

## **EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL**

### **LOS DELITOS DE FALSA IMPUTACIÓN Y FUGA DE PRESOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL**

*Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra*

**TEMA I. FALSA DENUNCIA. EL ESCRITO ANÓNIMO Y LA DENUNCIA. CONCEPTOS. CONDICIONES PARA QUE SE PRODUZCA LA ACTIVIDAD DEL APARATO JURISDICCIONAL.**

.....

“En el contenido del escrito se observa que hay imputaciones de diverso orden, unas orientadas a destacar inconformidad por el trato laboral que reciben los trabajadores de la Empresa ´ Electrodomésticos M.M., otras tendientes a relacionar al Senador S.B. con negocios del narcotráfico, por lo cual se afirma que esta siendo investigado, y con celebración indebida de contratos.

“Sin embargo, ese comunicado anónimo no precisa ningún hecho de manera concreta, y ni siquiera es posible intentar su ampliación, pues se desconoce su autor o autores, de modo que todo se reduce a afirmaciones generales y abstractas que no pueden dar lugar a investigación penal.

“Es cierto que en ocasiones el aparato judicial se activa con la sola denuncia, pero siempre que exista claridad y precisión sobre los hechos que se ponen en conocimiento de la autoridad, de modo que de ellos se desprenda como posible la infracción de la ley penal, o que por lo menos haya a que acudir para solicitarle que los aclare o amplíe. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 22 de junio de 1994 Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel).

#### **COMENTARIOS**

**TEMA II. FALSA DENUNCIA Y CALUMNIA. HIPÓTESIS DE ATIPICIDAD.**

.....

“En esta conducta no puede incurrirse por la vía de solicitud que el ciudadano dirija el órgano competente al Estado en aras de que se investigue o se verifique un determinado comportamiento con aparente perfil irregular, o por medio de la denuncia oral o escrita a la autoridad correspondiente, porque ello significaría un inaceptable recorte del ejercicio del derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional, y freno inusitado al deber legal que tiene todo ciudadano de denunciar ante el funcionario competente los hechos que aparente o realmente llevan de la impronta de ilicitud. Si así no fuera, ningún ciudadano se aventuraría a notificar los hechos irregulares de que tenga conocimiento por temor de verse luego abocado a un proceso penal por el delito de calumnia.

“Las informaciones, por severas que sean, con fines de preservar las calidades morales de los funcionarios de la administración pública, cuando se trata de cuestionar sus actuaciones por presunta vocación censurable ante la falta de transparencia, no constituye el delito de calumnia, por encontrarse ausente el ánimo exclusivo a causar daño al imputado.

“Lo que sucedería, en el evento de que los hechos denunciados resultaren falsos, es que el autor afrontaría una responsabilidad penal por Falsa Denuncia, conducta ésta prevista en el artículo 116 del C.P., lo que aquí no sucedería con arreglo a lo dicho precedentemente.<sup>1</sup> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 20 de junio de 1994, Magistrado Ponente, Doctor Jorge Carreño Luengas).

## COMENTARIOS

### **TEMA III. FALSA DENUNCIA. PRESUPUESTOS ESTRUCTURALES EN REFERENCIA A LA FALSEDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LOS HECHOS INFORMADOS SOLEMNEMENTE ANTE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL.**

.....

“El delito que imputa el denunciante a la Visitadora doctora Dolores Ortiz, y que describe el Código penal en el capítulo I del Título IV, de su libro Segundo, presupone el que con motivo de la información solemne y de unos hechos de connotación punible, se haga la afirmación de lo que es y se

conoce falso, bien la negación parcial o íntegra de lo real y verdadero (art. 166), ora la incriminación de una persona que se sabe inocente (artículo 167), y aun a la falsa autoinculpación de delitos a los cuales se es ajeno (art. 168).

“Para la ocurrencia de cualquiera de estas eventualidades de incidencia en la administración de justicia que vería desviado sus fines por inclinarse a la impunidad, desorientarla o aplicarla a la persecución de personas ajenas al delito, siempre con detrimento de sus altos fines y aun para desmedro de su imagen, sin descontar siquiera la potencialidad del daño privado, se muestra como requisito sustancial la mentira, sea porque con ella se genere el inoficioso desgaste, se frustren sus fines de investigación y juzgamiento, o se pongan a riesgo personas inocentes.

“Repasando los hechos demostrados, tiénese por el contrario, que sin callar o deformar lo conocido, sin imaginar o suponer sucesos, sin deformar la realidad, y luego de haber tenido personal conocimiento de los irregulares manejos ejecutados por el Gerente de la sucursal del Banco Cafetero en Garzón y ahora denunciante, señor Guillermo Calderón, en ejercicio de sus deberes de vigilancia administrativa, la Abogada Visitadora doctora Dolores Ortiz Salas se limito, como la ley se lo imponía, a hacer la presentación de esos hechos ante el funcionario competente para instruirlos Juez de Instrucción Criminal, Reparto de Garzón; quien le recibió la ratificación jurada de su queja.

.....

“Fácil resultaría entender, que de seguir los planteamientos del apelante, quien proclama la responsabilidad de su denunciante porque al final de la actuación se descubrió la inocuidad de su conducta frente a la ley penal, no se hallaría quien recurriera ante la Administración de Justicia para denunciar la comisión de un delito, salvo exigirle por anticipado la absoluta certeza de su punibilidad. Ninguna evidencia ha perdido el aforismo latino *da mihi factum, dabo tibi ius*<sup>1</sup> (dame los hechos que yo os daré el derecho), para comprender que el denunciante solo le asiste el deber de lealtad a la verdad en la narración de los hechos que estima relevantes para la justicia, siendo el juez la función de su valoración, para inferir en rigor la apertura sumarial o de su inhibición, y si en el primero de los casos cabe impulsar, de acuerdo con las pruebas recaudadas, cada uno de los hitos procesales, hasta el proferimiento de la sentencia.

“Si, en las condiciones expuestas, surge sin asomo de duda que la doctora Ortiz Salas se limito a cumplir con sus deberes oficiales, poniendo en conocimiento a las autoridades competentes unos hechos que hallaba de relevancia penal, sin restringirlos ni deformarlos, y menos atribuirlos a quien para ese entonces podría mostrarse de ellos inocente, su comportamiento, además de resultarle imperativo sin necesidad de esperar resultados finales de la averiguación disciplinaria (“inmediatamente”, dice el artículo 19 del C. de P.P. para fijar el termino del deber de denunciar), se hace notoriamente atípico, no solamente frente a las eventualidades sugeridas de una falsa denuncia, sino además, frente a la deleznable alternativa de un abuso de autoridad, infracción que se hallaría en mayor riesgo de afrontar, de haber actuado de manera distinta a la sabida, pues el artículo 153 del Código Penal sanciona bajo esa denominación la omisión de denuncia en que incurre el empleado oficial. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 7 de mayo de 1991)

## COMENTARIOS

### **TEMA IV. FALSA DENUNCIA Y CALUMNIA. RELACIÓN DEL DEBER DE DENUNCIA CON EL DERECHO DE PETICIÓN. MOMENTO CONSUMATIVO.**

.....

“El delito de calumnia conforme al artículo 314 del C.P. se consuma cuando se imputa falsamente a otro la comisión de un hecho punible. En esta conducta no puede incurrirse por la vía de la solicitud que el ciudadano dirija al órgano competente del estado, en aras de que se investigue o verifique un determinado comportamiento con aparente perfil irregular, o por medio de la denuncia oral o escrita a la autoridad correspondiente, porque ello significaría una inaceptable recorte del ejercicio del derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional, y freno inusitado al deber legal que tiene todo ciudadano de denunciar ante funcionario competente los hechos que aparente o realmente llevan la impronta de la ilicitud. Si así no fuera, ningún ciudadano se aventuraría a noticiar los hechos irregulares de que tenga conocimiento por temor de verse luego abocado a un proceso penal por el delito de calumnia. Las informaciones por severas que sean, con miras a preservar las calidades morales de los funcionarios de la administración

pública, cuando se trata de cuestionar sus actuaciones por presunta vocación censurable ante la falta de transparencia, no constituye el delito de calumnia, por encontrarse ausente el ánimo exclusivo de causar daño al imputado. Lo que sucedería en el evento en que los hechos denunciados resultaren falsos, es que el autor afrontaría una responsabilidad penal por falsa denuncia, conducta esta prevista en el artículo 116 del C.P.

.....

“El derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política de 1991, es un derecho público subjetivo de estirpe fundamental que tiene la persona para acudir ante las autoridades, o las organizaciones privadas que la ley señale, en procura de obtener pronta decisión en torno a una solicitud o queja suya, como que es una vía expedita de acceso directo a las autoridades que exige su pronunciamiento oportuno, aunque su objetivo no incluye el derecho a obtener una resolución determinada.

“Y como derecho fundamental, el derecho de petición es uno de los principales instrumentos con que cuenta este ciudadano para la efectivización de los mecanismos de la llamada democracia participativa - pluralidad ideológica-, como quiera que mediante él muchos otros derechos constitucionales se puedan hacer valer, como por ejemplo, el derecho a la información, el derecho a la participación política, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la protección del bien común o del interés general, entre otros.

“Y si de una denuncia se tratare, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 25, establece el deber legal que le asiste a toda persona residente en Colombia, mayor de 18 años, de denunciar a la autoridad los hechos punibles de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio, como sucede con la conducta prevista en el artículo 158 del C.P. (intervención en política)

“En fin, sea lo uno o la otra, resulta claro que el comportamiento que asumieron los denunciados, particularmente el parlamentario ....., de reclamar del Órgano de Control del Estado la vigilancia del proceso del gasto público que en ese entonces se estaba desarrollando en la administración municipal de ....., estuvo desprovisto del infundado y malicioso ánimo de causar daño al burgomaestre. Por el contrario, en el referido escrito se observa que la intención de los autores no era otra que el

aseguramiento de la pureza del gasto público y que con tal finalidad -no otra- se acudió al órgano competente en solicitud de vigilancia de ese proceso. Es decir que más que un interés particular la información estaba encaminada a procurarse la defensa del interés general, que demanda un limpio y pulcro manejo del erario público.

“Como bien se sabe, el delito de calumnia que se ha denunciado, conforme al artículo 314 del C.P. se consuma cuando se imputa falsamente a otro la comisión de un hecho punible.

“No puede hablarse de que en el escrito se hubieran hecho imputación concreta de un hecho punible, como el de la intervención en política (art. 158 del C.P.), porque aunque se alude a esta conducta con referencia al marco constitucional (art. 355), del documento no se infiere ninguno de los elementos materiales o normativo del tipo penal.

“En esta conducta no puede incurrirse por la vía de la solicitud que el ciudadano dirija al órgano competente del Estado en aras de que se investigue o se verifique un determinado comportamiento con aparente perfil irregular, o por medio de la denuncia oral o escrita a la autoridad correspondiente, porque ello significaría un inaceptable recorte del ejercicio del derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional, y freno inusitado al deber legal que tiene todo ciudadano de denunciar ante el funcionario competente los hechos que aparente o realmente llevan la impronta de la ilicitud. Si así no fuera, ningún ciudadano se aventuraría a notificar los hechos irregulares de que tenga conocimiento por temor de verse luego envuelto a un proceso penal por el delito de calumnia.

“Las informaciones, por severas que sean, con miras a preservar las calidades morales de los funcionarios de la administración pública, cuando se trata de cuestionar sus actuaciones por presunta violación censurable ante la falta de transparencia, no constituye el delito de calumnia, por encontrarse ausente el animo exclusivo de causar daño al imputado.

“Lo que sucedería, en el evento de que los hechos denunciados resultaren falsos, es que el autor afrontaría una responsabilidad penal por falsa denuncia, conducta esta prevista en el artículo 116 del C.P., lo que aquí no sucedería con arreglo a lo dicho precedentemente.” (Corte Suprema de

Justicia, Sala de Casación Penal, 20 de junio de 1994, Magistrado Ponente Doctor Jorge Carreño Luengas.)

## COMENTARIOS

### **TEMA V. FALSAS IMPUTACIONES ANTE LAS AUTORIDADES Y FALSO TESTIMONIO. CONCURSO APARENTE**

“Los delitos de falsas imputaciones ante las autoridades y falso testimonio vulneran el bien jurídico de la administración de justicia y no es posible que concurren cuando se trata de una sola conducta, porque ante un conflicto aparente de normas se impone el principio fundamental del *non bis in idem*.

.....

“Consagra el Código Penal entre los delitos contra la administración de justicia, en el Libro Segundo, título IV, Capítulo Primero, bajo la genérica nominación de “falsas imputaciones ante las autoridades” diversas conductas típicas con las cuales se puede vulnerar dicho bien jurídico, pero por su propia descripción, cada una de ellas contiene elementos especificantes que las tornan excluyentes entre sí al momento de realizarse el proceso de adecuación.

“El delito de “falsas imputaciones ante las autoridades”, entendido autónomamente, no existe en nuestra legislación penal. Cosa distinta que al conjunto normativo integrado por la falsa denuncia y la autoacusación, el legislador los haya integrado bajo tal genérica nominación.

“Ahora, el “falso testimonio”, si bien se encuentra entre los delitos con los cuales se vulnera el bien jurídico de la administración de justicia, al encontrarse descrito en el capítulo Segundo del citado título IV, no corresponde a las “falsas imputaciones ante las autoridades”, sino a un delito diverso, así aquel y estos tiendan a tutelar idéntico bien jurídico.

“No es posible, por tanto, imputar el delito de “falsas imputaciones ante las autoridades” y menos aun, en concurso con el de “falso testimonio” como lo hizo Francisco L.H. contra C.S.; pero aun entendiendo que de conformidad con los hechos denunciados, estos se refieren a la falsa

denuncia contra persona determinada, no sobra anotar, que aun en esas condiciones, no es posible concurso.

“La autonomía de las descripciones típicas, implica la individualización de las conductas y cuando se trata de un asola, impera determinar si procede su múltiple adecuación en desarrollo del fenómeno concursal o si se trata de un conflicto aparente de normas necesario de establecer para no violar el fundamental principio del non bis in idem, que es lo que sucede en este caso, toda vez, que el delito de falsa denuncia contra persona determinada descrito en el artículo 167 del Código penal, contiene el de “falso testimonio” del artículo 172 ibídem, pero delimitando la conducta en el sentido de que no es necesario, únicamente, que se falte a la verdad en una actuación judicial o administrativa bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, sino que esa falta de verdad se concrete en una denuncia y que consista en imputarle a una persona la autoría o participación en un hecho punible que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte.

“Si prevalece el delito de “falsa denuncia contra persona determinada” ante el de “falso testimonio”, no es dable colegir que una denuncia sea falsa hasta que no se haya tomado una decisión definitiva en el respectivo proceso, por medio de la cual el juez declare que la imputación hecha no era cierta, antes no es posible llegar a tal conclusión por cuanto las afirmaciones hechas en la denuncia estén en vía de investigación por esto es que al haberse inhibido el juez denunciado al iniciar sumario contra C.S. por no haber dicho la verdad en la citada denuncia, obre legalmente”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 20 de agosto de 1983, Magistrado Ponente Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.).

## COMENTARIOS

### **TEMA VI. DENUNCIA PENAL. REQUISITOS QUE DEBE LLENAR, PARA QUE PUEDA SERVIR DE FUNDAMENTO A LA APERTURA DE INVESTIGACIÓN.**

“Para que una denuncia pueda considerarse tal es preciso que en ella se indique la ocurrencia de un hecho concreto específico definido como delito en el Código Penal, con determinación de “todos los pormenores que conozca el denunciante” (artículo 14 del Código de Procedimiento Penal), de manera que el funcionario correspondiente pueda disponer de los

elementos fácticos indispensables para ordenar o para negar la iniciación de la respectiva investigación criminal y, en caso de que decida iniciarla, para que más tarde, en caso de temeridad del denunciante, pueda ser éste responsabilizado penalmente si sus imputaciones han sido falsamente formuladas.

“Las simples irrespetuosas, ofensivas en injuriosas manifestaciones hechas contra la administración de justicia, sus jueces o sus decisiones, no pueden ser considerados, en modo alguno, hechos concretos delictuosos como aquellos que, de acuerdo con el procedimiento penal, fundan la práctica de diligencias preliminares a la iniciación de investigaciones criminales.

“No existiendo, como resulta evidente que no existe, en este caso, denuncia con fundamento en la cual la Corte pueda disponer averiguación o investigación penal alguna, procede dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual no puede iniciarse sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse” .... (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2 de diciembre de 1980, Magistrado ponente: Dr. Dante L. Fiorillo Porras)

## COMENTARIOS

### **TEMA VII. FALSA DENUNCIA. INEXIGIBILIDAD DE LA CERTEZA PARA EL DENUNCIANTE. DEBER DE VERACIDAD.**

.....

Fácil resultaría entender, que de seguir los planteamientos del apelante, quien proclama la responsabilidad de su denunciante porque al final de la actuación se descubrió la inocuidad de su conducta frente a la Ley penal, no se hallaría quien recurriera ante la Administración de Justicia para denunciar la comisión de un delito, salvo exigirle por anticipado la absoluta certeza de su punibilidad. Ninguna vigencia a perdido el aforismo latino del “da mihi factum, dabo tibi ius” (dadme los hechos que yo os daré el derecho), para comprender que el denunciante solo le asiste el deber de lealtad a la verdad en la narración de los hechos que estima relevantes para la justicia, siendo del Juez la función de su valoración, para inferir en rigor la apertura sumarial o de su inhibición, y si en el primero de los casos cabe impulsar, de acuerdo con las pruebas recaudadas, cada uno de los hitos

procesales, hasta el proferimiento de la sentencia”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mayo 12 de 1993 Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

## COMENTARIOS

### **TEMA VIII. FALSA DENUNCIA. RELACIONES CON EL PROCESO A QUE PUEDE DAR ORIGEN.**

.....

“Resulta pertinente, como primer punto, resaltar que el concepto del denunciante es equivocado en cuanto estima que en su queja que dentro de esta actuación se puede revisar el proceso que dio origen a la acusación que formula. Surge erróneo este parecer, puesto que la Sala no puede erigirse en Tribunal de tercera instancia que le permita -so pretexto de una investigación penal- revocar las determinaciones que se hayan producido en otra actuación procesal, o variar en modo alguno las decisiones judiciales allí tomadas.

“Ahora bien, compele si a la Corte determinar sí dentro de aquel proceso en que también fuera denunciante ..., los funcionarios que intervinieron en las diversas instancias tomaron decisiones manifiestamente contrarias a la Ley y por ello incurrieron en delito de prevaricato, en cuyo caso, se ordenara la apertura de la investigación separada o conjuntamente, según se revelare del análisis pertinente.

“En la providencia de la primera instancia el Juez ..., luego de hacer una reseña de las pruebas aportadas al proceso en forma por demás detallada y analítica, examina uno a uno los comportamientos denunciados. Respecto al delito de Estafa, estima el funcionario que no aparecen demostrados los ardides, artificios o engaños se que se hubiera valido los acusados para inducir en error al denunciante, apreciación que surge de un recto entendimiento de las negociaciones celebrada entre el denunciante y sindicato, según lo acreditaron no solamente los diversos testimonios recogidos en la investigación sino también los varios documentos aportados al proceso bien por las partes o durante una diligencia de inspección judicial que practicara el mismo instructor.

“En el examen de los hechos y pruebas no ve la Sala contrariedad alguna con las normas legales correspondientes, puesto que efectivamente se acreditó en aquel proceso que los hechos denunciados como un delito de estafa no respondían a la presentación acomodada que de los mismos hiciera el señor ..., sino que a través de los documentos existentes entre los mismos, que recogían los diversos acuerdos de las partes se comprobó que se trataba de simples convenios de carácter civil ante el incumplimiento en que incurriera el quejoso en el pago de las deudas por él contradas.

“En efecto, inicialmente ..., vendió un vehículo que estaba gravado con un pacto de reserva de dominio en tanto que de él se debía una parte de su precio a la firma ... (la camioneta...); posteriormente, cuando el quejoso compró el vehículo..., incumplió los plazos convenidos para su pago y por ello -de común acuerdo con el vendedor según consta en el documento correspondiente- convinieron las partes en deshacer el trato imputado la parte del precio de esta a la satisfactoria de las deudas con ..., de donde aparece con claridad que ni tan siquiera los incriminados obtuvieron provecho ilícito en aquellos negocios, menos aun utilizaron medios engañosos para violentar del denunciante.

“Así las cosas, y aceptando el análisis concienzudo que sobre este punto hizo el señor Juez ..., se debe concluir que por este aspecto el citado funcionario no dictó providencia manifiestamente contraria a la ley sino que, por el contrario, su decisión está respaldada por los postulados legales que gobiernan la materia.

“No es diversa la situación de los Magistrados denunciados. En efecto, si bien en forma más breve, ellos también se encargaron de analizar los hechos materia de la denuncia y las diversas pruebas recaudadas en la investigación, concluyendo que efectivamente ..., vendió al denunciante el vehículo marca..., sobre el cual se reservó el dominio tanto su precio fuera cancelado en su totalidad por el comprador quien incurrió en mora en el pago, razón por la cual -según lo comprueban los documentos aportados al proceso- llamó al vendedor a su deudor a fin de que arreglaran el inconveniente así surgido, a lo cual accedió el denunciante devolviendo la posesión que hasta aquel momento tenía sobre el vehículo y consintiendo que la parte del precio se habrá pagado se amputara a la deuda que el mismo tenía con ..., esto es, acepto que el señor ..., que ..., pagara por él, con los dineros antes entregados, las cuotas que a su vez debía en la firma

comercializada para sanear, de esta forma, la camioneta marca ... que había vendido al señor ...

“Así examinados los hechos, no se ve contrariedad en la providencia con la ley, tampoco por el aspecto referente a la presunta coacción que se ejerciera en contra de ..., quien alegándola, no apporto el mas mínimo elemento de prueba de su existencia, ni se logro demostrar a través de la completa investigación que realizara el funcionario instructor.

“En torno a la falsa denuncia presuntamente formulada contra el denunciante, no ve la Sala motivo alguno para ordenar la investigación penal de los hechos denunciados puesto que, si bien se formula una acusación por el presunto delito de estafa, en ella no se hizo cosa diversa a poner en conocimiento de las autoridades judiciales unos hechos ciertos que habían ocurrido -la venta de la camioneta marca a ..., cuando el vehículo tenía pacto de reserva de dominio-, y si el funcionario por entonces competente no considero delictiva aquella conducta, no por solo este hecho puede predicarse la comisión del delito contra la administración de justicia que considera tipificado el señor ... Ello porque la simple, denuncia, fundada en hechos que realmente tuvieron ocurrencia y con la presentación cierta de los mismos, no se adecua a la descripción del artículo 167 del Código Penal que exige que denuncie a una persona como autor o participe de un hecho punible que no haya cometido, pero, no puede exigirse a un particular que califique inequívocamente la calidad de delito que puedan tener los hechos puesto en conocimiento de las autoridades, ya que aquella función corresponde al juzgador, funcionario del estado que debe determinar si los hechos pueden o no adecuarse a las descripciones contenidas en la ley penal.<sup>1</sup> (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 26 de junio de 1989, Magistrado Ponente Doctor Edgar Saavedra Rojas).

## COMENTARIOS

### **TEMA IX. FALSA AUTOACUSACIÓN. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD.**

“Es evidente que la conducta descrita por el artículo 168 del Código Penal es de aquellas que se dirigen directa o indirectamente a poner en funcionamiento la rama jurisdiccional del poder público en sentido contrario al de su natural fin, que en otro campo no es otro que el de

perseguir y sancionar a los responsables de conductas punibles verificadas obviamente.

“En efecto, lo que trata de proteger con la sanción legislativa de esta conducta es el bien jurídico de la administración de justicia que consiste en procurar que su funcionamiento y el ejercicio de sus actividades normales no sean entrabados con actos u omisiones enderezados a falsear ante ésta lo que es cierto, o presentar como cierto lo que no existe realmente, todo dentro el ámbito de competencias judiciales previstas por los delitos.

“El delito de falsa autoacusación ha sido instituido en otras legislaciones, de manera similar a la nuestra como una modalidad criminosa específica y recibe la denominación entre otras de “autocalumnia” y “autoacusación”.

“Como se puede ver, en este modalidad inculpativa el sujeto activo sabe que no cometió el delito de que dice ser autor o participe, y en este bien puede dirigir su falsa declaración y ante autoridad a “entorpecer el curso de una investigación”, como lo exigía el inciso tercero del artículo 187 del anterior Código Penal de 1936, que estableció en la parte pertinente que “Se impondrá la misma sanción de que trata el inciso anterior, al que con el fin de entorpecer el curso de una investigación, se declare responsable ante autoridad de una infracción que no ha cometido” o a cualquier otra finalidad contraria a la marcha de la administración de justicia, favoreciendo a los verdaderos autores u ocultando otros delitos, esté o no en curso una investigación penal.

“Según se desprende de la norma acusada, la declaración ha de verificarse ante autoridad de cualquiera de las tres ramas del poder público siempre que esté en condiciones de dar aviso del hecho a los funcionarios judiciales, predicándose por el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal el deber a cargo de todo empleado oficial de poner inmediatamente en conocimiento del hecho punible ante la autoridad competente.

“La declaración capaz de construirse en infracción penal puede verificarse en diligencia jurada o no, de lo que se concluye que la comisión de la conducta descrita se puede configurar si el actor declara el hecho falso autoincriminatorio en el acto procesal de indagatoria (art. 379 C.P.P.), en la versión judicial jurada o en otra oportunidad, siempre que lo haga ante cualquier autoridad.

“Según el actor, el artículo 25 de la carta (de 1886), resulta violado puesto que la norma acusada obligaría eventualmente y de cualquier forme a todos los individuos a declarar contra si mismos en asuntos criminales; en este sentido, advierte la Corte que no comparte el cargo así formulado ya que encuentra garantizada la libertad del sujeto a confesar o no su delito, puesto que aun en el caso de hallarse bajo juramento, la declaración autoincriminatoria esta precedida de las advertencias legales sobre la libertad que le asiste de declarar o no contra sí mismo, en desarrollo de la garantía constitucional.

“Lo que no permite la norma acusada es que en el acto de declaración se falsee la verdad, se desvíe la acción de la justicia y se enerve su eficacia, perturbándose el normal ejercicio de las actividad judicial.

“Así las cosas, los individuos no son obligados a declarar contra sí mismos sino a no incriminarse falsamente, lo que es asunto bien distinto de la prohibición señalada por la Carta; además ya que la confesión, como se vio, esta sometida a reglas muy precisas que impiden que cuando se trate de la versión sobre la propia conducta el individuo sea objeto de maniobras o de cualquier forma de presión y fuerza que condicione su dicho, so pena de nulidad, no se admite la hipótesis de violación que formula el actor”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 15 de junio de 1989).

## COMENTARIOS

### **TEMA X. ABOGADO, ACTIVIDAD.**

Al abogado litigante no puede exigírsele que su criterio personal coincida con el del funcionario ante el cual aboga, ni limitarle peligrosamente su actividad forense sancionándolo por el fiel y legitimo ejercicio de esa profesión liberal.

...

“El derecho como lo tiene dicho esta Corporación, “no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas: su naturaleza teológico-valorativa enseña que ese mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula, deben ser objeto de interpretación.

“Interpretar o desentrañar el sentido de la norma es tarea esencialmente personal en la que la ley y el interprete se interrelacionan e influyen mutuamente para la solución de un caso particular. De una parte la ley con su mandato general y abstracto concebida de una manera estática en cláusulas gramaticales, de otro, el interprete, influido por sus propias vivencias culturales y por la concepción que tiene el derecho, que busca darle dinámica a esa ley particularizando para el caso concreto el mandato en ella subyacente.

“En atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea interpretativa, es fácilmente comprensible que con relación a un mismo punto jurídico puedan darse respuestas diversas, bien porque se toman distintas fuentes de solución, bien porque se difiere en el método interpretativo que se acoge. Sin embargo, esta es una constante del derecho, ...<sup>1</sup> (M.P. Dr. Luis Enrique Aldana Roza, agosto 30 de 1983).

“Si tanto el juez como el que demanda su actuación, se ven abocados a esta complejidad y a esta incertidumbre en el manejo de la ciencia con la cual trabajan, no debe dejarse de aplicar, a ambos, cierto tratamiento de igualdad. Es por esto que no es de recibo exigirle al abogado litigante que acierte siempre en el desempeño de su actividad profesional, so pena de atraer, en sus desaciertos, la apertura de un proceso penal. A este, que se debe comportar como un servidor de la justicia, no puede demandársele que su gestión este siempre coronada por el triunfo o, en otras palabras, que su personal criterio interpretativo coincida irremediabilmente con el del funcionario ante el cual aboga. Y, si como sucede en el caso sub examine, se le procesa y llama a juicio, simplemente porque considera que su cliente tiene la razón (la urbanización Z.Z. es la poseedora y propietaria y el invasor es X.X.), y, lógicamente en tal sentido adelanta su defensa, con la presentación de los argumentos que tiene por propios al logro de tal cometido y sin que pueda decirse que acudió al fraude o a la deslealtad procesal, el funcionario que así procede se aventura por los caminos del delito, porque aparece como sancionando el fiel y legítimo ejercicio de una profesión liberal y profiriendo determinaciones que deben tenerse como contrarias a la ley.

“Apoyar o mostrar indiferencia ante resoluciones judiciales como las que se critican, es asumir posición que fácilmente conduciría a limitar peligrosamente la actividad forense, privándole de adecuar, intelectual y

hasta físicamente, su modo de obrar al que en uno u otro sentido exterioriza la contraparte.

“Porque el derecho nadie posee su suprema esencia, extraña que alguien se crea su exclusivo dueño, hasta el punto de forzar al abogado a que solo asuma la defensa se su cliente cuando tenga la absoluta garantía de que sus puntos de vista van a ser compartidos, sin excepción, por quienes han de conocer del asunto, so pena de un investigación penal, sin poderse detectar un distorcionamiento maligno en la alegación, una alteración de los hechos o una desfiguración de la prueba.<sup>1</sup> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2 de septiembre de 1986, Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

## COMENTARIOS

### **TEMA XI. APODERADOS Y DEFENSORES. ACTUACIÓN.**

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

...

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

“En la elaboración de una mas exigente doctrina sobre esta materia, la Sala ha venido abandonando en recientes decisiones la exigencia de que la defensa, para que sea completa, debe ser ejercida en todas las oportunidades y por todos los medios legales, sin sujeción ni consideración a las pruebas del proceso mismo y sin subordinación al fundamento y a la prosperidad de los recursos, de las alegaciones y las pruebas y diligencias solicitadas.<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12 de Febrero de 1985, Magistrado Ponente: Dr. Dante L. Fiorillo Porras).

## COMENTARIOS

### **TEMA XII. VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA. DEFENSOR.**

Hoy con la nueva normatividad constitucional es absolutamente claro que habría violación del derecho de defensa si al tramite del sumario de adelanta sin la asistencia de un abogado. Perro, naturalmente, también se incurre en esa vulneración cuando se cuenta con la presencia formal de un abogado que no pueda cumplir con su misión técnica, porque desconoce los cargos de los cuales debe defender al procesado.

“La primera censura planteada por el memorialista es la de haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad por haberse imputado al procesado, en la resolución de acusación de segunda instancia, el delito de falsa denuncia, por el cual no se le interrogó en la indagatoria.

...

“Ya en el estudio de la causal propuesta el delegado termina por considerar que ésta no se da porque si en la indagatoria el procesado no fue interrogado sobre la falsa denuncia, tal hecho “ya se perfilaba como una de las posibles infracciones a la ley, en tanto que en tal oportunidad se contaba ya con resultados suficientes que acreditaban la maniobra fraudulenta de que se valía el inculcado por componer su coartada” y ésta circunstancia, en su sentir, no entraña motivos de nulidad porque de todas maneras las acusaciones fueron establecidas oportunamente, con total claridad y el implicado contó con tiempo suficiente para defenderse de ellas; debiendo tenerse en cuenta que fue preguntado por particularidades relacionadas con la falsa denuncia, lo que demuestra que el procesado conocía las versiones de los testigos que ponía en entredicho su coartada.

“Razón le asistía al Procurador Delegado para conceptuar que a pesar de haberse inadmitido el recurso de casación en relación con el delito de falsa denuncia, es con respecto al mismo que se ponen en tela de juicio la legalidad de todo el proceso, por cuanto su adelantamiento pueden haberse vulnerado las bases fundamentales de lo jurisprudencial y doctrinariamente se ha conocido como debido proceso o respeto a la plenitud de las formas propias de cada juicio, y en tales condiciones es evidente que la Sala debe entrar a conocer el fondo del cargo formulado para, de esta manera, garantizar la legalidad del proceso por medio del recurso extraordinario de casación.

...

“No comparte la Sala, por el contrario, la afirmación del Procurador Delegado en cuanto concluye que no haber interrogado al inculpado en la diligencia de indagatoria sobre el delito de falsa denuncia, no es irregularidad constitutiva de nulidad, basado en el argumento de que la formulación del cargo en la providencia de segunda instancia, por medio de la cual se confirmó la resolución de acusación, le dio oportunidad posterior suficiente, no solo para enterarse de la totalidad de las imputaciones, sino para defenderse de ellas. Y nos apartamos de tal conceptualización porque ello significaría desconocer la importancia de la etapa sumarial, y la relevancia de la indagatoria dentro del proceso penal, lo que evidentemente sería inadmisibile. Precisamente, por su trascendencia, a la declaración rendida por el sindicado se le ha denominado diligencia de descargos y, ha dicho la doctrina, que es fundamentalmente un medio de defensa, pues en realidad es el primer enfrentamiento entre la actividad represora del Estado y el individuo que recibe la imputación, mediante el cual el primero le da a conocer al segundo los hechos que son objetos de investigación y que motivan la sindicación, para que se defiendan de ellos, bien sea negado su autoría, o aceptándola pero planteando causales de justificación o inculpabilidad, o esgrimiendo circunstancias de atenuación; razones éstas por las cuales se alude a ello como un medio de defensa,

...

“Es importante la defensa en el sumario o investigación porque en la nueva Carta Política se vino a dilucidar esa vieja controversia doctrinaria y jurisprudencial respecto a si el ejercicio del derecho a la defensa era trascendental en las dos etapas del proceso o si era mas importante en la

etapa de juzgamiento que en el de la instrucción, al disponerse claramente en el art. 29 que “Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...”.

“Que el procesado sea interrogado de manera clara y precisa sobre los hechos constitutivos de infracción a la ley penal y sobre las circunstancias ajenas a ellos, constituye verdadero requisito de procedibilidad para que pueda ejercer plenamente al derecho a la defensa; porque no basta cumplir formalmente la exigencia constitucional de que el sindicado esté asistido por un abogado durante la investigación, porque si no se le han concretado los cargos por los que se procesa, es obvia la imposibilidad de que aquella pueda ser ejercida técnica o materialmente, E insistimos, nadie puede defenderse de cargos desconocidos, abstractos, gaseosos y de nada servirá la existencia formal de un defensor durante la investigación, si las imputaciones no existen para poder defenderse de ellas.

“Hoy, con la nueva normatividad constitucional, es absolutamente claro que habría violación al derecho de defensa si el tramite del sumario se adelanta sin la asistencia de un abogado. Pero, naturalmente, también se incurre en esa vulneración cuando se cuenta con la presencia formal de un abogado que no puede cumplir con su misión técnica, porque desconoce los cargos de los cuales debe defender al procesado.

“Es tan importante la existencia de la imputación como fundamento para poder concretar el derecho de defensa, que uno de los derechos del capturado con forme a lo previsto en el art. 377 del C. de P.P. es el de ser informado “sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó”; y así debe ser porque ante el desconocimiento del hecho que se imputa y de quien se realiza la investigación, surge la imposibilidad material de defenderse.

“El texto gramatical de la norma parcialmente transcrita no es, entonces, puramente ritual, sino que por el contrario contiene el sustrato material indispensable para que la defensa pueda formalizarse y que además tiene profunda raigambre en la normativa internacional de los derechos humanos y de manera concreta en la garantías judiciales amparadas en las convenciones sobre la protección de tales derechos, Es por ello que el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en

plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada por ella”; norma que se repite en la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 8.2 al establecer : “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: “b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

“La trascendencia que se da a éste detalle aparentemente sin mayor relevancia, precisamente obedece a lo advertido en precedencia, esto es, que sin una acusación es imposible concretar en la realidad la defensa como tal, hasta el punto de llegar a ser tanto o más importante que la misma presencia del defensor, porque sin éste, por lo menos es posible la defensa material que ejerce en su propio beneficio el procesado, pero sin el conocimiento de la imputación, aun con la asesoría de los mas expertos abogados, y no solo no será posible la defensa técnica, sino inclusive la defensa material.

“Tampoco puede aceptar como válida la argumentación del Delegado de que en la indagatoria al implicado se le enfrento a la declaración del testigo K.K. , quien había hecho un relato sobre la coartada que aquél estaba preparado y que como no sabia de la existencia de la falsa denuncia, no era indispensable que se le formular la imputación en la diligencia de indagatoria. Ello significaría tanto como sostener que en los casos de flagrancia, o en aquellos donde esta establecida inequívocamente la autoría del hecho investigado, no es menester la indagatoria o que en el decurso de la misma se interrogue sobre el hecho delictivo que motiva la investigación; porque es claro que el conocimiento por parte del procesado del hecho delictivo que se investiga y que se imputa, no descarta la necesidad de la indagatoria, ni que sea interrogado al respecto, porque precisamente lo que se busca con ésta diligencia como medio de defensa es que se proteja de dicha imputación y que pueda hacerlo negando la autoría, atribuyéndosela a un tercero, o presentando una justificación o causal de inculpabilidad o cualquier circunstancia de atenuación genérica o específica, que de una u otra manera haga onerosa su presencia en el proceso penal”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y dos, Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas).

## COMENTARIOS

**TEMA XIII. EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACÍA POR LOS EMPLEADOS DEL ORDEN JUDICIAL O DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

“Interpretación y aplicación del artículo 179 del Código Penal. Recuento y análisis de las doctrinas sostenidas por la Corte. Tipicidad y atipicidad de conductas”.

“El artículo 179 del Código Penal vigente sanciona con arresto de un mes a dos años e interdicción en el ejercicio de funciones públicas por el mismo término a “los empleados del orden judicial o a los Agentes del Ministerio Público, que fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogaren en ellos, aunque estén en uso de licencia o que aconsejaren a cualquiera de las partes litigantes.

“Esta disposición se inspiraba, posiblemente, en el artículo 17 del Código Judicial anterior (Ley 105 de 1931), según el cual “los empleados del orden judicial y los del Ministerio Público no pueden ser mandatarios de profesión en negocios de ninguna especie, ni abogar en asuntos judiciales o administrativos, ni ejercer el cargo de albaceas o ejecutores testamentarios, aunque estén en uso de licencia. Cuando tengan que litigar en causa propia, deben constituir apoderado. Tampoco pueden hacer parte de directorios políticos, ni intervenir en debates de este carácter”.

“Esta disposición no fue reproducida en el nuevo Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 1019 de 1970).

“Esto no obstante, durante la vigencia de la norma transcrita, esto es, el artículo 17 del Código Judicial anterior, la Corte, venía aceptando que, en determinadas circunstancias, no cometían el delito en cuestión los jueces que intervenían en los procesos penales seguidos contra ellos.

“Entre esas circunstancias estaban la de que el funcionario acusado hubiera constituido apoderado para su defensa, no obstante lo cual actuara en ella.

“Así en providencia de cinco (5) de julio de 1948, en que se presentaba la situación que se acaba de mencionar, la Corte dijo:

“Aplicados estos principios al caso *sub judice*, se concluye que las peticiones del Juez acusado, dirigidas al funcionario que le había embargado el sueldo, par que -con vista en el certificado de depósito anexo al memorial- lo desembargara y para que pusiera a disposición del acreedor la suma depositada en el Banco y, como consecuencia, le entregara cancelada la letra de cambio, tales peticiones -se repite- no constituyen la acción de “abogar” (defender en juicio) en asuntos judiciales que sanciona la ley penal; la habrían constituido si, planteada la controversia con la negativa del acreedor a recibir el pago o con la presentación de la demanda ejecutiva, el Juez ...., no hubiera otorgado -como lo otorgó- poder especial para su defensa y la hubiera asumido en persona” (Gaceta Judicial, tomo LXIV, número 2060 - 2061, pag. 572).

“En otra oportunidad la Corte consideró que tampoco se daba la infracción penal comentada, esta vez por haber pedido el sindicado, en un memorial dirigido al Tribunal, se practicaran las pruebas que había solicitado en su indagatoria.

“Dijo así la Corte en aquella oportunidad:

“En cuanto al delito de abuso de autoridad, consistente en el hecho de que el acusado, en su condición de Juez y sindicado hubiera presentado un memorial para que se recibieran las pruebas solicitadas en su indagatoria, estima la Sala que el hecho no es constitutivo de delito, porque no habiéndose practicado las pruebas por parte del funcionario investigador y siendo ellas una consecuencia directa de su declaración indagatoria, nada mas natural que ese hecho se cumpliera de oficio sin petición de parte, pero como ese deber fue omitido, la solicitud para que ellas se practiquen no implica necesariamente una intervención para alegar sino simplemente el requerimiento de un deber para que el funcionario cumpla lo solicitado en su indagatoria” (auto de junio 21 de 1957, Gaceta Judicial, Tomo 2183 LXXXV, pag. 455).

Empero, con posterioridad la Corte expresamente rectificó esas doctrinas, lo que hizo en providencia de 15 de septiembre de 1971 en la que dijo:

“El inciso primero del artículo 179 del estatuto represor describe tres formas específicas de abuso de autoridad que se manifiestan cuando el agente (no cualquier funcionario público, sino exclusivamente los de las ramas Judicial y del Ministerio Público) acepta la ajena representación

para actuar ante los Jueces o las Autoridades Administrativas de las distintas esferas o cuando simplemente aboga ante ellos; o cuando aconseja a alguna de las partes vinculadas por la acción o la pretensión. Todas estas actividades violan la independencia de la administración pública general, la fidelidad debida al servicio que se presta y la rectitud del comportamiento oficial, que debe mantenerse al margen de preferencias y desvíos.

“En lo que concierne concretamente al hecho de abogar, la norma compromete al funcionario Judicial o del Ministerio Público que sin recibir poder ni convertirse en consejero de éste u otro litigante, actúa en interés propio o ajeno, con instrucciones especiales o sin ellas, como ocurren en la agencia oficiosa, tratando de obtener determinada resolución, cualquiera que sea el empleado público a quien se dirija (nacional, departamental, municipal, de establecimiento públicos, o instituciones de utilidad común). No es necesario ni mucho menos indispensable, que esa labor se cumpla dentro de un proceso civil, penal, laboral, o administrativo, ya que la ley no establece suerte de restricciones. Por el contrario, su sentido es amplísimo e incurre en la prohibición al agente especialmente señalado en su texto que se empeñe en gestiones ante cualquier autoridad, de cualquier dependencia y sea cual fuere el fin perseguido o del reclamo en curso.

“El precepto no establece limitaciones y por eso habla de “asunto”, o lo que es igual, de los negocios de que conocen los empleados públicos, a través de un proceso o de una situación determinada, cuestión que referida con el verbo “abogar”, que no solo significa defender en juicio, sino también interceder por alguien, alegar en su favor, reclamar algo, prestar auxilio o protección a personas o cosas. Mas aun, la acción de abogar no tiene el sentido parcial de defender verbalmente o por escrito, sino igualmente, la de impugnar una conducta o una aspiración, ya que uno y otro extremo son manifestaciones del derecho y la justicia se ejerce a través del conflicto planteado por ellos. Detenerse en las acepciones del diccionario de la Academia de la Lengua, que reducen a la acción sin tener en cuenta el artículo 27 del Código Civil, según el cual las palabras técnicas deben tomarse en el sentido que les den los que profesan la ciencia o el arte en que esas palabras se emplean, es tanto como negar a la norma su extensión y finalismo tutelares. Aboga, pues, el que defiende y el que acusa, el que intercede y el que se opone, el que habla en pro de alguno y el que pide se niegue el favor, el que reclama una cosa y el que niega legitimidad u oportunidad de la reclamación.

’ ... Para el derecho, como quedó expuesto, aboga quien interviene ante cualquier autoridad con fines defensivos o de impugnación. En otra forma se dejará de aplicar el artículo 179. Para la Academia, solo aboga el que defiende. El artículo 27 del Código Civil obliga a acoger la significación lógico jurídica, según la cual la norma se construye para que opere, y donde ella no distingue tampoco corresponde distinguir al intérprete. Además, se repite que la norma no habrá de abogar en juicio, sino en “asuntos”, expresión esta de mayor significado gramatical y de mas amplios alcances jurídicos” (Gaceta Judicial CXXXIX, pags. 367 y 368).

"Como se observa por las anteriores transcripciones la Corte ha sostenido dos puntos de vista sobre la intervención de un Juez de la República en causa propia: la una (contenida en las doctrinas primeramente transcritas), que permiten esa intervención en causa penal que se le siga al funcionario y cuando éste se halla debidamente representado por apoderado o defensor constituido al efecto, limitándose la actuación del funcionario a coadyuvar o corroborar la del defensor o a insistir en algo que ha solicitado verbalmente en las oportunidades que para hacer tal clase de intervenciones ha tenido en el proceso v. gr. durante la indagatoria.

“La otra, sostenida en la doctrina cuyos apartes pertinentes se han transcrito en último término y en la cual se afirma la ilicitud de la intervención del funcionario en asuntos de cualquier clase y ante cualquier autoridad, así haga en defensa de sus propios intereses.

“Conviene, a efectos de la decisión que debe tomarse en el presente proceso, precisar que la Corte no se ha detenido a examinar específicamente el derecho de defensa que corresponde a toda persona acusada ante autoridades judiciales o de policía y que, a juicio de la Sala, ostenta particularidades que es preciso examinar.

Porque aun cuando la Constitución Política no consagra expresamente ese derecho, como sí lo hacen otras, v. gr. la de la República Argentina, es indudable que existe y no solo en calidad de derecho natural, inherente a todo ser humano, sino como derecho subjetivo, reconocido explícitamente por normas legales.

“Esto último es lo que hace el artículo 116 del Código de Procedimiento Penal, que señala las facultades del procesado en su defensa, expresando que éste puede “sin necesidad de apoderado, solicitar la práctica de

pruebas, interponer recursos, desistir de los mismos, solicitar la excarcelación, la condena y la libertad condicionales, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que autorice la ley”.

“O sea que el derecho de defensa en los procesos en asuntos penales está expresamente consagrado por la ley, de un modo concreto, referido a los actos procesados más importantes y a los demás que autoricen las normas legales pertinentes y con un titular claramente definido.

“Sentada esta premisa se debe entrar a examinar si puede ejercerse aun en los casos descritos por el ordenamiento penal como delito, esto es, si también es justificado su ejercicio aun cuando revista formas exteriores típicamente delictuosas.

“Esto conduce el análisis a la existencia de la causal de justificación conocida como ejercicio de un derecho que muchas legislaciones, entre ellas la italiana, la española, la argentina. etc. consagran en los códigos penales.

“Entre nosotros si bien aparece en el de 1980 (artículo 29, aparte 3º), no ocurre lo mismo con el de 1936, que guarda silencio sobre el particular.

“Ocurre, empero, que este ordenamiento penal surgió respecto a la existencia de esta causal de justificación, los lineamientos del italiano de 1889, a tal punto que copió, caso al pie de la letra, el numeral primero del artículo 49 que dice: “No es punible quien ha cometido el delito: 1º por disposición de la ley u orden, que estaba obligado a obedecer, de autoridad competente”

“En la disposición de la ley vieron los autores italianos que comentaron el mencionado código, la consagración de la causal de justificación consistente en el legítimo ejercicio de un derecho.

“Allí deben buscarla también los colombianos ya que la ley es fuente no solo de deberes sino también de derechos.

“Ya se ha visto cómo la legislación colombiana (artículo 116 del Código de Procedimiento Penal), consagra expresamente el derecho de defensa.

“Se cumple así uno de los primero requisitos para que se justifique el hecho a través de esta causal, a saber, que se trate uno de una pretensión abstracta sino de un derecho concreto, subjetivo o sea consagrado por la ley, perteneciente a quien pretende ejercerlo.

“Por lo que hace a las otras dos factores que condicionan a dicho ejercicio, a saber, la capacidad y el ejercicio legítimo, no hay duda de que quien tiene capacidad penal, es decir, puede ser sometido a las leyes penales, tiene también la de defenderse bien sea directamente ora por intermedio de apoderado, en los casos que la ley ordena debe constituirse (v. gr. artículo 386 Código de Procedimiento Penal).

“En cuanto a la legitimidad de su ejercicio, se refiere este requisito a que la facultad de defenderse es limitada, como lo son las demás causales de justificación, y debe ejercitarse dentro de las condiciones que la ley consagra.

“Es de advertir que en esta causal no obra, con el mismo imperio que en las demás al limitante de la necesidad ya que el ejercicio del derecho no está sometido a ella pues quien es titular del mismo puede ejercerlo cuando a bien lo tenga.

“Esto hace que no deba requerirse para su ejercicio la imposibilidad de que intervenga un apoderado bien porque en determinado momento no haya sido designado, ya porque, habiéndose nombrado, no puede obrar en cualquier caso.

“Los límites del derecho de defensa dentro de los procesos penales, están señalados por las normas del Código de Procedimiento de la materia y a ella debe ajustarse el procesado.

“Intimamente relacionado con el derecho de defensa, se encuentra el de petición que puede ejercitarse, ciertamente, dentro de un proceso, pero también fuera de él, debiendo distinguirse la facultad que tienen las partes en un juicio de ejercer los derechos que la ley les concede en su carácter de tales, de la que tiene todas las personas de dirigirse a las autoridades formulándoles peticiones respetuosas consagradas por el artículo 45 de la Constitución Nacional y que reglamentan varias normas legales.

"Pertenece esta última, como lo dice la disposición constitucional citada, a todos y se ejercita, según se expresa en el mismo artículo "ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular".

"Su ejercicio no implica, en forma alguna, litigación. No se pone en acción en situaciones de contención aún cuando se haga, algunas veces dentro de diligencias que no implican enfrentamiento de partes o de intereses en litigio.

"De ahí que mientras el derecho de defensa solo puede ejercerse directamente por un funcionario de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público dentro de un proceso penal seguido en su contra en tanto que para toda otra clase de litigios debe constituir apoderado, el de petición puede ejercerlo en forma personal en cualquier oportunidad no contenciosa.

"Les es posible, por ejemplo a dichos funcionarios formular peticiones dentro de un diligenciamientos de prestaciones sociales, o para asuntos puramente administrativos o fiscales, siempre y cuando, se repite, que no se trata de juicios laborales, ni administrativos ni fiscales, casos, estos últimos, en que deben constituir apoderado.

"De no ser así incurrirán en las sanciones previstas por el tantas veces citado artículo 179 del Código Penal.

"Para saber cuándo se está o no dentro de las circunstancias que menciona esta norma, es muy importante tener en cuenta el derecho protegido a través de ella.

'....se trata, como lo ha dicho la Sala, de la independencia de la administración pública y la rectitud del comportamiento oficial, en cuanto los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, no deben intervenir en asuntos en que se debaten intereses enfrentados, echando el peso de la autoridad en favor de una de las partes. Porque la intervención de quien está investido de tales funciones oficiales, rompe el necesario equilibrio que debe haber, en esos casos, entre las partes.

"Pero donde no hay ese enfrentamiento y no existe, por lo tanto, posibilidad de que se perturbe una situación de igualdad no se lesiona el bien jurídico tutelado y no puede decirse que exista el daño que ha querido evitar el precepto que rige la disposición penal.

“Esto implica dos cosas:

- a) Que el ejercicio de un derecho, ya sea el de defensa o el de petición, justifica el hecho;
- b) Que dicho ejercicio hace atípica la conducta.

“No hay oposición entre ambas situaciones.

“Ciertamente, se ha sostenido como regla general, que las causales de justificación no hacen atípica la conducta sino que solo le quitan el carácter antijurídico. Son comportamientos típicos justificados por normas permisivas que son aquellas que seleccionan entre las conductas prohibidas o castigadas algunas que pueden ser ejecutadas.

“Pero el ejercicio de un derecho tiene naturaleza especial hasta el punto de que se ha sostenido que no es una verdades causal de justificación porque no está precedido de ninguna norma prohibitiva. No tiene, por lo tanto, carácter permisivo: quien ejerce un derecho lo hace en forma directa e inmediata a la fijación del mismo encabeza suya y sin más requisitos que los que señala la ley, cuando lo hace.

“No se puede hablar en estos casos de enfrentamiento de bienes, como ocurre con las demás causales de justificación, en presencia de las cuales la ley señala el más valioso para permitir que se preserve con sacrificio del que se le opone.

“Por ello se dice que el ejercicio de un derecho aunque asuma aparentemente una forma típica y antijurídica es, en realidad, una conducta atípica.

“Lo es porque la tipicidad legal se compone de la formal más la llamada “conglobante” que consiste en la oposición de la conducta al orden jurídico general.

“Este es unitario. Vale decir: no puede una norma cualquiera de dicho orden declarar ilícitos lo que otra tiene como lícito, prohibir una lo que la otra permite, v. gr. lo que es legítimo para el derecho constitucional, no puede ser ilícito para el penal.

“Cuando una norma jurídica hace lícito un hecho, se dice que este es atípico penalmente porque no puede ser típico lo que constituye el ejercicio de un

derecho y no vulnera, por lo tanto, ningún bien jurídico (*que jure suo utitur neminen laedit*).

“En otras palabras: en estos casos falta, para que se integre el tipo delictivo, la lesión a un interés jurídicamente protegido.

“Este, según lo que se deja dicho, hace parte del tipo en cuanto no puede haber tipo delictivo sin lesión a un bien o interés preservado por el derecho penal.

“Por eso se ha dicho que cuando se ejerce un derecho, la conducta se torna atípica por falta de lesión al bien protegido.

“Procesalmente esto tiene consecuencias significativas: en efecto, el régimen de casación del procedimiento por ejercicio de un derecho no debe ser igual al de las demás causales de justificación ya que en éstas el hecho sigue siendo típico aunque justificado.

“Debe aplicársele entonces el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal que es la norma en que se contempla la situación a que se hace referencia en los apartes anteriores, o sea, que el hecho no puede ser considerado como infracción penal por carecer de tipicidad.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de junio de 1980, Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

COMENTARIOS