

Proceso N° 13528

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 177 (octubre 17 de 2000)

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil (2000)

Procede la Corte a resolver la casación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 19 de diciembre de 1996, mediante la cual revocó el fallo absolutorio del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación (Tolima), para condenar en su lugar a los procesados JAIRO DEVIA TOCORA y CIRO OSPINA BONILLA; al primero, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión como autor del hecho punible de Falsedad material de empleado oficial en documento público, mientras que al segundo le impuso cuarenta y dos (42) meses de prisión como determinante de esa Falsedad en concurso con el delito de uso de documento público falso.

HECHOS

Los sucesos que dieron origen a las presentes diligencias fueron reseñados por la Procuradora Delegada en los siguientes términos:

“Relatan los autos que CIRO OSPINA BONILLA, representante legal de la sociedad “Ospina & Zgaib Ltada”, constituyó hipoteca abierta de primer grado

sobre el predio denominado “San José” ubicado en Coyaima (Tol.), para garantizar el pago de los créditos que le otorgara la Caja Agraria de esa localidad. Gravamen consignado en las escrituras 628 del 15 de agosto de 1986 y 811 del 1º de Octubre de 1987 de la Notaría Unica de Purificación y la 664 del 26 de noviembre de 1987 de la Notaría Unica de Natagaima, con el cual se garantizaban pagarés por \$40.000.000, \$11.000.000, \$10.000.000, \$5.000.000, \$3.750.000 y \$3.500.000.

“Ante el incumplimiento en los pagos por parte de la sociedad deudora, la Caja Agraria le adelantó el correspondiente proceso ejecutivo hipotecario en el Juzgado Civil del Circuito de Purificación. El 1º de diciembre de 1994 el abogado Omar Hernando Feria Grimaldo apoderado de la Caja Agraria, coadyuvado por Ospina Bonilla, presentó un memorial en que solicitaba la terminación del proceso por pago de la obligación.

“El 9 de diciembre de 1994, el juzgado accedió a lo pedido y decretó su terminación, ordenando la cancelación de las medidas cautelares practicadas con ocasión del mismo. Decisión comunicada al Registrador de Instrumentos Públicos de Purificación mediante oficio 1212 de esa fecha, suscrito por el Oficial Mayor Jairo Devia Tocora, persona autorizada para hacerlo en ausencia del Secretario titular Abdonías Vera.

“El 16 de diciembre siguiente, el referido Devia Tocora, mediante oficio 1235 dirigido al Registrador de Instrumentos Públicos reiteró la orden juzgado, insertándole al original, mas no a la copia que reposa en el expediente, la expresión “Cancélese el gravamen hipotecario constituido por las escrituras antes mencionadas”, con lo cual desbordó lo ordenado por el juzgado. Dicha comunicación la recibió Ciro Ospina Bonilla, presentándola personalmente en la Oficina de Registro.

“Cuando el Secretario Abdonías Vera tuvo conocimiento de la

irregularidad, emitió el oficio 1239 del 19 de diciembre de 1994, en que le solicita al Registrador de Instrumentos Públicos abstenerse de darle trámite al oficio 1235, por carecer de validez”.

ACTUACION PROCESAL

La investigación fue iniciada por la Fiscalía 44 Seccional de Purificación (Tolima) con fundamento en la denuncia presentada por el Jefe de la Unidad de Operación y Control de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, así como en las pruebas recaudadas durante la indagación previa; despacho que en providencias de fechas 3 y 12 de abril de 1995 afectó a los indagados CIRO OSPINA BONILLA y JAIRO DEVIA TOCORA, respectivamente, con medida de aseguramiento de detención preventiva; al primero, como autor responsable del punible de falsedad material de particular en documento público en concurso con fraude procesal y estafa, en tanto que al segundo de los citados le derivó la autoría de los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público y fraude procesal (fls. 97, 237).

La Fiscalía mencionada calificó el mérito de la instrucción el 28 de agosto de 1995 con resolución acusatoria contra los procesados. Del sindicado DEVIA TOCORA afirmó la calidad de autor del punible de falsedad material de empleado oficial en documento público y la coautoría del delito de fraude procesal; a OSPINA BONILLA le imputó la condición de determinador de esa falsedad y la coautoría en el fraude procesal (fls. 120 a 130 cdno. 2).

Recurrida esa providencia en apelación por los defensores de los acriminados OSPINA BONILLA y DEVIA TOCORA, la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué con fecha octubre 17 de 1995 la modificó en cuanto a la calificación jurídica para derivarles la condición de autor y determinador,

respectivamente, de los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público y uso de documento público falso (fls. 143, 176. 194 a 207 cdno. 2)

La causa se adelantó bajo el rito ordinario y fue finalmente fallada el 28 de agosto de 1996 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación (Tolima), que absolvió a los procesados DEVIA TOCORA y OSPINA BONILLA de los cargos imputados en la resolución de acusación.

En virtud de la apelación interpuesta por el representante de la parte civil y la Fiscalía, de la sentencia de primer grado conoció el Tribunal Superior de Ibagué, Corporación que en providencia del 19 de diciembre de 1996 la revocó para condenar en su lugar a JAIRO DEVIA TOCORA a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión como autor del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, y al acriminado CIRO OSPINA BONILLA a cuarenta y dos (42) meses de prisión como determinador del ilícito contra la fe pública en concurso con el de uso de documento público falso.

DEMANDAS Y CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En representación de los sindicatos DEVIA TOCORA y OSPINA BONILLA sus defensores presentaron sendas demandas de casación en las que se observa identidad formal y sustancial en uno de los cargos formulados en ellas que, por lo tanto, se sintetizará de manera conjunta.

Sin perder de vista tal advertencia, la Sala resume a continuación las censuras y, con cada una de ellas, el correspondiente concepto del Ministerio Público.

1. Cargo común - Causal tercera

Los demandantes al amparo de la causal tercera de casación (artículo

220-3º del C. de P.P., subrogado a la data por el 3º de la Ley 553 de 2000), proponen de manera coincidente un primer cargo a la sentencia de segunda instancia por considerar que fue dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Hacen consistir el reproche en el adelantamiento inicial de la causa con quien no estaba legitimado para ejercer la representación del Ministerio Público; y en el desarrollo argumentativo de la censura precisan, prohijando la tesis esbozada en la intervención de la Procuraduría como sujeto procesal no recurrente en la audiencia de sustentación oral de la apelación, que el traslado para la preparación de la audiencia pública dispuesto en el artículo 446 del estatuto procesal penal se surtió con la Jefe de la División del Ministerio Público de la Personería Municipal de Purificación, a pesar que para esa fecha se encontraba vigente la Ley 201 de 1995, que en armonía con el artículo 131A de la codificación penal adjetiva excluía su intervención en los procesos adelantados por los Jueces Penales del Circuito.

Indican que el término señalado en el citado precepto venció en esas condiciones el 17 de enero de 1996, más aún, que el día 24 siguiente el funcionario de conocimiento negó una nulidad y decretó la prueba solicitada por las partes, decisión que no fue notificada al Ministerio Público pues en ese momento quien la venía ejerciendo de manera irregular manifestó su impedimento al tenor del artículo 103-3º del Código de Procedimiento Penal, propiciando de ese modo que se solicitara un agente especial a la Procuraduría Provincial de Chaparral, como ha debido efectuarse desde los albores del juicio de conformidad con el artículo 81 de la citada Ley 201 de 1995, vigente para ese entonces, no ante la proximidad de la audiencia pública como se aprecia en estas diligencias.

Los actores entienden que no es potestativo del juez o de las partes escoger a su arbitrio o al alzar al agente de Ministerio Público, máxime ante el carácter legal de la representación asignada a tales funcionarios, en consecuencia, que toda interferencia por fuera de esas disposiciones de obligatorio cumplimiento y de orden público, genera por ende, el menoscabo del derecho al debido proceso y, de contera, a la defensa; violación en manera alguna intrascendente, pues el sindicado tiene derecho a un juez natural y a unos sujetos procesales debidamente incorporados a la actuación.

Señalaron como normas infringidas los artículos 1º, 13 y 29 de la Constitución Política, 1º del Código de Procedimiento Penal en armonía con los artículos 130, 131A y 134, modificados por el 29 de la Ley 81 de 1993, y los artículos 81 y 90 de la Ley 201 de 1995; y finalmente, concretaron su petición en la declaratoria de nulidad a partir del auto por medio del cual el Juzgado 2º Penal del Circuito de Purificación asumió el conocimiento de la fase del juicio, dado que se configuraron las causales previstas en los ordinales 2º y 3º del artículo 304 del estatuto procesal penal.

Intervención de la Procuraduría.

La Procuradora Primera Delegada en lo Penal solicita que se deseche este cargo porque si bien la apertura del juicio se notificó a una funcionaria de la Personería de Purificación carente de competencia para actuar ante los Juzgados Penales del Circuito, dicho error se subsanó cuando a petición del Juzgado se designó como agente especial del Ministerio Público al abogado Luis Gutierrez Espitia, profesional que se posesionó cuando transcurría el período probatorio de la causa e intervino en la audiencia pública.

Encuentra que la falencia advertida por los recurrentes no genera la nulidad demandada pues durante el lapso indicado no se practicaron diligencias determinantes de la suerte del proceso, ni se presentó violación del orden jurídico o de

los derechos y garantías fundamentales, cuya guarda, al igual que del patrimonio público se le encomienda al ministerio público por expresas disposiciones constitucionales y legales (artículos 277-7º de la C.P. y 131 del C. de P.P.).

Aduce además que la presencia y participación del ministerio público no forma parte de la estructura fundamental del proceso penal, tanto así que la Constitución y la ley facultan al Procurador General de la Nación para intervenir en defensa de los intereses sociales cuando lo considere necesario; por lo tanto, que si bien la ausencia del ministerio público no es recomendable pues con su gestión imparcial contribuye a la correcta resolución del asunto, tampoco genera por sí misma una irregularidad que socave las bases del juzgamiento.

Advierte por último, que la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que no toda informalidad ocurrida dentro de un trámite procesal propicia la existencia de una irregularidad determinante de la violación del debido proceso.

2. Demanda del defensor del procesado OSPINA BONILLA.

Adicionalmente, el defensor del procesado OSPINA BONILLA eleva dos cargos a la sentencia recurrida, el primero de ellos también en el ámbito de la causal tercera de casación por cuanto acusa a la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa; el restante, con carácter subsidiario y apoyo en la causal primera, cuerpo 2º, por errores de hecho en la apreciación de la prueba, como pasa a reseñarse.

2.1 Cargo primero – Causal tercera.

Deriva este otro reproche, de la celebración de la audiencia pública de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado sin la presencia del defensor del procesado OSPINA BONILLA, no obstante que el artículo

452 del estatuto penal adjetivo condiciona la iniciación de ese acto a la concurrencia de los defensores y los procesados detenidos; comparecencia que se tornaba aún más necesaria en el presente caso ante la controversia que se pretendía en ella de los fundamentos del fallo absolutorio con el cual había sido favorecido.

Precisa con esa misma orientación argumentativa, que el ámbito de aplicación de la norma citada en manera alguna puede restringirse a la audiencia de juzgamiento, pues también en la diligencia de sustentación del recurso el sindicado constituye el epicentro de la actividad judicial; y en todo caso, que al tenor del artículo 161 ibídem, se consideran inexistentes para todos los efectos procesales las diligencias realizadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor.

Con fundamento en las argumentaciones expuestas concluye que OSPINA BONILLA no fue juzgado con observancia de las formas establecidas en la ley; en consecuencia, solicita a la Corte declarar la nulidad de lo actuado a partir de la referida audiencia de sustentación de la alzada para que se desarrolle debidamente tal actuación.

Intervención de la Procuraduría

El Ministerio Público considera que este ataque no resulta admisible, porque el censor de manera equivocada asimila los requisitos de la audiencia de sustentación del recurso de apelación con los de la audiencia pública de juzgamiento; afirmación que es producto del desconocimiento de la diversa naturaleza jurídico procesal de tales diligencias, que determina a su vez un desarrollo diverso para esas dos actuaciones.

Clarifica así que en la audiencia de juzgamiento los sujetos procesales debaten

sobre los delitos imputados en el pliego de cargos con base en el acervo probatorio recaudado; en cambio, en la sustentación de la alzada el recurrente simplemente expone los motivos de discrepancia con la providencia impugnada, mientras que a las demás partes se les brinda la oportunidad de ejercer o no el derecho de réplica luego de conocida la intervención del apelante, de ahí que la concurrencia de éstas resulte enteramente discrecional.

Traslada esos conceptos al caso de autos para poner de presente, además, que el auto que fijó fecha para la audiencia de sustentación oral del recurso fue oportunamente comunicado al defensor de OSPINA BONILLA, quien no asistió a ella, asimismo, que a la audiencia concurrió el procesado sin que conste intervención de su parte; y, en esas condiciones, ninguna irregularidad se configuró en dicho trámite, menos aún, con entidad para configurar el menoscabo del derecho de defensa.

2.2 Segundo cargo - Causal primera.

Con base en la causal 1ª, cuerpo 2º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el defensor del sindicado OSPINA BONILLA acusa la sentencia de segundo grado de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 23, 218 y 222 del Código Penal, asimismo, del artículo 445 del estatuto penal adjetivo por falta de aplicación, dado que se configuró en ella un error manifiesto de hecho en la apreciación de los medios probatorios, consistente en dar por demostrado, sin estarlo, que el mencionado procesado fue el determinador de las actividades delictivas investigadas.

En el desarrollo de la censura conceptúa sobre la estructura del indicio y su naturaleza para afirmar, en primer término, que el fallo impugnado asumió como probada la determinación de OSPINA BONILLA en la falsedad material del documento público a partir de un factor meramente accidental, esto es, en el supuesto

interés que tenía de liberar el inmueble de su propiedad del gravamen hipotecario, sin tener en cuenta las circunstancias que rodearon la elaboración de un segundo oficio aclaratorio, menos aún, las explicaciones concisas, coherentes y lógicas rendidas en las indagatorias.

Critica las conclusiones del Tribunal en torno a la responsabilidad penal del citado, a las que arribó el juzgador ad quem sin mención siquiera a la versión explicativa del encausado en una especie de sentencia penal en blanco cuyo entendimiento sólo es posible con remisión a la resolución acusatoria; providencia en la cual no se señalaron los indicios que concluyen a señalar a OSPINA BONILLA como determinador del delito, como tampoco la modalidad en la que actuó, pues los hechos comprometedores advertidos en ella, estimados individualmente o en conjunto, a juicio del recurrente, carecen de relevancia jurídico penal porque no demuestran el propósito defraudatorio que se le atribuye.

Precisa además, que el interés que se atesta tenía el acusado OSPINA BONILLA en la elaboración del documento público tachado de falso para colegir con fundamento en él su participación en el delito, resulta también predicable, desde otra perspectiva, de la Caja Agraria por cuanto a través de él lograría recaudar la considerable suma de la deuda y librar la obligación hipotecaria con fenecimiento del juicio del cual había desistido; y del INCORA, pues esa entidad con dicho escrito accedía a la satisfacción de una condición indispensable para hacerse a la propiedad de unos terrenos requeridos para el cumplimiento de sus fines, tanto así que respecto de ese predio había suscrito una escritura.

El impugnante encuentra creíbles las explicaciones del sindicato DEVIA TOCORA sobre los motivos por los cuales elaboró el oficio liberatorio del gravamen, con asidero en los cuales se excluye la comisión del delito y, por ende, la determinación imputada al procesado OSPINA BONILLA, condenado a cuarenta y dos

meses de prisión por haber allegado a la dependencia oficial correspondiente la orden judicial emitida en el litigio donde era parte; en fin, que no se remite a dudas que los indicios erigidos contra su asistido al no resultar graves, convergentes y concordantes en manera alguna podían sustentar la sentencia condenatoria con la cual fue afectado.

Por todo lo anterior solicita que se case la sentencia atacada, disponiéndose en esta sede la absolución de OSPINA BONILLA respecto de los cargos que le fueron imputados en esta causa.

3. Demanda del defensor del procesado DEVIA TOCORA.

El representante judicial del sentenciado DEVIA TOCORA, además del cargo de nulidad en el que coincide con el otro defensor, imputa a la sentencia impugnada la aplicación indebida de los artículos 23, 218 y 222 del Código Penal, así como la falta de aplicación del artículo 445 del estatuto procesal penal, como consecuencia del error de hecho ocurrido al dar por demostrado, sin estarlo, que el citado es autor de las actividades delictivas objeto de la investigación precedente.

En la sustentación del reproche precisa que el yerro se configuró cuando el Tribunal estudió los indicios sobre los cuales se estructuró la responsabilidad del procesado, pues supuso la coadyuvancia criminal entre el secretario DEVIA TOCORA y el también sindicado OSPINA BONILLA en su carácter de demandado en el proceso ejecutivo, dado que en momento alguno indicó la prueba de la que derivó la certeza sobre ese hecho, inferida tan sólo de la falta de coincidencia entre el contenido del oficio original y la copia que reposa en el juzgado, suficientemente explicada en la indagatoria del primero y que ninguna referencia le mereció al juzgador ad quem, quien tampoco aludió a la declaración de la titular del despacho acerca de la autorización que tenía DEVIA TOCORA para elaborar los oficios o a las comunicaciones redactadas en términos similares en otras oficinas.

Indica que el Tribunal se limitó a descalificar las conclusiones del sentenciador a quo; de igual modo, que desconoció el mandato del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal en cuanto establece el deber de motivar las decisiones judiciales, a extremo de ignorarse la prueba tenida en cuenta para el fallo de condena, razón por la cual surge la dificultad para atacarlo, máxime que la decisión aparece fundamentada en la declaración del secretario titular del Juzgado, testigo sospechoso al que nada le consta de manera directa sobre los sucesos investigados y quien acudió a todo tipo de arbitrariedades e irregularidades para cancelar la orden impartida en el documento controvertido en autos.

Advierte que los mandatos contenidos en los artículos 301 y 303 del estatuto penal adjetivo fueron desatendidos en la providencia impugnada, pues los hechos indicadores no tienen el debido respaldo probatorio que permita inferir la responsabilidad del acriminado DEVIA TOCORA; asimismo, que resulta clara la tendencia en ella de tomar los apartes de los medios de convicción analizados que perjudican al procesado, pero sin analizar sus justificaciones; en fin, que se echa de menos la certeza reivindicada para el fallo de condena, pues el Tribunal incurrió en un manifiesto error de hecho al dar por demostrado el compromiso del citado cuando la situación demostrada en el expediente revela, por lo menos, una duda insalvable en torno a la culpabilidad.

En ese orden de ideas el censor estima que el fallo acusado debe ser casado, esto es, revocada la sentencia de segundo grado y absuelto el sindicado DEVIA TOCORA de los cargos formulados en este proceso.

Intervención de la Procuraduría.

El Ministerio Público estima que estos dos últimos cargos formulados por los defensores al amparo de la causal 1ª, cuerpo 2º del artículo 220 del estatuto procesal penal simplemente traducen la exposición de la valoración probatoria personal y

subjetiva de los recurrentes, sin lograr demostrar los errores in iudicando atribuidos al sentenciador; en síntesis que constituyen una mera contraposición de criterios que desconoce la naturaleza de la sede extraordinaria al asimilarla a una instancia más del proceso.

Advierte así que la afirmación de los impugnantes en el sentido de no resultar delictiva la elaboración del oficio cuestionado, en manera alguna fue acompañada de un desarrollo argumentativo que evidenciara un error de apreciación del juzgador en esa temática; y que la falta de precisión imputada a la sentencia respecto de los elementos estructurales del delito no se concilia con la realidad, pues en la providencia atacada se deslindó con exactitud el comportamiento controvertido y su adecuación al punible de falsedad material de empleado oficial en documento público, desestimando la veracidad de la versión explicativa del acriminado DEVIA TOCORA sobre la ausencia de malicia con la que procedió al confeccionar el oficio que liberaba el inmueble del gravamen hipotecario, que deja sin piso el insinuado falso juicio de existencia por omisión, precisamente, de tales exculpaciones.

Igual situación se configura, en opinión de la Delegada, frente a la declaración del titular del despacho y que se afirma no fue tomada en cuenta, porque en el presente asunto no se discute que el citado estaba facultado para suscribir las comunicaciones del juzgado, aspecto al que se contrae dicha prueba, sino que las mismas deben ceñirse estrictamente al contenido de la decisión que las origina, pues al subalterno no le está permitido apartarse de él pretextando la insuficiencia de la providencia.

Precisa además, que la responsabilidad colegida para los acusados en manera alguna se sustentó en consideraciones subjetivas, sino en el análisis de la prueba incorporada al expediente valorada con sujeción a los parámetros de la sana crítica; elementos de juicio que le acreditaron al fallador la responsabilidad de OSPINA

BONILLA en calidad de determinador del delito de falsedad y el posterior uso del documento adulterado, no empece la ausencia de prueba directa, pues DEVIA TOCORA no tenía ningún interés personal en la fraudulenta cancelación de la hipoteca.

Argumenta finalmente que el fenómeno jurídico de la duda cuya aplicación reclaman los recurrentes solo emerge en las demandas, porque el fallo traduce por el contrario la certeza producto de la correcta estimación de los medios de convicción allegados al proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En forma separada la Sala se referirá a los cargos elevados por los demandantes a la sentencia recurrida iniciando su respuesta, como resulta lógico dentro de la técnica de la casación, por los reproches formulados con base en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, subrogado por la Ley 553 de 2000, que además de corresponder al orden en que fueron expuestos por los actores, al involucrar el pedido de nulidad parcial del trámite cumplido durante las instancias ostentan indudable prioridad, pues de ser acogidas tales censuras tornarían innecesario el estudio de los cargos restantes.

Cargo común - Causal tercera.

Para comprender los alcances de la impugnación en la que coinciden los demandantes al amparo de la causal tercera de casación, resulta forzoso examinar la actuación cumplida en los albores de la fase del juicio, para colegir que en verdad se produjo su adelantamiento inicial con un funcionario que con apego a las disposiciones vigentes no está legitimado para ejercer la representación del Ministerio Público.

Así, en firme la resolución acusatoria el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación (Tolima) en auto del 30 de octubre de 1995 asumió por competencia el control de la causa, en el que también ordenó surtir el traslado dispuesto en el artículo 446 del estatuto penal adjetivo, esto es, de treinta días para la preparación de la audiencia pública, y que se notificó personalmente al Fiscal del proceso así como a la Jefe de la División del Ministerio Público de la Personería Municipal; término dentro del cual tanto los defensores de los sindicatos OSPINA BONILLA y DEVIA TOCORA, como la Fiscalía Seccional solicitaron la práctica de pruebas (fls. 201, 214 vto., 232, 236 cdno. 2) y, el primero además, la nulidad de conformidad con el artículo 304 ibídem porque la demanda de constitución de parte civil fue admitida sin que se consignara en ella, al tenor del artículo 46-7º de la codificación citada, la declaración jurada de no haberse promovido proceso ante la jurisdicción civil encaminado a obtener la reparación del perjuicio.

El funcionario de conocimiento se pronunció sobre esas pretensiones el 24 de enero de 1996. Negó la nulidad planteada y decretó la totalidad de las pruebas peticionadas, y cuando se intentó la notificación de esa providencia al Ministerio Público, quien venía fungiendo en dicha calidad adujo escuetamente un impedimento con apego a la causal contemplada en el numeral 3º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 112 ibídem, manifestación que propició la solicitud de un agente especial finalmente designado mediante resolución del 2 de febrero siguiente, y con el cual prosiguió el juicio hasta su terminación por el rito ordinario (fls. 243 a 249, 252 y vto., 273 cdno. 2).

Sabido es de otra parte, y en ello se concede razón a los censores, que de conformidad con el artículo 131A del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el 21 de la Ley 81 de 1993, vigente ya para la época del adelantamiento de la presente

causa, los personeros municipales estaban facultados para ejercer las funciones del Ministerio Público en las actuaciones de competencia de los juzgados penales y promiscuos municipales, así mismo, de los fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales y promiscuos, sin perjuicio desde luego, de su asunción directa por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, en consecuencia, la intervención de la Personería Municipal de Purificación en la fase instructiva del presente proceso se muestra ajustada a esas expresas previsiones legales. La irregularidad surge por lo tanto en el juzgamiento, donde por los factores objetivo y territorial le correspondió adelantarle al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa localidad, pues continuó actuando la Personería Municipal a pesar que carecía de la potestad legal para asumir las funciones inherentes al Ministerio Público ante ese despacho. En síntesis, la realidad de la anomalía denunciada por los recurrentes fluye irrefutable.

Sin embargo, como reiteradamente ha sostenido la Corte, la nulidad por violación al debido proceso, máxime ante la consagración del principio de trascendencia en el artículo 308-2º del Código de Procedimiento Penal, no se refiere a cualquier informalidad o defecto de actividad, sino a aquellas que por su carácter sustancial afectan las garantías de los sujetos procesales o socavan las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, esto es, el conjunto de exigencias y formalidades que caracterizan a un determinado procedimiento; situación que lejos está de configurarse en el presente caso ante la vinculación a la causa, en calidad de agente del Ministerio Público, reitera la Corte, a quien en virtud de la disposición comentada atrás no estaba legitimado para ejercer su representación.

En primer término, dado el carácter puramente discrecional de la intervención del Ministerio Público durante las etapas de la actuación, conforme estatuye el artículo 131 del estatuto penal adjetivo en fiel desarrollo del artículo 277-7º de la

Constitución Política, que surge por ende ajena a los pilares fundamentales del proceso, caracterizado por su división en dos fases claramente deslindadas en las cuales la titularidad de la acción penal es ejercida por los Fiscales o jueces competentes, según el estadio de que se trate, a quienes independientemente de la vigilancia del Ministerio Público les está exigido el respeto de las garantías fundamentales del acriminado.

En ese orden de ideas, si la intervención del Ministerio Público resulta enteramente discrecional, salvo en aquellos específicos eventos en los cuales por vía de excepción es obligatoria, pues una activa participación de su parte está determinada por la necesidad de defensa del orden jurídico, del patrimonio económico, o de los derechos y garantías fundamentales, su ausencia formal o material carece de todo influjo invalidatorio del trámite, como también puede predicarse, con mayor razón, en aquellos eventos en los cuales la representación aparece a cargo de un funcionario adscrito en todo caso al Ministerio Público, pero que no está habilitado legalmente para actuar en un determinado proceso como se aprecia configurado en el evento de autos.

Abundando en consideraciones, no puede escapar a la atención de la Sala que durante el lapso en el cual la representación del Ministerio Público fue desempeñada de manera irregular por la servidora adscrita a la Personería de Purificación, ninguna diligencia que requiriera la presencia obligatoria de aquél fue realizada, ni aún la notificación del auto innecesariamente proferido para efectos del traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, que bien podía haber sido surtido a través de la simple constancia secretarial en el sentido que el expediente quedaba a disposición de las partes, conforme se ha discernido además en la jurisprudencia de la Sala (sentencia de mayo 12 de 2000, H.M.P. Dr. Córdoba Poveda); como tampoco se atisba que esa circunstancia denunciada por los impugnantes en la sede extraordinaria, hubiese constituido obstáculo en el cabal ejercicio del derecho de defensa, tanto así que con prescindencia de esa anómala situación, los mandatarios judiciales de OSPINA BONILLA y DEVIA TOCORA concurrieron a solicitar pruebas y, el apoderado del

primero, además, a peticionar la nulidad de la admisión de la demanda de parte civil, incluso, a interponer el recurso de apelación contra el auto que negó ésta última pretensión (fls. 232 a 235, 236 cdno. 2), en fin, exteriorizaron que esa irregular representación del Ministerio Público en manera alguna conculcó sus posibilidades de controversia probatoria o jurídica.

Más aún, diluyendo cualquier entidad y trascendencia en la anomalía detectada, el agente especial que finalmente asumió la delegación del Procurador General de la Nación en el presente proceso se posesionó dentro del mismo con precedencia al inicio del período probatorio de la causa, y en ese estadio del trámite, dentro del cual se acopiaron los medios de convicción pretendidos por las partes, así como en la actuación subsiguiente hasta el proferimiento del fallo absolutorio del a quo, estuvo atento al normal desarrollo del juicio, como se infiere de la solicitud de copias del expediente, de las notificaciones personales surtidas con él, pero primordialmente, de la asistencia a la audiencia pública a pesar que su concurrencia no era obligatoria, oportunidad en la que reclamó la condena para los aquí encausados (fls. 275 cdno. 2; 274, 288, 316 cdno. 3)

Por todo lo anterior, queda descartada la configuración de una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, en consecuencia, como lo advierte la Procuradora Delegada, el cargo no prospera.

Segundo cargo - Causal tercera.

Se hace consistir este segundo reproche, elevado al amparo de la causal 3ª de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, recuerda la Sala, en la realización, sin la concurrencia del apoderado de entonces del sindicado OSPINA BONILLA, de la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto por el representante de la parte civil y la Fiscalía contra el fallo absolutorio de primer grado,

esto es, sin las formalidades que condicionaban su validez a juicio del impugnante; ausencia que el censor asegura rayana incluso en las previsiones del artículo 161 *ibídem*, conforme al cual se consideran inexistentes, para todos los efectos procesales, las actuaciones surtidas con la asistencia e intervención del sindicado sin la de su defensor.

Sobre este tema la Corte anota de antemano, que el casacionista partiendo de una falsa premisa arriba a conclusiones del todo equivocadas en relación con la obligatoriedad de la presencia de los defensores en el referido acto, asimismo, en cuanto a los efectos derivados de su omitida comparecencia, pues al asimilarlo indebidamente en su naturaleza y desarrollo a la audiencia pública de juzgamiento, le traslada los requisitos formales indispensables para la validez de ésta, como advierte con acierto la Delegada.

La audiencia pública, conviene recordar en réplica a dicha censura, tiene como finalidad esencial controvertir ante los sujetos procesales y la sociedad en general, los cargos imputados en la resolución acusatoria a partir del análisis conjunto de los medios de convicción legal, regular y oportunamente recaudados durante las fases de investigación y del juicio; por tal razón, a cada una de las partes luego de superada la actividad probatoria que también le es propia, se les brinda la oportunidad de expresar sus apreciaciones y pretensiones conclusivas con miras a inclinar el convencimiento del juzgador en torno a la tesis respectivamente postulada, que en principio, se supone corresponde a la verdad histórica reconstruida en el proceso.

Por la trascendencia que reviste esta audiencia, como quiera que materializa el derecho fundamental a un debido proceso público con garantía de la defensa material y técnica, consagrado en el artículo 29 de la [Constitución Política](#), se trata entonces de un acto procesal complejo cuya realización no está sujeta a la

discrecionalidad de las partes, por el contrario, resulta obligatoria para legitimar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, salvo que el proceso concluya a través de alguno de los mecanismos establecidos para su terminación anticipada.

De ahí también que aparezca cabalmente reglado en todos y cada uno de sus momentos, con una fase previa consistente en el traslado a las partes por el término señalado en el artículo 446 de la codificación procesal penal para la preparación del debate, que se desarrolla a través de varios estadios perfectamente diferenciables y orientados por el principio de eventualidad o preclusión, máxime que implican a su vez la oportunidad para los sujetos procesales de desplegar una determinada actividad: de lectura de la acusación y de las demás piezas del proceso solicitadas por las partes, de interrogatorio del sindicado, de práctica de pruebas y, por último, de alegaciones, etapas efectuadas todas bajo el control del funcionario de conocimiento con las amplias facultades de dirección brindadas en el artículo 453 ibídem.

En virtud de esa discernida naturaleza la asistencia a este debate público de juzgamiento también aparece expresamente regulada en el artículo 452 del estatuto penal adjetivo, que en cuanto interesa para los actuales fines resulta obligatoria para el defensor del sindicado con el propósito de verificar en condiciones de igualdad la discusión fáctica, jurídica o probatoria en torno al pliego de cargos elevado por la Fiscalía, únicamente posible si la presencia del funcionario acusador se ve contrarrestada por quien con su preparación esta en condiciones de controvertirlo o desquiciarlo a través de sus argumentaciones.

De ahí también que el desarrollo del debate al tenor del artículo 451 ibídem tenga una secuencia lógica en la que se escucha primero a la parte acusadora, al representante del Ministerio Público, al apoderado de la parte civil y, finalmente, al sindicado así como a su defensor, para brindarles a éstos últimos la oportunidad de responder en debida forma las acusaciones.

En contraste, el artículo 27 de la Ley 81 de 1993, entre otras de sus innovaciones, abrió compuerta a la sustentación oral del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, de naturaleza sustancialmente diversa a la audiencia pública de juzgamiento, pues en ella no se trata de controvertir la acusación erigida por la Fiscalía contra el sindicado, según entiende el censor, sino de exteriorizar en forma verbal la inconformidad anunciada de manera oportuna frente a la providencia conclusiva de la instancia proferida por el juzgador a quo, obviamente, con oportunidad para los no recurrentes de pronunciarse por ese mismo medio en relación con los motivos del disenso del apelante.

Desde otra perspectiva, la mencionada ley simplemente introdujo la oralidad al trámite de la apelación, además con un carácter discrecional, pues el impugnante puede optar por la sustentación escrita o verbal de la alzada con la única condición, al tenor del artículo 196B del Código de Procedimiento Penal, de exteriorizar su escogencia en el momento de interponer el recurso a través de una manifestación que determinará el consecuente curso a la impugnación propuesta.

Así las cosas, si se trata de surtir en forma oral el trámite que de otra forma se agotaría por escrito, en el que se corre traslado al apelante y a los no recurrentes, al primero para sustentar el recurso, en tanto que a éstos últimos para pronunciarse por ese mismo medio y a discreción sobre los argumentos que brindan asidero a la impugnación incoada, iguales rasgos se conservan tratándose de la sustentación en audiencia, dentro de la cual quien no apeló el fallo puede comparecer o no a la diligencia señalada para tal fin y, en el primer caso, intervenir en su momento o guardar silencio asumiendo una actitud expectante frente a la determinación del ad quem.

En fin, la concurrencia de los no recurrentes a la sustentación

oral de la apelación, así como la participación de éstos en tal acto, constituye una facultad conferida a los sujetos procesales quienes pueden ejercerla o no, pero en éste último evento, precisamente por esta connotación discernida para ella, en manera alguna se configura una irregularidad que afecte el debido proceso o el derecho de defensa, menos aún, con entidad para desquiciar la legalidad del trámite, conclusión a partir de la cual se rechaza la nulidad pretendida en la sede extraordinaria, ante la inasistencia del defensor del sindicato OSPINA BONILLA a la audiencia llevada a cabo ante el Tribunal Superior de Ibagué para escuchar los fundamentos del recurso interpuesto por el apoderado de la parte civil y la Fiscalía, máxime que de las constancias procesales se establece que la actitud del togado obedeció a la decisión de no intervenir en esa diligencia, pues prescindió de acudir a ella a pesar de haber sido enterado en forma oportuna de la fecha de su realización a través de telegrama (fls. 13 a 16 cdno. 4).

Finalmente, como indica el demandante, el artículo 161 del estatuto penal adjetivo sanciona con la inexistencia aquellas diligencias practicadas con la intervención del imputado sin la de su defensor; sin embargo, su recto y sistemático entendimiento permite discernir que dicha preceptiva en manera alguna está referida a las simples exteriorizaciones de la defensa material, como es el caso de la sustentación oral del recurso de apelación o de la concurrencia del sindicado en calidad de no recurrente a tal audiencia; adversamente, la norma en cita alude a las actuaciones en las cuales la asistencia técnica del procesado constituye requisito ineludible para la validez de la misma, bien ante la trascendencia del acto para los fines del proceso, que es la situación predicable de la versión libre o de la indagatoria (artículos 319, 355 y 358), de los institutos de terminación anticipada del proceso (artículos 37, 37^a, 38) y de la audiencia pública de juzgamiento (artículo 452), o por los efectos incriminatorios que en concreto pueden derivarse de la actuación correspondiente, como sucede con la confesión (artículo 296), el reconocimiento en fila de personas (artículo 368) o del efectuado a través de fotografías (artículo 369)

Por las razones esbozadas, el cargo no prospera.

Cargo final - causal primera.

Los reproches finales formulados por los demandantes al amparo de la causal primera del artículo 220 del C. de P.P., si bien están referidos a supuestos errores cometidos por el Tribunal en la apreciación probatoria, concretamente, al fundamentar la responsabilidad penal de cada uno de los procesados, guardan en todo caso una íntima relación entre sí, no sólo por la identidad en la naturaleza del yerro imputado a la sentencia de segundo grado, sino primordialmente, en el pretendido desarrollo argumentativo de la censura, incluso, con algunos acápites que resultan exactos en ambos libelos dentro del marco jurídico, fáctico o probatorio planteado con dicho fin; de ahí que permitan su ponderación conjunta conforme fue propuesto por la Procuraduría Delegada en el concepto rendido y al que procede la Corte.

Discernido lo anterior, la Sala afirma que resultan fundadas las críticas que por razones de técnica formula la Procuraduría Primera Delegada a las demandas de los defensores; fallas que hacen defectuosas las impugnaciones impidiendo que fructifiquen en esta sede extraordinaria.

En efecto, los actores enmarcaron el reproche dentro de la causal primera de casación, especificando además la escogencia del cuerpo segundo de la misma para imputar al unísono a la sentencia recurrida la violación indirecta de la ley sustancial, cargo que hicieron consistir en la aplicación indebida de los artículos 23, 218 y 222 del Código Penal, con paralela falta de aplicación del artículo 445 del estatuto procesal penal.

Indicaron también en ese enunciado, que esta pregonada transgresión del derecho se dio como consecuencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba, pero cuando se esperaba un desarrollo de las censuras con

observancia de las notas de claridad y precisión necesarias para permitir un pronunciamiento de la Corte en torno a ellas, simplemente consignaron apreciaciones subjetivas respecto de la forma como debieron apreciarse los hechos indicadores, para formular una personal percepción de los mismos que opusieron en últimas a los raciocinios sobre los cuales el juzgador ad quem sustentó el fallo de condena.

Así, en ambas demandas la sustentación del reproche partió del ataque a la prueba indiciaria a través de la cual el Tribunal coligió la condición de determinante de la falsedad material en el documento público por parte del sindicado OSPINA BONILLA y, en consecuencia, la del enjuiciado DEVIA TOCORA como determinado en ese delito contra la fe pública respecto del cual le endilgó la autoría; indicio edificado a partir del interés que le asistía al primero en la cancelación del gravamen hipotecario sobre el bien que tenía afectado en el proceso ejecutivo adelantado en su contra, negociado a su vez con el INCORA, y que pretendió obtener, según se coligió en el fallo con reproche de los recurrentes, a través del oficio librado por el segundo en su condición de Oficial mayor del juzgado que adelantaba la ejecución.

Pero nada distinto de la descalificación del indicio y del mérito que le fue concedido por el juzgador ad quem en la estructuración de la condena esbozaron los demandantes, pues el defensor de OSPINA BONILLA arguyó tan solo en el desarrollo del reproche, que con asidero en esa circunstancia de carácter puramente accidental se estructuró el aspecto objetivo de los delitos imputados al mentado; en tanto que en la demanda presentada a favor del sindicado DEVIA TOCORA se alegó escuetamente que tal medio de prueba implicó la suposición de una infundada connivencia criminal entre los acriminados, que el Tribunal finalmente omitió demostrar.

Tampoco precisaron los libelistas, como en rigor se exigía frente a un ataque de esta naturaleza contra la prueba indiciaria, si el yerro de hecho imputado al fallo recurrido se presentó en el análisis de la prueba atendida para dar por demostrado

el hecho indicador, o si lo fue en la inferencia lógica y, en el primer evento, la modalidad del error detectado al igual que su trascendencia frente a la decisión censurada; deficiente discurrir argumentativo que se mantuvo en el contexto de unas demandas caracterizadas por consignar, formalmente o en esencia, una genérica discrepancia con la sentencia de segundo grado a través de la cual, remotamente siquiera, puede atisbarse la seria intención de demostrar la existencia de errores en la apreciación probatoria del fallador.

De ese talante, por vía puramente ejemplificativa, la afirmación en el sentido que “los mal estimados hechos comprometedores, no tiene relevancia penal alguna, ni individualmente estimados, ni en conjunto, de manera que mal puede razonablemente inferirse en ellos un propósito defraudatorio”, para exteriorizar seguidamente el censor unas conclusiones diversas a las del ad quem respecto de los elementos de juicio incorporados al plenario; o la no menos vacua acerca de la inexistencia en el proceso de “referencia seria, excepto elucubraciones infundadas (sic) del fallador que indiquen que CIRO OSPINA BONILLA indebidamente propuso al secretario encargado la elaboración de un oficio que contradijera la verdad”, por completo desconectada además de la estimación probatoria realizada en la providencia atacada y que se atesta errónea.

Asimismo, en otros apartes de la deshilvanada y confusa sustentación de las censuras, los casacionistas insinuaron un falso juicio de existencia por preterición de prueba porque en el fallo recurrido no se hizo alusión a la declaración de la titular del juzgado donde laborada DEVIA TOCORA, como tampoco, a las comunicaciones libradas por otros despachos judiciales de la misma sede de contenido similar al que fue controvertido en el presente proceso; omisión que resulta cierta pues en la providencia impugnada ninguna mención se observa a tales elementos de prueba, sin embargo, los actores dejaron a medias el reproche formulado en estos términos, pues conformes con ese simple señalamiento, prescindieron de deslindar la trascendencia de los

elementos de persuasión soslayados en ese análisis del fallador ad quem frente a la providencia recurrida.

En otros términos, perdieron de vista que para desquiciar la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia atacada les resultaba necesario, además, entrar a desvalorar todos los elementos de juicio sobre los cuales fundamentó el juzgador la certeza predicada respecto de la existencia del hecho punible y la responsabilidad discernida a los encausados

Los demandantes aluden al testimonio de ABDONIAS VERA CABRERA, secretario titular del despacho judicial donde se adelantaba el proceso ejecutivo en el que OSPINA BONILLA era demandado, invocado en el fallo para desvirtuar las explicaciones de DEVIA TOCORA sobre la inocente elaboración del oficio mediante el cual se pretendió cancelar de manera indebida el gravamen hipotecario, pero no para demostrar error alguno en la valoración de esa prueba, sino para cuestionar el mérito que le fue conferido perdiendo de vista aquí también, que en el régimen probatorio imperante en el estatuto penal adjetivo vigente el fallador goza de amplia discrecionalidad para evaluar el grado de certeza de los distintos medios de prueba reconocidos en la ley.

También se insinúo sin apego al simple contenido del fallo recurrido, un falso juicio de existencia porque no tuvieron en cuenta las indagatorias de los procesados, cuando del texto de la providencia surge claro que las versiones explicativas de los acusados fueron atendidas en el análisis del juzgador ad quem, pero sin acogerse en esa ponderación global de la prueba las justificaciones rendidas por los acriminados.

No sobra añadir, finalmente, que a tal desatino en materia de técnica llegan las demandas de los defensores, que bajo este mismo cargo formulado con apoyo en la causal primera, cuerpo segundo, consistente en los presuntos yerros del

juzgador ad quem en la valoración de la prueba, insiste la Sala, los actores afirman la falta de motivación del fallo condenatorio emitido, que el defensor de OSPINA BONILLA califica de constituir una “sentencia penal en blanco, como que para entenderla y complementarla habrá de remitirse a la resolución acusatoria”, en tanto que el apoderado de DEVIA TOCORA asevera que desacató el deber de fundamentación impuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, cuando la falta de motivación de las sentencias, de configurarse en verdad, constituye una irregularidad de actividad que al afectar el derecho defensa debe demandarse por la vía nulidad, esto es, con amparo en la causal tercera de casación.

En síntesis, tan protuberantes fluyen las deficiencias técnicas en la formulación del cargo en el que también coinciden los dos demandantes, que impiden su pronunciamiento de fondo en esta sede donde el principio de limitación que rige la casación impide subsanarlas; razón que resulta pues suficiente para que la censura no prospere.

En mérito de lo anteriormente expuesto, 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 objeto de impugnación.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria