

Proceso No. 11279

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 42

Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado CARLOS ALBERTO VICTORIA TRUJILLO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de agosto 22 de 1995, mediante la cual condenó al mencionado a 28 meses de prisión, multa de \$8.000.00 y al pago en concreto de los daños y perjuicios ocasionados con los delitos, al hallarlo responsable de los cargos de falsedad en documento privado, estafa y tentativa de estafa.

Hechos y actuación procesal:

Según afirmó MARIA LIGIA ACHURY MERCHAN (fl. 57), propietaria del Almacén MAS CUEROS JR., ubicado en la carrera 23 #63E-20 de Santafé de Bogotá, un pariente suyo le recomendó a un señor de nombre ABSALON para que le vendiera artículos de cuero. Este fue al establecimiento comercial, cotizó productos y después, telefónicamente, le informó mandaría a una persona llamada ALFREDO. Efectivamente alguien con ese

nombre se presentó en el almacén, acompañado de un señor alto, de apariencia extranjera, quien sería el que le compraría. Este le manifestó que era un persona muy ocupada y le dijo que en el futuro las compras que hiciera serían a través de ALFREDO. Que con éste enviaría su tarjeta de crédito, él mismo le llevaría el comprobante para firmarlo y posteriormente, cuando el Banco Industrial Colombiano -al cual estaba afiliada la tarjeta—girara la suma respectiva, también ALFREDO recogería la mercancía.

Así sucedió en tres oportunidades según la declarante, en relación con compras por \$598.000.00, \$486.000.00 y \$672.000.00. Pasó, sin embargo, antes de que ALFREDO fuera a retirar la mercancía correspondiente a una cuarta compra por valor de \$820.000.00, que un empleado de la firma INCOCREDITO le informó sobre el uso irregular de la tarjeta de crédito y se pusieron de acuerdo para capturarlo. Este acudió el 1º de noviembre de 1991 al establecimiento en donde el sargento viceprimero de la Policía Nacional ALEX POLO BOLAÑOS, quien prestaba sus servicios en INCOCREDITO autorizado por la MEBOG, procedió a retenerlo. ALFREDO resultó ser en realidad CARLOS ALBERTO VICTORIA TRUJILLO y lo que inmediatamente se le atribuyó fue la utilización de una tarjeta “gemela” (la verdadera estaba en poder de su titular) para la adquisición de la mercancía por \$820.000.00.

En el momento de la aprehensión, según el informe rendido por el sargento (fl. 4), LIGIA ACHURY señaló que la misma persona había efectuado otras transacciones similares en días anteriores. En la requisita a que sometió el funcionario al capturado, de acuerdo a como consta en el mismo informe, se le encontraron los siguientes comprobantes de venta, correspondientes a las compras realizadas y los cuales fueron allegados a la investigación:

1. El #3129284 del 17 de septiembre de 1991, diligenciado por la suma de \$598.000.oo. El pago figura realizado con la tarjeta de crédito 5413251770346681 a nombre de MAX FROENLICH.

1. El #9728056 del 3 de octubre de 1991, diligenciado por la suma de \$672.000.oo. El pago figura realizado con la tarjeta de crédito 5416300019240820 a nombre de HARRY R DURGIM JR.

1. El #9728063 del 7 de octubre de 1991, diligenciado por la suma de \$486.000.oo. El pago figura realizado con la tarjeta de crédito 5413069502880359 a nombre de SKJEINE MAGNE EILIF.

1. Y el #3129280 del 28 de octubre de 1991, diligenciado por la suma de \$820.000.oo. El pago figura realizado con la tarjeta de crédito señalada en el punto anterior.

En el respaldo de cada uno de dichos comprobantes aparece un sello de RECIBIDO del Banco Industrial Colombiano.

Se dio comienzo a la investigación, fue vinculado mediante indagatoria CARLOS ALBERTO VICTORIA TRUJILLO y el instructor, al resolverle su situación jurídica, se abstuvo de proferirle medida de aseguramiento (fl. 28). En primera instancia, mediante providencia del 20 de septiembre de 1993, el sumario fue calificado con preclusión de la instrucción (fl. 181). Dicha decisión fue revocada el 7 de marzo de 1994 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, a instancias del

recurso de apelación interpuesto por la representante del Ministerio Público. Se determinó formular acusación al sindicado por cuatro delitos de falsedad en documento privado, los cuales se hicieron consistir en el hecho de que fue él quien suscribió los comprobantes de venta, en concordancia con lo que señaló la testigo MARIA LIGIA ACHURY, e igualmente los usó en cuanto fueron cobrados por el almacén MAS CUEROS, siendo plenamente consciente en cada oportunidad de que hacía uso de una tarjeta de crédito ajena, alterando la verdad al "...falsear la firma de sus verdaderos titulares...". Igualmente se le realizaron los cargos de estafa y tentativa de estafa. El primero, en concurso, respecto del beneficio económico logrado con las transacciones por \$598.600.00 y \$672.000.00. El segundo relacionado con la compra de \$820.000.00, que no alcanzó a ser pagada por el Banco Industrial Colombiano. En cuanto a la defraudación por la suma de \$486.000.00, estimó el Fiscal de segunda instancia que se trataba de una conducta contravencional y dispuso la ruptura de la unidad procesal, ordenando la respectiva expedición de copias con destino a las autoridades de policía. (fl. 37 del c. de 2ª instancia de la Fiscalía).

En firme la acusación, causó ejecutoria el 19 de abril de 1994, se inició y dio trámite a la etapa del juzgamiento. Estuvo a cargo del Juzgado 67 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá el cual dictó sentencia el 8 de noviembre de 1994 (fl. 229). Condenó al procesado a 34 meses de prisión, multa de \$8.000.00, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso al de la pena privativa de la libertad y a pagar a favor del Banco Industrial Colombiano la suma de \$4.602.292.00 por concepto de daños y perjuicios. Por último, le subrogó la pena por la condena de ejecución condicional.

El defensor apeló el fallo y sustentó oralmente el recurso ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Y esta Corporación, mediante providencia del 22 de agosto de 1995 -la que es materia de casación—, aparte de fijar la pena de prisión en 28 meses, confirmó en lo demás la decisión impugnada.

La demanda:

Al amparo de la causal 3ª de casación el demandante le formuló tres cargos a la sentencia. Son los siguientes:

Primer cargo.

“La sentencia -afirma—fue dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa del procesado CARLOS ALBERTO VICTORIA TRUJILLO al desconocer, por completo, el Juez de segunda instancia, las alegaciones de la defensa en la sustentación del recurso de apelación y dictar sentencia de segunda instancia sin analizar las argumentaciones del recurrente y desechando hasta la misma sentencia impugnada”. Dicha irregularidad, agrega, significó la violación de los artículos 1º, 7º, 139, 180, 304 y 451 del C. de P.P.

Dice el defensor que el recurso de apelación, el cual se fundamenta en el principio de la doble instancia, significa la posibilidad otorgada por la ley de controvertir un pronunciamiento judicial para que el superior jerárquico de quien la dictó analice sus consideraciones, sopesa los argumentos del recurrente y determine si la decisión debe confirmarse, revocarse o modificarse. El juez de segunda instancia, entonces, debe referirse a las inconformidades del impugnante, quien las señala cuando cumple con el requisito de sustentación del recurso.

Según el demandante, en el caso examinado el Tribunal Superior no se refirió al alegato que la defensa presentó en la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia. Se limitó simplemente a afirmar, de manera genérica y ambigua, que “...contra todo lo que sostiene el distinguido defensor, la Sala encuentra cumplidos a plenitud los requisitos para dictar sentencia condenatoria...”, sin rebatir sus argumentos, cuestionamientos y críticas en contra del fallo que para tal momento era la sentencia de la primera instancia y no la resolución

acusatoria. En la sustentación de la alzada la defensa, refiere el censor, se refirió a los siguientes puntos:

“Los comprobantes encontrados al procesado tienen la anotación de proveedor y sello de consignación y la consignación sólo era posible por los propietarios del almacén.

“El Juez acepta que no podía tenerlos CARLOS VICTORIA por lo que es censurable el comportamiento de POLO BOLAÑOS y LIGIA ACHURY.

“El Fiscal de segunda instancia y el Juez violan el principio de presunción de inocencia pues dedican su análisis a demostrar por cualquier medio que el procesado es culpable.

“En la resolución de acusación se da credibilidad a POLO BOLAÑOS y LIGIA ACHURY pero en la sentencia se desechan esos testimonios y se condena por otra vía de análisis.

“El Juzgado realiza elucubraciones de novela para explicar la posesión de los comprobante de proveedor en cabeza de VICTORIA.

“La sentencia se basa en indicios de presencia y mala justificación pero humanamente, dada la contextura física y personalidad del sindicado, si es aceptable que este estuviera coqueteando.

“Las versiones de LIGIA ACHURY son contradictorias pues en una “ALFREDO” llevaba los comprobantes para ser firmados por el comprador extranjero y en la otra afirma que este los firmaba en su presencia.

“Al analizar los testimonios de cargo se hace una valoración fragmentada, pues se censura la intención de incriminar con los comprobantes pero se les cree el resto, según conveniencia del fallador.

“El Juez de conocimiento acepta la duda pero condena, lo que es antitécnico.

“Se solicita absolver por el sinnúmero de dudas probatorias”.

El Tribunal nada dijo acerca de las argumentaciones de la defensa. No hizo referencia alguna al hecho de que la primera instancia aceptara la existencia de dudas notorias y no obstante haya decidido condenar. Tampoco aludió a las críticas realizadas a los testimonios de ALEX DE JESUS POLO (“de quien se dijo cometió un hecho punible al afirmar que los ... comprobantes con la anotación proveedor y sello de consignación al respaldo estaban en poder del procesado”) y de LIGIA ACHURY quien afirmó que los comprobantes eran firmados por “Alfredo” delante de ella.

La sustentación del recurso, en conclusión, no fue tenida en cuenta. El Tribunal se comportó como si ella no hubiera existido, “como si los Magistrados no hubieran estado presentes en la audiencia”, como si no se hubiera allegado al expediente la grabación de la intervención. La expresión “contra todo lo que sostiene el distinguido defensor...”, no cumple con el requisito de análisis del alegato exigido por la ley en el numeral 4º del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal.

“...así como a la defensa -finaliza el censor—en la instancia del juicio y la impugnación se le exige exponer los motivos de inconformidad con las decisiones judiciales, pues no le es dado afirmar únicamente que no está de acuerdo, o simplemente decir apelo, es también obligación del juzgador analizar los alegatos para desecharlos. La práctica extendida en los despachos judiciales de afirmar sin explicación alguna su desacuerdo con la defensa y adentrarse en un análisis egoísta de la prueba, donde el fallador es el único con derecho a opinar, debe ser erradicada de los estrados judiciales. El defensor no puede seguir siendo un convidado de piedra al que se escucha y se respeta pero no se tiene en cuenta. El trabajo del defensor debe tener una mínima respuesta que le permita vislumbrar a este mismo y al acusado cuál fue el motivo para que sus alegaciones no hayan tenido incidencia dentro del debate propio del juicio”.

Segundo cargo.

Lo enunció el casacionista diciendo que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad "...por haberse fundamentado la providencia de segunda instancia en los supuestos argumentativos de la resolución acusatoria prescindiendo de la existencia de la sentencia de primera instancia, por lo que se violaron sustancialmente las formas propias del juicio, al tenor del art. 304 numeral 2, el artículo 1º del C. de P.P. sobre el debido proceso y el artículo 34 de la ley 81 de 1993 que modificó el 217 del C.P.P. y el 445 de la misma obra".

Expresa el demandante, luego de señalar la estructura de la sentencia impugnada, que el Tribunal no analizó el fallo del juzgado de conocimiento, sino que dictó uno diferente tomando como base la resolución de acusación, por lo que no es verdad que se le haya impartido confirmación a la sentencia de primer grado. Los cuestionamientos planteados contra ésta por la defensa en la apelación era lo que debía resolver el Tribunal y no dictar un nuevo fallo con base en argumentaciones "diametralmente opuestas a las del Juez de primera instancia". Haberlo hecho violó a su parecer el debido proceso ya que profirió una sentencia, no susceptible de recurso ordinario alguno, "sobre fundamentos no tenidos en cuenta con anterioridad".

"Si la sentencia de primera instancia diera plena credibilidad a los testimonios -agrega el censor— como lo hace el Tribunal, otros serían los fundamentos de la apelación, pero la alegación se hizo con base en las dudas señaladas en primera instancia y no con base en la resolución acusatoria que toma como base el Tribunal para dictar su sentencia. Es de tal claridad esta infracción que dentro de la decisión del Tribunal no se hace referencia alguna a las motivaciones de la sentencia recurrida sino que se fundamenta exclusivamente en la resolución acusatoria, es decir que retrotrayó el proceso a una nueva sentencia de primera instancia eliminando el análisis de los cuestionamientos de la impugnación y la misma sentencia en sí. En mi concepto la única preocupación del

honorable Tribunal fue la de dictar una sentencia en consonancia con los cargos del pliego acusatorio para no tener que adentrarse en la aceptación de las dudas notorias aceptadas en el fallo de primera instancia, lo que habría conllevado una decisión absolutoria por fuerza del artículo 445 del C.P.P.”.

Concluye la defensa, entonces, que se dictaron dos sentencias condenatorias de primera instancia. El fallo del Tribunal fue claro en afirmar que no existe ninguna duda sobre la responsabilidad penal del procesado y el del Juez reconoció varias, como se puede constatar en los folios 236, 237, 242 y 243, cuyos apartes pertinentes transcribió. No puede hablarse en tales circunstancias, concluye el casacionista, “...de confirmación de la sentencia de primera instancia pues el Tribunal rechaza las dudas planteadas, no existe una ampliación de las afirmaciones del Juzgador de conocimiento ni una similitud en los análisis o una somera referencia a lo analizado en primera instancia, por lo que la providencia del Tribunal no es confirmatoria.

“Así queda demostrado que la sentencia impugnada violó el debido proceso por no haber decidido el recurso interpuesto sino haber entrado a dictar una nueva sentencia con prescindencia total de la decisión de primera instancia y de la apelación interpuesta”.

#### Tercer cargo de nulidad (Subsidiario).

Sostiene el censor en esta oportunidad, que se le violó el derecho de defensa a su representado, al omitirse el cotejo grafológico entre las muestras manuscriturales que se le tomaron con el original del comprobante 9728056, visible a folio 70 del expediente.

Dicho dictamen, a su parecer, revestía suma importancia “...ya que la base para dictar sentencia condenatoria fue la aceptación del testimonio de la señora LIGIA ACHURY y esta dijo que el procesado tramitó y firmó los comprobantes de tarjeta de crédito con los cuales se cometió la estafa (en esa misma declaración la testigo afirma que ... le

encontraron los comprobantes de tarjeta de crédito); por otra parte a folio 140 del cuaderno original la testigo ... afirmó que 'el señor TRUJILLO llevaba la tarjeta, no iban firmados pero cuando el o sea el señor TRUJILLO los firmaba en presencia mía'; la aseveración del Tribunal de que la manifestación de mi defendido sobre su inocencia estaba infirmada por la declaración de CELIANO MATIZ LAVERDE en el sentido de que -de acuerdo a lo manifestado por LIGIA ACHURY— el sindicado llevaba elaborados previamente los comprobantes de compra y suplantaba al verdadero usuario o tarjeta habiente y firmaba por él...; así mismo es fundamento de la sentencia la plena credibilidad que se le da al testimonio del agente ALEX DE JESUS POLO en el sentido de que detuvo a un individuo 'ya que la señora propietaria del establecimiento manifestó que este sujeto le había hecho otras transacciones fraudulentas en meses anteriores...' (en esta misma declaración el agente informa que le encontró los comprobantes al sindicado)".

Así las cosas, concluye la defensa, de haberse practicado el dictamen grafológico se hubiera concluido que su representado no firmó los comprobantes de venta, con lo cual se desvirtuaría la declaración de LIGIA ACHURY, que fue la base de los testimonios de CELIANO MATIZ y ALEX POLO.

Cargo único. Causal 1ª de casación.

En los siguientes términos lo enunció el casacionista:

"La sentencia viola indirectamente la ley sustancial por error manifiesto de hecho, por falso juicio de existencia al ignorarse los comprobantes de consignación números 9728056, 9728063 y 3129284 de color azul que corresponden al proveedor y tienen en su anverso sellos de consignación y anexados al proceso como prueba incriminatoria (folio 26) e ignorarse la afirmación de los testigos LIGIA ACHURY (folio 58 línea 16) y ALEX POLO (folio 77) que estos los poseía el procesado, así como lo dicho por el procesado en su

indagatoria en el sentido de que los documentos le fueron introducidos en su calculadora por el agente”.

Cita las normas que a su parecer resultaron violadas, concluyendo que en suma, todo reunido, significó la inaplicación del principio del in dubio pro reo.

“Aunque la Corte ha dicho –dice el recurrente en la sustentación del ataque— que la sentencia de primera instancia conforma con la de segunda una unidad jurídica POR LOS ASPECTOS EN QUE AMBAS COINCIDEN DE MANERA EXPLICITA O TACITA ... en el caso presente no hay tal coincidencia ya que la decisión de segunda instancia no hace referencia alguna a las dudas probatorias señaladas en la de primera y en manera contraria no critica los testimonios de LIGIA ACHURY y ALEX POLO sino que les otorga plena credibilidad a los medios probatorios referidos, eliminó la duda que se planteó en la sentencia de primera instancia. Es más, el Tribunal no tuvo en cuenta duda alguna pues si ello hubiere sido así la sentencia tendría que ser absolutoria como se argumentó en la sustentación de la apelación.

“Ahora bien, el efecto pernicioso de la omisión consistió en darle plena credibilidad a los testimonios de LIGIA ACHURY y ALEX POLO omitiendo confrontarlos con las pruebas que afirmaban la mendacidad de estos es decir la prueba documental que muestra que los comprobantes fueron consignados por el proveedor, es decir el ALMACEN MAS CUEROS J.R. y la verídica posición del indagado de que le fueron introducidos en su calculadora lo que conlleva, por lo menos, la existencia de la duda probatoria sobre la participación de VICTORIA TRUJILLO en la comisión del hecho y su consecuente absolución. No podía otorgársele plena credibilidad a estos dos testimonios cuando ellos también incluyen la especie falaz de que el procesado portaba los comprobantes que corresponden al proveedor”, concluyó el demandante.

Concepto del Procurador 3º Delegado en lo Penal:

Estimó el Agente del Ministerio Público que los tres cargos de nulidad realizados a la sentencia deben prosperar. Resultaron violados los derechos de defensa y de debido proceso y por lo tanto se debe casar el fallo. Pide como consecuencia, de prosperar cualquiera de los dos primeros cargos, anular el proceso a partir de la sentencia de segunda instancia. Y de prosperar el tercero, que la medida se adopte a partir del auto que abrió el juicio a pruebas. A continuación la síntesis de sus argumentos.

#### Cargo primero de nulidad.

Señala el Procurador que el deber de sustentación del recurso de apelación apareja la obligación del ad quem de estudiar y valorar los argumentos del recurrente, aunque no sean atendibles, para proferir su decisión. No puede decidir sin prestarles atención, ya que el recurrente en desarrollo del derecho de postulación, limita los temas de examen en la segunda instancia (art. 217 del C. de P.P.).

En el presente caso el Tribunal dejó de lado los alegatos del recurrente. No los respondió y mucho menos los desvirtuó. Sólo se refirió a ellos cuando afirmó, de manera genérica, que no le asistía razón al recurrente.

Una de las principales manifestaciones del derecho de defensa, sigue el concepto, es la potestad de impugnar las decisiones que sean contrarias al procesado, sea ante el propio funcionario que hizo el pronunciamiento o ante su superior, presentando los argumentos respectivos para que sean valorados.

El derecho de impugnación, entonces, va más allá de la simple presentación de los recursos. "...implica, en efecto, el estudio de los planteamientos que se hacen para sustentarlos y la necesidad de que su falta de prosperidad se fundamente con argumentos atinentes a los expuestos por el sujeto procesal que se consideró agraviado con la decisión cuestionada, pues de otra forma, el vencimiento de la posición de la defensa se haría sin su previa audiencia, como lo exigen tanto los instrumentos internacionales

sobre garantías procesales, como las reglas del debido proceso, de naturaleza constitucional. Por ello, el no estudiar los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente, se debe considerar como una violación del derecho a la defensa”.

Es lo que sucedió en el caso examinado, a criterio del Procurador. El Tribunal no se refirió a los puntos de desacuerdo del recurrente (los cuales relaciona). No los tomó en consideración y ello genera un motivo de nulidad que afecta el fallo de segunda instancia.

Segundo cargo de nulidad.

En opinión del Agente del Ministerio Público está íntimamente ligado al anterior y debe igualmente prosperar. Señala, en primer lugar, que la segunda instancia, de conformidad los artículos 217 del Código de Procedimiento penal y el 350 del Código de Procedimiento Civil, tiene limitada su tarea al resolver el recurso de apelación a los puntos o materias impugnadas y que fueron objeto de la decisión de primera instancia, que es a la que debe referirse el superior funcional, para discutir los aspectos con los cuales se muestra en desacuerdo el recurrente.

El Tribunal, en el caso examinado, no se refirió al fallo del Juzgado Penal del Circuito. Su estudio se basó en la resolución acusatoria “...profiriendo, de esta forma, una nueva decisión, diferente a la sentencia de primera instancia, con consideraciones diversas y tomando como base de la responsabilidad del procesado, testimonios y pruebas desvirtuadas por el Juez de primera instancia, cuyos argumentos, si pretendía modificar la decisión, ha debido rebatir razonadamente”.

El Tribunal transcribió la parte resolutive del fallo apelado y al momento de decidir hizo referencia a los hechos y al pliego de cargos de la Fiscalía, añadiendo que compartía los argumentos de éste último. Seguidamente asumió el estudio sobre la responsabilidad del procesado, la cual sustentó en los testimonios de LIGIA ACHURY y ALEX POLO, sin

ninguna referencia a los indicios sobre los cuales el Juzgado construyó el compromiso penal del procesado.

La libre apreciación de las pruebas que rige en el sistema probatorio nacional, no significa que en la segunda instancia, cuando quiera valorarse una prueba desestimada en la primera se "...pueda actuar con plena liberalidad en su estudio, pues siendo aquella desestimación un motivo fundante de la sentencia reclamada, obliga su reexamen para acotar las deficiencias en la argumentación del Juez de primer grado, de manera que pueda sustentarse la nueva decisión en pruebas debidamente tasadas, estudiadas y asumidas como base suficiente para fundamentar una decisión contraria a la impugnada".

El Tribunal, contrariando su deber, simplemente presentó las consideraciones hechas por la Fiscalía, profirió su fallo de acuerdo con ellas y no tomó en cuenta la sentencia objeto del recurso, "...que era el objeto referente e indispensable de la apelación".

El juzgado, en varios apartes de la sentencia, afirmó la existencia de algunas dudas en cuanto a la supuesta tenencia por parte del procesado de los comprobantes de venta y por dicha razón le restó credibilidad a los testigos ALEX POLO y LIGIA ACHURY. El Tribunal les dio pleno crédito y sustentó con ellos la responsabilidad, sin analizar los razonamientos de la primera instancia sobre la credibilidad de los mismos.

El Agente del Ministerio Público sintetiza a continuación los fundamentos a partir de los cuales el Juzgado del Conocimiento y el Tribunal derivaron la responsabilidad del procesado, reiterando una vez más que la segunda instancia eludió el contenido de la decisión revisada, haciéndose evidente la existencia de dos fallos condenatorios diferentes, con presupuestos probatorios y argumentaciones distintos. "El de segunda instancia se emitió sin referencia directa al de primera, sin desvirtuarlo o, por lo

menos, discutir sus consideraciones” y es aquí donde radica el quebranto de los derechos de defensa y de contradicción, que llevan a que se declare la nulidad de la sentencia de segunda instancia.

Cargo tercero de nulidad (subsidiario).

Según el Procurador este ataque, sustentado en la violación del derecho de defensa y del principio de investigación integral por no haberse practicado un dictamen grafológico, también está llamado a prosperar.

LIGIA ACHURY, dueña del almacén y con cuyo dicho se dio por demostrada la responsabilidad del procesado en el delito de falsedad, señaló que el imputado firmaba los comprobantes de venta en su presencia e igualmente, incurriendo así en una contradicción que era necesario solucionar con el dictamen pericial, que se los llevaba al dueño de la tarjeta de crédito para que los firmara.

En la fase de la instrucción fue ordenada la prueba y en la del juicio se dispuso oficiar, para el mismo efecto, al Banco Industrial Colombiano para que remitiera los originales de los comprobantes de venta y aunque no fueron allegados, dentro del expediente aparecía un original con el cual era posible realizar el cotejo grafológico, sin que así haya sucedido.

Quedó demostrada la responsabilidad del procesado en el delito de falsedad, en consecuencia, con declaraciones contradictorias a las cuales el fallador de primera instancia les restó credibilidad y en dicha medida la omisión probatoria fue trascendental, resultando por lo tanto transgredido el principio de investigación integral.

“El delito de falsedad –concluye el Procurador—puede demostrarse con prueba testimonial y con base en esta puede proferirse la resolución de acusación; pero esto no obsta para que la prueba que ofrezca certeza, seguridad sobre la autoría de este delito,

en razón a las flaquezas que puedan exhibir otras probanzas, deba practicarse en forma posterior, en la fase del juicio, la cual cuenta con una etapa probatoria que tiene trascendencia para el desarrollo de la causa y el establecimiento de la responsabilidad penal del acusado.

“Esto no se hizo, razón por la cual procede la declaratoria de nulidad del proceso, desde el auto que abrió el juicio a pruebas, con el objeto de que se subsane la irregularidad, se ordene y practique el dictamen grafológico sobre las muestras manuscriturales tomadas al sindicado y el original del comprobante de pago aportado al proceso”.

Causal primera. Cargo Unico.

Lo invocado por el censor fue un supuesto error de hecho por falso juicio de existencia, que hizo consistir en que el juzgador ignoró los comprobantes de venta de color azul y la afirmación de los testigos POLO y ACHURY, según la cual tales documentos los tenía en su poder el procesado.

A criterio del Agente del Ministerio Público dichos medios de prueba fueron valorados por el Tribunal y en tal medida no se configura la violación invocada. Equivocó el libelista, entonces, el sentido de la transgresión, ya que podría tratarse de una apreciación errónea de la prueba, que conduciría a alegar un falso juicio de identidad, pero no un falso juicio de existencia.

El cargo, en consecuencia, no debe prosperar.

La Procuraduría, en conclusión, le pide a la Sala casar la sentencia de segunda instancia y declarar su nulidad. Subsidiariamente solicita la declaración de nulidad a partir del auto que abrió el juicio a pruebas.

Consideraciones de la Sala:

Dada la íntima relación existente entre los dos primeros cargos de nulidad realizados por el casacionista a la sentencia, la Corte los asumirá de manera conjunta. Ambos están referidos a la transgresión de las mismas garantías procesales e igualmente están orientados a que se declare la nulidad del fallo de segunda instancia.

En el ataque inicial sostiene el defensor, en esencia, que el Tribunal no tomó en consideración los argumentos a través de los cuales cumplió con su deber de fundamentación del recurso de apelación. No le merecieron ningún tipo de análisis, no los respondió, actuó como si no existieran.

Dicha sustentación, naturalmente, plasmó las inconformidades del recurrente con los términos del fallo de primera instancia, luego resulta manifiesto, si se tiene en cuenta que el segundo cargo realizado por el censor se refiere a que el Tribunal no examinó la sentencia impugnada y dictó una completamente desconectada de ésta, que ambos ataques de nulidad están íntimamente relacionados, como igualmente lo señaló el Procurador, y que nada impide que se examinen como uno solo, a lo que efectivamente procederá la Sala.

El proceso penal, en esencia, es un escenario de controversia. A través de él el Estado ejercita su derecho de investigar, juzgar y penar las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Esa actividad, sin embargo, en virtud del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria. La ley establece las reglas de su adelantamiento y a ellas debe sujetarse la actividad del Fiscal, del Juez y de las partes. Es la manera de ordenar el debate procesal, el cual, adicionalmente, debe encontrarse permanentemente ceñido a los principios impuestos por la Constitución Nacional, como condición de validez de los actos del proceso. El derecho del sindicado a la defensa durante toda la actuación judicial y como expresiones de éste los de contradicción e

impugnación, hacen parte de esas garantías, que de no cumplirse tornan el proceso en inconstitucional, debiendo acudir al mecanismo jurídico de la nulidad como forma de saneamiento de la conculcación.

La Constitución Política, aunque le permitió excepcionar al legislador, consagró en el artículo 31 el principio de la doble instancia frente a las sentencias judiciales, bien por vía de apelación o de consulta. El artículo 29, por su parte, estableció como derecho fundamental procesal del sindicado el de impugnar la sentencia condenatoria, el cual naturalmente opera, salvo las excepciones legales (procesos de única instancia), frente a los fallos que por disposición de la ley deban consultarse. La posibilidad de acceso a la segunda instancia, sin embargo, está condicionada por la ley. El recurso, en primer lugar, debe ser interpuesto oportunamente y, en segundo, ser sustentado por escrito ante la primera instancia o en forma oral ante el superior jerárquico.

La fundamentación de la apelación, por el aspecto indicado, es ya un acto trascendental. No le basta al recurrente afirmar una inconformidad general frente a la providencia que recurre, sino que le es imperativo concretar aquello de lo que disiente presentando los argumentos de hecho y de derecho que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada. Sustentar indebidamente, en consecuencia, es como no hacerlo, y la consecuencia de la omisión es que el recurso se declara desierto.

Es claro, entonces, de acuerdo a lo anterior, que la sustentación de la apelación es una carga del impugnante, que se constituye en un acto condición para acceder a la segunda instancia. Pero cumplido el requisito, dicha fundamentación –en tanto identifica la pretensión del recurrente— adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, en consideración a que sólo se le permite revisar los aspectos impugnados, de acuerdo a como lo dispone el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal. La sustentación, en otras palabras, fija el radio de acción del funcionario de segunda instancia y es limitativa de su actividad.

Si los fundamentos de la impugnación establecen el objeto de pronunciamiento del funcionario de segundo grado y ellos están referidos a discutir los términos y conclusiones de la decisión de primera instancia, es clara la relación de necesidad existente entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del Juez de segunda instancia. Providencia impugnada y recurso, entonces, forman una tensión, que es la que debe resolver el superior. Se trata de una de las manifestaciones más decantadas del principio de contradicción o controversia que rige el proceso penal y que explica el deber legal que tiene el Juez de integrar a la estructura del fallo el resumen de los alegatos presentados por las partes y el de analizarlos, de acuerdo a como se encuentra previsto en los numerales 3º y 4º del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal.

Si el derecho de contradicción hace parte del derecho de defensa y los dos son elementos que estructuran la garantía del debido proceso constitucional, no oír a las partes constituye una irregularidad insubsanable, un acto de despotismo jurisdiccional que socava la esencia controversial del proceso penal y que por lo mismo no se puede tolerar.

Si el sujeto procesal tiene la carga de sustentar, se logra el equilibrio con la imposición al Estado de escucharlo, analizar lo que dice y ofrecerle una respuesta motivada. La técnica de la casación, por otro lado, no se explica sino en concordancia con estas exigencias. Una sentencia inmotivada dificulta hasta hacer imposible, la crítica clara y la impugnación precisa de sus premisas o sus conclusiones. Los falladores deben comprometerse con el contenido del proceso para que sus análisis puedan luego ser debatidos en el recurso extraordinario dado que este demanda atacar sus fundamentos y demostrar la inconsistencia de los juicios de valor allí formulados.

En el caso examinado la queja del casacionista es que el Tribunal Superior en la sentencia de segunda instancia ignoró totalmente los fundamentos de la apelación y al

tiempo no hizo ninguna referencia al fallo del Juzgado Penal del Circuito, cuyos términos fueron la base de la impugnación. Por metodología, para dirimir los puntos planteados se sintetizarán los argumentos de la sentencia de primera instancia e igualmente los de la sustentación de la alzada.

Fundamentos de la sentencia del Juzgado 67 Penal del Circuito.

La materialidad de los delitos la encontró demostrada plenamente el juzgador con el informe policivo, el cual da cuenta de que el imputado, capturado en situación de flagrancia, pretendía hacerse a una mercancía en el Almacén MAS CUEROS JR., utilizando para ello una tarjeta de crédito perteneciente a otra persona. Igualmente, con los comprobantes de venta obrantes en el expediente y que se dice fueron hallados en poder de ALBERTO VICTORIA TRUJILLO.

Con respecto a dichos documentos, de color azul y los cuales cuentan en el reverso con un sello del Banco Industrial Colombiano, que por lo mismo la defensa alegó que no podían estar en poder de su representado sino en el del establecimiento comercial, lo primero que hace el Juzgado es admitir que resulta inexplicable la situación. Luego, a manera de hipótesis, señala que ha podido suceder que VICTORIA TRUJILLO le haya hecho el favor al almacén de consignar los comprobantes y que no les haya regresado los documentos, lo cual de inmediato desecha. Acto seguido el Juez acepta que existe una duda en cuanto a que el sindicado haya en realidad tenido consigo los documentos, hasta el punto de admitir como posibilidad la afirmación del imputado consistente en que dichos comprobantes "...le fueron colocados arbitrariamente entre sus papeles personales, para afincar con mayor éxito su vinculación en los hechos denunciados".

Otro punto, que en su momento lo planteó la defensa, fue la crítica que le realizó a la conducta de la propietaria del almacén MARIA LIGIA ACHURY MERCHAN, quien de haber sido acuciosa en el diligenciamiento de los comprobantes se hubiera dado cuenta de

que se utilizaron tarjetas de crédito a nombre de diferentes personas, aunque pertenecientes todas al sistema BIC. El Juzgado argumentó que dada la forma como se suscitaron las defraudaciones, era factible que la señora ACHURY MERCHAN hubiera sido confundida, a lo cual pudo contribuir su afán por lograr las ventas y la dificultad de retención de los nombres extranjeros que figuraban en las tarjetas de crédito. Significó, sin embargo, que a pesar de las dudas que dichas circunstancias pudieran generar en cuanto a la conducta de los propietarios de MAS CUEROS, las mismas no traducían la total ajenidad del sindicado en los hechos "...que pueda, en un momento dado, eximirlo de responsabilidad como pretende hacerlo ver la defensa, pues del contexto mismo de la prueba allegada al proceso se vislumbra una serie de indicios que se tornan comprometedores de su participación...". Dichos indicios fueron para el Juez de primera instancia los de presencia y mala justificación, los cuales a su parecer comprometen gravemente al acusado. Estaba en el lugar de los hechos y la explicación que suministró al respecto, esto es que ingresó al almacén con el único propósito de coquetearle a las mujeres que lo atendían y que entonces le imputaron gratuitamente los actos delictivos, no es creíble por insólita y contraria a las reglas de la experiencia. En consecuencia, estaba allí era para recoger la última mercancía irregularmente adquirida, tal y como lo había hecho en anteriores oportunidades, expresa el fallador.

Los comprobante supuestamente encontrados al capturado nuevamente entran en escena. El Juez admite como "bastante notoria" la duda sobre ese pretendido hallazgo, pero insiste en que ello no muestra la ajenidad del imputado en los hechos. Luego, enfatizando que debían estar en poder del proveedor, dice que es dable creerle al sindicado en cuanto a que le fueron puestos en su billetera "para afinar la incriminación" y que en dicha medida resulta censurable la actuación de quien lo capturó como de las personas que afirmaron que tenía en su poder los documentos, avalando el despacho judicial por lo tanto la decisión de la Fiscalía de expedir copias para investigar la

conducta de la señora ACHURY MERCHAN.

“Sin embargo –concluyó el Juzgado—esto de ninguna manera entorpece los indicios tanto de mala justificación como de presencia que lo comprometen gravemente dentro del insuceso como se ha venido analizando por cuanto no es creíble para el despacho, ni ha sido satisfactoriamente justificada la razón o el motivo por el cual alude el acusado, entró al establecimiento, como tampoco puede apoyar este juzgador el que haya sido involucrado por un simple azar. Existió si, un motivo, el cual fue recoger los elementos tantas veces aludidos, dando resonancia a la acusación vertida en su contra, y es que no era para más, confiado como andaba en que las anteriores defraudaciones habían sido culminadas con gran éxito, para ésta última no existía temor alguno y de ahí a que se haya aprestado a recoger la mercancía el día en que fuera capturado”.

El recurso de apelación.

El primer aspecto al cual se refirió el defensor en esa oportunidad fue el relacionado con el supuesto hallazgo en poder del capturado de los comprobantes de venta, que deberían estar en poder del proveedor ya que la función de consignar esos documentos en el Banco es del establecimiento comercial y no del dueño de la tarjeta de crédito. POLO BOLAÑOS, el policía que capturó a su representado, y LIGIA ACHURY, la dueña del almacén, afirmaron que ese hallazgo tuvo ocurrencia, y a eso se limitan las pruebas inculpativas.

El Juzgado –sigue la defensa—admitió que los documentos no podía tenerlos VICTORIA TRUJILLO y censura la conducta del agente de policía y de la comerciante “...porque estaban ... reforzando la prueba...” para inculparle los hechos al capturado. Se trató, a juicio del apoderado, no de un comportamiento reprobable de los mencionados sino del cometimiento de un delito en contra de su representado. Incurrieron en falso testimonio.

Acto seguido, luego de expresar que el aparato judicial se equivocó en cuanto partió de la base de que el procesado era culpable, señaló que resultaba curioso que el fallo haya desechado los testimonios de POLO BOLAÑOS y de LIGIA ACHURY y que la resolución de acusación se haya fundamentado en el otorgamiento de plena credibilidad a los mismos. El Juzgado, en consecuencia, condenó al procesado "...por otro camino que no estaba dentro del proceso ... con base en un análisis completamente diferente al que ya se había hecho". Aunque admite que el Juez tiene la potestad de realizar esos análisis, refiere que la seguridad jurídica demanda que exista concordancia "entre una medida de aseguramiento, una resolución acusatoria y una sentencia", que en el caso examinado no tuvo ocurrencia pues, como se dijo, la Fiscalía le otorgó credibilidad a unos testimonios y el Juez los desechó, basando la condena en los indicios de presencia y de mala justificación, que según el abogado eran uno solo. Simplemente porque la presencia de la persona y la explicación de dicha presencia constituyen un solo hecho indicador.

El relato que presentó el procesado lo presenta como posible. Es decir, que se encontraba en el almacén coqueteándoles a las mujeres que lo atendían y ha podido suceder que la propietaria, en problemas debido a que "...ha estado pasando documento falsos para estafar al sistema de crédito...", decidiera atribuirle la culpa a un extraño. Como refuerzo de esta argumentación refirió que la testigo expresó que el extranjero que se presentó en el almacén con "ALFREDO" le indicó que éste se encargaría de llevarle los comprobantes para suscribirlos, pero refirió igualmente que ALFREDO firmó los documentos en su presencia.

Como otro aspecto "curioso" de la sentencia calificó el hecho de que el Juez haya dividido los testimonios de LIGIA ACHURY y de POLO BOLAÑOS. Por una parte censurándoles que hayan introducido dentro de las pertenencias del capturado los documentos y por la otra otorgándoles credibilidad en lo restante. Concluye, entonces, luego de cuestionar esa forma de análisis del testimonio, que el juzgador tomó lo que le

convenía para proferir la condena, la cual dictó a pesar de admitir la existencia de duda en cuanto a la tenencia de los comprobantes por parte del enjuiciado.

En conclusión, por el sinnúmero de dudas probatorias existentes, a las cuales agregó la que surge del hecho de no haberse determinado probatoriamente si en realidad (como lo afirmó el Juez) las tarjetas de crédito utilizadas eran duplicados de las originales, pidió la absolución de su representado. Trece glosas hizo el defensor al fallo de primera instancia y la Sala los condensa para mayor ilustración luego de confrontarlas con el resumen escrito que obra en la foliatura y con el documento casete que se aportó a la misma, certificado como grabación original de la audiencia de sustentación oral:

1. Que la Fiscalía construyó la imputación a partir del hallazgo de 3 comprobantes elaborados y consignados, en poder de VICTORIA.

1. Que ese argumento no tiene consistencia alguna porque tal función sólo corresponde a los propietarios del almacén.

1. Que por ese motivo a VICTORIA se le vincula al proceso.

1. Que el Juez de primera instancia acepta que su defendido no los portaba y por tanto, la conducta de quienes pusieron en su poder tales comprobantes no es de censurar por su afán de reforzar la imputación, sino que se trata de un delito cometido en su contra.

1. Que todo ello indica que el aparato judicial se equivocó y construyó la sentencia sobre una presunción de culpabilidad.

1. Que en tanto la acusación otorga plena credibilidad al policial POLO y a la administradora ACHURY, el Juez los desecha y, en cambio, lo condena por otro camino, bajo otro sistema de análisis.

1. Que la seguridad jurídica exige concordancia entre la medida de aseguramiento, la resolución acusatoria y la sentencia.

1. Que la sentencia de primera instancia elucubra; y que si hubiese partido de una presunción de inocencia, no habría hecho tales elucubraciones

1. Que la acusación, en cambio, sí tiene lógica porque se decide por otorgar credibilidad a los testigos. La sentencia no la tiene porque desecha esos testimonios, especula y busca un camino para convencerse de la culpabilidad.

1. La explicación de VICTORIA sobre su presencia en el lugar, es normal. El defensor se refiere a las características físicas de la Administradora, la empleada del almacén y

VICTORIA, para señalar que entonces su “coquetería” era normal.

1. Como la propietaria del almacén estaba estafando el sistema de crédito pasando documentos falsos, era necesarios para ella buscar un chivo expiatorio.

1. Tras insistir en que las versiones de la señora ACHURY son contradictorias en cuanto describen el modus operandi del negocio que hizo con VICTORIA y sus compinches, y que por tanto una de ambas es falsa, critica al aquo por dividir los testimonios para dar credibilidad a lo que incrimina de ellas y reprochar, en cambio, lo de los comprobantes. Sostiene además que el Juez primero duda y a pesar de ello absuelve, y que lo que enumeró como indicios de tenencia y mala justificación son en realidad uno solo porque ambos se hacen consistir en que VICTORIA se encontraba en el almacén cuando fue capturado.

1. Finalmente con referencia a un carné falso que se encontró en poder de VICTORIA, como prestador de servicios de inteligencia militar, le quita todo peso a su presunta falsedad porque fue expedido en épocas aciagas y propone que no se compulsen copias para indagar sobre su falsedad dado que el hecho estaría prescrito.

Está claro para la Sala, una vez sintetizados los fundamentos de la sentencia de primera instancia, que el Juez, en primer lugar, consideró que CARLOS ALBERTO VICTORIA TRUJILLO fue capturado en situación de flagrancia, cuando se disponía a recibir una mercancía adquirida irregularmente por la suma de \$820.000.00. Igualmente que admitió la afirmación del procesado relativa a que le fueron puestos entre sus papeles

los comprobantes de venta. Pero aún a partir de dicha aceptación y a pesar de poner en entredicho la conducta de los propietarios del establecimiento de comercio, le creyó a MARIA LIGIA ACHURY MERCHAN en cuanto al procedimiento que se utilizó en las diferentes compras que se realizaron con las tarjetas de crédito, incluyendo su afirmación relativa al nombre de "ALFREDO" con el que se presentó desde un comienzo la persona capturada. En el análisis del Juez, además, se descartó por increíble el relato del sindicado, concluyendo, en suma, que los hechos sucedieron en la forma expuesta por la testigo.

La sustentación de la apelación contra el fallo, que como se advirtió en su momento determina el objeto del pronunciamiento de la segunda instancia, básicamente cuestiona que se les haya otorgado parcialmente credibilidad a la señora ACHURY MERCHAN y al Policía POLO BOLAÑOS, a pesar de haberles censurado el hecho de haber falseado la verdad en cuanto al supuesto hallazgo de los comprobantes de venta en poder de VICTORIA TRUJILLO. Analiza igualmente el relato suministrado por el procesado y plantea como posible que las cosas hubieran tenido ocurrencia de la manera como las relató.

Puestos frente a frente los términos del fallo y de la sustentación, se tiene que la discusión planteada por la defensa fue eminentemente de valoración probatoria y estuvo relacionada con la responsabilidad penal del procesado. En consecuencia, ese fue el límite que se le impuso a la segunda instancia. El Juez, como le correspondía, analizó los medios de prueba y decidió condenar. No es cierto, como lo afirmó el apelante en la sustentación oral ante el Tribunal, que haya desechado los testimonios de LIGIA ACHURY y POLO BOLAÑOS, a los cuales la Fiscalía en la acusación les confirió plena credibilidad. Simplemente no les creyó que el capturado llevara consigo los comprobantes de venta porque los mismos debían estar en poder del establecimiento comercial. Pero en lo restante los acogió como se desprende de una lectura detenida de la sentencia. Y, además, se repite, en dicho contexto, luego del análisis respectivo,

refutó las explicaciones del sindicado y lo único que le creyó fue su afirmación de que no tenía consigo los comprobantes de venta allegados al expediente.

Así las cosas, eso es indiscutible, lo que en esencia hizo el apelante fue cuestionar que se haya creído en parte a los testigos mencionados e intentar sacar victoriosas las explicaciones que su defendido ofreció en la indagatoria. En esa dirección hizo su propia lectura de los medios de prueba, criticó el análisis que de los mismos hizo el Juez y obviamente su conclusión de certeza respecto de la responsabilidad penal del procesado, constituyéndose éste tema en el objeto de la impugnación y por lo tanto en el límite del pronunciamiento de la segunda instancia.

El Tribunal, si se observa la sentencia objeto del recurso de casación, tal como lo plantea el Procurador Delegado, se marginó de la discusión propuesta. Ciertamente que no tenía que responder punto por punto a las inquietudes del apelante, o para afirmar mejor, que no estaba condicionado necesariamente por su manera de abordar la crítica. Pero debía escuchar sus argumentos y no actuar como si la sentencia de primera instancia no existiera. La controversia planteada por la defensa fue eminentemente sobre valoración de los medios demostrativos obrantes en el expediente, sobre su alcance, y aunque a ello hizo referencia el Tribunal, lo llevó a cabo con tanto desdén y autoritarismo que dejando de lado las propuestas de la defensa transcribió parcialmente el dicho de un testigo en su mayor parte de oídas, parte de las versiones juradas de LIGIA ACHURY y del cabo POLO y el siguiente fragmento contentivo, en 11 líneas, del juicio propio. Y agregó lo que en su momento expresó la Procuraduría al impugnar la preclusión con que se calificó el sumario por parte de la Fiscalía de primera instancia.

“No hay duda, entonces –es textualmente lo que dijo el Tribunal— de que quien se hizo pasar por ALFREDO es el mismo CARLOS ALBERTO VICTORIA TRUJILLO, quien fuera capturado en flagrancia. De modo que, asignándole plena credibilidad a las declaraciones, el Tribunal no encuentra dudas de ninguna índole para pregonar la responsabilidad

penal de VICTORIA frente a los cargos que le formuló la Fiscalía. Por consiguiente, se dan por plenamente comprobados los cargos que motivaron su enjuiciamiento. Las excusaciones del justiciable se rechazan porque, se reitera, está ampliamente desvirtuado. El haberse presentado ante el almacén utilizando nombre diferente, para ocultar su verdadera identidad, descubre el dolo con que procedía. Puestas en razón aparecen estas argumentaciones de la Procuraduría: 'Incuestionablemente podemos llegar a la íntima convicción de que el acusado CARLOS ALBERTO VICTORIA TRUJILLO conocía las conductas en que incurría, de que su participación en el agotamiento de las mismas fue a título de dolo el cual se desprende fácilmente del informe rendido por los agentes del orden donde se pone de conocimiento la forma como se produjo su aprehensión y porque, tal como lo acotan los empleados del almacén, no se entiende la razón para que el sujeto en cuestión hubiera tratado de evadir su responsabilidad procediendo al cambio de nombre pero curiosamente era quien se encargaba de recoger la mercancía una vez que el Banco avalaba la transacción comercial, es decir, concurría en la plena seguridad de que su actividad sería exitosa, así lo hacen saber los testigos MARIA LIGIA ACHURY y JOSE RAIMUNDO CHAPARRO CRUZ quienes relatan cómo el sujeto se presentaba como empleado de una persona extranjera titular de la tarjeta Credibanco y sin embargo, al rendir sus descargos incrimina a los agentes aseverando las razones por las que estos colocaron entre sus pertenencias los recibos y demás documentos de que habla el informe, precisamente es ahí, consideramos, donde radican los artificios y engaños determinantes de la estafa pues el sujeto acusado concurre hasta el almacén a recoger el volante de Credibanco, sale, lo lleva hasta su patrón para que este lo firme, llena los datos y luego si vuelve a dejarlo para concretar la venta y recoger los elementos adquiridos, llamando nuestra atención el que nunca pudo presentarse error entre los empleados por cuanto estos fueron claros y contestes en aseverar que en una fecha concurre el acusado a llenar datos y al día siguiente retira el producto, luego no pudo haberse presentado confusión al señalarlo como uno de los responsables del hecho' “.

La sentencia implica un juicio sobre los hechos y sobre el derecho. Pero la fijación de los hechos implica una tarea que está más allá de su consideración histórica dada la circunstancia de que a ellos se llega a través de los medios de prueba y que sobre éstos han de hacerse juicios de apreciación o valoración jurídicos (guiados por normas de experiencia, ciencia o lógica, o reglas que les asignan o niegan un determinado valor) o juicios de legalidad o validez. La fundamentación apunta precisamente a que el documento en que se recoge el acto de jurisdicción, o sea la sentencia, comprenda ambas clases de juicios de modo que de la manera más explícita posible sea asertiva, afirmativa y que no hipotetice. De ahí que cuando la sentencia no es expresa o terminante, o se manifiesta de manera ambigua o contradictoria, o se estructura de manera simplemente enunciativa con referencia a los actos de prueba y prescindiendo del *thema probandi*, se constituye en acto procesal defectuoso, vicio de actividad éste imposible de subsanar en la dinámica de las instancias, como tampoco susceptible de remedio en casación a través de su reemplazo, dado que con ello el superior terminaría trastocando la estructura del proceso por instancias o grados.

Entonces cuando el Tribunal pasa por alto los términos de la alegación y su marco de referencia (que es la sentencia de segunda instancia, o la acusación, o el trámite mismo del proceso, según el caso) y limita su actuación a transcribir parcialmente algunos testimonios y concluir de allí que no hay duda de que VICTORIA fue capturado en flagrancia y que no encuentra dudas de ninguna índole para pregonar su responsabilidad, no puede aceptarse que con ello esté justificando su decisión, que esté desarrollando un juicio crítico sobre tales pruebas. Al contrario, está cerrando todo camino al enjuiciamiento de sus razones y por ello está haciendo incontrovertible no solamente la decisión sino sus fundamentos.

En sí mismo, el problema que se suscita acá no es qué tanta credibilidad se podía otorgar a LIGIA ACHURY, a ALEX POLO y al denunciante CELIANO MATIZ, sino por qué se omitió la consideración de los elementos que otorgaban dicha credibilidad, en qué

medida y sobre cuáles apartes de sus percepciones o de las afirmaciones que en tales dichos comprometían la responsabilidad de VICTORIA. Frágil la coartada de éste, es cierto, pero necesario era manifestarlo no solamente así sino mostrar cómo ella, al entrar en juego con lo que de comprometedor para él tenían los demás medios probatorios, no podía salir airosa por lo insólita o extravagante.

La construcción de la responsabilidad sobre dos indicios, acremente criticada por la defensa, no fue resuelta en el fallo. Las premisas sobre las que actúa la defensa para señalar que el fallo se edifica sobre una presunción de culpabilidad, no merecen ninguna observación. La tesis de la congruencia entre la medida de aseguramiento, acusación y sentencia, no se repara ni se cuestiona como mal concebida. Las glosas a los testimonios de la administradora del almacén y del cabo POLO (y a partir de ellas a la calificación de flagrancia) no son objeto de análisis ni para bien, ni para mal. Las razones por las que se considera verosímil la explicación del procesado, no se desestiman con algún apoyo de experiencia o indiciario. Tampoco se contradice el motivo en el cual la defensa afina sus sospechabilidad de la versión de la señora ACHURY (estaba estafando el sistema de crédito pasando documentos falsos y necesitaba un “chivo expiatorio”), ni la poca fiabilidad que otorga a la calidad falsaria de un carné hallado al implicado.

De íntima convicción por oposición a sana crítica, es el procedimiento revelado en la sentencia y eso le vuelve ciertamente cuestionable, plenamente defectuoso. Y obviamente, en tanto desconoce la garantía del contradictorio, lo vicia de nulidad.

Los cargos de omisión de prueba y violación indirecta suponen –para poder ser considerados— la validez formal de la sentencia. Ni uno, ni otro, podrían verse en su cabal dimensión prescindiendo del raciocinio que es propio de ella. Es la razón para que prosperando los dos primeros ataques se dejen de analizar los demás. Ambos, en efecto, exigen la asunción de su estudio de cara al principio de trascendencia y, para el caso, que el debate de instancia se hubiese agotado de modo formalmente idóneo.

Así las cosas, la Sala casará el fallo recurrido, declarando la nulidad de la sentencia de segunda instancia, la cual debe ser dictada nuevamente y de manera debida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia recurrida del 22 de agosto de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá condenó al procesado CARLOS ALBERTO VICTORIA TRUJILLO. En consecuencia, se declara la nulidad de la misma y se dispone devolver el proceso al despacho de origen para que rehaga la actuación

Notifíquese y cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

No

JORGE E. CORDOBA POVEDA  
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GALVEZ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA  
PINILLA

NILSON PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria