

NOTIFICACION/ AUTO DE PROCEDER

PROCESO : 12295

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente, Dr.

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado por Acta No.151

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado NICOLAS FRANCISCO BITAR YIDI en contra del fallo del 19 de abril de 1996 emanado de una Sala de Conjuces del Tribunal Superior de Cúcuta que confirmó la sentencia condenatoria proferida el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa ciudad, con la sola modificación del numeral sexto de la parte resolutive relacionado con la condena en perjuicios.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

En la noche del 31 de julio de 1985, la Lotería de Cúcuta realizó en presencia de varios directivos de la Beneficencia del Norte de Santander su sorteo 1113 en el Municipio de Bochalema, resultando favorecido con el premio mayor el billete

número 0863, cuyos tres últimos dígitos dio inusitadamente lugar al cobro de sumas millonarias, por lo que se rumoró con insistencia que por anticipado algunos apostadores conocieron cual iba a ser el resultado, dando lugar a la denuncia presentada por Juan José Pita Martínez de Apuestas Permanente “J.J. Pita & Cia. Ltda.”, ante una de las Unidades Operativas de la Policía Judicial de Cúcuta.

El premio mayor de la Lotería fue cobrado por el abogado NICOLAS FRANCISCO BITAR YIDI a nombre de César María Maldonado Prato, quien supuestamente le confirió poder con ese fin.

De la denuncia conoció en un comienzo el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal radicado en Cúcuta, el que dictó auto cabeza de proceso el día 6 de agosto de 1985; posteriormente la Directora de Instrucción Criminal designó al Juez Veinte de esa Seccional para que adelantara la investigación, y como en el curso de las diligencias el apoderado de uno de los indagados solicitó la cesación de procedimiento prevista en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por entonces vigente (Decreto 409 de 1971), el expediente se remitió a los juzgados del conocimiento, donde previo reparto asumió el Juzgado Quinto Superior, despacho que de ahí en adelante dirigió la investigación, con la colaboración del Veinte de Instrucción Criminal que en cumplimiento de sucesivas comisiones perfeccionó las diligencias, hasta cuando por razón de un impedimento el asunto pasó al Juzgado Primero Superior el 11 de septiembre de 1986.

Como el Juez Quinto de Instrucción Criminal de esa ciudad había declarado abierta una segunda investigación el 2 de abril de 1996, con base en la denuncia instaurada en Barrancabermeja por otros representantes de “casas de juego, apuestas y chance” en reacción por los mismos hechos, una vez advertido de la existencia del inicial proceso remitió lo actuado al Juzgado Quinto Superior, pasando de allí al Primero de esa especialidad que asumió el conocimiento y

ordenó la integración de todas las diligencias para continuar la investigación que declaró clausurada el 23 de mayo de 1987, y luego de negarse a reponer, entró a proferir el auto de proceder del 27 de julio siguiente por el que convocó a juicio a NICOLAS FRANCISCO BITAR YIDI en calidad de coautor del delito de falsedad, y como cómplices a MANUEL JOSE FAILLACE y LAURENTINO PEÑA GRANADOS.

También incriminó a BITAR YIDI por el delito de estafa, en calidad de coautor, junto con los empleados públicos GUSTAVO GOMEZ ARDILA, LUIS ERNESTO CONTRERAS, JOSE ALBERTO VELASCO, VICTOR JULIO ROMERO y PEDRO RUBEN SANCHEZ y los particulares MANUEL OJEDA CORREA, JOAQUIN EMILIO MEJIA CARRASCAL, TULIO CELIMO ORTEGA FORERO, VICTOR MANUEL RAMOS TREJOS, JOSE BALLESTEROS o ANTONIO BAHAMON y LUIS HUMBERTO GIL VALENCIA, adicionando el cargo de peculado, en calidad de autor a TRISTAN ARBELAEZ MENDOZA y a JOSE BERTULFO RAMIREZ CHAVERRA el delito de encubrimiento.

En la misma providencia se sobreseyó temporalmente a MARINA OJEDA DE SARMIENTO, BENJAMIN SALCEDO BALDION, JUAN CARLOS ALVAREZ MEDINA, ordenando la reapertura de la investigación, y en forma definitiva a JOSE SANTOS FLOREZ y TRINIDAD ALBERTO DUARTE PACHECO.

Por la manifestación de un impedimento, el proceso pasó a conocimiento del Juzgado Segundo Superior, y allí el 24 de febrero de 1989 se resolvieron los recursos de reposición interpuestos, reformando parcialmente algunos numerales del auto de proceder en lo tocante con las medidas de aseguramiento y cauciones, concediéndose la apelación para ante el Tribunal Superior de Cúcuta, que mediante auto del 10 de mayo de 1989 confirmó el enjuiciamiento.

Agotada la fase probatoria de la causa, el Juzgado Segundo Superior señaló fecha para la diligencia de audiencia en el mes de octubre de 1990, pero su

práctica tan solo se vino a iniciar el 8 de junio de 1994 tras consecutiva ausencia de los defensores, para culminar poco después en ese mismo despacho, que con la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991 había pasado a ser Noveno Penal del Circuito.

El 8 de junio de 1995 se profirió el fallo de primera instancia, condenatorio por el delito de estafa para los acusados GUSTAVO GOMEZ ARDILA, JOSE ALBERTO VELASCO LARA, MANUEL OJEDA CORREA, JOAQUIN EMILIO MEJIA CARRASCAL y NICOLAS FRANCISCO BITAR YIDI a 36 meses de prisión y \$ 150.000,00 de multa; a LUIS HUMBERTO GIL VALENCIA, VICTOR MANUEL RAMOS TREJOS, TULIO CELIMO ORTEGA FORERO y LUIS ERNESTO CONTRERAS a 31 meses de prisión y \$ 120.000,00 de multa. Así mismo los condenó a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la sanción principal, y al pago solidario de la indemnización en favor de la Beneficencia de Norte de Santander y de las Agencias de Apuestas “Cúcuta 75” y “Santander”, denegando la ejecución condicional de la pena a VELASCO LARA, RAMOS TREJOS y GIL VALENCIA, y concediéndola a los de demás.

Finalmente absolvió a JOSE BALLESTEROS o ANTONIO BAHAMON, PEDRO RUBEN SANCHEZ JAUREGUI y VICTOR JULIO ROMERO, y declaró la prescripción de la acción penal en relación con los delitos de falsedad, peculado culposo y encubrimiento, por lo que ordenó la cesación de procedimiento en favor de NICOLAS FRANCISCO BITAR YIDI, MANUEL JOSE FAILLACE GALVIS, LAURENTINO PEÑA GRANADOS, TRISTAN GUILLERMO ARBELAEZ MENDOZA y JOSE BERTULFO RAMIREZ CHAVERRA.

Impugnada la sentencia ante el Tribunal, el Juzgado concedió el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de VITAR YIDI, OJEDA CORREA y GIL VALENCIA, lo denegó, por sustentación extemporánea, a los defensores de GOMEZ ARDILA y CONTRERAS, y lo declaró desierto para MEJIA CARRASCAL.

Tras corresponder en el Tribunal el pronunciamiento de instancia a una Sala de Conjuces, la sentencia de segundo grado se profirió el 19 de abril de 1996, impartiendo confirmación a la sentencia, salvo en lo relacionado con la condena al pago de la indemnización de perjuicios que modificó para reducir el monto de las obligaciones impuestas e incluir dentro de los beneficiarios a Apuestas “La Frontera” y “J.J. Pita & Cia. Ltda”.

Inconformes aún con esta determinación, recurrieron en casación el procesado Joaquín Emilio Mejía Carrascal y la defensora de NICOLAS FRANCISCO BITAR YIDI, más como la impugnación intentada por aquel se declaró desierta, el Tribunal únicamente concedió el recurso extraordinario al segundo de los nombrados.

L A D E M A N D A :

Al amparo de la causal tercera de casación, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, plantea la impugnante dos cargos, los que desarrolla así:

Primero .- Procede la nulidad por cuanto la actuación adolece de irregularidades sustanciales que atentan contra los intereses del acusado, derivadas de la inobservancia de las formas propias del juicio en que incurrió el juzgador al no declarar la prescripción de la acción, pese a haber sido alegada en la audiencia y en la sustentación del recurso de alzada. LO anterior, por cuanto el procesado BITAR YIDI se notificó del auto de proceder el 3 de agosto de 1987, sin que él o su anterior defensor impugnarán la determinación, por lo que se ha de entender que dicho auto quedó ejecutoriado tres días después por ministerio de la ley, esto es el 6 de agosto de 1987.

Dice atenerse el impugnante a la opinión de la doctrina al afirmar

que como la apelación del auto calificador se concede en el efecto suspensivo, en el caso de interponerse recurso apenas por uno o algunos de los procesados "una vez concedido ... se rompe la unidad procesal (art. 440 del C. de Procedimiento Actual)", lo que permite suponer que la parte de la providencia que no fue impugnada queda en firma al vencimiento del término de ejecutoria formal, si no fuese susceptible del grado jurisdiccional de consulta.

A diferencia del actual procedimiento, agrega, en esa época la ejecutoria del auto de proceder era independiente para cada uno de los enjuiciados, de manera que quien no interponía la apelación quedaba ya con su decisión en firme, en tanto que la segunda instancia solamente afectaba a los recurrentes; previsión que por favorabilidad se debe aplicar en el presente caso.

Al denegar la prescripción, el Juzgado invocó lo dispuesto en el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, norma que carecía de vigencia cuando ocurrieron los hechos, cuya aplicación indebida llevó a contar la reanudación del término de prescripción a partir del 10 de mayo de 1989 que es la de la providencia del Tribunal, cuando se le ha debido dar aplicación es al artículo 209, vigente para la época del suceso, según la cual "toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno", de modo que según la pena a tener en cuenta (siete años y medio), la acción penal prescribió el 8 de febrero de 1995, si su correr se cuenta como debe ser, a partir del 8 de agosto de 1987.

Un error similar le atribuye la casacionista a la Sala de Conjueces porque al referirse a las diferencias entre prescripción de la acción y de la pena, mencionó el artículo 80 del Código Penal, relacionado con circunstancias de agravación y atenuación concurrentes, y citó alguna jurisprudencia de la Corte pero

omitiendo el análisis de la incidencia de la ejecutoria del auto de proceder.

Por lo anterior considera que la Corte debe, consecuente con lo expresado en sentencia del 20 de enero de 1994 con ponencia del Magistrado Doctor Dídimo Páez Velandia, declarar imperativamente la prescripción de la acción, aplicando por favorabilidad la norma vigente cuando ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta que la no interposición de recursos por parte de BITAR YIDI rompió la unidad procesal para fines de prescripción, añadiendo que ni el procesado ni quienes han llevado su representación dentro de este proceso han tratado de entorpecer o dilatar su normal desarrollo.

Segundo.- Propone la nulidad de la sentencia por haber incurrido el juzgador en el supuesto fáctico del artículo 304-2 del Código de Procedimiento Penal, dado que la denuncia instaurada por Elías Jaimes Castillo fue recepcionada en forma irregular en su propia oficina y no en el Despacho Judicial, lo que indica falta de imparcialidad del Juzgado Veinte de Instrucción Criminal. Además, el denunciante negó cualquier relación con la Agencia de Chance "J.J. Pita", pese a que Juan José Pita asegura en declaración rendida el 19 de noviembre de 1985 que la señora madre de Elías Jaimes es socia de dicha empresa y tiene el 50% de las acciones. Por si fuera poco, desató una campaña a través de la cadena radial "Caracol Cúcuta", con violación de la reserva sumarial a fin de extorsionar a las personas mencionadas en el proceso.

El doble interés de afectado y periodista hizo que Jaimes Castillo empezara a presionar a los testigos y a los funcionarios judiciales, sin que el Instructor tomara medidas conducentes para sancionar la violación de la reserva del sumario, lo que le permitió seguir adelante en su empeño, "dando lugar a que la sociedad y los mismos sindicados se sintieran inseguros y en especial estos últimos, personas prestantes y de una gran solvencia moral".

Ese testigo que en un comienzo se mostró como paladín de la verdad y de la justicia resultó ser un cazador de fortunas, según lo relata el sargento de la Policía José Rafael Villamizar al asegurar que Jaimes Castillo no solamente estaba interesado en defender algunas casas de chance, sino también en alcanzar beneficios económicos, pues al parecer exigía dinero de los presuntos sindicados para no involucrarlos en sus comentarios. Es decir, su testimonio debió ser descalificado por inveraz, siendo ello tan cierto que ideó y anunció el supuesto hallazgo de las ruedas con que se había realizado el sorteo de Bochalema, pero estas resultaron ser las que fabricaba un señor Marcuchi para distintas loterías de Colombia y Venezuela, y que todavía tenía sin pintar. Más evidente encuentra la narración que hizo de la forma como se fraguó el fraude, mediante un sistema electrónico que accionaba un mecanismo para que las ruedas pararan en determinado número, como si hubiera estado allí, o fuera un experto.

Es más, José Ramírez en declaración rendida ante el Juez Doce de Instrucción Criminal -en Bogotá- dijo que los nombres por él suministrados en su declaración eran de personas que había conocido cuando era contrabandista y funcionario del D.A.S., sin que hubiera presenciado nada, ya que llegó a Cúcuta atraído por el aviso publicado por J.J. Pita y con el ánimo de ganarse unos pesos; allí conoció a Elías Jaimes, quien lo llevó hasta la finca “Primavera” en Chinácota y le ofreció dinero para que declarara en contra de las personas de la Lotería de Cúcuta. Asegura haber conocido al Juez Veinte de Instrucción Criminal en casa de Elías Jaimes Castillo, y agrega que involucró a Ortega Forero y Gil Valencia porque para la trama que montaron los concesionarios de las apuestas se necesitaba involucrar personas del interior, señala a Juan José Pita, Heriberto López y Samuel Sánchez como los ideadores de la trama.

Respecto de la sindicación contra NICOLAS FRANCISCO BITAR, primero por asociación para delinquir, cohecho y estafa, luego por estafa únicamente,

posteriormente por peculado, estafa y falsedad y en la sentencia por estafa (dado que la falsedad prescribió), considera la impugnante que se desatendió la presunción de inocencia, si se tiene en cuenta que para proferir un simple auto de detención es necesario que obre por lo menos una prueba grave y no la simple acusación infundada que afecta al sindicato y su familia en lo más noble de sus sentimientos y lesiona su honor y dignidad, colocándolo injustamente en la picota pública.

De otra parte, en el proceso no se demostró la existencia de las ruedas Fishet adulteradas, ni la sustitución de las auténticas, tampoco el fraude en el sorteo celebrado en Bochalema, o que alguna persona hubiera declarado en contra del doctor BITAR YIDI.

Aseguran quienes presenciaron el sorteo (Tristán Arbeláez y Gustavo Gómez Ardila) que una vez instaladas las ruedas el locutor invitó al público para que verificara su normal funcionamiento, haciéndolas girar varias veces, y que las cajas donde se guardan tienen doble llave en poder del Auditor y el Secretario General. Así mismo, el animador del espectáculo Luis Enrique Hernández dice que tuvo que mover las ruedas para la presentación de una pareja de baile sin que hubiera detectado algo anormal. Alvaro Barreto vio cómo los funcionarios de la Beneficencia abrían las cajas que contenían las ruedas minutos antes del sorteo, eran las ruedas de color azul que siempre se habían utilizado, y él mismo las accionó para comprobar su cabal funcionamiento sin que hubiera percibido la más mínima irregularidad, no solamente ese día sino durante todo el tiempo que ha estado cumpliendo la labor de locutor del sorteo. Estas declaraciones despejan cualquier duda sobre la pulcritud del trámite administrativo.

La actuación del juez que le otorgó credibilidad al montaje de Elías Jaimes Castillo y su falso testigo José Ramírez Chaverra le ha causado al procesado BITAR YIDI un grave daño que hubiera podido evitarse si se adelanta la investigación

dentro de los lineamientos jurídicos; pues reitera que no se demostró el manejo electrónico de las ruedas, y antes los técnicos especializados que estuvieron en la diligencia de inspección descartaron esa posibilidad. Tampoco se demostró que hubieran sido cambiadas, y en su lugar, las fotografías del sorteo que examinó Medicina Legal acreditan que son las mismas de anteriores sorteos.

El Fiscal del Tribunal de Cúcuta asegura que al procesado Santos Flórez ninguna prueba lo incrimina de haber manipulado alguno de los controles remotos “por la simple razón a que en el proceso no existe prueba a cerca de la existencia real de las ruedas adulteradas y, esta misma consideración nos va a servir para valorar al analizar los artificios o las maniobras engañosas que configuran el delito de estafa”, de modo que no existiendo el objeto manipulable, carece de sentido la discusión sobre el control remoto, y ello tan solo puede llevar a una conclusión lógica, y es que ni existió ni se demostró el fraude anunciado. Es más, si las ruedas hubiesen estado arregladas para obtener un determinado resultado, los cinco premios secos jugados con antelación esa noche tendrían el mismo número del mayor y eso no ocurrió.

“La anterior reseña del proceso -agrega-, nos lleva a demostrar que el señor Juez instructor, y luego los jueces que lo precedieron (sic) con base en una prueba indiciaria, que era la declaración de Elías Jaimes Castillo, la presión radial del periodista Carlos Pérez Angel, y en principio la presunta confirmación de José Ramírez Chaverra, llevaron al juez, a dar por demostrados hechos indicadores que no lo estaban tergiversando aquellos y, por tanto prestándole cualquier validez a su construcción lógica o, en otras palabras haber hecho un análisis real de la prueba indiciaria con base a hechos y argumentos probados por la prueba técnica”.

Y continúa : “presenté un análisis de las pruebas recaudadas, y el rechazo total que los funcionarios instructores y falladores hicieron de la prueba técnica, y como estos funcionarios construyeron y elaboraron con base a indicios los

hechos indicadores y desconocieron los que apuntaban a reconocer las especiales circunstancias en que se movieron los autores de esta trama, con la complicidad del juez inicialmente instructor, Dr. Víctor Bohórquez... quien como está demostrado en autos, tomó la versión de Elías Jaimes Castillo en la oficina de éste y no en su despacho”.

Luego, y dentro del mismo cargo afirma que si no se reconocieron en ninguna de las instancias los requisitos de ley se debió a “una evidente violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación y valoración del acerbo, debido a la manipulación y tergiversación de que fue objeto por parte del Juez Instructor, actitud que fue confirmada por la Juez de conocimiento, y por los jueces colegiados al proferir la sentencia”.

En cuando dice la sentencia que César Maldonado Prato desmintió la versión de Bitar Yidi por haber asegurado que él no compró el billete ganador, ni le otorgó poder para cobrar el premio, se tuvo en cuenta un testimonio irregularmente recaudado, pues el Cónsul de Colombia en San Antonio de Táchira (Venezuela) lo único que hizo fue autenticar la firma del funcionario de la P.T.J. que escuchó dicha declaración, lo que le resta validez a su contenido. Además, los sentenciadores no tuvieron en cuenta el testimonio del lotero Ciro Alfonso Fernández que asegura haber vendido el billete ganador a un hombre cuyas características morfológicas curiosamente coinciden con las de Maldonado Prato.

A renglón seguido insiste en que acudió a la vía del error de hecho para denunciar las protuberantes fallas de la sentencia de segunda instancia, pues no existe una sola prueba que acredite el fraude de la lotería o que los “chanceros” hubieran tenido que pagar un solo peso, como lo reconoce la Sala de Conjuces al modificar el numeral sexto del fallo recurrido, y pide que de acogerse el primer cargo, “la sentencia habrá de casarse totalmente decretando la nulidad y dictando aquella en

que se decrete la prescripción”. Y en caso que prospere el segundo cargo, “la sentencia habrá de casarse totalmente y exonerar de responsabilidad total a mi cliente por no existir pruebas de su responsabilidad”.

C O N C E P T O D E L M I N I S T E R I O P U B L I C O :

En criterio del Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la inconducencia del primer cargo y la indescifrable mixtura del segundo conllevan el fracaso de la demanda, de modo que sugiere no casar la sentencia impugnada.

La alegación de prescripción se funda en que la ejecutoria del auto de proceder tuvo ocurrencia el 6 de agosto de 1987, por no haber recurrido esa decisión el procesado ni quien entonces lo apoderaba, de conformidad con los lineamientos del Decreto 409 de 1971 que se debe aplicar por favorabilidad.

Pero es necesario precisar que al momento de la apertura de la investigación (6 de agosto de 1985) estaba vigente el mencionado estatuto, y el se hizo extensivo por mandato del artículo 677 del Decreto 050 de 1987 a todo el proceso, pues al regular lo concerniente al tránsito legislativo estableció que el anterior procedimiento se continuaría aplicando a los procesos con “auto de cierre de investigación ejecutoriado”, condición que en este caso se cumplió el 5 de junio de 1987, esto es, días antes de la vigencia del nuevo Código.

Así las cosas, no era necesario aducir la aplicación ulterior de la norma si se tiene en cuenta su vigencia para la fecha en que se surtió la aludida actuación, entrando a transcribir la Delegada apartes de lo expresado por la Sala de Casación en providencia del 15 de abril de 1993 con ponencia de este despacho.

Pero es más: aún en vigencia del artículo 209 del Estatuto de 1971, tampoco era posible que el auto de llamamiento a juicio proferido en contra BITAR YIDI hubiese quedado ejecutoriado tres días después de notificado por el solo hecho de no haber interpuesto este procesado recurso alguno, pues el no existir en la norma referencia específica a la pluralidad de sujetos, no autoriza agregados interpretativos que permitan llegar a la conclusión de la impugnante, “pues, claro resulta que una vez interpuesto el recurso de apelación por algunos de los restantes vinculados, mal podría operar una especie de ejecutoria parcial no regulada en el precepto, en relación con quien no desplegó esa actividad de ataque; por lo tanto, el proveído calificadorio quedó ejecutoriado una vez que el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial resolvió el recurso impetrado”. Cualquier interpretación en sentido contrario llevaría a desconocer que en vigencia de ese régimen procedimental el superior podía resolver sin las limitaciones que hoy tiene.

La ejecutoria parcial del llamamiento a juicio implicaría que la etapa subsiguiente (la causa) se habría podido tramitar en forma individual, como si se tratara de una ruptura de la unidad procesal para el no apelante, circunstancia que no aparece regulada ni en el anterior ni en el actual procedimiento. Es más, pese a los continuos cambios legislativos, la tesis de la Corte en torno a la ejecutoria de las providencias se han mantenido en lo esencial, por eso basta recordar la sentencia del 13 de octubre de 1994 (también con ponencia de este despacho), para concluir que aún hoy subsiste la potestad sancionatoria del Estado, dado que el mecanismo prescriptivo todavía no ha operado en el presente caso.

El segundo cargo de la demanda, para la Delegada, adolece de insalvables falencias técnicas, pues inicialmente acude la libelista a la causal tercera de casación “con marcado desconocimiento de los imperativos básicos que rigen en esta sede extraordinaria en punto de la vía de ataque escogida”, para luego suscitar una nueva controversia en torno a la apreciación

probatoria que es del ámbito de la causal primera -cuerpo segundo-, olvidando que, si bien es cierto, hoy existe la posibilidad de plantear cargos excluyentes dentro de una misma demanda, también lo es que debe hacerse en forma independiente y no como aquí se presentan; pues resulta ilógico que al interior de una misma censura se aleguen simultáneamente vicios in procedendo y a la vez errores in iudicando, ya que su propuesta y comprobación difiere notablemente; así, en los primeros se debe demostrar la violación de garantías fundamentales o el resquebrajamiento de la estructura básica del proceso, mientras en los segundos es la vulneración de preceptos sustanciales lo que configura el error de hecho alegado.

Así pues, la transgresión de uno de los principios fundamentales del recurso -el de no contradicción-, le impide a la Corte optar por alguna de las disímiles propuestas.

No obstante, la Delegada se adentra en el contenido de la alegación para destacar la falta de comprobación de las propuestas irregularidades, toda vez que la censura se limita a hacer una serie de imputaciones en contra de los funcionarios que intervinieron en la investigación y el juzgamiento sin precisar la forma en que su parcialidad se proyectó en el debido proceso; “el recurrente antes que ocuparse de dicha transgresión, la que en verdad no se da, toda vez que en el devenir de la actuación se investigaron en lo posible aquellos aspectos que denotaban trascendencia favorable o desfavorable a los intereses del procesado, se dedicó a controvertir las inferencias del fallo, como si la vía de impugnación planteada en un comienzo -causal tercera-, le permitiese revivir en sede de casación un nuevo debate probatorio, superado ampliamente en el devenir de las instancias”.

Sin mayores esfuerzos el expediente permite colegir que la vinculación de BITAR YIDI al proceso tuvo un origen distinto del señalado en la demanda, ya que la apertura de la investigación se produjo como consecuencia de la denuncia

instaurada por Juan José Pita Martínez y el llamado a indagatoria lo hizo el Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal del Juzgado Quinto Superior contra la medida de aseguramiento que afectaba a Ojeda Correa.

Ahora, el giro que le da la casacionista al cargo por nulidad para aducir la causal primera de casación, sin precisar la modalidad del error de hecho que quiere plantear y sin individualizar las normas presuntamente infringidas, constituye un insuperable grado de incertidumbre y demuestra la forma sesgada en que analiza “desde su personal punto de vista los elementos de persuasión y el acopio indiciario que sirvió de base al fallo de condena, y a pesar de advertir que su alegato no corresponde a uno de instancia (fol. 119 c. del Tribunal) en razón a su distanciamiento manifiesto de las directrices de este recurso, es indudable que tan solo se identifica como uno de ellos, pues, pretendiendo anteponer a toda costa sus propias deducciones, deja entrever que todo su interés radica en que se reconozca que los hechos sucedieron contrariamente a como lo declaró probado el sentenciador, desconociendo con ello que la sentencia se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, y que al haber escogido como vía simultánea de ataque la del error de hecho, le era imperativo no anteponer su criterio probatorio al del ad-quem, sino demostrar los yerros de identidad que en principio al parecer esboza”.

Finalmente evoca apartes del fallo del 30 de mayo de 1996 en el que, según dice, con ponencia del Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll la Corte acoge el criterio expresado por esa Delegada sobre la controversia que en casación suscita la apreciación probatoria de indicios.

C O N S I D E R A C I O N E S D E L A C O R T E :

1.- Según ha quedado visto, los hechos materia de este

proceso tuvieron ocurrencia hacia el año de 1985, al detectarse irregularidades surgidas en el sorteo 1113 de la Lotería de Cúcuta verificado el día 31 de julio.

Si, como al mismo tiempo viene de advertirse, la calificación del mérito sumarial se dio mediante auto de llamamiento a juicio de julio 27 de 1987, ratificado en la segunda instancia por providencia del 10 de mayo de 1989, es claro que el término extintivo se interrumpió mucho antes de que se aproximara la prescripción de la acción penal, pues entre la ocurrencia del hecho y el enjuiciamiento no había transcurrido el lapso indicado en el artículo 80 del Código Penal.

Ahora bien: sabido es que una vez en firme el auto de proceder o su equivalente (artículo 84 del Código Penal), el término de extinción de la acción se interrumpe, sin que de allí en adelante sea necesario superar más allá de la mitad del indicado en el ya visto artículo 80 para que la prescripción se haga operante, lo que equivale para el caso del delito de estafa que en estas diligencias se imputa -artículo 356 del Código Penal-, al transcurso de siete años y medio, sin que la actuación culmine.

Frente a esta realidad propone la libelista que la prescripción de la acción penal para el impugnante señor BITAR YIDI se dio porque en su caso la acusación cobró ejecutoria el 8 de agosto de 1987 y no el 10 de mayo de 1989, argumentando que por no haber recurrido ese auto en alzada, mal podía el superior modificarlo, lo que implicaba su firmeza desde antes del pronunciamiento de segunda instancia, según entiende lo confirma la ley procesal penal vigente a la fecha de los hechos, aplicable por favorabilidad.

Halla la Sala, sin embargo, que un planteamiento de tal naturaleza resulta enteramente desacertado, pues con independencia de la legislación procesal penal que se invoque, ninguno de los estatutos procesales vigentes

desde la ocurrencia del hecho hasta el momento de esta decisión llegó a prever la posibilidad de una ejecutoria fraccionada de las providencias judiciales, ni mucho menos el evento de que al interior de un mismo proceso y sin que opere la ruptura de la unidad procesal, se puedan ir adelantando varias causas.

En efecto, basta mirar la redacción de los artículos 182 (modificado por el 19 del Decreto 1853 de 1985), 187, 209, 487 y 498 del Decreto 409 de 1971, que regulaban entonces las notificaciones del auto de proceder, su ejecutoria, el momento de conclusión del sumario y el de iniciación del juicio, para entender que las impugnaciones contra esta providencia solo podían interponerse en el momento de la notificación o dentro de los tres días siguientes al último acto de enteramiento de la providencia, lapso de ejecutoria a la vez común para sustentación de la alzada. E interpuesto este recurso contra la acusación, por cualquiera de los intervinientes procesales -artículo 486 ibídem-, las únicas decisiones a ejecutar sin condicionamiento a la instancia, serían las relativas a la detención y las medidas preventivas contenidas en la misma providencia, lo que implica la supeditación del rito a los resultados de la segunda instancia.

De ese modo no puede sostenerse que en el Decreto 050 de 1987 que entró a regir el 1o. de julio de ese mismo año la situación variase, pues los artículos 196, 197 (modificado luego por el artículo 12 del Decreto 1861 de 1989), y 487 fueron todavía más explícitos para orientar hacia la misma conclusión que hoy todavía ratifican en su orden los artículos 196, 197 y 444 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), particularmente en cuanto en cada uno de estos estatutos invariablemente se advierte que la ejecutoria se alcanza transcurridos tres días luego de la última notificación, pero siempre y cuando no se hayan interpuesto recursos contra la respectiva providencia.

Y no se diga que la tesis de la defensa se arraiga en la

redacción del artículo 196 del Decreto 409 de 1971, porque en ella se decía que la alzada podía interponerse en el momento de la notificación del respectivo auto o por escrito dentro de los tres días siguientes, mientras que en los Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991 el texto resultó más explícito al contar ese plazo “a partir de la última notificación”, porque a falta de mayor claridad en aquel texto, ya la jurisprudencia había orientado hacia la misma conclusión al precisar que siendo varios los intervinientes procesales, cualquier pronunciamiento sobre un recurso interpuesto por solo uno o algunos de ellos debía hacerse en “una sola providencia” y “una vez que se haya terminado la notificación”, (cfr. providencia de octubre 19 de 1982, Magistrado Ponente Dr.: Luis Enrique Romero Soto), lo que de modo fácil deja entrever que ni la situación reglada realmente difería, ni en algún momento de las distintas legislaciones procesales consecutivas dejó de ser el trámite de la calificación sumarial y el juicio uno solo, en tanto no rompiera la unidad procesal, y ello conduce a que para todos y cada uno de los implicados sea uno mismo el momento de la ejecutoria de la decisión encausatoria, así no todos la hubiesen recurrido.

De una sana hermenéutica de las disposiciones que se citan, surge inequívoco que solo al pronunciarse el Tribunal sobre la confirmación del auto de proceder, quedó esa providencia en firme, y como ese hito procesal se dio el diez (10) de mayo de 1989, surge evidente que el término de extinción de la acción no ha transcurrido (artículos 356 y 84 del Código Penal), y ello, además de hacer inoperante la nulidad pedida, también posibilita un pronunciamiento actual sobre este asunto.

No está de más en el mismo sentido precisar, que ni siquiera acierta la recurrente al invocar el principio de favorabilidad para la solución del caso, porque al margen de una discusión sobre benignidad de alguno de los consecutivos ordenamientos procesales, es de advertir que cuando entró en vigencia el Decreto 050 de 1987 (julio 1o. de ese año), ya la investigación se había clausurado, y

ello hacía operante -como lo pone en evidencia la Procuraduría- el artículo 677 del nuevo ordenamiento, que extendió la vigencia de las reglas del Decreto 409 de 1971 para aquellos casos como el presente, en que los procesos tuvieran “auto de cierre de investigación ejecutoriado”.

2.- La segunda censura que ofrece la demanda en contra del fallo del Tribunal apunta también a la anulación del trámite cumplido. Pero como esta vez incurre la libelista en protuberantes contradicciones que hacen intolerable una respuesta coherente, bastará resaltar tan defectuoso planteamiento para dar por imprósperas sus pretensiones.

La primera proposición del cargo presupone que se incurrió en irregularidades sustanciales con violación del debido proceso, porque el instructor no fue garante de la imparcialidad debida. Pero a pesar de que la fundamentación se inicia tachando de irregular la recepción de la denuncia no en el Despacho del funcionario sino en el domicilio de uno de los ofendidos, antes que ilustrar sobre la trascendencia del vicio o de indicar de qué momento en adelante tendría que operar la invalidación del rito, la alegación varía a la proposición de errores de hecho y de derecho, cuya ocurrencia supone una sentencia de sustitución, incompatible en un proceso que se decía nulo.

Desde este solo aspecto el cargo se transforma en írrito por descuidar que ante el principio de limitación -que es invariable regla en el recurso extraordinario-, no le es posible a la Corte corregir los términos excluyentes del libelo, ni mucho menos seleccionar de varias alternativas contrapuestas, aquella que a su arbitrio o gusto se acomode, siendo de la exclusiva iniciativa y cargo del censor la formulación, sustentación y prueba de la causal que aduzca.

Si era el querer de la actora proponer la nulidad, pero

además recurrir a la causal primera, se le hacía ineludible hacerlo en cargos y capítulos aparte como de tal manera lo imponía el artículo 225 in fine del Código de Procedimiento Penal, a fin de no entremezclar causales, motivos ni soluciones excluyentes, que por el hecho de serlo, tornan de imposible solución su planteamiento.

Sumado a lo anterior se tiene que al fundar la nulidad en la supuesta parcialidad del instructor, el vicio apenas genéricamente se enuncia, sin precaver que de haber sido verdad tenía su solución mediante el incidente de recusación como vía más expedida y adecuada; pero que en su defecto, aquella falta de neutralidad tenía que redundar en hechos objetivos y perjudiciales y no quedarse en el solo enunciado de una sospecha, carente de trascendencia frente a los derechos del procesado y el equilibrio entre las partes, o a la estructura vertebral que caracteriza el debido proceso.

Y si a la causal primera se refiere, la alegación acusa un tan desordenado enunciado y crítica de las probanzas, que simplemente alude a una violación indirecta de la ley, pero sin precisar cual fue el precepto o preceptos transgredidos, ni permitir que ellos se infieran en cuanto indistintamente las críticas apuntan a la prueba de responsabilidad como a la de atipicidad de la conducta.

Es más: cuando en una primera parte se citan los testimonios de Elías Jaimes Castillo y José Ramírez, se hace para acusar su parcialidad, pero sin indicar de qué manera sus dichos perjudican al procesado recurrente; y cuando a éste el libelo se refiere, es para sostener que la incriminación que lo señala le ha causado un gran perjuicio, lo que en nada concreta la ocurrencia de errores de hecho o de derecho.

Posteriormente se afirma que el engaño no logró probarse

porque los asistentes al sorteo no vislumbraron de qué manera pudieron manejarse las ruedas empleadas, sin que, de nuevo, se llegue a precisar el momento o los medios sobre los cuales pudo recaer un falso juicio de identidad o de existencia, volviendo a criticar la intervención del juez que instruyó el proceso, como si la atacada no fuese la sentencia del Tribunal y sí actuaciones precedentes.

Por último, con referencia a la versión rendida en el exterior por César Maldonado, se afirma que el error del fallador fue de derecho en cuanto el testimonio fue equivocadamente recibido, pero tampoco en este caso se deja conocer cual fue la norma o normas que se desestimaron o fueron equivocadamente aplicadas, como tampoco se indica la trascendencia de esta declaración en el sentido del fallo recurrido.

En síntesis, además de confuso y de contradictorio, el cargo que se analiza es incompleto al punto de no desarrollar con coherencia alguna ni de manera mínima y lógica una censura que pueda ser de fondo analizada, lo que conlleva a su improsperidad en esta sede.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada por la defensora del acusado NICOLAS FRANCISCO BITAR YIDI.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL JORGE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR DIDIMO PAEZ VELANDIA

NO FIRMO

NILSON PINILLA PINILLA JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria.