

NULIDAD/ RESOLUCION DE ACUSACION

Si bien los hechos materia de ambos procesos fueron encuadrados, en lo concerniente a la vulneración contra la fe pública, en normas diferentes, no lo es menos que corresponden a preceptos del mismo título y capítulo (Código Penal, Libro II, Título VI, Capítulo III), además de ser producto del estudio razonado e interpretación de distintos funcionarios y estar contenidas las últimas imputaciones en la diligencia de formulación y aceptación de cargos en la etapa instructiva, en la cual no se evidenciaban errores trascendentes que impidieran el proferimiento subsiguiente de un fallo anticipado, situación diferente de lo ocurrido con los primeros sucesos calificados mediante resolución acusatoria.

En tales condiciones, de conformidad con lo que ha analizado la Sala en anteriores oportunidades, por ejemplo en sentencia de fecha 4 de febrero del año en curso, radicación N° 10918, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, esa simple disparidad de criterios no conlleva una declaratoria de nulidad:

“En efecto, si la nulidad es la sanción que establece la ley para el acto jurídico que en su realización haya violado u omitido las formas preordenadas por ella misma, en principio, no podrán decretarse nulidades por razones de mérito (in iudicando), sino de regularidad en el procedimiento (in procedendo). Se trata de irregularidades en los elementos esenciales de composición de los actos del proceso, que por tener tal entidad desvirtúan en el hecho procesal su aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados.

En este orden de ideas, en lo que atañe a la nulidad de la resolución acusatoria por falta al debido proceso, sólo la justifican los vicios que impedirían proveer de fondo y dictar sentencia. Así entonces, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo de nulidad, por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el

calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación – en lugar de la autoría que piensa el juez -, o determinado la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo.

Estas discrepancias entre los funcionarios judiciales, en verdad, no obstaculizan la decisión de fondo ... sería un desbordamiento de su poder que acudiera a una especiosa nulidad por falta al debido proceso, con el fin de imponer arbitrariamente la calificación que él concibe. Cosa distinta ocurre si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia.”

PROCESO No. 10790

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Nilson E. Pinilla Pinilla

Aprobado Acta N° 87

Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ASUNTO:

Decide la Corte sobre la demanda de casación presentada por la Procuradora Novena en lo Judicial Penal ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, contra la sentencia proferida por esa corporación, confirmatoria de la anticipada emitida por el Juzgado 26 Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó a GERMAN RODRIGUEZ VASQUEZ a una pena privativa de la libertad de 37 meses y 10 días, como autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso, tentativa de estafa agravada, falsedad personal y uso de documento público falso, perpetrados en concurso.

HECHOS:

El fallo recurrido en casación definió por el mecanismo de sentencia anticipada, previsto por el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, dos procesos penales adelantados en contra de GERMAN RODRIGUEZ VASQUEZ, que se refieren a dos sucesos separados:

1° El 18 de diciembre de 1992, un individuo retiró de la empresa SINTECO el cheque N° 2161205 del Banco Real de Colombia, Sucursal Zona Industrial de Santafé de Bogotá, por \$3'199.674, girado a favor de LADIPRINT para la cancelación de varias facturas, presentando un sello con el nombre de tal entidad, título que fue consignado en la cuenta de ahorros N° 2215-31391-32, que se abrió el 21 de ese mes en Granahorrar de la carrera 10ª con calle 16, con una cédula a nombre de GIOVANNY LADINO LONDOÑO, quien era el representante legal real de la firma aludida; al presentarse el titular de la cuenta el 23 de diciembre a retirar \$3'000.000 mediante cheque de gerencia que solicitó se librara a nombre de LUIS HERNANDO PARRA, quienes atendían la operación detectaron inconsistencias en el documento de identidad, estableciendo a través del Departamento de Seguridad de la citada corporación que la cédula N° 79'538.573 a nombre del mencionado LADINO LONDOÑO era falsa, ante lo cual suspendieron el trámite y procedieron a comunicarse telefónicamente con la sociedad LADIPRINT, donde les

informaron que no habían abierto esa cuenta y que a pesar de que el gerente era GIOVANNY LADINO LONDOÑO, el cheque no lo había consignado su verdadero beneficiario, verificando posteriormente éste que el título valor había sido retirado fraudulentamente de SINTECO.

Ante la demora en materializar el retiro de fondos, quien solicitaba el cheque de gerencia salió de la corporación abandonando la cédula citada, dando lugar a que como en ésta se encontraba su fotografía y su huella dactilar coincidente con la plasmada al abrir la cuenta de ahorros, se pudiera efectuar el cotejo estableciendo que correspondía a GERMAN RODRIGUEZ VASQUEZ, con cédula de ciudadanía N° 19'380.487 de Bogotá; una vez individualizado, fue abierta la correspondiente investigación en su contra.

2° El viernes 22 de mayo de 1993, con la misma modalidad anterior, fue retirado de la fábrica de productos ETERNA el cheque N° 004902 del Banco Industrial Colombiano por \$3'672.324, girado a favor de PLASTIPACK LTDA., de lo cual se enteró el cobrador de esta empresa cuando debidamente autorizado se presentó a reclamar dicho documento, siendo informado por la empleada de ETERNA, que la entrega del título valor al suplantador se había producido pocos minutos antes, por lo cual de la entidad emisora expidieron la correspondiente orden de no pago.

Al seguirle el rastro al cheque, se detectó que luego de haber sido endosado con sellos fraudulentos a nombre de PLASTIPACK se consignó en la cuenta de ahorros N° 2004-38106-3, abierta en la corporación Colpatria, sucursal Chapinero, al supuesto nombre de EDGAR ORLANDO PINZON LENIA, con cédula de ciudadanía N° 19'129.626 de Bogotá, suplantador que fue capturado el 27 del mismo mes de mayo de 1993, cuando pretendía retirar \$3'000.000 en un cheque de gerencia; se constató que el documento de identidad exhibido, de características similares al abandonado en los acontecimientos anteriores, era falso integralmente, y que tanto la fotografía como la huella

allí estampadas correspondían a GERMAN RODRIGUEZ VASQUEZ, a quien se le había asignado la cédula 19'380.487 de Bogotá, resultando que era él la persona aprehendida.

ACTUACION PROCESAL:

Como los hechos anteriormente referidos ocurrieron en fechas diferentes y fueron investigados en procesos separados, que luego se acumularon para proferir el fallo que ahora se revisa, se relacionarán en ese mismo orden.

1° El 12 de enero de 1993 el Juzgado 68 Penal Municipal de esta ciudad ordenó adelantar investigación preliminar y el 22 de febrero siguiente abrió proceso penal, que instruyó hasta el 2 de abril de ese año, cuando al recibir el dictamen de grafología forense concluyendo la falsedad de la cédula presentada por el sindicado usando el número asignado a GIOVANNY LADINO LONDOÑO, remitió las diligencias a la Fiscalía Seccional, correspondiéndole a la 147, que avocó conocimiento el 13 de mayo de 1993.

El 2 de junio de 1993 fue escuchado en indagatoria GERMAN RODRIGUEZ VASQUEZ, siendo resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de caución prendaria, como presunto autor de los delitos de uso de documento público falso y tentativa de estafa agravada por la cuantía.

El 7 de diciembre de 1993 se cerró la instrucción, que fue calificada el 28 de enero 1994 con resolución de acusación por los punibles anteriormente referidos, decisión que al ser recurrida por el defensor, fue modificada el 25 de abril de 1994 por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, analizando que de las probanzas allegadas se deducía la existencia de los punibles de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, puesto que el procesado había utilizado la cédula de ciudadanía espuria a nombre de GIOVANNY LADINO LONDOÑO, representante legal de LADIPRINT, para abrir la

cuenta de ahorros en Granahorrar, aportando su fotografía para la elaboración de la cédula, en concurso con la tentativa de estafa, agravada por la cuantía, dado que ejecutó maniobras tendientes al retiro de \$3'000.000, que no obtuvo por la oportuna intervención de los funcionarios de seguridad de la corporación aludida.

Como consecuencia de lo anterior, varió en la misma resolución la medida de aseguramiento, por detención preventiva; al contener tal modificación se notificó (inc. 2° art. 197 C. de P. P.), cobrando ejecutoria el 9 de mayo de 1994.

El 20 de mayo de 1994 se dio inicio a la etapa de juzgamiento en el Juzgado 26 Penal del Circuito y cuando transcurría el término del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el procesado solicitó acogerse a sentencia anticipada, al tiempo que su defensor pidió acumulación con el segundo proceso mencionado, aportando constancia de haberse llevado a cabo la diligencia de formulación y aceptación de cargos ante la Fiscalía 178 Seccional, accediendo el Juzgado mediante auto de 11 de julio de 1994 a la primera petición y señalando posteriormente el 17 de agosto del mismo año para la diligencia, dentro de la cual le fue leída la resolución de acusación de ambas instancias y el procesado aceptó los cargos en su integridad.

2° En el segundo proceso acumulado la Fiscalía 178 Seccional declaró abierta la investigación el 28 de mayo de 1993; escuchó en indagatoria a GERMAN RODRIGUEZ VASQUEZ, dejándolo en libertad al finalizar tal diligencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 371 y 375 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de practicar diversas pruebas, definió su situación jurídica el 7 de junio de 1994, imponiéndole medida de aseguramiento de caución prendaria como presunto autor de los delitos de uso de documento público falso y falsedad personal, en concurso además con tentativa de estafa, sin mencionar la causal de agravación de la cuantía; al notificarse el inculcado de esta decisión, solicitó acogerse a la sentencia anticipada una vez

quedara en firme, llevándose a cabo la diligencia de formulación de cargos el 30 de junio de 1994, en equiparables términos a los de la medida de aseguramiento, los cuales fueron aceptados por el sindicato.

Remitida la actuación por reparto al Juzgado 18 Penal del Circuito de esta ciudad, el 14 de julio de 1994 dispuso el envío al 26 ibídem, el cual había decretado previamente la acumulación de los dos procesos referidos.

3° Unificada la actuación, el Juzgado 26 Penal del Circuito mediante decisión de agosto 31 de 1994 condenó a GERMAN RODRIGUEZ VASQUEZ a la pena principal de 35 meses de prisión y multa de un mil pesos, como autor responsable de los punibles investigados en la primera causa citada, decidiendo además “NO HOMOLOGAR el acuerdo consignado entre la Fiscalía y el acusado” dentro de la segunda actuación.

Esta providencia fue apelada por el defensor, procediendo el Tribunal de Bogotá a invalidar la sentencia impugnada, ordenando al juez de primera instancia dictar fallo por todos los hechos y cargos que se formularon, tanto en la resolución acusatoria como en la diligencia para sentencia anticipada llevada a cabo en la etapa instructiva en el segundo proceso acumulado.

El a quo mediante sentencia de 29 de noviembre de 1994, en acatamiento de lo anterior, condenó a RODRIGUEZ VASQUEZ a la pena principal de 37 meses y 10 días y multa de dos mil pesos, como autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, dos tentativas de estafa, uso de documento público falso y falsedad personal, cometidos en diciembre de 1992 y mayo de 1993, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El Procurador 17 en lo Judicial Penal apeló esta sentencia, aduciendo que aunque no había estado de acuerdo con la providencia del Tribunal que había anulado el primer fallo, no la había podido impugnar por cuanto contra ella no cabía recurso alguno,

analizando que si los hechos que originaron los dos procesos acumulados son idénticos, al habérseles dado calificación jurídica diferente se propicia desconcierto, inseguridad jurídica, se viola el principio de igualdad y se desconoce el debido proceso, por lo tanto, al haber aceptado el Tribunal que era acertada la enmarcación de los primeros hechos dentro de los artículos 220, 222 y 356 del Código Penal, agravado el último por la cuantía, además de ser tentado, resultaba ilógico que en la segunda actuación el otro instructor los hubiera adecuado en los de uso de documento público falso, falsedad personal y tentativa de estafa, cuando la conducta definida por el artículo 227 resulta subsidiaria frente al uso de documento público falso.

Por ello, en esta oportunidad al analizar que se daba la nulidad contemplada en el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, al observar un error en la denominación jurídica, que constituye una irregularidad que afecta el debido proceso, solicitó que se declarara la nulidad a partir de la diligencia de que trata el artículo 37 del referido estatuto, en el proceso acumulado, reprochando la consideración del Tribunal de ordenar al a quo proferir fallo en éste, basado en que a pesar del yerro en la denominación jurídica de la segunda conducta no podía decirse que había quedado impune, pues de todas maneras se había producido una sentencia de condena, aunque con sanción menor, estimando que al presentarse ese error era indispensable restablecer el debido proceso.

El defensor también impugnó el fallo, pero en relación con el quantum de la pena, aduciendo que al partirse de 24 meses por el delito más grave, el máximo incremento posible era hasta otro tanto, es decir 48 meses y no 56 que se aplicaron antes de la disminución por la sentencia anticipada.

El ad quem mediante fallo de 24 de febrero de 1995 denegó el decreto de nulidad propuesto por el Procurador 17 y confirmó la sentencia recurrida, estimando que tal como lo había analizado en su proveído de 27 de octubre de 1994, el error del Fiscal

al efectuar la adecuación típica no constituía nulidad, porque el hecho de todas maneras quedaba juzgado, además de que los errores del Estado (del Fiscal, en este evento), no se pueden cargar al procesado para impedirle acceder a los beneficios de ley; asimismo consideró acertada la pena, que podía ser incrementada en otro tanto, de manera que al fijarse en 56 meses antes de la rebaja del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, no se desbordó la dosificación punitiva.

Este fallo fue recurrido por la Procuradora Novena en lo Judicial Penal, quien presentó oportunamente la demanda de casación.

LA DEMANDA:

Primer cargo: Dos cargos son formulados por la recurrente, el primero como causal de nulidad por la existencia de irregularidades sustanciales que vulneran el debido proceso (artículo 304 numeral 2° del Código de Procedimiento Penal), en relación con los hechos y la actuación cumplida en el proceso acumulado, referido a los ocurridos en mayo de 1993, por lo cual solicita la casación parcial del fallo en cuanto tiene que ver con la decisión adoptada frente a dicho asunto y la declaratoria de nulidad a partir del acta de formulación de cargos llevada a cabo en la etapa instructiva, para que se adopte, por tanto, la determinación que se estime acorde a derecho.

Basa tal pedimento en que si bien en la actuación referida, el procesado manifestó durante la etapa del sumario su intención de acogerse a lo previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, y en tal sentido aceptó los cargos de falsedad personal, uso de documento público falso y tentativa de estafa, al haberse producido la acumulación de procesos en el Juzgado 26 Penal del Circuito, de conformidad con dicho precepto el Juez no se encontraba irremediabilmente determinado a dictar el fallo condenatorio que se proponía, sino que al descubrir la vulneración de derechos fundamentales, en este caso el principio de legalidad, pilar del debido proceso, y el de

igualdad, pues dos conductas semejantes de juzgamiento simultáneo deben recibir trato y calificación idéntica, debía optar por declarar la nulidad a partir del acta de formulación de cargos para que en una nueva oportunidad se corrigiera la irregularidad sustancial, o acudir a la improbación del acuerdo para que el proceso regresara a la etapa sumarial, dando lugar a intentar la realización de diligencia tendiente a la terminación anticipada del proceso.

Sostiene que so pretexto de ejercitar el poder punitivo del Estado, no se pueden desconocer las bases fundamentales en que deben apoyarse las actuaciones judiciales, sin ser aceptable la posición del ad quem en cuanto una equivocación trascendente de parte de la Fiscalía no merece la censura que la ley autoriza, dado que al producirse un fallo sancionatorio el comportamiento no queda impune, pues resulta inaceptable afirmar que se trata de imponer una sanción a toda costa, sin que para ello resulte marco de obligada observancia el respeto del debido proceso.

Segundo cargo: Al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, solicita la anulación total de lo actuado, también en lo que se refiere al proceso adelantado con base en los hechos ocurridos en diciembre de 1992, abarcando desde la providencia de la Fiscalía de segunda instancia de fecha 24 de abril de 1994, por la cual decidió el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la resolución de acusación emitida por la Fiscalía 147 Seccional, puesto que a pesar de ser acertada en cuanto encuadró los hechos cometidos por el procesado como falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, en concurso con tentativa de estafa, adicionó el definido en el artículo 220 del Código Penal y especificó que procedía la causal de agravación por la cuantía en el último ilícito, desbordando así su competencia.

Lo anterior, por cuanto según el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación solo le permite al superior revisar los aspectos impugnados, y al

haberse acusado en primera instancia por los delitos de uso de documento público falso en concurso con una tentativa de estafa, recurriendo el defensor tal providencia pero sólo en lo referente al cargo por el delito contra el patrimonio económico, no podía el ad quem ocuparse sino de la inconformidad del apelante, y al revisarlo desbordó los límites de su competencia, irregularidad solo subsanable a través del mecanismo extremo de la nulidad, advirtiéndose que como es evidente que se produjo una calificación incompleta, esto habría podido corregirse compulsando copias para investigar por separado el punible de falsedad material en documento público.

Pide en consecuencia que se anule la actuación, también en cuanto al primer proceso, lo que implica la ruptura de la unidad procesal originada en la acumulación ordenada, para que cada proceso siga su curso por separado, sujeto a las formalidades propias de cada uno.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal manifiesta que le asiste razón a la casacionista en lo referente al primer enfoque, pues al presentarse una indebida calificación de los hechos en la formulación de cargos de parte de la Fiscalía 178, aceptados por el procesado, tratándose de la figura de sentencia anticipada, en su criterio, esa equivocación sí genera nulidad por desconocimiento del debido proceso, por cuanto en ese trámite no se cuenta con una etapa posterior para subsanar tal error, el cual puede ser corregido por el juez al realizar el control de legalidad sobre la aceptación de cargos, a la luz del inciso 4° del artículo 3° de la ley 81 de 1993, declarando la nulidad desde esa diligencia cuando encuentre que se han vulnerado garantías fundamentales.

Considera incorrecta la postura del Tribunal al estimar que si no se profería fallo conforme con los cargos formulados y aceptados, el procesado no tendría derecho a solicitar una nueva diligencia de sentencia anticipada, dado que el artículo 37 del Código de

Procedimiento Penal no señala límite alguno a las oportunidades en las cuales se puede intentar la celebración de esta diligencia; y aunque ésto fuera así, no puede aceptarse que si el juez al momento de proferir el fallo advierte la violación de garantías fundamentales, omita pronunciarse al respecto, pues se hallaría ante una causal de ineficacia de los actos procesales que impide su pronunciamiento.

Indica que la solución para tales casos es la declaratoria de nulidad, porque las formas de terminación anticipada del proceso no persiguen la condenación por cualquier hecho punible, sino que constituye un trámite expedito para sentenciar exclusivamente por el ilícito aceptado, que recoja a plenitud la conducta materia de investigación.

Aduce que si bien en estos casos no se admite retractación de la aceptación de cargos, ni es posible acudir en casación para atacar la adecuación típica, estas limitaciones solamente cobijan al procesado y a su defensor, situación diferente de la que se presenta ahora, en que el Ministerio Público, como guardián de las garantías fundamentales del procesado y del debido proceso, se pronunció en dos oportunidades para señalarle el error al Tribunal, con argumentos que no fueron admitidos por el ad quem.

En relación con el segundo cargo, no comparte las apreciaciones de la libelista sobre los límites del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, porque para el Procurador Delegado ante esta corporación la norma citada no constituye un factor de competencia y, por ende, el funcionario de segunda instancia está habilitado para la revisión de temas que no sean expresamente mencionados en la apelación de una providencia de primer grado, sin que se le prohíba al ad quem pronunciarse sobre los yerros o vicios que la invaliden, así no hayan sido objeto de impugnación, porque los aspectos no recurridos no adquieren el carácter de cosa juzgada ni pueden constituirse en parámetros de una sentencia que pudiera resultar contraria a derecho.

Una calificación deficiente no podía vincular al fiscal de segunda instancia, quien tenía la obligación de corregir los defectos de la resolución correspondiente, en desarrollo del principio de legalidad, en el cual se afianza el debido proceso, de mayor rango que la disposición legal cuya interpretación aislada pareciera aconsejar otra solución.

En síntesis, solicita a esta corporación casar parcialmente la sentencia impugnada, decretar la nulidad de la actuación a partir de la diligencia de sentencia anticipada dentro del proceso relativo a los hechos sucedidos en mayo de 1993, por la presencia de irregularidades sustanciales que vulneraron el debido proceso, y ordenar la remisión de éste a la Fiscalía competente, por medio del Tribunal de origen, para que se corrija lo ilegalmente actuado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Si bien los dos cargos propuestos por la casacionista se relacionan con la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, la Sala estudiará en primer lugar el segundo, por referirse a una presunta nulidad que incidiría sobre el proceso que se hallaba en la etapa del juicio cuando se formuló la solicitud de sentencia anticipada e involucró el delito de falsedad material de particular en documento público, cuya punibilidad fue tomada como base para los incrementos derivados del concurso de hechos punibles, al cual vino a acumularse el que se hallaba en instrucción y también fue objeto de tal solicitud, acumulación viable frente a las actuales disposiciones procesales sobre la materia en cuanto se cumplían las condiciones instituidas, quedando ambos procesos en posición de ser fallados simultáneamente.

Este segundo cargo, sobre la competencia del ad quem dentro del primer diligenciamiento no encuentra asidero, pues habiendo recurrido el defensor parte de la calificación determinada en primera instancia, incluyendo su apreciación de no haberse

“acreditado plenamente la responsabilidad penal de mi defendido, en la conducta delictiva establecida en el artículo 356 del C. P. P. (sic), mal podría entonces endilgársele los agravantes del artículo 372 de la misma obra” (f. 165 cd. respectivo), tal apelación facultaba al ad quem para enmendar a cabalidad los yerros de la calificación efectuada por el Fiscal Seccional sobre los punibles ocurridos en diciembre de 1992, no sólo en cuanto no podía pasar por alto un error que habría de incidir en la congruencia y que estaba en obligación y oportunidad de corregir, en aplicación del principio rector del derecho procesal penal incluido en el artículo 13 del Código respectivo, sino habida cuenta de la relación con lo pretendido por el recurrente, quien sin desconocer la utilización por su prohijado de la cédula de ciudadanía espuria, para tratar de retirar los fondos que se habían consignado con el cheque fraudulentamente obtenido, en la cual aparecen su fotografía y huella dactilar, adujo que sólo se estructuraba el delito contra la fe pública, como uso de documento público falso y no el delito contra el patrimonio económico agravado por la cuantía.

Así, al ser impugnada la resolución acusatoria en cuanto a la tipicidad de la conducta investigada, con el argumento de que únicamente constituía el punible de uso de documento público falso, sin concurrir con la tentativa de estafa, la Fiscalía de segunda instancia debía estudiar todos los extremos del aspecto planteado, ya que no podía examinarlo con una visión recortada, desconociendo que se trataba de dos facetas del mismo tema, necesariamente ligadas, porque versaban sobre un comportamiento que daba lugar a la materialización de dos descripciones típicas, una de ellas contra la fe pública y otra contra el patrimonio económico, como apreció el a quo pero quedándose corto, mientras el recurrente insistía en que solo se estructuraba la primera de ellas, resultando lo correcto y más ajustado a derecho la modificación jurídicamente introducida por el ad quem sobre el primero de los ilícitos perpetrado en concurso, falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, además de la tentativa de estafa agravada por la cuantía.

Por lo tanto la segunda instancia, en desarrollo de tal impugnación, al analizar esas facetas entrelazadas, corrigió válidamente el acto irregular y preservó el derecho sustancial.

Cabe aclarar, finalmente y sin perjuicio de lo antes expuesto, que la enmienda del Fiscal de segunda instancia se limitó a la adecuación típica atinente al delito contra la fe pública, puesto que, a diferencia de lo que expone la señora Procuradora, la agravación por la cuantía del numeral 1° del artículo 372 del Código Penal se había involucrado desde la calificación efectuada por el a quo (fs. 157 y 160 cd. respectivo).

Por tales razones, el segundo cargo no prospera.

Ahora, en cuanto al primer cargo, estima la Sala que les asiste plena razón a la acuciosa casacionista y al Ministerio Público ante la Corte al censurarle al Tribunal su tesis de que, tratándose de sentencia anticipada, el Juez estaba abocado a proferir el fallo condenatorio por los cargos formulados por la Fiscalía y aceptados por el procesado, anteponiendo que el hecho no quedara impune por encima de la correcta adecuación típica, aduciendo el ad quem que si no se procedía de esta manera el procesado no tendría derecho a solicitar una nueva diligencia de sentencia anticipada, dado que como ellos lo analizan, dicho precepto modificado por el artículo 3° de la ley 81 de 1993 -y ahora por el artículo 11 de la ley 365 de 1997- no señala límite numérico para las oportunidades en que el procesado solicite acogerse a esta diligencia.

Pero a pesar de la validez de tales críticas, la irregularidad en la calificación de los punibles cometidos en mayo de 1993, no es de tal envergadura como para declarar que se han quebrantado las bases del debido proceso o el principio de legalidad, que diera lugar a la nulidad.

En efecto, si bien los hechos materia de ambos procesos fueron encuadrados, en lo concerniente a la vulneración contra la fe pública, en normas diferentes, no lo es

menos que corresponden a preceptos del mismo título y capítulo (Código Penal, Libro II, Título VI, Capítulo III), además de ser producto del estudio razonado e interpretación de distintos funcionarios y estar contenidas las últimas imputaciones en la diligencia de formulación y aceptación de cargos en la etapa instructiva, en la cual no se evidenciaban errores trascendentes que impidieran el proferimiento subsiguiente de un fallo anticipado, situación diferente de lo ocurrido con los primeros sucesos calificados mediante resolución acusatoria.

En tales condiciones, de conformidad con lo que ha analizado la Sala en anteriores oportunidades, por ejemplo en sentencia de fecha 4 de febrero del año en curso, radicación N° 10918, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, esa simple disparidad de criterios no conlleva una declaratoria de nulidad:

“En efecto, si la nulidad es la sanción que establece la ley para el acto jurídico que en su realización haya violado u omitido las formas preordenadas por ella misma, en principio, no podrán decretarse nulidades por razones de mérito (*in iudicando*), sino de regularidad en el procedimiento (*in procedendo*). Se trata de irregularidades en los elementos esenciales de composición de los actos del proceso, que por tener tal entidad desvirtúan en el hecho procesal su aptitud para cumplir el fin a que estaban destinados.

En este orden de ideas, en lo que atañe a la nulidad de la resolución acusatoria por falta al debido proceso, sólo la justifican los vicios que impedirían proveer de fondo y dictar sentencia. Así entonces, si el fiscal exhibe la motivación básica, fundada en una apreciación racional de las pruebas que obran en el proceso y en una argumentación jurídica propia de su facultad de interpretación, no puede ser motivo de nulidad, por el prurito de que el juez razona más elevadamente o de manera diferente, el hecho de que el calificador por antonomasia en ese momento haya descartado una circunstancia de agravación, o reconocido la atenuante por ira o intenso dolor, o admitido la complicidad como título de participación – en lugar de la autoría que piensa el juez –, o determinado

la culpa o la preterintención, en vez del dolo, como componentes del aspecto subjetivo del tipo.

Estas discrepancias entre los funcionarios judiciales, en verdad, no obstaculizan la decisión de fondo ... sería un desbordamiento de su poder que acudiera a una especiosa nulidad por falta al debido proceso, con el fin de imponer

arbitrariamente la calificación que él concibe. Cosa distinta ocurre si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma

es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia.”

En el caso analizado, ciertamente el Fiscal Seccional plasmó su criterio -errado pero sin llegar a la magnitud de lo absurdo-, en el sentido de no existir pruebas que señalaran al procesado como la persona que elaboró la cédula apócrifa, ante lo cual simplemente debía responder por el uso del documento público falso, siendo en consecuencia este delito el que incluyó en el respectivo concurso. Este defecto de subsunción tampoco implica un desvertebramiento de las formas del juicio, debiéndose además recordar que tales fueron los cargos aceptados por RODRIGUEZ VASQUEZ con la anuencia de su defensor, y que al proferirse la sentencia por los segundos hechos de conformidad con la aludida diligencia no se agravó la situación del procesado.

Como corolario de lo anterior, este cargo tampoco prospera y no se casará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E :

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

NILSON E. PINILLA PINILLA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

La Sala, al resolver el segundo cargo, considera que “habiendo recurrido el defensor parte de la calificación determinada en primera instancia, incluyendo su apreciación de no haberse “acreditado plenamente la responsabilidad penal de mi defendido, en la conducta delictiva establecida en el artículo 356 del C.P.P. (sic), mal podría entonces endilgársele los agravantes del artículo 372 de la misma obra” (fl. 165 cd. respectivo) tal apelación facultaba al ad quem para enmendar a cabalidad los yerros de la

calificación efectuada por el Fiscal Seccional sobre los punibles ocurridos en diciembre de 1992, no sólo en cuanto no podía pasar por alto un error que habría de incidir en la congruencia y que estaba en obligación y oportunidad de corregir, en aplicación del principio rector del derecho procesal penal incluido en el artículo 13 del código respectivo, sino habida cuenta de la relación con lo pretendido por el recurrente, quien sin desconocer la utilización por su prohijado de la cédula de ciudadanía espúrea, para tratar de retirar los fondos que se habían consignado con el cheque fraudulentamente obtenido, en la cual aparecen su fotografía y huella dactilar, adujo que sólo se estructuraba el delito contra al FÉ Pública, como uso de documento público falso y no el delito contra el patrimonio económico agravado por la cuantía”.

Agrega que como se impugnaba “la tipicidad de la conducta investigada” la Fiscalía de segunda instancia debía estudiar “todos los extremos del aspecto planteado, ya que no podía examinarlo con una visión recortada, desconociendo que se trataba de dos facetas del mismo tema” y que la segunda instancia corrigió válidamente el acto irregular y preservó el derecho sustancial, por lo que no prospera la impugnación.

La Procuraduría Delegada, por su parte, consideró que el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, no constituye un factor de competencia y por tanto el funcionario de segunda instancia “está habilitado para la revisión de temas que no son expresamente mencionados en la apelación de una decisión de primera instancia”, a pesar de su epígrafe, pues el señalamiento que en esa norma se hace sobre los alcances de la decisión, según se trate de consulta o de apelación, no tiene objeto diverso “al de indicar los modos de estudio de las decisiones de primera instancia” sea que lleguen al ad quem por la vía del recurso, sea que lo hagan por la del grado jurisdiccional. Que no se pretende restringir las facultades de quien revisa la decisión y por tanto el Fiscal de segunda instancia podía corregir los defectos de la acusación.

La casacionista, en cambio, invoca la nulidad por violación del artículo 217 del C.P.P. Su razonamiento es sencillo: Si el defensor, al apelar la acusación, expresamente se mostró conforme con la imputación de uso de documento público falso dado a una de las conductas concurrentes (impugnaba únicamente la deducción de tentativa de estafa), el Fiscal del Tribunal no podía ocuparse del delito contra la Fé Pública. Al hacerlo, violó una regla de competencia subsanable únicamente a través de la nulidad (art. 304 del C.P.P., numeral 1º.).

La prohibición de reforma en peor está contenida como una derivación del principio acusatorio en el artículo 31 de la [Constitución Política](#).

Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

Por eso el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal dispuso que el superior no podría agravar la pena impuesta cuando el condenado fuere apelante único, y el artículo 217 original, del mismo estatuto disponía:

Competencia del superior. El recurso de apelación y la consulta permiten al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada o consultada. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta salvo que el Fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil, cuando tuviere interés, la hubieren recurrido.

Pero la ley 81 de 1993 modificó esta disposición, cuyo texto quedó tal como ahora rige:

Competencia del superior . La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella; la apelación permite revisar únicamente los aspectos impugnados. Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil cuando tuviere interés para ello, la hubieren recurrido.

La norma regula, tal como quedó elaborada, los efectos jurídicos de la apelación y cobija tanto la apelación de autos como la de sentencias. Lo primero, para que el examen que origina el recurso no pueda desbordar los límites de la apelación. Lo segundo para que aún dentro de esos límites, únicamente prospere el recurso si conduce a mejorar la situación del procesado apelante único.

Estas reglas han admitido universalmente algunas excepciones. Manzini (tratado.. T. IV) , Florian (Elementos.. N. 97 p. 419 y ss), Beling (D. Procesal Penal), por ejemplo, se refieren a algunas. La ley procesal civil colombiana regula otras. Y la Corte Constitucional y ésta Sala han considerado otras más que ahora no es del caso comentar. Pero si el legislador colombiano no fué explícito y codicioso al regular la institución, no por ello debe asumirse en términos que conduzcan a hacer de ella un instituto asistemático, o como si no existiera.

En este proceso la resolución acusatoria se profirió por el uso del documento público falso en concurso con la estafa. Pero la imputación hacía referencia al inciso primero del artículo 222 del Código Penal y no al segundo, es decir, a la conducta consistente en que sin haber concurrido a la falsificación se hiciere uso del documento público falso, y no a la circunstancia agravante de las tipicidades previstas en los artículos 218, 219 y 220 del Código. Tanto así, que mantuvo la medida de aseguramiento de caución (numeral 2 de la resolutive) y que a través de su texto se hicieron constante referencias al auto que al resolver situación jurídica la impuso, pieza en la cual se expresó:

“Se ha dicho por el sindicato que la persona que se hizo pasar por GIOVANNY, le entregó la cédula a nombre de aquel como el cheque de que se hace mención anteriormente, versión sobre el particular que no ha sido controvertida por ninguna otra de las pruebas aportadas al expediente, CIRCUNSTANCIA QUE SE DEBE TENER COMO TAL Y POR ENDE EN CUANTO A LA APROCRIFICIDAD DEL DOCUMENTO, NO SE HARA POR AHORA, responsable de la mutación del mismo, toda vez que éste se le entregó en el estado en que fue observada y analizada por los expertos en grafología forense” (p. 5 resaltado mío).

De modo que si el cargo por falsedad lo había sido por el tipo penal completo descrito en el inciso primero del artículo 222 del Código Penal (usar el documento sin haber concurrido a la falsedad) y que dicha acusación no solamente no fué objetada por el defensor apelante único (que explícitamente limitó el recurso al delito de estafa), el aspecto de la Falsedad no había sido recurrido y no podía ser objeto de extensión, para su examen, por el Fiscal ad quem.

Aquello de que se impugnaba “la tipicidad de la conducta investigada”, que se trataba de “dos facetas del mismo tema”, que “el error habría de incidir en la competencia”, y que se había recurrido parte de la “calificación determinada en primera instancia” es insuficiente para legitimar la conducta del ad quem al examinar la resolución acusatoria. Y lo es porque precipita al vacío el contenido sustancial del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. Porque desconoce que se puede decidir sin limitación únicamente la parte pertinente de la providencia, en cuanto objeto de consulta, o los aspectos impugnados de la providencia en cuanto haya sido apelada.

- No se impugnaba la tipicidad de la conducta, sino la tipicidad de uno de los delitos, (el de estafa).
- No eran dos facetas del mismo tema, a no ser que se considere que la unidad temática

la otorga el proceso, o la naturaleza de la decisión y si fuera así, no se justificaría la prohibición.

- No incidía el error (que lo hubo) en la congruencia, porque el cargo estaba nominalmente bien formulado aunque restringido al uso del documento y, así delimitado, era factible producir fallo de fondo sobre el respectivo cargo.
- Finalmente no se puede validar la actitud del superior bajo la consideración de que había sido apelada la calificación, porque precisamente no se había recurrido todo el acto calificador sino una de sus partes, la que calificaba la estafa.

Con los demás argumentos (la obligación de corregir, la aplicación del artículo 13 del Código Penal, la preservación del derecho sustancial) habría que prescindir del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, porque cualquier enmienda, a cualquier cuestión de proceso, encontraría recibo en ellos.

Pero no es ese el sentido de la ley colombiana, sino el de establecer un término medio al ámbito dentro del cual se desenvuelve el examen que por vía de alzada realiza el funcionario de segunda instancia. Y ese ámbito es inclinadamente restrictivo para la parte que resuelve.

Aunque el tratamiento que la Sala otorga a ésta clase de vicios no es el de la infracción de una norma de competencia, el error debió corregirse, y podía hacerse la rectificación en la sentencia. Ello porque el cargo se mantuvo dentro de la denominación jurídica del delito y fué expuesto al contradictorio a través de todo el juicio, de modo que podía acudir, para su enmienda, al numeral 1º, del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

Con todo respeto,

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

