

Proceso N° 15756

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 112

Bogotá, D. C., primero (1°) de agosto de dos mil uno (2001)

## V I S T O S

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, el 15 de octubre de 1998, en la que al revocar la del Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma, fechada el 8 de julio del mismo año, condenó a los procesados OFELIA HERNÁNDEZ MAHECHA y MARCOS HERNÁNDEZ MAHECHA a la pena principal de 25 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y al pago de los daños y perjuicios, como coautores del delito de hurto agravado.

## H E C H O S

El juzgador de segundo grado los sintetizó en los siguientes términos:

“El 16 de junio de 1995, los hermanos OFELIA y MARCOS HERNÁNDEZ MAHECHA penetraron a la finca El Silencio, ubicada en la comprensión territorial del municipio de Caparrapí, de propiedad de su extinto hermano Aristóbulo Hernández Mahecha, y

procedieron a implantar en dieciocho (18) reses la marca de su progenitora CONCEPCIÓN MAHECHA VDA. DE HERNÁNDEZ, pese a que estos semovientes poseían únicamente la marca de su consanguíneo ARISTÓBULO, para luego -31 de julio y 1° de agosto siguiente- sacar el ganado de allí y llevarlo a la finca La Venturosa de propiedad de CONCEPCIÓN y de ahí trasladarlo a la finca El Recuerdo, cuyo propietario era el señor ISRAEL HERNÁNDEZ MAHECHA”.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia presentada por Sandra Jannet Cadena Rivera, compañera de Aristóbulo Hernández Mahecha, de quien tuvo un hijo, la que se dirigió contra Marcos Hernández Mahecha, la ampliación de la misma y una inspección judicial realizada en la vereda El Sargento del Municipio de Guaduas, diligencias practicadas dentro de la investigación previa, la Fiscalía 26 de La Palma (Cundinamarca), mediante resolución fechada el 27 de septiembre de 1995, dispuso la apertura de la instrucción.

Escuchados en indagatoria Ofelia Hernández Mahecha, quien fue asistida por una “persona de reconocida idoneidad” (28 de septiembre de 1995), y Marcos Hernández Mahecha y allegados varios testimonios, la situación jurídica se les resolvió, por resolución del 30 de noviembre de 1995, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de hurto agravado y alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado, previstos en los artículos 351 y 354 del C. Penal (Decreto 100 de 1980).

Cabe agregar que seis días después de haber rendido indagatoria, Ofelia Hernández le otorgó poder a un abogado de confianza, el que fue reconocido como tal el 4 de octubre del citado año.

Incorporados otros medios de prueba, la investigación se clausuró el 6 de junio de 1996 y el 10 de julio siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en

contra de los procesados, por el delito de hurto agravado (artículos 349 y 351.2 ibidem), decisión que cobró ejecutoria el 1° de agosto de la citada anualidad.

La etapa de juzgamiento la tramitó el Juzgado Penal del Circuito de La Palma, convertido posteriormente en Promiscuo del Circuito que, luego de negar una nulidad solicitada por el defensor de los acusados, de decretar unas pruebas, de admitir una parte civil y de celebrar la audiencia pública, profirió la sentencia de primera instancia, el 8 de julio de 1998, en la que absolvió a los procesados de los cargos imputados en la resolución de acusación.

Apelado el fallo por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Cundinamarca, al desatar el recurso, el 15 de octubre siguiente, lo revocó integralmente y, en su lugar, los condenó a la pena principal de 25 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y al pago de los daños y perjuicios, como coautores del delito de hurto agravado.

## LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. Demanda presentada a nombre de la procesada Ofelia Hernández Mahecha.

Al amparo de la causal tercera de casación, el censor presenta un único cargo contra la sentencia del Tribunal, por cuanto considera que se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Luego de explicar que la defensa técnica y el debido proceso son derechos fundamentales propios de un Estado social de derecho, siempre y cuando sean eficaces y no se hagan nugatorios en el ejercicio práctico, que se encuentran contemplados en el artículo 29 de la Constitución Política y que es obligación de los administradores de justicia garantizarlos, afirma que a su defendida tales derechos le fueron vulnerados.

Asevera que con fundamento en la denuncia que Sandra Jannet Cadena Rivera presentó, el 31 de agosto de 1995, contra Marcos Hernández Mahecha, la Unidad de Fiscalía de La Palma, el 4 de septiembre siguiente y dentro de la investigación previa, ordenó, entre otras diligencias, oír en declaración a Ofelia Hernández Mahecha y en versión libre a Marcos Hernández Mahecha, quien el 25 de septiembre presentó personalmente una solicitud escrita.

Dice que el 27 de septiembre la citada Fiscalía realizó inspección judicial en el municipio de Guaduas “junto con la denunciante sin que en el acta aparezca este hecho”, lo que se deduce de una pregunta, la que transcribe, que se le formulara en posterior ampliación de denuncia llevada a cabo el 8 de noviembre de 1995.

Agrega:

“Y curiosamente en la misma fecha de la inspección judicial (septiembre 27 de 1995) PERO YA NO EN GUADUAS SINO EN LA PALMA (CUND.) y sin que se hubiere escuchado en declaración a OFELIA HERNÁNDEZ tal como había sido ordenado en resolución de fecha septiembre 4 de 1995, ni en versión a MARCOS HERNÁNDEZ, ni resolver su solicitud presentada personalmente, ni evacuar las demás pruebas ordenadas, sorpresivamente aparece resolución de apertura de la investigación con fecha SEPTIEMBRE 27 DE 1995 de la cual fácilmente se infiere y se demostrará que ya había sido escuchada en diligencia de indagatoria la señora OFELIA HERNÁNDEZ MAHECHA. Veamos:

Recordemos Señores Magistrados que la inspección judicial se lleva a cabo en GUADUAS (Cund.) septiembre 27 de 1995 y la indagatoria de mi cliente se lleva el día 28 de septiembre de 1995 también en GUADUAS, resultando extraño que la resolución de apertura de la investigación se profiera en LA PALMA el día 27 de septiembre de 1995, mismo día de la inspección judicial en GUADUAS...”.

Luego de copiar apartes de la indagatoria de su defendida, en la que menciona al señor Indalecio Gómez y el número telefónico donde podía ser encontrado, resalta que la “resolución de APARENTE apertura de la investigación de fecha supuestamente septiembre 27 de 1995, la misma decreta: ‘h) Allegar la declaración de INDALECIO GÓMEZ TL. 7105380, quien dará razón de todo lo que sepa con relación a los dichos que alude LA INDAGADA OFELIA HERNÁNDEZ’”, aspecto que permite inferir que antes de la apertura de la instrucción fue oída en indagatoria Ofelia Hernández Mahecha, lo que, en su criterio, implica claramente que “se le sorprendió, acosó y acorraló en GUADUAS y se le indagó sin defensa técnica...”. Añade que si el funcionario instructor encontró a su procurada en Guaduas, en lugar de oírla en indagatoria, debió proceder a escucharla en declaración, como así lo ordenó en la resolución que dispuso la apertura de investigación previa.

Estima que lo anterior se corrobora con el hecho de que Ofelia Hernández también mencionó en la indagatoria a Jhon Jairo Hernández Toloza, precisando la dirección en donde residía, “y si miramos la resolución de apertura de la investigación (SEPTIEMBRE 27 DE 1995) decreta: ‘Allegar la declaración del joven JHON JAIRO HERNÁNDEZ TOLOZA, quien reside en la Dorada Caldas, Calle 28 N° 12-72 Barrio el Cabrero, para que conforme a los dichos de OFELIA HERNÁNDEZ deponga’. De dónde sale el nombre y dirección de JHON JAIRO HERNÁNDEZ TOLOZA?. Señores Magistrados, de la supuesta indagatoria llevada a cabo el día 28 de septiembre de 1995 en GUADUAS. Y los dichos de OFELIA HERNÁNDEZ son los que relató en la supuesta injurada”.

Por lo mismo, estima que no se requiere mayor esfuerzo para comprender que el Fiscal, al haber encontrado a Ofelia Hernández en Guaduas, en lugar de recibirle la declaración ordenada en la investigación previa, la sorprendió escuchándola en indagatoria sin que se hubiese abierto la instrucción, con el agravante de que se le “designó dizque una persona idónea como defensor de oficio”, pues en la “supuesta acta de

la diligencia de indagatoria..., se dice que OFELIA HERNÁNDEZ MAHECHA designó a CLÍMACO PEÑA PEÑUELA como defensor y al firmar éste aparece es COMO DEFENSOR DE OFICIO. Ese apasionamiento del Señor Fiscal, llevó al traste con el sagrado derecho de defensa y del debido proceso en la persona” de su procurada.

En su criterio, la sorpresa y el asedio que ejerció el Fiscal en el municipio de Guaduas, implicó que su defendida no tuviera oportunidad de consultar a un abogado titulado y de solicitar que se le defendiera conforme a los principios establecidos en la Carta Política, cercenándosele de esa manera su derecho a la defensa, garantía que ha sido especialmente protegida por la Corte Constitucional en la sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996, la que transcribe en algunos de sus apartes.

No comparte el criterio de los juzgadores de instancia, según el cual, existía la posibilidad de nombrar personas de reconocida honorabilidad que asistieran a los procesados en la indagatoria, pues, a su juicio, los “particulares no tienen porqué cargar con los errores de los legisladores”. Además, porque así se hubiese nombrado a la sindicada un abogado titulado, de todos modos se le vulneró el derecho de defensa, “tal como está visto, por la SORPRESA, EL APASIONAMIENTO, EL NO HABER ORDENADO LA INDAGATORIA etc., lo que traduce a voces que si esta supuesta diligencia fue arrimada al expediente de manera irregular, como ocurrió, es nula de pleno derecho y jamás puede surtir los efectos esperados...”.

A continuación, con el fin de fundamentar el cargo, transcribe algunos apartes doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema del derecho de defensa técnica y su debida protección.

Del mismo modo, estima que también se violó el debido proceso, ya que no es permitido que se practique la diligencia de indagatoria sin que previamente se haya proferido formal y realmente la resolución de apertura de instrucción, siendo evidente que aquí se

vinculó a Ofelia Hernández sin que se hubiese iniciado el proceso penal, surgiendo así una irregularidad sustancial atentatoria contra la citada garantía constitucional.

Tampoco está de acuerdo con la postura de los juzgadores de instancia “en el sentido de considerar que se necesita sentencia condenatoria de la falsedad ideológica al instructor investigado ahora para retrotraer (o anular) la actuación, y que por tanto los documentos públicos, siguen gozando de autenticidad. Está primero lo real que lo formal. Y lo real y demostrado en esta demanda es QUE NO SE HABÍA PROFERIDO RESOLUCIÓN DE APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN y se escuchó irregularmente en diligencia de indagatoria”, tesis que, en su criterio, es apoyada por un doctrinante, de cuya obra copia varios fragmentos. Igualmente, sobre el punto cita una jurisprudencia de esta Corporación.

Luego de indicar que la Sala es la llamada a velar por la defensa de los derechos fundamentales que le fueron desconocidos a su defendida y de precisar como normas violadas los artículos 29 de la Constitución Política, 1°, 148 y 304, numerales 2° y 3°, del C. de P. Penal y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la resolución por medio de la cual se declaró abierta la investigación.

1. Demanda presentada a nombre del procesado Marcos Hernández Mahecha.

Al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, presenta un único cargo contra la sentencia del Tribunal que se sintetiza así:

Acusa al sentenciador de haber violado de manera indirecta la ley sustancial por error de hecho por errónea apreciación de la prueba, toda vez que “tergiversó y distorsionó el contenido del medio de prueba que lo llevó a una convicción equivocada que le

permitió condenar a mi defendido”

Después de copiar un segmento de la parte considerativa del fallo de segunda instancia, asevera que el Tribunal yerra al tomar parcialmente el testimonio de Pedro Emilio Ávila, lo que erróneamente le permitió colegir que los vacunos hurtados eran de propiedad de Aristóbulo Hernández Mahecha y no de Concepción Mahecha vda. de Hernández y, por ello, condenó a su defendido, olvidando que la prueba debe analizarse de manera conjunta.

Transcribe unos fragmentos de la mencionada declaración, para sostener que el juzgador de segunda instancia la dejó de apreciar, “incurriendo en un error de hecho por falso juicio de existencia al omitir la valoración de esta parte de la prueba, que si la hubiere tenido en cuenta, hubiese absuelto” a los procesados. Agrega que dicho error salta a la vista, toda vez que el ad quem deduce la propiedad en cabeza de Aristóbulo por el sólo hecho de “aseverar que tenía una marca de él, conclusión que resulta errada, toda vez que también manifiesta el testigo ÁVILA que existen otras de su propiedad pero que no tienen su marca personal. Luego la deducción por el hecho de la marca para inferir la propiedad no sólo es contradictoria sino inadecuada, toda vez que desecha los otros medios de prueba que controvierten con lógica la conclusión a la que llegó el Tribunal de Cundinamarca. Luego jamás puede predicarse la certeza que otorga este medio de prueba de deducir la responsabilidad penal, pues enfáticamente manifiesta el testigo QUE NO SABE la procedencia de las reses supuestamente marcadas con señales de ARISTÓBULO”.

Seguidamente explica, según la jurisprudencia de la Corte, en qué consiste el error de hecho, para nuevamente manifestar que el sentenciador tergiversó el contenido de la declaración de Pedro Emilio Ávila, de la cual dedujo equivocadamente la certeza que le permitió condenar a sus defendidos, distorsión que de no haber existido otro habría sido el resultado del fallo, es decir, absolutorio.

Añade que como producto de la multicitada tergiversación, se violaron los artículos 20 de la [Constitución Política](#) y 254, 294 y 445 del C. de P. Penal.

Por lo expuesto, solicita a la Sala casar la sentencia recurrida y, en su lugar, absolver a los hermanos Hernández Mahecha.

## CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO

### DELEGADO EN LO PENAL

1. Demanda presentada a nombre de la procesada Ofelia Hernández Mahecha.

Considera el Procurador Delegado que son dos los aspectos sobre los cuales se funda la petición de nulidad: el primero, que la sindicada fue vinculada al proceso sin que se hubiese abierto la investigación, lo que atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso; y el segundo, que en la supuesta indagatoria no fue asistida por un profesional idóneo, afectándose así la garantía inicialmente citada.

En cuanto al primer punto, dice que el libelista hace una serie de conjeturas, para señalar que las fechas de la apertura de la investigación y la de la indagatoria fueron alteradas, lo que constituiría una conducta delictiva contra la fe pública a cargo del instructor. Sin embargo, estima que al respecto nada está demostrado en el proceso como así se indicó en las instancias, no pudiéndose olvidar que los actos procesales están amparados por la presunción de legalidad, presunción que se derrumba en el momento que se declare, en sentencia ejecutoriada, la existencia del ilícito denunciado.

De otra parte, arguye que las afirmaciones del actor no dejan de ser meras suposiciones, pues si bien es cierto que resulta curioso que en la resolución de apertura de la

instrucción se hubiesen ordenado unas pruebas, como son las declaraciones de Indalecio Gómez y John Jairo Hernández Toloza, las que fueron referidas por la procesada en su indagatoria posterior, “no necesariamente, y en eso se equivoca el libelista, su fuente debió provenir de ella; máxime cuando debe recordarse que previamente a abrir investigación se practicaron diligencias preliminares, dentro de las que bien se pudieron aportar esos datos e infortunadamente no haber quedado constancia procesal de ello, primando el principio de inmediación en su práctica”.

Por lo tanto, para invalidar la presente actuación se hace necesario que exista una sentencia declarando “la responsabilidad en la construcción de los actos en cuestión”. Mientras ello no ocurra, las disertaciones del demandante, en su criterio, no pasan de ser simples suposiciones sobre las que no es posible fundar la nulidad solicitada.

Respecto al segundo tema, conceptúa que el libelista carece de razón, pues “ninguna trascendencia tiene que, mientras en la designación de su defensor en la indagatoria se dejara constancia que fue por voluntad de su defendida, a la vez, en la firma del acta correspondiente, se le hubiere colocado como defensor de oficio”, ya que pudo tratarse de un error de mecanografía o de redacción. Además, ello no tiene incidencia alguna, ya que lo importante era la asistencia de defensa para esa diligencia, “garantizada por una persona de reconocida honorabilidad, como se dejó constancia en el acta; menos aún tuvo repercusión procesal, pues el nombramiento se limitó a la indagatoria, con arreglo a las disposiciones legales vigentes sobre la materia”.

Por último, tampoco está de acuerdo con la afirmación del libelista, según la cual, se violó el derecho de defensa de la procesada porque no contó, en su indagatoria, con la asesoría de un profesional del derecho, toda vez que la sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996 proferida por la Corte Constitucional, por medio de la cual declaró la inexequibilidad del artículo 148 del C. de P. P., sólo empezó a producir efectos hacia el

futuro, implicando que para la época en que fue vinculada la sindicada, dicha norma se encontraba vigente y, por lo mismo, la citada diligencia se llevó a cabo en debida forma.

En consecuencia, sugiere a la Corte la improsperidad del cargo.

1. Demanda presentada a nombre del procesado Marcos Hernández Mahecha.

Advierte, en primer término, que el actor pretende que los efectos del libelo se hagan extensivos a la otra procesada, respecto de quien presentó la demanda atendida en el acápite anterior, refiriéndose en este escrito a ambos procesados y solicitando para ellos el quebrantamiento de la sentencia impugnada y, consecuentemente, su mutua absolucón, propuesta que así elaborada es totalmente desatinada, ya que, sin perder de vista que en cada demanda singularizó a su poderdante e independientemente que se trate del defensor conjunto de los sentenciados, lo cierto es que presentó libelos separados, lo que impide la extensión de sus contenidos.

Luego de copiar el artículo 224 del Decreto 2700 de 1991, vigente para la época en que se adelantó el presente trámite, de hacer un breve estudio en cuanto al tránsito normativo que surgió con la ley 553 de 2000 y de referirse al principio preclusivo de la actuación procesal, señala:

“En otras palabras, la actitud del casacionista plasmada en la segunda demanda para que los efectos de ésta, en el evento de casar, se hagan extensivos a un sujeto procesal respecto de quien ya había fenecido la oportunidad para sustentar el recurso de casación, no es correcta ni ajustada al trámite vigente; concluyéndose, además, que carece de interés para revivir el planteamiento atinente a la procesada Ofelia Hernández, respecto de quien ya había sucumbido la oportunidad para sustentar

el medio extraordinario de impugnación...”

En segundo lugar, respecto a la presunta violación indirecta de la ley sustancial, originada en la tergiversación de la declaración de Pedro Emilio Ávila, sostiene, en lo que concierne con las normas sustantivas que cita como transgredidas, que no pasa de ser una vaga mención, pues si bien se entiende que hace alusión a la responsabilidad en general derivada de la sentencia, no concreta a “qué categoría en particular se refiere y sobre cuál específicamente esboza el fenómeno de la duda para pregonar que se ha dado al traste con el principio de la presunción de inocencia contemplada en las dos primeras normas citadas...”.

Por lo mismo, estima que con esa deficiencia se torna difícil determinar la propuesta del actor, sin dejar pasar por alto que los artículos 254 y 294 del C. de P. Penal que cita, son normas medio que no delimitan ningún derecho o imponen una consecuencia jurídico penal. Incluso, acota que el enunciado del artículo 254 constituye un contrasentido frente a la propuesta del cargo, dentro del cual hace énfasis en un error de hecho por falso juicio de identidad, “presupuesto que se opone al de la violación de las reglas de la sana crítica que se estipula en este precepto, ya que son dos errores de naturaleza diversa y antagónicos cuando se alegan en un mismo cargo respecto de la misma prueba”, pues mientras el primero tiene que ver con la deformación objetiva de la prueba, en el segundo “la prueba no se ha deformado sino que se le asigna crédito o descrédito en contravía con los postulados de la ciencia, la lógica o la experiencia”.

Igualmente, aunado a los anteriores defectos técnicos, refiere que la crítica probatoria que esgrime el libelista no reviste potestad suficiente como para derruir el fallo, pues arremete exclusivamente contra la valoración que se dio al testimonio de Pedro Emilio Ávila, no obstante que el juicio de responsabilidad recae también sobre otros medios de convicción, los que no tuvo en cuenta dentro de la presentación y demostración completa de la censura.

Además, asevera que con ese “cuestionamiento parcializado” no se puede soportar la invocación de la duda a favor del procesado, pues, en primer lugar, se exige concretar el objeto de la alegación, ya que no es la duda por sí sola la que permite su prosperidad, sino dirigida hacia un aspecto de la responsabilidad plenamente determinado, y, en segundo término, demostrar fehacientemente “que la crítica probatoria que se adelanta tiene la aptitud de poner entredicho la prueba que acusa al procesado en un determinado ámbito, hasta el punto de generar indecisión y, por último, que el cuestionamiento tiene trascendencia en contraposición a lo declarado en el fallo, tanto para generar la duda como para mutar los contenidos específicos del fallo”, aspectos que no fueron precisados por el libelista y que se quedaron en la vaguedad y la superficialidad.

Estima que los citados desaciertos técnicos son suficientes como para concluir en la improsperidad del cargo. No obstante, “a ellos se suma el hecho de que la crítica adelantada en contra de la prueba tampoco expresa lo que ella revela en forma integral”.

En efecto, arguye que en manera alguna se distorsionó el testimonio en la forma en que lo pregonaba el actor, ya que, desde su inicio, Pedro Emilio fue enfático en precisar que el ganado retirado de la finca El Silencio era de propiedad de Aristóbulo y presentaba la marca registrada a su nombre. Lo que sucede es que en la parte final, al hacer el deponente claridad sobre la totalidad de las reses en el mencionado predio, especificó que en total eran 33, de las cuales 18 pertenecían a Aristóbulo.

Agrega:

“Cuando el deponente afirma en la parte final de su atestación que no todas las reses tenían la marca registrada por Aristóbulo, no hace referencia a que, como acomodadamente lo presenta el actor, no todas las de su propiedad la ostentaban, en aras de demeritar la afirmación del tribunal en el sentido de que todas las de su

propiedad la llevaban, sino a que como había otras que no eran de su propiedad, las de su señora madre y las dos del administrador, no la ostentaban para el momento de la declaración, porque, insístase, y en eso es muy claro el atestante, sencillamente no le pertenecían, por eso especifica que 15 eran de su mamá y dos de él, las que obviamente no fueron sustraídas ni llevaban la marca de Aristóbulo, pues desde el comienzo de la actuación, desde la misma denuncia, se habla de un número similar propiedad de Aristóbulo...”

Conforme a ello, asevera que quien deforma el sentido objetivo de la prueba es el propio libelista, quien le da una apreciación que no corresponde a su tenor literal ni a un análisis integral de la misma, concluyendo en simples apreciaciones personales.

Por lo tanto, en su criterio, el cargo no debe tener éxito.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Desde ya se advierte que las demandas presentadas a nombre de los procesados Ofelia y Marcos Hernández Mahecha adolecen, como lo conceptúa el Procurador Delegado, de protuberantes yerros técnicos que las llevan a su desestimación.

Demanda presentada a nombre de la procesada Ofelia Hernández Mahecha.

1. Con apoyo en la causal tercera de casación, el citado defensor acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso y del derecho de defensa, por los siguientes motivos:

Afirma que la diligencia de indagatoria que rindió su representada se incorporó al diligenciamiento sin que se hubiese proferido la correspondiente resolución de apertura de instrucción, por cuanto cotejadas aquella diligencia y la mencionada providencia, se observa claramente que en esta se ordenaron pruebas con fundamento en lo dicho por la

procesada, lo que evidencia no solo la posible falsedad en las fechas en que incurrió el instructor, sino también que se vinculó a Ofelia Hernández Mahecha sin que existiera proceso penal.

Agrega que con ese comportamiento se “le sorprendió, acosó y acorraló en Guaduas y se le indagó sin defensa técnica”, no dándosele la oportunidad de contar con un profesional del derecho que la asesorara en debida forma, razón por la cual es nulo de pleno derecho el citado acto.

Igualmente, denuncia como irregular el que se hubiera hecho constar que la persona de reconocida honorabilidad que asistió a su procurada en dicha diligencia, fue nombrada por ella, cuando en la firma del acta aparece con el calificativo “de oficio”.

También resalta que de manera irregular la denunciante acompañó al Fiscal cuando practicó la diligencia de inspección judicial en el municipio de Guaduas, sin que de ello quedara constancia en el acta.

Como normas transgredidas cita los artículos 29 de la [Constitución Política](#), 1°, 148 y 304.2.3 del C. de P. Penal y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Como lo ha sostenido la Sala, aunque las nulidades permiten alguna amplitud para su proposición y desarrollo, no puede la demanda en que se invoquen equipararse a un escrito de libre formulación, sino que están sujetas, como las demás causales, a unos insoslayables requisitos, pues si se trata de un medio para preservar la estructura del proceso y las garantías de los sujetos procesales, quien las aduzca no sólo debe acatar los principios generales que rigen este medio de impugnación extraordinario, sino que debe sustentarlas en debida forma, indicando el motivo de la nulidad, la irregularidad sustancial que alega, la manera como ésta socava la estructura del proceso (error de estructura) o afecta las garantías de los sujetos procesales (error de garantía) y la actuación que en virtud del yerro queda viciada.

Si no se cumplen esos requisitos, la censura no puede tener éxito, toda vez que a la Corte, por virtud del principio de limitación, le está vedado corregir los defectos del libelo.

3. El cargo así formulado adolece de insalvables errores de técnica que la conducen a su fracaso, así:

3.1. Desconociendo el principio de autonomía, entremezcla la causal primera con la tercera, al confundir la ilegalidad de la prueba con la ilegalidad del proceso, cuando sostiene que el instructor realizó una inspección judicial en Guaduas junto con la denunciante “sin que en el acta aparezca ese hecho”, censura que ha debido formular y desarrollar de manera separada y por la causal primera, por error de derecho por falso juicio de legalidad, pues no demuestra ni aparece que la denunciada irregularidad sea condición de validez de la posterior actuación procesal, pues como lo ha dicho la Sala, cuando el elemento de convicción es practicado o incorporado a la actuación con desconocimiento de los requisitos legales que condicionan su validez (como lo da a entender el casacionista que ocurrió en este caso) y, sin embargo, se aprecia, se está en presencia de un vicio in iudicando, acusable por la causal primera, que se remedia eliminando en el juicio del sentenciador el medio ilegal y examinando la decisión a la luz del restante haz probatorio, pudiendo, eventualmente, concluirse que era de tal importancia que en él se fundamentó la condena, por lo que debe absolverse.

Lo único ineficaz es ese elemento de convicción, del que no dependen los restantes aducidos legalmente, ni los demás actos procesales, también legalmente realizados.

En cambio la nulidad vicia de ilegalidad el proceso y, por lo tanto, la sentencia, trasciende a toda la actuación, desde que se presentó la causal, de manera que la única alternativa para subsanar el yerro es invalidarlo, a menos que la nulidad afecte exclusivamente la sentencia impugnada, evento en el cual, bastará casar el fallo y dictar el de reemplazo.

3.2. En lo atinente a que la persona que asistió a la procesada en la diligencia de

indagatoria no fue designada por ésta, sino de oficio por el funcionario judicial, además de que no demuestra la trascendencia del presunto desatino, esto es, de qué manera tal circunstancia afectó el derecho de defensa, aquél es inane, pues para la época (25 de septiembre de 1995) se encontraba vigente el artículo 148 del C. de P. Penal que permitía designar como defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiese abogado inscrito, a cualquier ciudadano honorable que no fuera servidor público.

3.3. En lo concerniente a la alegada falsedad en la fecha de la resolución de apertura de la instrucción y, por ende, que la indagatoria de Ofelia Hernández fue recibida antes de haberse proferido, se trata de una hipótesis, no siendo la casación la sede adecuada para formularla, donde sólo es procedente denunciar los errores in iudicando o in procedendo cometidos por el fallador, al tenor de las causales expresa y taxativamente señaladas por la ley, demostrarlas y evidenciar su trascendencia. Además, se está en presencia de un documento público, del que se presume no sólo su autenticidad sino su veracidad, sin que exista acto judicial que desvirtúe tal presunción.

Como lo observa el Procurador, si bien resulta curioso que en la resolución de apertura se hubiera ordenado recibir unas declaraciones que fueron referidas por la procesada en su indagatoria posterior, no necesariamente su fuente debió ser ella, máxime si se considera que se practicaron diligencias preliminares, donde se pudieron aportar esos datos y no haber quedado constancia procesal de ello.

Por otra parte, con relación a las alegadas inconsistencias se ordenó investigación por parte de la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca, el 23 de abril de 1996.

Finalmente, la afirmación, según la cual, las anteriores y presuntas irregularidades condujeron a que se “sorprendiera”, “acosara” y “acorralara” a la procesada y se le indagara sin defensa técnica, no es sino otra hipótesis, cuyo planteamiento es

improcedente en sede de casación, como se vió.

En consecuencia, el cargo no tiene vocación de éxito.

Demanda presentada a nombre del procesado Marcos Hernández Mahecha.

1. Con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, acusa al Tribunal de haber violado de manera indirecta la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de identidad, toda vez que tergiversó el contenido de la declaración rendida por Pedro Emilio Ávila, el que tomó parcialmente, yerro que lo condujo a deducir que los vacunos supuestamente hurtados eran del señor Aristóbulo Hernández Mahecha y no de la señora Concepción Mahecha vda. de Hernández y, en consecuencia, condenó a los procesados por el citado punible.

2. La censura ostenta insalvables desatinos técnicos que la condenan al fracaso, así:

2.1. Aunque el libelista actúa como defensor de Ofelia y de Marcos Hernández Mahecha y presentó oportunamente demanda con relación a aquélla, la que fue respondida por la Sala en aparte anterior, pretende aducir este cargo a nombre de los dos, lo que es improcedente, no sólo porque optó por demandar separadamente, sino porque con respecto a la acusada el término para el efecto ya había precluido, por lo cual esta censura sólo se considerará en lo atinente a Marcos Hernández Mahecha.

2.2. No dice cuál fue la norma sustancial de la Parte Especial del C. Penal vulnerada ni su sentido, esto es, si el quebrantamiento se debió a falta de aplicación o a aplicación indebida.

2.3. Confunde el error de hecho por falso juicio de identidad con el de hecho por falso juicio de existencia por omisión, cuando afirma que se incurrió en el último al pretermitir la valoración de parte de la prueba, sin percatarse que en éste el medio no se

considera, se ignora, en tanto que en el primero si se tiene en cuenta pero se toma parcialmente, falseando su expresión fáctica y haciéndole producir efectos que no se derivan de su contexto.

Sin embargo, del desarrollo del cargo se infiere que el impugnante quiso referirse a la última modalidad.

2.4. Desconoce que el error de hecho por falso juicio de identidad, consiste en falsear el contenido material de la prueba, en forma tal que no hay identidad entre lo que ella materialmente dice y lo que el sentenciador manifiesta que su texto contiene, y no en discrepar de la credibilidad que le fue otorgada o negada, lo que no configura desatino demandable en casación, dentro del método de la persuasión racional que nos rige, en el que el juzgador goza del poder discrecional para valorarla, sólo limitado por los postulados de la sana crítica, cuya vulneración debe denunciarse y desarrollarse por la vía del error de hecho por falso raciocinio.

En este caso, el casacionista en vez de demostrar que el contenido material del testimonio de Pedro Emilio Ávila fue tergiversado, dedica su discurso a cuestionar el mérito que el Tribunal le otorgó.

2.5. Tampoco demuestra la trascendencia del yerro que denuncia, pues no señala en qué medios de convicción se fundamentó el ad quem para condenar al procesado y cómo de no haberse cometido desatino, el fallo hubiera sido distinto y favorable al acusado.

Ahora bien, si lo pretendido por el censor era acusar que el Tribunal al valorar el mérito del testimonio citado vulneró los postulados de la sana crítica y que este dislate lo llevó a declarar una verdad distinta a la que revela el proceso, ha debido orientar el reproche por la vía del error de hecho por falso raciocinio, indicando cuáles fueron las leyes científicas o los principios lógicos o las reglas de la experiencia común quebrantados, de qué

manera lo fueron y cuál su incidencia en la parte dispositiva del fallo, labor que no emprendió.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

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

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

No hay firma

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS  
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GALVEZ

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria0