

Proceso N° 12664

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Nilson E. Pinilla Pinilla

Aprobado Acta N° 127

Santa Fe de Bogotá, D. C., julio veintiséis (26) de dos mil (2000).

ASUNTO

Se procede a resolver la casación interpuesta en defensa del procesado ALFONSO ENDO OREJUELA, contra la sentencia del otrora Tribunal Nacional que confirmó la condena impuesta por infracción a la Ley 30 de 1986.

HECHOS

El 20 de agosto de 1989, el Juzgado 76 de Instrucción Penal Militar de Cali, con la colaboración de miembros de la Policía, realizó un allanamiento a la finca "Villa Jessica", ubicada en la vereda Pajonales de El Cerrito (Valle), en donde hallaron un laboratorio destinado a la producción de estupefacientes, 10.117 gramos de cocaína, insumos y elementos para su elaboración, como balanzas, prensas metálicas, garrafas, baldes, probetas, filtros, rollos de cinta y hornos microondas.

Fueron capturados ALFONSO ENDO OREJUELA, MARTA CECILIA BOTERO TORRES, RUBEN DARIO VELASCO, JUAN DELGADO, MANUEL CAICEDO y JOSE ORLANDO JIMENEZ JIMENEZ.

ANTECEDENTES PROCESALES

El Juzgado Quinto Especializado de Cali abrió investigación, oyó en indagatoria, entre otros, a ALFONSO ENDO OREJUELA y el 7 de septiembre de 1989 decretó su detención preventiva (fs. 109 y Ss. cd. 1), la cual fue revocada el 18 de mayo de 1990 (fs. 99 y Ss., cd. 3). Cerrada la instrucción, el 2 de octubre siguiente fue citado a audiencia pública ORLANDO JIMENEZ JIMENEZ, por infracción a la Ley 30 de 1986, ordenada la reapertura de la investigación con relación a otros procesados y sobreseídos definitivamente ALFONSO ENDO OREJUELA y MARTA CECILIA BOTERO TORRES (fs. 224 y Ss. ib.). Providencia apelada por la Fiscalía y el 30 de septiembre de 1991 el Tribunal Superior de Orden Público, entre otras determinaciones, revocó los dos sobreseimientos y decretó la reapertura de la investigación (fs. 326 y Ss., ib.).

Cerrada nuevamente la investigación, el 25 de abril de 1994 una Fiscalía Regional de Cali profirió resolución de acusación, contra los dos últimos procesados en mención y otros más, por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, agravada según el artículo 38 ibídem, y le precluyó la instrucción a TULIO ENRIQUE SALCEDO (fs. 351 Y Ss., cd. 4). Providencia que adquirió firmeza el 29 de julio de 1994, cuando quedó ejecutoriada la resolución que decidió la reposición interpuesta (f. 407 ib.).

Correspondió a un Juzgado Regional de esa ciudad adelantar el juicio y efectuada la citación para sentencia, el 30 de octubre de 1995 condenó a ALFONSO ENDO OREJUELA, MARTA CECILIA BOTERO TORRES, RUBEN DARIO VELASCO, JUAN DELGADO, MARCO TULIO ARANGO SANABRIA y MERY ARANGO SANABRIA a 8 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, multa de \$ 651.192 y decretó el comiso de una finca y un automotor. Fallo apelado por uno de los defensores y el 30 de abril de 1996 el entonces Tribunal Nacional, asumiendo además en consulta, aumentó a ALFONSO ENDO OREJUELA y MARTA CECILIA BOTERO TORRES la prisión y la interdicción a 9 años y la multa a 25 salarios mínimos legales mensuales; le rebajó a RUBEN DARIO VELASCO y

JULIAN DELGADO tales penas a 5 años y 15 salarios mínimos legales mensuales, en calidad de cómplices; absolvió a MERY ARANGO SANABRIA y MARCO TULLIO ARANGO SANABRIA, revocó los comisos; y confirmó en lo demás, mediante sentencia que ahora es objeto de casación.

DEMANDA

Al amparo de las causales tercera y primera de casación son formulados los reproches al fallo impugnado, así:

CARGO PRIMERO: El demandante dice que se violaron los derechos de defensa y debido proceso de su representado, incurriéndose en las causales de nulidad de los ordinales 2° y 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene que el Juzgado Quinto Especializado de Cali decretó medida de aseguramiento contra ALFONSO ENDO OREJUELA, la cual fue posteriormente revocada, después de practicadas algunas pruebas. Fue sobreseído, pero el Tribunal Superior de Orden Público ordenó la reapertura de la investigación. Cerrada de nuevo, la Fiscalía le profirió resolución de acusación, sin pronunciarse sobre la medida de aseguramiento que según el censor debía existir previamente al calificadorio, irregularidad que fue corregida por el Juez Regional al decretar la detención preventiva.

Señala que contra el último auto en mención interpuso recurso de apelación; sin embargo, sus pretensiones no tuvieron eco en el Tribunal Nacional, al considerar que se había cumplido la exigencia del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

Agrega que cuando el legislador estableció la obligación de resolver la situación jurídica, antes de cerrar la investigación, es para que la calificación surta sus efectos contra una persona legalmente ligada al proceso.

CARGO SEGUNDO: El impugnante expresa que se violaron los derechos de defensa y debido proceso, porque en la resolución de acusación no se indicó el grado de participación de cada uno de los sindicados en el ilícito.

Dice que, como bien lo anota el Tribunal en la sentencia, ALFONSO ENDO OREJUELA no es señalado como procesador ni tenedor del alcaloide, así estuviera en el inmueble al momento del allanamiento.

Indica que el juzgador estimó que no era necesario determinar en cuál de los verbos rectores se ubicaba la conducta de ALFONSO ENDO OREJUELA, pues de todas maneras violaba la ley. Además, el análisis efectuado por el ad quem sobre la inocencia de MARCO TULIO ARANGO SANABRIA y MERY ARANGO SANABRIA, permite replantear la consistencia jurídica de la situación de aquél.

Señala que el Tribunal aceptó que en el delito de narcotráfico investigado se puede dar la complicidad, como aconteció con RUBEN DARIO VELASCO. Pero, con relación a su representado, el grado de responsabilidad no puede ser establecido en forma genérica, sin individualizar, porque es personal y no colectivo.

Por lo anterior solicita casar el fallo impugnado y declarar la nulidad a partir del cierre de la investigación, por existir irregularidades que afectan el debido proceso y el derecho de defensa.

CARGO PRIMERO (SUBSIDIARIO): El demandante aduce violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, al ignorarse pruebas que obran en el proceso, lo que llevó a la vulneración del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal (principio in dubio pro reo).

Dice que la sentencia no tuvo en cuenta la existencia de la compañera permanente del administrador de la finca ORLANDO JIMENEZ, situación que influyó para que se

concluyera que los sindicados MARTA CECILIA BOTERO TORRES y ALFONSO ENDO OREJUELA se encontraban en el predio cuando llegó la Policía y los aprehendió.

Manifiesta que con esa omisión, comenzó a cobrar fuerza las aseveraciones de los Policías sobre lo sucedido y que la mujer capturada, cerca de la quebrada, era MARTA CECILIA BOTERO. Al ignorarse la presencia de la compañera de JIMENEZ, con quien tiene dos hijos, y que fue vista con ellos en ese sector de la finca, según declaró el agente Jesús María Libreros, se concluyó por el Tribunal que los uniformados, acolitados por el teniente Suárez, se habían prestado para distorsionar lo acontecido y favorecer a los procesados ALFONSO ENDO OREJUELA y MARTA CECILIA BOTERO.

CARGO SEGUNDO (SUBSIDIARIO): El censor señala que el juzgador no estudió los testimonios del detective Manuel Carlos Ortiz Burbano y Albeiro de Jesús Moreno Marín, secretario del Comando de Policía de Palmira.

Expresa que con esos dichos se establece que ellos fueron los únicos miembros de tal Institución que ingresaron a la finca, saltando la puerta de acceso, y se dirigieron a la casa y la bodega, sin haber visto el automóvil azul Mercedes Benz. Estos declarantes aseguran que el automotor llegó después de ellos haber penetrado al inmueble. Albeiro Moreno señala que vio a la esposa del administrador embarrada y después cambiada de ropa y les ofreció comida. El error del juzgador consiste en analizar la versión del agente Jesús María Libreros, desconociendo la presencia de la esposa de ORLANDO JIMENEZ en el predio. De ahí que la mujer vista cerca de la cañada haya sido tomada como MARTA CECILIA BOTERO, quien ingresó ya iniciado el operativo.

CARGO TERCERO (SUBSIDIARIO): El censor dice que no fue apreciada la ampliación de la declaración del sargento Herminsul Morales González, quien manifestó que al hacer arribo al predio observó que la puerta tenía candado y desde ahí no había visibilidad hacia la bodega. Después de 20 o 25 minutos fue hasta el último lugar en mención y vio el

automotor Mercedes Benz. No sabe donde fueron capturados ALFONSO ENDO OREJUELA y MARTA CECILIA BOTERO, pero observó cuando fueron trasladados de la casa a la bodega.

Sostiene que los juzgadores se basaron en la primera declaración del testigo, pero no en la ampliación, tomaron aquello que compromete al sindicato y dejaron de lado las pruebas que podían sacarlo adelante sobre el motivo de su presencia en ese lugar.

CARGO CUARTO (SUBSIDIARIO): El impugnante señala que no se tuvo en cuenta la versión del agente Mauricio Herrera Riascos, quien contó que al llegar a la finca iba entrando un automóvil Mercedes Benz. Los que iban en el vehículo llegaron hasta el patio, acompañados de otros agentes. Además dice el deponente que al llegar al inmueble, por la parte de atrás, "el carro iba subiendo a la finca e iban varios agentes, yo no me di cuenta si era que lo habían movido para algo o que, yo fui de los últimos que llegó a ese procedimiento". Pero, en la ampliación de la declaración expresa que, antes de ingresar a la finca, adentro vio un Mercedes Benz.

Anota que no se justifica que, en la valoración probatoria, sólo se tome en cuenta la ampliación de dicho testimonio, rendida tres años después de los hechos, sin que nadie le preguntara los motivos para variar la versión. De haber apreciado el dicho inicial, se habría considerado en forma diferente la sinceridad sobre la imputación hecha a ALFONSO ENDO AREJUELA y no que carecía de ella cuando adujo que el automotor citado ingresó momentos después de haberse efectuado el operativo.

CARGO QUINTO (SUBSIDIARIO): El demandante indica que se ignoró la declaración del agente Jorge Armando Borda del 31 de agosto de 1989, en donde dice que, junto con otros agentes de Policía, fueron capturados tres muchachos dentro del cañal, a unos 600 metros de la finca y los entregaron al teniente Alvaro Suárez. Afirma que, al hablar de tres muchachos, no hace referencia a ALFONSO ENDO OREJUELA. Posteriormente, en la ampliación de este testimonio, da a conocer una serie de aspectos, que colocan en tela

de juicio su dicho inicial.

Señala que no hay razón para que el Fiscal no hubiera interrogado, en la ampliación, sobre el motivo para capturar a la persona de gafas, o sea, al abogado ALFONSO ENDO OREJUELA, cuando inicialmente habló de tres jóvenes untados de tierra y que el señor acompañaba a la dama bien presentada, que también fue aprehendida.

Concluye que nuevamente el ad quem dejó de lado la atestación inicial y solamente tomó la ampliación.

CARGO SEXTO (SUBSIDIARIO): El casacionista señala que en la sentencia se reconoce que MERY ARANGO SANABRIA estaba interesada en negociar la finca con MARTA CECILIA BOTERO y, por eso, la absuelve. Situación que es ignorada cuando son analizadas las circunstancias que sirvieron para acusar a ALFONSO ENDO OREJUELA.

Dice que éste en la injurada indicó el motivo de su presencia en el predio, como fue asesorar a MARTA CECILIA BOTERO en la compra de la finca, según conversación que había tenido con MERY ARANGO SANABRIA. Pero se consideró su dicho contrario a la verdad, al no portar las escrituras ni ir acompañado de algún técnico. MARTA CECILIA explicó que conversó con MERY y se habían puesto de acuerdo para ir a establecer la ubicación, linderos y demás características del bien.

Expresa que se incurre en el error de “crear una fisura” entre la situación de MERY ARANGO SANABRIA y los comportamientos de ALFONSO ENDO OREJUELA y MARTA CECILIA BOTERO, y se ha debido tener en cuenta lo expresado por los tres, sobre el motivo de la presencia en el predio.

Por lo anterior, estima que se violó el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal y se aplicó indebidamente el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Solicita casar la sentencia impugnada y absolver a su representado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que la demanda no está llamada a prosperar por las razones que a continuación son resumidas. Pero señala que se debe casar parcial y oficiosamente la sentencia, al haberse aumentado la pena, con violación de la no reformatio in pejus.

CARGO PRIMERO: El representante del Ministerio Público dice que al sindicato le fue resuelta la situación jurídica antes del cierre de la investigación y, por lo tanto, no tiene el censor razón.

Agrega que no constituye irregularidad alguna que no se decretara medida de aseguramiento al proferirse la resolución de acusación y que posteriormente lo hubiera hecho el juez que conocía del proceso.

CARGO SEGUNDO: Dice que en la resolución de acusación se trata al procesado ALFONSO ENDO OREJUELA como coautor de infracción a los artículos 33 y 38 de la Ley 30 de 1986, por lo cual está determinado su grado de participación en la conducta desarrollada, al contrario de lo alegado por el defensor.

CARGOS SUBSIDIARIOS: Precisa sobre la supuesta ignorancia de la presencia de la compañera de ORLANDO JIMENEZ, administrador de la finca, que el demandante no hace relación a alguna prueba, sino que critica la valoración que el juzgador efectuó de los medios de convicción, lo cual no constituye falso juicio de existencia.

Dice que los testimonios de Manuel Carlos Ortiz Burbano y Albeiro de Jesús Moreno fueron considerados en el fallo de primera instancia y no hubo la omisión aducida por el impugnante.

Expresa que en los tres cargos restantes, el censor no sustenta el falso juicio de existencia

que alega con relación a las versiones del sargento Herminsul Morales González y los agentes Mauricio Herrera Riascos y Jorge Armando Borda, al volver a criticar la valoración probatoria realizada por el fallador y exponer el demandante su propio criterio.

Anota que, en el último cargo, el libelista critica la sentencia al haber tenido en cuenta la prueba para condenar a su representado, pero no se ocupa del falso juicio de existencia invocado y falta fundamentación.

SUGERENCIA DE CASACION OFICIOSA: El Procurador Delegado dice que la pena de ocho años de prisión fijada por el a quo fue aumentada por el ad quem a 9 años, a los apelantes únicos ALFONSO ENDO OREJUELA y MARTA CECILIA BOTERO TORRES, con desconocimiento de la garantía de la no reformatio in pejus.

Considera que la seguridad jurídica tiene que ver con tal principio, que al mismo tiempo es una garantía constitucional y hace parte fundamental del debido proceso, de manera que el superior no puede empeorar la pena impuesta al apelante único.

Estima que es un derecho fundamental, al proteger la libertad individual con base en un mandato constitucional. Sus efectos protectores tienen lugar cuando se cumplen las condiciones consagradas en la Carta, por encima del principio de legalidad de la pena, de consideraciones político-criminales y de la reducción de los márgenes de impunidad.

Dice que no es válido referirse a la prevalencia de un principio sobre otro, pues el derecho internacional y las constituciones del mundo no establecen jerarquía entre ellos y preceden al derecho positivo. Por lo tanto, deben aplicarse de manera armónica y sistemática. El principio de la no reformatio in pejus “se aplica, aún sacrificando el principio de legalidad, pero observando los pasos que el mismo Estado establece, que no puede quebrantar sus propias reglas de juego”. Así procede, aún sin tener en cuenta la

legalidad, cuando las condiciones para aplicar ésta no las ha cumplido el Estado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

CARGO PRIMERO: El impugnante dice que se incurrió en nulidad, por violación del debido proceso y del derecho de defensa, al haberse calificado el mérito sumarial sin que obrara en contra de ALFONSO ENDO OREJUELA medida de aseguramiento.

Al examinar el expediente aparece que el 7 de septiembre de 1989, el Juzgado Quinto Especializado decretó su detención preventiva. Practicadas algunas pruebas, el 18 de mayo de 1990 fue revocada la medida de aseguramiento. El 2 de octubre siguiente ALFONSO ENDO OREJUELA fue sobreseído, decisión que fue apelada por la Fiscalía y el Tribunal Superior de Orden Público dispuso reabrir la investigación. Cerrada de nuevo la instrucción, la Fiscalía Regional le dictó resolución de acusación, por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, sin proferir medida de aseguramiento.

Lo anterior indica que al procesado le fue resuelta la situación jurídica antes de ser cerrada la investigación, con lo cual se cumplió lo dispuesto por el inciso primero del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 56 de la Ley 81 de 1993.

Aunque el censor aduce que no pesaba medida de aseguramiento cuando tuvo lugar el cierre de la investigación, debe aclarársele que la norma no exige que aquella providencia se hubiere dictado, sino que esté resuelta la situación jurídica, mediante un proveído que puede ser favorable o desfavorable para el sindicado, ya sea que imponga o no medida de aseguramiento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 387 ibídem.

En el caso concreto, al capturado le fue decretada la detención preventiva sin excarcelación y, por prueba sobreviniente, se le revocó tal medida. Posteriormente fue

cerrada la investigación, sin que se presente error alguno al respecto, ya que no puede ser de recibo la exigencia adicional que, contrariando la ley, hace el censor, al pretender que era necesaria la existencia de medida de aseguramiento.

De otra parte el casacionista insinúa que hubo error al dictarse resolución de acusación y no ordenarse la detención preventiva. Debe tenerse en cuenta lo previsto en el ordinal segundo del artículo 308 ibídem, el cual dispone que quien alegue nulidad debe demostrar que la irregularidad es sustancial y afecta las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.

Aquí se trata de un yerro intrascendente frente a la sentencia; no socavó la estructura básica de la actuación y la medida de aseguramiento no delimita ninguna de las etapas del proceso ni es presupuesto de una fase en el juicio. Es claro que con medida o sin ella, la acción penal puede continuar.

De otra parte, al no decretarse la detención preventiva al momento de calificar el mérito de la instrucción no se perjudicó al procesado, sino que se le benefició, por lo cual carece de interés alegar una supuesta nulidad que no tiene sentido ni repercutió en contra del derecho de defensa.

Es más, esa anomalía fue subsanada por el Juez, quien decretó la detención preventiva en la fase del juicio, funcionario que conocía del proceso y estaba facultado para corregir los actos irregulares, de conformidad con el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal, que es norma rectora.

De tal manera, no se presenta la nulidad invocada y el reproche no está llamado a prosperar.

CARGO SEGUNDO: El demandante expresa que fueron vulnerados los derechos de defensa y debido proceso, al no haberse determinado en la resolución de acusación el

grado de participación del procesado ALFONSO ENDO OREJUELA, en el delito que se le endilga.

Para responder la censura hay que remitirse a la providencia calificatoria, en donde al procesado se le imputa ser infractor de los artículos 33 y 38 de la Ley 30 de 1986.

Allí, la Fiscalía expresa que ALFONSO ENDO OREJUELA y MARTA CECILIA BOTERO TORRES no son procesadores del estupefaciente, pero forman parte de las personas que destinaron el predio para esa labor y se probó que fueron capturados dentro de la finca, a la cual arribaron en un automotor marca Mercedes Benz. No se aceptaron las disculpas de los procesados, de haber llegado al lugar para observarlo y que ella lo iba a comprar y el procesado la estaba asesorando, al existir pruebas que desvirtúan lo argüido, como la declaración del oficial de Policía Hermínsul Morales González, quien dice que había dos personas, una señora gritó “la Policía” y los demás salieron a correr y el señor de gafas ALFONSO ENDO OREJUELA fue retenido en el cañaduzal; además estas dos personas no llevaban documentos que indicaran como real la confrontación sobre el terreno, ni estaban vestidos con los ropajes normalmente utilizables para desarrollar labores de desplazamiento en el campo.

En la misma providencia el instructor agrega:

“MARTA CECILIA BOTERO... concurrió al inmueble para conocerlo, pero según lo narrado en el informe policivo ésta fue capturada junto a una quebrada tratando de huir de los polinales que cumplían con el allanamiento, lo mismo sucedió con el abogado ALFONSO ENDO quien también fue aprehendido tratando de huir y el auto en que estos se habían desplazado al sitio fue encontrado en toda la entrada de la bodega, donde funciona el laboratorio, con el capó o bodeguero (sic) abierto listo para cargar las panelitas de coca que estaban encima de una tabla dentro de la misma bodega.

Así las cosas no queda duda para este acusador que los ARANGO SANABRIA son

autores del delito que se investiga y forman parte del grupo de procesadores de la droga en compañía de los señores MARTA CECILIA BOTERO, ALFONSO ENDO OREJUELA, los tres empleados y su administrador, que ejercían la vigilancia y procesamiento del alcaloide.”

Claramente se observa que la Fiscalía acusa a todos los sindicados, incluido ALFONSO ENDO OREJUELA, como coautores de infringir los artículos 33 y 38 de la Ley 30 de 1986, al intervenir en una empresa común, en donde hubo distribución de funciones ilícitas y al acusado le correspondía transportar el estupefaciente, una vez elaborado por algunos de sus compañeros.

Es decir, resulta infundada la censura efectuada por el libelista, pues no existe la omisión endilgada.

En consecuencia, el reproche tampoco está llamado a prosperar.

CARGOS SUBSIDIARIOS: El impugnante aduce falso juicio de existencia con relación a varias pruebas, que originaron violación indirecta de la ley sustancial, para lo cual presenta seis censuras. Como los yerros imputados son de la misma naturaleza y todos sirven para solicitar la aplicación del principio in dubio pro reo, serán examinados en este acápite.

En el primer cargo subsidiario, el impugnante dice que en la sentencia se ignoró la existencia de la compañera permanente de ORLANDO JIMENEZ JIMENEZ, administrador de la finca, situación que influyó para que se concluyera que los sindicados MARTA CECILIA BOTERO TORRES y ALFONSO ENDO OREJUELA se hallaban en el inmueble cuando llegó la Policía y los capturó.

El censor no desarrolla el cargo propuesto, ni dice cuál fue el testimonio omitido que supuestamente impidió al juzgador advertir la presencia de la concubina del administrador

del predio. Es decir, no construye la censura del falso juicio de existencia que endilga.

Tampoco señala las razones por las cuales esa omisión llevó al fallador a inferir que ALFONSO ENDO OREJUELA estaba en la finca cuando llegó la policía y lo aprehendió.

No muestra el nexo erróneamente establecido entre la prueba de ese aspecto y la conclusión a la que se arribó en la sentencia.

Parece hacer referencia a que la compañera permanente de ORLANDO JIMENEZ JIMENEZ fue confundida con MARTA CECILIA BOTERO TORRES, para lo cual le correspondía establecer que hubo un error de hecho por falso juicio de identidad y que el Tribunal mutó los testimonios respectivos, lo cual originó el equívoco.

En el segundo cargo subsidiario expresa que no fueron valoradas las declaraciones del detective Manuel Carlos Ortiz Burbano y de Albeiro de Jesús Moreno Marín, secretario del Comando de Policía de Palmira, que intervinieron en el allanamiento.

En la sentencia de primera instancia, que constituye unidad inescindible con el fallo de segundo grado en todo aquello que fue materia de confirmación, se indicó:

“En este contexto, las declaraciones posteriores de los agentes Arroyo (f. 23, c. 2), Lenis (f. 324 c. 2), Mejía Bedoya (f. 28 c. 2) y el DG Manuel Carlos Ortiz (f. 388 c. 2), resultan altamente sospechosas al tratar de coincidir con la versiones del TT Suárez y de los procesados en las ampliaciones de sus injuradas, incurriendo en contradicciones tan evidentes como afirmar que los ocupantes del vehículo dijeron que iban a solicitar al dueño de la finca (f. 24 d. 2), cosa que ni ellos mismos adujeron porque sabían que la dueña no estaba, o sobre el modo como estaba cerrada la puerta ...”

Se observa que sí fue apreciada la declaración del dragoneante Manuel Carlos Ortiz, pero el a quo le restó credibilidad a su

segunda versión y con ello se muestra inconforme el libelista, que cubre su ataque a este aspecto, no demandable en casación, con un fantasioso falso juicio de existencia por omisión.

Lo mismo debe pregonarse de la atestación del agente de Policía Albeiro de Jesús Moreno, la cual no fue ignorada, pues el Juez de primera instancia la valoró cuando analizó la situación de los procesados RUBEN DARIO VELASCO y JUAN DELGADO (f. 292, cd. 5), luego no es que fácticamente no se haya dado cuenta de esta prueba, sino que no fue apreciada en la forma peculiar que pretende el casacionista.

Con relación a los cargos tercero, cuarto y quinto subsidiarios, el impugnante no sustenta la presencia del error de hecho que invoca, referente a las declaraciones del sargento Herminsul Morales González y los agentes Mauricio Herrera Riascos y Jorge Armando Borda, sino que critica el análisis que les hizo el juzgador.

Es así como señala que el fallador no tuvo en cuenta la ampliación de la versión del sargento Herminsul Morales, al basarse en su dicho inicial. Solo consideró la segunda declaración de Mauricio Herrera Riascos, vertida tres años después de ocurridos los hechos. Tomó la atestación final de Jorge Armando Borda y el censor no se explica cómo el instructor no interrogó a éste sobre el motivo que lo llevó a cambiar su dicho.

El análisis efectuado por el sentenciador no admite reparo, pues valorado un testimonio puede ser acogido parcialmente,

algunos de sus apartes que merecen credibilidad, máxime que son confrontados con las restantes pruebas, apreciadas en conjunto, con seguimiento de la sana crítica, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal.

Lo que destaca el impugnante no es un falso juicio de existencia por omisión, sino que sea

acogida su particular forma de analizar las pruebas y se de credibilidad a aquellos segmentos de los testimonios que fueron descartados por el juzgador, lo cual no es de recibo en casación, pues no fue instituida para dirimir criterios encontrados, sino con el objetivo de corregir verdaderos yerros trascendentes que lleven a quebrar el fallo.

En el sexto cargo subsidiario, el censor se limita a aseverar que el fallador creó una fisura entre la situación de la absuelta MERY ARANGO SANABRIA y la conducta de ALFONSO ENDO OREJUELA, pues a aquella se le reconoció que estaba interesada en vender la finca de su propiedad a MARTA CECILIA BOTERO TORRES y, por eso, se exoneró de responsabilidad, mientras que esta circunstancia es ignorada frente a aquél, cuando era el asesor de ésta en el negocio jurídico.

Nuevamente el censor no desarrolla el reproche que denomina falso juicio de existencia por omisión, al no señalar cuál fue la prueba ignorada por el sentenciador ni la incidencia del yerro en la decisión, sino que equivocadamente pretende que la absolución de una procesada se transmita a otro, como si las situaciones fueran idénticas y no diferentes, según lo precisó el ad quem que se basó en la prueba recaudada.

En cuanto a esto último, se observa que a pesar de que el impugnante aduce seis cargos subsidiarios, no ataca la totalidad de los medios de convicción sobre los cuales se edificó la sentencia, sino que pretendió que fueran acogidos aquellos aspectos que favorecían a su representado, eludiendo que el juzgador realizó un análisis integral de la prueba y que debía censurar todos aquellos elementos que fueron el soporte del fallo, para que contara con una posibilidad de éxito, que se vio truncada ante la forma en que abordó los reproches y la inexistencia de los yerros endilgados, todo lo cual hace permanecer incólume dicha providencia.

Además, la formulación de los cargos subsidiarios está dirigida a demostrar la vulneración del principio in dubio pro reo, pero el demandante no especifica en qué

consistió esa violación, aunque por atacar la valoración probatoria puede inferirse que acude a la vía indirecta. No señala cuál es la duda, ni en qué elementos de convicción reposa, ni logra precisar los yerros que impidieron al juzgador percatarse de ella y que llevaron a la supuesta inaplicación del precepto invocado.

Por lo anterior los cargos subsidiarios tampoco están llamados a prosperar.

CASACION OFICIOSA INVOCADA POR EL MINISTERIO PUBLICO. El Procurador Delegado dice que se violó la no reformatio in pejus al Tribunal aumentar la pena al apelante único.

El tema ya ha sido definido por esta corporación, que en diversas oportunidades ha reiterado que la consulta y la apelación son el desarrollo del postulado de las dos instancias, sin embargo, presentan diferencias y alcances distintos.

La consulta no es un recurso, se inspira en el interés general, tiene carácter imperativo, la competencia es plena e ilimitada, es un mecanismo que permite al superior funcional de quien ha proferido ciertas providencias judiciales revisar su legalidad. Control que no queda al arbitrio del juez ni a la voluntad de las partes, pues opera por mandato legal.

En cambio, los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés particular y la competencia por el factor funcional es limitada. De acuerdo con su albedrío, las partes pueden recurrir y el ad quem sólo revisa los aspectos que son materia de impugnación.

Es el recurso el que le otorga la competencia, por el factor funcional, al superior, mientras que en la consulta se adquiere por ministerio de la ley. En la impugnación el juez tiene la limitante de no poder referirse a aspectos no recurridos y el grado jurisdiccional es ilimitado; por eso, la ley faculta al funcionario para revocar o modificar la providencia en cualquier sentido, aún en perjuicio del sindicado.

Los dos institutos son distintos y no deben combinarse para crear un tercer mecanismo de revisión de la legalidad de las sentencias, por fuera de la Constitución y la ley. Tampoco la alzada se estableció para que las partes impidieran la aplicación de las normas que consagran la consulta y ésta opera con o sin apelación.

Frente a la interpretación exegética del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 29 de la ley 81 de 1993, que acomoda la conclusión de que la interposición de algún recurso contra la providencia consultable deja sin lugar su examen oficioso por el superior, la Corte en providencia del 21 de octubre de 1998, radicación 13.419, M. P. Fernando Arboleda Ripoll, indicó:

“La expresión ‘son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación’, utilizada en normatividades anteriores (ley 17 de 1975, art. 1° y Decreto 050 de 1987, art. 210), e incorporada hoy con algunas variantes en el texto del artículo 29 de la ley 81 de 1993, tenía entonces razón de ser porque el recurso de apelación otorgaba competencia al ad quem para conocer sin limitaciones de la providencia impugnada (ley 17 de 1975, art. 3° y Decreto 050 de 1987, art. 538), tornando por contera innecesaria la consulta, e imprimiéndole a ésta un verdadero carácter subsidiario.

Frente a la normatividad actual, en que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir únicamente sobre los aspectos impugnados, una consideración de esta índole pierde vigencia, no siendo posible postular que la consulta es subsidiaria de la apelación.

La supletoriedad del instituto de la consulta ha de ser entendida en relación con los aspectos que no han sido objeto de apelación y sin que la interposición del recurso comprometa la potestad del ad quem, derivada de la ley, de poder reformar sin limitación alguna la decisión consultada, aún en los aspectos impugnados y en perjuicio

del procesado.”

Considerar que la Constitución estableció un esquema político individualista y estimar que la consulta debe examinarse dando prevalencia al beneficio personal, es desconocer que se basa en el interés general y la primacía de éste es uno de los principios fundantes del Estado social de derecho colombiano, según su artículo primero. La interpretación del articulado que consagra este instituto debe efectuarse de acuerdo con ese criterio y hacer operante la preponderancia de lo social.

A pesar de que la consulta y la apelación son mecanismos que permiten la aplicación del precepto constitucional que consagra la doble instancia, tienen contenidos y efectos distintos, que permiten su diferenciación, sin que la segunda pueda interferir sobre el grado jurisdiccional dispuesto por mandato de la ley y previsto en la propia Constitución (art. 31).

Es así como en la consulta, en virtud de la normatividad vigente, el juez conoce de todos los aspectos tratados en la providencia revisada y puede modificarla o revocarla en perjuicio del procesado. Interpretación que guarda armonía con la totalidad de lo dispuesto por el artículo 31 de la Carta, que consagra dicha diferencia y únicamente a la apelación le impone la restricción de la reformatio in pejus, pero no a la consulta.

En mérito de lo expuesto y oído el concepto del Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

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

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE

E.

CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON E. PINILLA PINILLA

Salvamento parcial de voto

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria