrado en los autos, tiene señalada pena de prisión de uno a ocho años (Art. 2º de la Ley 4ª de 1943, que sustituyó el 402 del C. P.).

La fuga de presos realizada mientras se purga condena por delito, infracción en la que también incurrió el acusado, apareja pena de dos a cinco años de prisión, pena que se aumenta de una tercera parte a la mitad si la fuga se comete empleando violencias contra las personas, como aconteció en el caso sub judice.

Los dos delitos mencionados concurren en forma real o material, y son reprimibles con la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto (Art. 33 del C. P.).

Aunque, en el evento de autos, el robo tiene fijado un máximo un poco mayor que el correspondiente a la fuga agravada, se tomará como delito base para la aplicación de la pena el de fuga de presos, cuyo mínimo, del cual debe partirse para dosificar la sanción, duplica el establecido para el robo, y siendo ello así no sería lógico obrar de otra manera.

El mínimo de dos años de prisión señalado para la fuga se aumentará en seis meses, por concurrir la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal puesto que los procesados obraron en complicidad previamente concertada como lo expresaron los juzgadores de las instancias con base en las propias confesiones de los reos.

Esa sanción básica de dos años y seis meses se elevará en una tercera parte, vale decir, en diez meses, de acuerdo con el inciso 4º del artículo 1º del Decreto 236 de 1957, por haberse realizado la fuga mediante violencia contra la persona del guardián Luis Castro Pinilla. Se tiene así un total de cuarenta meses de prisión, que se aumentarán en veinte meses por razón del concurso del delito de robo.

En resumen, el procesado Arévalo deberá purgar la pena principal de cinco años

de prisión, y se le impondrán, además, la obligación de pagar los perjuicios causados con el delito contra la propiedad y las sanciones accesorias de rigor.

VI. Los procesados Regis Robustino Conde Merchán y Luis Alberto Rojas Franco fueron llamados a juicio por los delitos de fuga y contra los funcionarios públicos. Procede condenarlos por la fuga y absolverlos por el otro cargo.

La sanción principal que les corresponde es la de tres años y cuatro meses de prisión, tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 36 y 37, ordinal 9º, del Código Penal y 1º, incisos 2º y 4º, del Decreto 236 de 1957, tal como se explicó al individualizar la pena correspondiente al procesado Arévalo.

Igualmente se aplicarán a los acusados las sanciones accesorias pertinentes, según el artículo 12 de la Ley 16 de 1969, que modificó el 58 del Código Penal.

VII. No se puede deducir reincidencia contra los inculpados, como equivocadamente lo hizo el ad quem en la providencia recurrida, pues por el hecho de haberse evadido mientras cumplían las condenas anteriores se les aumentó la pena correspondiente a la fuga. Importa recordar aquí lo que al respecto afirmó esta Sala en sentencia de 28 de noviembre de 1973:

"Es obvio que la reincidencia obra aun respecto de delitos que no conllevan penas privativas de la libertad. Pero es evidente que quien se fuga cuando está cumpliendo una sanción restrictiva de esa libertad, habida cuenta que la condena que origina su encarcelación se toma en consideración para fijar una represión mayor que la prevista para quien se evade estando, apenas, detenido preventivamente, mal puede tomarse en cuenta el delito que dio lugar a esa condena, también, para aumentar la sanción con base en la reincidencia, pues se contradice el principio "non bis in idem". (Casación de Luis Antonio Acosta Bohórquez y otros, con ponencia del Magistrado doctor Humberto Barrera Domínguez).

Fallo

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia de 15 de marzo de 1973 del Tribunal Superior de Villavicencio, a la cual se ha hecho referencia, y en su lugar,

Resuelve:

1º Se condena al procesado Hernán o Hernando Arévalo Jaime a la pena principal de cinco años de prisión, como responsable de los delitos de fuga de presos y robo, objeto de este proceso; al pago de los perjuicios causados por el robo; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, y a la suspensión de la patria potestad, si la tuviere, durante el tiempo de la condena.

2º Se condena a cada uno de los procesados Regis Robustino Conde Merchán y Luis Alberto Rojas Franco, como responsables del delito de fuga de presos por el cual fueron enjuiciados, a la pena principal de tres años y cuatro meses de prisión; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y a la suspensión de la patria potestad, si la tuvieren, durante el tiempo de la condena.

3º Se absuelve a los procesados Hernán o Hernando Arévalo Jaime, Regis Robustino Conde Merchán y Luis Alberto Rojas Franco, por el delito contra los funcionarios públicos que se les imputó en el auto de proceder.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA

Fecha de iniciación.—Aplazamiento.— Continuación.

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

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis Fernando Rodríguez Villegas contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 18 de septiembre de 1973 por medio de la cual confirmó la de primera instancia del Juzgado Cuarto Superior de la ciudad de Tuluá, que condenó al recurrente a la pena principal de quince años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como autor responsable del delito de 'homicidio' agotado en la persona de Fabio de Jesús Villegas Fernández, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el auto de proceder".

Hechos

Los juzgadores de primera y segunda instancias los han sintetizado acertadamente así:

"Siendo las ocho y diez minutos de la mañana del día 18 de abril de 1972, en la esquina de la carrera 23 con la calle 25 de esta ciudad, fue muerto de dos certeras puñaladas el señor Fabio de Jesús Villegas: la primera fue localizada en la región infraescapular izquierda, penetrante del tórax y la segunda, en la línea parenteral derecha, cuarto espacio intercostal, habiéndole interesado el pulmón izquierdo y producido el colapso total de este órgano; fuera de haber recibido, la víctima, un puntazo en el lóbulo nasal (fl. 29).

"El agresor fue capturado minutos después dentro del depósito de café de Rigoberto Londoño, cuando en forma inusitada aparentaba tratar de tomar un baño, luego de lo cual se salió a trabajar pero en calzoncillos, porque así dizque estaba más fresco; esto sucedió en la carrera 22 número 25-54, donde está situado el mencionado depósito. Pero la captura se llevó a cabo más que todo por indicación de quienes antes habían corrido en persecusión (sic) del agresor, quien fuera identificado como Luis Fernando Rodríguez Villegas, trabajador en Trujillo y en Tuluá del citado Rigoberto Londoño, a quien igualmente se vinculó al proceso como posible cómplice".

Actuación procesal

El mismo día en que ocurrieron los hechos, el Juzgado Primero Penal Municipal de Tuluá dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 4). Se adelantó normalmente la investigación y dentro de ella, por auto de 21 de abril de 1972, se decretó la detención preventiva de Luis Fernando Rodríguez Villegas por el delito en investigación y se decretó la libertad de Rigoberto Londoño Giraldo por los mismos hechos (fls. 54 ss.). Clausurada la instructiva (fl. 163), el juzgado del conocimiento, que lo fue el 4º Superior antes indicado, por auto de 14 de agosto de ese mismo año, llamó a responder en juicio criminal a Luis Fernando Rodríguez Villegas por el delito de homicidio agravado (C. P. Arts. 362 y 363, ordinales 2º y 5º) "agotado en la per-

sona de Fabio de Jesús Villegas Fernández, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los autos"; sobreseyó temporalmente en favor de Rigoberto Londoño Giraldo por el mismo ilícito, le reabrió la investigación y, ordenó sacar copias para investigar la conducta de Consuelo Durán Vargas y de Eduardo Antonio Rodríguez Orozco, "en cuanto pueden haber incurrido en el delito de encubrimiento" (fls. 184 ss.). Apelado el auto enjuiciatorio el Tribunal lo confirmó "en todas sus partes" (fls. 236 ss.). Se abrió el juicio a prueba (fl. 281), se hizo uso del término correspondiente y, el día y la hora señalados (fl. 308 vto.) se inició la audiencia pública (fl. 315), la cual culminó con veredicto de "sí es responsable", proferido por mayoría (fl. 313). Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancias, a las cuales se ha hecho referencia en los vistos de la presente. Contra la última se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

El censor formula tres cargos contra la sentencia impugnada: el primero al amparo de la causal 4ª de casación, el segundo con invocación de la 2ª y, el tercero, con fundamento en la primera. Ellos se estudiarán separadamente y en el mismo orden en que vienen presentados, haciéndose, en su debida oportunidad, referencia al concepto del Ministerio Público.

Primer cargo

Lo enuncia así: "Acuso las sentencias antes relacionadas, por la causal consignada en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el numeral 4º del artículo 210 ibídem. También fueron violados los artículos 159, 170 del mismo Código de Procedimiento Penal, y la garantía constitucional del artículo 26 del (sic) Constitución Nacional, por cuanto no se obsarvaron (sic) la plenitud de las formas procesales para el juicio".

Para fundamentarlo expone: Como la audiencia pública tiene por objeto el que la ciudadanía conozca el juzgamiento de los delitos, no basta que a ella concurran el juez, el fiscal, la parte civil, el enjuiciado, su defensor y los jurados, sino tambien el público ya que, pudiéndose recibir pruebas en ella, éstas pueden provenir de cualquier asistente al acto. Cita el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal en cuanto establece como causal de nulidad "no celebrarse audiencia pública, a menos que la ley autorice u ordene celebración privada, o no celebrarse en el día y hora señalados"; para argumentar: Por auto se señaló el 27 de abril a las 8 de la mañana para la celebración de la audiencia. En el acta respectiva aparece que se dispuso "aplazar la audiencia para el día viernes cuatro (4) de mayo próximo a partir de las nueve de la mañana". Esta medida que ha debido tomarse según lo dispone la norma 159 del estatuto procesal penal, no fue suscrita por el juez ni por el secretario, lo que hace inexistente la providencia. Entonces, al celebrarse el 4 de mayo, se violó el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal "que prohibe practicar diligencias en el proceso penal, si no ha sido ordenada por auto o sentencia". Tampoco se notificó esta última determinación al público. Luego la audiencia se celebró en día y hora distintos de los primitivamente señalados, por lo cual se incurrió en la causal de nulidad establecida en el numeral 4º del artículo 210 del Código últimamente citado. En consecuencia las sentencias se profirieron en un juicio viciado de nulidad, lo que implica la causal 4ª de casación. Solicita de la Corte declarar nulo lo actuado a partir del auto de 7 de abril de 1973, que señaló día y hora para la celebración de la audiencia.

Se contesta el cargo

1. El Ministerio Público, representado en esta ocasión por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita que este cargo se rechace, pues no existe la nulidad alegada ya que "El aplazamiento que se hizo,... está legalmente autorizado por la ley procesal penal y en consecuencia el acto del juzgamiento se rituó conforme a las garantías constitucionales y legales".

2. Al folio 308 vuelto del expediente se encuentra el auto por medio del cual se señaló el día 27 de abril de 1973 a partir de

las 8 de la mañana, para la celebración de la audiencia pública.

Esta diligencia, tal como estaba dispuesto, se inicio en el día y hora señalados, según consta en el encabezamiento del acta respectiva (Cfr. fl. 315). Se constató la presencia de quienes debían intervenir en ella, se "declaro abierta la sesión" y se juramentó a los integrantes del tribunal de conciencia. A continuación se lee: "En este estado, el señor Fiscal, solicita al señor presidente se sirva aplazar la audiencia por estar en condiciones precarias de salud. El señor presidente, atendiendo a la solicitud hecha por el señor Fiscal, dispone aplazar la audiencia para el día viernes cuatro (4) de mayo próximo, a partir de las nueve de la mañana. Levantada la sesión por el señor presidente, se procede a desalojar la Sala". Punto aparte se encuentra: "Segunda sesión: Viernes cuatro (4) de mayo de 1973. Hora: 9 a. m. Llegados el día y hora señalados el día veintisiete de abril del año en curso, estando presentes las partes que intervienen en este acto, se continúa la vista pública. El señor presidente de la Sala declaró abierta la sesión, y ordenó se diera lectura..." (fl. 316).

De lo anterior se concluye que la audiencia se inició en el día y hora señalados. Luego vino el aplazamiento pedido por el Ministerio Público, en atención a motivos de enfermedad. Lo anterior se ajusta a la ley, pues así lo autoriza el artículo 506 del Código de Procedimiento Penal, que consagra el "aplazamiento de la audiencia" por enfermedad o por otra causa grave.

Según lo anota el Ministerio Público, "como no se trataba de iniciarse nuevamente la audiencia, sino de continuarla, situaciones diametralmente diferentes, punto en donde radica la confusión del demandante no temía por qué dictarse ninguna providencia específica para señalar nueva fecha y hora a fin de continuar el debate oral ya iniciado. Muy distinto habría sido si por alguna razón legal no se hubiera dado comienzo a la audiencia, caso en el cual sí habría que señalarse nueva fecha y hora para su realización, mediante providencia, como lo reclama el censor".

En consecuencia, ni se está frente a la nulidad de orden legal invocada por el recurrente ni tampoco frente a la de origen constitucional por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio.

Por tanto este cargo no prospera.

Segundo cargo

Enunciación: acuso las sentencias impugnadas por la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con lo dispuesto en los 519 y 533 del mismo estatuto.

Lo fundamenta así: En la parte resolutiva del auto de proceder se llamó a juicio a Rodríguez Villegas "Por el delito de homicidio que define y sanciona el Código Penal en su título XV, capítulo I, libro 2º ibídem, agogado (sic) en la persona de Fabio de Jesús Villegas Fernández, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los autos". De la diligencia de necropsia que transcribe en lo pertinente afirma que "se desprende que el occiso recibió dos lesiones: una que interesó el pulmón izquierdo con hemorragia en la cavidad pulmonar izquierda, y otra, del lado derecho, que no interesó el pulmón derecho —menos el que en el cuestionario se dice: 'neumotórax'— sino sólo la pleura, produciendo neumotórax. En el pulmón derecho no hubo hemorragia. Eso es lo que consta en autos y por eso fue llamado a juicio Rodríguez. Pero, en el cuestionario se preguntó si Rodríguez Villegas "Es responsable sí o no, conforme al auto de proceder de haber ocasionado la muerte del señor Fabio de Jesús Villegas Fernández, cuando con el propósito de matar, le propinó dos heridas con arma cortopunzante, la primera de las cuales... y la segunda, en el cuarto espacio intercostal línea paraesternal derecha, penetrante del neumotórax derecho con total colapso del pulmón, las que le produjeron el deceso por hemorragia".

"A este cuestionario y en su veredicto, que es concurrente con la sentencia, pues de él forma parte y sobre él se fundamenta, los señores jurados, contestaron por mayoría que sí".

La segunda herida "no fue penetrante del neumotórax derecho" porque neumotórax es "un fenómeno fisiológico que consiste: en la introducción natural o provocada de aire u otros gases en la cavidad de

la pleura" ni produjo hemorragia, como contestaron los jurados que sí al responder el cuestionario. Luego la sentencia, al acoger el veredicto y condenar "no estuvo en consonancia ni acuerdo, con los cargos formulados en el auto de proceder, pues éste, llamó a mi representado a juicio por homicidio en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los autos. Y los autos, dan cuenta de una lesión ocasionada con arma cortopunzante, que interesó la pleura, no el pulmón, que no ocasionó hemorragia, sino colapso del lado derecho. Se violó también el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal pues el interrogatorio a los jurados, se hizo, en el cuestionario, determinando 'hechos en forma diferente a como quedaron consignados en el auto de proceder', que se fundamentó en el dictamen médico-legal". Luego se incurrió en la causal 2ª de casación consagrada en el artículo 580 del estatuto procesal penal.

Se contesta el cargo

1. El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que este cargo se deseche, porque su fundamentación no tiene relevancia jurídica, ya que el procesado, pese al error anotado al cuestionario, fue el causante de la muerte.

2. Dice lo pertinente de la diligencia de autopsia practicada al cadáver de Fabio de Jesús Villegas Fernández: "A la inspección general, presenta: Repelones traumáticos en mentón y región malar izquierda. Puntazo sobre la ceja izquierda, puntazo en hombro derecho. Herida cortopunzante y penetrante de tórax, de cuatro centímetros de largo en región infraescapular izquierda. Herida cortopunzante de tres centímetros de largo en línea paraesternal derecha sobre cuarto espacio intercostal. Puntazo sobre lóbulo nasal derecho. Abierto tórax y abdomen, se halló: Hemorragia cavidad pulmonar izquierda, interesando pulmón izquierdo. Neumotórax derecho con colapso total del pulmón. Los demás órganos fueron hallados normales. Causa de la muerte: hemorragia".

Al jurado se le interrogó si el procesado Luis Fernando Rodríguez Villegas "es responsable, sí o no, conforme al auto de proceder de haber ocasionado la muerte del señor Fabio de Jesús Villegas Fernández, cuando con el propósito de matar, le propinó dos heridas con arma cortopunzante, la primera de las cuales fue localizada en la región infraescapular izquierda, penetrante del tórax y del pulmón del mismo lado; y la segunda, en el cuarto espacio intercostal, línea paraesternal derecha, penetrante del neumotórax derecho, con total colapso del pulmón, las que le produjeron el deceso por "hemorragia" obrando con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y aprovechando el estado de indefensión e inferioridad en que se hallaba la víctima, según hechos ocurridos a eso de las ocho de la mañana del día diez de abril de mil novecientos setenta y dos, en el perímetro urbano de esta ciudad?".

Es cierto, como lo apunta el demandante, que en el cuestionario se incurrió en el error, con relación a la segunda lesión causada con arma cortopunzante, de consignar que ella fue "penetrante del neumotórax derecho" cuando, en realidad el neumotórax no es un órgano del cuerpo humano sino un fenómeno fisiológico. Mas como expone el Ministerio Público colaborador, en concepto que esta Sala comparte, tal equivocación "no tiene relievancia jurídica, pues lo que importa es la demostración de la causa que produjo el colapso de ambos pulmones, y que no es otra que las heridas propinadas por el procesado. Del acta de necropsia se desprende, en forma innegable, que el pulmón izquierdo se colapsó por hemorragia, mientras que el derecho fue por el neumotórax ya explicado. Siendo una sola persona la que causó ambas lesiones, como está demostrado en el proceso, ella es la causante de la muerte." (Cuaderno de la Corte, fls. 27 ss.).

Lo anterior es suficiente para concluir que este cargo tampoco puede prosperar.

Tercer cargo

Lo enuncia así: "Acuso las sentencias de primero y segundo grados, proferidas en este proceso, por la causal del numeral 1º por aplicación indebida de los artículos 215, 217 del Código de Procedimiento Penal, a la cual llegaron los jueces de instancia, por el error de hecho al dejarse de apreciar co-

mo prueba, la atestación secretarial que aparece al folio 121 del proceso".

Para argumentarlo expone: Según esa atestación, Rosalba Cuartas se requería para un careo con María Diva Morantes, "por aparecer serias contradicciones en sus testimonios. La mencionada Cuartas se hizo presente en el despacho, mientras se practicaba otra diligencia penal. Y al notar la presencia de la señorita Morantes, se ausentó, no obstante habérsele dicho que esperara unos minutos". El no haber apreciado esta prueba para valorar el testimonio de la Cuartas permitió a los juzgadores de instancia "dar aplicación al artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, dando por plenamente demostrada la responsabilidad de mi poderdante y teniendo por plena prueba la de este (sic) testigo, con otros indicios endebles, violando así también el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. De acuerdo con las piezas procesales, esa declaración fue decisiva e incidió en la condena. Pero si hubieran tenido en cuenta esa atestación secretarial, habrían negado toda credibilidad al testimonio de la Cuartas y habrían absuelto. "La omisión en apreciar la atestación secretarial, fue un error de hecho, que se presenta manifiesto en el proceso, pues por parte alguna se menciona a través de todas sus actuaciones, y que permitió dar aplicación en forma indebida, al artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, dando por establecida la plena prueba de la responsabilidad y los artículos 217 y 218 del mismo Código, que determina la prueba plena y la posibilidad de integrarla, con pruebas incompletas".

Se contesta el cargo

Bastan para rechazarlo las siguientes consideraciones que trae el Procurador Primero Delegado en lo Penal en su concepto, las cuales comparte la Sala: "La última causal motivo de casación que invoca el señor demandante es de total rechazo por cuanto, de manera confusa, plantea antitécnica mixtura de presupuestos que le son propios a la violación directa de la ley, con otros que pertenecen a la demostración del quebranto indirecto. Y mayor es el caos que se respira en esta causal toda vez que se apunta que la violación tanto directa como indirecta, recayó sobre norma del Código de Procedimiento Penal, y no de la ley penal sustancial que es la señalada por las normas rectoras del recurso extraordinario como violables por la sentencia recurrida.

"Siendo imposible, como lo es, identificar a cabalidad el criterio del censor en frente a la hipotética violación de las normas sustanciales, este último motivo invocado no es factible de estudio por la imprecisión de sus términos y lo ilógico de su planteamiento. Además, es conveniente recordar que el cuerpo doctrinario de la honorable Corte se ha engrosado con pronunciamientos jurisprudenciales que impiden recurrir al apartado segundo de la causal primera cuando se trata de juzgamientos hechos con intervención de jurado de conciencia".

Sólo resta agregar que acá el censor apenas enuncia una hipótesis y como tal, de carácter eminentemente subjetivo como toda hipótesis, acerca de lo que él cree que hubiera podido pasar al haberse considerado la constancia secretarial a la cual se refiere. Mas por ninguna parte ha demostrado el recurrente el error de hecho invocado, ni menos el que él aparezca de modo manifiesto en los autos. En consecuencia este cargo no puede prosperar.

Y como tampoco progresó ninguno de los anteriores, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, el recurso habrá de desecharse y se ordenará la devolución de estas diligencias al Tribunal de origen.

Decisión

Sin lugar a más consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de septiembre de 1973, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

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

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

La falta de notificación por estado de la fecha y hora para iniciarse la audiencia, no constituye nulidad, cuando la notificación se ha hecho en forma personal a todas las partes que intervienen en el proceso.

El hecho de haberse fijado, para dar comienzo a la audiencia, el día siguiente a aquel en que venció el término máximo previsto en el artículo 553 del Código de Procedimiento Penal, no genera nulidad.

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

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo fechada a 29 de enero del año en curso y por medio de la cual confirmó la del Juzgado Segundo Superior de Sogamoso en la que se condenó a Samuel Miranda León a la pena principal de ocho (8) años de presidio más las sanciones accesorias correspondientes, por el delito de homicidio cometido el 18 de mayo de 1971, en el municipio de Trinidad y del cual resultó víctima Mario Alirio Ochoa, interpuso el defensor del procesado recurso de casación que le fue concedido y que, admitido por esta Sala, se tramitó debidamente hasta llegar el asunto a estado de pronunciar sentencia, a lo cual se procede.

Hechos y actuación procesal

De la siguiente manera pueden ser resumidos aquéllos:

En la noche del 18 de mayo de 1971 la Policía de Trinidad se presentó al bar Jamaica en donde se encontraban reunidos varios agentes del DAS rural y, por ser avanzada la hora, ordenó cerrar el establecimiento orden que éstos se negaron a cumplir por lo cual los miembros de la Policía procedieron a requisar al agente del DAS Querubín García hecho que fue presenciado por uno de sus compañeros, Samuel Miranda, quien salió a informar de él a los que se encontraban fuera de la cantina. Se había alejado, con ese fin, unos metros cuando se encontró con Alirio Ochoa agente de Policía, contra quien disparó seis veces su revólver, causándole la muerte.

La investigación iniciada con base en el hecho que se deja resumido fue calificada por el Juez Segundo Superior de Sogamoso, a quien correspondió el conocimiento del asunto, con llamamiento a juicio contra Miranda León por el delito de homicidio lo que hizo por medio de auto de 25 de febrero de 1972 que, apelado por el Agente del Ministerio Público, fue confirmado por el Tribunal mencionado en el suyo de 19 de mayo de ese año, modificándolo en el sentido de suprimir la atenuante del artículo 28 del Código Penal que había sido reconocida por el juzgado.

Por auto de 30 de mayo de 1973 se fijó como fecha para iniciar la vista pública el 25 de junio, a las cuatro de la tarde.

Tal día se llevó a cabo la audiencia durante la cual fue sometido el cuestionario de rigor a los jurados quienes lo contestaron, por unanimidad, con un "Sí es responsable".

Por considerar dicha respuesta conforme con los hechos juzgados y las pruebas

obrantes en los autos, el juzgado, en la sentencia que se deja mencionada, lo desarrolló condenando a Miranda León a la pena ya dicha.

Apelada esa providencia por el defensor del procesado, la confirmó, en todas sus partes, el Tribunal por medio de la que ahora es objeto del recurso extraordinario.

Demanda de casación

Contiene dos cargos, basados ambos en la causal cuarta de casación.

Primer cargo

Sostiene el demandante que la sentencia se profirió en un juicio afectado de nulidad de rango constitucional a causa de no haberse notificado a las partes, por medio de estado, el auto en el cual se fijaron día y hora para iniciar la audiencia pública.

Considera que tal notificación era necesario llevarla a cabo de ese modo, no obstante que el procesado y su defensor habían sido notificados en forma personal, por cuanto "todavía estaban las personas perjudicadas con el delito en oportunidad legal para constituirse en parte civil" y estima que sus derechos fueron limitados al no practicarse aquella diligencia en la forma que el demandante cree debió hacerse, razón por la cual afirma que se violó el artículo 126 de la Constitución política

Segundo cargo

Alega la demanda que también se incurrió en nulidad constitucional por no haberse observado lo prescrito por el 553 del Código de Procedimiento Penal sobre fijación de fecha para la audiencia pública y que dispone que ésta se llevará a cabo no antes de cinco días ni después de quince contados a partir de la ejecutoria del auto por el cual se hace el señalamiento de la misma.

Expresa que por no haberse procedido así en este juicio, la audiencia llevada a cabo es inexistente y nula la actuación desarrollada de allí en adelante.

Concepto de le Procuraduría

Por intermedio del Procurador Primero Delegado Penal, el Ministerio Público expresa su concepto de que debe desecharse el recurso por no tener asidero ninguno de los dos cargos enderezados por el demandante contra la sentencia. Sus conceptos han sido tenidos en cuenta para fundamentar la conclusión que se toma en la presente providencia.

Consideraciones de la Corte

Se examinaron por separado los cargos que el actor formula contra la sentencia recurrida.

Primer cargo

El hecho de que el auto por el cual se fijaron día y hora para iniciar la audiencia pública en el presente proceso no hubiera sido notificado por estado, no constituye causal de nulidad porque la notificación se hizo como determinan las normas de procedimiento aplicables al caso.

En efecto, el artículo 179 del ordenamiento procesal penal dispone que el auto en cuestión debe ser notificado al igual que otras providencias enumeradas por esa norma.

Y el artículo 180 ibídem que regula la forma como deben llevarse a cabo las notificaciones dice que se harán en forma personal al procesado que estuviere detenido y a los apoderados y defensores, si se presentaren, estos últimos, a la secretaría dentro de los dos días siguientes al de la fecha de la providencia.

En el actual proceso no ha habido parte civil de modo que la unión que actuó, fuera de la "sui generis" constituida por el Ministerio Público, fue el procesado. A éste, a su apoderado y al Fiscal, se les notificó en forma personal el auto que se viene mencionando. Cumplida esta diligencia no era necesario fijar estado porque no había más partes a quienes hacer la notificación.

Carece, en consecuencia, de fundamento el cargo y debe desecharse.

Segundo cargo

El hecho de haberse fijado para dar comienzo a la audiencia el día siguiente a aquel en que venció el término máximo que el artículo 553 del Código de Procedimiento Penal señala para realizar la vista pública no puede considerarse como nulidad constitucional ya que tal determinación no desvió la marcha del asunto, ni impidió que se verificara un trámite fundamental del mismo, ni lesionó los derechos de las partes o de la sociedad o sea que no pasó de ser una irregularidad que, como las demás que puedan ocurrir en el proceso, deben ser evitadas pero que no resulta posible elevar al rango de nulidad constitucional, porque, como observa la Procuraduría, raros son los procesos en que no se presentan tales anomalías y si todas tuvieran el efecto que pretende el demandante, pocos serían los que llegaran a su fin. De ahí por qué, en reiterada doctrina, esta Sala haya considerado que sólo las más graves pueden anular el proceso. Y no pertenece a ese número la que aquí se examina.

No prospera, por lo tanto, el presente cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Carencia de fundamento para revisar una sentencia.

La Corte reitera la doctrina que sobre el particular ha expresado otras veces, entre ellas la de 22 de noviembre de 1947 y 24 de julio de 1953.

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

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de fecha 27 de octubre del año pasado por medio de la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva condenó a Alberto o Jorge Roa Torres, o Roberto Roa y Ofelia Arango a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión al primero y dieciséis (16) meses, también de prisión, la segunda, más las sanciones accesorias correspondientes, interpuso el primero de ellos, por medio de apoderado constituido al efecto, el recurso extraordinario de revisión, que se tramitó en debida forma y que, una vez agotado dicho trámite, se procede a resolver.

Dicha sentencia confirmó, con modificaciones, la proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de la ciudad mencionada el 11 de septiembre del año que se cita y en la que se condenó al primero de los procesados a la pena principal de 48 meses y a la segunda a 24 meses de prisión, por el delito de estafa cometido en esa ciudad el 13 de enero de 1973, en perjuicio de Rosabel Perdomo Cruz.

Hechos y actuación procesal

Pueden resumirse diciendo que el día que se ha mencionado en último término, Ofelia Arango, quien se hacía pasar por extranjera, abordó a la ofendida Rosabel Perdomo Cruz diciéndolo que buscaba a un abogado cuya dirección le preguntó, momento en que se acercó a ellos el procesado Jorge Roa Torres quien invitó a ambas mujeres a que entraran a una heladería cercana donde la procesada expuso que estaba buscando a dicho abogado con el fin de entregarle la suma de $ 20.000.00 para cumplir una promesa que había hecho la madre de ella de donar esa suma a un hospital o a un establecimiento de niños desamparados, al oír lo cual el procesado dijo que el abogado en cuestión era un individuo de mala clase, que había defraudado a un banco y que él (Roa Torres) podía ayudarle junto con la ofendida, a cumplir la misión. La Arango manifestó entonces que tenía que cerciorarse de que ellos (el procesado y la ofendida) eran personas honradas para lo cual debían firmarle un recibo en papel sellado haciendo constar que ella había ido a Neiva a entregar la suma en cuestión, así como también debía saber si ellos tenían cuenta bancaria. El procesado se levantó, salió y regresó a los diez minutos llevando unos billetes de quinientos pesos en un sobre. A la ofendida le preguntaron entonces si ella tenía dinero y como manifestara que en la sección de ahorros del banco había depositado $ 1.700.00 le dijeron que

fuera a sacar esa suma y la trajera en efectivo, lo que ella procedió a hacer, después de lo cual le pidieron que comprara unas hojas de papel sellado a lo que accedió, pero antes de salir puso sobre la mesa una carterita en que tenía el dinero. Cuando volvió, cartera y procesados habían desaparecido.

Por tales hechos se abrió la correspondiente investigación durante la cual fueron localizados y detenidos Roa Torres y la Arango contra quienes se dictó, con fecha 15 de junio de 1973 auto por medio del cual se les llamaba a juicio por el delito de estafa. Ejecutoriada dicha providencia contra la cual no se interpuso recurso alguno, se adelantó el juicio que culminó en la sentencia mencionada.

En las consideraciones referentes a la tasación de la pena se dice que ésta es aumentada en la tercera parte, o sea en un año, para un total de cuatro debido "al fallo condenatorio por un delito contra la propiedad, en contra de Félix Alberto Roa Torres, actuando allí con el nombre de "Germán Antonio León" fallo que se halla debidamente allegado al proceso y pronunciado dentro de un tiempo inferior a diez años" (fl. 264 vto. cuaderno principal).

El Tribunal, en la sentencia que es materia del recurso, se expresó así sobre este particular:

"Para Roa Torres le corresponde la siguiente sanción: partiendo del mínimo de un (1) año, aumentado en otro por estar presentes las circunstancias de mayor peligrosidad de los numerales 5º y 9º del artículo 37 del citado precepto, y por la serie de antecedentes penales que obran en los autos, en donde no sólo se hace pasar por un solo nombre sino por varios, arrojando un total de dos (2) años, a los que hay que agregarle una tercera parte por ser reincidente primario (artículo 34 ibídem), según copias de sentencias adjuntas y confirmadas por el DAS de Cali, ser "Germán Antonio León el mismo Roa Torres", para dejarla en definitiva en treinta y dos (32) meses de prisión".

Aparece en el expediente una constancia del DAS (División de Técnica Criminal e Identificación) visible a folio 114 vuelto, en que se hace constar que Félix Alberto Roa Torres o Alberto o Jorge Roa Torres o Roberto Roa o José Arcesio Mejía Restrepo o Germán León o Germán León Muñoz registra las entradas de policía que en ese informe se enumeran.

También obran (fls. 130 y 131) sendas copias de las sentencias de primera y segunda instancia, proferida la primera por la Inspección Tercera Municipal de Policía de Cali, con fecha 18 de marzo de 1968 y la segunda por la Gobernación del departamento del Valle el 24 de abril de ese año, en la primera de las cuales se condena a Germán León a la pena de catorce meses de prisión por el delito de hurto, sanción que es aumentada por la segunda a diez y ocho meses y veinte días de prisión.

Al certificado en mención y a las sentencias citadas, se refieren los jueces de primera y segunda instancia al considerar a Roa Torres como reincidente y hacerle el aumento de pena correspondiente.

Demanda de revisión

Invoca como causal principal para que se revise la sentencia, la expuesta en el numeral tercero del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal o sea "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo" y como subsidiaria la que contempla el numeral cuarto de la misma disposición, a saber "cuando la sentencia condenatoria, a juicio de la Corte Suprema, haya sido obtenida por algún documento u otra prueba secreta que no existía en el proceso".

Para sustentar ambos ataques a la sentencia, hace valer el mismo hecho, o sea el de que tanto por el Juzgado Segundo Municipal de Neiva como por el Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, se aumentó la pena impuesta al procesado Roa Torres por considerar que era reincidente para lo cual se tomaron en cuenta las sentencias de la Inspección Tercera Municipal de Policía de Cali y de la Gobernación del departamento del Valle que se dejan citadas, estimándose, erróneamente, que el condenado en ellas o sea Germán Antonio León era el mismo Félix Alberto Roa Torres, lo que no es cierto pues éste se halla-

ba por aquel entonces detenido en las cárceles Modelo de Bogotá y Judicial de Facatativá, desde el 3 de enero de 1968 hasta el 8 de agosto de 1969 razón por la cual no podía estarlo en la de Cali entre el 11 de marzo de 1968 y el 11 de enero de 1970 cómo dice el informe del DAS de dicha ciudad.

No expresa, empero, la demanda las razones en que funda la solicitud de revisión, pues ni siquiera ensaya demostrar cuáles son las pruebas falsas que pudieron determinar el fallo (causal tercera) ni los documentos o pruebas secretas, no existentes en el proceso y que se tuvieron en cuenta para obtener la sentencia condenatoria (causal cuarta).

Durante el período de pruebas del recurso, se obtuvieron a solicitud del demandante, los siguientes elementos de convicción:

a) Certificado de la Dirección de la Cárcel del Distrito de Cali sobre las constancias de entrada y salida de Germán Antonio León Muñoz o Núñez.

De ese informe aparece que dicho procesado permaneció en el establecimiento carcelario que se cita entre el 23 de junio de 1967 hasta el 11 de enero de 1969 cumpliendo una condena de 18 meses y 20 días por hurto;

b) Tarjeta decadactilar correspondiente al mencionado León Muñoz;

c) Tarjeta decadactilar correspondiente a Félix Alberto Roa Torres;

d) Dictamen pericial del Departamento de Investigaciones Forenses del Instituto de Medicina Legal en que, previo estudio de las dos tarjetas decadactilares que se dejan mencionadas se asienta la conclusión de que se trata de dos personas distintas.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Ministerio Público, por intermedio del Procurador Primero Delegado Penal, que se deseche el recurso, en primer término por cuanto no está consagrado para casos en que no se discute la responsabilidad delictiva de una persona sino sólo la cuantía de la pena y, en segundo lugar, porque, además de estar mal planteada la demanda, no se ha demostrado que se esté, en el presente caso, frente a las causales de revisión invocadas en ellas.

Consideraciones de la Corte

Comparte la Sala, en forma integral, los razonamientos de la Procuraduría en cuanto a la carencia de fundamentos para revisar la sentencia recurrida.

En efecto, y sin entrar en el examen de las causales que invoca la demanda por no creer necesario estudiarlas a virtud de lo que se expresa a continuación, se tiene, como razón primordial para desechar el recurso la de que no procede la revisión cuando lo que se plantea no es la inocencia del condenado sino que se cuestiona la cuantía de la pena que se le impuso.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, como otros ordenamientos de la misma índole, no consagran este recurso para que mediante él sean remediados todos los errores de juzgamiento sino sólo algunos de ellos. Esto es, tiene naturaleza y alcances perfectamente delimitados que se desprenden claramente de las disposiciones legales que lo reglamentan y que han venido siendo precisados por la doctrina.

Así se tiene que dicho recurso sólo se plantea para enmendar el error consistente en haberse condenado a un inocente. Esto es, sólo tiene por objeto permitir la demostración de que ha sido condenada como responsable de un delito, una persona que no lo cometió ni contribuyó a cometerlo bien porque el hecho no se ejecutara o no lo realizara el recurrente. De ahí que sea ese el objeto del debate en el recurso y no otro.

No se ha instituido para examinar si se procedió justamente en la determinación de la naturaleza y cuantía de la pena ni si fueron fundadas las apreciaciones de los jueces sobre la personalidad del inculpado ni para examinar si el delito por el cual se le condenó estuvo bien o mal calificado.

En el presente caso no se ha planteado la inexistencia del hecho por el cual fuera condenado el recurrente ni tampoco se ha negado que éste lo cometiera. La cuestión discutida se limita a la cuantía de la pena por habérsele deducido una reincidencia que no podía cargársele por cuanto no es él

la persona contra quien se pronunció una sentencia condenatoria que se tomó como base para incrementar a ese título la sanción corporal.

Esta situación está fuera de los límites del recurso y debió alegarse en segunda instancia o en casación.

Reitera, en esta oportunidad, la Sala la doctrina que sobre el particular ha expresado otras veces, entre ellas en la sentencia de 22 de noviembre de 1947 y el auto de 24 de julio de 1953 y que dice:

"En el recurso de revisión sólo se discute si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestren que son o fueron falsos. La apreciación de elementos probatorios referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las diversas instancias del juicio, y no en el recurso de revisión, porque esta medida no es una tercera instancia y el legislador sólo ha querido que este recurso extraordinario se aplique para los casos expresamente determinados en el artículo 571 (hoy el 584, literal b) del Código de Procedimiento Penal".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de revisión a que se refiere la parte motiva de la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 4ª DE CASACION

Error en el nombre de la persona ofendida.

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

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de 22 de enero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cúcuta, confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de esa ciudad, modificándola en el sentido de señalar como pena principal para Argemiro Ibarra la de veinte (20) años de presidio y para Arnoldo José Barreto Contreras la de once (11) años de prisión, como responsables de los delitos de homicidio y robo, cometidos en la noche del 18 al 19 de diciembre de 1971, en el lugar mencionado y en contra de Pedro Manuel Bohórquez López, interpuso el defensor del primero de los procesados el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y que esta Sala declaró admisible habiéndose tramitado en debida forma hasta llegar el momento de decidir sobre el mismo.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que en la noche del 18 al 19 de diciembre de 1971, Pedro Manuel Bohórquez, agente del DAS, después de haber estado en el bar denominado El Lago donde rescató un reloj que dejara allí en prenda, había caminado unos metros por la calle cuando fue atacado por dos individuos que después se logró identificar como Arnoldo de Jesús Barreto (a. Pototo) y Argemiro de Jesús Ibarra (a. Maracho) el último de los cuales le dijo al primero que disparara sobre Bohórquez al ver que éste intentaba hacer resistencia, procediendo Barreto a hacer fuego e hiriendo a la víctima quien cayó muerto a poca distancia del lugar en que fuera agredido.

Adelantada la investigación, le correspondió conocer del proceso al Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta.

Este funcionario, por auto de 17 de abril de 1972 y ante la manifestación de impedimento que le hiciera el Fiscal, la declaró fundada y dispuso que lo reemplazaría el del Juzgado Quinto Superior que era quien le seguía en turno.

Posteriormente, por haber desaparecido dicha causal, volvió a conocer del caso, como Agente del Ministerio Público, el Fiscal del Juzgado Cuarto, lo que se dispuso en providencia de 7 de julio del mismo año.

Cerrada la investigación, el juzgado, en extensa providencia de fecha 7 de septiembre del dicho año, llamó a Antonio Argemiro Ibarra y a Arnoldo José Barreto a responder en juicio ante jurados, por los delitos de homicidio y robo, este último en la modalidad de atraco (Art. 405 del C. P.).

En la parte motiva de esa providencia se dijo que el primero de esos delitos era en la modalidad de asesinato, agravado por la causal tercera del artículo 363 por cuanto los autores del hecho lo ejecutaron con el objeto de consumar el delito de atraco. Asimismo se les dedujo la causal de agravación de que trata el numeral quinto de la norma citada por haber colocado a la víctima en imposibilidad de defenderse.

Apelada esta providencia por el Fiscal, el Tribunal la confirmó por la suya de 19 de febrero del año pasado en la que afirmó que estaba demostrada la participación de

Barreto no sólo en el delito de robo en la modalidad anotada sino también el de homicidio, puntos que habían sido cuestionados por el Agente del Ministerio Público quien había solicitado sobreseimiento definitivo para este sindicado en lo relativo a tal delito.

Durante el plenario de la causa Ibarra solicitó la práctica de algunas pruebas, entre ellas una diligencia de inspección judicial en el lugar de los hechos las que fueron negadas por el juez mediante providencia de 17 de mayo de dicho año.

Señalados día y hora para la audiencia, se llevó ésta a cabo el 27 y 28 de septiembre de 1973. En el interrogatorio que se le hizo al empezar la vista pública, el procesado Barreto Contreras confesó haber dado muerte a Bohórquez López pero después de haberlo sorprendido en la habitación en que vivía el procesado con su amante y luego de perseguirlo por algún trecho.

Durante la audiencia se sometieron a la consideración del jurado los cuestionarios que se transcriben a continuación con la advertencia de que fueron iguales para ambos procesados.

"Cuestión primera

"El acusado..., es responsable, sí o no, conforme al auto de proceder de haber causado la muerte a Pedro Rafael Bohórquez por medio de las lesiones personales descritas en las diligencias de autopsia médico-legal vista al folio 29 del expediente, hecho ocurrido en las horas de la noche comprendida entre el sábado y el domingo diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos setenta y uno (1971) en la vía pública del barrio de prostitución denominado "La Insula", jurisdicción municipal de Cúcuta y en la ejecución de tal hecho procedió el acusado con el propósito de matar, con aprovechamiento de las condiciones de indefensión de la víctima, para facilitar el delito a que se refiere la cuestión segunda del presente cuestionario y en coautoría con el acusado...?"

"Cuestión segunda

"El mismo acusado..., es responsable, sí o no, conforme al auto de proceder, de haber ejecutado violencia sobre la persona de Pedro Rafael Bohórquez López con el propósito de cometer el delito de robo de los bienes que éste portaba, hecho ocurrido en las circunstancias de modo, tiempo y lugar a que se refiere la cuestión primera, y al ejecutar tal hecho el acusado procedió intencionalmente, con ánimo de lucro y en coautoría con el acusado...?".

A los cuestionarios referentes a Antonio Argemiro Ibarra, el jurado respondió: "Sí es responsable".

En cuanto al que se formuló sobre el procesado Barreto Contreras en relación con el delito de homicidio, el tribunal popular contestó: "Sí es responsable pero como cómplice no necesario".

Y al que se preguntaba sobre la responsabilidad en cuanto al robo respecto al mismo Barreto Contreras, dio la siguiente respuesta: "Sí es responsable".

Por considerar fundados los veredictos que se acaban de transcribir, el juzgado dictó la sentencia de que se ha hecho mención en la cual asevera que en la conducta atribuible penalmente al procesado Ibarra concurren circunstancias de mayor peligrosidad como la de haber mostrado insensibilidad moral al determinarse a cometer un delito con el propósito de perpetrar otro y obrado en complicidad con otro, previamente concertada.

Asimismo expresa que tanto este procesado como Barreto Contreras cometieron delitos ligados entre sí por concurso material razón por la cual aumenta la pena fijando para Ibarra la de veinticuatro años de presidio y para Barreto quince años también de presidio.

El Tribunal, en la sentencia recurrida acepta los planteamientos del a quo salvo en lo que dice relación a la cuantía de la pena imponible pues en este particular acoge los de su Fiscal Cuarto quien solicitó, en la correspondiente vista, que se rebajara por considerar que no tiene asidero probatorio la agravación de la misma por pretendidas circunstancias de mayor peligrosidad, ya que el haber cometido el homicidio para ejecutar el robo es modalidad que agrava el género del delito convirtiéndolo en asesinato, por lo cual no puede ser deducida dos veces para incrementar la sanción corporal. Y respecto a

la complicidad previamente concertada, sostienen también el Ministerio Público y el Tribunal, que hace suyo el concepto de su Fiscal, que no existe prueba de que se hubieran puesto previamente de acuerdo los procesados para ejecutar los delitos en cuestión.

Por tales motivos el ad quem rebaja la pena corporal de Ibarra a 20 años de presidio y la de Barreto a once de prisión.

Demanda de casación

A través de las causales primera y cuarta de casación formula contra la sentencia recurrida los cargos que se resumen a continuación:

Causal primera

a) No estar establecido el móvil del homicidio pues mientras el juzgado y el Tribunal afirman que tuvo por objeto cometer un atraco, Ibarra sostiene que lo hizo por cuanto acababa de sorprender al occiso en la pieza en donde el procesado vivía con su amante;

b) No ser posible, en consecuencia, afirmar que existió delito de robo en la modalidad del atraco ya que no se puede aseverar, en concepto del demandante, que el procesado y su compañero tuvieran el propósito de despojar a la víctima de sus pertenencias;

c) No estar comprobado que los procesados fueran individuos de alta peligrosidad como lo asevera el Tribunal con base en anteriores capturas por vagancia;

d) No haber observado las formalidades legales en la formulación de los cuestionarios ya que se les preguntó a los jurados si el procesado Ibarra era responsable de haber causado la muerte por medio de lesiones personales en vez de haber interrogado sobre si aquélla era la consecuencia de un disparo;

e) Haber preguntado al "juri" sobre la responsabilidad de ambos procesados respecto al homicidio siendo así que éste fue ocasionado por un solo balazo.

Causal cuarta

En el marco de esta causal formula el recurrente a la sentencia el reparo de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad. Considera que se incurrió en la que se contempla en el numeral segundo del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por haberse cometido error en la parte resolutiva de la sentencia respecto al nombre de la persona ofendida pues siendo el de ésta Pedro Rafael Bohórquez López, el juzgado y el Tribunal lo llamaron Pedro Manuel Bohórquez López.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado Penal solicita que se deseche, en el presente caso, el recurso por considerar que carecen de fundamento los reparos que contra la sentencia dirige el recurrente cuyos argumentos rebate con razones que han sido tomadas en cuenta por la Sala para la decisión que se va a adoptar, entre ellas la de que la demanda sólo de manera imperfecta responde a los requerimientos que la ley establece para esta clase de escritos.

Consideraciones de la Corte

Tiene razón la Procuraduría al criticar la forma como ha sido elaborada la demanda ya que, en verdad, presenta defectos fundamentales, entre ellos la ausencia de un razonamiento claro y ordenado, falla que el actor implícitamente reconoce al decir que "resulta realmente difícil dar un ordenamiento a una exposición que implica tan diversos ángulos de análisis".

A continuación se referirá la Sala a los cargos formulados agrupándolos por causales, en la misma forma como se hizo al resumir la demanda.

Causal primera

Al pedir la infirmación del fallo, el actor cita como motivos de su solicitud los relacionados en la causal primera de casación pero no especifica si para atacar la sentencia se basa en la primera parte de ella o en la segunda, es decir, si considera que se violó la ley de modo directo o sólo de manera indirecta.

Por las argumentaciones que presenta en relación con los cargos resumidos en los apartes a) y b) parece que se sitúa en la

segunda parte de la referida causal ya que hace un extenso examen de las pruebas para concluir que no aparecen demostrados ni el móvil del delito ni la participación que en el mismo hubiera tenido su poderdante.

Sin embargo, no cita las disposiciones de procedimiento que hubieran sido violadas al hacer de las pruebas la apreciación que él reputa errónea, ni las normas de carácter sustancial en que hubieran incidido tales errores.

Fuera de ese grave defecto en la formulación de los cargos que por sí solo exonera a la Sala de su examen, se tiene que, según reiterada doctrina de la Corte, no es alegable la parte segunda de la causal primera en aquellos juicios en que ha intervenido el jurado. Si se considera que el veredicto contraría la evidencia de los hechos, tal cosa debe alegarse ante los jueces de instancia, que son los únicos a quienes la ley concede la facultad de declarar su contraevidencia, actuación que no compete a la Corte por no habérsele dado tal poder.

Significa lo anterior que no es posible aceptar los cargos examinados y que por lo tanto, se les declara infundados.

Por lo que hace al señalado con la letra c) del premencionado resumen, se observa, al examinar la sentencia recurrida, que la afirmación hecha en ella de que los procesados deben ser considerados como individuos de alta peligrosidad no la basa el Tribunal, como lo dice el actor, sólo en una captura que éste sufriera por vagancia, sino también en otras razones que perfectamente fundamentan esa aseveración.

Dice así el ad quem:

"Los procesados o sentenciados deben ser considerados como individuos de alta peligrosidad: así los (sic) trasluce su modo de vivir, el escenario de sus actividades lucrativas que no es otro que el antro de prostitución, el aprovechamiento de meretrices. De otra parte, Barreto parece no abrigar temor alguno al ambiente carcelario que ya sufriera y cuya vigilancia burlara, razón por la cual se encuentra sindicado el (sic) delito de fuga. Argemiro Ibarra, ha sido capturado por vagancia y quizá, la imperfección de las investigaciones de carácter policivo, ha hecho posible su libertad en escasas horas o días. Como muy bien lo advierte el señor Juez Superior en su sentencia de estos individuos no puede predicarse ninguna circunstancia de menor peligrosidad".

Esta transcripción es suficiente para desvirtuar el cargo de que sólo un motivo tuvo el Tribunal para conceptuar peligrosos a los procesados.

Tampoco resulta aceptable que el juez hubiera incurrido en irregularidad al formular los cuestionarios relativos al delito de homicidio por haber mencionado como causa de la muerte unas lesiones personales. Basta leerlos para ver que agregó que se trataba de las descritas en la diligencia de autopsia referencia que dejaba bien claro el hecho que iban a juzgar y que había sido materia de la causa conforme al auto de proceder, tal como lo exige el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal.

Por último, debe igualmente desecharse el cargo de que los cuestionarios fueron irregulares porque se preguntó, respecto a ambos procesados, si eran responsables por la muerte de Bohórquez, siendo así que éste había perecido a causa de una sola lesión.

En ellos el juzgado agregó la expresión "conforme el auto de proceder", revisado el cual resulta que allí se dice muy claramente que el autor del disparo fue Ibarra y que Barreto "contribuyó eficazmente a la muerte del occiso al decirle a Ibarra que disparara". Es decir, que en ningún momento se desconoció la circunstancia de que sólo uno de los procesados había causado la herida mortal. Así, pues, no hubo ambigüedad en el cuestionario y el cargo que se examina carece de base por lo cual se desecha.

Causal cuarta

El único ataque hecho al amparo de esta causal, a la sentencia consiste, como se deja visto, en que hubo error en el nombre de la persona ofendida.

Examinado el cargo se encuentra que la sentencia del juzgado dice, en la parte resolutiva, que se condena a los procesados Ibarra y Barreto por la muerte de "Pedro Manuel Bohórquez López" en tanto que en el auto de proceder se denominó al occiso "Pedro Rafael Bohórquez López". (fl. 341

cuaderno principal) y que la del Tribunal también le llama "Pedro Manuel Bohórquez López". Empero no hay ninguna duda sobre la persona ofendida con los ilícitos juzgados, ya que su identidad fue perfectamente establecida y su verdadero nombre es el que contienen las sentencias aludidas como lo declaró su propia madre (fl. 113 cuaderno principal), si bien en la partida de defunción se le dio el de "Pedro Rafael" (fl. 510 ibídem) lo que pudo inducir al juzgado a llamarlo así en el auto vocatorio a juicio pero sin que eso pueda catalogarse como causal de nulidad ya que la mencionada al final del numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal sólo se considera existente cuando el error en el nombre del responsable o del ofendido puede producir incertidumbre sobre el sujeto activo o el pasivo del delito, como lo ha dicho esta Sala varias veces, entre otras en la sentencia de 10 de febrero de 1961.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTAFA

El delito de que se ocupa el artículo 409 del Código Penal, es un delito de peligro y no de resultado, pues se consuma con la sola venta o enajenación que alguien haga de una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada. Peligro de daño que con ese comportamiento no solamente se crea para quien compra en tales condiciones, o recibe a título de donación, sino también para el verdadero titular del dominio, o para quien, como en el caso de la prenda agraria, tiene a su favor esa garantía.

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

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el conflicto negativo de competencia surgido entre el Juzgado 2º Penal del Circuito de Villavicencio y el Juzgado 1º Penal del Circuito de Gachetá (Cundinamarca), en cuanto al conocimiento del proceso que se adelanta contra Alfonso Moya por estafa.

De conformidad con la denuncia presentada en Villavicencio por Luis Francisco Gómez Pinilla, mediante escritura pública otorgada ante la notaría única de esa ciudad Alfonso Moya le dio en venta una casa de habitación situada en el área urbana de la Inspección de Policía de "Naya", jurisdicción del municipio de Medina (Cundinamarca), por la suma de trece mil pesos ($ 13.000.00) moneda corriente, cantidad que el comprador entregó al acusado, así: diez mil pesos ($ 10.000.00) en la localidad de Naya, al suscribir la promesa de compraventa del inmueble aludido, y los tres mil pesos ($ 3.000.00) restantes cuando fue firmada, en Villavicencio, la escritura de compraventa, ante el notario único de esa ciudad. Este título no pudo ser registrado, pues sobre el inmueble en cuestión pesa un embargo, razón por la cual no se llevó a cabo la transferencia del dominio.

Ahora bien:

Uno y otro juez están acordes en darle a los hechos la calificación previa de que trata el precepto del artículo 409 del Código Penal, pero discrepan en cuanto al lugar donde el ilícito quedó consumado, pues el de Villavicencio indica el de la ubicación del inmueble y el de Gachetá la ciudad donde se corrió la escritura de compraventa.

Pues bien:

1º La norma del Código Penal citada dice:

"El que enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada, incurrirá en arresto de un mes a dos años y en multa de cinco a mil pesos".

Este caso de defraudación traído dentro del capítulo "de la estafa" en el título XVI que se ocupa de los ilícitos "contra la propiedad" ha dado lugar a conceptos encontrados entre los comentaristas del Código Penal colombiano y a la doctrina de la Corte, dejada en auto de 15 de marzo de 1948 (G. J. tomo LXIV, Pág. 199), todo lo cual corresponde en esta oportunidad examinar a los fines de fijar la calificación previa

que los hechos denunciados merecen para determinar el juez competente para adelantar el proceso.

Así, algunos encuentran incongruencia entre el Código Civil (Art. 1871), que le da validez a la venta de cosa ajena, "sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso del tiempo", pues estiman que si la ley valida esta conducta, mal puede el estatuto represivo sancionarla como delito. En cambio, para otros —y es lo que jurídicamente cabe entender— atendido que el contrato de compraventa sólo crea obligaciones (la del vendedor de transferir el dominio y la del comprador de cubrir el precio pactado), solamente se estaría en el terreno de lo ilícito penal cuando se obra con dolo, esto es, cuando a más de obrar el agente a sabiendas de que lo que vende es ajeno, o está embargado o secuestrado o sufre algún gravamen, no tiene propósito diferente al de buscar un provecho económico ilícito con el pago del precio, pues no ha tenido in mente ni adquirir el bien ajeno para transferir luego el dominio del mismo al comprador, ni levantar los gravámenes, el embargo o el secuestro que pesen sobre aquél, ocultando, además esa especial situación de la cosa objeto del contrato.

Y es evidente que no se tiene ilicitud punible cuando obra el agente sin el propósito de defraudar. Así, por caso, como observa Antonio Vicente Arenas en sus "Comentarios al Código Penal colombiano", (Pág. 284), "es perfectamente posible y, además, lícito que el vendedor, aunque no sea dueño de la cosa vendida en el momento de celebrar el contrato, la venda con la intención de adquirirla posteriormente para hacer la tradición al comprador".

2º Claro que si quien vende cosa ajena, embargada o secuestrada o respecto de la cual pese algún gravamen, como el de la prenda agraria —por ejemplo—, comete estafa en el alcance represivo que le da el artículo 408 del Código Penal, si aquél pone en juego engaños o artificios para inducir en error al comprador en cuanto al dominio del bien (presentando, por caso, documentos falsos que le dan al vendedor una inexistente calidad de dueño), o respecto de la inexistencia de embargo, secuestro o gravámenes, aseverándolo, así, al comprador (si de bienes muebles se trata) o acudiendo a un falso certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados (si la venta tiene como objeto un bien inmueble).

Recuérdese que el precepto del citado artículo 408 se refiere a quien, "induciendo en error a una persona por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro".

Naturalmente si dentro de este supuesto el delincuente no alcanzó a obtener el provecho y, por ende no se produjo el perjuicio al sujeto pasivo, este caso de venta de bienes, en las condiciones de que trata el artículo 409 del Código Penal, queda en el grado de tentativa de estafa (según lo que dispone el artículo 408), si el agente, como se dijo, ha puesto en juego artificios o engaños para inducir en error a la víctima.

De consiguiente, si se han empleado artificios o engaños, así no se haya causado el perjuicio económico al sujeto pasivo, no se tiene la hipótesis punible del artículo 409, sino un delito imperfecto conforme a la conducta que describe el 408.

3º Guardar silencio sobre que la cosa es ajena, o que está embargada o secuestrada o sobre que pesa algún gravamen sobre ella, sin que se ponga en juego artificio o engaño alguno para hacer creer a la víctima lo contrario, es lo que toma en cuenta el artículo 409 del Código Penal para sancionar a quien "enajene como propia una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada".

Y en esta hipótesis delictiva es intrascendente que se cause o no el perjuicio y que el delincuente, de contera, obtenga un provecho económico ilegítimo, pues nada de esto se trae en dicha norma, ni como elemento constitutivo de la infracción, y ni siquiera —como hubiera sido conveniente— como circunstancia agravadora de la sanción.

Recuérdese que el error, a los fines del delito de estafa que reprime el artículo 408 del Código Penal, consiste en un concepto equivocado o en un juicio falso. Refiriéndose Luis Carlos Pérez a este concepto de error, anota que es equivocada la aseveración de Giuseppe Maggiore, pues este tra-

tadista lo confunde con la ignorancia, siendo así que "el error es positivo, mientras la ignorancia es un estado negativo. Errar es saber mal; ignorar es no saber".

Inducir en error es, pues, crear en otro una apreciación falsa, y ello implica un actuar del agente para crearlo en la víctima, acudiendo a engaños o artificios. De consiguiente, si en la conducta que reprime el artículo 409 del Código Penal el agente no ha hecho nada para inducir en error al comprador; si no ha puesto en juego engaños o artificios para crear en él un concepto o un juicio falso, cabe insistir, no se tiene el delito del artículo 408 del Código Penal, así quien compre haya cubierto el precio al vendedor.

Y para abundar en este punto, cabe observar que Sebastián Soler expresa que en la estafa el error debe ser fruto de un actuar del agente que este tratadista denomina "oppressio veritatis", vale decir, de un comportamiento del agente del cual surja en la mente de la víctima una apreciación contraria a la realidad.

5º La doctrina de la Corte de que se hizo referencia dice:

"En la venta de bienes ajenos o gravados —como especie de estafa— hay un provecho ilícito en perjuicio del comprador, que consiste en la entrega del precio, para obtener el cual provecho el vendedor usó de artificio o engaño de aparecer como dueño en el primer caso, y de presentar como libre el bien vendido en el segundo.

"Celebrado, pues el contrato y recibido el precio —háyase o no entregado la cosa vendida— esto es, obtenido el provecho ilícito queda consumado el delito, trátese de contratos solemnes como el de venta de inmuebles, o no solemnes como el de venta de muebles".

Y, según lo dicho, es el caso de modificar este concepto sobre el alcance del delito que define el artículo 409 del Código Penal, pues, como se dejó dicho, en esta hipótesis no se ha señalado, como condición constitutiva de la infracción, que se cause perjuicio a la víctima, ni que el agente obtenga el beneficio económico ilegítimo, y mucho menos que el delincuente ponga en juego engaños o artificios para llevar a error al sujeto pasivo, pues entonces se tendría la conducta que reprime el artículo 408 de la obra citada.

El ilícito de que se ocupa el varias veces mencionado artículo 409 es un delito de peligro y no de resultado, pues se consuma con la sola venta o enajenación que alguien haga de una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada. Peligro de daño que con ese comportamiento no solamente se crea para quien compra en tales condiciones, o recibe a título de donación, sino también para el verdadero titular del dominio, o para quien, como en el caso de la prenda agraria tiene a su favor esa garantía.

Resulta, en consecuencia:

En los hechos denunciados y que previamente caben ser calificados como constitutivos del delito que define el artículo 409 del Código Penal, habida cuenta de que la venta de que da razón el denunciante le fue hecha en la ciudad de Villavicencio, tiene la competencia para conocer el Juzgado 2º Penal del Circuito de esa ciudad. Esto, de acuerdo con lo que manda el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal (competencia territorial), pues allí se consumó el ilícito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión de competencias de que se ha hecho mérito en el sentido de declarar que el conocimiento de este proceso le corresponde al Juzgado 2º Penal del Circuito de Villavicencio.

Remítase el expediente al juzgado antes citado y envíese copia de este proveído al Juzgado 1º Penal del Circuito de Gachetá.

Cópiese y notifíquese.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.



REVISION

Cuando se suscite duda razonable sobre la verdadera fecha en que fueron extendidos los instrumentos que sirvieron de prueba determinante del fallo, y permitan igualmente suponer que en ellos se pudo cometer una adulteración, se debe decretar la revisión no sólo por interés particular del recurrente sino también en favor del interés superior de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y siete de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Vistos

Florencio Rodallega Golú y **Delmira Adelma Yuco Muñoz**, condenados por delito de estafa en la modalidad descrita en el artículo 409 del Código Penal mediante sentencias de 10 de mayo y 9 de agosto de 1971 del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali y del Tribunal Superior del mismo Distrito, respectivamente, han solicitado de la Corte, por medio de apoderado especial, la revisión del juicio en el que recayó su condena.

El recurso extraordinario se sometió al trámite señalado en la ley procesal, que se encuentra agotado, por lo cual se procede a decidirlo.

El hecho atribuido a los procesados recurrentes y por el cual fueron sancionados se hizo consistir en que enajenaron a Rafael Esguerra Jaramillo, Nubia Ramos y Mery Ramos de Motta una finca rural denominada "El Reflejo", situada en el municipio de Candelaria (V), según escritura Nº 3803, fechada el 27 de diciembre de 1968, de la Notaría Tercera del Circuito de Cali, no obstante que ese bien se hallaba embargado desde el 18 de los mismos mes y año, medida ordenada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali en un proceso de ejecución promovido por Habacup Hernández contra Florencio Rodallega.

Demanda de revisión

El memorial de revisión fue recibido en la Secretaría el 22 de febrero del corriente año, acompañado de copias de las sentencias ameritadas y de otros elementos de juicio, en la forma exigida por el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal, y en él se invoca la causal 5ª del artículo 584 ibídem, a cuyo tenor hay lugar al expresado recurso "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Como pruebas verdaderamente nuevas, de las que presentó el demandante, se tienen la copia auténtica del acta de una visita especial practicada a la Notaría Tercera de Cali por el Visitador doctor Alvaro Bruges Romero, y un certificado expedido el 29 de enero de 1974 por el Almacenista de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Cali.

Sostiene el accionante en la demanda y en el alegato de conclusión, apoyándose,

de manera especial, en dichas pruebas, sobre cuyo contenido y proyección en el asunto del proceso se indicarán más adelante, que la escritura pública atrás mencionada y la Nº 3785 de 26 de diciembre de 1968, de la misma Notaría Tercera, instrumentos que acusan estrecha relación, no fueron otorgados en las fechas que en ellas figuran, sino en el mes de noviembre de 1968, como lo afirmaron los procesados a través del proceso, antes de que el bien inmueble enajenado por éstos hubiera sido embargado.

Funda el demandante tal aserto, resumiendo su alegación, en las siguientes apreciaciones:

a) Según el acta de la visita especial practicada a la Notaría Tercera de Cali (fls. 51 y ss.), en la escritura 3785, por la cual Rafael Esguerra, Nubia y Mery Ramos venden una finca rural llamada "La Vega" a Delmira Adelma Yuco Muñoz, "la fecha numérica aparece enmendada", y "al final del instrumento se dejó constancia de que la escritura 3785 fue extendida en las hojas de papel sellado Nos. N- 13225570, N-13-225576 y N-13225577. Pero en el protocolo aparece corrida en las hojas de papel sellado Nos. N-14808647, y N-14808648 y N-13-225577", incongruencia que no ha tenido explicación; y en la escritura 3803, fechada el 27 de diciembre de 1968, por la cual Florencio Rodallega vende a Rafael Esguerra, Nubia Ramos y Mery Ramos de Motta una finca denominada "El Reflejo", "El mes de diciembre aparece enmendado", sin que se hubiera hecho al respecto ninguna salvedad, y en la minuta sobre la cual se elaboró "La fecha aparece repisada. Encima del 1 del número 21 se puso un 7 y en el mes de Noviembre se puso un Di para expresar Diciembre" (fls. 51 y 52);

b) De conformidad con el certificado expedido por el Almacenista de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Cali glosado al folio 26, las hojas de papel sellado en que se corrieron las referidas escrituras, serie N-13225570, 13225576, 13-225577, 13225578 y 13225579, fueron dadas al expendio el día 18 de noviembre de 1968, circunstancia que hace presumir que aquellos instrumentos se otorgaron en ese mes, cuando aún no existía el embargo de la propiedad de los procesados, como aseveraron éstos y no en diciembre como se hizo aparecer en dichas escrituras;

c) No obstante que al final de la escritura Nº 3785, que fue fechada el 26 de diciembre de 1968, se dejó constancia de que "se corrió en las hojas selladas números N-13225570, N-13225576 y N-13225577" (ver folios 30 y 52), "En el protocolo aparece corrida en las hojas de papel sellado Nos. N-14808647, N-14808648 y N-13225577", como puede observarse en la fotocopia del instrumento (fls. 28 a 30 y 108 a 110) y se verificó por el funcionario visitador (fls. 51 y 52). Y la verdad es que las hojas de papel sellado N-14808647 y N-14808648 sólo fueron "dadas al expendio el día 21 de enero de 1969", de acuerdo con el certificado suscrito por el Almacenista de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Cali, documento producido con posterioridad a la sentencia de condena cuya revisión se pide y que tiende a demostrar que "se afirma una falsedad cuando se dice que la escritura fue pasada el 26 de diciembre de 1968".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado Penal "coadyuva la solicitud de revisión formulada por los condenados Florencio Rodallega y Delmira Adelma Yuco", con fundamento en las apreciaciones que a continuación se trasladan:

"Primero. Es un hecho cierto no revelado en el proceso que al terminar la escritura número 3785 se dejó constancia que se corrió en las hojas selladas números N-1322-5570, N-13225576 y N-13225577 pero en realidad el instrumento aparece en las números N- 14808647, N-14808648 y N-13225577.

"El Almacenista de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Cali certifica que la hoja sellada N-13225577 fue dada al expendio el 18 de noviembre de 1968 mientras que las números N-14808647 y N-14808648 fueron puestas a la venta el 21 de enero de 1969.

"La escritura número 3803 se corrió en las hojas selladas números N-13225578 y N-13225579 que, se recuerda, fueron puestas a la venta el 18 de noviembre de 1968.

"Infiere este despacho de los hechos anteriores, que la escritura pública número 3785 no se pudo correr el 26 de diciembre de 1968 porque dos de las hojas de papel sellado en que aparece sólo fueron dadas al expendio un mes después y, de otra parte, la otra hoja en que se extendió la escritura mencionada —que correspondió a la serie de la escritura 3803— fue dada a la venta el 18 de noviembre de 1968.

"El peticionario desglosó del proceso original y allegó a esta actuación los documentos que obran a folios 45, 46, 47 y 49 del cuaderno de la Corte y fotocopias que aparecen a folios 41, 42, 43 y 44 del mismo cuaderno.

"Del estudio de estos instrumentos se concluye que los contratos entre Florencio Rodallega y Delmira Adelma Yuco de una parte y la familia Esguerra Ramos de la otra, se celebraron en noviembre de 1968, los inmuebles objeto de las negociaciones se entregaron en este mes y los denunciantes estaban enterados desde ese momento de la hipoteca que gravaba el inmueble, e inclusive, acordaron con Rodallega pagar los intereses no cubiertos por el deudor hipotecario mientras que éste cubriría el impuesto predial de la finca "La Vega".

"En consecuencia, existen elementos de juicio que hacen pensar que las escrituras se firmaron por los contratantes en noviembre de 1968, pero que por diversas circunstancias solamente se suscribieron por el Notario, se fecharon y numeraron definitivamente en el mes siguiente.

"Segundo. Demostrado en principio que las escrituras se firmaron por los contratantes en noviembre de 1968, y como para esta época el acreedor Hernández aún no había iniciado el juicio hipotecario, surge esta otra conclusión: al parecer no existió el delito por el cual se condenó a Florencio Rodallega y a Delmira Adelma Yuco.

"Tercero. Es indudable que en las instancias se debatió el hecho de que los contratos se celebraron en noviembre de 1968 y no en diciembre de este año, pero la prueba proveniente de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali sólo se produjo después de la condena; igualmente, sólo hasta este momento se descubrió el hecho proveniente de la numeración de las hojas selladas en que se corrieron las escrituras.

"Por tanto, estima este despacho que se cumplen a cabalidad las exigencias del numeral 5º, del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal".

Se considera

Es incuestionable que la sentencia que puso fin al presente proceso, por la cual fueron condenados los procesados Florencio Rodallega y Delmira Adelma Yuco, por delito de estafa en perjuicio de Rafael Esguerra y otros, tuvo como hecho cierto y trascendente, determinante del fallo, el que las escrituras de la enajenación realizadas por aquéllos y reputada ilícita por los juzgadores se otorgaron en los días 26 y 27 de diciembre de 1968, fechas en las cuales se hallaba ya embargado el inmueble que los sentenciados permutaron con los presuntos ofendidos y que se hizo aparecer como vendido a éstos.

Sin embargo, los elementos de prueba presentados por el apoderado de los recurrentes, entre las que se destacan dos documentos públicos producidos con posterioridad a la condena, cuales son el acta de la visita oficial practicada el 2 de febrero de 1972 (fls. 51 y ss.) y el certificado del Almacenista de la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Cali, suscitan duda razonable sobre la verdadera fecha en que fueron extendidos aquellos instrumentos, y permiten igualmente suponer que en ellos se pudo cometer una adulteracion en ese punto.

Por tales motivos no se puede descartar la posibilidad de que la verdad formal del fallo recaido en el juicio cuya revisión se invoca no esté conforme con la verdad material, vale decir, que se haya cometido una grave injusticia con la pena impuesta a los acusados, lo que hace aconsejable un nuevo examen de la causa, no solo por el interés particular de los recurrentes sino también en favor del interés superior de la justicia.

La Sala encuentra, pues, establecida la causal legal de revisión aducida, y por ello fallará el recurso en forma favorable a la demanda.

Fallo

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ordena la revisión de la causa seguida contra Florencio Rodallega Golú y Delmira Adelma Yuco Muñoz, por delito de estafa en perjuicio de Rafael Esguerra Jaramillo y otros de la cual se ha hecho mención en la parte motiva, y señala para efectuarla al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, al qúe serán enviados todos los autos por conducto del juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL

El homicidio ultraintencional se tipifica por el resultado de la acción que sobrepasa a la intención o fin que el agente se propuso realizar; la muerte en este homicidio es un hecho que se escapa a la voluntad del agente, pues su propósito no es el de matar sino el de lesionar, causando un daño en el cuerpo o en la salud. En otras palabras, el homicidio preterintencional se caracteriza por la ausencia del propósito de matar y por la existencia de dolo determinado en el sentido de lesionar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diecisiete de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

El procesado Paulo Emilio Belalcázar, agente de la Policía Nacional, y su defensor interpusieron recurso extraordinario de casación contra la sentencia de primero de febrero último, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante la cual condenó a aquél, como responsable del delito de homicidio ultraintencional en la persona de Samuel Rodríguez, a la pena principal de cuatro años de presidio, aparte de las correspondientes accesorias.

El recurso fue sustentado en debida forma y sobre su mérito procede la Sala a resolver.

Antecedentes

1º Los hechos materia del proceso aparecen relatados en la sentencia de segunda instancia en estos términos:

"Ocurrieron en la noche del 25 al 26 de diciembre de 1971 en la población de Tabiles, cabecera del corregimiento del mismo nombre. En casa de Segundo Tobías Alvarado se llevaba a cabo un baile. A la diversión concurrieron, entre otros, los agentes de Policía Nacional acantonados en ese lugar señores Rafael Guacán López, Luis Ignacio Legarda y Paulo Emilio Belalcázar. Los dos últimos estaban vestidos de civiles.

"Con el paso de las horas, se suscitaron algunos incidentes. Primero entre el agente Legarda y el señor Luis Alvarado. Luego entre el agente Belalcázar y el señor Samuel Rodríguez.

"El agente Belalcázar a eso de la media noche se dirigió al retén de Policía, se uniformó y se armó de revólver y de bastón de mando y volvió al sitio del baile.

"A eso de las tres de la madrugada, cuando un grupo de los asistentes al baile se hallaba frente al local donde funcionaba la agencia oficial de licores, llegó el agente Belalcázar. En aquel grupo estaba Samuel Rodríguez y el agente Legarda. Nuevamente se suscitó la discusión entre Rodríguez y Belalcázar y éste le asestó a aquél tremendo golpe en la cabeza con el bastón de mando a consecuencia del cual falleció horas después en el Hospital Civil de Pasto, donde fue conducido para atención médica, luego de haber estado en el Hospital de Sandoná."

2º El Juzgado Tercero Superior de Pasto dictó el 28 de febrero de 1973 auto de proceder contra Paulo Emilio Belalcázar por el delito de homicidio simplemente voluntario que define y sanciona el Código Penal, libro II, título 15, capítulo I.

3º Apelada esta providencia por el defensor, fue confirmada por el Tribunal Superior en proveído de 7 de mayo de 1973, con la modificación de que el delito imputable al procesado es el sancionado por el artículo 365 del Código Penal. Dice el Tribunal en lo pertinente así:

"Existe en el proceso un hecho, plenamente establecido, que no por trivial deja de pesar en el ánimo del juzgador en orden a conocer la verdadera intención del agresor y es este: el agente Belalcázar, una vez uniformado, se armó de su revólver y tomó su bastón de mando. Así salió nuevamente a la calle. Al encontrarse con Rodríguez y surgir otra vez el alegato, si su propósito hubiera sido el de ultimarlo, lo natural habría sido que le disparara. Así no procedió: le dio el garrotazo. El efecto de su acción fue superior al verdaderamente deseado. Quería él lesionarlo, imposibilitarlo para el ataque.

"Así planteado el asunto es claro que la situación de Belalcázar hay que definirla dentro del ámbito previsto por el artículo 365 del Código Penal".

4º Al jurado, con ocasión de la audiencia pública, le fue propuesta la cuestión correspondiente, redactada a este tenor:

"Serie única

"El acusado Paulo Emilio Belalcázar, hijo de Octaviano Belalcázar y Zoila Consuelo Parra, natural de Tangua (N), vecino de Pasto, soltero, de 27 años de edad, agente de Policía Nacional perteneciente al Departamento 'Nariño' y alfabeta, es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte, sin intención de matar, al señor Samuel Rodríguez al causarle, con arma contundente (bastón de mando), una fractura y herida contusa en la región parietal izquierda, que produjo compresión del hemisferio correspondiente y hemorragia cerebral? Hechos que tuvieron realización en la población de Tabiles, municipio de Linares, aproximadamente a la una de la mañana del día 26 de diciembre de 1971."

El veredicto se produjo en los siguientes términos:

"Sí es responsable".

5º El Juzgado, mediante sentencia de 7 de noviembre de 1973, condenó al acusado, por el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias condignas.

6º Interpuesta apelación contra esta sentencia, el ad quem la confirmó en la suya de 1º de febrero del año en curso.

Demanda de casación

La sentencia resulta acusada en virtud de dos cargos, el uno con apoyo en la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y el otro con fundamento en la causal cuarta ibídem.

Primer cargo

"Impugno la sentencia de segunda instancia —dice el demandante—, proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto por cuanto se dictó en desacuerdo con el veredicto del jurado, causal de casación contemplada en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal..."

"El cuestionario no contiene los elementos que integran un delito de homicidio ultraintencional, concretamente la figura delictiva, tipificada en el artículo 365 del Código Penal, por el contrario se puede afirmar que los hechos relacionados en el cuestionario no son punibles. En efecto, una persona puede ocasionar la muerte a otra, sin intención de matar, en caso fortuito.

"Para que una respuesta afirmativa de responsabilidad por parte del jurado pueda interpretarse como condenatoria de un delito de homicidio preterintencional, es necesario que en la pregunta, que en el cuestionario se hayan especificado claramente, sin que la redacción se preste a equívocos, los elementos estructurales de tal infracción. En nuestro caso, era necesario que se hubiera incluido el elemento subjetivo, 'el propósito de perpetrar una lesión personal', como lo establece el artículo 365 del Código Penal".

"Como quiera que este elemento no integró el cuestionario, mal puede la sentencia suplir lo que el jurado no dijo, condenar al procesado por homicidio ultraintencional".

Segundo cargo

"Impugno la sentencia... —expresa el demandante—, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. Esta causal de casación la contempla el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 4º.

"El Código de Procedimiento Penal, en sus artículos 519 y siguientes regula íntegramente la forma como ha de conformarse los jurados de conciencia. Ha querido la ley que, en últimas, sea la suerte (sorteo) la que determine la integración de un jurado para cada caso.

"En el juicio a Belalcázar se efectuó debidamente el sorteo de jurados para integrar el tribunal de conciencia para su juzgamiento. A folios 212 aparece que el sorteo dio el siguiente resultado: Principales: 1º Francisco Barrera M.; 2º José Miguel Castelblanco; 3º Alberto de la Torre; Suplentes: 1º Carlos Guzmán Jurado; 2º Clímaco Martínez; 3º Luis H. Sarasty.

"A folios 216 aparece la constancia de la notificación personal y entrega de las copias del auto de proceder a los jurados. Ocurre que en el lugar donde debía firmar el jurado Clímaco Martínez aparece la firma legible de Irma de Martínez, presuntamente la cónyuge del jurado elegido, persona que nada tenía que ver con el proceso.

"A folio 217 aparece la constancia de notificación a los jurados de la fecha y hora señalados para la celebración de la audiencia pública y encontramos que el jurado Francisco Barrera M., no fue notificado.

"En el caso sub judice no fue sólo la suerte (como quiere la ley) el factor determinante para la integración del jurado. La integró un funcionario judicial, de manera intencional o no, con el sencillo procedimiento de no notificar a dos jurados legalmente elegidos: un principal y un suplente. No puede saberse, en este estado procesal, si el señor Clímaco Martínez, caso de haber sido notificado de su elección, y habérsele entregado copia del auto de proceder, habría concurrido a la audiencia integrando de manera distinta el jurado, toda vez que el jurado que actuó, señor Luis Sarasty figuraba como último suplente. Y para el acto de la audiencia, el citador, motu proprio, dejó de notificar al señor Francisco Barrera, elegido vocal número uno en calidad de principal.

"El proceder caprichoso del citador del juzgado para la integración del jurado que juzgó a Belalcázar, viola las formas propias del juicio penal, en detrimento del procesado, puesto que 'su' jurado se integró de manera por demás irregular. El proceso es en consecuencia nulo, de nulidad constitucional, violatoria del artículo 26 de la Carta".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de un examen de la actuación procesal y de los fundamentos de la demanda, estima que ésta no prospera, porque las censuras hechas al fallo no tienen consistencia jurídica.

Consideraciones de la Corte

Se procederá al análisis de los cargos hechos, no en el orden en que los plantea el demandante, sino que, en primer término, se estudiará el que impugna la validez total o parcial del juicio y luego —si no prosperare— el que entraña vacíos in judicando.

Cargo formulado dentro del marco de la causal cuarta de casación

La Sala acoge, por estimarlas incontrovertibles, las consideraciones que el Procurador hace en torno de este cargo:

"La nulidad alegada por desconocimiento de una de las formas propias del juicio no prospera por las siguientes razones:

"Primera. Es inocultable la falta de técnica en la formulación del reparo hecho a la sentencia acusada pues el demandante se limitó a enunciar el cargo sin precisarlo y fundamentarlo.

"Tampoco demostró cuál de las formas propias del juicio fue infringida o vulnerada durante el juzgamiento.

"Sin estar precisado y demostrado el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional en algunas de las garantías procesales por él consagradas, el cargo no prospera puesto que la Corte en casación no puede suplir los vacíos y deficiencias de la demanda,

"Segunda. Sin embargo, cabe advertir que el tribunal popular que juzgó al procesado fue integrado por jurados sorteados de la lista general (dos principales y un suplente); que tanto aquéllos como éstos tienen la misma categoría y vocación para integrar el jurado y que el hecho de no haber notificado a uno de ellos su designación y a otro, del auto que señaló fecha para la audiencia pública no está previsto y conminado por la ley con sanción de nulidad.

"Además, no puede hablarse de nulidad de rango constitucional por desconocimiento de una de las formas propias del juicio por jurado cuando como en el caso sub examine, el sindicado fue juzgado por tres jueces de hecho de reconocida y notoria honorabilidad sorteados de la lista general de jurados."

En conclusión, este cargo no prospera.

Cargo fundado en la causal segunda de casación

(Desacuerdo de la sentencia con el veredicto)

Sabido es que el homicidio ultraintencional se tipifica por el resultado de la acción que sobrepasa a la intención o fin que el agente se propuso realizar; la muerte en este homicidio es un hecho que escapa a la voluntad del agente, pues su propósito no es el de matar sino el de lesionar, causando un daño en el cuerpo o en la salud. En otras palabras, el homicidio preterintencional se caracteriza por la ausencia del propósito de matar, y por la existencia de un dolo determinado en el sentido de lesionar.

Por eso, cuando la muerte se produce como efecto de una lesión intencional, sin que el acusado hubiera tenido el propósito de matar, éste comete un homicidio preterintencional, que es el caso contemplado en este juicio, y a lo que conduce la acertada interpretación del veredicto que sirvió de fundamento a la sentencia impugnada, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el proceso, el auto del Tribunal que confirmó con modificaciones el de proceder proferido por el Juzgado Superior y la tesis planteada por el Fiscal en la audiencia pública en que intervinieron los jueces de conciencia que emitieron la veredicción.

Tomando en consideración estos factores o antecedentes procesales, sin dificultad alguna se concluye que la respuesta del tribunal popular entraña para el procesado el reconocimiento de una responsabilidad por un homicidio preterintencional, que el artículo 365 del Código Penal prevé en los siguientes términos: "El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte a otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuida de una tercera parte a la mitad".

Cuando se afirma en un veredicto que el enjuiciado sí es responsable de un homicidio, esta declaración necesariamente implica que está obligado a sufrir una pena por motivo de este delito, esto es, que debe ser sancionado. La explicación que agrega que el homicidio lo perpetró "sin intención de matar", lógicamente sólo puede interpretarse en el sentido de que no puede sancionársele por un homicidio de propósito o intencional, mas no que no esté obligado a sufrir una pena por un homicidio no intencional, cual es el ultraintencional y el culposo, entidades delictivas de las cuales está, por definición, expresamente excluido el propósito de matar.

Pero si como ocurre en el caso sub examine, el resultado mortal se produjo como efecto de una lesión intencional, y, por tanto, dolosa, no cabe duda alguna de que el autor de esta clase de lesión, aunque no hubiera tenido el propósito de dar muerte, está obligado a sufrir la pena que le corresponde como responsable de un homicidio ultraintencional, previsto y sancionado por el artículo 365 del Código Penal.

El problema a que da lugar al veredicto recaído en este juicio, consistente sólo en que el jurado aseveró que el homicidio lo cometió el agente sin la intención de matar, requiere, para una solución correcta en derecho, no el examen escueto de la respuesta del tribunal popular, sino su confrontación con el proceso mismo, es decir, con sus elementos probatorios respecto del hecho material ejecutado por Paulo Emilio Belalcázar, pues de esa manera es dado saber si se trata de una conducta punible y como tal se acopla, dentro de los términos del artículo 11 del Código Penal, a los presupuestos de un acto intencional o

simplemente culposo, y, en último término, si escapa a los ordenamientos de la ley penal por ser, como caso fortuito, no culpable.

Cumple afirmar, en primer término, que el veredicto no desconoció la responsabilidad del homicida, puesto que expresamente el jurado consignó el "sí es responsable", refiriéndose a la muerte que ocasionó a Samuel Rodríguez, en las circunstancias investigadas en el proceso.

Ahora bien: las pruebas allegadas al proceso acreditan que la acción ejecutada por el acusado fue intencional, no meramente culposa, aunque no dirigida a causar la muerte del agredido sino un daño en su cuerpo, ocasionándose un resultado que sobrepasó a la intención.

En tales condiciones, preciso es rechazar la hipótesis del homicidio culposo, y con mayor razón, la absoluta inculpabilidad del acusado, puesto que, para decidir, hay en el veredicto el reconocimiento de la responsabilidad.

Si el jurado, en su soberanía para juzgar de hecho, descartó la intención homicida, hay que respetar su voluntad de condenar al procesado, y en ese sentido, para que no se contraríe el alcance del veredicto, la sentencia del juez de derecho tiene que corresponder acomodando la conducta al tipo penal que lógicamente resulta de las pruebas que obran en la causa.

La causal segunda de casación, tal como se ha invocado en la demanda, pretendiendo el actor que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, no es atinente, pues lo que el Tribunal hizo fue, cabalmente, interpretar con acierto el alcance y el contenido de la respuesta del jurado, sin que sea dable hablar de desvío o extralimitación del sentenciador al acomodar el hecho juzgado dentro del artículo 365 del Código Penal.

Por lo demás, como observa el Procurador, el actor concretó la acusación sobre la base de una irregular confección del cuestionario sometido a consideración de los jueces populares, lo que envuelve que no demostró la censura dentro del ámbito de la causal segunda de casación invocada, sino que planteó la invalidez del cuestionario, cargo que solamente puede formularse al amparo de la causal cuarta de casación.

Lo anterior significa que este cargo tampoco prospera y que el recurso ha de desecharse, y así habrá de decidirse, dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALSEDAD

La falsedad punible implica una alteración consciente de la verdad en orden a crear un juicio equivocado sobre un hecho concreto. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diecisiete de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta su auto de 17 de mayo del año que avanza, por medio del cual "sobresee definitivamente a favor del Cura Párroco de Convención, sacerdote Alejandrino Pérez Amaya, ...por los cargos que se le formularon en este proceso".

Teniendo en cuenta que el procesado, no sólo es Cura Párroco de Convención (fl. 107), sino que también ostenta el rango de cabildante catedrático de la Diócesis de Ocaña, goza de fuero para su juzgamiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8º de la Ley 34 de 1892 (actual Concordato) y 33, número 2º, del Código de Procedimiento Penal. De ahí que por este aspecto la actuación se ha cumplido dentro de los trámites legales.

Para resolver, se considera

Primero

Hechos

En esta instancia el Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su esencia los condensa de la siguiente manera: "Hernando Alvarez, Registrador del Estado Civil en Convención, denunció ante el Juzgado Promiscuo Municipal de esa población el hecho de que varias personas interesadas en obtener la cédula de ciudadanía presentaron como prueba de su mayor edad, partidas de bautismo autorizadas por el Párroco Alejandrino Pérez, las que al ser confrontadas con los libros parroquiales resultaron inexactas en cuanto a la fecha de nacimiento" (cuaderno de la Corte, fl. 3).

Agotada la investigación, se produjo la providencia cuya consulta ahora se desata.

Segundo

El Párroco acusado, sacerdote Pérez Amaya, en su indagatoria y en otras piezas procesales (Cfr. fls. 26 ss., 39 ss., 117 ss., 129), ha manifestado: Que la guarda, cuidado, control y manejo de los libros parroquiales, debido a las múltiples ocupaciones que le implica el ejercicio de su ministerio sacerdotal en tan extensa parroquia como la suya, Convención, está a cargo de su secretaria, señorita Doris Esther Avendaño Lozano, en quien tiene depositada absoluta confianza, dadas las virtudes de toda índole que la distinguen; que en atención a ello, cuando deben expedirse copias de partidas de origen eclesiástico, es ella quien lo hace y él las firma sin confrontarlas con los libros. Que el Alcalde de la localidad, señor Julio Martínez Portillo, solicitó su colaboración para la expedición de certificados en orden a establecer la edad de los ciudadanos para efectos de cedulación, a lo cual le respondió que con el mayor gusto, siempre y cuando que él le facilitara algu-

nas de sus empleadas, ya que los libros, por disposición del derecho canónico en ningún momento y por ningún motivo podían sacarse del despacho parroquial y su secretaria no tenía tiempo para dedicarse a esa labor; que ante lo anterior, el funcionario público envió a dos de sus empleadas: María Donelia Callejas y Marina Niño para tal labor; que en el tiempo en que éstas la ejecutaron, él había tenido necesidad de viajar a la ciudad de Cúcuta, motivo por el cual, y como acostumbraba hacerlo en situaciones iguales y con el propósito de no entorpecer la marcha de la Parroquia, había dejado algunos esqueletos firmados en blanco; que una noche en que se disponía a celebrar el sacrificio de la misa, se le presentó el Alcalde con algunas partidas para su firma, las cuales se encontraban en esqueletos o formularios originarios de la Oficina de Registro y que había suministrado el mismo Alcalde; que le manifestó que esperara y luego de la misa las firmaba, lo cual efectivamente hizo. Que posteriormente se enteró de que los datos relativos a la fecha de nacimiento en algunas de aquellas actas, no correspondían a las que se encontraban en los libros parroquiales y que algunas otras no estaban asentadas en aquéllos. Que siempre procedió de buena fe y sin malicia ninguna por lo siguiente: por la absoluta confianza que tenía depositada en su secretaria, a quien le había ordenado colaborara y supervigilara la expedición de aquellas actas, y porque tratándose de la primera autoridad de la ciudad y de la intervención de personal de la Alcaldía, debía depositar también en ellos la debida confianza. Que no confrontó los datos que se le daban para la firma con los que pudieran estar en los libros respectivos, por lo ya dicho y porque eso nunca lo había acostumbrado en atención a las mismas razones; que "cuando fueron a pedirme el favor de permitir buscar en el recinto del despacho las partidas que ellos necesitaban, yo le advertí al señor Ramón Solano que yo no firmaba ninguna partida mientras no fuera confrontada por la secretaria con los libros parroquiales"; que "durante el mes en que se compulsaban las partidas de bautismo, para efecto de cedulación, me vi precisado a hacer un viaje a la ciudad de Cúcuta, en razón de mi oficio y, por esta razón no pude enterarme con anticipación de ninguna anomalía ni de falsedad alguna en los documentos mencionados. Si ellos (sic) hubiese sido así mi doble condición de sacerdote y de persona conocedora de la gravedad que conlleva toda falsedad en documentos públicos, como lo son las partidas de bautismo, me hubiera no sólo inhabilitado para refrendarlas con mi firma sino de denunciar ante la autoridad competente el delito en mención y el atropello que contra mi dignidad y honorabilidad se quería cometer".

Tercero

Con las pruebas que obran en este expediente se establece la veracidad de las manifestaciones del sacerdote acusado. En efecto: Consta que el Alcalde de Convención, en su carácter de primera autoridad política del lugar y con el fin de facilitar la labor de cedulación y evitar a los ciudadanos pobres las erogaciones que la tramitación de la obtención de actas de nacimiento implica, solicitó su colaboración al padre Pérez Amaya y que éste le contestó afirmativamente, exigiéndole el concurso de personal de la Alcaldía para llevarla adelante; que también exigió la supervigilancia de su secretaria de absoluta confianza en la sacada de los datos respectivos de los libros parroquiales. Estos datos se consignaron en los formularios que suministró por conducto del Alcalde la Registraduría Nacional del Estado Civil, bajo el nombre de "Extracto de partida de bautismo". Que la labor de tomar los datos se llevó a término por las empleadas de la Alcaldía María Donelia Callejas y Marina Niño, así como también por Ramón Solano, empleado del ramo educacional; además, se estableció que algunos formularios fueron llenados en tipo de máquina distinta a la del despacho parroquial y que la que allí llevaron de la Alcaldía, al parecer no fue usada; también afirma la secretaria del párroco, Doris Esther Avendaño Lozano, que ella directamente dictaba los datos tomándolos fielmente del libro respectivo de nacimientos y que el padre, con motivo de un viaje que tuvo en esos días, dejó firmados algunos formularios en blanco, como

era su costumbre cuando tenía que ausentarse, formularios éstos firmados en blanco que de inmediato se los llevó la empleada de la Alcaldía, María Donelia Callejas; que es falso que el párroco hubiera autorizado a nadie para que, en caso de faltar pocos meses a alguna persona para cumplir los veintiún años, se cambiara la fecha con el fin de hacer aparecer que ya tenía tal edad. Finalmente, que con fundamento en los datos falsos o presuntamente falsos que se consignaron en tales formularios, no se expidió ninguna cédula de ciudadanía (Cfr. fls. 26, 31 ss., 26 ss., 56 ss., 34, 55 ss., 59 ss., 64 ss., 117 ss., y 129, 3 y 42, 22 ss., 20 ss.).

Cuarto

"La falsedad punible —ha sostenido la Corte— implica una alteración consciente de la verdad, en orden a crear un juicio equivocado sobre un hecho concreto. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad" (sentencia de 9-III/53). Y ha ratificado el concepto anterior en otras providencias: "El delito de falsedad consiste en la inmutación dolosa de la verdad, tratando de imitarla, en daño (potencial o efectivo) de alguien. Dicha infracción en materia de documentos, ha de referirse a escritos que sirvan de prueba de un hecho importante en las actividades sociales, en cuanto ellos establecen, modifican o dejan sin efecto un derecho o una relación jurídica... El dolo en la falsedad requiere el conocimiento, por parte del sujeto activo, de la inexactitud del escrito. Y, como éste se encamina a producir en otro un engaño mediante la traición a la fe pública que los hombres depositan en la prueba documental, el dolo de la infracción radica, por lo tanto, en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con peligro de los derechos ajenos. En consecuencia, el error y la buena fe excluyen el dolo, aunque se tenga por verdadero lo que realmente no lo es" (autos de 9-II/56, 28-IV/58 y 25-VIII/59).

Sobre el aspecto subjetivo de esta infracción ha de predicarse, en síntesis, que se requiere por parte del sujeto activo, el dolo, en el sentido de "faltar maliciosamente a la verdad", "la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero".

El sacerdote Pérez Amaya ha sostenido reiteradamente que al firmar los extractos de partidas de bautismo lo hizo de buena fe, teniendo en cuenta la absoluta confianza que le merecía su secretaria, a quien desde tiempo atrás conocía como persona adornada de las mejores virtudes y, porque también depositaba su confianza en la primera autoridad de la ciudad y en sus empleadas, personas todas éstas de quienes no podía dudar acerca de su honorabilidad, tanto más cuanto que había puesto como condición, para firmar aquellos extractos, el que fueran revisados por su secretaria. Contra esta afirmación central del Párroco de Convención no se levanta en el informativo la más mínima prueba que venga a hacerla poner en tela de juicio. Por el contrario, quienes dentro de las diligencias originales de las cuales se desprendió esta investigación separada en atención al fuero que cobija al sacerdote, dada su calidad de cabildante de la Diócesis de Ocaña, como son Ramón Solano, empleado de la rama educativa y la empleada de la secretaría del despacho parroquial de Convención, cuyas actuaciones son motivo de investigación penal, por razón de los mismos hechos, categóricamente declaran la inocencia del sacerdote y la buena fe con que procedió en el caso sometido a estudio. En tales circunstancias, su afirmación de inocencia merece toda credibilidad, tanto más cuanto consta en el expediente que el padre Pérez Amaya es varón de avanzada edad, de prendas espirituales y morales que le exaltan y engrandecen (Cfr. fls. 130, 130 vto., 132), en atención a las cuales fue elevado a la dignidad de consultor o cabildante catedralicio, "en cuanto que éste constituye el senado del obispo" (fl. 43).

El Ministerio Público en esta segunda instancia ha llegado a la misma conclusión de esta corporación: total ausencia de malicia o dolo en el padre Pérez al estampar su firma en los esqueletos a los cuales se ha hecho referencia. Sobre el particular expone: "Está plenamente demostrado que el Párroco Alejandrino Pérez al autorizar con su firma los documentos tildados de falsos lo hizo prevalido de la buena fe de las per-

somas a quienes autorizó para copiarlos de los libros parroquiales, pero en ningún caso, se pude (sic) inferir siquiera, que lo haya hecho a sabiendas de las inexactitudes que contenían y con el ánimo de faltar a la verdad en documentos destinados a servir de prueba del estado civil de las personas interesadas" (cuaderno de la Corte, fl. 7).

Cabe sí, también agregar, como lo han anotado funcionarios que han intervenido dentro de estas diligencias, que hubo negligencia de parte del acusado en cuanto hace relación a confrontar con los libros parroquiales los datos consignados en los formularios a los cuales se ha hecho referencia. Pero esta circunstancia, que de por sí descarta al dolo, vendría a girar en torno a la culpa, mas como esta infracción no es sancionada a tal título, ha de concluirse que "el hecho atribuido al sacerdote Pérez Amaya es irrelevante desde el punto de vista juridico-penal" (id. fl. 8)

En consecuencia, no siendo constitutivo de infracción penal el hecho imputado al sacerdote Alejandrino Pérez Amaya, el sobreseimiento definitivo proferido en favor suyo habrá de confirmarse, pues encuentra su fundamento en el número 1 del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el Ministerio Público colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto de fecha 17 de mayo del año en curso, proferido dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por medio del cual sobreseyó definitivamente en favor del padre Alejandrino Pérez Amaya por razón de los cargos que dentro de ellas se le formularon.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la corporación de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

AUTO DE DETENCION.— SUS FORMALIDADES.— ARTICULO 441 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

La Corte insiste en que las formalidades del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, para proferir auto de detención, son de obligatorio cumplimiento por los jueces y no es posible establecer ninguna salvedad sobre sus ordenamientos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., septiembre diecisiete de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Conoce la Corte en segunda instancia del proceso contra el doctor Sergio Pérez Ramírez, Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, acusado por presuntos delitos de prevaricato, detención arbitraria y concusión, en virtud de consulta del sobreseimiento definitivo de veintiocho de junio último, proferido por el Tribunal Superior de Tunja.

Los hechos que dieron origen a la presente investigación consistieron en que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá conoció de un proceso penal contra Hernando Botero Peláez, denunciado por Manuel Cardona Idárraga, por los posibles delitos de incendio y daño en cosa ajena. El juzgado del conocimiento, en providencia de veintisiete de agosto de mil novecientos setenta decretó la detención preventiva de Botero Peláez, sin especificar en ella la calificación provisional de las infracciones. Ante tal omisión, el Procurador Agrario que intervenía en el proceso, solicitó aclaración en el sentido de que se indicara el delito o delitos por los cuales se detenía. El juzgado hizo caso omiso de esta petición, continuó las averiguaciones y el siete de mayo de mil novecientos setenta y uno sobreseyó definitivamente en favor de Botero Peláez.

El auto calificatorio fue consultado con el Tribunal Superior de Tunja que decretó la nulidad del proceso a partir, inclusive, del auto de veintitrés de abril de mil novecientos setenta y uno, que había ordenado la clausura de la investigación.

Regresó el expediente al juzgado de origen, a cargo ya del doctor Sergio Pérez Ramírez, quien ordenó cumplir lo resuelto por el superior, y en el mismo auto (de enero 7 de 1972) expresó que en su concepto quedaba vigente el auto de detención dictado por su antecesor contra Botero Peláez, y ordenó la captura del sindicado. Se cumplió esta orden y Botero fue detenido en el Cuartel de la Policía, provisionalmente. Hasta allí concurrieron varios individuos manifestándole que iban de parte del juez Pérez Ramírez, quien, según ellos, exigía una apreciable suma de dinero a cambio de dejarlo en libertad. Una vez trasladado a la cárcel local, continuaron las exigencias de dinero, hasta que Botero giró un cheque por siete mil pesos ($ 7.000.00), contra el Banco Ganadero de La Dorada (Caldas), que el girado se abstuvo de pagar por haber recibido orden de no hacerlo y por defectos en la firma del librador.

El anterior documento fue emitido a favor del girador, después de dieciséis días de privación de la libertad, y entregado en las horas de la noche y en las instalaciones de la cárcel local, a persona desconocida

para Botero, que manifestó ir acompañada del secretario del juzgado, señor Héctor Angarita.

Entre tanto, el apoderado de Botero solicitó revocatoria del auto de detención, y, en subsidio, la libertad provisional de su cliente, porque consideró que los hechos no eran constitutivos de delito, y además, porque habían transcurrido más de ciento ochenta días desde que se dictó la providencia, sin que se hubiera cerrado la investigación. También alegó que, en últimas, el delito de daño en cosa ajena estaba reprimido con pena de arresto, lo cual hacía acreedor a su patrocinado del beneficio de la libertad provisional. A la petición se dió el trámite legal. El Ministerio Público conceptuó favorablemente sobre la revocatoria del auto detentivo, pero el juez la negó y, en cambio, ordenó nuevamente el cierre de la investigación (auto de 15 de febrero de 1972).

A pesar de lo anterior, la Dirección de la Cárcel, mediante resolución motivada, ordenó la libertad de Botero por no haber recibido en oportunidad la boleta de detención con señalamiento de la clase de delito por el cual se había recluido al procesado.

La providencia del juzgado que negó la libertad fue impugnada mediante los recursos de reposición y apelación. Negado el primero, se concedió el segundo y el Tribunal la revocó, con salvamento de voto (auto de 28 de octubre de 1972).

Considera el denunciante Carlos Monsalve Plata, que los hechos consignados tipifican el delito de detención arbitraria, por haber privado de libertad a Botero Peláez sin calificar provisionalmente los ilícitos por los cuales se dictó. El de prevaricato, por la omisión en resolver peticiones de libertad. Y el de concusión, por la exigencia de una apreciable suma de dinero para dejar en libertad a Botero, todos atribuibles al juez Sergio Pérez Ramírez.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal demanda la revocatoria de la providencia consultada, y en su lugar sobreseimiento temporal en favor del acusado, después de analizar con detenimiento las pruebas recogidas en el proceso.

Se considera

El cargo relacionado con el posible delito de detención arbitraria, consistente en no haber calificado provisionalmente la infracción en el auto detentivo, no alcanza significación penal.

En efecto, de las copias del proceso contra Hernando Botero Peláez, por los delitos de incendio y daño en cosa ajena (fls. 8 a 51 del cuaderno original), así como de la manifestación del funcionario acusado, se deduce claramente que el auto de detención que dio origen al cargo —cuyo texto no se trajo al expediente— fue proferido por el juez anterior. Pérez Ramírez limitó su actuación a hacerlo efectivo, porque consideró que, declarada la nulidad por el Tribunal, cuyos alcances no llegaban hasta dicha providencia, ésta quedaba vigente.

El Ministerio Público conceptúa que la omisión en el señalamiento de la infracción penal en la medida cautelar, implica un defecto de forma que no impedía su cumplimiento y que por no haberse proferido el auto por el juez acusado, no es posible deducir a éste responsabilidad penal.

Estima la Corte, sin embargo, que la inobservancia de los requisitos del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, de imperativo cumplimiento en el auto de detención, excusaba de su ejecución al juez Pérez Ramírez. No obstante, el haberlo hecho efectivo no lo lleva incurso en el delito de detención arbitraria, mientras no se demuestre que lo hizo dolosamente.

Pero la Sala insiste en que las formalidades del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal para proferir auto de detención son de obligatorio cumplimiento por los jueces, y no es posible establecer ninguna salvedad sobre sus ordenamientos.

Conviene advertir, al respecto, que al proceso no se trajo el texto del auto en comentario, para establecer si realmente adolecía del vicio señalado, y únicamente se tiene como prueba el dicho del denunciante y una copia de la visita practicada por la Procuraduría al expediente respectivo, que no es muy precisa sobre el particular (fls. 83 a 85).

En cuanto a la imputación por prevaricato, por no haber resuelto petición de libertad, aparece igualmente de las copias

respectivas (fls. 8 a 51), que el funcionario acusado le dio los trámites legales, resolvió negativamente con fundamentos jurídicos y en oportunidad concedió los recursos contra su decisión, revocada por el Tribunal, con salvamento de voto del magistrado ponente. Al respecto la Corte ha sostenido reiteradamente, que revocar o modificar por el superior una providencia del inferior, no constituye prevaricato, mientras no se demuestre que se hizo contrariando a sabiendas el derecho conocido. De otra parte, ni aun el denunciante señala motivos que pudieran haber impulsado el interés del juez acusado en favor o en contra de alguna de las partes.

Por este aspecto, la providencia consultada no merece reparo.

Resta por examinar las imputaciones relativas al delito de concusión, porque el juez habría exigido, al través de intermediarios o terceros, el pago de una determinada suma de dinero para ordenar la libertad de Hernando Botero Peláez.

Sobre el particular, el Tribunal del conocimiento, después de examinar detenidamente el testimonio del propio Botero, y otros, les resta fe y concluye que pueden ser producto de resentimiento contra el funcionario. Observa que en ningún momento el juez fue señalado directamente haciendo la propuesta ilícita a Botero, y si terceras personas obtuvieron el giro del cheque por siete mil pesos, pretextando hacerlo por exigencia del funcionario, no se demostró participación directa suya en tales actividades.

Sin embargo, el Procurador considera que las afirmaciones de Botero no pueden considerarse absolutamente infundadas para desecharlas de plano y concluir la inexistencia del cargo, pues aunque el juez Pérez Ramírez rechazó las acusaciones, no se estableció claramente si en verdad hubo alguna exigencia del juzgado, puesto que se obtuvo el giro del cheque anteriormente referido.

Aunque Botero cita al ex-juez Hugo Ramón Vásquez así como a Jorge López Rondón, Secretario de la Personería de Puerto Boyacá, y a un "empleado del juzgado" no identificado aún, como posibles intermediarios, los dos primeros desmienten el dicho de Botero. Por su parte el secretario del juzgado, Héctor Angarita, declara en el mismo sentido.

Sin embargo aparece el testimonio de Gustavo Chamorro, Jefe de Cuentas Corrientes del Banco Ganadero de la Dorada, quien expresa que en fecha no determinada, estuvo en las oficinas de la entidad Héctor Angarita, en compañía de otro individuo no identificado, tratando de hacer efectivo un cheque por siete mil pesos, que no fue pagado por razones que no recuerda con exactitud, pero el instrumento sí estaba girado contra la cuenta corriente de Botero Peláez.

Relacionando este testimonio con el de Botero Peláez, se deduce que éste giró el cheque pero estampó unas grafías en él que no corresponden a su firma, y además dio orden al Banco, por intermedio de su abogado, para que no lo pagaran.

Existe la coincidencia de que el secretario del juzgado responde al nombre de Héctor Angarita, pero subsiste duda sobre la identidad entre la persona a que alude Chamorro y quien desempeñaba las funciones de secretario del juzgado, es decir, si se trata o no de la misma persona. Por tal razón debe aclararse a plenitud la identidad de la persona que, según Chamorro, estuvo en el Banco tratando de cobrar el cheque girado por Botero. Se impone la práctica de un careo entre Héctor Angarita Díaz y Gustavo Chamorro, en procura de aclarar esta duda.

Igualmente es necesario conocer el resultado de la investigación ordenada por el Tribunal contra Héctor Angarita, sobre copias de este proceso.

Asimismo debe traerse al expediente la lista de las personas que por la época de los hechos servían cargos en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, y recibir sus testimonios, especialmente de quien figure como mensajero o portero de la oficina judicial, a quien deberá interrogarse concretamente sobre la cita que hace Hernando Botero a folio 171 del cuaderno original.

Finalmente, como lo solicita el Ministerio Público, se practicarán careos entre Hernando Botero Peláez con los testigos Hugo Ramón Vásquez y Jorge López Rondón, para aclarar las contradicciones anotadas.

En consecuencia, hasta tanto no se aclare suficientemente la conducta del juez Pé-

rez Ramírez, precisa decidir de acuerdo con la solicitud del Ministerio Público.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la providencia consultada y en su lugar sobresee temporalmente en favor del doctor Sergio Pérez Ramírez, Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Boyacá, por los cargos que se le formulan en este proceso.

Como consecuencia de lo resuelto, se reabre la investigación con el objeto de que se practiquen las pruebas puntualizadas en la parte motiva, luego de lo cual debe darse cumplimiento al artículo 495 del Código de Procedimiento Penal, si a ello hubiere lugar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Consiste este delito, en privar a alguien de su libertad contrariando las exigencias de la Constitución y la ley (Art. 295 del C. P.), cuando el agente es funcionario o empleado público y cumple el hecho con abuso de sus funciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Pasto, de doce de marzo último, por la cual llama a juicio al doctor Eduardo Rosero Bucheli, ex-Juez Territorial de Puerto Asís, por el delito de detención arbitraria.

Según lo averiguado, en los primeros días del mes de junio de 1971 se encontraba el acusado ingiriendo bebidas embriagantes en compañía de Jaime Rincón y otros individuos, cuando intempestivamente se presentó la esposa del sindicado, quien posiblemente por razón de celos, la emprendió contra su esposo a golpes, así como contra una empleada del establecimiento. Dice Rincón que en forma comedida le reclamó al doctor Rosero Bucheli para que aconsejara a su esposa, a fin de que no fomentara tal clase de escándalos. Y que, como ocho días después, fue encarcelado por orden del juez habiendo estado dieciséis horas en la cárcel.

También vino a comprobarse que el acusado, para disponer la encarcelación de Rincón, profirió la Resolución número 007, de 4 de junio de 1971, por la cual, fundándose en lo que señala el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, impone al citado Rincón la pena de quince días de arresto, sanción que por resolución posterior fue revocada, cambiándose esa sanción por la de multa de cien pesos.

En la indagatoria el doctor Rosero Bucheli acepta los hechos, pero anota que si se dio una violación de los poderes disciplinarios de que trata el referido artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, ello fue de buena fe, carente de dolo, "debido a una equivocación sin ánimo específico de privar injustamente de libertad a un ciudadano".

Algunos declarantes están acordes en señalar al doctor Rosero Bucheli como funcionario probo, de intachable conducta y atento a sus deberes oficiales.

Pues bien:

La encarcelación sufrida por Rincón, durante el lapso de que da cuenta en su declaración (el denunciante lo fue el señor Luis Restrepo Orozco), está plenamente comprobada.

Las resoluciones proferidas por el ex-juez sindicado, dicen en su orden:

"Resolución Nº 07 (junio 4 de 1971). El Juez Promiscuo Territorial de Puerto Asís, en uso de sus atribuciones legales y considerando: Que se tuvo conocimiento de que el sujeto Jaime Rincón, en días anteriores, ultrajó públicamente al suscrito con palabras soeces, irrespetando por lo tanto a la autoridad competente. Que el mencionado sujeto profirió estos ultrajes sin que el suscrito le diera motivo alguno, y en consecuencia se desconocen las razones para tales ultrajes. Que para que estos ultrajes no se repitan, es necesario castigar al responsable de los mismos, resuelve: Sancionar al sujeto Jaime Rincón con 15 días de cárcel

en los calabozos de la Policía Nacional de este lugar, los cuales se llevarán a cabo desde el día de mañana. Líbrese el correspondiente oficio al señor Comandante de la Policía Nacional, para que proceda a dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia. Notifíquese y cúmplase..."

El día nueve del mismo mes fue notificado Rincón, sin que interpusiera recurso alguno.

"Resolución Nº 8 (junio 9 de 1971). El Juez Promiscuo Territorial de Puerto Asís, en uso de sus atribuciones legales y considerando: Que por medio de Resolución número 07 de junio cuatro de este año, se sancionó por ultraje al suscrito al señor Jaime Rincón, con quince días de cárcel. Que este juzgado tiene conocimiento de que el sancionado en el momento de los ultrajes estuvo en completo estado de embriaguez y según él no hizo con intención de ultrajar a la autoridad tales ultrajes. Que es necesario solucionar esta situación, la cual está en contra del señor Jaime Rincón, resuelve: 1º Sancionar con multa de cien pesos al señor Jaime Rincón, en vez de quince días de cárcel que le impuso este mismo juzgado. 2º El señor Rincón depositará la multa impuesta en la resolución anterior en la Recaudación de Impuestos Nacionales. 3º Gírese la correspondiente boleta de libertad. Notifíquese y cúmplase..."

El citado Rincón, al ser notificado, expresó que "paga la multa impuesta".

Obra también en el informativo el siguiente informe del secretario del juzgado, señor Alirio López: "Señor Juez Promiscuo Territorial. E. S. D. Por medio del presente me permito informar que el día sábado pasado, en las horas de la noche, cuando me encontraba en el establecimiento 'El Príncipe' de esta ciudad, en compañía del señor Benjamín Palacios, pude escuchar al señor Jaime Rincón, propietario de dicho establecimiento, que comenzó a proferir ultrajes en forma soez y descomedida en contra suya. Estos ultrajes los lanzaba a voz en cuello y en presencia de las personas que estaban en el café, sin que usted le haya proferido en forma alguna ultrajes ni ofensas, ya que no se encontraba en el establecimiento. Paso este informe para que estime lo que sea del caso, que considero que esto es un irrespeto grave a la autoridad..."

En la indagatoria expresa Rosero Bucheli que primero en forma verbal y luego por escrito recibió de su secretario la información sobre los ultrajes que profirió en su contra el señor Rincón, por lo cual y porque "entiende que la falta de respeto no solamente puede cometerse dentro de la oficina, sino fuera de ella y en ejercicio de las funciones o por razón de ellas o simplemente por malquerencia del ciudadano que en tal forma se comporta frente al funcionario judicial, irrespetándolo", con apoyo en el numeral 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil profirió la resolución aludida, la que luego revocó, al momento de notificar aquélla, cambiando la sanción de arresto por multa. Agrega que "mi procedimiento al dictar la resolución de arresto, honestamente considero fue carente de dolo, fraude o abuso de autoridad y lo ceñí estrictamente a lo dispuesto en lo pertinente en el artículo 39 citado".

Pues bien:

Señala el artículo 295 del Código Penal que, "al funcionario o empleado público que abusando de sus funciones prive a alguno de su libertad, se le impondrá prisión de seis meses a dos años".

Consiste, pues, este ilícito en privar a alguien de su libertad contrariando las exigencias de la Constitución y de la ley, cuando el agente es funcionario o empleado público y cumple el hecho con abuso de sus funciones.

Y al resolver la Corte un caso similar al que se ha averiguado en este proceso, dice lo siguiente:

"Comete delito de detención arbitraria el funcionario que administra justicia y que, antes de estar ejecutoriada la correspondiente resolución, priva de su libertad a una persona, para ejecutar la pena de arresto impuesta como sanción correccional por haber desobedecido, injuriado o faltado al respeto al funcionario cuando actuaba en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas" (auto de 22 de marzo de 1954, G. J. T. LXXVII, Pág. 221).

Y es lo que precisamente acepta el acusado, cuando dice en la indagatoria que "creo que el tiempo que el señor Rincón estuvo retenido en las dependencias de la

Policía Nacional de Puerto Asís, fue el necesario para hacerle la notificación de la resolución de arresto".

De ahí que el Procurador 1º Delegado en lo Penal, al solicitar que se confirme la providencia apelada, que, "aún admitiendo que procedió con fundamento en el poder disciplinario que el Código de Procedimiento Civil otorga a los jueces, al ordenar la captura inmediata y por consiguiente la privación de la libertad del sancionado, obró ilegalmente si se tiene en cuenta que la resolución no podía cumplirse sino mediante la observancia del trámite correspondiente, vale decir, una vez que la determinación se hallara debidamente ejecutoriada".

Y en la conducta del sindicado se tiene que previamente privó de la libertad a Rincón para luego notificarle la resolución mediante la cual le imponía una pena de arresto.

La supuesta ausencia de dolo que alega el acusado y ha planteado el defensor carece de pertinencia, pues aquél manifiesta que tuvo en cuenta para imponer la sanción de que se ha hecho referencia la norma que trae el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, el que obviamente cabe entender que leyó, y en este precepto, al reglamentar el poder disciplinario otorgado a los jueces, se anota:

"El arresto se impondrá por medio de resolución que deberá notificarse personalmente y sólo será susceptible del recurso de reposición.

"Ejecutoriada la resolución, se remitirá copia de ella al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá cumplirla inmediatamente".

Se tienen, por tanto, las condiciones probatorias que requiere el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para proferir auto de proceder y, por ello, la providencia recurrida debe ser confirmada, salvo en lo siguiente:

1º. En cuanto no se ordena la encarcelación preventiva del sindicado, la que corresponde disponer ahora, habida cuenta de que se tienen las exigencias del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, y,

2º En cuanto, como consecuencia obvia de la falla anterior, no se resuelve sobre la procedencia de la excarcelación del enjuiciado, la que estima pertinente la Corte, en atención a que se reúnen los requisitos que, en el evento de un fallo condenatorio en este negocio, permiten la aplicación de la condena condicional. (Art. 453-5º, del C. de P. P.).

Por tanto, debe disponerse, como se anota, la detención precautelativa del ex-juez Eduardo Rosero Bucheli y también su excarcelación, mediante caución prendaria de cien pesos ($ 100.00), lo que habrá de ser dispuesto por el juzgador de primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º Confirmar la providencia del Tribunal Superior de Pasto, de que se hizo mérito.

2º Ordenar la encarcelación preventiva del enjuiciado, señor Eduardo Rosero Bucheli, y,

3º Concederle el beneficio de excarcelación, mediante caución prendaria de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD.— FUERO ESPECIAL.— COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS JUECES MUNICIPALES

A causa del fuero, la jurisprudencia interpretó que el acto de inicio de la investigación y otras actuaciones dentro del proceso penal, son decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o restringida, esto es, de la originada directamente en la ley, pudiéndose comisionar para la práctica de pruebas, así como para diligencias que no impliquen resoluciones de contenido jurisdiccional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E. septiembre veinte de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a revisar, por vía de consulta, el auto de 8 de julio último dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso seguido contra Campo Elías Pacheco, en su condición de Juez Municipal de Monterrey, por un delito contra la administración pública. Mediante el referido auto se declara prescrita la acción penal y, en consecuencia, se ordena la cesación de todo procedimiento contra el sindicado.

Se considera

Ciertamente que no es el caso —como lo observa el Procurador— de examinar lo relacionado con la prescripción, porque existe nulidad, habiendo abierto la investigación el Juez Promiscuo Municipal de Monterrey mediante auto de 20 de septiembre de 1969 (v. fls. 2, 2 v. y 3), falla que no fue enmendada, pues una vez recibido el sumario por el Tribunal, simplemente "se avocó el conocimiento de la presente investigación" y se ordenó la práctica de las pruebas que se reputaron necesarias (auto de 15 de julio de 1970, fl. 12).

A la verdad, creado el fuero para los jueces municipales en virtud del Decreto 528 de 1964 (Art. 12), correspondía al Tribunal, privativamente, decidir sobre la apertura de la investigación, pues de acuerdo con el estatuto procesal vigente a la sazón, "cuando se trate de delitos cuyo conocimiento en primera instancia esté atribuido a la Corte Suprema de Justicia o al Tribunal Superior del Distrito Judicial, el Magistrado ponente será el funcionario instructor" (Art. 61). A causa del fuero, la jurisprudencia interpretó que el acto de inicio de la investigación y otras actuaciones dentro del proceso penal son decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o restringida, esto es, de la originada directamente en la ley, pudiéndose comisionar para la práctica de pruebas, así como para diligencias que no impliquen resoluciones de contenido jurisdiccional. El Decreto 2267 de 1969 consignó la misma norma y con arreglo a tal estatuto debe el Magistrado sustanciador resolver sobre la apertura de la investigación, norma ratificada por el actual Código de Procedimiento Penal (Art. 52).

Según acertadamente apunta el Agente del Ministerio Público, Procurador Primero Delegado en lo Penal, si bien en el sumario examinado el auto cabeza de proceso es an-

terior al decreto último y al Código mencionados, es aplicable la misma interpretación, dada la naturaleza del acto referido, de la cual se colige obviamente que corresponde dictarlo, o decidir sobre la iniciación de la investigación, al funcionario que la ley designa como instructor y en razón del fuero establecido.

Esta Sala, en auto de 7 de noviembre de 1972, expuso:

"Primero. Los Tribunales Superiores de Distrito conocen en primera instancia, por medio de sus Salas de Decisión, de los procesos que se sigan a los jueces y a otros funcionarios 'por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas' (Art. 33, Num. 2º, del C. de P. P.).

"Segundo. De conformidad con lo prescrito en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal, que reprodujo en lo esencial el artículo 61 del estatuto anterior, en los procesos por delito de competencia de la Corte Suprema de Justicia o de un Tribunal Superior del Distrito Judicial 'el Magistrado sustanciador será el funcionario instructor', y es a éste a quien corresponde abrir la investigación cuando a ello hubiere lugar y disponer si la adelanta directamente o por medio de comisionado, vale decir, si las pruebas que ordena en el auto cabeza de proceso las practica por sí o a través del funcionario delegado al efecto.

"Tercero. Al tenor de lo dispuesto en el artículo que viene de citarse y en los artículos 318 y 319 ibídem, que corresponden a los artículos 283 y 284 del Código anterior, no puede cuestionarse que es el funcionario de instrucción (el Magistrado sustanciador, en la Corte o en los Tribunales) el que debe iniciar el sumario, dictando el correspondiente auto cabeza de proceso, cuando por cualquier medio serio de información tuviere noticia de la comisión de alguna infracción penal de las que deban investigarse de oficio...

"Cuarto. Igualmente, es al juez o Tribunal competente o al funcionario de instrucción, según el caso, a quien concierne proferir el auto inhibitorio a que alude el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal (Art. 2º del Decreto 1358 de 1964), o sea la providencia por la cual se abstiene de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho denunciado no ha existido o no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse.

"Quinto. El acto de apertura de un proceso penal, cuya forma debe ajustarse a las exigencias mínimas indicadas en el artículo 319 antes transcrito, y el inhibitorio de iniciación de sumario, que tiene que ser motivado como lo ordena el artículo 320, son decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o retenida, esto es, de la originada directamente en la ley, que le ha dado al juez (individual o colegiado) la capacidad o aptitud para iniciar el proceso o para abstenerse de hacerlo, sin posibilidad de delegación.

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

Fluye de lo expuesto que es preciso decretar la nulidad de la actuación desde, inclusive, el auto cabeza de proceso, por haberse proferido éste por funcionario que no tenía capacidad o aptitud para iniciar la investigación o para abstenerse de hacerlo.

Con fundamento en lo dicho, la Corte Suprema, Sala Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decreta la nulidad del proceso a que se refiere la parte motiva de esta providencia a partir,

inclusive, del auto de 20 de septiembre de 1969 que inició la investigación y ordena devolver el expediente para que el Tribunal decida si es el caso o no de iniciar sumario contra el juez acusado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

LEY NUEVA

El Código de Procedimiento Penal señala en su artículo 7º el camino a seguir y le da competencia al juez de la causa para rebajar, de acuerdo con una ley nueva, la sanción impuesta conforme a las leyes anteriores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E. septiembre veintiséis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida el 5 de noviembre del año pasado y en la cual se condenó a Oscar Gómez Ramírez a la pena principal de diez (10) años de presidio, a las accesorias del caso y a la indemnización de los perjuicios causados por la infracción, como responsable por el delito de homicidio cometido el 26 de febrero de 1972 en el corregimiento de La Cancana, jurisdicción del municipio de Yolombó, y del cual aparece como víctima Héctor Macías, interpuso el procesado y le fue concedido el recurso extraordinario de casación, que, una vez admitido por esta Sala, se tramitó debidamente, habiéndose agotado el rito procesal por lo que se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal

En la noche del 26 de febrero de 1972 se hallaban reunidos en la cantina de Graciela Zuleta varias personas entre ellas Oscar Gómez Ramírez y su amigo Héctor Macías dedicados a ingerir cerveza y habían ya tomado varias botellas cuando se suscitó un incidente durante el cual el primero desafió a todos los presentes y luego salió de la cantina seguido por el segundo quien tenía en sus manos un palo o zurriago que alguno de sus amigos le había dado. Una vez en el exterior del establecimiento se trabaron en lucha los dos citados pero en tanto que Macías se defendía con el látigo el otro lo atacaba con una peinilla al tiempo que le alumbraba la cara con una linterna. En esta forma, Gómez infirió varias heridas a Macías el cual volvió a entrar a la cantina por una puerta, salió por la otra y cayó al pie de una banca de cemento expirando a los pocos segundos a causa de las lesiones, particularmente de una que le seccionó, casi por completo, la yugular.

Iniciada la investigación se recibieron múltiples declaraciones, se practicaron careos y también se llevó a cabo la diligencia de reconstrucción de los hechos.

El procesado dirigió al investigador varios memoriales, en los cuales alegaba en su favor. En uno de ellos solicitó libertad provisional petición que le fue denegada.

En el acto de la indagatoria y como no designara apoderado se le nombró de oficio y a éste se le hicieron las notificaciones correspondientes. No hay constancia de que dicho apoderado no fuera abogado graduado.

Del Juzgado Promiscuo Municipal de Yolombó, que fue el que abrió y adelantó la investigación, pasó el proceso a los Superiores de Medellín habiéndole correspondido en reparto al Décimo de esa categoría que dictó (fl. 105) un auto ordenando la recepción de algunas declaraciones y comisionó para ello al mismo Juzgado Promiscuo mencionado. Este dispuso lo pertinente para que se recibieran a efecto de lo cual se trasladó al corregimiento de la Cancana en donde oyó varios testigos. Se citaron

otros sin que se hubiera obtenido su comparecencia. Asimismo se dio orden al Inspector de Policía de ese lugar para que se les citara nuevamente y dicho funcionario informó que por carencia de empleados y de medios y por residir muchos de los declarantes en veredas alejadas, algunas de las cuales no estaban dentro del término de la inspección, no se les pudo hacer comparecer (fl. 110).

Cerrada la investigación, se calificó el mérito del sumario por medio de auto que lleva fecha 10 de noviembre de 1972 en el cual se llamó a juicio a Oscar Gómez por el delito de homicidio en la persona de Héctor Alonso Macías Quintana.

De esta providencia apeló el sindicado quien, para sustentarla, dirigió dos memoriales al Magistrado sustanciador. El Tribunal por la suya de 19 de febrero del año pasado, confirmó el auto del inferior, con la aclaración de que se trataba "de un homicidio intencional, simplemente voluntario o de propósito" (fl. 168).

En esta forma y sin que se produjeran pruebas en el plenario de la causa, llegó ésta a audiencia pública la que se llevó a cabo el 2 de octubre del año últimamente mencionado.

Durante la vista pública se sometió a la consideración de los jurados el cuestionario de rigor que fue contestado, por unanimidad, con un "sí es responsable".

El juzgado luego de calificar el veredicto de conforme a los hechos, lo aceptó y desarrolló en sentencia fechada a 13 de octubre de 1973 en la cual y después de las consideraciones pertinentes sobre la personalidad del procesado, en contra del cual se dedujeron las circunstancias de mayor peligrosidad contempladas en los numerales 3º y 6º del artículo 37 del Código Penal, le impuso la pena principal de once años de presidio.

Apeló el procesado y el Tribunal decidió el recurso por medio de sentencia de 5 de noviembre de dicho año en la cual reformó la apelada en el sentido de señalar como pena principal la de diez años de presidio, rebajando la impuesta por no considerar demostradas las circunstancias de mayor peligrosidad mencionadas.

Demanda de casación

Presentada oportunamente y declarada conforme a las exigencias legales, hace a la sentencia recurrida dos cargos dentro del marco de la causal 4ª de casación y uno en el de la 1ª, que se pueden resumir del siguiente modo.

Causal cuarta

Primer cargo

Acusa a la sentencia recurrida de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, esto es, con violación del artículo 26 de la Carta, por no haberse dado plenas garantías al procesado para su defensa ya que, según el recurrente no se le designó un abogado titulado para que lo representara en la etapa del sumario lo cual fue causa, a su juicio, de que no se pidieran pruebas que lo favorecieran ni se presentaran alegatos orales o escritos en su favor.

Segundo cargo

También por violación de garantías constitucionales, esta vez porque no se practicaron las pruebas decretadas por el mismo juez y que en opinión del demandante, eran de gran importancia.

Causal primera

Cargo único

Lo hace consistir la demanda en que no habiendo finalizado el proceso por cuanto está aún pendiente el recurso extraordinario de casación, la norma que debe aplicarse en orden a deducir la pena corporal no es el artículo 6º del Decreto 1988 de 1971 que tuvieron en cuenta los juzgadores de instancia para sancionar a Gómez Ramírez con una pena de 11 años de presidio el primero, que fueron rebajados a diez, mínimo imponible que señala esa norma, por el segundo, sino que debe tenerse en cuenta

el que señala el Código ya que el mencionado decreto fue derogado por el 2725 de 1973 por lo cual entró a regir nuevamente el artículo 362 del mencionado ordenamiento.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Segundo Delegado Penal que se deseche la demanda por no tener fundamentos los cargos que hace contra la sentencia recurrida.

Esta Sala está plenamente de acuerdo con los razonamientos del Ministerio Público en forma que, los que va a exponer en seguida, como fundamento de esta decisión, son los mismos que hace la Procuraduría para sustentar la solicitud mencionada, por lo cual y para no repetir la argumentación, la omite en este punto.

Consideraciones de la Corte

En el orden en que fueron expuestos, por ser el lógico dentro de esta clase de escritos, examinará la Sala los cargos hechos a la sentencia.

Causal cuarta

Cargo primero

Examinado cuidadosamente el proceso, no se encuentra que el procesado hubiera carecido de garantías para su defensa, en especial que se le hubiera nombrado un apoderado que no reunía los requisitos legales.

Ya al hacer el resumen de la actuación procesal se advirtió que no hay constancia de que quien ejerció como apoderado del recurrente no fuera abogado graduado.

De otro lado, no es cierto que no hubiera alegatos en su defensa pues aparece que el propio sindicado dirigió un número plural de memoriales a los jueces, tanto al encargado de la investigación como al del conocimiento, alegando en su favor e interpuso recursos tanto contra el auto de proceder como contra la sentencia de primera instancia y fue él quien recurrió en casación.

No puede, en consecuencia, decirse que se hubiera menoscabado ninguna de las garantías que le concede el artículo 26 de la Carta.

No prospera el cargo.

Segundo cargo

Es verdad que se dejaron de practicar algunas pruebas ordenadas por el juez de la causa. Pero se tiene, en primer lugar, que eso no ocurrió por negligencia o incompetencia del comisionado, como parece darlo a entender la demanda, sino porque, pese a haberse puesto todo el empeño para recibir esas declaraciones, no fue ello posible por cuanto los testigos vivían en lugares distantes y muchos de ellos se negaron a firmar la orden de comparendo.

Manifestación de la diligencia empleada por la juez a quien se comisionó para recibir esas pruebas, es la de que se trasladó a la vereda en que sucedieron los hechos con el objeto de facilitar la recepción de los testimonios ordenados por el funcionario del conocimiento.

En segundo término, no es lógico calificar "a priori" de favorables unas pruebas que no se practicaron y que bien hubieran podido contribuir a afirmar la responsabilidad del procesado.

No se observa el menoscabo de garantías que señala la demanda y no prospera por lo tanto este cargo.

Causal primera

Cargo único

Basta la enunciación del mismo para establecer su falta de fundamento. En efecto, el mismo demandante reconoce que la pena se impuso con aplicación de la norma legal vigente en el momento de dictar la sentencia. Pero pretende que ésta se modifique con base en violación directa de la ley lo cual envuelve un contrasentido que hace inane el ataque hecho, al amparo del aparte primero de la causal primera, a la sentencia.

Para casos como el de autos, el Código de Procedimiento Penal señala, en su artículo 7º el camino a seguir, dándole competencia al juez de la causa para rebajar, de acuerdo a una ley nueva, la sanción impuesta conforme a leyes anteriores.

Se declara, por lo tanto, infundado este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha la demanda de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, en el auto de proceder. Se presenta cuando el juzgador, en la calificación genérica que del ilícito hace en el auto vocatorio a juicio, ubica la conducta criminosa en capítulo distinto del que realmente corresponde en el Código Penal, como cuando denomina robo a una acción constitutiva de simple hurto. Y quien alega en casación tal motivo, está en el deber de demostrar el error del juez en la calificación jurídica de la infracción y cuál es la que verdaderamente corresponde a los hechos, en lugar de la que se le dio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Cumplidos los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Santiago Puerta Rico contra la sentencia proferida el 7 de noviembre de 1973 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería que confirmó la de primera instancia del Juzgado Primero Superior de esa ciudad, por medio de la cual el procesado fue condenado a la pena principal de veinte años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como responsable del delito de homicidio (agravado) que define y sanciona el Código Penal en su libro 2º, título XV, capítulo I (artículos 362 y 363), perpetrado en la persona de José Angel Acosta Martínez en las primeras horas de la noche del día veinticinco (25) de diciembre de mil novecientos setenta (1970), en la hacienda 'Bohemia', ubicada en la jurisdicción del municipio de Montelíbano".

Hechos

Con sujeción a las pruebas fueron presentados tanto en el auto de proceder como en la sentencia, de la siguiente manera: "En las primeras horas de la noche del viernes veinticinco de diciembre de mil novecientos setenta, la víctima José Angel Acosta Martínez se encontraba en el establecimiento de expendio de licores denominado "Brisas de Córdoba" perteneciente al sindicado Marco Tulio López que está ubicado en el poblado de Campoalegre sobre la carretera troncal de occidente, en la línea divisoria entre los departamentos de Córdoba y Antioquia y de los municipios de Caucasia y Montelíbano. En esos momentos entró al mismo establecimiento el sujeto Santiago Puerta Rico acompañado de un personaje de regular estatura, de patillas largas, moreno claro, de una edad comprendida aproximadamente entre los 30 y 35 años, vistiendo camisa roja, poncho, zapatos negros y con revólver al cinto, y después de tomarse un trago con su compañero agarraron violentamente a José Angel Acosta Martínez sacándolo hasta las afueras del bar, y luego lo introdujeron en el campero que conducía el mismo Santiago Puerta y en el cual se encontraba el sindicado Manuel Salvador Valencia. Acto seguido emprendieron la marcha con dirección al corregimiento de La Apartada de

Ayapel y penetraron a la hacienda Bohemia de los hermanos Vallejo en donde le hicieron un tiro a la víctima hiriéndola en la cabeza y luego la abandonaron; allí fue recogido por don Alfonso Vallejo que lo condujo al hospital de Caucasia en donde pereció a las tres de la tarde del día siguiente".

"Es de advertir que el sujeto no identificado procuraba darle apariencia al hecho de un arresto practicado por la autoridad, toda vez que decía ser agente del DAS o del F-2, sin embargo Santiago Puerta Rico no ocultó la verdadera naturaleza del acto y sus móviles porque según el decir de varios testigos, como adelante se verá, afirmaba que la víctima se las debía y que se acordara cuando entró a la casa y abusó de la señora de Puerta".

Actuación procesal

La Inspección Central de Policía de Montelíbano inició esta investigación el 28 de diciembre del año en que ocurrieron los hechos reseñados y la continuó el Juzgado Penal Municipal de la misma localidad. Se practicaron numerosas pruebas. Se oyó en indagatoria a Santiago Puerta Rico (fls. 22 ss.), Manuel Salvador Valencia (fls. 28 ss.) y Marco Tulio López (fls. 39 ss.). El 11 de enero de 1971 se dictó auto de detención contra Puerta y Valencia y se decretó la libertad incondicional de López (fls. 35 ss.). El 6 de febrero siguiente, al desatar peticiones que fueran formuladas en pro de la libertad de los detenidos, se les concedió condicional mediante caución (fls. 72 ss.). Una vez cerrada la investigación (fl. 82), el Juzgado Primero Superior de Montería por medio de auto de 23 de septiembre del año últimamente indicado, llamó a responder en juicio criminal a Santiago Puerta Rico y a Manuel Salvador Valencia por el delito de homicidio agravado (C. P., Arts. 362 y 363, Ords. 2º y 5º) en José Angel Acosta Martínez, decretó su detención preventiva, sobreseyó definitivamente en favor de Marco Tulio López y ordenó sacar copias en relación con otro sindicado cuya identificación no se había logrado (fls. 86 ss.). Apelada la providencia por el Ministerio Público y por el defensor de Valencia, el Tribunal Superior de Montería la confirmó en todas sus partes (cuaderno Nº 2, fls. 17 ss.). Previo el cumplimiento de los requisitos de ley, se señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública (cuaderno Nº 1, fl. 140), la cual culminó con los siguientes veredictos emitidos por unanimidad: para Santiago Puerta Rico: "Sí es responsable" (fls. 144 ss.) y para Manuel Salvador Valencia: "No es responsable por falta de pruebas" (fls. 147 ss.). Mediante providencia de 20 de septiembre de 1972 el juzgado del conocimiento condenó a Puerta Rico a la pena principal de 20 años de presidio, a más de las accesorias de rigor y declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto absolutorio proferido en favor de Manuel Salvador Valencia (fls. 156 ss.). El Fiscal del juzgado apeló en cuanto hace relación a la contraevidencia y el defensor de Valencia también interpuso idéntico recurso (fl. 166). Por medio de providencias separadas y previa la corrección de alguna irregularidad anotada por el superior, éste revocó la declaratoria de contraevidencia del veredicto en cuanto hace relación a Valencia y ordenó se dictara sentencia de acuerdo con la decisión del jurado (cuaderno Nº 3, fls. 23 ss.) y confirmó la condenatoria a la cual se ha hecho referencia (id. fls. 50 ss.). Luego se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Luego de presentar los hechos haciendo transcripción de lo pertinente del auto enjuiciatorio, de hacer una muy breve reseña procesal que aprovecha para criticar, también lacónicamente a aquella pieza, y de advertir que le está "vedado, por la naturaleza del juicio, la invocación de la causal referente a la violación de la ley sustancial, y no siendo procedentes los motivos 2º y 3º, el censor impugna la sentencia "con apoyo en el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal", puesto que la sentencia fue dictada "en un juicio viciado de nulidad (C. de P. P. Art. 210 Ord. 5º)", porque "en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica del delito o de la infracción".

Para sustentar el cargo, argumenta: "Partiendo del texto constitucional, que ro-

dea a la persona humana de las garantías fundamentales dentro del proceso penal, y de la consiguiente legalidad que estatuye para la acción penal el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal", se llega a la conclusión de que en la etapa de instrucción y en la del juicio, dentro de este negocio "no se observó el régimen de legalidad y, ni siquiera, se cumplieron los requisitos mínimos de hacer una investigación completa y competente de los hechos, dejando a un criterio presuntivo la apreciación del delito, de sus autores, de los grados de responsabilidad y de todas las circunstancias, antecedentes concomitantes y subsiguientes, no obstante contar con elementos indiciarios que les permitían al instructor, al juez de la causa y al Tribunal, hallar la verdad material y concretar la precisa modalidad del ilícito, así como el verdadero autor del homicidio". Agrega: En los incidentes en el bar "Brisas de Córdoba" que precedieron al homicidio; varios testigos dicen cuál fue la actividad de su poderdante y que el sindicado desconocido obligó al occiso a subir al carro y a "viajar con él en la parte trasera, mientras Puerta Rico y Manuel Salvador Valencia ocupaban la parte delantera". Varios testigos dicen que Puerta increpó a Acosta Martínez "haber abusado sexualmente de su esposa (la de Puerta Rico)", hecho de indiscutible importancia que no se investigó, "no obstante que, si fue cierto, caso de podérsele atribuir alguna responsabilidad en el homicidio, habría tenido que ser en una modalidad específica distinta y no en la que se le dio en el llamamiento a juicio, en la cuestión propuesta al jurado y en la sentencia". Se lanzó la hipótesis, con cierta lógica, de que el sindicado desconocido pudo ser el autor del homicidio por precio o promesa remuneratoria, pero esto no se investigó. Como no hubo testigos del homicidio, no es descabellado suponer que un tercero pudo cometerlo "o formular cualquier clase de hipótesis". "Esos vacíos investigativos dejaron sin cumplimiento el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal principalmente en los puntos que señalan los ordinales 2º, 3º y 4º" habiéndose violado también el 335 ibídem. Respecto a la responsabilidad, no se hizo esfuerzo por esclarecer "el grado de participación que mi poderdante pudiera haber tenido en la infracción. Arbitrariamente, sin análisis alguno, sin decir en qué condiciones, al calificar el mérito del sumario se le consideró coautor del delito, sin distinguir, dentro de la técnica jurídica, si tomó parte en él o si fue que determinó a otro a cometerlo". Así, se desconocieron los artículos 481 y 483 del estatuto procesal penal.

El juez puede calificar genéricamente los hechos para formular el cargo; pero sin plena demostración, no puede deducir circunstancias específicas de agravación, como se hizo en este negocio, al elevar el homicidio a la categoría de asesinato, al deducirse las previstas en los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal. La premeditación acompañada de motivos innobles o bajos no podía afirmarse en el auto de proceder ni someterse a la consideración del jurado, porque nada indica que ella hubiera mediado. Además, si Puerta Rico intervino en los hechos, la investigación sobre los motivos determinantes fue nula y de acuerdo con las personas que estaban en el bar, "habría que admitir que Puerta Rico, si intervino en los hechos, fue porque el occiso agravió el honor conyugal del sindicado, agraviando sexualmente a su esposa, pues esa es la manifestación que los deponentes le atribuyen al acusado durante los incidentes ocurridos en el bar o cantina". Siendo obligatorio aceptar lo anterior, la premeditación es jurídicamente indiferente y, si fue por venganza, la ofensa conyugal "da al homicidio una situación de privilegio, dado el motivo determinante". No existe, en conclusión, la circunstancia de agravación del ordinal 2º del artículo 363. Luego "por este aspecto se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción" (C. de P. P., Art. 483, Num. 3º).

También es injurídica y probatoriamente inadmisible la circunstancia del ordinal 5º del mismo artículo, porque no se concretó "la modalidad del medio empleado para colocar a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad (alevosía, asechanza, insidia). Sino que se afirma la circunstancia "porque sin duda los responsables por su número y su manera de actuar pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad". Esa circunstancia fue presumida por el juzgador y no co-

rresponde a la realidad procesal, pues ni se sabe quiénes participaron en el homicidio, ni fue identificado el homicida y, a la postre, a Valencia se le reconoció su inocencia.

Continúa: Las circunstancias de agravación del delito deben estar plenamente probadas para poder consignarlas en el auto de proceder. La afirmación gratuita de las constitutivas de asesinato quiebran la legalidad del proceso, afectan los derechos del sindicado y, en este caso, vician de nulidad la actuación "a partir del auto de proceder en los términos del ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal". Finaliza solicitando a la Corte case la sentencia impugnada y proceda "conforme a lo ordenado en el ordinal 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta que la nulidad proviene del auto de llamamiento a juicio dictado por el juzgado en primera instancia el 23 de septiembre de 1971".

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público luego de reseñar los hechos, la actuación procesal y de sintetizar la demanda, solicita que la sentencia impugnada no se case porque en los juicios con intervención del jurado, el planteamiento formulado es impertinente, porque "no se trata de comprobar un error en la denominación jurídica de la infracción —homicidio— sino de que Santiago Puerta no tomó parte en la muerte de José Angel Acosta o que, al menos, no existió premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y tampoco se colocó a la víctima en condiciones de indefensión". Agrega: "El reconocimiento de los hechos y circunstancias anteriores corresponden al jurado de conciencia y, efectivamente, el cuestionario que aparece al folio 144 del informativo describe la manera como se ocasionó la muerte a José Angel Acosta y cuál su grado de participación. Por tanto, no obstante la advertencia del demandante en casación es evidente que la acusación orientada a la declaración de nulidad se apoya en argumentos jurídicos propios de la violación indirecta de la ley penal sustantiva". Además, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, "el motivo de nulidad contemplado en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal pretende demostrar que los juzgadores de instancia equivocaron la calificación jurídica de la infracción por no corresponder ésta a determinada descripción legal sino a otra, con consecuencias bien diferentes. Por el contrario, en este caso se aspira al reconocimiento de la inocencia del acusado o al menos, se repite, que si bien tomó participación en el hecho no existieron circunstancias de agravación del homicidio". Por lo demás, "las declaraciones de responsabilidad y de agravación del homicidio son de incumbencia del jurado de conciencia y que en sede de casación es inadmisible la contraevidencia del veredicto," solución a que aspira el impugnador".

A pesar de lo anterior estima conveniente agregar que en las instancias se examinó la prueba para llegar a la conclusión de que "Santiago Puerta, acompañado de un desconocido y en presencia de numerosas personas, tomó a la fuerza a José Angel Acosta, lo introdujo en su vehículo y este ciudadano, gravemente herido, fue hallado al otro día en predios cercanos al lugar en que fue aprehendido". También dice que en aquellas piezas se estudiaron los hechos y las circunstancias que los rodearon, configurándose, en opinión de los juzgadores "los motivos de agravación contemplados en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal".

De todo lo cual concluye que el cargo no puede prosperar.

Se considera

El cargo que el apoderado del procesado recurrente formula a la sentencia acusada, como se recordará, es el de haber sido dictada en proceso viciado de nulidad, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, causal de nulidad del juicio contemplada en el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

El yerro en el nomen juris del delito, como lo ha dicho la Corte, se presenta cuando el juzgador, en la calificación genérica que del hecho ilícito hace en el auto vocatorio a juicio, ubica la conducta criminosa en capítulo distinto del que realmente corresponde en el Código Penal, como cuan-

do denomina robo a una acción constitutiva de simple hurto.

Quien alega en casación tal motivo específico de nulidad, está en el deber de demostrar el error del juez en la calificación jurídica de la infracción, y cuál es la que verdaderamente corresponde a los hechos, en lugar de la que se les dio.

En el caso presente, el actor no cuestiona en rigor, al desarrollar el cargo postulado en la demanda, la denominación genérica de homicidio dado en el auto de proceder al hecho sub judice, sino la prueba de la participación del procesado Santiago Puerta Rico en la muerte del occiso José Angel Acosta Martínez, la que estima insuficiente; y, en último extremo, controvierte la existencia de las circunstancias agravantes del homicidio deducidas en la vocación a juicio, porque considera que no se demostraron en el proceso.

Fácilmente se comprende que la sustentación que el demandante hace del cargo propuesto contra la sentencia impugnada no es la que corresponde al motivo de casación aducido, o sea el de nulidad del juicio por error en la denominación jurídica de la infracción, sino a la causal primera del artículo 580 del estatuto procesal, ya que la violación de las normas penales sustantivas aplicadas por los juzgadores de las instancias se hace depender de defectuosa apreciación de las pruebas (violación indirecta de la ley sustancial), causal ésta que no es pertinente en los juicios en que interviene el jurado, en los cuales el veredicto concluye el debate probatorio y es la base o fundamento inmediato del fallo, lo que no desconoce el apoderado demandante.

En consecuencia, la acusación formulada en las demanda no prospera y por ello habrá de desecharse el recurso, dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de noviembre de 1973, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

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

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA NORMA SUSTANCIAL

Como lo ha dicho la Corte reiteradamente es equivocado plantear el cargo de la violación directa de la norma sustancial con razonamientos pertinentes del quebranto de la ley por vía indirecta, pues cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio ámbito de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo cargo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

El procesado Nelson Rafael Sánchez Lobelo y su defensor interpusieron recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 13 de febrero último, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual condenó a aquél, como responsable de los delitos de falsedad en documentos públicos y de peculado, a la pena principal de siete años de presidio, aparte de las correspondientes accesorias.

El recurso fue sustentado en debida forma y sobre su mérito procede la Sala a resolver.

Los hechos

Los que dieron lugar a esta investigación se relataron en el proceso así:

"El señor Nelson Rafael Sánchez Lobelo era Agente Fiscal del departamento de Bolívar con sede en esta ciudad, desde el seis de marzo de mil novecientos sesenta y cinco. La mencionada oficina tenía por objeto la recaudación de los impuestos de consumo de cigarrillos y otros artículos que de esta ciudad se exportaban al departamento de Bolívar, que pagaban las empresas productoras, como la Compañía Nacional de Cigarrillos S. A. y la Compañía Colombiana de Tabaco S. A. El señor Sánchez con base en un documento llamado tornaguía expedido por la Recaudación de Rentas Departamentales de Santander, en el cual constaba la cantidad del producto exportado, su peso y la suma que correspondía al impuesto de consumo, elaboraba una guía de consumo o recibo del impuesto recaudado y una guía de transporte o autorización para despacharlo a Cartagena al destinatario, concesionario de las ventas al por mayor. Era Secretario de la Agencia Fiscal el señor Andrés Barba Díaz, que desempeñaba dicho cargo desde el diecisiete de octubre de mil novecientos sesenta y seis. El Auditor Fiscal de la Agencia era el señor Augusto Iglesias Orozco desde el once de febrero de mil novecientos setenta y uno, fecha en la cual había reemplazado a Manuel de Jesús Hernández, quien había sido a su vez Auditor desde el dieciséis de julio de mil novecientos setenta. Las funciones del Auditor consistían en refrendar los documentos nombrados suscritos por el Agente Fiscal, lo cual hacía con su firma en los mismos y en firmar los cheques por los cuales se egresaba dinero de la cuenta

de la Agencia Fiscal del Banco Cafetero de esta ciudad. El Secretario era una auxiliar de oficina del Agente Fiscal. El señor Ismael Díaz Granados, como Visitador Fiscal de la Contraloría de Bolívar, practicó a la susodicha Agencia Fiscal una visita el dieciséis de septiembre del año pasado (1971), en la cual efectuó un arqueo de caja mediante un cotejo de las guías de consumo o recibos de impuestos recaudados por la mentada oficina con algunos documentos que solicitó a la Compañía Nacional de Cigarrillos S. A. y a la Compañía Colombiana de Tabaco S. A., como cuadros de los artículos exportados en que figuraban la cantidad de los cartones de cigarrillos remitidos y los números de las guías y tornaguías, pudiendo constatar que en los triplicados de las guías o recibos de impuesto de consumo, firmados por el señor Sánchez Lobelo y por el Auditor de la Agencia Fiscal, aparecían cantidades disminuidas del artículo exportado y de las sumas correspondientes al impuesto recaudado, cuyo valor verdadero figuraba en las tornaguías referidas en tales documentos, con lo cual determinó las sumas que dejaba de contabilizar el señor Sánchez Lobelo en las cuentas rendidas a la Contraloría del departamento de Bolívar, estableciendo así un alcance de medio millón de pesos. El nombrado Visitador formuló la denuncia contra el sobredicho Agente Fiscal.

Actuación procesal

El Juzgado Sexto Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en providencia de 17 de mayo de 1972, llamó a juicio a Nelson Rafael Sánchez Lobelo por los delitos de falsedad en documentos públicos y de peculado (fls. 127 a 141 del segundo cuaderno). Interpuesta apelación contra este auto, fue confirmado por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el suyo de 14 de diciembre del mismo año (fls. 13 a 29 del cuaderno Nº 4).

La audiencia se celebró el 17 de agosto de 1973 y las partes presentaron alegaciones para fundamentar sus peticiones. Sánchez Lobelo fue condenado en fallos de 19 de octubre de 1973 (fls. 99 a 115 del cuaderno Nº 5) y 13 de febrero del año en curso (fls. 7 a 25 del cuaderno Nº 6).

La demanda de casación

Invocando la causal contenida en el numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el demandante le formula cuatro cargos a la sentencia recurrida, "pues ella es violadora de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea".

Primer cargo

"Sánchez Lobelo aceptó en su indagatoria y en la diligencia de confrontación con Andrés Barba Díaz "la realidad del hecho que se le atribuye como delictuoso: haber expedido guías de consumo por sumas inferiores a las que aparecían en las tornaguías y guías de transporte. Pero lo explica afirmando que ello ocurría porque el destinatario de los artículos despachados a Cartagena sólo pagaba los impuestos respectivos a medida que iban vendiendo aquéllos...

"Entonces, salta a los ojos que las referidas manifestaciones constituyen una confesión calificada, porque el declarante acepta el hecho que lo perjudica o puede perjudicarlo, pero agrega hechos y circunstancias que lo favorecen. Y qué valor probatorio tiene esa pieza? El artículo 264 del Código de Procedimiento Penal lo dice con sencilla elocuencia: 'Se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario'.

"Ahora bien, la honorable Sala puede establecer que en el voluminoso expediente no existe ni el atisbo de una prueba que contradiga lo aseverado por mi cliente. Por lo cual el honorable Tribunal sentenciador debió tomarla como plena prueba de los hechos y circunstancias en ella consignados, aunque no hubiera estado corroborada por otros elementos de convicción.

"Pero es que la confesión de mi representado no sólo no está desmentida por otras probanzas, sino que también se encuentra confirmada por otras pruebas...

"Realmente, las declaraciones juradas de Andrés Barba Díaz confirman ampliamente la confesión calificada de mi apadrinado...

Conclusión

"Al no tener en cuenta el honorable Tribunal sentenciador la confesión no contradicha y sí ratificada de mi apadrinado, incurrió en violación flagrante del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal y por este solo hecho debe ser infirmado el fallo recurrido, que incurrió en evidente error de derecho".

Segundo cargo

"En el expediente figuran las guías de transporte y de consumo sobre las cuales, según el Tribunal sentenciador, cometió mi representado los delitos de falsedad documental, como medios para incurrir en peculado, según puede verse a los folios 30 y ss., 41 y ss. y 142 del cuaderno Nº 1.

"Las mentadas guías son documentos públicos o auténticos, por haber sido expedidos con las formalidades legales por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto por el artículo 261 ibídem, el cual agrega que 'son plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe' y que 'contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo'....

Conclusión

"Como en la sentencia acusada no se reconoció a los susodichos documentos públicos el valor de prueba plena respecto de los hechos de que dieron fe los funcionarios de la Agencia Fiscal de Bolívar, resulta ostensible que ella violó, también de manera flagrante, el citado artículo 261. Y por este solo hecho debe casarse asimismo el fallo recurrido, que incurrió en este nuevo y ostensible error de derecho".

Tercer cargo

"En el expediente aparecen algunos papeles, no firmados por nadie, que figuran en el cuaderno Nº 1, a los folios 37, 39, 40, 78 a 89 y 144, y en el cuaderno Nº 3, a los folios 62 a 76. En el cuaderno Nº 1, a los folios 27 a 29, 38, 143, 145, a 147, 179 y 180, 228, 266 y 267, y al folio 76 del 3, figuran otros papeles "al pie de los cuales se observan unas firmas de personas que no tienen funciones públicas, que nadie ha reconocido como suyos y los cuales no han sido autenticados en ninguna otra forma".

Según el demandante, los citados papeles, conforme al artículo 262 del Código de Procedimiento Penal "no tienen ningún valor probatorio... Los primeros, porque no son documentos privados, y los restantes, por cuanto están totalmente desprovistos de autenticidad".

Sin embargo —expresa el actor—, en el fallo impugnado el Tribunal sentenciador les reconoció eficacia probatoria, "para destruir nada menos que el valor de los mencionados documentos públicos...".

Conclusión

"Mediante este otro evidente error de derecho, la sentencia que impugno infringió, por interpretación errónea, el citado artículo 262 del Código de Procedimiento Penal. Este motivo también basta por sí solo para casar aquélla".

Cuarto cargo

"Al condenar el honorable Tribunal sentenciador a mi poderdante, como responsable de los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado, sin que existiera en el expediente prueba alguna de los hechos que se le imputaron, quebrantó otras normas de la ley sustancial, como son: el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que dispone: 'No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella', el artículo 231 del Código Penal y el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. El primero de los preceptos citados, por no haberle dado aplicación, estando en el imperativo deber de hacerlo, y los otros dos, por haberlos aplicado indebidamente.

Conclusión

"Este nuevo error de derecho cometido por el honorable Tribunal sentenciador es igualmente bastante, por sí solo, para invalidar la providencia acusada".

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de hacer un recuento de los hechos y de la actuación procesal y de analizar todos y cada uno de los cargos formulados a la sentencia recurrida, concluye solicitando que no se case el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga "que condenó a Nelson Rafael Sánchez Lobelo como autor de los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado en perjuicio de los intereses económicos del departamento de Bolívar".

Alegato de la parte civil

El apoderado de la parte civil acoge los razonamientos del Procurador y pide asimismo "que no se case el fallo recurrido y de que se ha hecho mérito".

Consideraciones de la Sala

Primer cargo

Cumple recordar que a la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan plasmados en el fallo recurrido, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustancial al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado numeral. En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho, o de hecho que aparezca de modo manifiesto, en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

Como lo ha dicho la Corte reiteradamente, es equivocado, por consiguiente, plantear el cargo de violación directa de la norma sustancial con razonamientos pertinentes del quebranto de la ley por la vía indirecta, pues —como se ha expresado— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio ámbito de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo cargo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión.

El planteamiento de la demanda es contradictorio, porque cuando se acusa un fallo por violación directa de la ley sustancial, como lo hace el actor, se acogen explícita o implícitamente los supuestos de hecho de la sentencia, es decir, su fundamentación factual y los criterios del fallador respecto de la prueba, lo que no acontece cuando se propone la infracción indirecta, en la que se cuestionan justamente las premisas fácticas de la sentencia o se hace una evaluación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en la decisión recurrida.

A la verdad, el actor no ensaya demostrar el quebranto de la ley en la sentencia acusada por un razonamiento directo, como corresponde al motivo previsto en el inciso primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sino que pretende reabrir el debate sobre el aspecto probatorio del proceso, situando de tal guisa el cargo dentro de las previsiones del inciso segundo de la disposición citada, por lo cual la impugnación es improcedente.

Pero aun admitiendo que el demandante sólo tuvo en mientes atacar el fallo por violación indirecta de la ley, pues controvierte el criterio del sentenciador en lo que toca a la evaluación de la prueba, alegando que el Tribunal no tuvo en cuenta "la confesión no contradicha y sí ratificada de mi apadrinado" y aduciendo que, por lo mismo, se violó el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, entonces debió citar las disposiciones sustanciales infringidas y puntualizar claramente el concepto de la transgresión. En este supuesto, planteó una proposición jurídica incompleta.

Y es que cuando la censura se propone sobre la base del error de derecho en la apreciación probatoria, debe citarse la norma de la ley de pruebas que se supone infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin). Y en el presente caso, el demandante no se ocupó siquiera en indicar la norma de la ley sustancial a su juicio violada, y menos el sentido en que lo fuera.

En conclusión, este cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

De esta impugnación se debe predicar algo semejante. Alega el actor que se incurrió en violación directa de la ley sustancial, pero se desvía hacia la violación indirecta, aduciendo error de derecho en la estimación probatoria, pues en la sentencia acusada "no se reconoció a los susodichos documentos públicos el valor de prueba plena respecto de los hechos de que dieron fe los funcionarios de la Agencia Fiscal de Bolívar", por lo cual se violó, "también de manera flagrante", el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal.

Determina la norma de la ley de pruebas (el Art. 261) que supone infringida (violación medio), mas no demuestra luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), porque ni siquiera indica cuál es la disposición de ésta que ha sido vulnerada.

Este cargo, por tanto, hay que rechazarlo también.

Tercer cargo

En el mismo error incurre el actor al formular esta impugnación, pues dice que en el fallo censurado se les dio a ciertos papeles valor probatorio, no teniendo ninguno, porque unos "no son documentos privados, y los restantes, por cuanto están totalmente desprovistos de autenticidad", por lo que se "infringió, por interpretación errónea, el citado artículo 262 del Código de Procedimiento Penal".

Y es que el actor señala la norma de la ley de pruebas en su concepto conculcada (el Art. 262), sin determinar, por otra parte, cuál es la disposición de la ley sustancial que ha sido lesionada.

Por consiguiente, este cargo tampoco puede prosperar.

Cuarto cargo

En esta censura el demandante plantea la violación indirecta de la ley sustancial. Cita las normas sustanciales (el Art. 231 del C. P. y el Art. 3º del Decreto 1858 de 1959) y la de prueba (Art. 215 del C. de P. P.) quebrantadas. Mas el cargo se limita a su simple enunciado, sin desarrollo alguno, porque no demuestra el actor que el fallo impugnado estimó el mérito de los elementos de juicio contrariando las disposiciones que regulan el valor de los diferentes medios de convicción. Meramente indica de manera general su personal criterio de evaluación de las pruebas, para concluir que el Tribunal debió examinarlas de un modo distinto y que incurrió en error de derecho.

Lo expresado en todas las consideraciones anteriores evidencia que el recurso habrá de desecharse.

Decisión

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de trece de febrero del año en curso dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de la cual se ha hecho referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

En numerosos fallos de casación se ha puntualizado que la sanción de nulidad del proceso porque éste no siguió las formas propias del juicio, o porque violó cualquiera de las otras garantías consignadas en el artículo 26 de la Constitución, requiere que el actor precise y demuestre en qué forma ocurrió esa violación y cuál el influjo determinante en el fallo recurrido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., septiembre veintiséis de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Con fecha 8 de marzo del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó a Leonidas Rodríguez Sandoval a la pena principal de nueve años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Justiniano Ortiz Rivera. Este fallo que impone igualmente las penas accesorias de rigor y el resarcimiento de los daños, en abstracto, reformó la dictada por el Juez Tercero Superior, el 10 de diciembre de 1973, en la cual condenó al procesado a la pena de once años de presidio, dando aplicación al artículo 6º del Decreto 1988 de 1971.

Contra el fallo de segundo grado interpuso casación el defensor de Rodríguez Sandoval, recurso que se ha tramitado debidamente y que se encuentra ya para resolver.

Refiere el proceso que Justiniano Ortiz Rivera, sin motivo inmediato aunque sí existiera entre los dos enemistad anterior, fue atacado a cuchillo por Leonidas Rodríguez Sandoval en el puesto de comida atendido por Ofelia Medrano de Plata, en las horas de la mañana del lunes 2 de abril de 1973, localidad de Sardinata. El atacado Ortiz Rivera trató de rehuir la presencia del agresor, pero fue perseguido por éste hasta que le dio alcance en otro lugar, acorralándolo en un rincón de la plaza de mercado del pueblo y le causó heridas que le produjeron la muerte por el mecanismo de la anemia aguda. El agresor emprendió la fuga pero fue capturado en el río Sardinata por agentes de la Policía.

Adelantada la investigación, ésta se calificó con auto de proceder, por el delito de homicidio simple, sin que fuera recurrida la providencia correspondiente. Al jurado se le sometió la siguiente única cuestión:

"El procesado Leonidas Rodríguez Sandoval es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte a Justiniano Ortiz Rivera, quien falleció a consecuencia de las heridas recibidas con arma cortopunzante (cuchilla) descritos en la relación de autopsia médico-legal que obra en el expediente, y en la ejecución de tal hecho dicho acusado procedió voluntariamente con el propósito de matar, hecho acaecido en la zona céntrica del municipio de Sardinata, el 2 de abril de 1973?"

Los jueces contestaron unánimemente: "sí es responsable con propósito de matar".

Sobre esta base se dictó el fallo materia del presente recurso.

Demanda de casación

El defensor del procesado, apoyándose en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, acusa el fallo como

violatorio del artículo 26 de la Constitución, pues, a su entender, no se observaron plenamente las formas propias del juicio. Y no se observaron, continúa, porque la inspección judicial decretada por el juez del conocimiento y practicada por un comisionado, no contiene las exigencias del artículo 223 del estatuto procesal, pues en ella no se detallaron ni el plano topográfico, ni las distancias, ni las condiciones de audibilidad y visibilidad; "de tal manera que el mandato perentorio del artículo 223 del Código de Procedimiento Penal, aunado a la clara y perentoria comisión sobre tales requisitos de audibilidad y visibilidad, fueron violados por el juez comisionado, dejando nula la diligencia y huérfano de la prueba a mi defendido".

Agrega el libelo que el comisionado para la diligencia de inspección se dedicó "a hacer un pésimo interrogatorio". Fuera de lo anterior, la comisión se confirió con quince días de término pero éste fue ampliado en dos días más. En consecuencia, se violaron los artículos 224 y 225 del Código de Procedimiento Penal. Finalmente se infringió el artículo 215 ibídem porque no obran en el proceso, legalmente producidas, las pruebas necesarias para condenar. El libelo, a este respecto observa:

"Si bien es cierto que el jurado valora las pruebas con libre convicción, no lo es menos que esa libre convicción, debe formarse con base en pruebas 'legalmente producidas'. A lo cual no obsta que el jurado no deba dar razón de cómo formó su convicción de responsabilidad o de inocencia del acusado, pues es obvio que tal convicción nació del material probatorio que se le ofreció en la audiencia pública. Sostener lo contrario sería admitir que el veredicto puede hallar sustentos en informes extraprocesales.

"No ignoro que la crítica al acervo probatorio debe hacerse a través de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y que tal causal es improcedente en tratándose de juicios con intervención de jurado. Sin referencia a tales medios de prueba era demostrar cómo la no intervención de los peritos mermó, y de qué manera, el derecho de defensa de Leonidas Rodríguez, por lo que era inevitable hacer mención de las pruebas".

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal examina los cargos basados en la causal única de casación invocada, y pide se deseche el recurso pues no existe el menor fundamento para su prosperidad.

En efecto, dice el Agente del Ministerio Público, la crítica de la inspección judicial y de la extensión del término para llevarla a cabo, carecen de validez ante el artículo 26 de la Carta política.

No fue desobedecido el artículo 223 del estatuto procesal porque "confrontando el auto comisorio por el que se ordenó la realización de la dicha diligencia de folios 67 y 68, numeral 6º, con el que dispuso el cumplimiento de lo ordenado y visible al folio 81, como también la diligencia de 'inspección ocular' (sic), radicada al folio 82, se constata que el comisionado cumplió a cabalidad la orden del Juez Superior, desarrollando los puntos que se le fijaron, tales como son 'la visibilidad y audibilidad entre los lugares ocupados por los testigos y el lugar preciso donde fue lesionado Justiniano Ortiz, distancias entre estos lugares y el ocupado por los testigos presenciales; distancia recorrida por los protagonistas; sitio donde se iniciaron los hechos...'; cuestiones, estas últimas, que quedaron especificadas en el plano levantado por el Juez Promiscuo Municipal de Sardinata visible al folio 84.

"Quizás, lo único que no se cumplió de lo ordenado en el auto comisorio, fue tomar las fotografías de los hechos, según la narración de los testigos, omisión perfectamente aclarada en la constancia con que se termina el acta de la diligencia susodicha".

Tampoco fue violado el artículo 224 de la ley procesal, porque 'en forma alguna el actor demuestra el quebranto imputado, comprobación de suyo irrealizable, toda vez que los requisitos indicados para la legalidad de la diligencia fueron tenidos en cuenta por el comisionado, de lo cual da fe la providencia que éste dictó en obediencia a la comisión impartida".

Para el Agente del Ministerio Público no es ni siquiera una simple realidad procesal el haberse practicado la inspección dos días después de haberse vencido el término de

la misma, "por cuanto dentro de ésta estaban comprendidos varios puntos a desarrollar, tales como recepción de testimonios, expedición de copias sobre procesos anteriores contra el sindicado Rodríguez, etc., fuera de que ni dentro de las nulidades legales, ni menos en aquellas extractadas por la jurisprudencia de la Constitución Nacional, puede encajarse como tal, la reclamada por el demandante".

En síntesis, a juicio del Procurador, no puede prosperar el recurso.

Considera la Corte

1. En numerosos fallos de casación se ha puntualizado que la sanción de nulidad del proceso porque éste no siguió las formas propias del juicio, o porque violó cualquiera de las otras garantías consignadas en el artículo 26 de la Constitución, requiere que el actor precise y demuestre en qué forma ocurrió esa violación y cuál el influjo determinante en el fallo recurrido.

No es cualquier deficiencia en la ritualidad de los juicios la que debe pesar en el ánimo de la Corte y la que está llamada a determinar una rectificación de tanta monta, sino la que niega o hace oscuro el procedimiento indicado en la ley, o la que niega o hace oscuro el derecho de defensa. Por lo tanto, el libelo debe indicar en qué forma la irregularidad o las irregularidades anotadas indujeron a una decisión desacertada por desobedecimiento de las garantías procesales, y en qué forma se pasaron por alto los intereses sociales de la represión y los atributos de la persona que soporta tan grave consecuencia. No hacerlo así, inhibe a la Sala para entrar a la consideración del recurso, pues falta uno de los precedentes elementales del mismo. Esta corporación no puede suplir las deficiencias en el planteamiento y, actuando de conformidad con cuanto ha venido sosteniendo desde mucho tiempo atrás, debe desechar el recurso.

2. El actor, como puede precisarse en las transcripciones que se han hecho del libelo, se limita a indicar que de las garantías consignadas en el artículo 26 de la Carta se ha violado la referente a la omisión de las formas propias del juicio, y ha citado disposiciones procesales que considera violadas. Pero en forma alguna ha demostrado, ni tratado de demostrar, en qué forma esos defectos han subvertido la legalidad del juicio y creado una arbitraria administración de justicia.

El cargo no prospera.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Leonidas Rodríguez Sandoval, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS DE SENTENCIAS SIN CONSTANCIA DE NOTIFICACION Y EJECUTORIA

La copia de una sentencia sin constancia de su notificación y su ejecutoria, no produce efectos para agravar la responsabilidad del procesado en razón de la reincidencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., octubre diez (10) de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra a resolver la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de diecisiete de octubre del año próximo pasado, por la cual le impuso al sindicado Armando Orozco Gallo la pena principal de trece años y dos meses de presidio, por doble homicidio y homicidio imperfecto.

En primera instancia conoció el Juzgado 1º Superior de la misma ciudad.

Hechos y trámite del proceso

Acoge el Procurador 1º Delegado en lo Penal el resumen de lo ocurrido que se trae en las instancias, a saber:

"Aparece de autos que el día veintiuno de enero de mil novecientos sesenta y ocho, se celebraba un bazar en el punto denominado 'Llano Muerto', vereda de 'El Páramo' de la comprensión municipal de Tutasá, con el fin de recolectar fondos para la escuela de aquel lugar. Aproximadamente a la hora de las cuatro y media de la tarde del mencionado día, cuando las gentes se dedicaban al regocijo, Armando Orozco solicitó a Lastenia Amaya que bailaran una pieza con música y ésta rechazó la invitación, lo que dio origen para que aquél le quitara el sombrero. Como Armando no le entregara el sombrero, se acercó la mamá de Lastenia a reclamárselo, dando origen esto a que Socorro Amaya agarrara de la ruana a Orozco, quien se lo quiso entregar a las buenas. Como este incidente tomara forma de disgusto, Orozco Gallo, quien había exteriorizado su ánimo belicoso, no tuvo inconveniente en desenfundar su revólver y dispararlo por dos veces contra la humanidad de Socorro Amaya, a quien hirió en la cara y en el pecho. Inmediatamente se oyeron los disparos, el marido de Socorro se dirigió al lugar donde se encontraba su esposa y sin que mediara siquiera una palabra por parte de Abel Guerrero, Orozco disparó contra éste, a quien hirió mortalmente pues en pocos instantes dejó de existir. No satisfecho con lo anterior, Armando Orozco siguió disparando, haciendo blanco en seguida en el cuerpo de Luis Felipe Benavides, quien también murió a consecuencia del disparo que recibiera en el cuello. Ante la gravedad de los hechos, se acercaron algunas personas, entre ellas Eliseo Ronderos, a quien también encañonó pero afortunadamente logró arrebatarle el arma homicida, la que estaba cargando nuevamente, muy seguramente para seguir disparando. Una vez que fue desarmado el victimario, logró emprender la huida pero la propia actuación de los presenciales evitó que ella se realizara, logrando capturarlo y ponerlo en manos de la autoridad".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Dice el actor que propone la causal primera de casación, "por violación indirecta de la ley material, como consecuencia de un error de derecho en la estimativa probatoria".

Anota, como violados, los artículos 34 y 35 del Código Penal.

Y el cargo lo apoya en haberle dado el juzgador en las instancias el alcance de prueba suficiente a unas copias de sentencias condenatorias proferidas contra Orozco Gallo, copias que no fueron autenticadas. Agrega que "una sentencia sin la constancia de su notificación y de su ejecutoria, como la erróneamente valorada por el Tribunal, no produce efectos de ninguna naturaleza; mucho menos efectos probatorios en un juicio penal, para agravar la responsabilidad del procesado. Y, de otra parte, también se incurrió en yerro —dice— "al darle a la confesión del sindicado valor probatorio para demostrar la reincidencia".

Concluye expresando que "los errores en la estimativa probatoria, anteriormente puntualizados, llevaron al Tribunal a violar los artículos 215, 216, 217, 261 del Código de Procedimiento Penal y el 8º de la misma obra, por no haber aplicado analógicamente los artículos 251, 262 y 264 del Código de Procedimiento Civil. Y como consecuencia de la violación de estas normas instrumentales y de los errores aludidos, a quebrantar indirectamente los artículos 34 y 35 del Código Penal...".

El Procurador 1º Delegado en lo Penal responde, así:

"Para que se pueda tener como reincidente a un reo, el artículo 34 del Código Penal establece las condiciones que obligan al sentenciador y que no son otras, sino estas:

"A. Que con anterioridad a la realización de un nuevo delito, haya sido condenado por otro, debiendo estar esta sentencia debidamente ejecutoriada, es decir, bajo el sello de la cosa juzgada, y,

"B. Que no haya transcurrido un lapso superior a diez años entre la comisión de ambos punibles".

Y luego de ocuparse del concepto de documento público y de precisar el alcance de los preceptos que traen el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil y el 261 del Código de Procedimiento Penal, estima que las copias de las sentencias que obran a los folios 114 y 129 del cuaderno principal del proceso, "no pueden ser calificadas de documentos auténticos, toda vez que la falta de sello oficial de la secretaría del juzgado que las expidió..." y de la certificación sobre su ejecutoria, y, por tanto, no tienen la virtualidad de acreditar la reincidencia en el acusado y como consecuencia, el cargo que hace el demandante tiene comprobación.

Pide que se case parcialmente el fallo, pues considera que indirectamente fueron violados los artículos 34 y 35 del Código Penal.

Considera la Corte

Encuentra la Corte acertada la aseveración del demandante de que "una sentencia sin constancia de su notificación y de su ejecutoria... no produce efectos... para agravar la responsabilidad del procesado", en razón de la reincidencia.

Y ello es obvio, porque para tener a un acusado como reincidente es menester que, mediante sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada, esto es, que esté en firme, haya sido antes condenado por delito.

En consecuencia, apreciar como prueba de que se profirió sentencia definitiva mediante la cual se condenó a alguien por delito, la copia de un fallo sin que se agregue la certificación sobre su ejecutoria, es un error en la estimación del alcance de ese elemento de juicio.

Y si de ese yerro se desprende la aplicación de los preceptos que traen los artículos 34 y 35 del Código Penal, que se ocupan de la agravación de la pena privativa de la libertad por la reincidencia del sindicado, aquel error en la estimación de las copias lleva indirectamente a la violación de la ley sustantiva penal, por aplicación indebida.

Y es lo que ha ocurrido en este proceso, al estimar el juzgador de segunda instancia como comprobada la reincidencia del sindicado Armando Orozco Gallo con las co-

pias de sentencias condenatorias anteriores proferidas en su contra, como responsable de delitos, pero sin que se certifique sobre la ejecutoria de tales fallos.

Esto lleva, en consecuencia, a que el motivo de agravación, la reincidencia, no resulte comprobada y por ende, indebidamente aplicados los preceptos sustantivos de la ley penal a que alude el actor.

El cargo, por tanto, resulta comprobado y debe ser casada la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por cuanto prospera el motivo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Corresponde a la Corte, en consecuencia, dictar la sentencia que deba reemplazarlo.

A este objeto, la dosimetría de la sanción privativa de la libertad que hace el juzgador ad quem debe ser modificada en cuanto agravó esa pena por la reincidencia que tomó en consideración en contra del procesado.

En el fallo impugnado, se dice: "Como Orozco Gallo es reincidente, según quedó establecido, no tiene derecho a la rebaja señalada en la Ley 40 de 1968...". Y como el juez de primera instancia condenó "a Orozco Gallo a la pena de ocho años, nueve meses y dieciocho días de presidio", pues "actualizó la rebaja de que se hizo mención y no tuvo en cuenta la reincidencia, debe modificarse la sanción señalando la pena de trece años y dos meses de presidio".

Esa diferencia en la dosificación de la sanción privativa de la libertad debe, entonces, rechazarse y fijar en los referidos ocho años, nueve meses y dieciocho días de presidio la pena privativa de la libertad que debe purgar Orozco Gallo.

En lo demás, debe regir el fallo acusado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley; casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de que se hizo mérito, en el sentido de fijar en ocho años, nueve meses y dieciocho días de presidio la pena privativa de la libertad que debe purgar el procesado Armando Orozco Gallo.

En lo demás rige la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.— TECNICA

La Corte está en imposibilidad total para hacer cualquier estudio sobre situaciones planteadas sin que sea dado suplir por su cuenta tan ostensibles deficiencias del libelo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., octubre diez de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

Vistos

Hermes Mora Aponte fue condenado a la pena principal de cinco años de presidio, en sentencia del 11 de enero del año en curso dictada por el Juez Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga, como responsable del delito de robo agravado cometido en perjuicio de la jabonería Roca, a mediados de febrero de 1973. Dicho fallo quedó confirmado por el de 28 de marzo de 1974, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente.

El procesado interpuso el recurso de casación, que se encuentra en estado de ser decidido, pues se ha agotado el trámite para ello.

Los hechos procesales

El gerente de la fábrica de jabones Roca, ubicada en la calle 31 con carrera 5ª de la ciudad de Bucaramanga, notó el desaparecimiento de mercancías depositadas en dicho local y al indagar las circunstancias en que pudo ocurrir el hecho, encontró rastros dirigidos a una vivienda vecina, en la cual se encontraron varios de los objetos sustraídos. La vivienda estaba ocupada por Hermes Mora Aponte, quien explicó que días antes dos personas desconocidas le habían solicitado permiso para pasar a la bodega de la fábrica de jabones, en vista de que estaban imposibilitados para ingresar por la puerta principal, ya que ésta estaba sellada por orden de las autoridades. Los dos sujetos, según el procesado, le vendieron varias mercancías, que Mora Aponte adquirió por la suma de mil pesos.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga enjuició a Mora por el delito de robo agravado, decisión confirmada por el Tribunal. Sobre esta base se dictó el fallo condenatorio materia del presente recurso extraordinario. Tanto el auto de proceder como la sentencia destacan que el muro medianero entre la vivienda del procesado y la bodega fue escalado. También hicieron hincapié en que la puerta principal de la fábrica jamás estuvo sellada por orden de la autoridad, acogiendo la prueba pertinente.

Demanda de casación

El apoderado especial de Hermes Mora Aponte formuló la demanda de casación, oportunamente admitida, y, apoyándose en la causal primera de que trata el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, acusa el fallo condenatorio "por violación indirecta de la ley sustancial, consistente en error de derecho al apreciar la prueba de la responsabilidad del acusado". Y el error de derecho es doble, según el libelo, así:

a) Porque la sentencia apreció mal el indicio a que se refiere el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que el procesado no tenía antecedentes penales contra la propiedad, y,

b) Porque el Tribunal erró en la apreciación del indicio que consiste en las inadmisibles explicaciones suministradas por el

procesado con relación a la compra de los objetos ajenos que se le encontraron. Este indicio no es necesario, sino que apenas sirve para acreditar parcialmente la responsabilidad.

Tratando de sustentar el primer cargo, la demanda aduce los "limpios antecedentes y conducta ejemplar del procesado" de manera que no se configura la presunción legal de responsabilidad de que trata el artículo 233 del estatuto procesal, norma violada porque el fallo toma en cuenta un indicio inexistente.

Respecto del segundo cargo observa:

"También incurrió el honorable Tribunal en error de derecho en la apreciación del otro indicio mencionado, esto es, el de las inadmisibles explicaciones dadas por el procesado acerca del modo como adquirió los bienes objeto del robo, porque, aún admitiendo que fueran inverosímiles, que no lo son como se verá, las dichas explicaciones, ellas apenas constituirían un solo indicio, más o menos grave; y nunca indicio necesario, porque no resulta un imposible que el procesado adquiera las cosas sustraídas tal como él lo relata, siendo así que procedió convencido de que la bodega donde se hallaban dichos bienes había sido sellada, o por lo menos que las llaves de sus puertas estaban perdidas.

"Y es tan verosímil la versión de mi poderdante que hay un hecho fundamental que lo sustenta: y es el de no haber trasnuesto las cosas que fueron sacadas de la bodega a otro lugar cuando tuvo tiempo suficiente para ello. Mas, como estaba convencido de que los dos sujetos que le solicitaron permiso eran los dueños de la bodega y de los objetos y enseres que había en ella, parte de los cuales le fueron vendidos, no hizo gestión alguna para trasponer dichos objetos. Y los mantuvo en su residencia hasta cuando le practicaron la requisa y los encontraron".

Concluye afirmando que se violó el artículo 215 del Código procesal.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal critica los vacíos de la demanda, pues su autor no señaló la prueba equivocadamente interpretada en el fallo, sino que se limitó a la afirmación del error de derecho en la apreciación de las pruebas en que se basó el fallo. Observa el Agente del Ministerio Público que "tampoco demostró que el error en la apreciación o valoración de la prueba (violación medio) llevó al fallador a infringir la ley penal sustancial (violación fin), pues a este respecto, si bien señaló como violada una norma de carácter sustantivo, no expresó el concepto de tal violación".

Luego agrega el Procurador:

"Los reparos hechos a la sentencia no fueron debidamente concretados y separados y el que aparece como primer cargo se hizo consistir, equivocadamente, en la inexistencia de la presunción legal de responsabilidad prevista en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, de la cual no se ocupó el Tribunal Superior de Bucaramanga al deducir la responsabilidad del acusado. En suma, la censura por este aspecto resulta improcedente e infundada".

Concluye diciendo que, aunque es verdad que un solo indicio no es prueba completa, a no ser que tenga la categoría de necesario, también es verdad que dos pruebas incompletas acreditan los hechos delictivos y la responsabilidad, cosa que efectivamente ocurrió en el proceso.

A juicio del Agente del Ministerio Público se debe desechar el recurso.

Consideraciones de la Corte

1. Como se desprende de las transcripciones hechas del libelo, y lo anota el Agente del Ministerio Público, el actor se limitó a indicar de manera muy general el error de derecho en que había incurrido el fallo condenatorio, pero dejando de lado la prueba misma que a su juicio fue constitutiva de dicho error. Se ignora si se trata de algún documento, o de algún testimonio, o de la pericia que ocupa amplio espacio en los autos. Decir que hubo error en el reconocimiento de la presunción legal de responsabilidad, sin determinar cómo se llegó a establecer esa presunción, es enunciar un cargo en el vacío, si de otra parte, no se concreta el medio probatorio que se tuvo en cuenta.

2. El actor se limita a acusar una apreciación del fallo relacionada con las expli-

caciones dadas por el procesado, pero en este aspecto apenas enfrenta un criterio al del Tribunal, sin demostración ninguna de por qué el juzgador se encuentra equivocado. Habla de la verosimilitud de la versión del procesado, pero no se apoya en ningún hecho para afirmar que ésta es la versión correcta y no la que contiene el fallo condenatorio.

3. En estas condiciones, la Corte está en imposibilidad total para hacer cualquier estudio sobre las situaciones apenas planteadas, sin que le sea dado suplir por su cuenta tan ostensibles deficiencias del libelo. Y no habiendo fundamento para avocar el examen de una realidad concreta procesal determinante del error, el recurso tiene que ser desechado. Así lo hará la Sala.

Fallo

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Hermes Mora Aponte, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Carlos Pérez, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD EN LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

Nadie controvierte que los presupuestos regulares de los consejos de guerra verbales son mucho menos amplios que los del derecho procesal común, pero tal ritualidad no autoriza para concluir que aquéllos infrinjan la Constitución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

Agotado el trámite propio del asunto, se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Segismundo Guzmán Triana y Vicente Martínez Santana contra la sentencia del cuatro de mayo de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior Militar, reformando la de primer grado, condenó a cada uno de los recurrentes a la pena principal de seis (6) años de presidio, "como autores responsables de los delitos de robo y tentativa de extorsión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 402 del Código Penal, modificado por el 2º de la Ley 4ª de 1943, en concordancia con el 404 ibídem, y 406 en concordancia con el 16 del mismo Código, cometidos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el proceso".

Antecedentes

a) Los hechos determinantes del juzgamiento están relatados con esencial fidelidad en los siguientes pasos de la sentencia recurrida: "Se encuentra plenamente establecido en el proceso que en la noche del 19 de enero de 1972, cuatro individuos llegaron a la casa del señor Luis Alfredo Melo, ubicada en la vereda de Resguardo Arriba, en jurisdicción del municipio de Machetá; cuando el dueño de la residencia les abrió la puerta, los sujetos, debidamente armados, lo amarraron junto con su esposa y procedieron a apoderarse de un (1) revólver calibre treinta y ocho, un (1) radio Sanyo, dos (2) ruanas, dos (2) ponchos, una (1) cobija blanca, una (1) maleta, un anillo, mil trescientos pesos ($ 1.300.00) en efectivo, y otros elementos de propiedad de la víctima; lo amenazaron luego con secuestrar a su hija Soledad si no les daba la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00); finalmente dejaron en paz a la niña, con la condición de que el día 24 del mismo mes entregara el dinero exigido en el segundo puente de la autopista en Bogotá, reiterando las amenazas en caso de que no cumpliera la cita. En la fecha y hora impuestos por los asaltantes, y en el sitio convenido, fueron capturados los particulares Segismundo Guzmán Triana y Vicente Martínez Santana, quienes en sus indagatorias confesaron ampliamente su participación en los hechos delictuosos";

b) Iniciada la investigación correspondiente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Machetá, el asunto pasó luego al Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal despacho que ordenó la detención precautelar de Guzmán Triana y Martínez Santana;

c) Enviado posteriormente el proceso a la Brigada de Institutos Militares, el Comandante de la misma decidió, mediante Resolución Nº 0159 de 1972 (septiembre 25) y previa invocación de los artículos 566 a 589 del Código de Justicia Penal Militar, en armonía con el Decreto 254 de 1971, con-

vocar un consejo de guerra verbal en la Guarnición de Bogotá, para que juzgase a los particulares Vicente Martínez Santana y Segismundo Guzmán Triana por los delitos de extorsión y robo. La misma resolución designó las personas que debían integrar el consejo de guerra y señaló la fecha y hora en que éste habría de reunirse;

d) Con oportunidad de la audiencia de juzgamiento, realizada en el día y hora señalados, el presidente del consejo sometió a la consideración de los vocales los cuestionarios de rigor legal, en los cuales se les interrogaba sobre la responsabilidad de los acusados, en calidad de coautores, respecto de los hechos investigados, cuestionarios sobre los cuales recayeron las respuestas afirmativas y unánimes de aquéllos;

e) Acogiendo el veredicto, el juzgador de primer grado profirió la sentencia de veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y dos, por medio de la cual impuso a cada uno de los referidos procesados la pena principal de siete (7) años de presidio, "como autores responsables de robo y extorsión que definen y sancionan los artículos 404 y 406 del Código Penal común, realizados dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que indica el proceso;

f) Al conocer el Tribunal Superior Militar del fallo de primera instancia, hubo de reformarlo en el sentido ya indicado mediante la sentencia recurrida en casación.

El recurso extraordinario

La acusación a la sentencia impugnada se plantea invocando, exclusivamente, la cuarta de las causales de casación previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad. Aunque el apoderado especial de los recurrentes formuló dos demandas —una a nombre de cada poderdante— ambas se fundan en idénticos argumentos. En consecuencia, éstos serán resumidos y examinados de manera conjunta.

a) Los consejos de guerra verbales son inconstitucionales, "por cuanto en la gran mayoría de los casos pretermitiendo etapas fundamentales como la instructiva se violan los mínimos derechos del procesado y se le niegan las mínimas garantías que un ser humano sometido a proceso pueda tener";

b) En el presente proceso se vulneró el derecho de defensa de los procesados desde los interrogatorios a que fueron sometidos por los servicios de inteligencia de la Policía Nacional. Tampoco tuvieron adecuada defensa en el consejo de guerra verbal que los juzgó, pues allí se les designó como defensores a militares que no eran abogados y que, por tanto, carecían de la idoneidad necesaria para llenar a cabalidad sus funciones en favor de sus respectivos patrocinados;

c) Todo lo anterior demuestra que se está aquí en presencia de una nulidad supralegal, que debe declararse con apoyo en el artículo 26 de la Constitución política.

Respuesta del Ministerio Público

No comparte el Ministerio Público —representado en esta oportunidad por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares— el criterio expuesto por el personero de los recurrentes. De la respectiva respuesta importa transcribir lo siguiente, que compendia su concepto sobre el contenido general de la acusación:

"4ª Tanto la jurisdicción ordinaria como la militar, tienen como fundamento el esclarecimiento de la verdad real, con diferencias de forma en el juzgamiento. En efecto, el juicio criminal común, cuya característica es el conocimiento público del pliego de cargos formulados al procesado o procesados, precede a la audiencia con tres fines primordiales:

"a) Traslado a las partes para conocimiento del expediente;

"b) Apertura y práctica de pruebas;

"c) Sorteo de jurados y fijación de fecha de la audiencia.

"Todas estas prerrogativas tendientes a garantizar el derecho de defensa, mediante la brevedad de su procedimiento, están concretadas en las audiencias de los consejos de guerra verbales. Por manera que, ninguna de las garantías constitucionales plasmadas por el legislador en normas positivas vigentes, relativas al reconocimiento de la dignidad humana, podrían ser vulneradas por el derecho castrense. Sería in-

sensato pensar que la disciplina de la institución armada estuviese por encima de los principios generales del derecho o de los imperativos normativos de la Constitución Nacional. Lo que ocurre es que en el procedimiento se da exacta aplicación al principio de la concentración procesal, consistente en acumular en un solo acto toda una serie de fenómenos jurídicos (incidencias y pedimentos impetrados a lo largo de la actuación), suprimiendo los términos de días y de meses, que en la práctica se convierten en años, cuando en pro de la justicia y del acusado, deberían ser de horas".

Fundado en las anteriores premisas, el Procurador concluye solicitando a la Corte que no case la sentencia acusada.

La Corte considera

1. Como se recordará, el Decreto Nº 254 de 1971 (febrero 27), dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le concede el artículo 121 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto legislativo 250 del mismo año, dispuso que a partir de su fecha y mientras subsistiera el estado de sitio, la justicia penal militar conocería, además de los delitos previstos en el Código castrense, de determinadas infracciones comunes, entre las cuales se hallaba la extorsión, y las conexas con éstas, las cuales se investigarían y fallarían "por el procedimiento de los consejos de guerra verbales".

2. Así se explica que el conocimiento de los delitos conexos de robo y extorsión a que se contrae el proceso, perpetrados el 19 de enero de 1972, vale decir, dentro del paréntesis cronológico del estado de sitio, correspondiera a la justicia penal militar, y que su juzgamiento se realizara de acuerdo con las normas que regulan el trámite de los consejos de guerra verbales. (Artículos 566 a 589 del C. de J. P. M.).

3. Ahora bien: Es evidente que cuando el Código institucional establece que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", está reconociendo y consagrando el derecho de defensa, pero sin dar la medida exacta de su ejercicio, ni precisar las formas estructurales de cada juicio, lo cual significa que la reglamentación de tales materias concierne a la ley. Nadie controvierte que los preceptos reguladores de los consejos de guerra verbales son mucho menos amplios que los del derecho procesal común, pero tal realidad no autoriza para concluir que aquéllos infrinjan la Constitución. Por ello, tratando un tema similar, expresó la Sala Plena de la Corte en sentencia del 24 de julio de 1961: "Es normal el trámite plenario por su amplitud a través de numerosas etapas; pero extraordinariamente puede ser conducente y necesario el proceso de actuación acelerada. Lo que importa en esencia es que el acusado sea oído y vencido en juicio conforme a la ley preexistente al acto que se imputa y por juez competente".

4. En cuanto al presente proceso, en sí mismo considerado, importa observar que las diligencias iniciales fueron practicadas por funcionarios de la Policía Judicial, conforme a las atribuciones conferidas por el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, y que durante la etapa propiamente investigativa, adelantada por el Juez 18 de Instrucción Criminal, los sindicados fueron asistidos por profesionales del derecho. El asunto, como atrás hubo de expresarse, pasó luego al Comandante de la Brigada de Institutos Militares, quien como juez de primera instancia y previo concepto del respectivo Auxiliar de Guerra, convocó el consejo de guerra verbal que debía juzgar a los procesados. Ya dentro de la audiencia, los acusados Martínez Santana y Guzmán Triana designaron defensores, en su orden, al mayor Eddy Payares y al teniente Carlos E. Pineda Arias, "oficiales a quienes se hizo comparecer inmediatamente al salón y fueron juramentados por el señor presidente ofreciendo bajo esa gravedad y por su honor de militares desempeñar fielmente sus cargos", según reza el acta respectiva, y sus intervenciones estuvieron enderezadas a formular los planteamientos defensivos que estimaron conducentes, sin que le sea dable a la Corte, en sede de ca-

sación, examinar el fondo de los mismos, o analizar el grado de su eficacia jurídica. Así las cosas, no puede afirmarse con seriedad que quienes en su juzgamiento fueron rodeados de tales garantías, quedasen destituidos de defensa.

5. No encontrándose justificada la causal aducida, se desechará el recurso y se ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen, todo conforme al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior Militar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS Y EL GIRO DE CHEQUES

La verdad es que la falsedad en documentos y el giro de cheques sin previsión de fondos y con fondos insuficientes, sobre cuentas canceladas o embargadas o que no correspondan al girador, se excluyen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre veinte de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Contra la sentencia de 31 de enero del año en curso, por medio de la cual se le impuso, por el Tribunal Superior de Cali, la pena principal de cuatro (4) años de presidio, por los delitos de falsedad en documentos y estafa, cometidos en esa ciudad en los primeros días de noviembre de 1970, interpuso en tiempo oportuno y le fue concedido, al procesado Harold Zawadsky Navia el recurso extraordinario de casación, que esta Sala declaró admisible y ordenó tramitar, imprimiéndole el rito de ley, agotado el cual sin que se observe nulidad se procede a resolver.

Hechos y actuación procesal

Se inició el presente proceso a virtud de denuncia que, ante el Juzgado 24 Penal Municipal de Cali, presentara, el 13 de noviembre de 1972, el súbdito italiano Aldo Flamini Suss, quien manifestó en esa diligencia que el cuatro o cinco de noviembre de 1970 se presentó al taller Flamini de Cali Harold Zawadsky a comprar una máquina de escribir, habiéndosele vendido una de marca Olivetti, portátil, modelo "Lettera", distinguida con el número 1742012 con un valor de $ 2.753.00 que el comprador pagó con un cheque por US $200.00 que dijo ser de su esposa Rubi Arias de Zawadsky a quien le había sido girado por la señora Stella Márquez de Araneta y que presentaba el endoso de la beneficiaria. Como de este cheque sobraba dinero luego de descontado el valor de la máquina, se le devolvieron al comprador $ 847.00 y después el denunciante envió el cheque al banco girado que lo devolvió con la anotación de que faltaba el número de la cuenta. En vista de esto, continúa diciendo el denunciante, se dirigió a la giradora quien a su turno comunicó al señor Rómulo S. Gatiliao, Gerente de Azucarera Colombiana S. A. que había recibido del denunciante una carta con fotocopia del cheque en cuestión y que éste no había sido girado por ella.

A la denuncia agregó el denunciante el cheque contra "The National City Bank of New York (fl. 2) así como también una nota de "The Cleveland Trust Company" en que se expresa el motivo de la devolución, una carta del señor Rómulo S. Gatiliao escrita como representante de Jorge L. Araneta en Colombia y en que manifiesta que la señora de éste, Stella Márquez de Araneta, no había girado dicho cheque y una fotocopia de la carta escrita en inglés por dicha señora a Gatiliao donde se dice esto mismo.

Interrogado sin juramento Harold Zawadsky expresó que había tenido infinidad de negocios con el denunciante Flamini y que por eso no recordaba la compra de la máquina a que éste hace referencia en su denuncia. Empero cuando se le mostró el cheque amerítado expresó que él (esto es, el exponente) se lo había entregado a Flamini para respaldar una deuda contraída

por el valor de una máquina de escribir cuyo precio exacto no recordaba. "Este cheque, agrega, fue totalmente elaborado por mi persona, tanto en la firma que aparece en el anverso, como la que aparece en el reverso del cheque. Dicho cheque, lo repito, fue íntegramente elaborado por mí no habiendo pues ninguna otra persona que tenga que ver en este asunto. Quiero hacer notar que de acuerdo a lo que exige la ley, este cheque no ha sido protestado y solamente lo acompaña un volante bancario con la razón de "Account number needed", que como le será muy fácil al señor juez averiguarlo, traduce literalmente "necesítase el número de la cuenta". Como es de conocimiento del señor juez, en los Estados Unidos, el protesto de un cheque lo hace un Notario Público, requisito que no se ha cumplido en el presente caso" (fl. 14). Dice, además, no recordar cómo obtuvo el instrumento en cuestión pero expresó que en los Estados Unidos es muy fácil conseguir los esqueletos de cheques pues en las mismas mesas de los bancos están listos tales papeles al revés de lo que ocurre en Colombia. Agrega que la máquina a que hace referencia la denuncia la vendió hacía mucho tiempo y que no recordaba dónde se encontraba en el momento de la indagatoria. Niega que Flamini le hubiera devuelto dinero en razón del mayor valor del cheque respecto de la máquina y reitera que dicho instrumento se lo entregó a éste "para respaldar negocios de máquinas y no para ser cambiado en dinero efectivo" (fl. 14 vto.).

Después de recibida la indagatoria que se deja resumida el asunto pasó a los jueces superiores, por competencia, habiéndole correspondido en reparto al cuarto de esa categoría que continuó la investigación durante la cual, entre otras diligencias, se ordenó recibir a la señora Stella Márquez de Araneta declaración jurada a cuyo fin se ofició al Consulado de Colombia en Manila en donde se oyó a dicha persona quien, interrogada sobre el título-valor precitado, respondió "el cheque no fue enviado ni firmado por mí".

En diligencia de confrontación con el denunciante, el sindicado Zawadsky Navia, luego de rehusarse a contestar varias preguntas, manifestó que reiteraba su afirmación de que el cheque había sido entregado para respaldar una deuda proveniente de la venta de una máquina de escribir (fl.71).

Cerrada que fue la investigación, se profirió con fecha 26 de julio de 1973 auto por medio del cual se la calificó llamando a juicio a Zawadsky Navia por los delitos de falsedad en documentos y estafa cometidos en concurso material.

A esa providencia pertenecen los siguientes apartes:

"Ninguna dificultad ofrece el proceso que se le ha venido adelantando a Harold Zawadsky Navia si se tiene en cuenta que es él mismo quien aporta con su confesión los elementos de prueba que establecen a plenitud la existencia de los que integran y tipifican los delitos de "falsedad documental" y "estafa", en concurso material, en circunstancias que ponen de manifiesto que además de ser autor de la falsificación del cheque sub judice hizo uso de este instrumento negociable, a sabiendas de su falsedad.

"Se tiene entonces la violación del numeral 1º del artículo 231 comprendible (sic) al particular que determina el artículo 233 del Código Penal y puestas en relación con el 408 de la misma obra no interesando para este pronunciamiento la alegación del sindicado en el sentido de que el referido cheque no hubiese sido protestado por el respectivo banco, siendo así que doña Stella Márquez de Araneta enfatiza que la firma que aparece allí no es la suya, suficiente para hablarse de falsedad, pues que el pretexto aducido podría ser valedero si se tratara únicamente del delito de estafa.

"En orden a estos principios legales, fácilmente se comprende que el delito de falsedad alcanzó su meta consumativa, puesto que con ese instrumento falso se produjo el fin propuesto, cual fue el de inducir en error al señor Aldo Flamini Suss, quien por medio de ese engaño celebró la operación comercial que relatan los autos con detrimento de su patrimonio económico.

"Esos delitos obran en concurso material, porque —como dice la jurisprudencia— aunque enlazados en sus fines de lucro indebido, se integraron a través de pluralidad de acciones y propósitos, lesionando, el de falsedad, la fe pública y el de estafa, la propiedad" (fls. 94 y 95).

Dicho auto se ejecutorió por no haber sido recurrido.

Durante el plenario de la causa y por orden del juez del conocimiento se trajeron a los autos sendas copias de las sentencias de primera y segunda instancia, proferida aquélla por el juzgado Diez y Ocho Penal Municipal de Cali, el 13 de abril de 1973 y ésta por el Juzgado 11 Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de las cuales se condenó a Harold Zawadsky Navia a la pena de un año de prisión y multa de $ 10.00 por el delito de estafa (fl. 122 y siguientes).

En la audiencia pública, Zawadsky Navia manifestó: "En cuanto al cheque materia de este negocio, dicho cheque sí me fue enviado por mi sobrina, mi renuencia a decirlo, se debió al hecho principal de que con este cheque de la señora Stella Márquez de Araneta que fue devuelto como lo dice muy claramente el talón de devoluciones, repito que fue devuelto para que se anotara el número de la cuenta y no por falta de fondos, ni cuenta cancelada, ni ninguna otra razón parecida. Con este cheque se quiso chantajear a la señora Márquez de Araneta y tanto ella como yo convinimos en que yo asumiera la responsabilidad del giro del cheque. Como es bien sabido la señora Márquez de Araneta es casada con un hombre millonario y ya había habido varias casos aquí en Cali, en Bogotá, que han querido aprovechar cualquier oportunidad para intentar alguna acción directa contra la señora de Araneta, por eso dije en mi indagatoria que yo había girado el cheque materia de este negocio" (fl. 135 vto.).

Con fecha 26 de octubre del año pasado, el Juzgado Cuarto Superior de Cali profirió sentencia condenatoria contra el procesado en la cual expresó que "en el caso de autos debe quedar muy claro, ello se verá más adelante, que el fingimiento de la firma de Stella Márquez de Araneta, fue verificado a manera de treta o engaño, con el fin de obtener la máquina de escribir y excedente monetario de los doscientos dólares que representaba el cheque ya referido y como basamento que respaldaba ese cheque estaba nada menos que la solvencia moral y sobre todo económica en el medio ambiente de la ciudad de Cali, de la señora Stella Márquez de Araneta. Dentro de los hechos imputados al procesado Harold Zawadsky Navia, en este expediente, todo da a entender que el fin perseguido por él, al confeccionar el valor y estampar el nombre de Stella Márquez de Araneta, en el cheque de folio 2, no era otro que el birlar los intereses económicos y obtener la apropiación del objeto cuya entrega era prueba más que suficiente para el fin y objeto buscado".

Termina el a quo aseverando que existen en los autos pruebas suficientes para considerar demostrados los delitos de falsedad y estafa cometidos en concurso material y como autor de ellos al procesado Harold Zawadsky Navia. Además, estima que se presenta la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en la mala conducta anterior del inculpado demostrada por el número plural de procesos que cursan en su contra. Además considera que se trata de un reincidente por cuanto en el expediente figura copia de la sentencia en que se le condena por el delito de estafa (fl. 116).

En tal virtud le fija una pena principal de seis años, dos meses y veinte días de presidio.

De dicha sentencia apelaron tanto el procesado como su defensor y al resolver el recurso, el Tribunal, en la que es materia de la casación, reformó la del inferior en el sentido de fijar como pena, la de cuatro años de presidio.

Se basó el ad quem en que las normas violadas por el procesado fueron solamente los artículos 233 y 408 del Código Penal y no el 242 del mismo ordenamiento como sostiene el a quo al afirmar que, a más de aquellas dos normas, se transgredió también la últimamente citada. Asevera además el Tribunal que no puede, tampoco, deducírsele reincidencia por cuanto la sentencia condenatoria tenida en cuenta, a tal efecto, por el juez, se refiere a hechos ocurridos en Cali el 25 de agosto de 1972 y el cheque de que se trata en el presente proceso tiene fecha 29 de octubre de 1970. En lugar de la circunstancia de mayor peligrosidad ya mencionada, esto es la mala conducta anterior, estima el ad quem comprobada la del numeral 4º del artículo 37 del Código Penal o sea los deberes especiales que las relaciones sociales y de parentesco imponían al procesado respecto del ofendido o perjudicado ya que se valió del nombre de

su sobrina para llevar a cabo el delito con mayor seguridad y eficacia.

Refuta el Tribunal los argumentos del defensor y del Fiscal Primero de la corporación en el sentido de que no se ha demostrado en los autos el cuerpo del delito ya que, según ellos, sólo se tiene la confesión del inculpado para comprobarlo.

Asevera a tal efecto el sentenciador de segunda instancia que, a más de la premencionada confesión, el cuerpo de tales ilícitos se demostró con la carta que la señora Márquez de Araneta dirigió a Rómulo S. Gatiliao y la que éste, a su turno, escribiera al denunciante, en las cuales se afirma que el cheque no había sido girado por la última, además de lo cual obra en los autos la declaración que ésta rindiera ante el cónsul de Colombia en Manila y que llegó al proceso enviada por el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores y, finalmente menciona el careo entre denunciante y sindicado en que este último, ante las aseveraciones del primero relacionadas con la entrega que le hiciera Zawadsky Navia del cheque cuestionado, se limitó a decir que no tenía nada que contestar ni qué hablar en esa diligencia, elementos de convicción que el Tribunal considera suficientes para demostrar la existencia de los dos delitos por los cuales se condena al procesado.

Demanda de casación

Hace a la sentencia recurrida cinco cargos, tres de ellos bajo el rubro de la causal cuarta de casación y los dos restantes en el marco del aparte segundo de la primera. El resumen de ellos es el siguiente:

Causal cuarta

Primer cargo

Haber sido dictada la sentencia en un juicio viciado de nulidad por error en la denominación jurídica del delito.

Lo fundamenta diciendo que el Tribunal llamó a juicio por los delitos de falsedad en documentos y estafa cuando en realidad se trata, no de esos ilícitos, sino del contemplado en el ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 1135 de 1970, esto es, de giro de cheque no correspondiente a la cuenta del girador.

Agrega que el decreto mencionado ya estaba en vigencia cuando se ejecutó el hecho por el cual se llamó a juicio al procesado y que, por ser sus normaciones más favorables a éste que las de los artículos 231, 233 y 408 del Código Penal, debieron aplicarse aquéllas en obedecimiento al principio de favorabilidad que consagran los artículos tercero del Código Penal, sexto del de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución, disposiciones que considera quebrantadas por la sentencia recurrida.

Segundo cargo

Lo hace consistir, al igual que el anterior, en haber incurrido el juzgador en error en la denominación jurídica del delito por llamar a juicio a Zawadsky Navia como responsable del delito de estafa siendo que, según el demandante, este ilícito quedó absorbido por el de falsedad en documentos ya que la intención criminal, dice, fue una sola. Agrega que el denunciante aseveró no recordar el fin para el cual el procesado le entregó el cheque, lo que, según la demanda, implica que no pueda afirmarse que hubo inducción en error.

Tercer cargo

Insiste, como en los anteriores, en que se dio a los hechos una inexacta denominación jurídica en el auto de proceder pero en esta oportunidad afinca tal aseveración en que éstos no fueron suficientemente demostrados por no existir, a juicio del demandante, suficientes elementos de prueba que demostraran debidamente el cuerpo de los dos delitos mencionados ya que, repite, la plena responsabilidad del procesado se estableció con base en su propia confesión.

Afirma, además, que no se practicaron en su totalidad las pruebas decretadas por el juez y que, por tal motivo, se quebrantó el derecho de defensa del procesado y que, por otra parte, se omitieron las formas propias del juicio.

Causal primera

Primer cargo

Acusa a la sentencia recurrida de haber violado los artículos 231, 233 y 408 del Código Penal, por error de derecho en la apreciación de la prueba por cuanto los elementos de convicción en que se apoyó el Tribunal para condenar fueron allegados a los autos sin el lleno de los requisitos legales.

Se refiere la demanda en forma especial, a la declaración de la señora Stella Márquez de Araneta afirmando que fue recibida por su propio esposo, cónsul de Colombia en Filipinas, quien no la juramentó debidamente y además, señala que la carta dirigida por dicha señora a Rómulo S. Gatiliao, escrita en inglés, no fue traducida al castellano.

De allí deduce que el ad quem se basó, para condenar, únicamente en la confesión del procesado, violando así el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y aplicando indebidamente, por ello, los artículos 231, 233 y 408 del Código Penal.

Segundo cargo

El Tribunal, afirma la demanda, incurrió en error de derecho al tomar como pruebas de la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en la mala conducta anterior del procesado, las sindicaciones contra éste de que da cuenta el expediente (fl. 32) y respecto de las cuales afirma la demanda que no revisten importancia ya que salvo dos de ellas las demás culminaron en la absolución del sindicado.

El ad quem, agrega, a virtud de ese error, tomó como base de la pena tres años de presidio cuando debió tomar sólo dos años, con lo cual se violó el artículo 233 del Código Penal.

Concepto de la Procuraduría

Responde en la forma como se resume a continuación cada uno de los cargos formulados por la demanda.

Causal cuarta

Al primero. Considera el Ministerio Público que la calificación dada por el a quo al hecho juzgado fue acertada pues para que sea punible la conducta contemplada en el numeral cuarto del artículo 1º del Decreto 1135 de 1970 no es necesario que el autor de ella sea titular de la cuenta como sí se exige en los restantes apartes de la misma disposición. Agrega que el ánimo defraudatorio de Zawadsky Navia es evidente porque para cubrir el valor de la máquina que adquirió entregó un cheque que no correspondía a cuenta bancaria alguna ni había sido girado por la señora Márquez de Araneta ni endosado por la esposa del procesado lo que implica la existencia de dos conductas diversas: una la confección del cheque y otra su entrega como pago de la cosa que se adquiría, comportamientos que escapan a la previsión de la norma primeramente mencionada, y en cambio, corresponden a la proposición jurídica integrada por los artículos 231, 233 y 408 del Código Penal, razones por las cuales considera la Procuraduría que debe desecharse el cargo.

Al segundo. La acusación, dice el Procurador Delegado, no es clara porque el impugnador sostiene, por una parte, que se trata de la infracción contemplada en el aparte cuarto del artículo primero del Decreto 1135 de 1970, luego afirma que debió llamarse sólo por falsedad, ya que este delito absorbió al de estafa y termina por aseverar que el procesado no cometió ninguna infracción penal.

La Procuraduría insiste en que sí se ejecutaron los hechos delictuosos a que se refiere en las respuestas el cargo anterior. Pide que se deseche el presente no sólo por la ambigüedad anotada en su planteamiento sino también porque contradice lo afirmado por el demandante en el primero y porque, especialmente, no debió hacerse a través de la causal cuarta de casación sino de la primera.

Al tercero. Aun cuando la enunciación del mismo pretende dar a entender, dice el Ministerio Público, que se impugna la sentencia por presunta nulidad debida a error en la denominación jurídica del delito, la verdad es que la demostración tiende a establecer la inexistencia de las infracciones por las cuales se llamó a juicio a Zawadsky Navia en razón de lo cual se puede afirmar que hay equivocación al encuadrar en la

causal cuarta este ataque a la sentencia cuando su lugar sería el de la causal primera. Por eso pide que también este cargo sea desechado.

Causal primera

Respuesta al primer cargo. Considera la Procuraduría que esta acusación a la sentencia está también mal presentada pues los argumentos del demandante se dirigen a probar no un error en la estimación de una de las pruebas que menciona sino la inexistencia de la misma por no haber nacido a la vida jurídica a causa de pretensos vicios en su producción.

Agrega que no es cierto lo afirmado por el demandante en el sentido de que la sentencia se hubiera apoyado exclusivamente en la declaración de la señora Stella Márquez de Araneta para condenar al sindicado sino que al mismo fin concurrieron otros elementos de juicio como el testimonio del perjudicado Flamini, la presencia del cheque original impagado, el careo entre denunciante y sindicado en el cual éste aceptó haber entregado al primero el título-valor en referencia y, finalmente, las sindicaciones anteriores contra el acusado por hechos semejantes al que se juzga en el presente proceso. Por no haberse ocupado de estas pruebas, estima la Procuraduría que resulta incompleta la acusación que, en este punto, se endereza contra la sentencia recurrida y pide, por ello, que se declare no probado el cargo.

Al segundo. También lo encuentra infundado la Procuraduría por cuanto el Tribunal partió para dosificación de la pena, del mínimo de dos años que señala el artículo 233 del Código Penal, y lo aumentó en un año por la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el numeral cuarto del artículo 37 ibídem, o sea por "los deberes especiales que las relaciones sociales o las de parentesco impongan al delincuente respecto al ofendido o perjudicado" y agregó otro año en virtud de lo dispuesto por el artículo 33 id., esto es por tratarse de un concurso material de delitos, todo lo cual es considerado correcto por el Ministerio Público.

Consideraciones de la Corte

En el orden en que han sido propuestos, que es el que la lógica del recurso indica, se analizarán los cargos enderezados por el actor contra la sentencia recurrida.

Primer cargo

Error en la denominación jurídica del delito por haber calificado como falsedad en documentos y estafa lo que en concepto del demandante sólo sería giro de cheque que no correspondía a la cuenta del girador (numeral 4º del Art. 1º del Decreto 1135 de 1970).

La demanda, al hacer el cargo que se deja resumido, incurre en inaceptable confusión al creer posible que elaborar un cheque falso imitando la firma tanto de la giradora como de la beneficiaria, esta última en el endoso del título, sean conductas que se pueden subsumir en el artículo 1º del decreto mencionado.

Porque la verdad es que la falsedad en documentos y el giro de cheques sin previsión de fondos o con fondos insuficientes, sobre cuenta cancelada o embargada o que no corresponda al girador, se excluyen.

En efecto, los tipos descritos en la disposición citada parten del supuesto de que el agente del ilícito elabora un cheque y lo firma con su nombre. Esto es, crea un documento auténtico en el sentido de que quien aparece como autor del mismo es la persona que lo ha elaborado y que es ésta la que hace en el escrito una serie de manifestaciones.

En la falsedad material por creación total de un documento, quien elabora el escrito no firma con su nombre sino con el de otra persona o con nombre imaginario y las manifestaciones son atribuidas a este supuesto autor, lo que señala una diferencia fundamental entre esta forma de falsedad documental y la elaboración del cheque en las circunstancias descritas por la norma legal premencionada.

De otro lado, tampoco puede hablarse de que en estos casos exista falsedad ideológica del instrumento. Es sabido que esta forma de falsedad documental consiste en que el verdadero autor del escrito haga en el texto del mismo afirmaciones que no co-

rresponden a la verdad, estando obligado a manifestar ésta.

Ahora bien, en nuestra legislación el cheque es una orden incondicional, dada a un banco, para que pague a una persona determinada o al portador una suma de dinero (Art. 713 Código de Comercio).

Una orden, es bien sabido, no constituye afirmación de ninguna especie. Quien ordena está diciendo que debe hacerse algo. Pero no asevera nada.

En otras legislaciones, como la española, la forma de cheque llamada "talón de cuenta corriente" contiene la afirmación de la existencia de una cuenta. Por eso quien libra uno de tales títulos sin tener cuenta corriente en el banco girado, comete falsedad documental de carácter ideológico porque está haciendo una afirmación falsa.

En derecho comercial colombiano, el cheque no encierra afirmación semejante ni ninguna otra. Se limita, como se deja dicho a una orden escueta.

En consecuencia no puede darse en un título de esa especie falsedad ideológica.

Pudiera pensarse que quien gira un cheque sin previsión de fondos está haciendo tácitamente una afirmación mentirosa al dar a entender que sí dispone de dinero en el banco girado. Pero tal inferencia no puede elevarse a la categoría de falsedad documental porque para que exista esta forma de ilícito en mención la mentira debe aparecer expresamente en el documento ya que la falsedad de este tipo consiste esencialmente en una falsa atestación hecha por el autor del documento y aun cuando también podría darse este modo de falsedad por la vía omisiva, sólo sería punible cuando el autor del documento tiene obligación de expresar en el contenido del mismo algo y no lo hace, lo que no se da en el caso de autos ya que no existe ningún deber para el girador de un cheque de decir que tiene cuenta corriente en el banco girado o que dicha cuenta está con fondos suficientes para cubrir el valor del título.

Pero si bien al giro de cheque en las circunstancias mencionadas por el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970 no constituye falsedad documental, sí puede configurar un delito de estafa cuando la entrega del instrumento se hace con el objeto de inducir al que lo recibe en el error de creer que le será pagado el cheque y esa equivocación lo lleva a trasladar un bien de su esfera de influencia a la del dador del título o a la de otra persona, produciéndose así un perjuicio patrimonial para el primero, es decir para el que recibe el cheque y un beneficio para el último.

En síntesis, las distintas modalidades de falsedad documental, ya sea material o ideológica, nada tienen que ver con las hipótesis delictuosas consagradas por el Decreto 1135 de 1970 por lo cual carece de fundamento la argumentación del recurrente que pretende debió calificarse la conducta del procesado como un delito "sui generis" de los contemplados por ese ordenamiento siendo así que ella configura, el ilícito a que se refiere el artículo 233 en relación con el 231 del Código Penal.

Examinando la otra parte del cargo se tiene que la argumentación de que debe aplicarse el decreto citado, que ya estaba en vigencia a la época de los hechos, por ser norma más favorable, no tiene cabida en el presente caso porque, como se acaba de demostrar, no se trata de dos normaciones, que reglamenten la misma materia y en presencia de las cuales sea necesario aplicar el principio de favorabilidad, sino que al contrario cada una de ellas se refiere a situaciones distintas. En otras palabras, no hay conflicto aparente de leyes que haga forzosa la aplicación del susodicho principio.

Segundo cargo

Consiste en que, según el demandante, no se ha configurado el concurso material entre los delitos de falsedad y estafa por cuanto el primero de ellos ha quedado absorbido por el segundo ya que fue una sola la intención criminal.

Además se dice que no hubo estafa por no haberse demostrado la intención de inducir en error al denunciante ya que la entrega de la máquina al procesado fue anterior a la del cheque.

Respecto a la segunda parte del cargo, es preciso advertir que ella implica una acusación a la sentencia no por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, como se enuncia en el epígrafe del capítulo de la demanda a que pertenece este cargo, sino

por violación de la ley. En otras palabras esta crítica debió formularse, no en el marco de la causal cuarta, como se hace, sino en el de la primera. Hay, pues, error de técnica en la presentación de este aspecto del cargo que impide entrar a examinarlo.

Por lo que hace a la primera parte del mismo, esto es, a la presunta nulidad por error en la denominación jurídica del delito se tiene que, en realidad, lo alegado no es que haya equivocación al enjuiciar al procesado por el delito de falsedad sino que considera la demanda no existir el delito de estafa por el cual también fue llamado a juicio Zawadsky Navia.

O sea que este aspecto del cargo equivale, como la primera parte del mismo, a una acusación por quebranto directo de la ley y debió, al igual que aquél, formularse dentro de la causal primera y no en la cuarta, falta de técnica que asimismo impide entrar a considerarlo.

Tercer cargo

Alega el actor que hubo error en la denominación jurídica de los delitos por los cuales se llamó a juicio al procesado en razón de que ni la falsedad en documentos ni la estafa tuvieron, a juicio del demandante, comprobación legal en los autos por lo cual se violaron los artículos 310, 481, 483, 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal.

Se responde

Basta la enunciación del cargo para ver que el actor incurrió en la misma falta de técnica que se deja anotada al examinar el anterior, o sea, invocación impropia de la causal que corresponde al pretendido fundamento de la acusación ya que el quebranto, directo e indirecto, de la ley, alegado igualmente en esta oportunidad, es materia propia de la causal primera de casación y no de la cuarta por la que debe concluirse también que no es posible aceptar este cargo.

Respecto a la segunda parte del mismo en que se invoca violación de las garantías constitucionales consagradas por el artículo 26 de la Carta por cuanto, en concepto del demandante no se practicaron todas las pruebas decretadas por el juez, no se observa que, con ello, se hubiera menoscabado el derecho de defensa del procesado que, desde el comienzo de la investigación había aceptado la autoría del hecho sub judice y ninguna de las pruebas dejadas de practicar hubiera alterado esa situación.

No prospera tampoco, en consecuencia, este aspecto del cargo.

Causal primera

Primer cargo

Error en la valoración de las pruebas lo que, a juicio del demandante, condujo a la violación indirecta de los artículos 231, 233 y 408 del Código Penal.

Como bien dice el Ministerio Público en el presente recurso extraordinario, el cargo está mal formulado por cuanto lo que alega el demandante es, en el fondo, que no se produjo determinada prueba, a saber, la declaración de la señora Stella Márquez ya que la allegada a los autos adolece, en concepto del actor, de vicios que él considera hacen inexistente este elemento de convicción.

Siendo esta la base del cargo, lo que debió alegar el demandante fue error de hecho ya que no se trataría, según el planteamiento de la demanda, de indebida apreciación de una prueba sino de inexistencia del fundamento probatorio en que dice basarse el sentenciador, para condenar.

Esta diferencia entre el error de hecho y el de derecho respecto al aparte segundo de la causal primera de casación, la ha hecho la Corte en repetidas oportunidades, entre ellas en sentencia de 7 de junio de 1967, a la cual pertenece el siguiente aparte:

"...el error de hecho sólo se configura afirmando la absoluta inexistencia de un medio probatorio para establecerlo, cuando el hecho es admitido por el Tribunal; pero cuando lo alegado es la inidoneidad legal de la prueba para establecerlo, el error no es de hecho sino de derecho, eventualidad en que se atiende más el valor legal de la prueba que a su fuerza de convicción admitida por el Tribunal..."

A lo anterior es necesario agregar que de un examen atento de la sentencia recurrida aparece que el fallo no se basó sólo en la

prueba cuya inexistencia afirma el demandante sino en una serie de elementos probatorios que llevaron al juzgador a admitir la existencia de los hechos y la responsabilidad penal del procesado.

De ahí que referirse a uno solo de ellos hace que deba calificarse de incompleto el razonamiento del recurrente pues éste debió dirigir la censura no sólo a una de las pruebas tenidas en cuenta por el ad quem sino a todas ellas, lo que, evidentemente, no hizo.

Por estas razones, no prospera el cargo.

Segundo cargo

Se acusa a la sentencia por haber incurrido en error de derecho al estimar como circunstancia de mayor peligrosidad las entradas a la cárcel del procesado, atribuyéndole al certificado que sobre ellas obra en el proceso el carácter de prueba de la mala conducta anterior de aquél.

Examinada la decisión que se acusa, se echa de ver que en ella no ocurre lo que le atribuye el demandante ya que el Tribunal, en vez de aceptar el razonamiento que en el sentido criticado hizo el juez del conocimiento, afirmó claramente que obraba en contra del procesado la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el numeral 4º del artículo 37 del Código de las penas, a saber los deberes especiales que las relaciones sociales o de parentesco "impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado" (fl. 163 cuaderno principal), limitándose a observar, respecto al pasado carcelario de Zawadsky Navia, que servía para descartar la buena conducta anterior lo que no equivale a darle a esa situación el carácter de circunstancia de mayor peligrosidad.

Carece, en consecuencia, de fundamento este cargo que, al igual de los anteriores, habrá de rechazarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el concepto de la Procuraduría, desecha la demanda a que se refieren las consideraciones que anteceden.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.



VALOR DEL RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO

Es obvio que este medio de convicción precise el lleno de los requisitos legales, pues son éstos formas de garantía en cuanto al valor indiciario que de tal diligencia se desprende y en atención a que se apoya en la lucidez de la memoria de quien hace el reconocimiento, la que se amengua con el transcurso del tiempo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E. noviembre veintiocho (28) de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de veinticuatro de enero del presente año, por la cual impone a los procesados José Joaquín Vargas Torres y Reinaldo Sierra la pena principal de sesenta y un meses de presidio, como responsables de robo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 23 Penal del Circuito de esta misma ciudad.

Es recurrente el sindicado Reinaldo Sierra.

Hechos y desarrollo del proceso

En la providencia acusada se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"El 17 de febrero de 1972, el señor Rómulo López Romero conducía por el sector sur de esta ciudad el camión de placa Nº B-4911, de propiedad del señor Pablo Emilio López, cuando de manera sorpresiva fue abordado por dos desconocidos, quienes inicialmente le solicitaron les prestara un servicio para transportar una carga; pero luego, esgrimiendo armas de fuego que no dispararon, intimidaron y dominaron al atemorizado conductor a quien hicieron acostar en el piso del vehículo. Así continuaron por algún trayecto, para después abandonar al señor López Romero. Los antisociales huyeron llevándose el automotor, así como la suma de dinero de la cual habían desposeído al denunciante".

El Procurador 2º Delegado en lo Penal relaciona, así, el trámite del negocio:

Iniciado el sumario, "el Juzgado Octavo de Instrucción de esta ciudad dictó auto cabeza de proceso y el dieciocho de mayo siguiente las autoridades de policía pusieron a disposición de este despacho judicial a José Joaquín Vargas, quien fue capturado porque el denunciante dijo haberlo reconocido cuando descendía de un bus en la avenida 44 sur, con carrera 26, y, además, porque lo identificó como uno de los asaltantes cuando se le exhibió el 'álbum de atracadores' del Departamento de Policía Bogotá.

"En esta misma oportunidad, se dice en el informe del folio 10 del expediente, el denunciante López reconoció a otro de los asaltantes cuando se le presentó la fotografía de Reinaldo Sierra.

"Esta persona fue capturada el 9 de marzo de 1973, cuando se encontraba en la calle 13 con la avenida 68 y cuando ya se había dictado en este proceso auto de enjuiciamiento contra él, por el delito de robo agravado. En la indagatoria a que fue sometido, Reinaldo Sierra negó rotundamente haber tomado parte en el despojo del vehículo que conducía Rómulo López.

"Como ya se expuso, el Juzgado 23 Penal del Circuito de Bogotá condenó a Sierra y a Vargas a sesenta y un meses de presidio, como coautores de robo...", y el Tribunal Superior de Bogotá confirmó lo resuelto en primera instancia, mediante el fallo objeto del recurso de casación.

Demanda y respuesta del Ministerio Público

El demandante, a través de la causal primera de casación —violación indirecta de la ley penal sustantiva, por indebida aplicación— aduce los siguientes cargos:

a) Error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria, a la cual se le otorgó un valor que la ley no le ha concedido;

b) Error de hecho manifiesto en los autos, al declarar que Reinaldo Sierra había sido reconocido en fila de personas, por el denunciante Rómulo López y careado con este último, diligencias que no aparecen en el informativo. Estos elementos de juicio, agrega el actor, se cumplieron con Vargas Torres, mas no con su poderdante, ya que no fueron atendidas las peticiones de Sierra para practicar las diligencias que se echan de menos.

El Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de un examen de las impugnaciones que hace el demandante, encuentra probados los cargos y pide que se case la sentencia objeto del recurso extraordinario.

Considera la Corte

Comparte la Sala la conclusión a que ha llegado el Ministerio Público, pues evidentemente los cargos que hace el demandante aparecen comprobados.

En efecto:

1º Recuerda el Procurador 2º Delegado en lo Penal que precisamente "la incorporación del reconocimiento fotográfico a la legislación colombiana fue propuesta... por él..." "y los debates aparecen consignados en las actas números 42, 56, 60 y 61".

Anota, asimismo, que "una de las tareas urgentes cuando se ha cometido un delito es la identificación de su autor o autores y a este fin las autoridades de policía, con fundamento en anteriores acusaciones, toman fotografías a los delincuentes que más tarde constituyen elemento indispensable para las tareas encomendadas a ese cuerpo (Art. 305 del C. de Procedimiento Penal). Es evidente entonces que esta diligencia debe practicarse lo más rápidamente posible, pues el transcurso del tiempo hace borrar de la memoria los rasgos que caracterizan la persona. Si de una parte existe el indiscutible afán de identificar al delincuente, de otra debe garantizarse los derechos individuales para evitar errores o actuaciones arbitrarias de las autoridades que realizan el reconocimiento. En orden a conciliar estos intereses, el numeral 11 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal exige que la diligencia se realice sobre un número no menor de diez fotografías, las cuales se agregarán al proceso a solicitud de parte y deberá dejarse constancia escrita firmada por quien realiza el reconocimiento y por el funcionario que la practica".

Y observa a continuación el Ministerio Público que "en el presente caso seguramente se exhibieron al denunciante Lopez más de diez fotografías, pero se ignora cuál fue la autoridad de policía que intervino en la diligencia, ya que no se consignáron nombres y apellidos completos, grado y cargo, según las exigencias del artículo 303 del Código de Procedimiento Penal".

Es obvio, entonces, que este medio de convicción precise el lleno de los requisitos legales, pues son estos formas de garantía en cuanto al valor indiciario que de tal diligencia se desprende y en atención a que se apoya en la lucidez de la memoria de quien hace el reconocimiento, la que se amengua con el transcurso del tiempo.

Y en este asunto, la diligencia fue cumplida sólo tres meses después de ocurridos los hechos y respecto de una persona a quien el denunciante antes no había visto.

De consiguiente, no podía el juzgador de segunda instancia darle en el fallo impugnado no sólo el alcance de indicio grave de la responsabilidad del recurrente Reinaldo Sierra, sino ese de prueba plena que le otorgó para apoyar el fallo en dicho reconocimiento fotográfico.

Tiene, pues, razón el Procurador 2º Delegado en lo Penal cuando observa:

"Como ésta..." (la diligencia de reconocimiento fotográfico)... "fue la única prueba para condenar a Sierra, se infiere que el Tribunal Superior de Bogotá le dio el carácter de plena para dar por demostrada la responsabilidad penal del ..." acusado. "Es evidente que esta estimación está en abierto desacuerdo con el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, como acertadamente apunta el actor, porque no se trata de presunción legal y tampoco de indicio necesario, ya que, se repite, Rómulo López no describió a los asaltantes en la denuncia, y en la diligencia del 15 de mayo de 1972 señaló a Sierra como coautor del ilícito. Además, no se atendió la solicitud de éste, para que se practicara el reconocimiento en rueda de personas".

El cargo, como se expresó, resulta comprobado, pues se incurrió en yerro de derecho por equivocada estimación de la prueba, al concedérsele un valor que la ley no le confiere.

2º De otra parte, la segunda tacha aparece demostrada y es constitutiva de error de hecho manifiesto, al apoyarse la sentencia condenatoria en pruebas inexistentes en el proceso.

Sobre este particular dice el Ministerio Público, de acuerdo con lo que anota el demandante:

"El examen objetivo del expediente enseña que Reinaldo Sierra no fue sometido a reconocimiento en fila de personas y tampoco a diligencia de confrontación con el denunciante. La única prueba que se practicó con él fue la de reconocimiento fotográfico acabado de examinar. En consecuencia, el fallo del ad quem se encuentra en absoluto desacuerdo con la realidad procesal, cuando sostiene de manera perentoria que tanto Vargas como Sierra habían sido reconocidos en fila de personas por el denunciante y en sendos careos (fl. 20 del Cuaderno de segunda instancia)".

Debe, según lo considerado, casarse la sentencia acusada, pues prospera el motivo de que trata el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Y en este caso, como lo manda el artículo 583 del mismo estatuto (ordinal 1º), la Corte debe proferir el fallo que deba reemplazar al impugnado y a ese efecto corresponde absolver al recurrente Reinaldo Sierra.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal, casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto condena al recurrente Reinaldo Sierra por el delito de robo y en su lugar lo absuelve y dispone que se ordene su libertad inmediata, para lo cual se librará la orden correspondiente a la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad.

En lo demás rige la sentencia objeto del recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

No existe nulidad constitucional por el hecho de no haberse llevado a cabo la diligencia de reconstrucción en un proceso. Tampoco existe esa nulidad por no haberse ordenado el examen psiquiátrico del procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., noviembre veintinueve de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Por medio de sentencia proferida el 12 de diciembre del año pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirmó sin modificaciones la que dictara el 28 de agosto del mismo año el Juzgado Segundo Superior de ese mismo Distrito y por la que se condenó a Fernando Escorcia Zárate a la pena principal de diez años de presidio, más las accesorias correspondientes por el delito de homicidio cometido el 4 de junio de 1972 en el municipio de Usiacurí y del que aparece como víctima Cristóbal Jiménez Cantillo.

Contra aquella providencia interpusieron en tiempo oportuno el procesado y su defensor, el recurso extraordinario de casación que les fue concedido.

Se declaró admisible por la Corte el mencionado recurso que fue sustentado por medio de apoderado especial.

Agotado el trámite, se procede a resolver.

Hechos

Pueden resumirse diciendo que el 4 de junio de 1972 se celebraba en el municipio de Usiacurí el Día del Campesino motivo por el cual se habían hecho presentes en el lugar varios funcionarios, entre ellos Fernando Escorcia Zárate, miembro del Concejo Municipal de esa población y Presidente del Sindicato de Campesinos y Agricultores de la región quien pronunció un discurso durante los actos de celebración dedicándose luego de ello, a ingerir licor pero sin embriagarse completamente, estado en que llegó a eso de las tres y media de la tarde a la tienda de Abraham Urueta en donde había otras personas entregadas al mismo menester.

Poco después de haber entrado se dirigió a los presentes, en tono colérico, preguntándoles si les había gustado el discurso a lo cual le respondieron afirmativamente. No obstante esa respuesta, Ercorcia se encaminó a uno de los contertulios, Cristóbal Jiménez Cantillo y le repitió la misma pregunta mas cuando el aludido se puso en pie para responder, Escorcia sacó su revólver, con la mano izquierda, retrocedió un paso, le dio varias vueltas al arma haciéndola girar sobre el dedo índice de dicha mano, la detuvo y la disparó sobre Jiménez hiriéndole en el pecho. Luego cuando el herido cayó, el procesado le dio varios puntapiés e intento huir pero fue detenido y entregado a unos agentes de Policía que entraban en esos momentos; Jiménez murió a los pocos minutos.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Usiacurí que dictó el auto cabeza de proceso y practicó varias pruebas, habiéndose confiado el perfeccionamiento de la misma al Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal que decretó la detención preventiva de Escorcia Zárate y luego pasó el proceso a los jueces superiores, por competencia, habiéndole correspondido el conocimiento al segundo de esa

categoría que continuó la investigación y la cerro, a petición del apoderado del sindicado, por auto de 9 de agosto de 1972 (fl. 237 cuaderno Nº 1).

Con anterioridad a dicha providencia se recibió un dictamen del Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal (fl. 238) en el que se dice, en referencia al arma con que se ejecutó el hecho juzgado, que "el revólver no se puede descargar estando girando. Para eso es necesario tenerlo fijo, presionar hacia atrás el seguro del tambor y con el índice empujar por la derecha hacia la izquierda éste...".

Por auto de 2 de octubre del año que se viene mencionando, el juzgado llamó a Fernando Escorcia Zárate a responder en juicio por el delito de homicidio voluntario en la persona de Cristóbal Jiménez Cantillo. En esa providencia, el a quo analiza de modo extenso los elementos de prueba que obraban en el proceso, haciendo especial referencia á la tesis del apoderado sobre contradicción en el dicho de los testigos para desechar esa circunstancia afirmando que lo que así se llama por la defensa no son más que las naturales diferencias de detalles entre los declarantes y que ellas no pueden hacer sospechosos sus testimonios, como sí lo haría la coincidencia absoluta entre ellos. Termina afirmando que el sindicado, "se presentó (a la cantina) con ánimo pendenciero a provocar a la víctima y cuando ésta quiso darle alguna explicación, desenfundo su revólver y después de hacer algunos gestos de petulancia, para demostrar su dominio sobre el arma, disparó con intención de matar contra Jiménez Cantillo, causándole la muerte, y para hacer más palpable su estado de animadversion hacia éste, al verlo desplomado en el suelo, le propinó varios puntapiés" (fls. 268 y 269 ibídem).

De esta providencia recurrió, en reposición, el apoderado del sindicado pero el juzgado resolvió lo pedido no accediendo a reponer, lo que hizo por medio de auto de 21 de octubre de 1972 providencia en la que también se concedió la apelación interpuesta en subsidio por el recurrente.

El Tribunal, por la suya de 13 de febrero de 1973 confirmó la del inferior, haciendo hincapié en el carácter intencional del hecho a propósito de la cual analiza, a espacio, los argumentos que, para apoyar su opinión de que se trataba de un homicidio culposo, expresaron tanto el recurrente cuanto el Fiscal Primero del Tribunal quienes se basaron en el estado de embriaguez en que dicen se encontraba el procesado en el momento de los hechos y en la circunstancia de que éste hizo girar el arma alrededor del dedo índice de la mano izquierda antes de que sonara el disparo que ellos atribuyeron a esta última actuación (fl. 38 y siguientes).

En el plenario de la causa, el defensor solicitó la práctica de algunas pruebas, entre ellas la de reconstrucción de los hechos. El juzgado, por auto de 13 de marzo del año últimamente citado, decretó lo pedido menos en cuanto a la mencionada diligencia, manifestando, al respecto, que el peticionario no había mencionado en su solicitud lo que se proponía acreditar mediante tal elemento de convicción, requisito indispensable para decretar la prueba según el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal (fl. 52 cuaderno Nº 1 Tribunal).

Previos los trámites legales, se llevó a cabo el 22 de agosto de 1973 la audiencia pública en la cual se sometió a la consideración de los jurados el cuestionario de rigor que fue por ellos contestado diciendo: "sí es responsable pero procedió bajo los efectos de bebidas alcohólicas ingeridas" respuesta que fue dada por la unanimidad de los jueces del pueblo (fl. 93 ibídem).

En la diligencia referida el defensor volvió a sostener la tesis del homicidio culposo que no fue aceptada por el "jurí".

En desarrollo del veredicto, el juzgado profirió, con fecha 28 de agosto del mismo año en mención, sentencia condenatoria por homicidio intencional contra Fernando Escorcia Zárate por considerar que así lo había resuelto el jurado al responder en la forma vista y estimando, que el agregado sobre la embriaguez del procesado que contiene la respuesta del tribunal popular no configura una modalidad atenuante del hecho sino una circunstancia de menor peligrosidad.

De la sentencia apelaron el procesado y su defensor y el Tribunal desató el recurso por medio de la que hoy es materia del de

casación, proferida, como se deja dicho al comienzo de la presente, el 12 de diciembre del año pasado.

En ella examina el ad quem la solicitud del defensor en el sentido de que se declare nulo lo actuado por considerar que el procesado obró en estado de grave anomalía psíquica aserción en cuyo apoyo trajo el recurrente unos certificados médicos. También analiza la tesis, sostenida tanto por el defensor como por el Fiscal Primero del Tribunal, sobre la existencia de un homicidio culposo. Y finalmente se pronuncia sobre la petición, formulada por el primero, de declarar contrario a la evidencia de los hechos al veredicto. Sobre los tres planteamientos el Tribunal se manifiesta en forma desfavorable, advirtiendo, en cuanto al primero, que no aparecen en los autos fundamentos para considerar que Escorcia Zárate padecía de grave anomalía psíquica en el momento de la ejecución del hecho razón por la cual no era dable aplicar lo dispuesto en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal. Agrega que los conceptos médicos allegados por el defensor para sostener su pedimento de nulidad, se presentaron en forma extemporánea ya que lo fueron fuera de los términos probatorios del proceso y, por lo tanto, cuando los jueces no podían decretar ni practicar pruebas.

Manifiesta finalmente el ad quem que comparte ampliamente los argumentos expuestos por el juzgado en cuanto a la forma intencional como actuó el procesado, al disparar sobre Jiménez Cantillo, conclusión a la que considera no obsta el estado de embriaguez en que se encontraba Escorcia Zárate en esos momentos.

Todo lo cual lo lleva a confirmar, como ya se dijo, la sentencia del inferior sin hacerle ninguna clase de modificaciones.

Demanda de casación

Tras de resumir los hechos y las incidencias del proceso, formula a la sentencia recurrida tres cargos, dos de ellos en el marco de la causal 4ª de casación y el tercero en el del aparte 1º de la causal 1ª.

Se pueden resumir tales cargos en la siguiente forma:

Causal cuarta

Primer cargo

Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución política por cuanto, a juicio del recurrente, no se observó la plenitud de las formas propias del juicio.

Lo hace consistir concretamente en que el juzgado no decretó la prueba de reconstrucción de los hechos pedida por el defensor en el memorial a que se hizo antes referencia, elemento de juicio que el demandante considera de importancia para acreditar que el hecho calificado como violador de la ley no era intencional sino culposo, actitud que estima violatoria del derecho de defensa del procesado.

Segundo cargo

No haber dado el juez cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal al no someter el procesado a exámenes psíquicos siendo así que, a juicio del demandante, había fundamentos para ellos, como eran, según él, el hecho de andar Escorcia Zárate permanentemente armado, ser hijo de padre alcohólico, haber tenido una tía demente y sufrido algunas enfermedades infecciosas.

Se apoya, para afirmar lo que se deja resumido, en los exámenes médicos agregados por el defensor a su solicitud ante el Tribunal y de que ya se dio cuenta.

En el resumen del cargo agrega que al no ordenar tales exámenes, el juzgador incurrió en nulidad supralegal por no considerar que se trataba de un homicidio culposo calificación que hubiera favorecido al procesado y a que éste tenía derecho por aplicación del aforismo "in dubio pro reo" consagrado en el artículo 6º del ordenamiento mencionado, razón por la cual propone como causal subsidiaria, en este punto, la primera de casación aunque sin especificar cuál de sus dos apartes es el que invoca.

Causal primera

Dentro del ámbito del primer aparte del numeral 1º del artículo 580 del Código de

Procedimiento Penal, formula el demandante el cargo que puede resumirse diciendo que, según éste, se incurriría en violación directa de la ley si en vez de aplicar el artículo 362 del Código Penal que está vigente en la actualidad, se guardara silencio sobre la aplicación que los juzgadores tanto de primera como de segunda instancia hicieron del Decreto 1988 de 1971 que fijaba una pena mínima, para el homicidio, de diez años de presidio, siendo así que ese ordenamiento fue derogado por el Decreto 2725 de 1973 y que el artículo precitado del Código es más favorable al procesado por cuanto rebaja ese mínimo a ocho años de presidio.

Concepto de la Procuraduría

Solicita al Procurador Primero Delegado Penal que se deseche la demanda por cuanto ninguno de los cargos hechos a la sentencia recurrida tiene fundamento.

En orden a sustentar esta afirmación hace de ellos un pormenorizado estudio con el que la Sala se encuentra de acuerdo y que a continuación se expone.

Consideraciones de la Corte

En el orden en que han sido expuestos, que es el que la lógica del recurso indica, se estudiarán los cargos hechos por el demandante a la providencia materia del recurso.

Causal cuarta

Primer cargo

No existe a juicio de la Sala la nulidad constitucional invocada por el demandante ya que no resulta ser cierto que no haber llevado a cabo la diligencia de reconstrucción de los hechos hubiera vulnerado los derechos del procesado o constituya omisión de las formas propias de juicio.

En primer lugar se tiene que el juez al resolver sobre la solicitud de pruebas que se le hiciera por el defensor en el plenario de la causa manifestó que no accedía a decretar la prueba en mención por cuanto el peticionario no expresaba, como lo exige el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal lo que el solicitante se proponía acreditar por medio de esa prueba. Esta exigencia tiende a evitar que la solicitud de pruebas se convierta en un recurso de las partes para dilatar los procesos con mengua de la economía procesal y, en general, de la administración de justicia. Y como quiera que la observación del juez era justa por cuanto el petente omitió dar la razón por la cual se solicitaba ese elemento de convicción, no puede criticarse el proceder como contrario a las normas que reglan los juicios menos aún a las que pueden llamarse formas propias del mismo y que son las que constituyen su estructura.

Tampoco se puede afirmar que se negaron al procesado derechos o garantías procesales pues basta repasar el proceso para darse cuenta de que gozó de ellas en forma adecuada sin que se menoscabara, en ningún momento, su facultad de defenderse ampliamente.

De otro lado y aun cuando las razones expuestas son suficientes para desechar el cargo, se tiene que no resulta claro en qué forma hubiera podido influir la prueba en mención sobre los resultados del proceso ya que hubo abundancia de testimonios y no se observaron contradicciones entre ellos sino que, salvo diferencias de detalle, muy propias de tal clase de pruebas, puede considerarse que las declaraciones constituyeron en el presente proceso un conjunto armónico que permitió a los juzgadores llegar a conclusiones aceptables.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo

El artículo 441 del Código de Procedimiento Penal faculta al funcionario de Policía Judicial o al instructor para ordenar que un sindicado sea sometido a examen por peritos médicos cuando tales funcionarios observaren que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal o en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia.

Se trata, en consecuencia, de una prueba cuya conducencia debe apreciar el juez con base en la observación personal del sindicado. O sea que si éste no presenta síntomas manifiestos de encontrarse en cualquiera de esos estados, no puede reprochár-

sele al investigador o al juez de la causa que omita el examen en cuestión.

En el presente caso el demandante considera que al no ordenarse el examen psiquiátrico del procesado, se incurrió en nulidad por cuanto, según él, éste padecía de grave anomalía psíquica y en consecuencia el homicidio cometido por él no era intencional sino culposo.

Este razonamiento carece de fundamento por cuanto no es cierto que los delitos cometidos por las personas que padecen de grave anomalía psíquica sean siempre culposos de modo que baste demostrar la existencia de la perturbación mental para que sea forzoso deducir la falta de dolo. Muchas veces el daño de la personalidad no alcanza a obnubilar las facultades mentales en forma que el paciente no se dé cuenta de lo que hace. Algunas de las perturbaciones de la personalidad dejan intactos el intelecto y la voluntad de tal manera que la determinación a actuar se produce de modo consciente. En tales casos puede perfectamente hablarse de dolo aun cuando, por otra parte, se haya demostrado la existencia de una grave anomalía psíquica.

Por otra parte, en el presente caso, la conducta del procesado durante el hecho que se juzga y después de él dio pie para que se considerara tanto por los jueces de derecho como por el jurado que había ejecutado el hecho con ánimo de causar la muerte del ofendido.

Finalmente se tiene que los certificados médicos fueron presentados extemporáneamente ante los jueces pues sólo se les trajo en el momento en que el Tribunal iba a entrar a estudiar el proceso para sentencia de segunda instancia, es decir, fuera de cualquier posibilidad procesal para decretar el examen médico. Además de ellos no resulta comprobado que el procesado padeciera una grave anomalía psíquica pues si bien el doctor Narváez Utría diagnosticó una "esquizofrenia tipo pseudoneurótico, la cual lo induce a la impotencia sexual coendi" (sic) y "adición a bebidas embriagantes que lo lleva a un alcoholismo crónico" (fl. 7 cuaderno 2º del Tribunal), la psicóloga Puentes de Sánchez señaló simplemente la presencia de un proceso psicótico progresivo de pronóstico reservado, lo que en manera alguna constituye la afirmación de una de las anomalías de que trata el artículo 19 del Código Penal.

No se ve, en síntesis, que se hubiera incurrido en nulidad de tipo constitucional en este proceso y por lo tanto se desecha el presente cargo.

Causal primera

Cargo único

El hecho de que en la actualidad no esté vigente el Decreto 1988 de 1971 que aumentó el mínimo para la pena del homicidio simple a diez años pero que regía cuando se dictó la sentencia recurrida no puede servir de base para hacerle a ésta el cargo de que violó la ley penal.

En efecto, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1º del Código Penal y el principio general de derecho de que los juzgadores deben aplicar las normas que rigen al tiempo de pronunciar sus decisiones, se tiene que era de rigor que la sentencia recurrida se dictara de acuerdo con la ley entonces vigente o sea el decreto ya mencionado.

Si con posterioridad hubo un cambio de legislación y se considera, lo que no es del caso estudiar en el presente fallo, que el tránsito de leyes favorece al procesado, no es en sede de casación donde debe plantearse el asunto sino ante el juez de la causa como lo dispone el artículo séptimo del Código de Procedimiento Penal.

No se admite, por lo tanto, este cargo.

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

Resuelve:

Desechar el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COMPLICIDAD CORRELATIVA

Debe acogerse cuando el jurado de conciencia la estima procedente. Concordancia del auto de proceder, el veredicto del jurado y la sentencia.

La infracción directa de la ley sustancial excluye radicalmente toda consideración probatoria.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor: Julio Roncallo Acosta).

Vistos

En sentencia del siete de febrero de mil novecientos setenta y tres el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, acorde en el fondo con el respectivo Agente del Ministerio Público y reformando la de primer grado, condenó a cada uno de los procesados **Florentino Perilla Morales** y **Pedro Primitivo Perilla Morales** a la pena principal de nueve (9) años de presidio, "como autores personales del doble delito de homicidio perpetrado a Justo Martín Rivera y Trinidad López Salgado". Asimismo, condenó en abstracto y solidariamente a los procesados a la indemnización de todos los perjuicios causados con las referidas infracciones, y dispuso que éstos fueran regulados en la forma prevista por el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso oportunamente Florentino Perilla Morales el recurso extraordinario de casación, sobre cuyo mérito se procede a decidir, agotado como se halla el trámite de rigor legal.

Antecedentes

a) el veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y nueve Pedro Primitivo y Florentino Perilla Morales dieron muerte con armas de fuego a Justo Martín Rivera y a Trinidad López Salgado, en momentos en que éstos se dedicaban a faenas agrícolas —arado con bueyes— en predios ubicados en la vereda de "Quebradanegra", municipio de Macanal. La investigación estableció que entre víctimas y victimarios existían graves desavenencias, originadas en el hecho de que Rafael Antonio López, hermano de Trinidad, había dado muerte a un pariente de los Perilla;

b) Tras algunas incidencias en la etapa del sumario, el Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, a los hermanos Florentino y Pedro Primitivo Perilla por los hechos que acaban de resumirse, calificados como homicidios simplemente voluntarios en las personas de Justo Martín Rivera y Trinidad López Salgado. Así consta en providencia del 30 de octubre de 1970, visible a folios 116 y siguientes, contra la cual no se interpuso recurso alguno;

c) Al iniciarse la audiencia pública y en armonía con el pliego de cargos, el juez de la causa sometió a la consideración del jurado dos cuestionarios, uno respecto de cada acusado. El referente al que luego habría de recurrir en casación está concebido así:

"El acusado Florentino Perilla Morales, hijo de Ignacio y María del Tránsito, de veintiocho años de edad, natural de Macanal y vecino de San Luis de Gaceno, soltero, alfabeta y de profesión agricultor, es responsable 'sí' o 'no', de haber causado la

muerte, con intención de matar, a Justo Martín Rivera y Trinidad López Salgado, en hechos ocurridos el veintiuno (21) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969) en la vereda de Quebradanegra, jurisdicción del municipio de Macanal, empleando para cometer el hecho arma de fuego (revólver), con la cual causó a la víctima los destrozos orgánicos descritos por la pericia médica, habiendo actuado conjuntamente con Pedro Primitivo Perilla Morales?"

De igual tenor, cambiando lo que ha de cambiarse, es el cuestionario relativo a Pedro Primitivo Perilla.

d) Durante el debate público el Fiscal del juzgado solicitó una respuesta simplemente afirmativa para el cuestionario de Florentino Perilla; y un "sí es responsable, en complicidad relativa" para el cuestionario de Pedro Primitivo, quien en su oportunidad había sido declarado reo ausente. A su turno, el personero de la defensa, tras formular una crítica a la prueba testimonial, sostuvo la inocencia de sus defendidos, como tesis principal, y como subsidiaria, la de que los procesados habían obrado en complicidad correlativa y en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. (Arts. 385 y 28 del Código Penal, respectivamente);

e) "Es responsable en complicidad correlativa", fue la respuesta unánime de los jueces de conciencia para cada uno de los cuestionarios propuestos. Estimó el juez de la causa que los referidos veredictos no resultaban contrarios a la evidencia de los hechos establecidos en el proceso y, acogiéndolos, mediante sentencia del 25 de septiembre de 1972 condenó a cada uno de los hermanos Florentino y Pedro Perilla Morales a la pena principal de siete (7) años de presidio, como responsables, dentro de la modalidad ya indicada, del doble homicidio en las personas de Justo Martín Rivera y Trinidad López Salgado, fallo que el Tribunal confirmó, con diversas modificaciones, en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

La acusación al fallo recurrido, formulada por apoderado especial, se propone con fundamento en las causales que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal contempla en sus ordinales cuarto y primero, en su orden.

Causal cuarta

Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Dos tachas plantea el actor dentro de la esfera de la presente causal, constitutivas ambas, en su sentir, de nulidad supralegal. Para sustentar la primera arguye que "hubo carencia de defensa ya que se designó para los dos procesados un solo defensor de oficio, el cual fue ratificado por Florentino Perilla Morales, no obstante que había intereses encontrados entre los dos procesados, pues si uno era el autor del homicidio, el otro dejaba de serlo, y si uno confesó haber disparado sobre el grupo de los occisos, dicha confesión excluía a Pedro Primitivo Perilla de la autoría, pero como el defensor era el mismo, resolvió adherir a la tesis del Fiscal, la de la complicidad correlativa, imputando el hecho a uno de sus clientes para rebajarle la pena al otro".

En desarrollo del anterior planteamiento el impugnante examina algunos elementos de juicio referentes a la responsabilidad penal de los acusados; reitera la crítica a los argumentos esgrimidos por el defensor en el decurso de la audiencia pública y reafirma, en síntesis, el concepto de que si los reos hubiesen tenido defensores separados, "con seguridad se habría obtenido un distinto veredicto". En cambio, la defensa unificada perjudicó los intereses de los procesados, quebrantándose así el artículo 26 de la Constitución Nacional.

El segundo cargo se formula expresando que se infringió el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto "se preguntó al jurado sobre la responsabilidad de Florentino Perilla Morales conjuntamente por los homicidios en Justo Martín Rivera y Trinidad López Salgado como si los dos constituyeran un solo delito y no dos como efectivamente lo son y como efectivamente se les condenó, aplicando el concurso real del artículo 33 del Código Penal".

A continuación destaca el demandante la importancia que para la defensa del procesado tienen la claridad y precisión con que

se redacten los cuestionarios que han de someterse a los jueces de conciencia, y cómo en el presente proceso la defectuosa formulación de aquéllos cercenó, a su juicio, las garantías procesales de los acusados, quebrantándose con ello el artículo 26 de la Carta fundamental.

La impugnación por los anteriores aspectos concluye con la solicitud de que se invalide el fallo recurrido y se declare la nulidad de la actuación "a partir del auto que fija día y hora para el sorteo general de jurados".

Causal primera

Textualmente expresa el actor al enunciar el contenido de la acusación con apoyo en la causal primera: "Violación de la ley penal por errónea apreciación de los hechos y pruebas del proceso y violación directa, consecuencialmente, de la ley penal por indebida aplicación de la misma".

Tal planteamiento se desarrolla a través de una serie de consideraciones generales sobre el acervo probatorio del proceso, de las cuales concluye que el fallador de segundo grado estimó demostradas, sin estarlo, determinadas circunstancias de mayor peligrosidad, y en cambio dejó de tomar en cuenta circunstancias de menor peligrosidad, a pesar de hallarse acreditadas en el informativo.

Los párrafos siguientes parecen recoger en esencia el pensamiento del demandante sobre la materia:

"En síntesis, el Tribunal Superior de Tunja, apreció erróneamente la realidad procesal y sin prueba alguna afirmó la existencia de circunstancias de mayor peligrosidad, para elevar el mínimo de la pena violando la ley procesal, que como juez de derecho le exige que las circunstancias agravantes, los cargos que agravan la situación del procesado, tiene (sic) que estar plenamente probados, para tenerlos en cuenta en la sentencia, incurriendo por ese exceso de imaginación, si buena para investigar verdades, para fallar, es grave error de derecho al considerar que se puede dar plenamente comprobado, lo que carece totalmente de prueba, porque el fallador se lo imagina."

. . . . . .

"Queda, pues demostrado que el Tribunal Superior de Tunja, incurrió en error de derecho, al dar por probado, lo que no tenía prueba y por no probado, lo que sí estaba probado, con base solamente en su imaginación y como consecuencia de esa errónea interpretación de los hechos, aplicó indebidamente los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal, violando así flagrantemente la ley penal en su sentencia".

Finalmente pide a la Corte que case el fallo recurrido y dicte el que se ajuste "a la ley, la prueba y la justicia."

Concepto del Ministerio Público

En extenso alegato examina el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, todos y cada uno de los cargos propuestos por el actor, concluyendo con la solicitud de que se deseche el recurso y se ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

Para rechazar la primera de las tachas planteadas al amparo de la causal cuarta expresa, entre otras razones, el Procurador:

"Al ser colocados bajo el mismo rasero de sindicación los procesados, en sus calidades de coautores del doble homicidio, sin que para alguno de ellos se hubiera agravado o atenuado la imputación, es decir, que a ambos se les hizo el mismo cargo, necio es, entonces, afirmar que se encontraban en situaciones diferentes, con intereses jurídicos encontrados, y que, por ende, necesitaban de dos defensores, vale decir, uno para cada procesado a fin de que el derecho de defensa pudiera ser gozado a plenitud, bajo el amparo rígido de las garantías constitucionales".

En cuanto al segundo aspecto de la censura, dentro de la misma causal, acepta el colaborador que los cuestionarios no se formularon separadamente para cada delito, como lo preceptúa el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, pero afirma que tal irregularidad carece del significado trascendente que le asigna la demanda. Y luego, resumiendo su criterio sobre el tema, agrega:

"De tal suerte que cuando en el cuestionario se incluyen todas las modalidades o presupuestos que integran el delito, la in-

tención que tuvo el encausado al ejecutar el hecho, las circunstancias que agravan o modifican la responsabilidad, y aquellas otras que hacen relación a circunstancias de tiempo y lugar, como también las que hacen relación a la autoría del inculpado, presentadas en forma clara y precisa que permita a los jueces de hecho dar un veredicto justo, sin peligro alguno a caer en confusiones, no se puede afirmar que faltaron formalidades propias en el juzgamiento y que por tanto se desconoció el derecho de defensa.

"En los cuestionarios elaborados para indagar sobre la responsabilidad de los justiciados Florentino Perilla Morales y Pedro Primitivo Perilla Morales, se incluyeron todos los presupuestos que se han reseñado, lo que permitió al jurado dar una respuesta justa, equitativa e inequívoca. Con ellos no se desfiguró ni se contradijo en forma sustancial el auto de proceder o de cargos, ni se preguntó por hechos no narrados y demostrados plenamente en el debate, por lo cual hay que concluir que los cargos formulados en la demanda, por el aspecto de desconocimiento a formalidades propias del juicio, teniendo como causa la redacción de los cuestionarios, no pueden ser aceptados".

Al exponer su criterio respecto de la censura propuesta con apoyo en la causal primera, estima la Procuraduría que aquélla, además de contrariar la técnica propia del recurso, aparece desprovista de toda demostración. "El demandante —dice— sólo pretende enfrentar su criterio personal al del sentenciador de instancia, lo que, de igual manera, es un dislate dentro de este recurso extraordinario. No se puede ignorar que los cargos se tienen que demostrar a plenitud, sin que se satisfaga la exigencia legal con su simple enunciamiento, creyendo, quien así obra, que se está ante una tercera instancia, por decir lo menos".

La Corte considera

1. Se recordará que el primer aspecto de la censura formulada al fallo recurrido dentro del ámbito de la causal cuarta consiste en que la defensa unificada cercenó los intereses de los procesados, infringiéndose por tal razón el artículo 26 del Código institucional.

2. Como hubo de anotarse en la parte adecuada de la presente sentencia, mediante auto del 30 de octubre de 1970, en el cual se calificó el mérito del sumario, quedó clara y precisamente delineado el contenido de la acusación, según el criterio que formaran en el juez competente los numerosos elementos de juicio recogidos durante la primera etapa del proceso. Allí, con observancia de los requisitos sustanciales y formales exigidos por los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal, se llamó a juicio a los procesados Florentino y Pedro Primitivo Perilla Morales, como autores responsables del doble delito de homicidio perpetrado en las personas de Justo Martín Rivera y Trinidad López Salgado, sintetizándose en la parte resolutiva del vocatorio las circunstancias de tiempo, modo y lugar demostradas en la parte motiva.

3. Los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado de conciencia por el juez de la causa resumen con acusada fidelidad el pliego de cargos, según se desprende de la simple confrontación entre aquéllos y éste. Y el tribunal popular, tras escuchar las intervenciones del representante del Ministerio Público y del personero de la defensa durante la audiencia, afirmó en su veredicto la responsabilidad de los incriminados, agregando: "en complicidad correlativa", modalidad de la coparticipación criminosa sobre la cual había sido ilustrado por los intervinientes en el debate. Por lo demás, es incuestionable que el tribunal popular estaba claramente facultado por el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal para agregar a su respuesta la modalidad anotada. Los juzgadores de primero y segundo grados estimaron que el veredicto no pugnaba con la realidad procesal y, acogiéndolo, profirieron sus respectivas sentencias.

4. De todo lo anterior se desprende que los jueces de derecho a cuyo cargo estuvo el proceso en ningún momento estimaron incompatibles los intereses jurídicos de los acusados y que el hecho de que el defensor adhiriera a la fórmula de la complicidad correlativa, presentándola a la considera-

ción del jurado como tesis subsidiaria, después de sustentar, en suma, ausencia de los presupuestos probatorios básicos para condenar, en manera alguna puede utilizarse como soporte razonable para afirmar que aquéllos carecieron de adecuada defensa, y menos que éste no cumpliera con lealtad su deber en favor de sus patrocinados. En consecuencia, no prospera el cargo.

5. También resulta irrelevante el segundo aspecto de la acusación propuesta al amparo de la causal cuarta. Basta recordar lo que en casos similares ha expresado esta Sala: "Cuando se trata de varios delitos, la ley quiere que se formulen diversas preguntas para que los miembros del jurado puedan pronunciar su veredicto con mayor amplitud sobre el problema de la responsabilidad, pero cuando el cuestionario único contempla minuciosamente el problema sobre el cual tiene que decidir, ya en relación con los cargos formulados en el auto de proceder, ya también frente a las pruebas aducidas en el juicio, la omisión de varias preguntas en el cuestionario no es constitutiva de nulidad." Tal es, por otra parte, el criterio que en su alegato sustenta el Procurador.

6. En cuanto a la causal primera, se observa:

Expresa el demandante, en síntesis, con innegable confusión conceptual, que la sentencia recurrida violó en forma "directa" los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal, quebranto que se produjo como consecuencia de un error de derecho en la apreciación de las pruebas referentes a las circunstancias de mayor peligrosidad y a la personalidad de Florentino Perilla Morales.

La sola enunciación de la censura descalifica el cargo, porque como lo ha explicado la Corte en innumerables ocasiones, la infracción directa de la ley sustancial excluye radicalmente toda consideración probatoria. Pero aún aceptando que se tratase de un simple lapso, y que en realidad del contexto de la acusación se desprendiese que inequívocamente se quiso aludir a una violación indirecta de la ley penal sustantiva, salta a la vista que la tacha quedó trunca, porque en parte alguna de la demanda se citan las normas de disciplina probatoria que pudo haber infringido la sentencia recurrida, quebranto de primer grado que habría conducido a la violación fin. Por lo demás, el demandante diluye sus argumentaciones en una serie de apreciaciones generales sobre los medios de convicción, sin determinar cuáles fueron las pruebas a las cuales el sentenciador de segunda instancia les diera un valor distinto del que la ley les asigna. Por todo ello, el cargo debe rechazarse.

7. No hallándose justificada ninguna de las causales aducidas, habrá de aplicarse el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desechando el recurso y disponiendo que se devuelva el proceso al Tribunal de origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría Primera y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Álvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD OSTENSIBLE E INSUBSANABLE.— CUANDO LA CORTE DEBE DECRETARLA

Si al estudiar una de las causales aducidas por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración, configuran de suyo, ostensiblemente nulidad insubsanable, de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las garantías fundamentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta política, no podría dejar de casar la sentencia acusada sólo porque no fue mencionada la causal cuarta de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diciembre cuatro de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el doctor Carlos Zuluaga Buitrago, defensor de José Ramón Castro Guerrero y Ramón de Jesús Castaño Agudelo, contra la sentencia de once de diciembre último, proferida por el Tribunal Superior de Buga, confirmatoria de la de primer grado, dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito en la misma ciudad el veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y tres, que impuso a los procesados la pena principal de cinco (5) años de presidio, como responsables del delito de robo.

El recurso se admitió por auto de veintidós de febrero de este año y el veintiséis de abril siguiente se declaró ajustada, por su aspecto formal, la demanda presentada por el doctor José Adolfo Caicedo Yusti, quien recibió poder para asistir a Castro Guerrero y a Castaño Agudelo en el trámite de la casación.

Hechos y actuación procesal

La Compañía Nacional de Chocolates, con sede en Medellín, importó de la República del Ecuador la cantidad de 18.840 kilos de cacao en grano, llegados al puerto de Buenaventura a principios del mes de julio de 1972.

Nacionalizada la mercancía se procedió a su traslado a Medellín, utilizando para ello el camión de placas A-32090, marca Mack, color rojo, de propiedad de Luis E. Lara, afiliado a la Empresa de Transportes Rafael Salazar M. y Compañía Ltda., piloteado por Rodrigo Serna Ramírez. El 14 de julio de 1972, empacado en 245 bultos, el producto salió de Buenaventura con destino a Medellín. En el sitio denominado "Lobo-Guerrero" sobre la vía Buenaventura-Buga, un camión verde, marca Ford, encarpado, alcanzó y pasó al vehículo que transportaba el cacao importado y un poco adelante le cerró la vía para impedir el paso, al tiempo que siete u ocho individuos, armados con revólveres, pistolas y cuchillos, y haciendo uso de la fuerza, obligaron a Serna Ramírez, conductor del camión Mack, a descender de él, lo internaron en un monte cercano donde procedieron a maniatarlo y a colocarle un trapo negro en la cara, a la vez que dos de los asaltantes lo vigilaban. En estas condiciones lo mantuvieron hasta

las cinco de la mañana del día siguiente, cuando lo abandonaron y a las ocho de la mañana pudo soltarse las ligaduras, salió a la carretera y se dirigió hacia Buga en un vehículo particular que lo transportó. Comunicó lo ocurrido al dueño del camión y se dirigió a Yotoco, donde formuló la denuncia correspondiente.

Entre tanto los asaltantes, conduciendo el camión robado junto con la mercancía, se detuvieron en la localidad de Andalucía y ofrecieron el producto en venta a Carlos Enrique Gutiérrez, propietario del granero "El Progreso", quien adquirió el cargamento de cacao por la suma de $ 110.000.00 y procedió a cambiar los empaques y a almacenarlo en un depósito provisional. El conductor del camión se identificó como Guillermo N. y recibió $ 14.000.00 de Gutiérrez como parte del precio del cacao, admitiendo el pago posterior de la suma restante sin garantía ni señalamiento de plazo.

El 21 de julio regresó Guillermo N. a la casa de Gutiérrez (comprador del cacao) y recibió de éste un cheque por $ 20.000.00 como abono al precio del producto, y al día siguiente los agentes del F-2 encontraron el grano, lo decomisaron y capturaron a Gutiérrez. El lunes siguiente, cuando Guillermo N., identificado posteriormente como Manuel Rodríguez o Ramírez, iba en busca de Carlos Enrique Gutiérrez, fue detenido por la autoridad en compañía de otros sujetos. La cantidad de cacao sustraída, fue avaluada en la suma de $ 248.640.00.

La investigación se inició por el Juzgado Promiscuo Municipal de Yotoco y posteriormente se hizo cargo de ella el Juez 4º de Instrucción Criminal con sede en Buga. El proceso correspondió por competencia al Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, el cual ordenó la detención de los sindicados.

Agotada la instrucción, se calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio para Guillermo N. o Guillermo Rodríguez o Manuel Rodríguez o Ramírez, José Ramón Castro Guerrero y Ramón de Jesús Castaño Agudelo, y sobreseimiento definitivo en favor de Carlos Enrique Gutiérrez, James Parra Rubio, Jairo Parra Marulanda, Nelson Morales Aristizábal, Alfonso Albeiro, Hoover Palacios Gallego, Luis González Bernal y Rodrigo Serna Ramírez. En la misma providencia se ordenó la entrega del cargamento decomisado, a la Compañía Nacional de Chocolates.

El Tribunal Superior de Buga confirmó el auto de enjuiciamiento. Revocó el sobreseimiento definitivo decretado en favor de Carlos Enrique Gutiérrez y en su lugar abrió en su contra causa criminal. Igualmente sobreseyó en forma temporal en favor de Hoover y Alfonso Albeiro Palacios Gallego y Luis González Bernal, en lugar del sobreseimiento definitivo decretado en primera instancia. En lo demás, ratificó el auto calificatorio.

La causa se rituó en legal forma y el veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y tres, el juez competente dictó sentencia de primer grado, condenatoria para José Ramón Castro Guerrero, Ramón de Jesús Castaño Agudelo y Guillermo Rodríguez o Manuel Ramírez o Rodríguez, por el delito de robo y absolvió a Carlos Enrique Gutiérrez Castaño. El fallo fue confirmado por el Tribunal (11 de diciembre de 1973).

El veintidós de febrero de este año se admitió el recurso de casación y el veintiséis de abril se declaró ajustada a las prescripciones legales la demanda, por reunir los requisitos formales.

Contestado el traslado por el Ministerio Público se procede a desatar el recurso.

La demanda de casación

Al amparo de las causales cuarta, segunda y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula los siguientes cargos contra la sentencia:

Causal cuarta

Primer cargo

La sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Buga es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en juicio viciado de nulidad supralegal —violación del artículo 26 de la Constitución Nacional— por inobservancia de las formas propias del juicio, pues se dictó auto de proceder sin existir plena

prueba de la responsabilidad de los acusados en la comisión del delito de robo, ya que la prueba indiciaria no es suficiente en el proceso. No se ratificaron los informes rendidos por los agentes del F-2, y la prueba de reconocimiento judicial de los acusados es nula.

Largamente se extiende el recurrente en la crítica de las pruebas, con el afán notorio de mostrarle a la Corte cómo el sentenciador, al apreciar las pruebas, incurrió en errores de hecho y de derecho, que lo condujeron a la violación de las formas propias del juicio, en la redacción del auto de proceder y al condenar sin que obrara en el juicio legalmente acreditada la plena prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad del procesado. Mas el recurrente se limita a oponer su propio criterio a la evaluación de los hechos procesales realizada por el sentenciador, que permanece inalterada por las razones que se dirán oportunamente.

Cargo segundo

La sentencia recurrida fue dictada por el Tribunal en juicio viciado de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, de conformidad con el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, puesto que no existe prueba alguna que señale a los sentenciados como partícipes directos en la comisión de los hechos, sino que su vinculación fue posterior y por consiguiente no es posible calificar su conducta como constitutiva de robo (artículo 402 del Código Penal), sino como hurto (artículo 397 ibídem).

Causal segunda

Cargo único

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Buga en contra de José Ramón Castro Guerrero y Ramón de Jesús Castaño Agudelo, discordancia que consiste en que en el auto enjuiciatorio se les dedujo responsabilidad en el grado de coautores y en la sentencia se les condenó como responsables directos del robo. En consecuencia, pide el recurrente, aplicación del ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Cargo primero

Violación indirecta de la ley sustancial por errada y manifiesta valoración de las pruebas allegadas al proceso, que dio lugar a indebida aplicación de los artículos 402 y 404 del Código Penal, y el sentenciador incurrió, así, en error de derecho.

Se condenó a los procesados a la pena de cinco años de presidio por apreciación errónea de la prueba testimonial "y por haber atribuido el valor de plena prueba a un conjunto de circunstancias elevadas a la categoría de indicio necesario, circunstancias que diversificó el sentenciador atribuyéndole a cada una de ellas el valor de indicio grave".

Considera quebrantados los artículos 229, 230, 231, 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal, pues el sentenciador tuvo como plena prueba la indiciaria que no revestía esa calidad, y por lo tanto no se dan las exigencias del artículo 215 ibídem, para condenar.

Cargo segundo

El Tribunal sentenciador incurrió en aplicación indebida del Decreto 1988 de 1971 que elevó la sanción a cinco años de presidio. Al ser levantado el estado de sitio en diciembre 29 de 1973, esta disposición dejó de regir en todas sus consecuencias jurídicas y estando recurrida en casación la sentencia que aplicó la pena con base en dicho decreto, resulta indebidamente aplicada la norma en el fallo, por lo cual el Tribunal incurrió en ostensible error de aplicación del derecho, con violación de los artículos 402 y 404 del Código Penal, de obligatoria observancia.

Concluye la censura pidiendo se case la sentencia recurrida.

Respuesta del Procurador

El Ministerio Público solicita desechar la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Primera. La Corte sí admite señalar en casación como nulidad supralegal el haberse redactado el auto de proceder en forma libre, con menosprecio de las formalidades prescritas por el legislador para ello, o cuando los cargos que en él se formulan al acusado carecen de claridad y, por lo mismo, dificultan la defensa.

Sin embargo, el planteamiento de este primer cargo por el censor no fue acertado por demostración inadecuada, ya que se tomaron delineamientos de otra causal para tratar de sacarlo avante.

Segunda. El demandante confunde la clasificación del grado de responsabilidad que se carga a la cuenta de los participantes en la realización de un delito, con la calificación o denominación del mismo. Por consiguiente, la errada calificación sólo ocurre cuando los hechos reciben postulación diferente de la descrita por la norma sustancial que los sanciona, lo cual no sucedió en el caso sub examine, donde se tuvieron en cuenta las circunstancias que rodearon el acontecer delictuoso y se calificó como robo porque así se deducía de las probanzas respectivas. Por tal razón debe rechazarse el cargo.

Tercera. Respecto del único cargo invocado con fundamento en la causal segunda, pide que se deseche tomando pie en jurisprudencia reciente de esta Sala, según la cual, las denominaciones de autor, coautor, cómplice primario y cómplice secundario, convienen simplemente para individualizar la responsabilidad de cada quien y para que cada uno de los comprometidos pueda ejercitar mejor su derecho de defensa, pero, como es obvio, no sirven para modificar la calificación jurídica de los hechos, ni altera la cantidad y calidad de las penas que caben a los coautores, si se da entre ellos un mismo grado de participación.

Cuarta. Los argumentos invocados por la censura para señalar el quebrantamiento indirecto de la ley sustancial en el fallo recurrido gravitan en la apreciación personal del haz probatorio, sin precisar a satisfacción el desequilibrio entre el valor demostrativo de responsabilidad que la norma impone al indicio y el reconocido por el sentenciador. Resulta así que el recurrente propone causales excluyentes entre sí, cuales son la violación indirecta de la ley sustancial, para luego predicar que hubo errada calificación. El cargo no debe prosperar.

Quinta. Finalmente anota el Procurador que la sentencia fue proferida en vigencia del Decreto 1988 de 1971, por lo cual ésta era la norma aplicable (artículo 10). Por consiguiente no hay lugar a nulidad supralegal. Señala, además, que con fecha 3 de diciembre de 1973, el Congreso Nacional aprobó la Ley 21 de este año que convirtió en legislación permanente el artículo 10 del Decreto 1988 de 1971, sin que hubiera existido solución de continuidad entre las dos normas, y que en ningún momento los artículos 402 y 404 del Código Penal eran aplicables al caso controvertido.

Se considera

Cargo primero

Evidentemente la Corte ha manifestado en repetidas ocasiones que el auto de proceder no es una providencia de redacción libre, sino que, por lo contrario, debe, en lo posible, ajustarse a las prescripciones del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal.

Pero la redacción del auto de proceder, su forma, es algo bien diferente de los motivos que sirven al juzgador como fundamento de aquél.

Lo que el recurrente pone realmente en cuestión no es que el sentenciador hubiese omitido las prescripciones a las que debió ajustarse la redacción del auto de proceder, en su forma, sino el valor que les atribuyó a las pruebas de cargo, sus alcances y méritos.

Ciertamente esta Sala de la Corte en sentencia de fecha quince de diciembre de mil novecientos setenta, al hablar de la independencia de las causales de casación recogió la jurisprudencia que sostenía que cuando la nulidad invocada por el recurrente se hacía derivar de la equivocada

apreciación por el sentenciador del haz probatorio, corría a cargo suyo demostrarlo fehacientemente, invocando, como primero, el numeral segundo de la causal primera de casación —error de hecho o de derecho— y evidenciando a la Corte, consecuencialmente, que la sentencia había sido dictada en juicio viciado de nulidad, con invocación final de la causal cuarta.

Lo anterior quiere decir que si el auto de proceder discutido en su validez por el recurrente se ajusta con rigor a sus prescripciones normativas y el censor pretende demostrar que la prueba que le sirvió de sustento fue mal calificada por el sentenciador, así ha debido hacerlo:

a) Con la prueba evidente de que la errada denominación jurídica de la infracción —de suyo causal de nulidad— obedeció a que se tuvo como demostrado un hecho con prueba inexistente, o

b) Que se procedió a calificar los hechos con desconocimiento de una prueba ostensible en el sumario, o

c) Que a una prueba a la que correspondía un determinado valor legal, el sentenciador le otorgó otro diferente, con exageración o menoscabo de sus verdaderos alcances, lo cual lo condujo a incurrir en la pretensa nulidad.

Si, por ejemplo, el sentenciador tiene como demostrada la violencia en el apoderamiento de un bien mueble ajeno, con prueba inexistente, comete ciertamente un error de hecho, pero, al tiempo, yerra en la denominación jurídica de la infracción, incurriendo por este modo en la causal quinta de nulidad taxativamente señalada en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, censurable, en casación, por la causal cuarta.

Es más, cuando la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder implica nulidad —tal sería el caso de exceso en el veredicto por exceso en los cuestionarios— debe igualmente invocarse la causal cuarta, con absoluta independencia de la segunda, ya que las nulidades dentro del régimen de casación obedecen a normas y procedimientos específicos y sus motivos no pueden discutirse al amparo de ninguna otra causal, pues aun los errores de hecho y de derecho solamente pueden alegarse con propiedad dentro del ámbito de la causal primera de casación, en su inciso segundo, cuando por su naturaleza no son constitutivos de nulidad.

La consecuencia de lo dicho en los párrafos anteriores no es otra sino que la nulidad debe ser alegada siempre como tal y demostrada en idéntica forma, cualesquiera sean las causas que la originan. Porque de tenerse en dicha condición los motivos del numeral 1º, inciso 2º, de la causal primera del recurso extraordinario, en las hipótesis del recurrente, la prosperidad del cargo, así invocado, convertiría a la Corte en sentenciador de instancia para los efectos de reemplazar con la suya la sentencia censurada, consecuencia imposible si se trata de nulidad, pues en este caso, la norma procesal pertinente ordena al juez, en sede de casación, instituir el procedimiento desde el momento mismo en que se produjo el acto procesalmente nulo. Lo que demuestra palmariamente 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.

Todas estas razones justifican que la jurisprudencia haya construido la doctrina según la cual las causales de casación no se estudian en el orden de su presentación por el recurrente sino con la preeminencia que la lógica otorga a la causal cuarta y porque es de natural entendimiento que, si el cargo prospera, sobre lo absolutamente nulo no cabe raciocinio jurídico distinto de su declaratoria judicial para que se reponga el procedimiento.

Por imperativos idénticos la nulidad que la Corte declara en el proceso en favor de uno de los afectados con la sentencia, cobija por igual a los no recurrentes, cuando la situación procesal invocada es común a todos ellos.

No obstante las consideraciones anteriores parece conveniente advertir que en presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte omitir casar la sentencia y ordenar su reenvío al Tribunal de origen, indicando en qué estado queda el procedimiento, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su consideración aun con el propósito de fundar el demandante

una causal diferente de la cuarta, o sea en forma indirecta. Así lo exigen razones superiores de jerarquía legal que devienen imperativo categórico la obediencia debida por la Corte a los mandamientos constitucionales que prescriben las garantías fundamentales de la defensa, entre las cuales adquieren especial relevancia las contenidas en sus ordenamientos 26 y 28 que reglan la legalidad del delito, de la pena, del procedimiento, y el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.

Si esto es así y si justamente el haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad es causal de casación, resultaría inopinadamente absurdo que precisamente el tribunal instituido para conocer de ese recurso extraordinario, estuviese obligado a desatarlo a sabiendas de que, al hacerlo, dicta sentencia en juicio viciado de nulidad.

No se trata, como es obvio, de que la Corte, de oficio y obligatoriamente deba, en cada caso, examinar el proceso para comprobar si adolece sustancialmente de vicios de formación. Pero si al estudiar una de las causales aducida por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración configuran de suyo, ostensiblemente, nulidad insubsanable, de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las garantías fundamentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta política, no podría, como ya se dijo, dejar de casar la sentencia acusada sólo porque no fue mencionada la causal cuarta de casación.

Como el cargo propuesto por la censura no guarda relación valedera con los supuestos de esta motivación, no está llamado a prosperar.

Cargo segundo

Como bien lo anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal, el recurrente confunde dos conceptos de valor y alcances distintos, o sea la responsabilidad individual de cada quien de los participantes en un hecho delictuoso y la calificación que se da al mismo.

En el caso de autos no discute el actor que la calificación de robo es correcta. Pone en duda sí, el grado de participación que cupo a su mandante. Pero no importa cuál haya sido la significación jurídica del concurso prestado, éste lo fue en un delito de robo, la calificación sigue siendo la misma y naturalmente el cargo, por errónea denominación jurídica de los hechos, resulta equivocado fundamentalmente.

Cargo tercero

Con invocación de la segunda causal de casación el demandante formula un nuevo cargo consistente en que a su poderdante y a sus cómplices les fue señalada en el auto procesatorio responsabilidad por robo agravado —como coautores—, o sea que fueron ubicados dentro de las prescripciones del artículo 19 del estatuto represivo y se los condenó luego como simples autores, sin hablar para nada de coparticipación.

Para refutar el cargo, el colaborador Fiscal transcribe de la sentencia de primero de abril de 1971, de esta Sala de la Corte, casación de Pedro José Galindo Ropero, el párrafo que se lee a continuación:

"Las denominaciones de autor, coautor, cómplice primero y cómplice secundario, que la doctrina jurídica ha elaborado largamente y que la jurisprudencia ha admitido en Colombia, deben ser mantenidas, pues expresan las distintas formas de intervención en el concurso de delincuentes a que se refieren los artículos 19 y 20 del estatuto represor. El mantenimiento de esta clasificación conviene para individualizar la responsabilidad y para que cada uno de los comprometidos ejerza mejor su derecho de defensa al saber concretamente de qué se le acusa y cuáles son los actos que la justicia ha reconocido como propios de cada uno. Pero el hecho de señalar a alguien como autor, es decir como productor del acto propio, o como coautor, esto es como un realizador con otro u otros del acto, o como copartícipes necesarios para prestar un auxilio sin el cual el delito ajeno no se hubiera cometido, no entraña diferencia en la penalidad, de modo que ésta se aplica uniformemente a unos y a otros. La determinación de un autor único, suficiente-

mente explicado, y su equivocada denominación como coautor, es también indiferente desde el punto de vista jurídico, si esa denominación aparece en pugna con el texto del fallo y con el análisis que precisa la existencia de un único sujeto responsable. No se ve que una mención de esta naturaleza pueda modificar la idea central de que se trata de condenar a una sola persona porque sobre ella recae la prueba, absolviendo a las demás o sea a aquellas a quienes no alcanza la acriminación en las condiciones probatorias del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Por este aspecto tampoco puede prosperar el cargo que se formula con base en la causal primera".

La transcripción anterior excusa comentar más la censura planteada por el acusador, pues sobra ciertamente hacer notorio que no se da la incongruencia anotada por el actor entre la sentencia y el auto de proceder. El cargo no prospera.

Cargo cuarto

En este cargo sostiene el acusador que el Tribunal de instancia aplicó indebidamente los artículos 402 y 404 del Código Penal por haber incurrido en error de derecho al apreciar los indicios que "a la par con otros factores de convicción sustentaron el fallo recurrido", pero sin haber demostrado en qué forma el sentenciador echó de menos el valor legal asignado por el legislador a dichos indicios y elementos de convicción, ni señalar siquiera las normas procedimentales a cuyo través tuvo oportunidad la violación fin de las normas sustanciales indicadas por él. Como este error es inexcusable en el recurso extraordinario de casación, el cargo no prospera.

Cargo quinto

Nuevamente el actor plantea la violación indirecta de los artículos 402 y 404 del Código Penal, cuya aplicación habría sido omitida por el sentenciador para dar paso al Decreto 1988 de 1971.

El Procurador anota, con razón, que dicho planteamiento corresponde en rigor a la infracción directa de la ley sustancial, por omisión de sus preceptos, si era el caso de aplicarlos. Y observa que la sentencia recurrida fue proferida el once de diciembre de mil novecientos setenta y tres, en la cual se dispuso "que la pena debe ser individualizada de acuerdo con el artículo 404 citado pero teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1988 de 1971 que modificó la sanción para señalarla en cinco años de presidio".

Al respecto basta advertir que el delito imputado a los procesados fue cometido y sancionado en vigencia del Decreto 1988 de 1971. Si posteriormente la Ley 21 de 1973 —cuya vigencia fue señalada por el legislador con antelación al levantamiento del estado de sitio imperante en la República— dispuso para el delito imputado la misma pena de cinco a catorce años de presidio establecida en el decreto, y el recurrente piensa que la norma citada, o sea el Decreto 1988 de 1971 en cuya vigencia cometió el delito por el cual fue sancionado, quedó sin operancia por el regreso a la normalidad jurídica y recobró sus imperativos el Código Penal, cuyos artículos 402 y 404 debieron serle aplicados, por ser más favorables, lo indicado era pedirlo así directamente ante el juez del conocimiento (artículos 6º del Código de Procedimiento Penal y 8º de la Ley 153 de 1887).

Pero es que, además, cuando entró en vigencia la Ley 21 de 12 de diciembre de 1973, ya había sido dictada la sentencia de segundo grado, y en estas condiciones, como es apenas lógico, el caso ya no era discutible en casación sino al trasluz del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ya citada.

Sobra advertir que la razón por la cual no se dio aplicación por el sentenciador a las normas anteriores del Código Penal (artículos 402 y 404), ni a la Ley 21 de diciembre de 1973, no es otra sino que para la fecha del pronunciamiento del Tribunal de instancia, regía solamente el Decreto 1988 de 1971 y, en estas circunstancias, no era posible que el juzgador violara, por falta de aplicación, normas que carecían de vigencia. El cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

De los honorables Magistrados doctores Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo y Alvaro Luna Gómez.

Como tuvimos oportunidad de expresarlo al estudiarse en Sala el proyecto de la anterior sentencia, si bien nos hallamos plenamente acordes con su parte resolutiva, no compartimos sin embargo algunas de las ideas expuestas en su parte motiva. A continuación resumiremos las razones de nuestro disentimiento:

a) Al responder el primero de los cargos aducidos por el actor al amparo de la causal cuarta de casación expresa el fallo después de aludir al criterio evolutivo de la Corte sobre el tema y de anotar que aquélla es independiente y abierta a los diferentes medios de prueba, pero exigente, como las demás, en su técnica y demostración:

"No obstante las consideraciones anteriores parece conveniente advertir que en presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte omitir casar la sentencia y ordenar su reenvío al Tribunal de origen, indicando en qué estado queda el procedimiento, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su consideración, aun con el propósito de fundar el demandante una causal diferente de la cuarta, o sea en forma indirecta. Así lo exigen razones superiores de jerarquía legal que devienen imperativo categórico la obediencia debida por la Corte a los mandamientos constitucionales que prescriben las garantías fundamentales de la defensa, entre las cuales adquieren especial relevancia las contenidas en sus ordenamientos 26 y 28 que reglan la legalidad del delito, de la pena, del procedimiento, y el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.

"Si esto es así y si justamente el haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad es causal de casación, resultaría inopinadamente absurdo que precisamente el tribunal instituido para conocer de ese recurso extraordinario, estuviese obligado a desatarlo a sabiendas de que, al hacerlo, dicta sentencia en juicio viciado de nulidad.

"No se trata, como es obvio, de que la Corte, de oficio y obligatoriamente deba, en cada caso, examinar el proceso para comprobar si adolece sustancialmente de vicios de formación. Pero si al estudiar una de las causales aducidas por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración configuran de suyo, ostensiblemente, nulidad insubsanable, de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las garantías fundamentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta política, no podría, como ya se dijo, dejar de casar la sentencia acusada sólo porque no fue mencionada la causal cuarta de casación".

b) De manera infatigable ha sostenido la Corte que no constituyendo el recurso de casación una tercera instancia, su actividad jurisdiccional está circunscrita a los límites que, conforme a la ley, le trace el impugnante en el libelo acusatorio. Lo cual significa que el sentenciador extraordinario no puede variar oficiosamente y ad libitum el ámbito de la acusación, ensanchando o restringiendo su contenido, o supliendo de su propio motivo razones o argumentos que no fueron aducidos, o que se propusieron en forma recortada o deficiente, o que habrían sido eficaces para demostrar medios de impugnación distintos

de aquellos en cuyo favor se alegan. Tal criterio surge con suma claridad de las disposiciones que regulan el recurso, las cuales exigen, entre otros requisitos, que la demanda de casación exprese la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo recurrido, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y, citando las normas de derecho sustancial que el impugnante estime infringidas, claridad y precisión indispensables porque, como tantas veces lo ha expuesto la Sala, a través de este medio impugnativo no se juzga el asunto materia del proceso como thema decidendum, sino la sentencia de segundo grado como thema decisum, a la cual ampara una presunción de acierto;

c) Sin embargo, olvidando toda la preceptiva anterior, que no es el fruto de una creación jurisprudencial, sino la interpretación largamente meditada de las propias normas disciplinarias del recurso, se dice en el fallo que "en presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto" no puede la Corte excusarse de casar la sentencia, "siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su consideración, aun con el propósito de fundar el demandante una causal diferente de la cuarta, o sea en forma indirecta". Afirmación que se sustenta en "razones superiores de jerarquía legal", que tienen su más encumbrada concreción en los artículos 26 y 28 de la Carta;

d) Tal criterio envuelve el planteamiento, no por sugerido menos franco, de una antinomia entre la norma contenida en el artículo 581 del Código de Procedimiento Penal y las disposiciones constitucionales citadas, especialmente la que conforma el artículo 26. Pugna frente a la cual debe la Corte, por mandato del artículo 215 de la Carta, dar preferente aplicación a los preceptos de la ley suprema. Es preciso, por tanto, examinar la pretendida incompatibilidad, porque allí descansa, en esencia, el criterio del cual disentimos;

e) Cuando el artículo 26 de la Constitución consagra en la más recordada de sus normas 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", ciertamente no está señalando —ni sería técnico que se detuviera en ello el estatuto que traza los grandes lineamientos estructurales del Estado— las características de cada proceso, porque tal materia es propia de la ley instrumental ordinaria;

f) El "juicio", en su acepción constitucional, no debe entenderse de manera recortada como "la segunda etapa del proceso", sino como el continente de la relación jurídico-procesal que se define en la sentencia y que, superando las dos instancias, puede eventualmente trascender a una última fase en virtud del recurso extraordinario de casación, fase que la ley reguló con criterio eminentemente técnico, dados los antecedentes legislativos y doctrinarios que universalmente y por modo general informan ese medio impugnativo;

g) Ahora bien, entre las normas que reglamentan el recurso de casación se encuentra la que bajo el número 581 dice de manera terminante: "La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes". Es evidente que el legislador ordinario podía dictar la disposición transcrita, como las demás que integran el capítulo I, título IV, libro 3º del Código de Procedimiento Penal, sin quebrantar el artículo 26 de la Carta, porque ésta, —se repite— defirió a la ley al establecer "las formas propias de cada juicio". En este orden de ideas, el estatuto procesal citado facultó al juez para decretar oficiosamente en las instancias las nulidades que advierta en el proceso, "salvo que se trate de falta de querella o ilegitimidad en el querellante". (Art. 212) y el artículo 213 ibídem expresa que "salvo disposición legal en contrario, las causales de nulidad establecidas en los artículos 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso". Y agrega: "Pero dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación". Y es apenas racional que tal alegación, ya dentro de la etapa extraordinaria, no puede quedar al arbitrio del recurrente, sino que debe realizarse con estricto acatamiento a las normas reguladoras del recurso, suscitando así la actividad jurisdiccional de la Corte;

h) Sin desmayos ha sostenido siempre la Corte que cuando actúa en sede de casación no puede estudiar una causal extraña al libelo, ni suplir el pensamiento del actor, colmando los vacíos o deficiencias de la demanda, porque ello desvirtuaría la naturaleza técnica del recurso extraordinario de que se trata. Criterio que en manera alguna ha impedido a la corporación una postura intelectual abierta al proceso evolutivo de la jurisprudencia. Prueba de lo que afirmamos se encuentra en el siguiente paso doctrinario: "La circunstancia de que el demandante en el recurso de casación se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no debe estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo". Pero esto, bien se comprende, entraña una concepción jurídica plenamente compatible con nuestro derecho positivo. Lo que no ocurre, a nuestro juicio, con la tesis de la cual nos apartamos.

Fecha ut supra.

Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La exigencia constitucional de que los juicios se lleven a cabo observando las formas que le son propias, se refiere, ante todo, al rito procesal, esto es, a la forma, al tiempo y al lugar de las actuaciones, en cuanto tales circunstancias son reglamentadas por el legislador para, en primer término, evitar la arbitrariedad de los jueces y en segundo lugar, darle mayor flexibilidad y fluidez al proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre once de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

Por sentencia de primero de abril del año en curso, el Tribunal Superior de Cali confirmó la del Juzgado Cuarto Superior del mismo Distrito Judicial en que imponía a Bernardino Calero Ordóñez la pena principal de doce (12) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes por el delito de homicidio en la persona de su legítima esposa Martha Olga Giraldo de Calero, hecho ocurrido en esa ciudad el 9 de junio de 1972, modificándola en el sentido de rebajar a nueve (9) años de presidio la sanción corporal que le había impuesto el inferior, lo mismo que fijando en este último término la interdicción en el ejercicio de derecho y funciones públicas.

Contra la providencia primeramente mencionada recurrió en casación el procesado. El recurso le fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala que lo tramitó en debida forma hasta llegar el momento de resolverlo, a lo cual se procede.

Hechos y actuación procesal

Bernardino Calero y Martha Olga Giraldo Cardona contrajeron matrimonio católico el 22 de septiembre de 1946 en la parroquia de Cristo Redentor, en Cali. Su vida de casados transcurrió en medio de numerosos disgustos y separaciones, la última de las cuales se había iniciado cinco meses antes del 9 de junio de 1972 día en que Calero llegó a eso de las diez de la mañana a la cantina denominada "Samarcanda" ubicada en Cali y en donde trabajaba, como copera, su esposa a quien pidió que lo atendiera respondiéndole ella que no tenían nada que hablar al oír lo cual el procesado sacó un cuchillo con el que causó a su cónyuge varias lesiones que determinaron su muerte el mismo día cuando era atendida en el hospital departamental de esa ciudad.

Abierta la investigación, se sometió a indagatoria a Calero quien hizo un relato pormenorizado de su vida matrimonial insistiendo en las muchas veces que su esposa lo había abandonado y en la confesión de infidelidad que ella le había hecho, agregando que el día de autos, al oír que su mujer no quería atenderlo, perdió la cabeza y sólo volvió a darse cuenta de sí cuando le estaba apuntando con un revólver un agente de Policía.

Estimándose perfeccionada la investigación, el Juzgado Cuarto Superior de Cali,

al que había correspondido el conocimiento del proceso, la declaró cerrada por auto de 8 de septiembre de 1972.

En providencia de 19 de octubre del mismo año, dicho juzgado la calificó llamando a juicio a Calero Ordóñez por el delito de homicidio "agravado en este caso especialísimo, por concurrir las circunstancias contempladas en los ordinales 1º y 5º del artículo 363 del mismo estatuto represivo, que lo elevan a la categoría de asesinato, esto es, porque el hecho se cometió: 1º contra la persona del ascendiente o descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del hermano o la hermana, padre, madre o hijo adoptivo o afín en línea recta en primer grado, y, 5º con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

Agrega respecto al primer numeral del artículo 363 del Código Penal "baste con decir que la prueba testimonial y la propia confesión del sindicado es suficiente para establecer el vínculo matrimonial que existía, al momento de consumarse el delito, entre éste y la occisa Martha Olga Giraldo de Calero, debiéndose desde luego solicitar y traer a los autos la copia del acta civil de matrimonio, de origen notarial, en el término probatorio de la causa, o en su defecto la emanada por (sic) el señor cura párroco de la iglesia de "El Peñón" de esta ciudad capital, en donde Bernardino Calero afirma haberse celebrado la boda por el año de 1968".

Y respecto al numeral 5º del mencionado artículo 363 dice el a quo: "...conviene circunscribir la circunstancia de la indefensión por la incapacidad del sujeto pasivo para repeler la agresión de que fuera víctima, por la forma sorpresiva del ataque que no le permitió a Martha Olga Giraldo de Calero ponerse a salvo o buscar por cualquier medio su defensa personal. No se puede perder de vista que ella estaba dedicada en (sic) la atención de los clientes de la fuente de soda en donde prestaba sus servicios desde hacía algún tiempo atrás, desprevenida y confiada en sí misma, porque nada incorrecto estaba haciendo, pues, por el contrario, se había empleado allí para atender, precisamente, las necesidades del hogar abandonado por su esposo, el victimario" (fl. 119 cuaderno principal).

De la citada providencia apeló el defensor del procesado y el Tribunal desató el recurso por la suya de 27 de febrero de 1973 en la cual luego de insistir en que debía traerse a los autos, tal como lo había dispuesto el a quo, copia del registro civil o eclesiástico del matrimonio entre el acusado y la occisa, expresa:

"Finalmente, reunidos los requisitos exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, acerca de la materialidad del ilícito de homicidio agravado, infracción para la cual concurre igualmente, como lo indicó el a quo, la causal determinada por el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, por haberse cometido el hecho en forma sorpresiva que no le permitió a Martha Olga Giraldo de Calero ponerse a salvo o buscar por cualquier medio su defensa personal, además de la indicada en el numeral 2º (sic) de dicho artículo, como ya se vio, dado el vínculo existente entre procesado y occisa, por el matrimonio católico y con probanzas que permiten, conforme a las reglas de la crítica del testimonio, imputarle a Bernardino Calero Ordóñez la comisión de la ilicitud, la decisión recurrida no merece objeción y la Sala considera justo optar por su confirmación" (fl. 131 cuaderno principal).

Adelantado el juicio, se llegó a la audiencia pública que se inició el 15 de mayo de 1973 y en la cual fue sometido a la consideración de los jueces de conciencia el cuestionario que parcialmente se transcribe a continuación:

"El acusado Bernardino Calero Ordóñez ...es responsable de haber ocasionado la muerte a su legítima esposa Martha Olga Giraldo de Calero, con el propósito de matar, y abusando de las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima, quien al tenor del dictamen de necropsia médico-legal presentó... (se transcribe dicho dictamen)... según hechos acaecidos en las primeras horas de la mañana del ocho de junio de mil novecientos setenta y dos, en la calle 14 con carrera 10 frente al número 11-35, en esta ciudad de Cali?"

Una vez iniciada la primera sesión de la vista pública, el Fiscal del juzgado solicitó al juez y éste así lo dispuso, que se practicara un examen psicosomático al procesado y que se trajera a los autos copia del registro civil o el de origen eclesiástico que acreditara el matrimonio entre procesado y occisa.

Para dar cumplimiento a esta última parte de lo dispuesto se obtuvo copia de la partida eclesiástica de matrimonio expedida por el cura párroco de Cristo Redentor de Cali y en la que consta que Bernardino Calero y Martha Olga Giraldo Cardona contrajeron matrimonio, por el rito católico, el 28 de septiembre de 1968 (fl. 146, cuaderno principal).

Recibidas las pruebas en mención, continuó la audiencia pública el 29 de octubre del año citado, culminando con la obtención del veredicto que dice:

"Sí es responsable, pero en estado de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, consistente en los sucesivos abandonos que la mujer hacía del hogar y en el rechazo último que hizo para volver a la vida en común".

El juez del conocimiento encontró aceptable este veredicto y lo desarrolló en sentencia que lleva fecha 12 de noviembre de 1973, a la cual pertenecen los siguientes apartes:

"Por esta razón, si tenemos en cuenta el resultado que se obtuvo con la acción que protagonizó Bernardino Calero Ordóñez, debemos concluir que tratándose de un resultado, a ojos vistas, de alta gravedad, pues se eliminó a su legítima esposa, conforme a la partida de matrimonio que existe en el expediente, se violó el artículo 362 en conformidad con el artículo 363 numerales 1º y 5º del Código Penal, la pena debe adecuarse por consiguiente a este tipo de delito, a las condiciones personales del sujeto del delito, y aún más, teniendo en cuenta el arma usada y el número de heridas causadas cuando tales requisitos se hayan reunido, respecto al delito emocional, ya que fue cometido en estado de ira e intenso dolor hay una relación de causalidad entre aquélla y ésta, el juez impondrá al responsable del ilícito una pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la tercera parte del mínimo, señalado para la infracción..." (fl. 191 y vto. cuaderno principal).

De esta providencia no apelaron las partes y como se ordenara en ella su consulta, el Tribunal se pronunció, en este grado de jurisdicción, por medio de sentencia calendada a primero de abril del año en curso.

Como fundamento de su decisión, el Tribunal transcribió en esta providencia, literalmente, los principales apartes consignados por él en el auto por medio del cual confirmó el de proceder, entre otros, el párrafo transcrito anteriormente.

Empero se apartó del criterio del a quo en cuanto a la dosificación de la pena "por cuanto, dice, no se puede considerar al procesado Calero de alta peligrosidad puesto que se ha admitido que obró en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, es decir, impulsado por una pasión ciega como son los celos. En este orden de ideas y adecuando los cargos formulados en el auto de proceder, los cuales señalan como aplicables los numerales 5º y 2º (sic) del artículo 363 del Código Penal, pero como el veredicto ha admitido el atenuante consagrado en el artículo 28 del Código Penal, decide la Sala que la pena imponible es la de nueve (9) años de presidio que es superior a la tercera parte del mínimo, pero inferior a la mitad del máximo" (fl. 209 ibídem).

En consecuencia de este razonamiento, el ad quem modificó la sentencia del juez para rebajar, como se deja dicho, la pena principal fijándola en el tiempo que se acaba de mencionar.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado Penal, en juicioso estudio de los cargos formulados por la demanda, solicita que se deseche el recurso por cuanto las censuras han sido mal formuladas o carecen de base.

Los conceptos del Ministerio Público han sido tenidos en cuenta por la Sala en la decisión del recurso ya que la Corte está, en un todo, de acuerdo con ellos y sólo para evitar inútiles repeticiones no los resume en este sitio. Empero hará referencia a ellos en el lugar pertinente.

Consideraciones de la Corte

Se resumen en seguida los cargos formulados por la demanda a la sentencia recurrida exponiendo, a continuación de cada uno de ellos, el pensamiento de la Sala.

Cargo primero

Con invocación de la causal cuarta de casación, el demandante censura la providencia objeto del recurso por cuanto considera que fue dictada en un juicio viciado de nulidad, que hace consistir en que el Tribunal incurrió, al dictar el auto de proceder, en el error de citar el numeral 2º del artículo 363 del Código Penal cuando debió citar el 1º y que, además, los juzgadores de instancia dieron por probado el matrimonio del procesado con la ofendida, tomando como base simples declaraciones de testigos, y violando así el artículo 26 de la Carta.

Se responde

Es verdad que el Tribunal citó, al confirmar el auto de proceder, el numeral 2º del artículo 363 del Código Penal que se refiere al caso de que el homicidio se cometa con premeditación acompañada por motivos innobles o bajos.

Pero no es menos cierto que, en primer término, la misma providencia, inmediatamente después de tal mención dice textualmente "dado el vínculo existente entre el procesado y la occisa, por el matrimonio católico" frase que da a entender claramente que la cita del ordinal en mención fue un simple error de máquina ya que del texto de la providencia no queda ninguna duda sobre cuál de las circunstancias que contiene el artículo 363 del Código Penal como agravantes del homicidio fue la que se dedujo en contra de Calero Ordóñez.

En segundo lugar, al confirmar, sin modificaciones el auto del inferior, el Tribunal estaba aceptando la existencia de dicha modalidad de asesinato puesto que en el auto del juez se menciona expresamente el numeral 1º del artículo 363 del Código Penal como la forma de agravación en que incurrió el procesado.

Respecto a la censura que el demandante dirige a la apreciación que de la prueba hacen tanto el juzgado como el Tribunal, no es en la sede de la causal 4ª de casación sino en la de la 1ª donde debió formularse y como al invocar esta última el demandante vuelve a plantear el cargo, será entonces cuando la Sala se refiera a él.

Por lo que hace al examinado, carece de fundamento y debe ser rechazado.

Cargo segundo

También expuesto en el marco de la causal 4ª de casación lo expresa la demanda diciendo que se incurrió en nulidad de carácter constitucional por cuanto, según el demandante, se faltó a las formas propias del juicio ya que no estaba, en su concepto, probada la agravante de que trata el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal.

Se responde

La exigencia constitucional de que los juicios se lleven a cabo observando las formas que le son propias, se refiere, ante todo, al rito procesal, esto es, a la forma, el tiempo y el lugar de las actuaciones en cuanto tales circunstancias son reglamentadas por el legislador para, en primer término, evitar la arbitrariedad de los jueces, y, en segundo lugar, darle mayor flexibilidad y fluidez al proceso. A ellas deben someterse tanto los juzgadores como las partes y comúnmente se las divide en sustanciales y accidentales, o, como también se las califica, esenciales y secundarias. Las sustanciales o esenciales son las que se pueden llamar formas propias del juicio.

Ellas consisten en requisitos de observancia imprescindible, vinculados a los poderes del juez así como también a las facultades de las partes y al modo como deben ejercitarse tanto aquéllos como éstas. Son formas sustanciales en consecuencia las referentes a las funciones fundamentales del proceso como son la de acusación, la de defensa y la de decisión. (Clariá Olmedo, Levene) (hijo).

No aparece de las nociones anteriores que la valoración que los jueces hagan de las pruebas pertenezca a las formas del juicio

ya que no se refiere al tiempo, lugar y modo de asunción de la prueba ni a si fue allegada de oficio o por petición de las partes.

Por esa razón carece de fundamento el cargo que el censor hace, en esta parte, a la sentencia de haber violado las formas propias del juicio ordinario penal por darle a una prueba una valoración con la cual no está de acuerdo el censor.

Tal tipo de censura debe hacerse en el marco del aparte segundo de la causal 1ª por lo que hacerlo en el de la 4ª es otro notorio error de técnica en el demandante que impide entrar en el estudio del cargo.

Este, en consecuencia, no prospera.

Cargo tercero

Al igual que los anteriores, lo formula el demandante en el ámbito de la causal 4ª de casación haciendo consistir la presunta nulidad del juicio en que se invocó en la sentencia contra el procesado, la segunda característica de asesinato, o sea el haber obrado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos siendo así que de esta modalidad no se había hablado en el auto de proceder ni se incluyó en el cuestionario sometido a la consideración de los jurados.

Esta censura no es, en realidad, más que una repetición de la primera y por ello, en lo que se dijo sobre el primer cargo queda respondido el presente.

En efecto, la mención del numeral 2º del artículo 363 del Código Penal en el auto por medio del cual el ad quem confirmó el llamamiento a juicio de primera instancia, no fue sino un "lapsus machinae" ya que, a todas luces, se ve que la agravante tenida en cuenta fue la que consagra el numeral 1º de esa norma y así lo especificó el Tribunal en forma que no deja duda sobre ello. Por lo tanto, este cargo no prospera.

Cargos hechos dentro de la causal 1ª de casación

Cargo primero

Acusa a la sentencia de violación directa de la ley por haber aplicado, según el demandante, el numeral 2º del artículo 363 del Código Penal.

Este cargo es una repetición del anterior y del primero y se deja respondido al tratar de ellos. A lo dicho allí se remite la Sala.

Se declara, por lo tanto, infundado.

Cargo segundo

Violación directa de los artículos 28 y 36 del Código Penal por cuanto el juzgador impuso al procesado una pena superior a la tercera parte del mínimo que señala la primera de esas disposiciones, siendo así que, en concepto del demandante, por no obrar en contra del procesado circunstancias de mayor peligrosidad, sólo debió aplicarse dicho mínimo.

Se responde

Según el artículo 28 del Código Penal cuando concurren las circunstancias descritas en dicha norma se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción.

Esto significa que el juzgador debe señalar la pena entre esos dos límites, pero no necesariamente que sea para él obligatorio aplicar el mínimo ya que, según el artículo 36 ibídem, invocado también por el demandante, no sólo debe tener en cuenta las circunstancias de mayor o menor peligrosidad sino "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes... y la personalidad del agente", apreciaciones que hace el juez según lo que aparezca del proceso de modo que si considera que, pese a la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad los otros factores mencionados obligan a imponer una pena mayor, así puede hacerlo sin violar ninguna de las dos normas mencionadas. Eso fue lo que hizo en el presente caso razón por la cual no prospera este cargo.

Cargo tercero

Lo hace consistir el censor en que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 363 del Código Penal ya que, según él, la norma aplicable era el artículo 362 ibídem por

cuanto no había la prueba legal del matrimonio entre procesado y occisa pues la que se trajo a los autos no la considera propia para demostrar esa circunstancia por tratarse de un documento de origen eclesiástico cuando, en su concepto debió traerse el certificado del registro civil.

Aun cuando el demandante no lo dice expresamente, resulta obvio que este planteamiento se hace en el ámbito del segundo aparte de la causal primera, esto es, que no se trataría de una infracción directa de la ley sino de una de carácter indirecto puesto que a ella conduciría la indebida interpretación de una de las pruebas del proceso, a saber, la partida de matrimonio, a la cual, según el censor, se le habría dado un valor de convicción que no tiene.

Este cargo no puede prosperar puesto que, según reiterada doctrina de la Sala, en los juicios por jurados no cabe atacar la sentencia con base en el inciso segundo del numeral primero del artículo 581 del Código de Procedimiento Penal ya que los jurados son autónomos y soberanos en la apreciación de las pruebas en aquellos procesos que se hacen con la intervención del tribunal popular, siempre, claro está, que no vaya su veredicto contra la evidencia de los hechos, situación que sólo pueden declarar los juzgadores de instancia, no la Corte.

Significa lo anterior que escapa al control de la Sala, por no tener facultades para hacerlo, declarar la contraevidencia del veredicto y que, por ello, debe declararse inadmisible este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso a que se refiere la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Álvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario

DETENCION ARBITRARIA (ART. 295 DEL C. P.).— PROLONGACION INDEBIDA DE LA DETENCION (ART. 296 DEL C. P.)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a revisar, por vía de consulta, el auto de nueve de septiembre último dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso seguido contra el doctor Alvaro Carvajal Buitrago, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Yopal, por el delito de detención arbitraria. Conforme a la parte resolutiva de la providencia consultada, se sobresee definitivamente en favor del sindicado, "por la sindicación del delito de detención arbitraria, según hechos ocurridos entre el once y el diez y siete de agosto de mil novecientos setenta y uno".

Los hechos

Los que dieron origen a esta investigación los reseña el a quo así:

"El doctor Manuel Antonio Mora Cuéllar, Jefe de la Oficina Seccional de Sogamoso, de la Procuraduría del Distrito de Santa Rosa de Viterbo, el nueve de abril de mil novecientos setenta y tres, y a petición del doctor Fernando Marín Alvarez, Juez Promiscuo Municipal de Yopal, para esta fecha, practicó visita al negocio penal adelantado en ese juzgado contra Francisco Carreño por el delito de hurto de ganado y debido a denuncia de Pío Lelio Ortegón y encontró lo siguiente:

"Abierta la investigación, entre otras diligencias se registraron estas: 1º Con oficio Nº 181 del cuatro de agosto de mil novecientos setenta y uno, el juez Alvaro Carvajal B. solicitó la captura de Francisco N.; 2º El DAS, con informe de agosto once del mismo año, pone a disposición del juzgado a Francisco Carreño; 3º El señor Director de la Cárcel del Circuito de El Yopal informa que encontró la boleta Nº 42 del diez y siete de agosto de mil novecientos setenta y uno, con firma ilegible, correspondiente al Juez Promiscuo Municipal, por la cual se solicita poner en libertad a Francisco Carreño.

"El señor Visitador consideró que Francisco Carreño permaneció ilegalmente detenido desde el once de agosto de mil novecientos setenta y uno hasta el diez y siete del mismo mes y año y que como tal hecho constituía una detención arbitraria, se dirigió a este Tribunal y envió copia del acta practicada.

Se considera

Después de analizar exhaustivamente el acervo probatorio, el Procurador Primero Delegado Penal hace las consideraciones que a continuación se transcriben, y que por tener pleno respaldo en los autos la Sala acoge integralmente:

"Por último, cuando el 18 de junio de 1973, se hizo una nueva revisión del proceso por parte de la Procuraduría Seccional, el funcionario que la practicó observó que el señor Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Yopal, de entonces, Alfonso Salinas, omitió, una vez recibido el informe del DAS por medio del cual se ponía a disposición del juzgado al sindicado Francisco Carreño, pasar el negocio al despacho informando tal novedad y por tan grave

irregularidad solicitó descargos a dicho secretario.

"Ocurre, pues, en este proceso que efectivamente el sujeto Francisco Carreño, no fue víctima de una detención arbitraria definida y sancionada por el artículo 295 del Código Penal, sino de una prolongación indebida de su detención, de que trata el artículo 296...

"Pero del mismo modo aparece que aquella prolongación indebida que sufrió el sindicado no lo fue por culpa del aquí incriminado doctor Carvajal Buitrago, porque, como lo anotó el Visitador, existió una omisión de sus funciones por parte del secretario, pues es deber primordial de los secretarios 'pasar los negocios al despacho', con lo cual sale avante la exculpación del procesado.

"O lo que es lo mismo: Nos encontramos frente a la aplicación del numeral 1º del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, porque si el hecho existió, el procesado no lo cometió."

Por modo que la Sala le impartirá su aprobación al proveído objeto de la consulta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto consultado, de origen y fecha indicados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ALTA CORTE DE JUSTICIA

VEREDICTO

Es evidente el defectuoso planteamiento, que á su único ataque a la sentencia recurrida le ha dado el censor, por cuanto aparece, a todas luces, erróneo decir que un veredicto en el que se reconoce la responsabilidad de un homicidio y se dice, que se cometió hallándose el agente en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, resulta contradictorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá. D. E., diciembre once de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

José Elibardo o Libardo Llanos, a quien el Tribunal Superior de Manizales en sentencia de 3 de mayo del año en curso, en que confirmó, sin modificaciones, la proferida el 28 de febrero del mismo por el Juzgado Quinto Superior de esa misma ciudad, condenó a la pena principal de quince (15) años de presidio por el delito de homicidio en la persona de su legítima esposa María Orfilia Pulido de Llanos, interpuso en tiempo oportuno y le fue concedido el recurso extraordinario de casación que esta Sala declaró admisible y que fue sustentado por medio de apoderado especial. Agotado el trámite, se procede a resolver.

Hechos y actuación procesal

José Elibardo Llanos contrajo matrimonio católico con María Orfilia Pulido Díaz el 2 de mayo de 1958 en Victoria (Caldas) y desde entonces anduvo por muchas partes con su mujer, desempeñando diversos oficios en las propiedades rurales de la región y procreó del matrimonio varios hijos a los cuales tenía que atender la esposa, al tiempo que cumplía las funciones de guisandera o cocinera en las fincas donde trabajaba su marido.

Bien fuera por las penalidades que pasaba o porque la enfermedad de uno de sus hijos la determinara a ello, lo cierto es que María Orfilia se trasladó, al parecer de acuerdo con su esposo, a casa de sus padres ubicada en la fracción de El Gigante en el citado municipio de Victoria (Caldas) en donde se encontraba cuando llegó, el 11 de junio de 1962, José Elibardo quien desde el primer momento comenzó a insistirle a su esposa para que lo siguiera a una finca cerca a Puerto Triunfo. Mas como ella se negara, en la noche del 16 de junio del año citado, luego de alguna discusión que tuvieran sobre el particular, le dio una puñalada que le ocasionó de inmediato la muerte por lesión en la aurícula derecha del corazón.

Después del hecho, el homicida huyó sin que por once años fuera posible encontrarlo, hasta que al cabo de ese tiempo se logró su captura.

Entre tanto la investigación había sido perfeccionada y el Juzgado Quinto Superior de Manizales la calificó por auto de 26 de julio de 1973 por medio del cual llamó a Libardo Llanos a responder en juicio por el delito de homicidio agravado por la circunstancia de asesinato que menciona el numeral 1º del artículo 363, esto es, por el carácter de cónyuge del procesado que tenía la occisa.

En esa misma providencia el juez del conocimiento examinó si Llanos obró en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación o si lo hizo en

defensa de su honor, llegando a conclusiones negativas sobre ambos aspectos por cuanto, según afirma el a quo, "ninguna de las probanzas arrimadas al informativo señala a la occisa como una mujer casquivana". Y añade más adelante: "María Orfilia Pulido de Llanos no le fue infiel a su esposo ni le dijo que tenía un amante; no se puede afirmar que la muerte de aquélla fue producto de un estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación. La atenuante invocada por el sindicado, en consecuencia, es inadmisible".

Refutaba de este modo el juzgado la aseveración del sindicado, hecha en su indagatoria, de que había herido a su esposa, aunque sin intención de darle muerte, porque ésta se había negado a seguirlo y le había dicho que ella tenía un amante.

Contra el auto vocatorio a juicio interpuso apelación el apoderado del sindicado y el Tribunal, en providencia fechada a 24 de septiembre del año últimamente citado, confirmó en todas sus partes la del inferior.

Adelantado el juicio, se llevó a cabo la audiencia pública que tuvo lugar el 14 de febrero del año en curso y durante la cual se sometió a los jueces de conciencia el cuestionario de rigor, al que ellos respondieron, por unanimidad, diciendo: "sí es responsable pero hacemos constar que no hay comprobación de mala conducta con su esposa y por parte de ésta hubo abandono del hogar".

Al examinar este veredicto en sentencia de 28 de febrero de este año, el juzgado expresó que era condenatorio en cuanto afirmó la responsabilidad del procesado y que lo que el jurado agregó a la expresión "sí es responsable..." no significaba nada que atenuara dicha responsabilidad. Asimismo manifestó que la condenación proferida por el "juri" en el presente caso era aceptable y por tal motivo procedió a desarrollar la veredicción rechazando nuevamente, con transcripciones de lo dicho por el Tribunal, la concurrencia de la atenuante de ira e intenso dolor. En favor del procesado dedujo la circunstancia de menor peligrosidad consistente en la buena conducta anterior.

Por su parte el ad quem, al conocer de la ameritada providencia, a virtud de apelación que contra ella interpusiera el defensor, la confirmó, como se deja dicho, en todas sus partes.

Demanda de casación

Sólo un cargo hace a la sentencia. Lo formula en el marco de la causal 3ª de casación por cuanto considera que el veredicto del jurado es contradictorio ya que, según el demandante, por una parte, reconoce la responsabilidad del procesado y, por la otra acepta que procedió en estado de ira e intenso dolor aunque no usa las palabras del artículo 28 del Código Penal para expresar esta idea sino que dice que no hubo comprobación de mala conducta por el esposo y que la occisa abandonó el hogar.

"Así las cosas dice el demandante, se concluye con palmaria claridad que José Elibardo Llanos al ocasionar las heridas mortales a Orfilia Pulido de Llanos se hallaba en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación consistente en el hecho de que su mujer legítima abandonó el hogar sin causa justificativa y se negó a seguir cumpliendo con sus deberes conyúgales.

"Esto lo reconoció el jurado popular, después de oír las alegaciones de las partes y la contradicción del veredicto se originó en que el "juri" no utilizó la fórmula sacramental consignada en el artículo 28 del Código Penal colombiano pero sí reconoció dos circunstancias que justifican dicho estado al referirse expresamente al abandono del hogar por parte de la occisa y al añadir que la conducta del reo, según las pruebas del proceso, no había sido causa justificativa de tal abandono" (fl. 15 cuaderno de la Corte).

Agrega que considera violados el artículo 28 del Código Penal por no haberse tenido en cuenta, al condenar al procesado, la circunstancia atenuante consignada en tal disposición y el ordinal 3º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por cuanto la sentencia recurrida se dictó con base en un veredicto contradictorio "que afirmó una responsabilidad plena y a la vez reconoció circunstancias que forzosamente deben atenuarla" (id. id.).

Concepto de la Procuraduría

Después de resumir los hechos y la actuación procesal el Ministerio Público solicita que se deseche el recurso, manifestando, tras de declarar que la demanda, más que un libelo de casación parece un alegato de instancia, que del tenor literal del veredicto no surge ningún fundamento para considerar que se hubiera insinuado siquiera el reconocimiento por parte del jurado de la atenuante consagrada en el artículo 28 del Código Penal.

Agrega que la pretendida contradicción que alega el demandante no existe en la respuesta del jurado ya que éste sólo contiene una respuesta afirmativa a la que se hizo un agregado que no tiene ninguna significación en derecho, pero que aun en el supuesto caso de que se hubiera reconocido la atenuante de ira e intenso dolor a que se refiere la norma penal sustantiva que se deja citada, no existiría contradicción alguna entre las dos partes de dicha respuesta ya que bien pueden coexistir la responsabilidad penal y la atenuación que reconoce la norma mencionada.

Consideraciones de la Corte

Es evidente el defectuoso planteamiento que a su único ataque a la sentencia recurrida le ha dado el censor por cuanto aparece a todas luces erróneo decir que un veredicto en el que se reconoce la responsabilidad en un homicidio y se dice, como pretende el demandante, que se cometió hallándose el agente en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, resulta contradictorio.

Porque como bien lo advierte el Ministerio Público, no existiría contradicción entre las dos afirmaciones ya que la primera de ellas se limita a reconocer que se obró en las condiciones objetivas y subjetivas que señala la norma que describe el tipo delictivo y la segunda señalaría que, además, la actuación del procesado se desarrolló en circunstancias emocionales a las que la ley reconoce efecto atenuante de esa responsabilidad.

Esto en el supuesto de que el agregado que los jueces de conciencia hicieron a su afirmación de la responsabilidad y que como se sabe consistió en decir que no hubo comprobación de mala conducta del procesado con su esposa y que por parte de ésta existió abandono del hogar, equivaliera, como lo pretende el demandante, a reconocer la situación anímica descrita en el artículo 28 del Código Penal.

Lo que no es cierto porque esta norma, a más de reclamar la existencia de hechos graves e injustos, exige que ellos produzcan en el agente una reacción emocional de ira o de dolor intenso. Esto es, no se limita a implicar la presencia de una causa externa de esos estados de ánimo sino que, en forma primordial, requiere que se haya producido éste.

En otras palabras para que se pueda apreciar la atenuante del artículo 28 del Código Penal es necesaria una relación causal entre unas situaciones externas y unos efectos psicológicos determinados.

Esa relación no aparece por parte alguna en el agregado que el tribunal popular hizo a la afirmación de responsabilidad y por ello se justifica la afirmación hecha por los jueces de instancia y por la Procuraduría de que tal anexo no tiene ninguna significación en derecho.

Siendo esto así se concluye que el veredicto, en realidad, se compone sólo de una frase, a saber, la afirmación de que el procesado es responsable en los términos que señala el cuestionario.

Obviamente no puede darse en él contradicción de ninguna especie porque para que ésta exista lo primero es que haya dos términos que estén en oposición entre sí de tal manera que no puedan darse simultáneamente las afirmaciones en cada uno de ellos contenida.

Significa lo anterior que el cargo hecho a la sentencia carece de fundamento y que debe rechazarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA

El abuso de confianza, en la modalidad descrita en el artículo 412 del Código Penal, es un delito instantáneo que se consuma o perfecciona en el momento y lugar donde se cumpla la acción ilegal del apoderamiento, vale decir, donde se realice la apropiación indebida de la cosa recibida por una convención no traslaticia de dominio, esto es, que impone a quien obtiene la tenencia la obligación de restituir o entregar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E. once de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Procede la Corte a resolver de plano la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta, en cuanto al conocimiento del proceso que por abuso de confianza se adelanta contra Alvaro Barreto Gutiérrez.

Planteamiento de la colisión

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, en su providencia de quince de noviembre último, hace un relato de los hechos y esboza su criterio así:

"De las diligencias practicadas hasta el momento surge que Parmenio Gutiérrez Silva, fabricante de calzado, con domicilio en Cúcuta, envió una remesa de setenta y cinco pares de zapatos para dama con destino a Bucaramanga, diligencia que encomendó a Alvaro Barreto Gutiérrez sobrino suyo que 'trabajaba como mensajero, le pagaba, le daba comida y le tenía confianza' y quien al tiempo que debía entregar la mercancía cobraría su valor, para entregarlo de nuevo en Cúcuta, según se infiere de lo dicho por el denunciante en su diligencia de ampliación (4).

"Gutiérrez Silva se enteró por Gabriel Bastos, también sobrino suyo, y quien hubo de acompañar a Barreto Gutiérrez al cumplimiento de la misión encomendada, que éste, al parecer tenía intenciones de no regresar a su destino con el valor de la encomienda, por lo cual optó por denunciar a su sobrino.

"Ciertamente, no obstante la brevedad de lo actuado y sin pretensiones de adelantar una calificación legal de los hechos, estamos en presencia de un delito de abuso de confianza, puesto que Barreto Gutiérrez no venía 'a vender, a buscar clientes, sino a entregar directamente...' hecho lo cual cobró el dinero, lo entregó en casa de Margot de Bastos y al día siguiente lo reclamó para regresar a Cúcuta, pero allí no llegó; es decir, que el lugar donde debía rendir cuentas, 'entregar o devolver los bienes...' era Cúcuta, ya que todos sus actos estaban orientados a ese destino y allí era donde lo esperaba su patrón.

"Quiere esto decir entonces, que en la ciudad de Cúcuta es donde se consuma el delito y por tanto, es allí donde radica la competencia para conocer de esas diligencias".

Cita alguna jurisprudencia de la Corte, y luego remata así su providencia:

"Los actos realizados por el sindicado Alvaro Barreto Gutiérrez, de haber hecho girar a su nombre los cheques con los cuales se cancelaba el valor de la mercancía y de haber cobrado en las entidades giradas algunos de ellos, están demostrando un principio de apropiación, pero la consumación del delito, se sucede en la ciudad de Cúcuta, sitio a donde debía entregarse el valor aludido.

"Por tanto, muy respetuosamente, el despacho disiente del criterio en el que, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta, fundamentó el auto del veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y cuatro por el cual ordenó el envío de las diligencias al reparto de los jueces penales del circuito de esta ciudad, por considerar que en ellos radicaba la competencia para su conocimiento".

A su turno, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta, en auto del veinte de noviembre pasado, expresa:

"La denuncia por los hechos a que se contrae el presente asunto le fue repartida a este juzgado y por considerar que el delito contra la propiedad de que trata, imputado a Alvaro Barreto Gutiérrez, llámasele hurto o abuso de confianza ocurrió en Bucaramanga, por auto del 29 de agosto del año que corre se ordenó remitirlo al señor Juez Penal del Circuito (reparto) de aquella ciudad.

"Habiéndole correspondido el diligenciamiento al señor Juez 4º Penal del Circuito tal funcionario lo envió al señor Juez de Instrucción Criminal (reparto) para que se iniciara la investigación, si era del caso. Fue así como el Juzgado 9º de Instrucción Criminal dictó auto cabeza de proceso el 17 de septiembre del año que corre y se continuó la tramitación sumaria. Lo curioso del caso es que ya habiéndole sido repartido al señor Juez Cuarto, se efectuó un nuevo reparto y en esa ocasión le correspondió al señor Juez 1º Penal del Circuito, funcionario que en auto del 15 de los corrientes se abstiene de conocer y remite el proceso a esta oficina, por competencia, ya que considera que es aquí donde debe conocerse y no en Bucaramanga. Propone colisión de competencia negativa.

"Para tomar tal determinación, el referido señor juez se acoge a una jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, la que transcribe en el auto correspondiente.

"Pero este despacho no está de acuerdo con la teoría del colega de Bucaramanga, como pasamos a demostrarlo:

"Alvaro Barreto Gutiérrez recibió de su tío Permenio (sic) Gutiérrez Silva cierta cantidad de calzado para dama, que su sobrino debía llevar a Bucaramanga y entregarlo a varios clientes suyos, con el encargo de recibir los dineros y claro está, volver a Cúcuta con ellos. En esto estamos de acuerdo con el señor juez de la capital santandereana

"Pero ocurre que en Bucaramanga el muchacho se hizo girar unos cheques a nombre de él y como los instrumentos eran para cobrarlos en bancos de esa ciudad, los hizo efectivos, se apropió del dinero y no regresó ni ha regresado a Cúcuta.

"La teoría de que el juez competente para conocer es el del lugar donde debían devolverse las mercancías o cumplirse el convenio de entregarlas, no es de recibo en este caso, porque tal teoría es para cuando se ignora el lugar donde se manifestó el ánimo doloso del agente o donde éste se apropió indebidamente de los bienes muebles. Así, por ejemplo, si a un agente viajero en Tokio se le entrega una mercancía para traer a Cúcuta y aquí recibe el dinero, se lo gasta y no regresa al Japón, quién sería el competente para conocer? Un juez de Cúcuta o uno de Tokio? Necesaria e indudablemente que el juez de esta ciudad.

"En el caso de autos, es bueno preguntar: dónde se apropió Alvaro Barreto Gutiérrez del dinero (no del calzado) que le entregaron terceras personas para su tío y no éste? Está claro en el proceso que fue en Bucaramanga. Y si allí se consumó la apropiación, es de elemental raciocinio que allí también fue donde se consumó el ilícito y es allí donde debe conocerse del proceso, por imperioso mandato del artículo 41 del Código de Procedimiento Penal. Además, si se trata de apelar a doctrinas, tenemos que transcribir la siguiente:

"'Cuándo y dónde se entiende consumado el abuso de confianza? En el momento y en el lugar (subraya el juzgado) en que se manifieste por actos positivos el ánimo o la intención o el propósito de apropiarse el agente en provecho suyo o de un tercero, la cosa mueble que se le entregó por un título no traslaticio de dominio, si se tratare del caso que contempla el artículo 412 del Código Penal de 1936 (Autos, 30 de julio de 1940, XLIX, 872; 8 junio 1942, LII, 130; 6 febrero 1947, LXII, 750; 15 julio 1952, LXXII, 685)'.

"Concatenando los hechos con la doctrina que transcribimos, tenemos que seguir preguntándonos:

"En qué momento y lugar se manifestó por actos positivos el ánimo o la intención de Alvaro Barreto Gutiérrez de apropiarse del dinero recibido por el calzado? Necesariamente que en Bucaramanga, pues ya podemos apreciar cómo consiguió que varios comerciantes giraran algunos cheques a su nombre para poder cobrarlos directamente en esa ciudad.

"Dónde tuvo lugar el apoderamiento del dinero cobrado? Claramente vemos que en Bucaramanga.

"Entonces, dónde se cometió, se consumó, el ilícito? Pues claro que en Bucaramanga.

"De lo anterior resalta, sin lugar a equívocos, que estando definido que el delito contra la propiedad que nos ocupa se consumó en Bucaramanga, la competencia para conocer de este proceso la tienen los señores jueces penales del circuito de esa ciudad".

Se considera

Puede decirse, conforme a lo que hasta ahora arrojan los autos, que el delito atribuido al sindicado Alvaro Barreto Gutiérrez es el de abuso de confianza, reato sobre el cual la Corte, al dirimir una colisión negativa de competencias, en providencia de 17 de octubre de 1972, se pronunció así:

"En auto del 11 de octubre de 1968 dijo la Corte:

"'El abuso de confianza, en la modalidad descrita en el cuerpo primero de la disposición citada (artículo 412 del C. P.), es un delito instantáneo, que se consuma o perfecciona en el momento y lugar donde se cumpla la acción ilegal del apoderamiento, vale decir, donde se realice la apropiación indebida de la cosa recibida por una convención no traslativa de dominio, esto es, que impone a quien obtiene la tenencia la obligación de restituir o entregar'".

"En auto de 8 de abril de 1970, la Sala hizo igual pronunciamiento sobre la instantaneidad del delito de abuso de confianza, de donde se desprende la idea que se consuma en el lugar en que el agente se apropió la cosa o dio a ella el uso no autorizado por el propietario.

"Y en autos del 15 de junio, del 31 de agosto y del 4 de septiembre del mismo año, la Sala declaró rotundamente que era inadmisible la aseveración 'de que es el juez del lugar donde debía cumplirse la obligación contractual contraída por el presunto autor del ilícito el que debe conocer del proceso, porque en nuestro derecho la acción constitutiva, en la forma básica del abuso de confianza, es 'apropiarse' y no, como en otras legislaciones, la argentina, por ejemplo, 'negarse a restituir' lo que marca una fundamental diferencia entre ambas tendencias legislativas, ya que en tanto que en la nuestra el lugar de comisión del hecho es aquel en que se manifiesta el ánimo de apropiarse, en las que siguen la segunda corriente 'el delito se consuma por el perjuicio causado por la negativa a restituir o por la no restitución' (Soler), lo que da competencia para su conocimiento al juez del lugar en donde la obligación debe ser cumplida'."

Esta doctrina de la Corte ciertamente que viene al preciso caso en estudio, pues, como ya se vio, el sindicado Alvaro Barreto Gutiérrez realizó la apropiación indebida del dinero que recibió por razón del calzado que se le entregó, en la ciudad de Bucaramanga, por lo cual se concluye que es al Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad a quien corresponde conocer de este asunto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión negativa de competencias suscitada declarando que el competente

para conocer de este negocio es el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, a quien se remitirá el expediente, dando previo aviso de lo aquí resuelto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La falta de asistencia de un abogado en la diligencia de indagatoria, no constituye nulidad de las consagradas en el artículo 26 de la Carta, por cuanto la ley faculta a nombrar un ciudadano cuando en el lugar no hay abogados titulados e inscritos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre once de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos

El Tribunal Superior de Valledupar, en sentencia fechada a 18 de febrero del año en curso, confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad por la que se absolvió a los procesados Martín o Martiniano Durán Sánchez y Cornelio Arias Guerrero y condenó a Luis María Durán Sánchez a la pena principal de quince (15) años de presidio, así como también a las sanciones accesorias correspondientes por el delito de homicidio, con características de asesinato, cometido el 7 de febrero de 1972 en la persona de Luis Villas Villamizar, en el sector denominado "Cañón de Santa Rita" ubicado en el corregimiento de Los Angeles en la comprensión municipal de Río de Oro.

Contra dicha providencia recurrió en casación el defensor del condenado y el recurso le fue concedido por el Tribunal. Esta Sala lo declaró admisible y lo tramitó en debida forma. Agotado el rito correspondiente se procede a resolver.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que el día ya mencionado, o sea el 7 de febrero de 1972, transitaba Luis Villas Villamizar por el lugar citado en compañía de dos de sus trabajadores cuando recibió un disparo de arma de fuego que le causó la muerte en forma inmediata.

Iniciada la investigación por el Inspector del corregimiento de Los Angeles, se continuó por el Juez Municipal de Río de Oro quien dictó auto de detención preventiva contra Martiniano Durán Sánchez, Cornelio Arias Guerrero y Luis María Durán (fl. 83 cuaderno principal).

Ese mismo juzgado admitió la demanda de constitución de parte civil formulada a nombre de Alfonso Luis Villas Quintero (fls. 21, 22 y 23 ibídem) y pasó luego el proceso al Juez Segundo de Instrucción Criminal quien adelantó la investigación para entregarla luego al Juzgado Primero Superior de Valledupar al que le correspondió el conocimiento del asunto.

Este juzgado declaró cerrada la etapa investigativa por auto de 22 de junio de 1972.

No obstante encontrarse clausurada dicha etapa, el Juez Municipal de Río de Oro recibió el 30 de julio del año últimamente mencionado, una ampliación de indagatoria de Luis María Durán quien confesó en dicha diligencia (fl. 205) haber dado muerte a Luis Villas explicando que lo hizo porque éste lo tenía amenazado de que lo mataba o lo mandaba matar por el problema de una madera (sic).

El Juzgado Primero Superior, por auto de 28 de agosto del mismo año, abrió causa criminal contra Martín o Martiniano Durán, Cornelio Arias Guerrero y Luis María Durán Sánchez por el delito de homici-

dio agravado en la persona de Luis Villas, sobreseyó definitivamente en favor de José del Carmen Arias Guerrero y temporalmente en el de Héctor Manuel Navarro Díaz.

Como fundamento para llamar a juicio a Durán no tuvo en cuenta el a quo la confesión que se deja mencionada sino las declaraciones de varios testigos, en especial la del menor Alvaro Criado Castillo quien dice haber presenciado cuando Cornelio Arias y Martín Durán le hicieron un disparo de escopeta a Villas (fl. 13).

También se basó el juez del conocimiento en un memorial suscrito por Durán en que manifiesta (fl. 208) que él y Villas eran enemigos porque éste le había hecho decomisar una madera, que en alguna oportunidad aquél le hizo un tiro y que por eso se mantenía asustado, decidiéndose entonces a causarle la muerte lo que, en efecto hizo, sin decirle a nadie y en ocasión que lo acompañaba un señor llamado Agustín.

Termina el a quo expresando que el homicidio juzgado se cometió con asechanza por cuanto los procesados se ocultaron para esperar el paso de Villas Villamizar contra quien dispararon en forma sorpresiva, asegurando en esta forma la consumación del atentado (fl. 216 id.).

El auto a que se hace referencia fue confirmado por el Tribunal antes de lo cual el apoderado de la parte civil, adujo al proceso una copia del registro de nacimiento de su poderdante en que consta que era hijo de Luis Villas (fl. 227).

Durante el plenario de la causa se llamó a Luis María Durán para que ampliara su indagatoria y así lo hizo reiterando la confesión contenida en el memorial de que se ha hecho mérito y reconociendo este documento como auténtico (fl. 279 id.). Empero modifica su primitiva versión para agregar que Villas le había disparado con un revólver en ocasión anterior y que por eso cuando el día de autos se encontró con él y sacó otra vez el arma, el procesado le disparó con su escopeta (fl. 280).

La audiencia pública se llevó a cabo el 25 de julio de 1973 y en ella se sometieron a la consideración del jurado los cuestionarios de rigor, uno para cada procesado, siendo respondido el que se refería a Luis María Durán con una sola palabra "culpable" en tanto que respecto a los otros dos el "juri" respondió "inocente".

Durante la vista pública el procesado Luis Durán volvió a confesar haber dado muerte a Villas Villamizar en la forma como lo relatara en su intervención durante el plenario de la causa (fls. 305 y 306).

En providencia de 30 de julio del año mencionado el Juez Primero Superior de Valledupar condenó, como se deja dicho al iniciar la presente, a Luis María Durán y absolvió a Martín o Martiniano Durán y a Cornelio Arias Guerrero.

Consideró que las respuestas del jurado eran acertadas ya que en relación con los dos últimos su situación se había clarificado en el plenario de la causa por la confesión que en dicha etapa había hecho el primero o sea Luis María Durán de haber dado muerte a Villas Villamizar.

El Tribunal, en la sentencia materia del presente recurso, estimó que, habiendo confesado Luis Durán en la audiencia pública ser el autor de la muerte de Villas Villamizar, los veredictos proferidos por el jurado eran perfectamente aceptables y que como en ellos se basó el juez para dictar sentencia, ésta no ofrecía ningún reparo por lo cual la confirmó en todas sus partes, adicionándola en el sentido de declarar que dicho procesado no tenía derecho a la condena condicional.

Demanda de casación

Con invocación de la causal 4ª de casación, el demandante hace a la sentencia los cargos que se resumen a continuación:

Primer cargo

Ser dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 de la Carta política tanto por haberse faltado según el recurrente, a las formas propias del juicio como por ausencia de defensa de su poderdante.

Apoya la censura en que a Luis Durán se le recibió indagatoria sin nombrarle como apoderado un abogado titulado, siendo así que en Río de Oro los había, se le oyó en ampliación de la misma durante la cual

confesó ante un juez que no tenía competencia para oírlo por cuanto el proceso se hallaba en manos del competente, no se notificó debidamente a su poderdante el auto de detención por cuanto éste, en realidad, no tenía apoderado y no se le otorgó el derecho de pedir pruebas pese a lo cual se practicó la diligencia de reconstrucción de los hechos.

Segundo cargo

Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, no dice si procesal o constitucional, por admitirse una parte civil sin que acompañara la prueba de la personería legítima del interesado y haberla dejado actuar en numerosas actividades procesales, entre ellas la recepción de varias declaraciones, la reconstrucción de los hechos y la audiencia pública.

Tercer cargo

"La sentencia impugnada, dice el demandante, tuvo como fundamento una confesión judicial hecha ante juez sin competencia ni jurisdicción por haberla perdido en virtud del mismo procedimiento judicial".

Se refiere a la ampliación de indagatoria hecha ante el Juez Municipal de Río de Oro respecto a la cual reitera que se trata de una diligencia viciada de nulidad y argumenta diciendo que como el Tribunal la aceptó como prueba principal, violó los artículos 210, ordinal 1º, 214 y 215 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto de la Procuraduría

Por intermedio del Procurador Segundo Delegado Penal el Ministerio Público solicita en el presente recurso extraordinario que se desechen las peticiones de la demanda por considerar que carecen de fundamento.

Como quiera que la Sala está en un todo de acuerdo con los razonamientos expuestos por la Procuraduría, omite resumirlos en el presente aparte pero hará referencia a ellos en el lugar pertinente.

Consideraciones de la Corte

Respecto a la censura de que en el presente proceso se violó lo dispuesto por el artículo 26 de la Carta política no sólo en razón de no haberse observado la plenitud de las formas del juicio sino por cuanto se dejó sin adecuada defensa al procesado, la Sala estima que carece de fundamento el demandante pues si bien fue cierto que en el acto de la indagatoria no lo asistió un abogado sino un ciudadano honorable, esto no constituye nulidad por cuanto la ley faculta para ello así en el lugar haya abogados titulados e inscritos en el juzgado cuando por cualquier circunstancia uno de éstos no pueda asistir al indagado en dicha diligencia (Art. 123 C. de P. P.).

En cuanto al auto que detuvo precautelativamente al poderdante y a otros sindicados, fue, según aparece a folio 84 vuelto notificado personalmente a éstos. Tal clase de notificación sólo era obligatorio hacerla al apoderado si éste se hubiera presentado a la secretaría para ello (Art. 180 C. de P. P.) lo que no aparece que hubiere ocurrido.

Por lo que hace a la pretendida falta de defensa del recurrente, tampoco está justificado el cargo pues de autos aparece que constituyó apoderado (fl. 163) y además personalmente intervino en su defensa, elevando varios memoriales al instructor y al juez de la causa.

No prospera este cargo.

Segundo cargo

Por lo que hace a la admisión de la parte civil pese a no haber acreditado la legitimidad sustantiva de la personería, fundamento en que apoya el demandante esta censura, resulta, en verdad, que sólo con posterioridad al auto que la admitió fue presentada la prueba de que el poderdante era hijo legítimo del occiso.

Sobre el particular, la Sala está de acuerdo con la Procuraduría en el sentido de que la inobservancia de algunos requisitos al admitir la parte civil no está contemplada como causal de nulidad procesal. Además del texto del artículo 133 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, "la decisión del superior que resuelva una apelación contra el auto que admitió o rechazó

la demanda, no anula lo actuado" se desprende que las fallas en la constitución de dicha parte no afectan lo puramente penal del procedimiento.

En el caso de autos no puede decirse que las intervenciones de la parte civil en algunas diligencias de la parte sumaria y en la audiencia pública fueran determinantes del veredicto del jurado ni, menos, en la sentencia que se basó en la respuesta del "juri".

Tampoco prospera este cargo.

Tercer cargo

No es cierto, como lo afirma el demandante, que la sentencia impugnada se basara en la confesión que ante el Juzgado Municipal de Río de Oro hiciera el recurrente de haber dado muerte a Villas Villamizar.

De autos aparece claramente que dicha diligencia no fue tomada en cuenta por el a quo para llamar a juicio al procesado sino que el juez se basó, como se deja expresado en un aparte anterior de la presente providencia, en el dicho de testigos presenciales, corroborados por indicios y en un memorial en que Martiniano Durán Sánchez manifestó haber sido el autor de la muerte del ofendido, aseveración que repitió a lo largo del proceso, inclusive en la audiencia pública, calificando su confesión en el sentido de que había obrado en legítima defensa de su vida agregado que el jurado no aceptó.

No se acepta el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Para que pueda afirmarse la violación del artículo 26 de la ley suprema por inobservancia de las formas propias del juicio, en cuanto hace relación a la carencia de defensa para el acusado, es necesario que esta ausencia se presente de manera clara y categórica, de tal manera que pueda afirmarse que éste careció de ese derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Timoleón Otero Niño contra la sentencia de 15 de febrero del año en curso proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, por medio de la cual fue confirmada la de primera instancia del Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, que lo condenó a la pena principal de diez y seis años de presidio, a más de las accesorias de rigor, como autor "responsable del homicidio agravado cometido en su legítima esposa Ana Joaquina Tolosa de Otero".

Hechos y actuación procesal

En febrero de 1969 Ana Joaquina Otero demandó a su legítimo esposo Timoleón Otero Niño, ante el Juzgado de Menores del extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial del Socorro, en juicio de alimentos para sus seis menores hijos. El demandado fue sentenciado a pasarle la suma de $ 200.00 mensuales habiendo entregado el 5 de noviembre de 1971 a su esposa la suma de $ 1.000.00. No hubo más entregas por este concepto. Ante el incumplimiento, el defensor de menores de San Gil inició acción ejecutiva y, el Juzgado Promiscuo Municipal de Guapotá el 13 de marzo del año siguiente profirió el respectivo mandamiento ejecutivo contra Otero Niño. El 6 de abril le fue notificada esta providencia al demandado en presencia de su cónyuge. Del despacho judicial Otero se dirigió a la casa en donde trabajaban y, armado de machete salió en busca de su esposa a quien encontró en la casa-tienda de Bernardina Murillo donde aquélla se había refugiado y le propinó varios machetazos que determinaron su muerte por anemia aguda.

El mismo día en que ocurrieron los sangrientos hechos el Juzgado Promiscuo Municipal de Guapotá inició la correspondiente investigación penal. Adelantada ésta y oído en indagatoria el sindicado, se le dictó auto de detención (fl. 30 ss.). Ante una petición de libertad por haber transcurrido en tiempo mayor al señalado por la ley para dictar auto de proceder, se le concedió bajo fianza de $ 50.000.00 (fl. 124 ss.). Con alguna anterioridad había sido cerrada la investigación (fl. 114). El 26 de julio de 1973, el Juzgado 3º Superior del Socorro llamó a responder en juicio criminal y con intervención del jurado al sindicado Timoleón Otero Niño por el delito de homicidio, agravado según lo dispuesto en los ordinales 1º y 5º del artículo 363 del Código Penal; la víctima era su esposa y había procedido "aprovechándose de las con-

diciones de indefensión e inferioridad" (fl. 128 ss.). Se abrió el juicio a pruebas y dentro de la etapa respectiva se practicaron algunas. Previos los trámites de ley, se celebró la respectiva audiencia pública (fl. 152 ss.). A la única cuestión debidamente elaborada que fue sometida a la consideración del tribunal popular, éste contestó por unanimidad: "sí es responsable" (fl. 151). El juzgado del conocimiento acogió el veredicto y dictó su sentencia de primera instancia por medio de la cual condenó al procesado, a más de las penas accesorias de rigor, a la principal de 16 años de presidio (fl. 157 ss.). Al ser sometida a consulta ante el Tribunal respectivo, éste la confirmó mediante la suya de 15 de febrero del año en curso (cuaderno Nº 2, fl. 7 ss.), la cual fue recurrida en casación.

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación un solo cargo formula el censor contra la sentencia recurrida: haberse dictado en un juicio viciado de nulidad constitucional (Carta suprema, Art. 26).

Lo argumenta así: El sindicado en la indagatoria fue asistido por un particular y, en la etapa del sumario tampoco tuvo realmente un abogado como apoderado por cuanto que, si en verdad designó varios, ninguno cumplió con su deber. Sólo en la audiencia pública fue debida y decorosamente atendido. Lo anterior constituye violación del artículo 26 de la Constitución, según el cual "nadie podrá ser juzgado sino de acuerdo con las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso (sic)" (subraya el demandante). Y, como tal desconocimiento de la norma suprema ha sido erigida en causal de nulidad, síguese que la sentencia impugnada se dictó dentro de un juicio viciado por ésta.

Concepto del Ministerio Público

Este, representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que la sentencia recurrida en casación no sea casada, puesto que si bien en una parte del sumario el sindicado no estuvo representado por abogados, sí lo estuvo en otra parte de él y durante el juicio.

Consideraciones de la Corte

Para que pueda afirmarse la violación del artículo 26 de la ley suprema por inobservancia de las formas propias del juicio, en cuanto hace relación a la carencia de defensa para el acusado, es necesario que esta ausencia se presente de manera clara y categórica, de tal manera que pueda afirmarse que éste careció de ese derecho. Aquí, en la etapa investigativa, el sindicado Otero Niño, en buena parte de ella, estuvo asistido por abogados titulados. En cuanto a la actitud asumida por éstos, no es este el momento procesal de entrar en consideraciones, porque se ignora el motivo que pudo haberlos llevado a guardar el silencio que a ellos el censor les reprocha. Mas durante el juicio, el procesado fue asistido por abogado defensor quien, en la audiencia pública, ante la confesión del hecho por su protegido, las pruebas existentes y las circunstancias establecidas, alegó en su favor el reconocimiento de las atenuantes de responsabilidad consagradas en el artículo 28 del Código Penal. Así, cumplió con su deber, a su leal saber y entender. Cosa perfectamente distinta lo es el que el jurado no llegara a convencerse de lo expuesto en forma "decorosa" por el defensor, según lo reconoce el mismo demandante en casación y hubiera proferido el veredicto condenatorio.

Esas actuaciones procesales, unidas a las peticiones de pruebas elevadas por el mismo acusado y que le fueron atendidas y decretadas, llevan a la conclusión de que Timoleón Otero no solamente no estuvo privado de defensa en la forma en que la jurisprudencia exige para poder decretar una nulidad de rango constitucional por este aspecto, sino que, en la etapa culminante de la definición de su responsabilidad, como lo es la audiencia pública, "estuvo representado por un abogado que supo cumplir con su deber", como lo apunta el señor Procurador.

En consecuencia, el cargo no prospera y la corporación dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

Sin lugar a más consideraciones la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 15 de febrero del año en curso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil dentro de este proceso.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEMANDA DE CASACION.— REQUISITOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre doce de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el doctor Ramón Lozano Garcés, en su carácter de defensor del procesado Roberto Antonio Arriaga García, contra la sentencia de trece de marzo del año en curso, proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, por los delitos de peculado y detención arbitraria.

Hechos y actuación procesal

El tres de febrero del año próximo pasado, el Juzgado Penal del Circuito de Quibdó inició investigación penal contra Roberto Antonio Arriaga García, por el delito de peculado, con base en la denuncia formulada por Maximino Rosero Hurtado, Jefe de Visitadores de la Contraloría del departamento del Chocó, quien al practicar visita fiscal a la Tesorería Municipal de Lloró, cargo de Arriaga García, encontró un faltante de $ 38.166.07 en los fondos del erario público.

El juzgado competente dictó auto de detención el veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y tres. Impugnada la providencia, fue ratificada por el Tribunal de Quibdó (veinte de marzo del mismo año).

El 13 de junio de 1973 se cerró la investigación y en providencia de cuatro de julio inmediatamente siguiente se le llamó a juicio por peculado.

Por otra parte, el 13 de noviembre de 1972, Carlos Lloreda había formulado denuncia contra Roberto Antonio Arriaga García, Alcalde Municipal de Lloró, por los delitos de detención arbitraria y abuso de autoridad. Esta investigación se inició y adelantó por el Juzgado Promiscuo Municipal de Lloró y el veintiséis de julio de mil novecientos setenta y tres, el Juzgado Penal del Circuito de la misma localidad abrió causa criminal contra Arriaga García por detención arbitraria.

Acumulados los procesos, se rituó la causa en forma legal y el veintitrés de enero del año en curso, el Juzgado Penal del Circuito de Lloró dictó sentencia de primer grado, imponiendo al acusado la pena principal de cinco (5) años de presidio, por peculado y detención arbitraria.

Al desatar la apelación, el Tribunal confirmó la sentencia impugnada, pero la modificó en el sentido de rebajar la pena a cuatro años y seis meses de presidio.

En providencia de ocho de mayo de este año se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado y el veintidós de julio siguiente fue aceptada la demanda por reunir los requisitos formales.

La demanda de casación

El doctor Ramón Lozano Garcés impugna el fallo del Tribunal de Quibdó con apoyo en la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación de los siguientes preceptos del estatuto procesal, a los cuales denomina sustanciales: artículos 215, 216, 261, 488, 489 y 491, y el artículo 24 del Decreto-ley 2733 de 1959. Igualmente estima violados los artículos 150, 152 y 295 del Código Penal, como consecuencia de errores de hecho del Tribunal y del juez a quo al apreciar equivocadamente las pruebas documentales aportadas al proceso.

Dice el censor que a algunos elementos de juicio tales como fenecimientos, finiquitos, actas de visita fiscal, inspección judicial y resoluciones de la Contraloría del Chocó se les dio el valor de plena prueba y a otros se les negó esa estimación.

Respecto del proceso por detención arbitraria, afirma el demandante que el Tribunal incurrió en error de hecho al dar por establecido que Carlos Lloreda había sufrido detención de manera arbitraria, pues el acusado Roberto Arriaga García, en su carácter de Alcalde de Lloró, recibió información policiva y dictó resolución de arresto con sujeción al Código de Policía.

Finalmente, el recurrente expresa su criterio personal respecto de la estimación de los medios de prueba allegados al proceso, oponiéndolos, lógicamente, al del Tribunal sentenciador.

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, responde así a los cargos formulados a la sentencia recurrida:

"En opinión de esta Procuraduría Delegada el libelo de casación presentado a nombre del condenado Arriaga García se aparta de los requisitos señalados en los artículos 576 del Código de Procedimiento Penal y 374 del Código de Procedimiento Civil. En efecto:

"Estas dos disposiciones imponen como obligación ineludible someter la demanda de casación a estas exigencias: un resumen de los hechos debatidos en el juicio; formular por separado los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alega, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas sustantivas que se estiman violadas y el concepto de la violación; y, cuando se alega la violación indirecta, por error de derecho o error de hecho manifiesto en los autos, deberá determinarse en concreto cuáles son estas pruebas, la clase de error que se hubiere cometido y su influencia en la violación de la norma sustancial.

"En el presente caso el demandante incurre en las siguientes fallas:

"No separa los cargos en capítulos siendo necesaria esta distinción porque como hubo acumulación de procesos, son diferentes los motivos de impugnación para un delito que para el otro.

"Si bien se expresa la causal en que se apoya la acusación, la primera, el actor no precisa con toda claridad si se trata de violación directa o indirecta de la ley sustancial, ya que las confunde.

"Se echa de menos el concepto de la violación porque el demandante no se ocupa de los elementos de convicción en que se basó el fallo condenatorio del Tribunal de Quibdó para criticarlos, sino que expone su concepto personal acerca del valor probatorio de todos los que se allegaron al informativo.

"Refiriéndose a la violación indirecta, como es bien sabido, el demandante en casación ha debido con toda claridad y exactitud demostrar la infracción de la norma medio sea por error de derecho o sea por error de hecho manifiesto en los autos cuya naturaleza jurídica es bien distinta.

"Y, por último, el recurrente en casación no demuestra la infracción de las normas sustantivas, es decir, si ésta ocurrió por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea. A este fin el demandante cita disposiciones de carácter adjetivo como son los artículos 261, 488, 489 y 491 del Código de Procedimiento Penal, otras, a juicio de este despacho, son impertinentes porque se refieren al derecho de petición (Decreto 2733 de 1959) y al procedimiento administrativo (artículos 1º, 14 y 54 del Código de la materia), y las demás están derogadas por el Decreto 1858 de 1951, como es el caso del artículo 151 del Código Penal.

"En definitiva, por incumplimiento flagrante de las normas legales que reglamentan la demanda de casación, el libelo en estudio debe desecharse".

La Corte considera

Los comentarios del Procurador Segundo Delegado en lo Penal son, en concepto de la Sala, raciocinio suficiente para fundamentar su petición de que se deseche el

recurso que se examina, ya que, evidentemente, la demanda que le sirve de sustento y que se declaró ajustada, por su aspecto formal, a los requisitos de ley, adolece sustancialmente de los defectos anotados por el Ministerio Público, lo que finalmente hace inocuo su estudio en el fondo, por lo cual y en vista de las razones expuestas por el colaborador Fiscal, en pleno acuerdo con él.

La Corte Suprema, 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.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES.— SUS EFECTOS

Invalidada en las instancias una determinada actuación procesal, por resolución judicial ejecutoriada, quedan obviamente sin ningún valor los autos anulados, y el procedimiento a seguir no puede ser otro, aunque la providencia no haya sido conforme con los hechos o con el derecho, que el de reponer el proceso, para que se subsane el efecto anotado, como lo prescribe el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que con observancia de la nueva actuación se decida el asunto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos

Agotada la tramitación legal correspondiente, procede esta Sala de la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga contra la sentencia de segunda instancia proferida por esa corporación el 27 de noviembre del año próximo pasado, por medio de la cual confirmó la absolutoria del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tuluá, de fecha 4 de los mismos mes y año, dictada en favor del agente de la Policía Nacional Albeiro Garzón Rendón, sindicado del delito de violencia carnal.

Hechos y actuación procesal

La menor Melba Silva Díaz, por el año de 1971, venía sosteniendo relaciones amorosas con el agente de la Policía Nacional Albeiro Garzón, en la ciudad de Tuluá. Como su padre, Darío Silva Lugo, se enterara de que entre los enamorados se había consumado el acto carnal, el 1º de febrero del año siguiente formuló la correspondiente denuncia penal.

El Juzgado 3º Penal Municipal de la ciudad últimamente indicada abrió la investigación (fl. 2), la cual fue continuada por la justicia ordinaria. El 17 de marzo se dictó contra el sindicado auto de detención (fl. 16 ss.). Una vez cerrada la investigación por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Tuluá al cual correspondió en reparto su conocimiento (fl. 49 vto.), por auto de 4 de julio del año antes dicho el agente sindicado, Albeiro Garzón, fue llamado a responder en juicio por el delito de violencia carnal en la prenombrada Melba Silva (fl. 54 ss.). En la etapa respectiva del juicio, se decretaron y practicaron algunas pruebas (fl. 64 ss.). La audiencia pública se celebró en el día y hora señalados (fls. 71 y 74 ss.). El juzgado del conocimiento, por sentencia de 4 de noviembre de 1972, absolvió al procesado del cargo que le fue formulado (fl. 77 ss.). Por vía de consulta subieron las diligencias al Tribunal respectivo el cual, por auto de 27 de marzo de 1973, considerando que era la justicia militar la competente para conocer de estas diligencias, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto de 26 de mayo de 1972, inclusive, por medio del cual se declaró cerrada la investigación y dispuso también devolver el expediente "al juzgado de origen para que lo remita a la autoridad competente" (fl. 89 ss.). Este despacho lo en-

vió a la Tercera Brigada con sede en Cali (fl. 95 vto. ss.), y, el Comando del Departamento de Policía Valle, actuando como juez de primera instancia, mediante auto de 24 de septiembre de 1973, declaró "que la competencia para conocer y decidir sobre las presentes diligencias..., radica en la justicia ordinaria". Dispuso enviar las diligencias al juzgado del conocimiento y desde ese momento manifestó que si sus razones no eran aceptadas, provocaba la colisión negativa de competencias (fl. 98 ss.).

El Juzgado 2º Penal del Circuito de Tuluá las envió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y esta corporación, aceptó la competencia y sin hacer referencia ninguna a la nulidad que anteriormente había decretado, por medio de sentencia de segunda instancia contra la cual se interpuso el recurso de casación de que ahora se viene conociendo, confirmó la absolutoria del juez a quo (fl. 104 ss.).

La demanda

El impugnante, con invocación de la causal cuarta de casación: haberse proferido la sentencia en un proceso viciado de nulidad constitucional, formula un solo cargo el cual sustenta así:

Con posterioridad a la sentencia de primera instancia y cuando ésta subió en consulta al Tribunal, la entidad decretó una nulidad que cobijaba todo lo actuado, a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive, por considerar que la competencia para conocer de las diligencias correspondía a la justicia militar, en atención a la calidad del sujeto activo de la infracción. Dispuso que el proceso fuera a la autoridad competente. La justicia militar no aceptó la competencia y dispuso devolverlo a la ordinaria. Llegado de nuevo al Tribunal, éste, sin tener en cuenta la nulidad que había decretado anteriormente y que conservaba plena vigencia, pasó a dictar sentencia de segunda instancia. En consecuencia, lo hizo dentro de un asunto en que no mediaba auto de cierre de investigación, ni de proceder, ni sentencia de primera instancia, puesto que todo ello había perdido su validez en atención a la nulidad decretada. De donde concluye que se incurrió en nulidad de orden constitucional, por violación del artículo 26 de la suprema carta, que exige en los juzgamientos, entre otros requisitos, el de la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

El Ministerio Público, en esta ocasión, manifestó que no hace uso de la facultad que le concede el artículo 571 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte

Los hechos escuetos sobre los cuales se plantea la nulidad alegada en la demanda, son los siguientes:

El sindicado en 1971, durante el cual ocurrieron los hechos denunciados como constitutivos de delito de violencia carnal, era agente de la Policía Nacional. Además, durante esa misma época, se encontraba turbado el orden público y en estado de sitio todo el país.

Por auto de 26 de mayo de 1972, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Tuluá declaró cerrada la investigación (fl. 49 v.), la cual fue calificada con providencia de llamamiento a juicio, por el despacho, el 24 de julio del mismo año (fls. 54 ss.).

El 4 de noviembre siguiente se dictó sentencia de primera instancia por medio de la cual el procesado fue absuelto de los cargos que se le formularon y se ordenó su consulta (fls. 77 ss.). El Tribunal por auto de 27 de marzo y considerando que el conocimiento de estas diligencias, en atención a que el sindicado era agente de la Policía y a que el país, para la época en que se consumaron los hechos se encontraba en estado de sitio, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de investigación, inclusive y, ordenó devolver "el expediente al juzgado de origen para que lo remita a la autoridad competente" (fls. 89 ss.). Llegado al Comando del Departamento de Policía "Valle", éste, en su carácter de juez de primera instancia, declaró que la competencia para conocer de estas diligencias radica en la justicia ordinaria, a la cual dispuso fueran remitidos y, además, manifestó que en caso de no ser aceptadas sus argumentaciones, proponía colisión negativa de competencias (fls. 98 ss.). Llegado de nuevo el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, la entidad, por sen-

tencia de 27 de noviembre del mismo año, aceptó la competencia y, sin hacer la menor referencia al auto por medio del cual había decretado la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación, confirmó la absolutoria que le había sido consultada (fls. 104 ss.).

No puede remitirse a dudas el que la competencia para conocer de este proceso se encuentra radicada en la justicia ordinaria. Sobre el particular la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en auto de 11 de julio de 1971, dijo: "No es inoportuno recordar que el numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar no es aplicable a las Fuerzas de Policía. Por ello la Corte ha dicho reiteradas veces al dirimir colisiones de competencia respecto de procesos adelantados contra los miembros de esa entidad que en tales casos no caben sino los términos de esta disyuntiva: "El delito se cometió con ocasión al servicio o por causa del mismo servicio o de funciones inherentes al cargo, y entonces debe ser juzgado por la justicia penal militar, independientemente de que exista o no turbación del orden público; o se cometió fuera de esas circunstancias y entonces su juzgamiento corresponde en cualquier tiempo a la justicia ordinaria".

Aclarado lo anterior, conviene recordar, con el demandante en casación, el criterio de esta Sala respecto a los efectos de las nulidades que se hayan declarado dentro de un proceso penal en casos como el presente. Ha dicho: "Decretada ésta (se aclara: la nulidad) aun en forma equivocada, ha de reponerse para subsanar los defectos que dieron base a la invalidación. Invalidada en las instancias una determinada actuación procesal, por resolución judicial ejecutoriada, como ocurrió en el presente juicio, quedan obviamente sin ningún valor los actos anulados y el procedimiento a seguir no puede ser otro, aunque la providencia no haya sido conforme con los hechos o con el derecho, que el de reponer el proceso para que se subsane el defecto anotado, como lo prescribe el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que con observancia de la nueva actuación se decida el asunto" (casación penal de Manuel Urrego Rozo. Homicidio, noviembre 21/69. Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez)".

Ante lo anterior debe concluirse: La sentencia impugnada fue dictada en un juicio viciado de nulidad constitucional porque ella vino a proferirse dentro de un negocio penal en el cual, en mérito de la nulidad decretada por el Tribunal, que hace que los actos posteriores a ella se consideren inexistentes, debido a sus causas y motivación, no se había cerrado la investigación, ni se había proferido auto de proceder, ni abierto el juicio a pruebas, ni realizada diligencia de audiencia, ni dictada sentencia de primera instancia.

Según el artículo 26 de la Carta "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". Y como, según lo demostrado, dentro de estas diligencias no se observa la plenitud de las formas propias del juicio correspondiente, síguese que la sentencia impugnada se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad constitucional.

En consecuencia, prospera el cargo aducido. Y, en cumplimiento a lo dispuesto en el número 3 del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, la Corte casará la sentencia y declarará que el proceso queda afectado de nulidad a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación, inclusive, para que por la autoridad competente se prosiga la tramitación con acuerdo a la ley.

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:

Primero. Casar la sentencia proferida dentro de estas diligencias el 27 de noviembre de 1973 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Segundo. Decretar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de fecha 26 de mayo de 1972, inclusive, por medio del cual se declaró cerrada la inves-

tigación y ordenar que vuelva el expediente al Tribunal de origen para que por la autoridad competente y con sujeción a la ley se prosiga la actuación correspondiente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase. Publíquese.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA.— ELEMENTOS

Para la demostración plena del delito, además de la prueba del elemento o aspecto material, se requiere la del aspecto subjetivo, que en el caso en estudio no puede ser otro que el dolo, dado que la figura culposa no está prevista como infracción en la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., trece de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos

Por auto de 25 de septiembre del presente año, del cual conoce la Corte en grado de consulta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal Tercero de la corporación, sobresevó definitivamente en favor del doctor Hernando Salazar Patiño Juez Primero Municipal de Santa Rosa de Cabal, respecto del cargo de detención arbitraria, por considerar que la conducta del juez se ajustaba a derecho.

El Procurador Segundo Delegado Penal conceptúa que debe confirmarse la providencia, conclusión que respalda con el análisis de las pruebas aportadas al informativo.

Síntesis del proceso

El proceso se inició por denuncia que presentara el señor Germán Botero Osorio el 23 de julio del año de 1973, en memorial dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y recibido en el Juzgado 1º Penal Municipal de Villavicencio, escrito en el cual sindica al doctor Salazar Patiño de ser autor del delito de "detención arbitraria" y "abuso de autoridad", que el denunciante hace consistir en los siguientes hechos:

Que, por desavenencias conyugales con su esposa legítima Lorenza Cardona de Botero, ésta abandonó el hogar y se fue con su hija menor de nombre Liliana, a radicarse a Santa Rosa de Cabal. Que, el denunciante, en ejercicio del legítimo derecho que le daba su condición de padre, viajó a la ciudad donde se hallaba su esposa y su hija, y trajo a esta última a su hogar, en Villavicencio. Estando el denunciante en dicha ciudad, fue capturado el día 20 de junio, en cumplimiento de una orden dictada por el funcionario acusado, y que en tal condición, de capturado, fue llevado hasta Pereira conjuntamente con su hija, el 21 del mismo mes y año habiendo permanecido en estado de captura hasta el día siguiente, junio 22, cuando fue puesto en libertad por orden del juez Salazar Patiño.

Abierta la investigación se practicaron varias pruebas que acreditan:

a) Que la esposa del denunciante, formuló denuncia penal contra éste el 18 de junio de 1973 ante el Juez 2º Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, pieza en la que consignó, entre otras, las siguientes afirmaciones: que es esposa legítima de Germán Botero Osorio con quien vivía en la ciudad de Villavicencio; que por cuanto su legítimo esposo es dado a consumir bebidas embriagantes, vicio del que le manifestó que no pensaba corregirse, y dados los malos tratos que recibía cuando ingería licor, resolvió viajar a Santa Rosa de Cabal, además, por encontrarse en estado de em-

barazo, en compañía de su pequeña hija de dos años y medio. El marido, ante su ausencia, vino a buscarla y a intentar una reconciliación la cual, al final, no se logró, pero sí consiguió que la pequeña se fuera con el padre, hecho que la madre califica como ilícito, atendiendo el temor por la suerte de su pequeña, dados los antecedentes de su marido (fl. 15);

b) El señor Juez Primero Municipal impartió, con fecha junio 19 de 1973 orden de "captura y remisión a este juzgado con las seguridades del caso a Germán Botero Osorio, sindicado de infracción penal" (fl. 16);

c) A través de la diligencia de inspección judicial (fl. 19) practicada sobre "las diligencias sumarias que se adelantan contra el señor Germán Botero Osorio, en virtud de los hechos denunciados por la señora Lorenza Cardona de Botero", se comprobó, que la orden de captura impartida por el juez Salazar Patiño el 19 de junio, se cumplió por las autoridades de Policía el 20 del mismo mes, en junio 22 se puso a disposición del juzgado el capturado, y ese mismo día, se resolvió su situación jurídica mediante un auto por el cual el funcionario puso en libertad al señor Botero, sin someterlo a indagatoria por no encontrar mérito para esta diligencia, y con fundamento en la comprobación de que la menor a que se refirió la denunciante, era hija legítima del presunto sindicado;

d) Se estableció, igualmente, que la Defensora de Menores de Pereira solicitó al Juez 1º Penal Municipal pusiera a disposición de su despacho la menor Liliana Botero Cardona petición que fue atendida, en forma inmediata por el juzgado;

e) En la indagatoria rendida por el funcionario acusado (fl. 34) explicó su actuación en cuanto a la orden de captura para que fuera puesto bajo sus órdenes el señor Botero, diciendo que tal determinación fue tomada, entre otras razones, "porque tal como fueron descritas las cosas en ese momento, el señor Botero estaba en una situación de cuasiflagrancia de una posible ilicitud. Las circunstancias, eran especiales, en cuanto a que una vez recibí el negocio, apareció la ofendida esposa del denunciado en estado de embarazo casi a punto de desmayo, implorando que no dejara escapar a su esposo hacia Villavicencio llevándosele su hija de dos años y medio. Dicha señora me manifestaba verbalmente, que su esposo no gozaba de lucidez mental, que le daban ciertas enajenaciones transitorias en las cuales había atentado contra la vida de ella y de su hija... por medio de engaños su esposo se la arrebató (la hija)... y hasta ese momento no se sabía con qué proditorias intenciones. En esas circunstancias se firmó la orden de captura pensando inclusive y sobre todo en la niña". Y agrega, que la otra razón fundamental para haber ordenado capturar al padre de la menor era "el ver hasta ese momento en la denuncia la posibilidad de un ilícito porque, de lo que se trataba era de averiguar qué intenciones tenía o guardaba el esposo de la denunciante, al sustraérseles contra su voluntad la hija de su matrimonio";

f) En la diligencia de ampliación de indagatoria (fl. 38) el funcionario acusado manifestó, al explicar los términos del auto inhibitorio dictado para dejar en libertad al señor Botero, que hasta ese momento, él ignoraba la relación de consanguinidad legítima que existía entre la menor y el ciudadano capturado, por cuanto un empleado del juzgado le había hecho confidencias sobre las relaciones extramatrimoniales de los protagonistas del caso. Acompañó, documentos con los cuales demostró que sus temores tuvieron originalmente asidero en la realidad.

El señor Fiscal Tercero del Tribunal solicitó se abriera causa criminal contra el funcionario por encontrarlo penalmente responsable, como autor "de un delito contra la libertad individual".

Por su parte el Tribunal consideró que no se estructuraba el delito contra la libertad individual, fundamentalmente por ausencia del elemento psicológico propio de la infracción, ya que en el proceso "existen circunstancias específicamente determinadas para deducir que el juez procedió de buena fe, en consideración a los términos concebidos en la denuncia que inducían a inferir el posible peligro de la menor". El Procurador Segundo Delegado Penal, fundamenta su concepto de confirmación del

auto, también sobre la base fundamental de la ausencia de culpabilidad en la conducta del acusado.

Se considera

Es incuestionable, que en el caso que se examina, se está en presencia de la supuesta comisión de un delito contra la libertad individual, y más concretamente, de detención arbitraria que describe y sanciona el artículo 295 del Código Penal.

La materialidad del hecho imputado al juez de Santa Rosa de Cabal está plenamente establecida en el proceso con las pruebas a que se hizo referencia, al igual que las calidades que exige la norma para el sujeto activo del delito. Ninguna significación puede tener para la estructuración del mismo, el hecho de que el señor Botero, hubiera permanecido privado de su libertad, y lo estuvo mientras permaneció en estado de capturado, solamente durante un breve lapso.

La ley en la descripción del ilícito que se trata, exige que la conducta se realice con abuso de las funciones que la ley ha puesto como medio para que el funcionario pueda ejercer su ministerio. El abuso de las funciones, dicen los autores, se traduce en un exceso del poder conferido al funcionario público, sea que se lo considere en sí mismo, o ya en cuanto a sus límites. Es decir, que existirá el abuso de la función todas las veces que el funcionario se sirve de las que por ley tiene, para fines que la misma no consiente, de tal suerte que el poder otorgado por el Estado al funcionario público, para la actuación del derecho, viene a convertirse en un medio de violación del derecho de otro, por cuanto la autoridad del funcionario sustituye a la autoridad de la ley.

Es evidente que, en cuanto a la privación de la libertad, y para que se cumplan los fines supremos de la justicia, la ley faculta a los funcionarios, para que, previo el cumplimiento de determinadas condiciones, puedan decretar la privación de la libertad de las personas, debiendo, sin embargo, ajustarse a los términos y a los límites impuestos por esas mismas normas.

La ley es muy celosa en tratándose de medidas cautelares en el proceso penal que comprometan la libertad de los ciudadanos, y aun cuando la determinación para la captura del sindicado, es, en cierta forma, discrecional del funcionario, sin embargo, su emisión está sometida a precisos presupuestos que garantizan los intereses en juego.

El artículo 426 del Código de Procedimiento Penal exige, en primer término, que la orden de captura deberá producirse siempre por escrito, salvo para los casos de aprehensión en los estados de flagrancia y cuasiflagrancia o de la captura públicamente requerida. La misma disposición, y concretamente para el caso de captura para la indagatoria, ordena que el funcionario realice una valoración relativa a la naturaleza jurídica de la infracción en relación con la cual va emitir la orden de captura, y de acuerdo con esta valoración, podrá prescindir de la medida restrictiva de la libertad limitándola a una simple citación del sindicado: y sólo cuando éste desobedezca la orden de citación, podrá disponer su captura.

Pero, además de esa valoración concerniente al tema de derecho el funcionario deberá todavía realizar otra indagación sobre el hecho y su prueba. Según lo dispone el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal. Todo esto, como es obvio, no es más que el desarrollo legal del ordenamiento constitucional contenido en el artículo 23 de la Carta fundamental.

Entonces, se tiene, que si bien la orden de captura no debe ser necesariamente motivada, ya que si se exigiera la motivación podría comprometerse el éxito de la investigación, debe de todos modos, contener un examen de hecho y uno concerniente al derecho que garantice los derechos de quienes pueden ser eventualmente sujetos pasivos de la determinación.

La misma ley ha previsto, para los casos en que se haya producido la captura de un ciudadano sin el lleno de los requisitos legales, el remedio de su inmediata libertad, so pena de incurrir el funcionario en detención arbitraria y pérdida del empleo tal como lo dispone el artículo 429 del Código procesal penal.

En el caso de autos, no queda duda de que en cuanto hace al aspecto material de la infracción imputada al juez NN, ella emerge de las pruebas recogidas en el pro-

ceso. Irremediablemente, el funcionario obró con exceso al ordenar la captura de XX puesto que su conducta, como juez, no se ajustó a los presupuestos mínimos que exige la ley en estos casos y a los cuales se hizo referencia.

Pero, como para la estructuración plena del delito, además de la prueba del elemento o aspecto material, se requiere la del aspecto subjetivo, que en el caso en estudio no puede ser otro que el dolo, dado que la figura culposa no está prevista como infracción en la ley, habrá que examinar igualmente, este elemento para establecer la existencia o inexistencia de la responsabilidad penal.

El dolo que debe irrigar toda la conducta en el delito de detención arbitraria, está constituido principalmente por la conciencia del abuso de las funciones, al hacer cosas, o realizar actos, contrarios a la ley. Por manera que, esa conciencia del actuar con abuso, vendrá a menos, todas las veces que circunstancias de hecho, determinen una conducta que engendre la creencia de que se está actuando justa y legítimamente, es decir, de buena fe. Si el delito debe ser querido por el agente en todos los elementos que lo componen, síguese, que también el requisito esencial consistente en la injusticia del acto debe estar comprendido en la representación subjetiva del delito mismo. Esto no se presenta cuando el agente, sobre el fundamento de serias circunstancias de hecho, cree obrar justa y legítimamente. Aquí también, con el criterio del Código, la razonable creencia en la justicia y la licitud del motivo, depura la voluntad del agente de cualquiera actitud íntimamente hostil a la libertad ajena, y con ello viene a menos el título de la incriminación.

Para el caso sometido a la decisión de la Corte, las pruebas recogidas en el proceso están indicando que la conducta del juez Salazar Patiño al ordenar la captura de Germán Botero, no se inspiró en esa conciencia del actuar abusivo, sino que por el contrario, y tal como lo afirma el Tribunal en la providencia consultada, frente a las circunstancias de hecho que se desprenden no sólo de los términos contenidos en la pieza de denuncia, sino del diálogo, que según afirma el funcionario, sostuvo con la angustiada madre quien le planteó sus temores, muy serios ellos, sobre la base del conocimiento que tenía, y debía tener, relativo al comportamiento de su marido donde la madre deducía el serio peligro para su pequeña hija.

No queda duda entonces, de que la consideración de todos estos factores externos, perceptibles y sensibles, pesaron sobre el ánimo del juez, al fin hombre, para tomar, sin duda con ligereza explicable, la determinación de ordenar la captura de Botero. Pero esa incidencia subjetiva y determinante de los factores descritos, eliminan el dolo en la actuación del funcionario. Esta consideración se hizo más evidente, ya que tan pronto como advirtió su ligereza, ordenó la inmediata libertad del capturado obedeciendo el mandato legal contenido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

En armonía con lo dicho, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el colaborador Fiscal, confirma el auto de sobreseimiento definitivo consultado, de fecha y origen indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DILIGENCIAS DE INDAGACION PRELIMINAR AL AUTO QUE ORDENA ABRIR INVESTIGACION

El artículo 320 del Código de Procedimiento Penal consagra una inequívoca facultad para que el funcionario investigador realice la investigación preliminar, cuando la notitia criminis que ha llegado a su conocimiento ofrece serias dudas en cuanto a la existencia del hecho, o en cuanto a su previsión legislativa o a la existencia de algún obstáculo procesal para que la acción penal pueda iniciarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., diciembre trece de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos

Procede la Corte a revisar por vía de consulta, la providencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el diez y seis de septiembre último, por medio de la cual ordenó cesar todo procedimiento (Art. 163 del C. de P. P.) en el sumario que por el delito de abuso de autoridad se viene adelantando contra el doctor Pedro Kronfly Kronfly.

En el Juzgado Diez y Nueve Civil Municipal de Bogotá, despacho a cargo del doctor Kronfly Kronfly, cursó un proceso de lanzamiento contra Alfonso Bolaños Bonilla, instaurado por Blanca Ossa viuda de Isaza. Tramitado regularmente el asunto, el juzgado dictó sentencia de lanzamiento el ocho de junio de 1972, la que, al ser impugnada, fue aprobada en todas sus partes por el Juzgado 16 del Circuito Civil, en providencia de diez y seis de diciembre del mismo año. Posteriormente, el 22 de mayo de 1973, en confuso y vago escrito, el demandado vencido en la litis, formuló denuncia criminal contra el Juez Diez y Nueve Civil Municipal y sus empleados, porque, según él, tales funcionarios obraron "con la mayor y más descarada parcialidad, dolo y mala fe en mi contra hasta el punto de llegarse a librar despacho para que se lleve a cabo la diligencia de lanzamiento y aunque soy el demandado no se me ha permitido ver la copia de dicho despacho, alegándoseme como razón que el juicio está al despacho".

El Tribunal (fl. 23) dispuso el tres de julio del pasado año la práctica de algunas diligencias, "antes de decidir si es el caso o no de abrir la correspondiente investigación penal", pero sin que la situación procesal hubiera variado, ordenó abrir la investigación por auto de agosto veintisiete de 1973. Practicadas algunas diligencias, se llegó a la conclusión de que el delito denunciado nunca tuvo existencia, por lo que el Tribunal, como se dijo, dió aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con el Fiscal de la corporación, providencia cuya confirmación solicita el Procurador Primero Delegado, por hallarse ajustada a la ley.

Considera la Sala que la oportunidad misma de la denuncia —formulada varios meses después de que el denunciante había sido vencido en el proceso de lanzamiento—, y su redacción imprecisa e inaprehensible, hacían ver desde ese momento la inexistencia de infracción alguna a la ley penal. En esas condiciones, para conciliar el deber de investigar los hechos aparentemente delictuosos con el derecho que tienen las

personas a que no se vulnere injustamente su patrimonio moral, con graves implicaciones legales, habría sido prudente que el Tribunal hubiera practicado las diligencias de indagación preliminar hasta que los elementos de convicción aducidos le hubieran permitido dictar el auto inhibitorio o abrir la investigación con bases razonables.

El artículo 320 del Código de Procedimiento Penal consagra una inequívoca facultad para que el funcionario investigador realice la indagación preliminar cuando la notitia criminis que ha llegado a su conocimiento ofrece serias dudas en cuanto a la existencia del hecho, o en cuanto a su previsión legislativa o a la existencia de algún obstáculo procesal para que la acción penal pueda iniciarse. Es esa la razón de la norma citada, que racionalmente aplicada, a la vez que impide la innecesaria congestión de los despachos judiciales, evita que se cometan graves injusticias contra las personas. Si se hubiera procedido en la forma prescrita por el artículo 320, el Tribunal habría tenido que abstenerse de abrir investigación, con las ostensibles ventajas para la recta y pronta administración de justicia, y para el necesario respeto de los derechos ajenos.

Por otra parte, estima la Corte que la nociva costumbre, que se extiende cada vez más en nuestro medio, de formular denuncia contra los jueces siempre que las pretensiones de demandantes o demandados resultan fallidas en la relación procesal, es altamente reprochable y exige remedios adecuados para su eliminación. Las resoluciones judiciales gozan de una presunción de buena fe mientras no se demuestre plenamente lo contrario. La honestidad, el decoro y la dignidad de los administradores de justicia, elementos sustanciales del orden jurídico y de la fe que las decisiones de los jueces deben producir en la sociedad, no pueden quebrantarse irreflexivamente, bajo el impacto de estímulos emocionales o pasionales, sin base alguna en la realidad de los hechos.

Está, pues, plenamente demostrada la inexistencia de la infracción imputada al doctor Kronfly Kronfly, por lo que habrá de confirmarse la resolución consultada, pero con la adición de que debe investigarse el posible delito de falsas imputaciones en que haya podido incurrir el autor de la acusación.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la providencia consultada, de fecha y origen anotados, y ordena la expedición de copias de lo pertinente para que se investigue el posible delito de falsas imputaciones, según lo explicado en la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO

Cierto es que no teniendo el Personero Municipal la facultad de administrar los bienes del municipio, no puede ser, en casos como el sub judice autor del delito de peculado, porque es indubitable que el Código Penal considera como tal al sujeto que ha realizado la conducta descrita en el modelo legal (Art. 150), esto es, a aquel que ha tenido una conducta típica, concretamente hic et nunc al funcionario público que ha dado a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquellas a que están destinados. Mas puede darse el concurso de personas en un delito propio o especial como el peculado, siendo para ello esencial que el autor o autores sean sujetos calificados, pues que, según se ha dicho, son los únicos capaces de realizar una conducta típica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E. diciembre catorce de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a revisar, por vía de apelación, el auto de veintiuno de agosto último dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el proceso seguido contra Marco Antonio Borrero Pacheco, en su condición de Personero del municipio de Lérida, por el delito de peculado. Según la parte resolutiva del proveído apelado, se llama a juicio al sindicado por la mencionada infracción.

Los hechos

Los reseña el Fiscal Quinto del Tribunal de Ibagué ciñéndose a la realidad procesal, así:

"A) Dio origen a la presente investigación la autorización dada por el señor Marco Antonio Borrero en una cuenta de cobro a favor del señor Rafael Cardona Cardona, por valor de $ 620.00 M/cte., la cual fue pagada por la Tesorería Municipal de Lérida, y en la que se lee que la suma referida era por concepto de arreglos locativos a una 'aula escolar' que funcionó en la vereda 'Altamira', jurisdicción del municipio de la citada población.

"Se llamó a declarar a la señora profesora de la escuela Leonor Gutiérrez de Rodríguez, con el fin de que expresara bajo juramento si en la citada escuela se habían ejecutado trabajos de cualquier orden en favor de la misma, y por ende, dichos trabajos habían sido pagados con plata del municipio y quién los había realizado. A estas preguntas respondió: que en realidad allí se habían efectuado varios arreglos al claustro, pero que éstos habían sido pagados por la Junta de Acción Comunal de esa Vereda, con los fondos recolectados a raíz de un festival que realizaron. Que por lo tanto el municipio no había aportado dinero alguno al respecto. De otra parte manifiesta que no llegó a conocer al tal señor Rafael Cardona Cardona, y que quien llevó a cabo los trabajos fue un señor José N. que actualmente es 'agregado' de una fin-

ca de propiedad de su papá. Que inclusive le dieron más de $ 1.000.00 por los arreglos ejecutados en la mencionada aula escolar;

"B) Oído en indagatoria Marco Antonio Borrero manifiesta: que sí fue cierto que él firmó esa cuenta de cobro por el valor que aparece en la misma y a favor de Rafael Cardona Cardona, en vista de que estaban sobre el tiempo para elaborar los acuerdos de presupuesto para presentarlos al Concejo, y no habiendo persona capacitada dentro de los mismos empleados para la elaboración de éstos, contrataron al señor Rafael Cardona Cardona, para que éste fuera el encargado de elaborarlos. Agrega que él no conocía a Cardona, y que quien lo contrató fue el señor Alcalde, funcionario éste que le sugirió la forma de cómo se debía pagar esa cuenta por otro fondo, ya que para estos gastos estaba agotada la partida. Insinuación que aceptó, y fue así como el señor Alcalde le ordenó al oficial mayor de ese despacho elaborar la cuenta para pagarle a Rafael Cardona Cardona con cargo a 'instrucción de educación', motivo por el cual se relacionó en la cuenta gastos de carácter locativo a 'aulas escolares', porque era la única forma de justificar el pago hecho a Rafael Cardona por su servicio prestado oportunamente en la elaboración de los precitados acuerdos presupuestales de ese municipio. Dice tener tercer año de primaria y ser primera vez que ocupa puestos oficiales... pues antes era comerciante;

"C) el señor Alcalde en su declaración no contradice en ningún momento lo manifestado por el procesado en todas sus partes, arguyendo que esta clase de juegos presupuestales se hacen con demasiada frecuencia en muchas alcaldías, máxime cuando lo que se ha buscado ha sido en pro de la buena marcha de la administración y no en provecho personal.

"La señorita Tesorera en su testimonio refiere que ella expidió el cheque a favor del señor Rafael Cardona por la suma ya estipulada, porque el señor Alcalde había visitado su despacho en compañía del señor Personero y el beneficiario de la cuenta. Que el primero de los nombrados le había sugerido pagar esa cuenta cuanto antes. Que el señor Alcalde y el señor Personero habían salido inmediatamente y ella quedó haciendo el cheque, el cual le entregó minutos después a Rafael Cardona Cardona.

"Rafael Cardona Cardona afirma haber elaborado los acuerdos reseñados, lo cual está corroborado por la mayor parte de los empleados que en esa Alcaldía laboran...."

Se considera

El Procurador Segundo Delegado Penal expone así:

"1º No está demostrado que el sindicado tuviera la condición de administrador de los bienes municipales, es decir, que pudiera disponer de ellos. Esa calidad la tienen el Alcalde como ordenador de gastos y el Tesorero como Pagador.

"2º El Alcalde afirmó haber celebrado contrato 'verbal' con Rafael Cardona para realizar reparación a la escuela de la vereda 'Altamira', prueba evidente de que es él quien representa al municipio y no el personero.

"3º Según el texto del artículo 150 del Código Penal, no es suficiente la calidad de empleado público en el sujeto activo; es necesario que tenga la administración de los bienes cuya destinación —a fines diferentes a los previstos— configura el ilícito.

"4º De la obligación impuesta por la ley al Personero Municipal de velar por la conservación, recaudación e inversión de las rentas municipales, no puede deducirse que tiene facultad de administrar, la cual específicamente otorgó a otros funcionarios municipales, como ya se dijo...

"5º Como el funcionario acusado no ordenó el pago de la cuenta del señor Cardona ni le giró el cheque correspondiente, su intervención en este asunto —consignar un visto bueno— carece de relevancia jurídico-penal y desvirtúa el delito que se le imputa...".

Cierto es que, no teniendo el Personero Municipal la facultad de administrar los bienes del municipio, no puede ser en casos como el sub judice autor del delito de peculado, porque es indubitable que el Código Penal considera como tal al sujeto que ha realizado la conducta descrita en el modelo legal (Art. 150), esto es, aquel que ha tenido una conducta típica, concretamente hic et nunc al funcionario público que ha dado a los caudales o efectos que adminis-

tra una aplicación oficial diferente de aquellas a que están destinados. Mas puede darse el concurso de personas en un delito propio o especial como el peculado, siendo para ello esencial que el autor o autores sean sujetos calificados, pues que, según se ha dicho, son los únicos capaces de realizar una conducta típica.

Silvio Ranieri expresa que "se tiene concurso de personas en un delito cuando un hecho conforme al modelo legal de la infracción es realizado con la cooperación de varios sujetos activos cuya pluralidad no es elemento necesario para la noción abstracta del delito mismo".

"Es importante anotar también que en la participación de personas en el delito, cualquiera que sea el grado de ella (necesaria o no necesaria), el delito es uno; no hay tantos delitos cuantos son los partícipes. Por lo tanto, para que se dé el concurso en el delito propio, es indispensable que el autor sea una especie de 'sujeto típico', ya que creemos que entre nosotros es inadmisible la concepción extensiva; y para ellos la punibilidad del partícipe no nace de la violación de la norma típica, sino de aquella que consagra la participación (C. P., Arts. 19 y 20); por consiguiente: siendo la conducta del partícipe accesoria desde el punto de vista de la tipicidad, se hace necesario que un sujeto, el calificado, realice la conducta descrita en el modelo".

"Desde el punto de vista causal, todos los concurrentes pueden ser iguales, porque todos han puesto una conditio sine qua non para la realización del hecho; pero de esa igualdad causal no se puede deducir una igualdad jurídica.

"El partícipe responderá por el mismo título de delito del autor, porque el hecho es único, y contra eso no se puede argumentar que en relación con el concurrente faltaría la conducta conforme al modelo, por la razón antes expuesta; o sea, porque la tipicidad de la conducta del concurrente no surge del modelo de la parte especial, sino de la norma extensiva o complementaria de la parte general (C. P., Arts. 19 y 20)". (Jesús Bernal Pinzón, Delitos contra la administración pública, Págs. 37 y 38).

En el caso sub examine, es indudable que los autores del delito de peculado materia de las instructivas son el Alcalde de Lérida, señor José Ruiz, y la Tesorera, señorita Bernardina Molano, pues ciertamente son los únicos capaces de realizar la conducta típica descrita en el artículo 150 del Código Penal, siendo los funcionarios que administran los bienes municipales. Pero es incuestionable que el Personero Marco Antonio Borrero, es partícipe de la infracción, porque la tipicidad de su conducta no surge del modelo de la parte especial, sino de la norma extensiva o complementaria de la parte general (Art. 20 del C. P.), pues cooperó de modo no necesario a la ejecución del delito, no habiendo disposición de ordenamiento jurídico alguno que establezca como condición sine qua non para el pago de las cuentas el visto bueno del Personero.

De suerte que, en verdad, se encuentran cumplidos los presupuestos que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, por lo que es procedente proferir auto de llamamiento a juicio por el delito previsto y sancionado en el artículo 150 del Código Penal contra Marco Antonio Borrero, y por lo mismo debe confirmarse el proveído apelado, mas con la modificación de que se le compromete con el vocatorio, no como autor del delito de peculado, sino como partícipe o cooperador no necesario del mismo.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto de vocación a juicio apelado, con la modificación puntualizada en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INDICE

Págs.

CASACION.— TECNICA. — *Infracción indirecta por errónea apreciación de la prueba.* — La Corte, por providencia de 24 de enero de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado contra la sentencia de 16 de mayo de 1973 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por la cual se condenó a Efraín París y a José Elduber Jaramillo a la pena principal de 6 años y 8 meses de presidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 675

NULIDAD CONSTITUCIONAL. ARTICULO 26. — *La Corte ratifica la doctrina sentada en los fallos de casación particularmente de 27 de febrero, 6 de marzo y 8 de mayo de 1970, sobre los requisitos exigidos para la nulidad del artículo 26 de la Constitución Nacional.* — Por sentencia de 31 de enero de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de enero de 1973 del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, por la cual se condenó a Jorge Enrique Mestra Quiroz a la pena de 8 años de presidio y a las accesorias correspondientes por el delito de homicidio en la persona de Adalberto Menco Sánchez. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 679

CASACION.— TECNICA. — *Agravación de la pena cuando el delito se comete en funcionario público. — Si el demandante alega contra el fallo al mismo tiempo infracción directa, aplicación indebida y la interpretación errónea, coloca a la Sala en imposibilidad de entrar al estudio de los cargos, ya que a ésta le está prohibido, por la técnica misma del recurso, suplir las deficiencias del libelo y buscar una interpretación adecuada del pensamiento del actor.* — La Corte, por sentencia de 31 de enero de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de junio de 1973 dictada por el Tribunal Superior de Pereira por medio de la cual condenó a Luis Eduardo Gil Ríos a la pena de 16 años y 8 meses de presidio como responsable del delito de homicidio frustrado y robo. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 683

SECUESTRO. — HOMICIDIO. — DELITOS CONEXOS. — ELEMENTOS QUE LOS CONFIGURAN. — SU JUZGAMIENTO. La Corte, por sentencia de 31 de enero de 1974 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de diciembre de 1972 proferida por el Tribunal Superior Militar en la que se condenó a Roberto Moncada Osorio y otros por los delitos de homicidio y secuestro. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 688

RECURSO DE APELACION. — *Su improcedencia cuando se interpone como subsidiario al de reposición y se acepta esta última. — Cuando se acude a los dos recursos, el de reposición y el de apelación, el último tiene necesariamente la condición de subsidiario del primero, para cuando la pretensión del impugnante ante el propio juez que profiere la providencia objeto del recurso.* — La Corte por auto de fecha 11 de febrero de 1974 se abstiene de conocer el recurso de apelación interpuesto por el procesado Alonso Restrepo Suárez contra la providencia de fecha 23 de agosto de 1973 del honorable Tribunal Superior de Neiva, por improcedente. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 695

Págs.

NULIDAD. — *La falta de notificación personal del auto, por medio del cual se ordena la práctica de pruebas, al procesado detenido, constituye nulidad.* Por sentencia de fecha 7 de febrero de 1974, la Corte INVALIDA el fallo del Tribunal Superior Militar de fecha 13 de febrero de 1973, por medio del cual condenó a Fabio Banguero Mansilla a la pena principal de 3 años de presidio, y en su lugar DECRETA la NULIDAD de todo lo actuado a partir de la notificación inclusive del auto de 21 de agosto de 1972 y dispone devolver el expediente al despacho de origen para que se proceda de conformidad. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta ... 697

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO COMO CAUSAL DE CASACION. — *Ha de ser manifiesto y no puede por tanto deducirse "de elaborados, complejos o sutiles análisis de orden probatorio sino de una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".* La Corte, por sentencia de 11 de febrero de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Rusinque Sacristán contra la sentencia de 15 de junio de 1973 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 701

NULIDADES CONSTITUCIONALES. — *El error en la apreciación de las pruebas no es admisible en juicio en que interviene el jurado. — Complicidad correlativa.* — Por fallo de 13 de febrero de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por Vitelio Salazar Ríos contra la sentencia de mayo 28 de 1973 del Tribunal Superior de Manizales que lo condenó por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 707

NULIDAD. — *La falta de notificación personal del auto de apertura a pruebas al procesado detenido ni a su apoderado, constituye nulidad constitucional. — Lo atañedero al derecho de defensa es de índole personal y debe alegarse directamente o por medio de apoderado, puesto que no puede hacerse oficiosamente en casación.* — La Corte, por sentencia de fecha 22 de febrero de 1974 CASA la sentencia del Tribunal Superior Militar de 14 de noviembre de 1973, en relación con el grumete Jairo E. Silva Rodríguez y ORDENA devolver el proceso a esa corporación para que se reponga la actuación a partir del 18 de septiembre de 1973, visible al folio 35 del expediente. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 712

CASACION.— TECNICA.— *De manera infatigable ha recordado la Corte que cada causal de casación corresponde en nuestro derecho positivo, a un esquema jurídico de precisos contornos, características propias y proyecciones diferentes. A la Corte, como tribunal de casación, le está vedado colmar los vacíos, errores y deficiencias fundamentales de la demanda.* — La Corte, por sentencia de 8 de marzo de 1974 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 30 de marzo de 1973, por medio de la cual condenó a José Noé Moya a la pena principal de 5 años de presidio como coautor del delito de robo agravado. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 720

ROBO AGRAVADO. — *La Corte recoge la doctrina anterior y concluye que los numerales 1º, 2º, 3º, y 4º del artículo 404 del Código Penal, contienen previsiones de naturaleza circunstanciada y agravante, específicas del delito de robo que el mismo estatuto define en su artículo 402 como apoderamiento de cosa mueble ajena por medio de violencia a las personas o a las cosas o abusando de la debilidad de un menor. O haciendo uso de la violencia o de la amenaza inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar un producto u obtener su impunidad. Vale decir que dichas circunstancias son de carác-*

Págs.

ter accesorio, en su totalidad, pero como tales modifican la responsabilidad del agente y agravan la pena del delito de robo, cuyo tipo básico, especificado por la violencia, acentúan notoriamente. Por sentencia de 8 de marzo de 1974, la Corte CASA la sentencia de fecha 27 de abril de 1973 del Tribunal Superior de Cúcuta, por la cual condenó a Benjamín Valencia Valencia por tentativa de robo, y en su lugar se ORDENA reponer el procedimiento a partir del auto de fecha 2 de noviembre de 1972, inclusive, por medio del cual se calificó el mérito del sumario. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 724

CASACION.— *La infracción directa de la ley, como específico motivo de casación puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en juicios por consejos de guerra verbales, ni en los de competencia de los jueces superiores en que intervenga el jurado. La Corte reitera la doctrina sobre el particular.* — La Corte, en providencia de fecha 8 de marzo de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior Militar de fecha 15 de septiembre de 1972 que condenó a Edmundo Buenaventura Rosero Díaz y a otros, a la pena principal de 12 meses de prisión como responsables del delito de cohecho. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 736

NULIDADES DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. — *En numerosos fallos de casación, la Corte ha indicado cuál es el complejo jurídico integrado en el artículo 26 de la Carta política y lo hizo a fin de evitar la frecuente apelación a esta norma que sólo puede invocarse tratando de obtener la nulidad del procedimiento cuando se ha desquiciado fundamentalmente cualquiera de estas garantías o varias de ellas; preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; legalidad en la jurisdicción; observancia de las formas propias del juicio y aplicación de la norma favorable, aunque sea posterior al acto atribuido al sujeto.* — Por sentencia de 14 de marzo de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Gabriel Cárdenas Paucar contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en que se condenó al recurrente a la pena de 16 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio agravado y robo. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 743

CAMBIO DE RADICACION.— *Los jueces no son parte en el proceso, y, en consecuencia, carecen de legitimidad para proponer el cambio de radicación de un proceso.* — Por medio de sentencia de marzo 22 de 1974, la Corte se ABSTIENE de emitir concepto sobre el cambio de radicación del proceso que se adelanta contra Jaime Jiménez y otros en el Juzgado Promiscuo Municipal de Miranda, Cauca, y dispone que vuelvan los antecedentes al Ministerio de Justicia para todos los efectos del caso. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 747

REVISION.— *Para recurrir en revisión a nombre de otra persona, es indispensable poder de aquélla.* — La Corte, por auto de marzo 22 de 1974, se ABSTIENE de revisar el fallo que condenó a Adolfo Sandoval y otros por el delito de robo agravado, por considerar que el abogado Mario Antonio Villamizar Guevara, de Cali, carece de poder especial para tal fin. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 748

NULIDAD.— ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.— *Ordenar el enjuiciamiento del procesado por los trámites en que interviene el tribunal popular, lo hizo con violación del derecho de defensa, a sabiendas de que se había solicitado un concepto médico siquiátrico, para establecer si el procesado había cometido los hechos en estado de grave anomalía síquica.* — Por sentencia de 25 de marzo de 1974, la Corte CASA la sentencia de fecha 28 de junio de 1973 del Tribunal Superior de Villavicencio por

Págs.

medio de la cual condenó a Jorge Eliécer Rojas Giraldo a la pena principal de 15 años de presidio, y en su lugar DECRETA la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero ... 749

CONSEJO DE GUERRA VERBAL.— *Causales de casación. La Corte insiste en que cada causal de casación obedece a un esquema jurídico con características propias y proyecciones distintas, razón por la cual confundir su contenido o aducir en favor de cualquiera de tales específicos motivos de impugnación, argumentos o razones que serían pertinentes o valederos para demostrar otra causal, no sólo atenta contra los principios lógicos del raciocinio, sino que conducirá necesariamente a resultado adverso, porque la Corte no puede colmar los vacíos, errores o deficiencias dialécticas de la demanda.* — La Corte, por sentencia de 25 de marzo de 1974 DESECHA el recurso de casación interpuesto por Luis Fernando Alvarez Hernández, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de fecha 2 de diciembre de 1971 en la que lo condenó a 6 años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 753

NULIDAD ARTICULO 26 CONSTITUCION NACIONAL.— *La demanda debe puntualizar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Constitución, fueron conculcadas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que se hagan los reconocimientos pertinentes. Cargo formulado al amparo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.* — La Corte, por sentencia de 29 de marzo de 1974 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 15 de febrero de 1973, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que condenó a Jairo Reyes Mahecha y a Jaime Hurtado, a la pena de cinco años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 759

Págs.

ABUSO DE AUTORIDAD.— *Si bien el juez en razón de su investidura, se halla legalmente facultado para disponer diligencias enderezadas al descubrimiento del autor o autores de la infracción, no lo es menos que debe ceñir su proceder a los límites trazados por la Constitución y las leyes en guarda de los derechos individuales.* — La Corte, por providencia de 29 de marzo de 1974 modifica parcialmente el auto de 12 de noviembre de 1972 del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual se abrió causa criminal contra el doctor Carlos Eduardo Ramírez Romero, por abuso de autoridad y lo sobresee definitivamente por el delito contra la inviolabilidad de domicilio. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 764

ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA.— *El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de llamamiento a juicio, causal de nulidad señalada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se encausa por robo y las pruebas acreditan hurto, o cuando se abre juicio por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores.* — La Corte, por sentencia de 29 de marzo de 1974 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado José Fidel Martínez Martínez, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 22 de mayo de 1973 por la cual fue condenado el recurrente a la pena principal de 15 años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 770

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distinta clase, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27,*

Págs.

así: a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Observancia plena de las formas propias del juicio, y d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado. — La Corte, por sentencia de 29 de marzo de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán de 12 de abril de 1973 en que se condenó a José Pedro Taquinas Ulcue y José Joaquín Cáliz García a la pena principal de 15 años y seis meses de presidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 775

JEFES SUPERIORES DE OFICINAS DE HACIENDA. DE LA NACION.— *Para los fines del juzgamiento, son los directores de dependencias del ramo, de categoría inmediatamente inferior a la del Ministro de Hacienda y Crédito Público, vr. gr., el Director General del Presupuesto Nacional, el Director de Servicios Administrativos y el Director General de Aduanas.* Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 780

JURADO DE CONCIENCIA.— *Excusas absolutas y excusas relativas. Diferencias entre las excusas y las inhabilidades. Sorteo parcial de jurados.* Mediante sentencia de 29 de marzo de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Horacio Yepes Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que lo condenó a 16 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 782

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL.— REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROSPERE.— La Corte por sentencia de fecha 1º de abril de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge López García contra la sentencia de 12 de junio de 1973 del Tribunal Superior de Medellín, que lo condenó a 18 meses de prisión.

Págs.

Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 787

UNIDAD DEL PROCESO.— *La unidad del proceso penal no se rompe por el hecho de que la situación jurídica de las personas comprometidas en el juicio se defina mediante sentencia, mientras que la de los sobreseídos temporalmente en el mismo proceso esté pendiente, pues la responsabilidad penal es individual.* La Corte, por sentencia de 5 de abril de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 3 de julio de 1973 del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Pedro Luis Londoño Pineda a la pena de 23 años y 4 meses de presidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 789

APLICACION DE LA LEY PENAL PERMISIVA O FAVORABLE. — *La aplicación de la ley penal permisiva o favorable, de naturaleza sustancial o procesal, determinada por los artículos 26, inciso 2º, de la Constitución política, 3º del Código Penal y 6º del Código de Procedimiento Penal, supone necesariamente leyes en conflicto, por tránsito de legislación.* La Corte, por sentencia de 5 de abril de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de julio de 1973 del Tribunal Superior de Medellín, en que se condenó a Jesús María Zuleta Isaza a la pena de ciento sesenta y seis meses de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 792

CASACION.— TECNICA.— *El artículo 576 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el demandante estime infringidas.* — Mediante sentencia de 16 de abril de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por

Págs.

Evaristo Cabezas Murillo, contra la sentencia de 15 de febrero de 1973 del Tribunal Superior de Cali por la cual se le condenó a la pena principal de 2 años de presidio, como responsable del delito de lesiones personales, seguidos de aborto, en Eloísa Andrade. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 795

LIBERTAD PROVISIONAL.— COMPETENCIA PARA DECRETARLA.— *La libertad provisional con fundamento en el numeral 9º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, sólo puede concederse por el juez del conocimiento, quien es el competente para calificar el sumario, y la Corte no tiene facultad para decidir si hay o no mérito para dictar auto de proceder pues la competencia se halla radicada en el juzgado superior.* — La Corte, por medio de auto de 16 de abril de 1974 SE ABSTIENE de resolver sobre la libertad provisional solicitada por el doctor Víctor F. Barrero M., defensor del procesado Jorge Eliécer Rojas Giraldo. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 798

JURADOS DE CONCIENCIA. — *La falta de notificación personal del contenido del auto que señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública, a un jurado principal y a un jurado suplente, no acarrea nulidad.* — Por sentencia de 16 de abril de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de marzo de 1973 del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual se condenó a Ignacio Leal Andrade a la pena principal de 16 años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 800

IRA E INTENSO DOLOR.— *La razón filosófica y jurídica de la circunstancia atenuante de la responsabilidad descrita por el artículo 28 del Código Penal, no reside, como en otras oportunidades lo ha expresado la Corte y ahora lo reitera, en la ira o en el intenso dolor, sino en la gravedad e injusticia de la provocación generadora de tales estados.* — Con fecha de 16 de abril de 1974, por medio de sentencia, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por Fabio Muñoz contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira de 7 de junio de 1973 que lo condenó a 10 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 804

ABUSO DE AUTORIDAD. — *El juez a quien se le exige que envíe a otro el proceso de que ha venido conociendo, no puede discutir la legalidad de la resolución del Gobierno, pues ello no está dentro de sus funciones. Dejar de hacerlo o hacerlo tardíamente, después de actuaciones dilatorias, es conducta violatoria del artículo 172 del Código Penal.* — Por auto de abril 18 de 1974, la Corte CONFIRMA el auto de 17 de octubre de 1973 dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el cual se abrió investigación contra Luis Antonio Mora Valero por el delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 807

COLISION DE COMPETENCIA.— DELITO DE RAPTO.— *En el caso del delito de rapto, de infracción que, por sus efectos permanentes, se ha consumado en lugares distintos, la competencia para conocer corresponde al juez primero que inició el proceso.* — Por auto de 26 de abril de 1974, la Corte dirime la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 1º Penal del Circuito de Santa Marta y el 1º Penal del Circuito de Valledupar, en favor del 1º en el negocio seguido contra Edgar Correa Hernández, por los delitos de rapto y violencia carnal. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 810

DELITO DE FALSEDAD. — *Comete el delito de falsedad en documentos, a voces del artículo 231, ordinal 7º, el funcionario o empleado público que en relación con escrituras o documentos públicos, "dé copia o certificado, en forma fehaciente, de un documento que no existe, o manifieste en ellos cosa diversa de la que contenga el verdadero original".*

Págs.

La Corte, por auto de fecha 26 de abril de 1974, CONFIRMA el de 22 de octubre de 1973 proferido por el Tribunal Superior de Pasto por medio del cual llamó a juicio a Fernando J. Portilla por los delitos de falsedad y peculado cometidos cuando desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Ricaurte. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 812

DETENCION ARBITRARIA. — *(Art. 296 del C. P.). La Corte ha expresado que la prolongación de la detención de una persona, para ser constitutiva de delito en los términos del artículo 296 del Código Penal, tiene que emanar de una actuación adelantada con abuso de la función, o, en otros términos, con marcada arbitrariedad, conceptos que conllevan los de injusticia de aquella medida. (La Corte ratifica la doctrina de junio 3 de 1967, G. J. T. LXXXV, Pág. 425).* La Corte, por providencia de 26 de abril de 1974 REVOCA la de 31 de enero del mismo año proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que condenó a Jesús Bolívar Muñoz por el delito de detención arbitraria y en su lugar lo absuelve. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 816

REVISION. — *Ninguna de las hipótesis señaladas en el artículo 29 del Código Penal está instituida como causal de revisión, porque quien las realiza, dados los principios generales que hasta ahora han venido informando el estatuto represor, es penalmente responsable. — No es jurídico ampliar ad libitum las causales de revisión, tratando de reparar con ello toda suerte de errores judiciales, porque aquéllas están taxativamente señaladas en el ordenamiento legal.* — La Corte, por providencia de 8 de mayo de 1974, NIEGA el recurso de REVISION interpuesto por Marco A. Ocampo Espinosa contra el proceso que se le adelantó en el Distrito Judicial de Villavicencio, por el delito de estafa y en el que fue condenado a 6 años de prisión, trescientos pesos de multa y 5 años de relegación a colonia agrícola. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 819

VALORACION DE LOS TESTIMONIOS. *La ley procedimental colombiana ha abandonado el sistema de la tarifa legal de pruebas y ha concedido, en cambio, amplio campo de apreciación al juez en el examen de las mismas.* — La Corte, por sentencia de 8 de mayo de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Arcesio Dorado Guerrero, contra la sentencia de 24 de mayo de 1973, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó, junto con Simón Villaquirán Echeverri, a la pena de 36 meses de prisión, por el delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 823

NULIDADES. — *El hecho de que la investigación se inicie por funcionarios de la justicia penal militar, no invalida lo actuado, no sólo porque el artículo 33 del Código de Justicia Penal Militar lo dispone, sino porque no es posible pedir que cuando el hecho ha sido ejecutado por personal activo de las Fuerzas Armadas, se espere a determinar si se cometió con ocasión de sus funciones. — La errónea denominación jurídica del delito hecha en el auto de proceder y que el numeral 5º del artículo 210 del Código Penal eleva a la categoría de nulidad, se refiere como claramente lo expresa, al "nomen juris" de la conducta ilícita.* — La Corte, por sentencia de 10 de mayo de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de septiembre de 1973 proferida por el Tribunal Superior de Valledupar en la que se condenó a Nepomuceno Arias Sierra a la pena de 15 años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 828

FACULTADES DE LOS JUECES COMISIONADOS. — *En los asuntos de competencia de los tribunales superiores de distrito, entre los cuales está como queda dicho, el juzgamiento en primera instancia de los jueces por las llamadas causas de responsabilidad, el Magistrado sustan-*

Págs.

ciador puede comisionar a cualquier juez para practicar diligencias dentro o fuera de su distrito (Art. 49, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal). Pero ese poder de delegación es limitado a actuaciones concretas o determinadas de instrucción, tales como recepción de declaraciones, realización de careos, etc., que hayan sido previamente decretadas y que no entrañen una decisión de contenido jurisdiccional, verbigracia, la apertura del proceso o la negativa de la misma, la resolución sobre detención o libertad de sindicado, actos que por su naturaleza tienen que ser cumplidos de manera directa y de modo privativo por el juez que ha sido investido por la ley de la potestad de aplicar el derecho. — Por auto de 10 de mayo de 1974, la Corte DECLARA NULO el auto de detención proferido contra Nidia del Carmen Silva, ex-Juez Promiscuo Municipal de Puerto Leguízamo, dictado por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de aquella ciudad, por el posible delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 834

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION.— ROBO AGRAVADO. — *Lo que la ley sanciona con nulidad es el error en el "nomen juris" de la conducta ilícita, lo cual explica que conforme al artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, la parte resolutiva del pliego de cargos deba contener como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponde, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título, cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delitos la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable. — El homicidio perpetrado para cometer otro delito o para ocultarlo, reviste especial gravedad y toma la denominación de asesinato, pero no absorbe o subsume el delito fin o el que se pretende encubrir.*

Págs.

La Corte, por sentencia de fecha 16 de mayo de 1964, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 18 de agosto de 1972, por medio de la cual, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó a José Liévano o Liévano López Flórez, a la pena principal de 16 años de presidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 836

PECULADO. — *Peculado por uso indebido. Peculado culposo.*— Por providencia de 16 de mayo de 1974 la Corte REVOCA la de 12 de diciembre de 1973 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por medio de la cual se abrió causa criminal contra Luis Enrique Cortés Chacón, por el delito de peculado en la modalidad de uso indebido, y en su lugar lo sobresee definitivamente. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 842

PARTE CIVIL.— LEGITIMACION PARA OBRAR. — *(Legitimatio ad causam). Para que pueda tener acogida la demanda de constitución de parte civil, es preciso que el perjuicio causado con el delito, del que deriva el interés jurídico para obrar o legitimación en causa, aparezca como algo cierto o probable al tiempo de la presentación de aquélla, bien porque resulte del hecho ilícito en sí, lo que acontece cuando es el propio sujeto pasivo de la infracción el que demanda, ora porque se aduzcan elementos de juicio que acrediten el daño sufrido por el accionante.* — Por auto de fecha 20 de mayo de 1974, la Corte REVOCA el auto de 24 de marzo de 1973 del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual se reconoció como parte civil al doctor Rafael Rocha Riaño, dentro del proceso seguido contra el doctor Carlos Reyes Rodríguez, sindicado de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez ... 845

JURADOS DE CONCIENCIA. LEGITIMA DEFENSA. — *No puede demandarse de los jurados de conciencia tecnicismos ningunos en el lenguaje ni que éste deba ajustarse de manera precisa y exacta al propio de quienes dominan las materias*

Págs.

jurídicas. — No debe olvidarse, por una parte, que la legitimidad de la defensa para quien la ejerce, se funda en el ataque de que es víctima y, por otra, que la ley en ninguna parte trae calificativo de "legítima", ni cuando la consagra (C. P. Art. 25 Num. 2º), ni cuando a ella o a su exceso hace referencia (id. 27). — La Corte, por sentencia de fecha 22 de mayo de 1974 CASA la sentencia de 26 de julio de 1973 del Tribunal Superior de Bucaramanga en la que condenó a Ismael Molano Rivera a la pena principal de 20 meses de presidio, y en su lugar lo absuelve y ordena su libertad. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 851

IMPEDIMENTOS.— AMISTAD INTIMA. CONCEPTO PREVIO SOBRE LA MATERIA.— *No basta, para que se forme un lazo de amistad íntima, el hecho escueto de que una persona sea designada por otra para el desempeño de un cargo oficial, pues conocido es que en tales casos apenas juega como factor determinante la idoneidad de la persona nombrada.— Una cosa de alcance particular es la falta disciplinaria y otra muy diferente el delito. De consiguiente, no existe concepto previo sobre la materia sub judice y por tanto, no se tiene la causal de recusación de que trata el numeral 4º del artículo 78 aludido.* — La Corte, por auto de fecha 30 de mayo de 1974, DECLARA infundado el impedimento manifestado por el doctor Sixto Arias Vargas para conocer del proceso seguido contra el doctor Alfonso Suárez Pineda, ex-Juez 1º Civil del Circuito de Sogamoso. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 856

NULIDADES.— IRREGULARIDADES. *Una vez más advierte la Corte que a hechos o irregularidades a los cuales ni siquiera asignó el legislador la categoría de nulidades de índole legal, se le pretende elevar al rango de aquellos que la Corte, por vía de doctrina, ha situado dentro del marco constitucional.* — La Corte, por

Págs.

sentencia de 6 de junio de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por Rafael Antonio Orozco García, contra la sentencia de 19 de julio de 1973, por medio de la cual el Tribunal Superior de Barranquilla lo condenó a la pena principal de 8 años y 4 meses de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en Jairo y Pedro Ferrer Bovea. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 858

CONFLICTO DE DEBERES. — *Al optar el juez por acatar el que le parece más valioso, desaparece en esa forma, la culpabilidad de su conducta.* — Mediante auto de 12 de junio de 1974, la Corte CONFIRMA el proferido por el Tribunal Superior de Neiva de 21 de marzo del corriente año por medio del cual se sobreseyó definitivamente a favor de Jaime Montenegro, ex-Juez Promiscuo Municipal de Paujil, por conductas realizadas en ejercicio de su cargo. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 863

CASACION.— TECNICA.— *La demanda debe, de un lado, estudiar la base normativa que sirvió para el pronunciamiento del juzgador y del otro, las disposiciones infringidas por cualquier causa. La omisión de estas citas inhibe a la Corte para considerar la impugnación.* Por sentencia de fecha 6 de junio de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por Rafael Vecino Santamaría, contra la sentencia de 24 de agosto de 1973, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que lo condenó a la pena principal de 15 años de presidio, por el delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 866

REVISION. — *Para que sea procedente se requiere que exista un "hecho nuevo", vale decir, cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal.* — Por providencia de 12 de junio de 1974, la Corte DECLARA

Págs.

inadmisible el recurso de revisión interpuesto por María del Carmen Mariño de Pedroza, contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha 27 de octubre de 1972. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 869

NULIDAD. — *La nulidad es la invalidez jurídica de la relación procesal, por falta de presupuestos para su constitución, o de actos realizados en el proceso imperfecta o irregularmente por inobservancia de condiciones de forma, de modo o de tiempo señalados por la ley como esenciales para que la actuación produzca efecto. — No toda irregularidad en los actos del proceso o en el desarrollo de éste importa sanción de nulidad. Para que ésta se produzca es indispensable que la ley normativa de la actuación conmine con nulidad la desatención de sus prescripciones, expresando que será nulo o no tendrá valor alguno o será ineficaz el acto que no se ciña a determinadas exigencias.* — La Corte, por sentencia de 25 de junio de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de octubre de 1973 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, que condenó a Efraín Fernández Tamayo y Solón Rengifo Ramírez a la pena principal de 15 años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 874

ABUSO DE AUTORIDAD. — *No constituye abuso de autoridad suspender la personería jurídica de un Sindicato por el Gobernador, cuando esté autorizado, como lo estaba el Gobernador de Boyacá, por medio del Decreto Nº 1805 de 1973.* La Corte, por auto de fecha 26 de junio de 1974, se ABSTIENE de abrir investigación de carácter penal contra el doctor Eduardo Vega Franco por actos que se le atribuyen cometidos en su carácter de Gobernador del departamento de Boyacá. Magistrado ponente: Doctor Enrique Romero Soto 880

CASACION.— TECNICA.— *Entre los requisitos que debe llenar una demanda de casación, de acuerdo con el artículo 576 del estatuto de procedimiento, figura, como principal y por eso mismo ineludible, la cita de las disposiciones sustanciales que el recurrente estime violadas. — Pero estas normas no son solamente las contenidas en el Código de las penas, sino también las que acusen ese carácter en el estatuto procesal. Ni es suficiente que el actor se limite a transcribir o enunciar las disposiciones que estime infringidas, sino que está obligado a precisar las razones de su transgresión, como claramente lo indica el inciso 2º del numeral 1º del artículo 581 del Código citado.* — La Corte, por sentencia de 26 de junio de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por Juan Manuel Reyes Castro, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que lo condenó a la pena principal de 8 años y 8 meses de presidio por el delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 883

NULIDAD.— *Incompetencia de jurisdicción del juez de instrucción criminal para abrir investigación contra un juez municipal, por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. (Art. 12, Decreto 528 de 1964; artículo 61 del C. de Procedimiento Penal antiguo y 52 del actual).* — Por auto de fecha 26 de junio de 1974, la Corte DECRETA la nulidad de todo lo actuado en el proceso seguido contra el doctor Jaime del Río, Juez Promiscuo Municipal de la Vega, por falsedad, y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de Bogotá para que resuelva si inicia o no sumario. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 887

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — *La Corte ha sostenido en numerosos fallos que la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el demandante estime infringidas.* — Con fecha 4 de

Págs.

julio de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Enrique León Rivera contra la sentencia de 16 de noviembre de 1973, mediante la cual el Tribunal de San Gil lo condenó a la pena de 16 años de presidio como responsable del delito de homicidio (asesinato). Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 889

NULIDAD. — *Reformatio in pejus. Cómo debe alegarse en casación.* — La Corte, por sentencia de 4 de julio de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de febrero de 1973, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a los procesados Libardo Rodríguez Benjumea y Juan Iván Merino Jaramillo a la pena principal de 5 años y 2 meses de presidio como responsables del delito de robo 892

NULIDADES.— *Eran funcionarios los inspectores de policía antes de la vigencia del Decreto 528 de 1964. — La falta de nombramiento de apoderado en el auto de detención, no constituye nulidad.* Por sentencia de 4 de julio de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Ibagué, de 22 de agosto de 1973 por medio de la cual condenó a Rigoberto Quimbayo Chagualá, a la pena principal de 17 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 895

NULIDADES.— *Error sobre la época y lugar de la comisión de los delitos. Falta de defensa. — Reformatio in pejus. — La época —ha dicho la Corte en repetidas ocasiones— no es el día preciso en que se cometió un delito, pero ni siquiera el mes o el año. Es, en cambio, un lapso de tiempo dentro del cual puede situarse la infracción perseguida.* La Corte, por sentencia de fecha 4 de julio de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Tunja de fecha 6 de julio de 1973, que condenó a José Nevardo Rojas y José David Neira Parra a las penas de 7 años y medio y 7 años de presidio respectivamente por los delitos de falsedad y peculado. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez ... 901

CAUSAL 2ª DE CASACION. — *Lo que no se puede hacer en el fallo es cambiar el nomen° juris de la infracción, indicado en el vocatorio a juicio y determinado por el correspondiente capítulo del Código Penal, ni deducir causales agravantes del delito no tenidas en cuenta en el auto procesatorio.* — Por sentencia de 4 de julio de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 1973 del Tribunal Superior de Pasto, por la cual se condenó a Jorge Arturo Gómez Guerrero a la pena de 30 días de arresto como responsable del delito de circulación de moneda falsa. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 909

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL POR APLICACION INDEBIDA.— PRUEBAS.— SU CONDUCENCIA. ERROR RELATIVO A LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION COMETIDO EN EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO.— COMO DEBE ALEGARSE EN CASACION.— SECUESTRO. EL PROPOSITO DE CONSEGUIR, PARA SI O PARA OTRO, UN PROVECHO O UTILIDAD ILICITOS, NO ES SINO UNA AGRAVANTE DEL DELITO DE SECUESTRO.— La Corte, por sentencia de 4 de julio de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de diciembre de 1972 del Tribunal Superior Militar que condenó a Darío López Barbosa, Cándido Moros Rojas, José Apolinar López Zapata y Hernando Parra Riveros, a la pena principal de 10 años de presidio a cada uno, como responsables de los delitos de secuestro y extorsión y a Jaime Enrique Parra Riveros a la pena principal de 2 años de prisión como responsable del delito de extorsión. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo ... 913

Págs.

INCOMPETENCIA DEL JUEZ.— SECUESTRO Y EXTORSION.— HURTO.— *Por su propia naturaleza implica nulidad sustancial lo mismo en el procedimiento castrense que en lo penal ordinario y puede alegarse en casación, específicamente y en forma autónoma.* — La Corte, por sentencia de fecha 5 de julio de 1974, NO CASA la sentencia de 20 de octubre de 1972 por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó a Rigoberto Escudero Lopera, Alirio Sandoval Ortega, Luis Alfredo Sánchez Cañas, Orfenio de Jesús Sánchez Cañas, Germán Sánchez Cañas y Gilberto Monsalve García, como responsables de los delitos de secuestro, extorsión y hurto. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero ... 925

NULIDADES. — *Ambigüedad en la indicación del cargo hecho a los enjuiciados. Falta de firma del secretario en los cuestionarios sometidos al jurado y en el acta de audiencia, no constituye nulidad.* Mediante sentencia de 8 de julio de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 27 de junio de 1973 del Tribunal Superior de Cali que condenó a Luis Angel Largo López y Miguel Angel Machado a la pena principal de 18 años a cada uno y a Luis Eduardo Martínez Angel a la pena de 24 años de presidio como responsables de los delitos de homicidio, lesiones personales y robo. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 932

NULIDAD SUPRALEGAL. — *La falta de las firmas del presidente, del asesor y del secretario en los cuestionarios sometidos a los vocales en los consejos verbales de guerra, genera nulidad de carácter supralegal.* — Por sentencia de 12 de julio de 1974, la Corte CASA la sentencia de 6 de julio de 1973 del Tribunal Superior Militar, que condenó al agente de la Policía Nacional Pascual Molina Daza a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio en la persona de Efrén Gutiérrez, y en su lugar ORDENA reponer el procedimiento a partir, inclusive, de la resolución del consejo verbal de guerra. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 936

Págs.

CASACION.— VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY PENAL SUSTANCIAL.— HOMICIDIO EN CONCURSO. — *En los juicios en que interviene el jurado, no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial, es decir, la que proviene de error de derecho o de manifiesto error de hecho en la apreciación de pruebas, siempre que éstas se refieran a extremos que al tribunal popular incumba definir. — El error de hecho en la apreciación de la prueba ocurre cuando al medio o medios que la constituyen, se les asigna un valor que la ley no les reconoce o cuando se les niega el que ésta les atribuye.* — La Corte, por sentencia de fecha 12 de julio de 1974, CASA PARCIALMENTE la sentencia de 10 de noviembre de 1971 del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se condenó a Jesús María Rodríguez Herrera a la pena principal de 19 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado, y en su lugar lo condena a 18 años y 4 meses de presidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 940

NULIDAD.— *Facultad del presidente del consejo verbal de guerra para señalar una nueva fecha para su celebración.* Por sentencia de 15 de julio de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los agentes de Policía Isauro Buitrago Gama, Carlos Arturo Jiménez, Uldarico León Ramírez e Isidro Runza, contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 1973 del Tribunal Superior Militar, que los condenó como responsables del delito de cohecho. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 947

NULIDAD. — *En los juicios en que interviene el jurado, no es dable la impugnación por violación indirecta de la ley sustancial, por yerro manifiesto en la estimación de las pruebas.* — La Corte, por sentencia de 15 de julio de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto

Págs.

contra la sentencia de 19 de julio de 1973 del Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual impuso al procesado Jorge Eliécer Riaño Rada la pena principal de 19 años de presidio como responsable del delito de doble homicidio en las personas de Gustavo Rodríguez y Lucy Dary Ramírez. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 953

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL.— *La jurisprudencia ha insistido en que toda demanda de casación que impugne el fallo por errores de hecho o de derecho, no sólo debe citar las normas sustanciales que se estimen violadas sino que debe precisar las razones de la transgresión, como claramente lo indica el inciso 2º del numeral 1º del artículo 581 del Código de Procedimiento Penal.* — En su sentencia de 22 de julio de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali de fecha 16 de julio de 1973, que condenó a Hugo Humberto Alvarez Vizcaíno a la pena principal de 2 años y 4 meses de prisión como responsable de delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 956

CONSULTA.— *Providencias susceptibles de consulta.* — La Corte, por auto de fecha 26 de julio de 1974, CONFIRMA el auto de sobreseimiento definitivo en favor de Luis Eduardo Gallego Henao, de fecha 30 de marzo del año en curso del Tribunal Superior de Medellín, por supuestos delitos cometidos cuando desempeñaba el cargo de Fiscal Superior de Yarumal. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 962

NULIDAD.— VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL.— *Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la calificación jurídica de la infracción. Violación directa de la ley, por falta de aplicación del artículo 384 del Código Penal.* — Por sentencia de 26 de julio de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 31 de octubre de 1973 del Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual condenó a Manuel Antonio Ibarra Rincón a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 966

ABUSO DE AUTORIDAD.— *El cumplimiento de la ley no entraña ejecución delictiva.* — La Corte, por auto de fecha 1º de agosto de 1974, se ABSTIENE de abrir investigación contra los Magistrados Humberto Fernández Vega, Miguel Bernal Medina y los Conjueces Roberto Ordóñez Peralta y Gonzalo Vargas Rubiano, con base en la denuncia presentada por Jaime Monsalve. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 970

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY PENAL SUSTANCIAL PROVENIENTE DE LA APRECIACION ERRONEA DE LA PRUEBA.— REQUISITOS PARA QUE PROSPERE.— La Corte, por sentencia de 1º de agosto de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Marco Antonio Pinzón contra la sentencia de 12 de noviembre de 1973 dictada por el Tribunal Superior Militar que lo condenó a 5 años y 6 meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 973

SENTENCIAS.— *La sentencia dictada conforme a la ley vigente en el momento de pronunciarla, no puede ser atacada de nulidad, porque el juzgador no podía aplicar una norma posterior que modifica la norma legal aplicable, ya que su obligación era ajustarse a la que estaba en vigor cuando se profirió la condena.* — La Corte, por sentencia de 12 de agosto de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Absalón Tigreros Bermúdez contra la sentencia de 20 de noviembre de 1973 del Tribunal Superior de Buga que lo condenó a la pena de 60 meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 977

Págs.

REVISION.— *El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador, no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso.* Por providencia de fecha 16 de agosto de 1974, la Corte NIEGA el recurso de revisión interpuesto por el doctor David Melo Cifuentes, contra la sentencia de fecha 19 de julio de 1971, por medio de la cual el Juzgado 2º Penal del Circuito de San Gil condenó a Libardo Fajardo Ruiz como responsable del delito de robo, a la pena de 9 años de presidio y a 5 años de relegación a colonia agrícola penal. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 980

INTERPRETACION DEL DECRETO 1989 DE OCTUBRE 9 DE 1971.— *La preposición "contra", empleada en el ordinal 3º del artículo 1º del Decreto 1989 citado, quiere decir, gramaticalmente y para el caso "oposición y contrariedad de una cosa con otra", y referida a una conducta humana, como es el delito, precisa conciencia en el obrar, que para el hecho descrito en la norma consiste en el conocimiento exacto y reflexivo de la calidad oficial de la víctima, tal como acontece en el delito contra funcionario público, que no se configura cuando el autor de la acción contemplada en el artículo 184 del Código Penal ignora la condición oficial del agredido.* — Por providencia de 16 de agosto de 1974, la Corte DECRETA LA NULIDAD de lo actuado a partir, inclusive, del auto de 7 de marzo de 1972, dictado por el Comandante de la Cuarta Brigada, por el cual se dispuso oír el concepto del Auditor de Guerra de ese cuartel general para la convocatoria del consejo de guerra verbal (fl. 99) y ordena remitir el expediente al Tribunal de origen para que proceda a revocar la actuación invalidada por el Juzgado Superior del Distrito al que corresponda. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez . 988

Págs.

FUGA DE PRESOS.— DELITOS CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS.— *Estando prevista la violencia contra las personas como causal específica de agravación de la fuga, es patente que no puede configurarse al tiempo y con autonomía el delito contra funcionarios públicos.* — La Corte, por sentencia de 22 de agosto de 1974, CASA la sentencia de fecha 15 de marzo de 1973 del Tribunal Superior de Villavicencio por medio de la cual se condenó a Hernán o Bernardo Arévalo Jaime a la pena principal de 6 años de prisión y a la relegación a colonia agrícola por tiempo de 5 a 15 años, como autor de los delitos de robo, fuga de presos, y contra funcionarios públicos y en su lugar se resuelve condenar al inculpado a 5 años de prisión, más las accesorias y lo absuelve por el delito contra funcionarios públicos que se le imputó en el auto de proceder. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 992

AUDIENCIA PUBLICA.— Fecha de iniciación. Aplazamiento. Continuación. — La Corte, por sentencia de 22 de agosto de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de septiembre de 1973 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por medio de la cual condenó a Luis Fernando Rodríguez Villegas a la pena de 5 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 998

NULIDADES.— *La falta de notificación por estado de la fecha y hora para iniciarse la audiencia, no constituye nulidad, cuando la notificación se ha hecho en forma personal a todas las partes que intervienen en el proceso.* — *El hecho de haberse fijado, para dar comienzo a la audiencia, el día siguiente a aquel en que venció el término máximo previsto en el artículo 553 del Código de Procedimiento Penal, no genera nulidad.* — La Corte, por sentencia de fecha 22 de agosto de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal de Santa Rosa de Viter-

Págs.

bo, el 29 de enero del corriente año, que condenó a Samuel Miranda León a la pena de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1004

REVISION.— *Carencia de fundamento para revisar una sentencia. — La Corte reitera la doctrina que sobre el particular ha expresado otras veces, entre ellas la de 22 de noviembre de 1947 y 24 de julio de 1953.* — La Corte, por sentencia de 29 de agosto de 1974, DESECHA el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia de 27 de octubre de 1973, del Juzgado 4º Penal del Circuito de Neiva que condenó a Alberto o Jorge Roa Torres, o Roberto Roa y Ofelia Arango, a las penas principales de 32 y 16 meses de prisión, respectivamente. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1007

CAUSAL 4ª DE CASACION.— *Error en el nombre de la persona ofendida.* — Mediante sentencia del 29 de agosto de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Argemiro Ibarra contra la sentencia de 22 de enero del año en curso, del Tribunal Superior de Cúcuta que lo condenó a 20 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y robo. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1011

ESTAFA.— *El delito de que se ocupa el artículo 409 del Código Penal, es un delito de peligro y no de resultado, pues se consuma con la sola venta o enajenación que alguien haga de una cosa, a sabiendas de que es ajena, o como libre sabiendo que tiene algún gravamen, o que está embargada o secuestrada. Peligro de daño que con ese comportamiento no solamente se crea para quien compra en tales condiciones, o recibe a título de donación, sino también para el verdadero titular del dominio, o para quien, como en el caso de la prenda agraria, tiene a su favor esa garantía.* La Corte, en providencia de 30 de agosto de 1974 DIRIME la colisión de competencias surgida entre el Juzgado 2º Penal del Circuito de Villavicencio y el Juzgado 1º Penal del Circuito de Gachetá, en el sentido de DECLARAR que el conocimiento de este proceso le corresponde al Juzgado 2º Penal del Circuito de Villavicencio, en cuanto al negocio seguido contra Alfonso Moya por el delito de estafa. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 1016

REVISION.— *Cuando se suscite duda razonable sobre la verdadera fecha en que fueron extendidos los instrumentos que sirvieron de prueba determinante del fallo, y permitan igualmente suponer que en ellos se pudo cometer una adulteración, se debe decretar la revisión no sólo por interés particular del recurrente sino también en favor del interés superior de la justicia.* — Por providencia de 17 de septiembre de 1974, la Corte ORDENA LA REVISION de las sentencias de 10 de mayo y 9 de agosto de 1971 del Juzgado Penal del Circuito de Cali y del Tribunal Superior del mismo distrito, respectivamente, que condenaron a Florencio Rodallega Golú y Delmira Adelma Yuco Muñoz, como responsables del delito de estafa en la modalidad descrita en el artículo 409 del Código Penal. Magistrado ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 1019

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL.— *El homicidio ultraintencional se tipifica por el resultado de la acción que sobrepasa a la intención o fin que el agente se propuso realizar; la muerte en este homicidio es un hecho que se escapa a la voluntad del agente, pues su propósito no es el de matar sino el de lesionar, causando un daño en el cuerpo o en la salud. — En otras palabras, el homicidio preterintencional se caracteriza por la ausencia del propósito de matar y por la existencia de dolo determinado en el sentido de lesionar.* — La Corte, por sentencia de 17 de septiembre de 1974 DESECHA el recurso de casación interpuesto por Pablo Emilio Bolalcázar y su defensor contra la sentencia de 1º de

Págs.

febrero último, dictada por el Tribunal Superior de Pasto, mediante la cual se condenó a aquél a 4 años de presidio como responsable del delito de homicidio ultraintencional. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 1023

FALSEDAD.— *La falsedad punible implica una alteración consciente de la verdad en orden a crear un juicio equivocado sobre un hecho concreto. Falsedad tanto quiere decir como faltar maliciosamente a la verdad.* — Por providencia de 17 de septiembre de 1974 la Corte CONFIRMA el sobreseimiento definitivo dictado el 17 de mayo del corriente año, por el Tribunal Superior de Cúcuta, en favor del cura párroco de Convención, sacerdote Alejandro Pérez Amaya, por los cargos de falsedad. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez ... 1028

AUTO DE DETENCION.— SUS FORMALIDADES.— ARTICULO 441 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.— *La Corte insiste en que las formalidades del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, para proferir auto de detención, son de obligatorio cumplimiento por los jueces y no es posible establecer ninguna salvedad sobre sus ordenamientos.* — La Corte, por medio de providencia de 17 de septiembre de 1974, REVOCA el sobreseimiento definitivo dictado en favor del doctor Sergio Pérez Ramírez, por el Tribunal Superior de Tunja por los cargos de prevaricato, detención arbitraria y concusión y en su lugar DISPONE sobreseerlo temporalmente y declarar reabierta la investigación. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 1032

DETENCION ARBITRARIA.— *Consiste este delito, en privar a alguien de su libertad contrariando las exigencias de la Constitución y la ley (Art. 295 del C. P.), cuando el agente es funcionario o empleado público y cumple el hecho con abuso de sus funciones.* — Por providencia de 17 de septiembre de 1974, la Corte CONFIRMA la de 12 de marzo último del Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual llamó a juicio al doctor Eduardo Rosero Buchell, ex-Juez Territorial de Puerto Asís, por el delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez .. 1036

NULIDAD.— FUERO ESPECIAL.— COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS JUECES MUNICIPALES.— *A causa del fuero, la jurisprudencia interpretó que el acto de inicio de la investigación y otras actuaciones dentro del proceso penal, son decisiones jurisdiccionales privativas de la competencia propia o restringida, esto es, de la originada directamente en la ley, pudiéndose comisionar para la práctica de pruebas, así como para diligencias que no impliquen resoluciones de contenido jurisdiccional.* — Por providencia de 20 de septiembre de 1974, la Corte DECRETA LA NULIDAD, a partir del auto de fecha 20 de septiembre de 1959, inclusive, que inició la investigación y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen a fin de que decida si es el caso o no de iniciar sumario contra el juez Campo Elías Pacheco, por los delitos que se le imputan. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 1039

LEY NUEVA.— *El Código de Procedimiento Penal señala en su artículo 7º el camino a seguir y le da competencia al juez de la causa para rebajar, de acuerdo con una ley nueva, la sanción impuesta conforme a las leyes anteriores.* — Por sentencia de 26 de septiembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Oscar Gómez Ramírez contra la sentencia de 5 de noviembre de 1973, del Tribunal Superior de Medellín que lo condenó a la pena de 10 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1042

NULIDAD.— *Por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, en el auto de proceder: Se presenta cuando el juzgador, en la calificación genérica que del ilícito ha-*

Págs.

ce en el auto vocatorio a juicio, ubica la conducta criminosa en capítulo distinto del que realmente corresponde en el Código Penal, como cuando denomina robo a una acción constitutiva de simple hurto. Y quien alega en casación tal motivo, está en el deber de demostrar el error del juez en la calificación jurídica de la infracción y cuál es la que verdaderamente corresponde a los hechos, en lugar de la que se le dio. — Por sentencia de 26 de septiembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Santiago Puerta Rico, contra la de 7 de noviembre de 1973 del Tribunal Superior de Montería que condenó al procesado a la pena principal de 20 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 1046

VIOLACION DIRECTA DE LA NORMA SUSTANCIAL.— *Como lo ha dicho la Corte reiteradamente es equivocado plantear el cargo de la violación directa de la norma sustancial con razonamientos pertinentes del quebranto de la ley por vía indirecta, pues cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio ámbito de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo cargo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión.* — La Corte, por sentencia de 26 de septiembre de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de fecha 13 de febrero del presente año, del Tribunal Superior de Bucaramanga, por el procesado Nelson Rafael Sánchez Lobelo, que fue condenado a la pena principal de 7 años de presidio como responsable del delito de falsedad en documentos públicos. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 1051

Págs.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.— *En numerosos fallos de casación se ha puntualizado que la sanción de nulidad del proceso porque éste no siguió las formas propias del juicio, o porque violó cualquiera de las otras garantías consignadas en el artículo 26 de la Constitución, requiere que el actor precise y demuestre en qué forma ocurrió esa violación y cuál el influjo determinante en el fallo recurrido.* — Por sentencia de 26 de septiembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 8 de marzo del año en curso, que condenó a Leonidas Rodríguez Sandoval a la pena principal de 9 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez 1056

VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS DE SENTENCIAS SIN CONSTANCIA DE NOTIFICACION Y EJECUTORIA.— *La copia de una sentencia sin constancia de su notificación y su ejecutoria, no produce efectos para agravar la responsabilidad del procesado en razón de la reincidencia.* — Con fecha 10 de octubre de 1974, la Corte CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de 17 de octubre del año próximo pasado, que condenó a Armando Orozco Gallo como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 1059

CASACION.— TECNICA.— *La Corte está en imposibilidad total para hacer cualquier estudio sobre situaciones planteadas sin que sea dado suplir por su cuenta tan ostensibles deficiencias del libelo.* Con fecha 10 de octubre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de 11 de enero del año en curso, que condenó a Hermes Mora Aponte como responsable del delito de robo agravado. Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Pérez ... 1062

Págs.

NULIDAD EN LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES.— *Nadie controvierte que los presupuestos regulares de los consejos de guerra verbales son mucho menos amplios que los del derecho procesal común, pero tal ritualidad no autoriza para concluir que aquéllos infrinjan la Constitución.* — Con fecha 8 de noviembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 4 de mayo de 1973, del Tribunal Superior Militar que condenó a Segismundo Guzmán Triana y Vicente Martínez Santana como responsables de los delitos de robo y extorsión. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 1065

FALSEDAD EN DOCUMENTOS Y EL GIRO DE CHEQUES.— *La verdad es que la falsedad en documentos y el giro de cheques sin previsión de fondos y con fondos insuficientes, sobre cuentas canceladas o embargadas o que no correspondan al girador, se excluyen.* — Por sentencia de 20 de noviembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de 31 de enero del año en curso, que condenó a Harold Zawadsky Navia por los delitos de falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1069

VALOR DEL RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO.— *Es obvio que este medio de convicción precise el lleno de los requisitos legales, pues son estas formas de garantía en cuanto al valor indiciario que de tal diligencia se desprende y en atención a que se apoya en la lucidez de la memoria de quien hace el reconocimiento, la que se amengua con el transcurso del tiempo.* — Por sentencia de 28 de noviembre de 1974, la Corte CASA la sentencia de fecha 24 de enero del mismo año del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se impuso a José Joaquín Vargas Torres y Reinaldo Sierra, la pena de 71 meses de presidio como responsables del delito de robo, y en su lugar los absuelve. Magistrado ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 1078

NULIDADES.— *No existe nulidad constitucional por el hecho de no haberse llevado a cabo la diligencia de reconstrucción en un proceso.— Tampoco existe esa nulidad por no haberse ordenado el examen psiquiátrico del procesado.* Por sentencia de 29 de noviembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de diciembre de 1973 dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla que condenó a Fernando Escorcia Zárate a la pena principal de 10 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1081

COMPLICIDAD CORRELATIVA.— *Debe acogerse cuando el jurado de conciencia la estima procedente. Concordancia del auto de proceder, el veredicto del jurado y la sentencia. La infracción directa de la ley sustancial excluye radicalmente toda consideración probatoria.* Por sentencia de 29 de noviembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 7 de febrero de 1973 del Tribunal Superior de Tunja por medio de la cual se condenó a Florentino Perilla Morales y Pedro Primitivo Perilla Morales a la pena de 9 años de presidio como autores del delito de doble homicidio. Magistrado ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 1087

NULIDAD OSTENSIBLE E INSUBSANABLE.— CUANDO LA CORTE DEBE DECRETARLA.— *Si al estudiar una de las causales aducidas por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración, configuran de suyo, ostensiblemente nulidad insubsanable, de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las garantías fundamentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta política, no podría dejar de casar la sentencia acu-*

Págs.

sada sólo porque no fue mencionada la causal cuarta de casación. — Mediante fallo de 4 de diciembre de 1974, la Corte NO CASA la sentencia de 11 de diciembre último, proferida por el Tribunal de Buga que condenó a José Ramón Castro Guerrero y Ramón de Jesús Castaño Agudelo a la pena de 5 años de presidio como responsables del delito de robo. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 1092

SALVAMENTO DE VOTO de los honorables Magistrados doctores Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo y Alvaro Luna Gómez al fallo anteriormente publicado 1100

NULIDAD.— *La exigencia constitucional de que los juicios se lleven a cabo observando las formas que le son propias, se refiere, ante todo, al rito procesal, esto es, a la forma, al tiempo y al lugar de las actuaciones, en cuanto tales circunstancias son reglamentadas por el legislador para, en primer término, evitar la arbitrariedad de los jueces y en segundo lugar, darle mayor flexibilidad y fluidez al proceso.* — Por sentencia de 11 de diciembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 1º de abril del presente año, del Tribunal de Cali que condenó a Bernardo Calero Ordóñez, a la pena de 9 años de presidio por el delito de homicidio en la persona de su legítima esposa. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1103

DETENCION ARBITRARIA (ART. 295 DEL C. P.).— PROLONGACION INDEBIDA DE LA DETENCION (ART. 296 DEL C. P.).— Por auto de fecha 11 de diciembre de 1974, la Corte CONFIRMA el de fecha 9 de septiembre del mismo año, del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo por medio del cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Alvaro Carvajal Buitrago, sindicado del delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo ... 1109

Págs.

VEREDICTO.— *Es evidente el defectuoso planteamiento, que a su único ataque a la sentencia recurrida le ha dado el censor, por cuanto aparece, a todas luces, erróneo decir que un veredicto en el que se reconoce la responsabilidad de un homicidio y se dice que se cometió hallándose el agente en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, resulta contradictorio.* Por sentencia de 11 de diciembre de 1974, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 3 de mayo último, del Tribunal de Manizales que condenó a José Elibardo o Libardo Llanos, a la pena de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio en la persona de su legítima esposa. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1111

ABUSO DE CONFIANZA.— *El abuso de confianza, en la modalidad descrita en el artículo 412 del Código Penal, es un delito instantáneo que se consuma o perfecciona en el momento y lugar donde se cumpla la acción ilegal del apoderamiento, vale decir, donde se realice la apropiación indebida de la cosa recibida por una convención no traslaticia de dominio, esto es, que impone a quien obtiene la tenencia la obligación de restituir o entregar.* — Por auto de fecha 11 de diciembre de 1974, la Corte DIRIME la colisión de competencias negativas suscitada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta para conocer del proceso que por abuso de confianza se adelantó contra Alvaro Barreto Gutiérrez, dando el conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga. Magistrado ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo 1115

NULIDAD.— *La falta de asistencia de un abogado en la diligencia de indagatoria, no constituye nulidad de las consagradas en el artículo 26 de la Carta, por cuanto la ley faculta a nombrar un ciudadano cuando en el lugar no hay abogados titulados e inscritos.* — La Corte, por pro-

Págs.

videncia de 11 de diciembre de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de febrero del mismo año, del Tribunal Superior de Valledupar, que condenó a Luis María Durán Sánchez a la pena de 15 años como responsable del delito de homicidio con características de asesinato. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto 1119

VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.— *Para que pueda afirmarse la violación del artículo 26 de la ley suprema por inobservancia de las formas propias del juicio, en cuanto hace relación a la carencia de defensa para el acusado, es necesario que esta ausencia se presente de manera clara y categórica, de tal manera que pueda afirmarse que éste careció de ese derecho.* — La Corte en sentencia de 12 de diciembre de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 15 de febrero del mismo año, del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Timoleón Otero Niño a la pena de 16 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado en su esposa legítima. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 1123

DEMANDA DE CASACION.— REQUISITOS.— Por sentencia de 12 de diciembre de 1974, la Corte NO CASA la del Tribunal de Quibdó de fecha 13 de marzo del mismo año que condenó a Roberto Antonio Arriaga García a la pena de 4 años de presidio como responsable del delito de peculado y detención arbitraria. Magistrado ponente: Doctor José María Velasco Guerrero 1126

NULIDADES.— SUS EFECTOS.— *Invalidada en las instancias una determinada actuación procesal, por resolución judicial ejecutoriada, quedan obviamente sin ningún valor los autos anulados, y el procedimiento a seguir no puede ser otro, aunque la providencia no haya sido conforme con los hechos o con el derecho que el de reponer el proceso, para que se subsane el efecto anotado, como lo prescribe el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, a fin de que con observancia de la nueva actuación se decida el asunto.* — La Corte, por providencia de 12 de diciembre de 1974 CASA la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Buga de 27 de noviembre de 1973, por medio de la cual condenó al agente de la Policía Nacional Alfredo Garzón Rendón, sindicado del delito de violencia carnal y en su lugar dispone DECRETAR la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 26 de mayo de 1972 inclusive, por medio del cual se declaró cerrada la investigación. Magistrado ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez 1129

DETENCION ARBITRARIA.— ELEMENTOS.— *Para la demostración plena del delito, además de la prueba del elemento o aspecto material, se requiere la del aspecto subjetivo, que en el caso en estudio no puede ser otro que el dolo, dado que la figura culposa no está prevista como infracción en la ley.* La Corte, en providencia de fecha 13 de diciembre de 1974, CONFIRMA la del Tribunal Superior de Pereira de 25 de septiembre del mismo año por medio del cual se sobreseyó definitivamente en favor del doctor Hernando Salazar Patiño, sindicado del delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: Doctor Jesús Bernal Pinzón 1133

DILIGENCIAS DE INDAGACION PRELIMINAR AL AUTO QUE ORDENA ABRIR INVESTIGACION.— *El artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, consagra una inequívoca facultad para que el funcionario investigador realice la investigación preliminar, cuando la* notitia criminis *que ha llegado a su conocimiento ofrece serias dudas en cuanto a la existencia del hecho, o en cuanto a su previsión legislativa o a la existencia de algún obstáculo procesal para que la acción penal pueda iniciarse.* — La Corte, en providencia de fecha 13 de diciembre de 1974, CONFIRMA la del Tribunal Superior de Bogotá de 16 de sep-

Págs.

tiembre del mismo año por medio de la cual se ordenó cesar todo procedimiento en favor del doctor Pedro Kronfly Kronfly sindicado del delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor Federico Estrada Vélez 1137

PECULADO.— *Cierto es que no teniendo el personero municipal la facultad de administrar los bienes del municipio, no puede ser, en casos como el sub judice autor del delito de peculado, porque es indubitable que el Código Penal considera como tal al sujeto que ha realizado la conducta descrita en el modelo legal (Art. 150), esto es, a aquel que ha tenido una conducta típica, concretamente hic et nunc al funcionario público que ha dado a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquellas a que están destinados. Mas puede darse el concurso de personas en un delito propio o especial como el peculado, siendo para ello esencial que el autor o autores sean sujetos calificados, pues que, según se ha dicho, son los únicos capaces de realizar una conducta típica.* — En providencia de 14 de diciembre de 1974, la Corte CONFIRMA la de 21 de agosto del mismo año, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual llama a juicio a Marco Antonio Borrero Pacheco por el delito de peculado. Magistrado ponente Doctor Mario Alario Di Filippo 1139

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ALTA CORTE DE JUSTICIA

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra fue impresa en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.

(Una empresa editorial y humana al servicio de la Rehabilitación del Recluso).

Bogotá, D. E., 1978