

COPIAS-Expedición/ INDICIO/ ERROR DE HECHO/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ SUBROGADO PENAL/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Esta Corporación ya ha sentado el criterio de que la falta de vinculación de uno o varios imputados, no constituye una irregularidad, pues sería susceptible de superarse mediante la orden de expedición de copias, ya que si bien el artículo 88 del C de P.P. ordena que por cada delito habrá de adelantarse una sola averiguación penal, sin importar el número de partícipes, de todas formas la responsabilidad penal es individual y por lo tanto tal omisión no es suficiente para invalidar la actuación.

Cuando se ataca la prueba indiciaria se corre el riesgo de oponer al criterio del juzgador una apreciación subjetiva y personal, postura que resulta inaceptable para los fines del recurso donde la pretensión de derrumbar el fallo de instancia no se puede hacer sobre la base de simples discrepancias valorativas.

Respecto de la inferencia lógica por la vía del error de hecho.

Así se expresó la Sala sobre el punto:

“Trátese ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le puede admitir cuando se vulneran LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA O PERSUASION RACIONAL (experiencia, lógica y postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar, en la práctica, la censura, bajo la consideración de que la prueba, por no ser tarifada, no resiste predicamento de esta clase de error. En síntesis, la impugnación se atiende si se logra evidenciar un ERROR DE HECHO por falso juicio de existencia o de identidad. Y se desatiende cuando el casacionista está advirtiendo que la prueba en sí, materialmente estimada, no ha sufrido estos menoscabos, esto es, que ni se la ha supuesto ni se la ha ignorado, ni la ha tergiversado. Porque lo que objeta es la inferencia lógica, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que teniéndose una prueba en el nivel real y

legal en que se aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valoración que quiere dársele pretextándose fiel apego y respeto a esa sana crítica, Tal como se ha considerado hasta ahora, de nada valdría que se recomendase la proposición de ERROR DE HECHO por no acomodarse a lo que se alega y visualiza en las dos eventualidades del mismo. Y, tampoco será viable el ERROR DE DERECHO porque la legislación no ha tarifado el mérito de los medios de convicción, ni se ocupa de las pautas que permiten hacer que la deducción o la inferencia se correspondan con la experiencia vital.

Pero alegar el ERROR DE HECHO resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de la experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimiento y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia". (Febrero 13 de 1995, M.P., Dr Carlos E. Mejía Escobar).

Ha sido criterio de esta Corporación que aún siendo las circunstancias genéricas de agravación punitiva uno de los factores a tener en cuenta al momento de realizar la dosificación de la punibilidad, es necesario que aquellas de índole valorativa sean expresamente deducidas desde la acusación para que puedan luego ser consideradas por

el fallador, a efectos de garantizar el derecho de defensa del procesado y la estructura básica del proceso.

Sobre el punto, así se pronunció esta Corporación:

“No escapa a la Corte que en la norma referida (art.66 C.P.) existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como sería el caso del “motivo innoble o fútil” precisamente o “la preparación ponderada del hecho punible” o “el infortunio o peligro común aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodearon el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamiento en un momento determinado; de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí esa deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo” (Noviembre 9 de 1994, M.P., Dr Dídimo Páez Velandia).

Así entonces, siendo la preparación ponderada del hecho punible un ingrediente psicológico o subjetivo que se concreta en preordenar y reflexionar los actos tendientes a la realización del hecho criminoso, a la hora de su deducción en la acusación para poder ser derivada el fallo, es necesaria su motivación.

No sucede lo mismo con la circunstancia contenida en el numeral 11 de la norma en referencia, (la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por cargo, oficio o ministerio), que por lo general implica un juicio de valor. Aunque en el caso de altos funcionarios del Estado, suele ser de carácter objetivo. Pero ya respecto de abogados litigantes por sí sola no tiene esas implicaciones; el cargo, oficio o ministerio, a los que se refiere la agravante, no es solamente aquél ejercicio de una profesión que

requiera de conocimientos especiales, sino aquella actividad que por su preeminencia y reconocimiento dentro de la sociedad exige de quien lo ejecuta, la concurrencia de valores éticos y morales e incluso, en muchos casos, una cierta posición jerárquica, con facultades de representar, disponer y gozar de ciertos privilegios, acordes con la actividad que desempeñe.

Si bien el ejercicio de la abogacía requiere de una especial preparación para el eficaz desempeño de dicha labor, no por ello se puede deducir la agravante en comento por el solo hecho de que el sujeto activo sea un profesional del derecho, porque este factor por sí solo, no tiene la connotación que en ella se involucra.

Por lo general en todo lo que tiene que ver con los subrogados penales o sustitutos de la prisión, la Sala ha venido considerando de tiempo atrás (cfr. sentencia de mayo 10 de 1988) que mientras la administración de justicia “no obtenga una fehaciente demostración de los requisitos para otorgar la condena condicional, la pena impuesta debe purgarse de manera efectiva”. También, que “no puede secundarse de modo integral” la apreciación “nihilista sobre la característica del sistema penitenciario” y que la propia ley penal, complementada por las disposiciones penitenciarias genera mecanismos de consecuencias positivas para el fin de resocialización pretendido por el Estado.

Pero las instituciones penales no pueden colocarse de espaldas a las funciones de la pena, declaradas en el Código Penal como uno de sus principios rectores, hasta el punto de que ellas mismas fundamenten de manera indiscriminada una evasiva a su aplicación o una benignidad inconsecuente cuando el hecho punible concreto es de magnitud tal que la postura tolerante comprometería la existencia misma del cuerpo social, su equilibrio o la certeza misma de la aplicación de la ley.

Ahora bien, el artículo 68 del Código Penal autoriza suspender la ejecución de la sentencia cuando la personalidad del condenado, la naturaleza del hecho o sus

modalidades, permitan suponer que no requiere tratamiento penitenciario.

Ese juicio de necesidad que sobre el cumplimiento efectivo de la pena es imperativo llevar a cabo, debe considerar las particularidades del ilícito y de la culpabilidad del procesado, no aislando los fundamentos de la condena, sino contextualizando e integrando todos los factores concurrentes que hagan de la decisión una medida orientada por la teleología de la pena y no por el capricho, la opinión o la dureza irracional.

Por eso en estas materias la Corporación ha venido siendo especialmente severa en materia de beneficios frente a formas de delincuencia organizada, frente a la que utiliza como medio la violencia contra las personas – con riesgo para la vida – y frente a las especies de corrupción más dañosas, por su cuantificación, por la calidad de las víctimas, por el destino socio- político de las sumas apropiadas o distraídas o por la gravedad del abuso de poder que implica el hecho concreto, entre otras modalidades, sin que ello suponga prescindir del análisis del caso particular respecto de cada subrogado.

PROCESO No. 9660

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE Dr.

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Aprobado Acta No. 90

Santafé de Bogotá D.C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y ocho (1.998).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que revocó la absolutoria que había emitido el Juzgado 54 Penal del Circuito de esta ciudad y en su lugar lo condenó a la pena de 36 meses y 20 días de prisión, como autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado, fraude procesal y estafa agravada por la cuantía, así como a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la principal y suspensión en el ejercicio de su profesión por un periodo de 2 años. Igualmente se le impuso el pago de perjuicios materiales y morales en cuantía de cinco millones de pesos y el equivalente a quinientos gramos oro, respectivamente.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquellos fueron denunciados por la señora Marina Silva Ramírez quien puso en conocimiento de las autoridades que el procesado JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO presentó ante un Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad un poder presuntamente otorgado por ella, para que mediante los trámites de un proceso ejecutivo laboral contra la Caja Nacional de Previsión obtuviera el pago de las prestaciones sociales y pensión de jubilación, a que tenía derecho como empleada de la Nación durante un lapso de 26 años.

Indicó la denunciante que la presentación del poder se efectuó el 17 de abril de 1989 ante el Juzgado 6o Laboral y luego del trámite correspondiente el denunciado retiró dos títulos judiciales por las sumas de tres y doce millones quinientos mil pesos, respectivamente, dentro de los cuales iba incluida la suma de \$2.809.742.00 por la cual se liquidó definitivamente su crédito.

Agregó que no conoció al acusado con anterioridad al presunto otorgamiento del poder y que además estuvo fuera del país desde el 5 de noviembre de 1982 hasta el 5 de agosto

de 1990, por lo cual era imposible que le confiriera tal poder, o que hiciera presentación personal del mismo ante un Juez Laboral.

Es de agregar que la demanda, era un libelo conjunto en que se actuaba además en representación de otras 21 personas y que habiendo sido adicionada se suministraron direcciones que no correspondían a los presuntos actores o que no existían.

Con base en esa denuncia y su posterior ampliación, el entonces Juzgado 55 de Instrucción Criminal ordenó la apertura de investigación el 8 de noviembre de 1990, etapa dentro de la cual practicó numerosas pruebas, entre ellas la indagatoria y la ampliación de la misma al acusado JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva. Así mismo reconoció a la denunciante, señora Silva Ramírez, como parte civil dentro del proceso. La actividad procesal se restringió al caso de la señora Ramírez.

El Juzgado instructor, que luego pasó a denominarse Fiscalía 155 de la Unidad Especializada de Delitos contra la Administración Pública, declaró cerrada la investigación el 7 de julio de 1993 y el 4 de agosto siguiente calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO, como presunto autor responsable de los delitos de falsedad en documentos privados en concurso con los delitos de fraude procesal y estafa, agravados por la cuantía.

El conocimiento del asunto fue asumido por el Juzgado 54 Penal del Circuito el 17 de agosto de 1993, despacho que luego de realizar la correspondiente audiencia pública, dictó sentencia el 26 de noviembre de ese año, mediante la cual absolvió a JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO de los cargos que se le habían imputado en el transcurso de la investigación, por considerar que se daban los presupuestos para aplicar el artículo 445 del C de P.P.

Al ser recurrida la anterior decisión por la Fiscal 155, el Tribunal Superior la revocó y

en su lugar profirió sentencia condenatoria contra VILLAMARIN VALERO, con lo resultados reseñados en precedencia, mediante providencia contra la cual se interpuso el recurso de casación que nos ocupa.

Dicha decisión se fundamentó en diversos indicios derivados de la prueba documental y testimonial aportada al proceso, de la conducta del procesado y de sus explicaciones que se consideraron insuficientes.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formula el censor, contra la sentencia del Tribunal, así:

PRIMER CARGO: “PROCESO VICIADO DE NULIDAD : ERROR IN PROCEDENDO”.

Estima el casacionista que en la sentencia recurrida se han vulnerado el debido proceso y el derecho a la defensa (numerales 2o y 3o del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.).

En lo que titula “EXISTENCIA E INDIVIDUALIZACION DE ARNULFO CRIOLLO”, manifiesta que en el proceso existe abundante prueba testimonial que señala al citado señor como persona que trabajó en la Caja Nacional de Previsión en la Sección de Archivo y Prestaciones Sociales, como supernumerario. Así en una diligencia de inspección judicial, la señora Flor Alba Ríos Cerinza, encargada de esa dependencia, señaló a Arnulfo Criollo como uno de los integrantes de una “comisión” que laboraba en sistemas, de cuyos servicios posteriormente su jefe tomó la decisión de prescindir y además relató lo relacionado con un problema sucedido entre el citado Criollo y el abogado Guillermo Preciado, quien también rindió declaración y ratifica lo afirmado por la citada Flor Alba; por último, la Secretaria (del acusado) Dilma Nelly Cárdenas Mendoza quien señala a Arnulfo Criollo como la persona que llevó a la oficina del procesado a quien dijo llamarse Marina Silva Ramírez. A estos testimonios se une el del mismo

imputado quien señaló que Arnulfo Criollo, por la época de los hechos, trabajaba en la sección de archivo de la Caja Nacional de Previsión Social y fue quien llevó a su oficina a la mujer suplantadora.

Tales medios de convicción demuestran la certeza y actividades desplegadas por quien dijo llamarse Arnulfo Criollo, el mismo que trabajó transitoriamente en la entidad mencionada y se encontraba en óptimas condiciones para extraer las informaciones necesarias con destino a los abogados que litigaban en ese ramo.

La omisión en aportar al proceso la cédula de ciudadanía de dicho sujeto, no puede tener la virtud de borrar la existencia del mismo, quien junto con una mujer incógnita integraron la pareja adecuada “para inducir en error a Villamarín Valero y hacerlo actuar como abogado en ejercicio en la forma establecida en el expediente”.

Luego de referirse a las consideraciones de la Fiscalía para no vincular procesalmente al mencionado Arnulfo Criollo, estima que con ello se vulneró el debido proceso, porque según el artículo 352 del C. de P.P., esta no es una facultad omnímoda y subjetiva sino que señala directrices que se presentaban en el caso sub judice. De esa manera se vulneró el derecho a la defensa de su prohijado, pues en más de una ocasión se negó la práctica de una prueba tan esencial, lo que a la vez condujo al desconocimiento de otras garantías, como el principio de contradicción, pues la versión de Criollo habría podido controvertirse con los elementos de prueba obrantes en el proceso, a fin de señalarlo, junto con la mujer no identificada, como las personas que “urdieron la inicua patraña que a la postre degeneró en la sentencia de segunda instancia ahora recurrida en casación”. También consideró vulnerado el derecho a la igualdad por parte de la Fiscalía, al establecer ese desequilibrio entre quien reclamó ser oído en indagatoria y quien se ha venido escudando bajo un manto de impunidad, pues siempre se trataron de allegar pruebas que comprometieran a su representado. Igualmente se desconoció el artículo 334 del C de P.P., que ordena practicar las pruebas respecto de quiénes son los partícipes del

hecho y la funcionaria no se preocupó por saber quienes eran los verdaderos autores.

El desconocimiento de los preceptos anteriormente mencionados, se constituye en la causal de nulidad consagrada en el numeral 2o del artículo 304 del C de P.P.

También consideró vulnerado el artículo 88 del C de P.P., que permite la ruptura de la unidad procesal siempre que no afecte las garantías procesales, porque en tal caso la actuación sería nula; en el caso del concurso de personas no sucede lo mismo, porque la ley no introduce excepción alguna y por lo tanto si se presenta la ruptura, lo actuado estaría nulo. En este caso, para el recurrente, la nulidad aparece protuberante, por las razones que ha venido sosteniendo.

Explica que de acuerdo a los medios de prueba obrantes en el proceso, si bien el Dr. JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO “concurrió en la realización de los hechos punibles, lo hizo con “intención inocente”, por lo que no se trata de establecer “el grado de concurso prestado”, sino la ausencia de conocimiento y voluntad en su proceder.

Con base en los anteriores argumentos, solicita se decrete la nulidad a partir del auto de cierre de investigación inclusive para que la Fiscalía reponga la actuación con la vinculación de Arnulfo Criollo y practique las pruebas que de ese hecho se desprendan.

SEGUNDO CARGO:

“VIOLACION INDIRECTA DE NORMAS SUSTANTIVAS DE DERECHO PENAL: ARTICULOS 5o, 36, 23, 66 Nals 4o y 7o DEL CODIGO PENAL PROVENIENTES DE MANIFIESTOS ERRORES DE HECHO, POR FALSOS JUICIOS DE EXISTENCIA AL IGNORAR EL FALLADOR DE INSTANCIA PRUEBAS EXISTENTES EN EL PROCESO Y POR FALSOS JUICIOS DE IDENTIDAD AL DISTORSIONAR O TERGIVERSAR EL SENTIDO DE LA PRUEBA, HACIENDOLE PRODUCIR EFECTOS NO DERIVADOS DE SU CONTEXTO”.

A efectos de demostrar la ausencia “DE LA CULPABILIDAD” en la conducta del procesado VILLAMARIN VALERO, manifiesta el casacionista que a lo largo de la actuación se ha aceptado que la existencia de los hechos ha adquirido la certeza exigida por el artículo 247 del C. de P. P. Igualmente que su prohijado aceptó el poder que le otorgó quien dijo llamarse Marina Silva Ramírez para reclamar en la Caja Nacional de Previsión la Resolución No 6534 de 1988, y que con base en esos documentos presentó demanda laboral para el pago de las mesadas atrasadas, las cuales negoció con la “usurpadora”, habiéndole entregado la suma de dinero que le correspondía. Que la secretaria de su oficina Dilma Nelly Cárdenas Mendoza, elaboró el recibo donde consta ese hecho, junto con la huella dactilar y cédula de ciudadanía de quien se hizo pasar por la beneficiaria. De la misma forma, añade que se reconoce que su representado hubiera cobrado el valor de esa prestación social, junto con los intereses y costas. Pero que no ha podido ser desmentido mediante los medios de prueba idóneos; que Villamaría Valero obró de esa manera “con la convicción errada e invencible de plena buena fe”, de que Arnulfo Criollo había llevado a su oficina a la verdadera titular del derecho, resultando en cambio que lo había engañado, y lo había inducido en ese grave y trascendental error.

Acto seguido manifiesta que el proceso no arroja prueba directa respecto del dolo atribuido al procesado y “la que se considera indirecta o indiciaria no reúne los requisitos de tal”.

Por ello acude a demostrar que las inferencias circunstanciales que el Tribunal elevó a la categoría de indicios no tienen tal valor, porque en su estimación no se tuvieron en cuenta la idoneidad en su producción, la calidad, perspicacia y poder crítico y evaluativo. Para que los indicios puedan demostrar la certeza de la responsabilidad del acusado deben ser “graves, precisos y concordantes”.

En la sentencia atacada, los hechos tenidos como indicantes no conducen a comprobar la participación dolosa del procesado, como que unos fueron distorsionados y otros se

estimaron prescindiendo de la prueba documental “que tiene la capacidad suficiente para destruir el hipotético valor de medio de certeza legal asignado”.

Sobre el “INDICIO DE LA CALIDAD DE ABOGADO” afirma que la Sala de Decisión del Tribunal elevó al grado de indicio la calidad de abogado de VILLAMARIN VALERO porque quien presenta una demanda debe identificar a su cliente; según eso, agrega, el acusado tenía la obligación de identificar plenamente a quien le otorgaba poder y en esa medida, “tuvo pleno conocimiento de que dicha mujer no era la verdadera beneficiaria, ya que sabía igualmente que Marina Silva Ramírez no se hallaba en Colombia”.

A su juicio, lo único probado era la calidad de abogado del procesado, pero de allí no se puede inferir que identificó a la falsaria, que llegó al conocimiento de que era suplantadora y que la verdadera Marina Silva no se hallaba en el territorio nacional. Con esa lógica, se debió concluir que la verdadera responsable de los hechos era la empleada del Juzgado Sexto Laboral, quien sí tenía el deber legal de identificar a quien presentó el poder.

Se ocupa luego del “INDICIO PROVENIENTE DE DIRECCIONES INEXACTAS CONSIGNADAS EN LA DEMANDA CONJUNTA”, sobre lo cual afirma que el Tribunal consideró que la circunstancia de las direcciones erradas constituyó un hecho indicador que conduce a la conclusión de que el procesado es responsable de los hechos delictivos, lo cual a su modo de ver, “carece de potencialidad como para señalar al condenado como el agente que averiguó la situación prestacional de la señora Marina Silva Ramírez, se cercioró de que se hallaba fuera del país, se valió de los servicios de Arnulfo Criollo, consiguió a la usurpadora, la dotó de cédula de ciudadanía, la hizo suscribir el poder, la autorización para reclamar la Resolución, la hizo ir al Juzgado Laboral de Reparto a presentar el poder, se lo entregó y finalmente le hizo suscribir el documento con su cédula de ciudadanía y huella papilar (sic). Al parecer, ni la experiencia de los juzgadores ni la lógica permiten inferir semejantes conclusiones partiendo del hecho de las

direcciones ficticias”.

La prueba documental presentada por el procesado (recibos correspondientes a reclamos de prestaciones), así como las declaraciones del Dr. Carlos Humberto Tofiño Jaramillo respecto de los negocios que adelantó con el procesado sobre el cobro de prestaciones sociales y las afirmaciones de la empleada Doris Rodríguez Quimbayo, no merecieron ninguna valoración ni referencia por parte de la Sala de decisión del Tribunal Superior, con lo cual atentó contra la imparcialidad y sentido de la justicia que deben imperar en todas las actuaciones, aparte de que incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia.

Se ocupa luego del “INDICIO PROVENIENTE DEL RECIBO SUSCRITO POR LA USURPADORA MARINA SILVA RAMIREZ EL 19 DE ABRIL DE 1989”, pues en su análisis, y conforme a prueba documental y testimonio obrante en el proceso, amén de lo que manifestó el inculcado sobre el punto se debió “llegar a la conclusión de que quien confeccionó el recibo, desde la fecha en adelante, no fue el Dr. VILLAMARIN VALERO, sino su secretaria” quien incurrió en el error de estampar como fecha el 19 de abril en lugar del 20, responsabilidad que no se le puede transmitir a su jefe el Dr. VILLAMARIN.

En cuanto a la entrega del dinero a la suplantadora, recuerda lo manifestado tanto por el acusado, su secretaria y el chofer de aquél, para indicar que aplicando la sana crítica, se sacan las siguientes conclusiones: 1.- Que quien elaboró el recibo donde constaba la entrega del dinero fue Dilma Nelly Cárdenas. 2. Que resulta cierto el retiro del dinero del banco por parte de VILLAMARIN, lo cual se hizo el 20 de abril y no el 19 como erradamente lo consignó la secretaria. 3.- Que ese dinero le fue entregado por VILLAMARIN a la falsaria.

Por ello resulta sorprendente que se haya omitido toda valoración de los testimonios de Dilma Nelly Cárdenas y del chofer Miguel Castaño, con lo cual incurrió el Tribunal en ostensible error de hecho por falso juicio de existencia.

Sobre el “INDICIO DE LA MENTIRA”, que la sala del Tribunal hace consistir en las distintas versiones que dió el imputado, sobre la forma como la Resolución expedida por CAJANAL había llegado a sus manos, estima que si se somete al rigor de la crítica racional, debe tenerse como que “la autorización para reclamar la Resolución se debió, según la versión integral del procesado, a que se trató de una “negociación” sobre las mesadas atrasadas y no al adelantamiento de los procesos laborales pertinentes y a que la señora mostró premura en recibir los dineros, por tener que ausentarse de la ciudad”. Agrega entonces que VILLAMARIN no fue mendaz sino que su inicial equivocación se debió a un error de memoria y no voluntario. El iter criminis, no encuentra la debida relación de causalidad por la ausencia de capacidad para unir los extremos “mentira” y “autoría” de los delitos por los cuales fue condenado en segunda instancia.

En cuanto al “DERECHO A SOLICITAR SU PROPIA INDAGATORIA”, que la Sala de Decisión del Tribunal desarrolló como indicio de responsabilidad al considerarlo una estrategia del acusado para eludir la responsabilidad penal en la comisión de los punibles, afirma que hoy en día se conoce que éste es un medio de defensa para que el imputado pueda presentar sus explicaciones frente a los cargos que le formula el Estado. Añade que la relación de causalidad entre lo que el Tribunal estima como hecho indicante y su conclusión, no existe con aplicación de la sana lógica elemental, sino que se trata de conjeturas y sospechas basadas, algunas, en tergiversar esas premisas para hacerlas producir un efecto probatorio del cual carecen. Por lo tanto, se omitieron los requisitos exigidos en los artículos 300 y 303 del Código de Procedimiento Penal .

A juicio del casacionista al proceder en esa forma la Sala presumió en forma equivocada que la certeza sobre la responsabilidad penal de su representado concurría en la forma reclamada por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, violando directamente esta disposición.

Seguidamente, al precisar que la “Violación indirecta recae sobre los artículos 5, 36,

23 y 66 Nles. 4° y 7° DEL CODIGO PENAL”, manifiesta que los errores de hecho por falso juicio de existencia e identidad mencionados condujeron a ello ya que la Sala de decisión del Tribunal dedujo la autoría y responsabilidad de VILLAMARIN VALERO por haber aceptado y ejercido mediante la presentación de la demanda, el poder otorgado por la supuesta Marina Silva en indicios que a la luz de la sana crítica no tienen el valor de idóneos medios de certeza.

Más adelante estima el recurrente que el elemento subjetivo que a título de dolo le fue imputado y reprochado al sentenciado, fue presumido por la Sala de decisión ya que no se encuentra en la motivación de la sentencia un examen sobre ese elemento tan esencial sino que se da por existente, situación ésta que también se presenta respecto de la circunstancia genérica de agravación consistente en “la preparación ponderada del hecho punible” (Nral. 4° art. 66 del C.P.).

Considera que la modalidad en que debe quedar encasillada la conducta de VILLAMARIN VALERO es la correspondiente a un “concurso corporal con intención inocente”, ya que fue víctima del engaño y maniobras dolosas por parte de Arnulfo Criollo y su cómplice, quien era la única persona con posibilidades de saber los datos sobre mesadas sin cobrar por los pensionados, y quien consiguió a la mujer dotándola de falsos documentos de identidad, llevándola a la oficina del acusado; que éste obró de buena fe, en forma ingenua, sin llegar a imaginarse que estaba siendo víctima de una patraña.

Como consecuencia, al apreciarse indebidamente la prueba, distorsionándola, u omitiendo su existencia se violaron indirectamente el artículo 23 y el numeral 7o del artículo 66 del Código Penal, al señalarse a VILLAMARIN “como el único autor de los hechos” por los que resultó condenado, “o a lo sumo lo catalogó como participe de los mismos” cuando es irrefutable que actuó sin dolo.

Por lo tanto, solicita subsidiariamente se revoque la sentencia condenatoria y en su

lugar se absuelva a JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA SEGUNDA DELEGADA EN LO PENAL

Respecto del PRIMER CARGO, considera esa representación del Ministerio Público, que los asertos expuestos por el libelista corresponden más a una discrepancia con la apreciación probatoria efectuada por el fallador que a una demostración en fallas de actividad del instructor, capaces de afectar la estructura del proceso o las garantías del procesado. Por lo tanto, el desarrollo de la censura no se ajusta a los vicios aducidos, además de que no se establece una real incidencia de las irregularidades en las decisiones adoptadas, sino que realmente pretende es cuestionar el dolo que respecto del procesado fue deducido por el sentenciador en los ilícitos atribuidos.

Para esa Delegada, la decisión de la Fiscalía al abstenerse de llamar a rendir indagatoria a Arnulfo Criollo, no constituye la irregularidad trascendental alegada por el recurrente y recuerda, conforme a un pronunciamiento de esta Sala, que en materia penal la responsabilidad es individual y cada partícipe de un hecho punible responde independientemente de su conducta. Además, con la simple expedición de copias ha quedado subsanada la irregularidad presentada.

Estima que no fue el capricho o la arbitrariedad del instructor la que determinó la falta de vinculación de Criollo, sino sus fundadas razones de que el acto resultara infructuoso ante la ausencia de identidad o individualización del mismo, y que en la indagación previa o investigación formal, de conformidad con los artículos 319 y 334 numeral 2o del C de P.P., punto básico a establecer será, precisamente, dicha identidad o individualización.

No está de acuerdo con lo afirmado por el censor respecto de la vulneración de los artículos 88 y 90 ordinal 2o del C de P.P., porque la ruptura de la unidad procesal sólo genera vulneración si afecta las garantías constitucionales y la referencia al segundo

mandato, busca a través de la investigación separada, vincular como sindicados a otros copartícipes en los hechos. En el planteamiento el demandante confunde los términos partícipe y sindicado, cuando "...aquel se predica en derecho sustantivo a quien junto con otros concurre a la realización del hecho punible y cuya delimitación se requiere para estructurar la tipicidad del hecho; y, por su parte, sindicado es la persona señalada como partícipe a quien se vincula al proceso penal, para que se defienda de la ejecución punible que se le imputa. La interrelación dinámica de ambos conceptos acontece en el transcurso del proceso penal cuando la evidencia recopilada arroja mérito suficiente para vincular como sindicado al partícipe, de manera que es ésta calidad la que opera como causa de la sindicación y consiguiente vinculación procesal...".

Los fundamentos del demandante, agrega, no demuestran fallas en la investigación que sean tan trascendentes que impliquen la destrucción de las bases del proceso y por lo tanto el reproche no prospera.

Sobre el SEGUNDO CARGO, estima que desde un comienzo se deja ver la intención del censor en hacer prevalecer la eficacia probatoria de su preferencia sobre la concebida por el sentenciador, cuando reclama que las explicaciones de inculpabilidad del procesado deben ser aceptadas, lo cual en realidad encubre un falso juicio de convicción, incompatible con los fines del recurso que persigue velar por la recta aplicación de la ley sin hacerle otra instancia al proceso.

Lo que realmente hace el censor es cuestionar las deducciones del Tribunal a efectos de que se le reconozca el poder de convicción absolutorio que a su juicio, arroja el conjunto de medios de prueba obrantes en el proceso. Así, sobre el argumento que presenta contra el indicio basado en las direcciones erradas y coincidentes consignadas en la demanda laboral, el recurrente no aclara si ataca el hecho indicante o la inferencia lógica, al punto que se encarga de encerrar, sin salida, su confuso planteamiento, cuando afirma

que la prueba no fue valorada ni referida por el juzgador. Tampoco resquebraja la inferencia lógica obtenida por el fallador respecto del engaño y suplantación de que fue víctima la denunciante en circunstancias tales que al abogado Villamarín no le era dable desatenderse de tales argucias con finalidad “expoliatoria”, cuando él mismo consignó el hecho falso respecto del domicilio de Marina Silva, en la demanda donde logró recaudar ilícitamente el valor de sus prestaciones.

Estima que la ausencia de un examen conjunto y concatenado de la prueba indiciaria explica, en parte, los desaciertos del censor, quien movido por sus intereses se dedicó a reexaminar indicio por indicio desde su personal punto de vista pero sin lograr comprobar yerro alguno del sentenciador, ni penetrar en el análisis en que se basó la decisión impugnada que corresponde al conjunto de los diversos medios de prueba.

Considera, como tema aparte, respecto de las agravantes de los numerales 4o y 7o del artículo 66 del C.P., que es dable aceptar que su deducción resulta viable en cuanto configura uno de los criterios para dosificar la pena. Sin embargo, agrega, según lo ha dicho esta Sala, debe diferenciarse si la agravante genérica implica conceptos valorativos o no, “pues en el primero de los casos, si no fue valorada en la resolución acusatoria, su deducción en la sentencia `constituye una lesión al derecho de defensa, pues no tuvo el procesado oportunidad alguna de cuestionar probatoriamente dicha imputación’; en el segundo caso, su imposición en la sentencia no genera reparo siempre y cuando haya sido debidamente motivada”.

Para esa representación del Ministerio Público, al procesado no le resultaba extraña la causal de agravación consagrada en el numeral 7o del artículo 66 relativa a la ejecución del hecho con otras personas, porque en la resolución de acusación y en la sentencia así se advirtió, e inclusive se ordenó la investigación respectiva contra ellas.

En cambio, respecto de la agravante contenida en el numeral 4o, relativa a la

preparación ponderada del hecho punible, cuya existencia requiere de análisis y exposición de razones que la fundamenten, no fue señalada expresamente en la resolución de acusación y se impuso sin ninguna clase de motivación; por lo tanto su deducción en la sentencia resultó sorpresiva para el procesado, lo cual conlleva a la vulneración del derecho de defensa y del principio de legalidad.

Por ello, sugiere casar parcialmente la sentencia eliminando la agravante y en su lugar ajustar la pena en la proporción adecuada de acuerdo a los artículo 228 y 229 numeral 1o del C de P. Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PRIMER CARGO:

Del estudio de la actuación procesal y los reproches formulados por el censor, al amparo de la causal tercera de casación, estima la Sala que no existe motivo alguno para declarar la nulidad del proceso.

En efecto, el desacuerdo que lleva al recurrente a considerar que se ha vulnerado el debido proceso y otros principios que menciona en el desarrollo de la censura, radica esencialmente en no haberse vinculado a la investigación al llamado “comisionista” Arnulfo Criollo, lo cual, según él, degeneró en las causales de nulidad contempladas en los numerales 2o y 3o del artículo 304 del C de P. Penal y en el desconocimiento de los artículos 352 (a quien se recibe indagatoria), 334 (objeto de la investigación) y 88 (unidad procesal) ibídem, y que comportaría, en principio inconsistencia lógica entre el enunciado del cargo y la solución que propone.

Reiteradamente se ha sostenido por esta Sala de Casación Penal, que para que una irregularidad pueda socavar la actuación procesal, es necesario que haya resultado trascendente, de tal manera que sea capaz de afectar las garantías de los sujetos

procesales o que implique un desconocimiento de las bases del proceso.

Los motivos que aduce el libelista para conseguir invalidar la actuación no consultan la realidad procesal, ni contienen en sí mismos la trascendencia necesaria que pretende imprimirle; además, como bien lo indicó la Procuraduría, se trata de una irregularidad que ya ha sido subsanada.

En cuanto a lo primero, no es cierto, como lo afirma el recurrente, que la Fiscalía 155 no quiso vincular al proceso al Arnulfo Criollo o que hubiese hecho caso omiso de su real existencia; si se negó la práctica de esa actividad se debió a razones que el libelista no tuvo en cuenta para la formulación de su cargo y que tampoco desvirtuó.

En el trámite de la presente actuación procesal, encuentra la Sala que el funcionario encargado de la instrucción realizó varias actuaciones tendientes a individualizar y localizar a Arnulfo Criollo y que solo para demostrar la falta de razón del libelista y por ende la inconsistencia del cargo, se hará mención de ellas.

1.- Previa solicitud que el representante de la parte civil hiciera en el sentido de que se librara orden de captura en contra del mencionado señor, se profirió auto de fecha 12 de marzo de 1991 en el que se consideró necesario establecer "Si ARNULFO CRIOLLO es o fue funcionario de la Caja Nacional de Previsión, cargo que desempeñó y allegue la hoja de vida correspondiente, como la dirección que aparece registrada" a lo cual se dió cumplimiento mediante oficio No 0470 de marzo 12 de 1991 (f 135). La Caja Nacional de Previsión respondió que una vez revisados los archivos, se constató que Arnulfo Criollo no era funcionario de esa entidad.

2.- Por auto del 10 de abril de 1991 y respondiendo una petición del defensor del procesado, se dispuso oficiar nuevamente a la Caja Nacional de Previsión Social para que se complementara la anterior información referida en el anterior numeral. A ello se procedió mediante oficio No 0640 y se respondió por parte de esa entidad que el señor

Criollo no era funcionario ni ex-funcionario.

3.- En la providencia de marzo 24 de 1993, por medio de la cual se resolvió la situación jurídica de VILLAMARIN VALERO, se dispuso, entre otros aspectos, practicar diligencia de inspección judicial en las instalaciones de Cajanal, oficina de recursos humanos, “con el fin de establecer la relación del personal que durante la época de los hechos tuvo injerencia en la sección de sistemas de la citada entidad, integrando la comisión a que alude en estas diligencias la Jefe de Sección de Archivo de prestaciones económicas FLOR ALBA RIOS C” Lo anterior, aclaramos, en atención a que la citada en su declaración mencionó que Arnulfo Criollo hacía parte de esa comisión.

Como resultado de lo anterior, se estableció que en los archivos no reposaba hoja de vida del mencionado y que para esa época (años 88 y 89) no se llevaba control sobre las hojas de vida de los supernumerarios.

4.- Mediante auto del 16 de Junio de 1993, se dispuso oficiar al Fiscal 126 (a J 51 I.C.) para que informara si había cursado proceso en contra de un Dr. Guillermo Preciado y Arnulfo Criollo y en caso afirmativo se remitieran los datos obtenidos acerca de la individualización e identificación del mismo, a lo cual se respondió que existía proceso contra el primero, pero respecto del señor Criollo que no aparecía plenamente individualizado e identificado y por lo tanto no se había ordenado vinculación al proceso.

5. El defensor del procesado solicitó se oficiara a la Registraduría del Estado Civil para que remitiera la fotocopia de la cédula de ciudadanía, a lo cual la Fiscalía no accedió porque en la medida que no se encontrara individualizada o identificada la persona, la Registraduría no remite tarjetas decadactilares “en cumplimiento de claras disposiciones legales”.

Por todo lo anterior, fácil resulta concluir que en manera alguna la Fiscalía hizo caso omiso de la existencia o pretendida individualización del sujeto Arnulfo Criollo a la

investigación y que por ello se haya vulnerado el artículo 352 del C de P. Penal, porque no basta expedir una orden de captura o proceder a una citación, si fuera el caso, si no se posee una adecuada identificación de la persona. En ello radica la lealtad procesal que debe servir de garantía a los sujetos procesales, inclusive a quien se vaya a vincular para no incurrir en irregularidades, estas sí desconocedoras de las garantías fundamentales.

Tampoco resulta cierto, como lo afirma el demandante, que se le hubiera negado la práctica de esa prueba al acusado – vincular procesalmente a Arnulfo Criollo – sino que resultaba imposible hacerlo con una persona de cuya existencia no se tiene certeza; en consecuencia, mal pueden considerarse vulnerado el debido proceso o los principios de contradicción e igualdad. Así ante la ausencia de una sólida base en que se respalde lo alegado por el libelista, resulta imposible demostrar una causal de nulidad, cuyo único sustento lo debe conformar la evidencia del proceso penal; por lo tanto, las alegaciones respecto de presunciones no tienen ninguna posibilidad de prosperar, resultando también en vano los esfuerzos tendientes a demostrar su trascendencia.

También resulta del todo inconducente pretender la invalidez del proceso, tratando de demostrar una conducta excluyente de culpabilidad o, en palabras del casacionista, una “ausencia del grado de conocimiento y voluntad” del sentenciado, porque se trata de fenómenos distintos con fines totalmente opuestos, que conforme a la técnica en sede de casación, terminan por restarle claridad y precisión a la demanda, como que las consecuencias que se generan de la nulidad de la actuación, son bien distintas de las que se logran demostrando una causal de inculpabilidad del acusado.

Y, como se había anunciado en un principio, la irregularidad anunciada por el censor fue subsanada por el fallador de primer grado mediante la expedición de copias a la autoridad competente, para que se investigue la conducta de Arnulfo Criollo y se individualice y vincule a la mujer que suplantó a la señora Marina Silva Rodríguez. En ese sentido esta Corporación ya ha sentado el criterio de que la falta de vinculación de uno o varios

imputados, no constituye una irregularidad, pues sería susceptible de superarse mediante la orden de expedición de copias, ya que si bien el artículo 88 del C de P.P. ordena que por cada delito habrá de adelantarse una sola averiguación penal, sin importar el número de partícipes, de todas formas la responsabilidad penal es individual y por lo tanto tal omisión no es suficiente para invalidar la actuación.

El reproche no prospera.

SEGUNDO CARGO:

En el intento de sostener la ausencia de culpabilidad del procesado VILLAMARIN VALERO amparado en los falsos juicios de existencia e identidad de los medios probatorios, incurre el casacionista en protuberantes desaciertos de orden técnico que conllevan indefectiblemente a que el cargo no prospere.

Para el demandante, la prueba indiciaria obrante en el proceso carece de idoneidad para demostrar la certeza de la responsabilidad del acusado ya que los hechos tenidos como indicantes no conducen a probar su participación dolosa, en la medida que unos fueron distorsionados y otros se estimaron con prescindencia de la prueba documental que, a su juicio, destruye el valor de medio de certeza a él asignado.

Esta postura, es el preámbulo de una serie de razonamientos que como se verá en nada se ocupan del aspecto material de las pruebas sobre las cuales se cometieron los supuestos falsos juicios de existencia o identidad, aparte de que incurre en el desacierto de mezclar dos errores de hecho cuya demostración en forma paralela conlleva a la confusión del cargo; en cambio sí enfrenta el criterio que tuvo el sentenciador de segundo grado para concluir en la responsabilidad del procesado.

Por ello, suele suceder y este caso no es la excepción, que cuando se ataca la prueba indiciaria se corre el riesgo de oponer al criterio del juzgador una apreciación subjetiva

y personal, postura que resulta inaceptable para los fines del recurso donde la pretensión de derrumbar el fallo de instancia no se puede hacer sobre la base de simples discrepancias valorativas.

Véase como el casacionista incurre en los yerros enunciados:

1.- Para el Tribunal, un profesional del derecho, con experiencia desde 1977 sabe que para efectos de presentar una demanda quien la hace debe estar plenamente identificado y por tanto debía constatar que quien firmaba el poder no era la misma persona que aparece como beneficiada en la resolución de pensión, porque aquella no estaba en Colombia ni confirió poder a nadie para demandar ejecutivamente a Cajanal. En consecuencia VILLAMARIN VALERO debía saber que quien le otorgaba el poder no era la verdadera Marina Silva Ramírez; entonces la presentación personal de un poder que daba visos de legalidad a un documento y con base en ese espurio documento se elaboró la demanda que finalizó con el reconocimiento de las prestaciones a favor de quien no era el legítimo demandante.

Para el impugnante, en cambio, de la calidad del abogado del procesado se debía inferir que la verdadera responsable de los hechos fue la empleada del Juzgado Sexto Laboral quien sí tenía el deber legal de identificar a quien hizo la presentación personal del poder

2. Sobre las direcciones inexactas consignadas en la demanda conjunta, expresa simplemente que conforme a la lógica y la experiencia esa circunstancia no contiene la potencialidad suficiente para llegar a las conclusiones del fallador.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que tal circunstancia no fue el punto de partida que llevó al fallador a concluir en la responsabilidad de VILLAMARIN VALERO sino uno de los tantos aspectos que respecto de su conducta hacen parte del análisis probatorio en la sentencia atacada.

La misma situación se presenta respecto del “indicio proveniente del recibo suscrito por la usurpadora MARINA SILVA RAMIREZ el 19 de abril de 1989”, como lo llama el recurrente. Para el Tribunal, probado como está que quien aparece recibiendo la suma de \$1.702.000, según recibo de 19 de abril de 1989, no era la verdadera beneficiaria, así lo hizo aparecer el procesado; hecho que el censor pretende desvirtuar so pretexto de que no se tuvieron en cuenta las declaraciones del chofer y la secretaria de VILLAMARIN VALERO. Si se mira la sentencia en la totalidad, fácil es concluir que para el sentenciador el proceso contiene elementos de juicio contundentes que demuestran la responsabilidad, sin que aquellos que el censor resalta para evidenciar lo contrario, puedan derrumbar la fuerza probatoria de los que fueron objeto de análisis en la providencia censurada.

Si adelantamos la lectura de la demanda, unos renglones más, nos encontramos con las mismas posturas respecto del indicio de mentira que a juicio del Tribunal viene a resaltar aún más la responsabilidad del implicado por haber afirmado en su primera indagatoria, que la resolución que prestaba mérito ejecutivo la había recibido de manos de Marína Silva en su oficina y, luego ya, cuando se llevó a cabo inspección judicial y se estableció su mentira, concurrió a aclarar su contradicción; para el fallador ésta situación evidencia su responsabilidad como autor de la conducta que se le imputara en la resolución de acusación, en cambio para el censor constituye un “error de memoria” y no un acto voluntario.

Tampoco estima el recurrente que el hecho de que VILLAMIL VALERO haya solicitado su propia indagatoria, se evaluó como una estrategia para eludir la responsabilidad penal en la comisión de los ilícitos, sino la utilización de un medio de defensa para presentar sus explicaciones. Sin embargo así no lo estimó el fallador de instancia.

El anterior panorama evidencia claramente una improsperable postura del censor en punto

al ataque de la prueba indiciaria la que conforme al criterio que ha dejado sentado ésta Sala, solo es posible elevar un ataque en sede de casación, respecto de la inferencia lógica por la vía del error de hecho.

Así se expresó la Sala sobre el punto:

“Trátese ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le puede admitir cuando se vulneran LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA O PERSUASION RACIONAL (experiencia, lógica y postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar, en la práctica, la censura, bajo la consideración de que la prueba, por no ser tarifada, no resiste predicamento de esta clase de error. En síntesis, la impugnación se atiende si se logra evidenciar un ERROR DE HECHO por falso juicio de existencia o de identidad. Y se desatiende cuando el casacionista está advirtiendo que la prueba en sí, materialmente estimada, no ha sufrido estos menoscabos, esto es, que ni se la ha supuesto ni se la ha ignorado, ni la ha tergiversado. Porque lo que objeta es la inferencia lógica, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que teniéndose una prueba en el nivel real y legal en que se aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valoración que quiere dársele pretextándose fiel apego y respeto a esa sana crítica, Tal como se ha considerado hasta ahora, de nada valdría que se recomendase la proposición de ERROR DE HECHO por no acomodarse a lo que se alega y visualiza en las dos eventualidades del mismo. Y, tampoco será viable el ERROR DE DERECHO porque la legislación no ha tarifado el mérito de los medios de convicción, ni se ocupa de las pautas que permiten hacer que la deducción o la inferencia se correspondan con la experiencia vital.

Pero alegar el ERROR DE HECHO resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la

cual surge de los hechos y no de las normas.

En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de la experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimiento y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia". (Febrero 13 de 1995, M.P., Dr Carlos E. Mejía Escobar).

Contrariando el marco de estos precisos parámetros, es evidente que el censor se dedicó a cuestionar el proceso de valoración realizado por el juzgador y no, como debió hacerlo, la demostración de los supuestos falsos juicios de existencia o identidad que mencionó, cuyo fundamento debe partir de la realidad procesal obrante en el plenario y el examen global de todos los elementos de juicio a efectos de que en la demostración de la censura no queden por fuera de su órbita la existencia de otras pruebas que, por su trascendencia, mantengan incólume el fallo atacado.

Esto conlleva a que el censor no se aproxime siquiera a demostrar las falencias por él enunciadas ya que acudió al fraccionamiento de los elementos de juicio que hacen parte del material probatorio recaudado a lo largo de la investigación, para construir, sin lograrlo, la existencia de los yerros mencionados.

En efecto, para el Tribunal la materialidad de los ilícitos se hallaba demostrada con la denuncia y su ampliación por parte de la señora Marina Silva Ramírez en el sentido de no haber conocido a JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO y menos haberle otorgado poder

para el cobro de sus prestaciones sociales contra la Caja Nacional de Previsión, el dictamen conforme al cual los documentos que se utilizaron para tal efecto eran falsos y la circunstancia de que para la época de los hechos la citada señora no se encontraba en Colombia y por tanto su rúbrica fue falsificada.

Sobre tales presupuestos el fallador de segundo grado tuvo en cuenta la experiencia del procesado VILLAMARIN VALERO desde 1977 como profesional del derecho, lo cual, implicaba para efectos de la presentación de una demanda, que quien lo hacía debía estar plenamente identificado y por lo tanto debió constatar que quien firmaba el poder no era la misma persona que aparecía como beneficiaria de la resolución de pensión dictada por la Caja Nacional de Previsión. Entonces el implicado, con base en el documento adulterado elaboró la demanda sobre la cual se efectuó el reconocimiento de las prestaciones sociales en favor de quien no era la legítima demandante. Aparte de ello, el acusado elaboró una demanda conjunta de varias personas que le otorgaron poder suministrando direcciones falsas, muchas de ellas coincidentes en la nomenclatura y en sitios cercanos uno del otro, y dió como domicilio de distintas personas una misma casa. También hizo aparecer como si Marina Silva hubiera recibido de sus manos la suma de \$1.702.000.00 pesos, por concepto de mesadas atrasadas, cuando conforme a constancia del Banco, el cheque que según el acusado giró a la beneficiaria Marina Silva, fue cobrado por él mismo el 20 de abril, esto es, al día siguiente de ser suscrito el recibo por la misma. Eso constituyó para el Tribunal una circunstancia que resalta aún más la responsabilidad del procesado, así como el hecho de haber afirmado inicialmente que la resolución que prestaba mérito ejecutivo, la había recibido en su oficina de manos de la señora Silva, pero cuando en diligencia de inspección judicial a las oficinas de Cajanal se estableció que el mismo procesado había acudido allí a solicitar copia de esa resolución con constancia de ejecutoria, se presentó a ampliar la indagatoria para tratar de aclarar la situación, pretextando exceso de trabajo, y ello se constituyó para el fallador en un indicio de mentira.

Todo lo anterior llevó a considerar que VILLAMARIN VALERO se hallaba incurso en los delitos por los cuales fue condenado.

Por eso, la falta de razón en los argumentos del casacionista conlleva inexorablemente a estimar que las normas señaladas por él como infringidas, en realidad no lo fueron, habida cuenta que no se demostró yerro alguno por parte del fallador de instancia, sino una discrepancia de sus apreciaciones de la prueba con lo decidido en la sentencia atacada.

En tales condiciones el cargo no prospera.

LA CASACION OFICIOSA

En el fallo que es objeto de estudio en esta instancia extraordinaria, se dedujeron de la conducta del procesado las circunstancias genéricas de agravación contenidas en los numerales 4o (la preparación ponderada del hecho punible), 7o (obrar en complicidad de otro) y 11(la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por ...cargo, oficio o Ministerio) del artículo 66 del Código Penal.

A juicio de la Representación del Ministerio Público la agravante contenida en el numeral 4o requiere, para su deducción, del análisis y exposición de la razones que la fundamenten, y de su imputación previa en el pliego de cargos.

En efecto, ha sido criterio de esta Corporación que aún siendo las circunstancias genéricas de agravación punitiva uno de los factores a tener en cuenta al momento de realizar la dosificación de la punibilidad, es necesario que aquellas de índole valorativa sean expresamente deducidas desde la acusación para que puedan luego ser consideradas por el fallador, a efectos de garantizar el derecho de defensa del procesado y la estructura básica del proceso.

Sobre el punto, así se pronunció esta Corporación:

“No escapa a la Corte que en la norma referida (art.66 C.P.) existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como sería el caso del “motivo innoble o fútil” precisamente o “la preparación ponderada del hecho punible” o “el infortunio o peligro común aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodearon el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamiento en un momento determinado; de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí esa deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo” (Noviembre 9 de 1994, M.P., Dr Dídimo Páez Velandia).

Así entonces, siendo la preparación ponderada del hecho punible un ingrediente psicológico o subjetivo que se concreta en preordenar y reflexionar los actos tendientes a la realización del hecho criminoso, a la hora de su deducción en la acusación para poder ser derivada el fallo, es necesaria su motivación. Sin embargo, no comparte la Corte el criterio del señor Procurador frente a la ausencia de su señalamiento en la resolución acusatoria, y por tanto no se accederá a casar oficiosamente por este aspecto, porque sobre la misma se hizo referencia en el acápite que trata de la actuación procesal y valoración probatoria. Inicialmente, cuando se habló de la materialidad de la infracción, se dijo que aparecía la apocrifidad de tres firmas como de Marina Silva Ramírez obrantes en el poder; la solicitud de copias sobre la ejecutoria de la Resolución No 6534/88 y el recibo en el que constara el pago de dicha suma. Que tales documentos fueron el medio fraudulento artificioso y/o engañoso con el que se indujo al Juez Laboral para obtener el mandamiento de pago en favor de la señora Silva Ramírez. Además, que toda esa cadena de aconteceres culminó con la consecución, por parte del procesado, del

provecho ilícito al obtener el título valor, mediante el cual efectivizó las sumas en él contenidas, entre las que se encontraban las adeudadas a la ejecutante.

Más adelante, el funcionario acusador, cuando se refirió a la responsabilidad del encausado VILLAMARIN VALERO, advirtió que éste, en complicidad de otro, tuvo la oportunidad de sacar información referente a los afiliados de CAJANAL, lo que explicaba la forma irregular como obtuvo los documentos y tramitó la demanda en la que incluyó direcciones falsas, tanto de la ofendida, como de los otros reclamantes.

No puede afirmarse entonces, como lo señala el representante del Ministerio público, que la deducción en el fallo de la circunstancia contenida en el numeral 4º del artículo 66 del Código Penal fue sorpresiva para el acusado, porque los factores acabados de referir, del pliego de cargos, hacen alusión a la organización por parte del este, de todas las circunstancias modales y temporales así como de los elementos con los cuales llevaría a cabo la comisión del delito. No en vano el fallador de segunda instancia, expresó que el procesado “fraguó toda la falacia” para hacerse a un dinero que no le correspondía. Y que “craneó toda esa actuación, porque únicamente él, resultaría como beneficiario, culminando todos los pasos para evitar caer en manos de las autoridades”.

No sucede lo mismo con la circunstancia contenida en el numeral 11 de la norma en referencia, (la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por cargo, oficio o ministerio), que por lo general implica un juicio de valor. Aunque en el caso de altos funcionarios del Estado, suele ser de carácter objetivo. Pero ya respecto de abogados litigantes por sí sola no tiene esas implicaciones; el cargo, oficio o ministerio, a los que se refiere la agravante, no es solamente aquél ejercicio de una profesión que requiera de conocimientos especiales, sino aquella actividad que por su preeminencia y reconocimiento dentro de la sociedad exige de quien lo ejecuta, la concurrencia de valores éticos y morales e incluso, en muchos casos, una cierta posición jerárquica, con facultades de representar, disponer y gozar de ciertos privilegios, acordes con la actividad

que desempeñe.

Si bien el ejercicio de la abogacía requiere de una especial preparación para el eficaz desempeño de dicha labor, no por ello se puede deducir la agravante en comento por el solo hecho de que el sujeto activo sea un profesional del derecho, porque este factor por sí solo, no tiene la connotación que en ella se involucra.

Por ello se procederá oficiosamente a remediar la irregular situación detectada tal como lo disponen los artículos 228 y 229-1 del C de P.P., ajustando la pena al quantum correspondiente.

El Tribunal Superior de Bogotá estimó que la conducta de mayor gravedad para efectos de cuantificar la pena en este caso era la Estafa que determinaba para su autor una pena mínima de doce meses de prisión, pero que como en contra del procesado aparecían las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los numerales 4o, (la preparación ponderada del hecho punible) ; 7o (obrar con complicidad de otro) y 11o (la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por cargo..., oficio o ministerio), no podía partir del mínimo allí señalado y lo hizo en cambio de 20 meses; también expresó que por la cuantía del ilícito, era necesario hacer un incremento de una tercera parte, es decir, de 8 meses y por ello consideró que la pena principal sería de 28 meses para la estafa; luego incrementó 10 meses por el concurso de delitos para un total de 38 meses de prisión como pena principal. Por lo tanto, un descuento proporcional por esta circunstancia genérica de agravación será de dos meses y 20 días de prisión, quedando entonces una pena definitiva a imponer de 35 meses y 10 días, monto al que también queda reducida la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Las demás determinaciones adoptadas en el fallo, no sufrirán modificación alguna.

Definida la pena por debajo de los 36 meses a que se refiere el artículo 68 del Código Penal es necesario considerar el factor subjetivo para decidir sobre la procedencia de la

condena de ejecución condicional.

En este aspecto específico, y por lo general en todo lo que tiene que ver con los subrogados penales o sustitutos de la prisión, la Sala ha venido considerando de tiempo atrás (cfr. sentencia de mayo 10 de 1988) que mientras la administración de justicia “no obtenga una fehaciente demostración de los requisitos para otorgar la condena condicional, la pena impuesta debe purgarse de manera efectiva”. También, que “no puede secundarse de modo integral” la apreciación “nihilista sobre la característica del sistema penitenciario” y que la propia ley penal, complementada por las disposiciones penitenciarias genera mecanismos de consecuencias positivas para el fin de resocialización pretendido por el Estado.

Pero las instituciones penales no pueden colocarse de espaldas a las funciones de la pena, declaradas en el Código Penal como uno de sus principios rectores, hasta el punto de que ellas mismas fundamenten de manera indiscriminada una evasiva a su aplicación o una benignidad inconsecuente cuando el hecho punible concreto es de magnitud tal que la postura tolerante comprometería la existencia misma del cuerpo social, su equilibrio o la certeza misma de la aplicación de la ley.

Ahora bien, el artículo 68 del Código Penal autoriza suspender la ejecución de la sentencia cuando la personalidad del condenado, la naturaleza del hecho o sus modalidades, permitan suponer que no requiere tratamiento penitenciario.

Ese juicio de necesidad que sobre el cumplimiento efectivo de la pena es imperativo llevar a cabo, debe considerar las particularidades del ilícito y de la culpabilidad del procesado, no aislando los fundamentos de la condena, sino contextualizando e integrando todos los factores concurrentes que hagan de la decisión una medida orientada por la teleología de la pena y no por el capricho, la opinión o la dureza irracional.

Por eso en estas materias la Corporación ha venido siendo especialmente severa en

materia de beneficios frente a formas de delincuencia organizada, frente a la que utiliza como medio la violencia contra las personas – con riesgo para la vida – y frente a las especies de corrupción más dañosas, por su cuantificación, por la calidad de las víctimas, por el destino socio- político de las sumas apropiadas o distraídas o por la gravedad del abuso de poder que implica el hecho concreto, entre otras modalidades, sin que ello suponga prescindir del análisis del caso particular respecto de cada subrogado.

En el caso que ocupa la atención de la Corte, se presentan elementos que conducen a predicar la necesidad de tratamiento penitenciario. Fundamentalmente se debe considerar que en su afán de lucro fácil e ilegítimo, el condenado acudió no sólo a defraudar el patrimonio de una persona, sino que en esa dirección violó bienes jurídicos y valores fundamentales e inherentes al ejercicio mismo de su profesión de abogado, como son la fé pública y la Administración de Justicia.

De otro lado, actuó en acuerdo con otras personas, de manera planificada, preparada y persistente, (durante todo el trámite ejecutivo) frente a una entidad de protección y seguridad social cuya subsistencia misma ha venido siendo puesta en vilo por el volumen y reiteración de actos arrasadores de su patrimonio. El daño pues, no se contrajo al peculio de la denunciante sino que comprometió los derechos materiales de una gran colectividad de usuarios.

Además de lo anterior, es decir, de la específica gravedad del hecho dentro de los de su especie, del concurso de autores, de la intensidad de la culpabilidad durante el tiempo del espurio proceso ejecutivo, posteriormente acudió a preconfigurar pruebas o señales que dificultaran la investigación, acudiendo a engaños y coartadas que finalmente no fueron admitidas por la Justicia.

Frente a este panorama, se hace evidente que los hechos punibles por los que procedió no surgieron como respuesta a circunstancias especiales, atemperantes de la

responsabilidad, coyunturales o episódicas, y por ello reclaman la efectividad de la pena de cara a la condena condicional y sin perjuicio de los factores que en la ejecución de ella y en el futuro puedan sobrevenir como favorables al procesado con miras a otra clase de beneficios.

Tal la razón para que se niegue la condena condicional y se disponga la activación de la captura del Dr. JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1.- DESESTIMAR la demanda presentada en este caso.

2.- CASAR OFICIOSAMENTE y en forma parcial la sentencia recurrida únicamente en el sentido de suprimir del fallo la circunstancia genérica de agravación punitiva del artículo 66 numeral 11 del C.P. En consecuencia, señalar como pena de prisión a imponer al procesado JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO la de treinta y cinco (35) meses y diez (10) días de prisión; tiempo al cual queda reducida la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta.

3.- NO CONCEDER el subrogado de la condena de ejecución condicional por lo señalado en la parte motiva. A consecuencia de ello líbrese la correspondiente orden de captura contra el Dr. JOSE GONZALO VILLAMARIN VALERO.

4. - En todo lo demás, queda sin modificación el fallo impugnado. En firme esta decisión, regrese el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JORGE E. CORDOBA POVEDA

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE A.GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

WANDA FERNANDEZ LEON

Conjuez

NO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria