

Proceso No 20139

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 067.

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil cuatro (2004).

La Corte se ocupa de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería le impartió confirmación a la condena impuesta por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esa misma ciudad al procesado MANUEL FRANCISCO GIRALDO MONTERROZA como autor penalmente responsable del delito de hurto agravado por la confianza, y adoptó otras determinaciones.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. En los siguientes términos sintetizó los hechos el juzgado de primer grado:

“Relata el paginario que el señor LUIS MIGUEL BERROCAL CANABAL era para el mes de octubre de 1995 cuenta correntista del Banco Ganadero Sucursal Zona Comercial de esta ciudad, en donde se le benefició con un crédito de la línea FINAGRO, por valor de Cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.00), los cuales le fueron abonados a su cuenta el día 31 de octubre de 1995 y garantizado mediante la firma de un pagaré a favor del Banco, que suscribió al día siguiente del desembolso, o sea el primero de

Noviembre, sin embargo posteriormente cual no sería su sorpresa cuando se enteró que el mismo día 31 de octubre, el Banco le había debitado de su cuenta corriente No 720 01661-7, la suma de cuarenta y nueve millones quinientos mil pesos (\$49.500.000.00) como valor aplicado por concepto de arreglo de obligaciones a su cargo y supuestamente por autorización del doctor MANUEL GIRALDO MONTERROZA, quien era el Gerente de la oficina donde él tenía su cuenta.

La nota débito que originó el cargo en la cuenta corriente de LUIS MIGUEL BERROCAL CANABAL, provino de la sucursal principal del mismo banco y aparece firmada por el gerente HECTOR FRASSER BARÓN y la finalidad de ella fue la de cancelar una obligación que el señor MIGUEL ROSENDO BERROCAL CABRALES, padre de LUIS BERROCAL, había contraído con el banco Ganadero en la Sucursal antes mencionada, sin que su hijo fuera codeudor, fiador o avalista, deuda por la cual se le estaba siguiendo un proceso ejecutivo ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, que finalizó precisamente por pago de las obligaciones.

El denunciante LUIS M. BERROCAL C. asegura que él en ningún momento dio orden verbal para que le debitaran esos dineros de su cuenta corriente, como lo han querido hacer ver en los diferentes oficios enviados por el Banco, reconoce que su padre se encontraba en mora con las obligaciones que tenía adquiridas en el Banco Ganadero sucursal principal de Montería y que carecía de medios para pagarla; sostiene que él tenía hipotecadas dos Fincas al Banco Ganadero para garantizar unas obligaciones que tenía contraídas con esa entidad y los funcionarios de éste, a pesar de la arbitrariedad cometida, también hicieron uso de la Escritura pública por medio de la cual había hipotecado las fincas que poseía al Banco y de los Pagarés que había firmado y que estaban en poder de dicha entidad crediticia y a pesar de que algunas de sus obligaciones no estaban vencidas, le aplicaron la cláusula aceleratoria e iniciaron en su contra procesos ejecutivos, dentro de los cuales le embargaron todos sus bienes generándole con ello graves y cuantiosos perjuicios”.

2. Con base en la denuncia formulada por el afectado, la Fiscalía 18 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Montería inició investigación preliminar el 20 de noviembre de 1996. La Fiscalía 20, a la cual fueron reasignadas las diligencias, decretó el 14 de abril del siguiente año la apertura formal de la investigación en contra de HECTOR FRASSER BARÓN y MANUEL FRANCISCO GIRALDO MONTERROZA, a quienes escuchó en indagatoria.

En el curso de la instrucción fue vinculado también por indagatoria ROGER ENRIQUE DE LOS TRÁNSITOS TABOADA GARCÍA, Vicepresidente Regional del Banco Ganadero de Montería.

Como parte civil se constituyó LUIS MIGUEL BERROCAL CANABAL, mediante demanda presentada por su representante, que fue admitida por el instructor. Posteriormente, a petición de este sujeto procesal, se vinculó como tercero civilmente responsable al Banco Ganadero S.A.

El 16 de enero de 1998, la Fiscalía 20 Seccional resolvió la situación jurídica provisional de los indagados con medida de aseguramiento de detención preventiva, con beneficio de excarcelación, por el delito de hurto agravado por la confianza.

Contra la anterior determinación se interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación. Negado el primero, la Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal Superior de Montería le impartió confirmación a la medida de aseguramiento dispuesta en contra de FRASSER BARÓN y GIRALDO MONTERROSA, y revocó la impuesta a TOBOADA GARCÍA por no encontrar mérito suficiente para ello.

Clausurada la investigación, la Fiscalía profirió el 12 de enero de 1999 resolución de acusación en contra de los dos primeros por el delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía, y precluyó la instrucción a favor del último.

A la ejecutoria de la resolución de acusación la actuación fue remitida al reparto de los juzgados penales del circuito, siendo asignada al 4º, despacho que asumió el conocimiento y ordenó correr el término de traslado previsto en el artículo 446 del anterior estatuto procesal penal.

Surtida esta ritualidad, a petición del representante de la parte civil dispuso en auto de 18 de mayo de 1999 la práctica de la prueba pericial sobre los daños morales y materiales ocasionados con el delito, para lo cual designó dos expertos que terminaron siendo reemplazados por no cumplir con la misión encomendada.

Los nuevos designados rindieron dictamen por escrito el 23 de noviembre de 1999, estimando la cuantía de los perjuicios en la suma de \$3.395.940.225.00, el cual fue objetado por los defensores de los procesados y el representante del tercero civilmente responsable, al tiempo que el apoderado de la parte civil y el delegado del Ministerio Público solicitaron su aclaración y ampliación.

Una vez que los peritos aclararon y ampliaron su dictamen, llegando a considerar en esta oportunidad que el monto de los daños morales y materiales ascendía a la suma de \$4.635.540.225,00, y que el defensor de FRASSER BARÓN y el representante del tercero civilmente responsable presentaron nuevos escritos de objeción o complementarios a éstos, el juzgado abrió el incidente respectivo por auto de 10 de marzo de 2000.

Pese a la oposición escrita del apoderado de la parte civil, el juzgado optó el 19 de mayo de 2000 por declarar fundadas las objeciones y ordenó a la Dirección Seccional del C.T.I.F., la designación de dos nuevos peritos para que procedieran al avalúo de los perjuicios.

Los designados rindieron dictamen el 25 de agosto siguiente, fijando el quantum de los perjuicios en la suma de \$6.492.759.371,40. El apoderado del tercero civilmente

responsable solicitó su aclaración, la cual se rindió el 27 de septiembre, manteniéndose en los mismos términos. Con posterioridad el mismo sujeto procesal solicitó una nueva experticia, que fue negada por el juzgado, aunque consideró conveniente citar a los peritos a la audiencia de juzgamiento para que absolvieran inquietudes de los intervinientes en la misma.

Tras comprobarse la muerte de HECTOR FRASSER BARÓN, el juzgado declaró extinguida la acción penal en relación con este procesado en auto de 24 de noviembre de 2000.

El debate oral se llevó a cabo a partir del 13 de marzo de 2001 con la intervención de los peritos, y se prolongó por varias sesiones.

El Juzgado 4º Penal del Circuito emitió sentencia el 11 de septiembre de 2001, a través de la cual condenó a MANUEL FRANCISCO GIRALDO MONTERROZA a la pena principal de 36 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al tiempo que suspendió condicionalmente la ejecución de la pena.

De manera solidaria condenó igualmente al procesado y al BBVA BANCO GANADERO S.A., al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados con la infracción en cuantía de \$6.492.759.371.40 a favor del afectado LUIS MIGUEL BERROCAL CANABAL.

Una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Montería, al desatar la impugnación interpuesta por el defensor del procesado, el representante del tercero civilmente responsable y el agente del Ministerio Público, le impartió confirmación al fallo de primer grado en el suyo de marzo 6 de 2002, excepto en cuanto a la condena en perjuicios que la revocó para que el afectado “pueda recurrir con este fallo condenatorio...a la justicia ordinaria para reclamar la indemnización por él solicitada”.

En oportunidad, el defensor y el representante de la parte civil interpusieron el recurso de casación y presentaron las respectivas demandas. Dentro del término de los no

recurrentes alegaron el representante del tercero civilmente responsable y nuevamente el apoderado de la parte civil.

Concedida la impugnación extraordinaria y encontrándose ajustada las demandas a las formalidades de ley, se corrió traslado para concepto al Procurador.

Como el delegado ha emitido el concepto de rigor, se apresta la Sala a resolver lo pertinente.

LAS DEMANDAS

1. Demanda presentada por el apoderado de la parte civil.

1.1. Previamente a la formulación del único cargo que propone, el representante de la parte civil se inclina por considerar que para propender por la casación cuando, como en este caso, se trata de controvertir única y exclusivamente la negativa del juzgador a determinar perjuicios a favor del ofendido, se deben seguir los lineamientos del artículo 221 del anterior estatuto procesal penal -actual 208-.

No obstante, advertido de los últimos pronunciamientos de la Corte que cita en torno a lo dispuesto por esta norma, en los cuales en su sentir no parece admitir distinciones sobre el tema, considera que para evitar perplejidades se aproveche la oportunidad para que se defina si se conserva la distinción hecha en pronunciamiento de 22 de junio de 1994 o, si por el contrario, siempre que se trate de impugnar lo concerniente a perjuicios, hayan sido reconocidos o no de manera concreta, debe invocarse el código de procedimiento civil.

Considera que este aspecto cobra importancia hacia futuro, aunque para nada refluye en un defecto de técnica casacional, porque, conforme a pacífica jurisprudencia, si se trata de la causal primera, la demanda no se resiente de antitecnicismo así se invoquen los

dos códigos.

1.2. Luego de plasmar lo dicho por el Tribunal en punto de la indemnización de perjuicios, acusa la sentencia con apoyo en la causal primera de casación de que trata el artículo 368 del código de procedimiento civil con las modificaciones introducidas por el decreto 2282 de 1989 y en armonía con el artículo 208 del actual código de procedimiento penal -anterior 221-, en los siguientes términos:

“Se trata de la violación indirecta de los artículos 94,95,96 (antes 103,104 y 105) del Código penal; 1494,1613,1614,2341,2344,2347,2356 del Código Civil; 29 de la Constitución Política; 21, 56 (antes 14,55) del Código de Procedimiento penal y violación medio de los artículos 232,233,254,,255,257,310(antes,respectivamente,246,248,270,271,273,308) del Código de Procedimiento penal, y, artículos 135,136 y 137 del Código de procedimiento Civil, por los errores de derecho en la apreciación del dictamen pericial, en cuantía de \$3.395.940.225.00...y su correspondiente aclaración, ampliación y/o adición,...,(...petición que originó un aumento a \$4.635.540.225...) y el rendido por los expertos...(con evaluación de \$6.492.769.371,00), y sometido a aclaración, con resultado negativo...Peritaciones todas realizadas para determinar los perjuicios causados...con ocasión del delito cometido, en cuanto el Tribunal tuvo un falso juicio de valor de dichas pruebas y que lo llevó a desconocerlas porque en su apreciación jurídica (equivocada por cierto) no se dio el trámite legal a las objeciones por error grave formuladas al primer dictamen de peritos y su aclaración...”.

Tras advertir que la censura se centra en aspectos exclusivamente jurídicos, esto es si la prueba pericial desestimada por su ilegalidad tenía o no esta caracterización jurídica, le parece importante recabar que la Corte ha considerado la existencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad cuando se le niega validez a una determinada prueba porque se estima que es ilegal, sin serlo, tal como fue señalado en

pronunciamiento de diciembre 6 de 2001.

Agrega que ello es lo que sucede en este caso y que de haber reconocido el Tribunal la validez de la prueba pericial otro habría sido el contenido y alcance del fallo de segundo grado, en el sentido de señalar una suma cierta de perjuicios a favor del ofendido.

Cita apartes de jurisprudencias que ilustran acerca de la presentación del cargo, para aplicarse enseguida a demostrar el cargo formulado, poniendo de presente en principio que el Tribunal hizo expresa motivación y aseveración de que tanto los dictámenes emitidos como las decisiones adoptadas en punto de ellos estaban afectados de nulidad y, sin embargo, no se pronunció en la parte resolutive sobre la misma. Lo anterior impide, en su concepto, atacar extraordinariamente este aspecto de la sentencia, no así las apreciaciones de índole probatoria que en derecho hiciera el juzgador sobre la ilegalidad de las pruebas periciales y que lo llevó a negar los perjuicios ocasionados con el delito, aunque de llegarse a sostener que produjo la declaratoria de nulidad también concurriría el mismo error “pues la apreciación del sentenciador...es contraria a la disciplina procesal que regula la materia de la invalidación de actos y porque no era procedente la declaración en tal sentido”.

Al advertir que el Tribunal dijo que las objeciones por error grave no debieron decidirse de plano, el censor responde que la realidad jurídica es otra en los términos del artículo 271 del estatuto procesal penal y coincide con la forma correcta como el juzgado tramitó el incidente.

En punto de lo anterior recuerda la manera como se tramitó el mismo, advirtiendo que los sujetos procesales que objetaron el primer dictamen y su aclaración no hicieron petición de pruebas (a no ser por los defensores, quienes pidieron un nuevo dictamen, pero no como prueba de las objeciones sino en procura de la remoción de los peritos). Y si el juzgado consideró que no era necesario practicar pruebas, esa actuación le resulta

impecable, derivando de allí el error del Tribunal cuando afirma que el fallador de primer grado no podía decidir de plano sin haber abierto el trámite a pruebas, supuesto que la ley no contiene.

Considera, asimismo, que el juez colegiado erró también en derecho al sostener que necesariamente debía practicarse un nuevo dictamen para los efectos de las objeciones formuladas, pues no es cierto que siempre deba practicarse otra prueba pericial para admitir la existencia de errores graves que se le puedan endilgar a un dictamen.

Otro manifiesto error de derecho le atribuye al Tribunal al apreciar equivocadamente el alcance del segundo dictamen, cuando entendió que se rindió para probar las objeciones al primer dictamen y por fuera del trámite incidental. Para refutarlo afirma que lo cierto es que se trajo al proceso por virtud de la facultad oficiosa que le confería el artículo 271, en su parte final, y ante la circunstancia de la prosperidad de las objeciones por error grave.

Tampoco considera el libelista de recibo probatorio, como lo hizo el Tribunal, que sea indispensable practicar un segundo dictamen para hacer próspera la objeción, si se toma en cuenta que bien puede el juzgador tomar las alegaciones y/o las pruebas que obran en el proceso para concluir que es fundada. Si los objetantes alcanzaron su propósito, agrega, se hace manifiesto el yerro del Tribunal cuando le restó valor en derecho al dictamen que se rindió con ocasión de la prosperidad de las objeciones, constituyendo un absurdo que al final se deje sin prueba de los perjuicios un proceso en el cual se ha demostrado la comisión de una conducta punible.

Ese cúmulo de errores, en sentir del libelista, llevaron al juzgador ad quem a violar la legalidad de la aducción de la prueba pericial y a desestimar su alcance probatorio. Creyó erróneamente que esa prueba no fue llevada al proceso conforme al ordenamiento jurídico y por ello le negó mérito probatorio, impidiéndole a la víctima el legítimo derecho

de acceder a la indemnización, con lo cual incurrió en una violación probatoria con connotación sustancial.

En acápite siguiente, bajo el epígrafe de desarrollo del cargo, el actor sostiene que el juez obró reflexivamente en derecho, con ponderación, ajeno a caprichos o veleidades y con buen juicio, mientras que el Tribunal exhibió una notoria incompreensión de la materia al entender que toda objeción de error grave tiene que ir acompañada de una prueba científica y apodíctica del mismo, cuando no hay tal. Basta para ello -sostiene- con la simple argumentación o la exposición crítica, además de que son las partes quienes deben evaluar el método que van a emplear para convencer al juez de sus pretensiones y bien puede ocurrir que en determinados casos sea imposible el recaudo de las pruebas.

Si el texto legal no dice que toda objeción debe estar acompañada de pruebas, considera que el Tribunal inventó un requisito de procedimiento que la ley no exige, lo cual ratifica con el contenido del artículo 135 del código de procedimiento civil, según el cual no es necesario presentar pruebas, pues con las existentes en el proceso o los antecedentes resulta suficiente fundamentar idóneamente una objeción; la posibilidad de aportar pruebas no puede trocarse en exigencia, aduce al respecto el actor.

Agrega que el nuevo dictamen fue practicado por personal capacitado y tuvo en cuenta las aseveraciones de la objeción, absolviendo todo el cuestionamiento, y si el resultado no favoreció a quienes suscitaron su realización, es fenómeno que nada tiene que ver con la legalidad del procedimiento. Tras resaltar el trámite que imprimió el juzgado y el respeto a las garantías de los sujetos procesales, considera que es lamentable la decisión del Tribunal y la actitud del representante del Banco, el primero por atender la petición del segundo, cuando éste explota en principio todas las posibilidades jurídicas para obtener un beneficio, pero cuando accede a ello se olvida de su pretensión para suponerse lesionado con la determinación.

Afirma también que la controversia olvida que una pericia no establece por sí lo que trata de demostrarse con ella, sino que es un instrumento más de convicción que debe ser valorado por el juzgador al momento de adoptar la decisión, de conformidad con el artículo 238 del anterior código de procedimiento penal, actual 257.

Tras señalar algunas falacias jurídicas que suelen darse sobre el tema, concluye sosteniendo que la ley ofrece la doble alternativa de estarse a lo probado o permitir al objetante y a los demás sujetos procesales solicitar las pruebas para demostrar o desvirtuar el error grave, pero en este último evento se debe hacer uso de la prerrogativa de conformidad con el inciso 1º del citado artículo 271. Pero como en este caso ninguno de los sujetos procesales solicitó una pericia y tampoco otras pruebas, la actuación del juez deviene legítima, contrario al parecer equivocado que tuvo el Tribunal.

La decisión que cuestiona desconoce en su concepto enseñanzas de la Corte en esa materia, como se precisó en sentencia de 19 de diciembre de 2001, en el sentido de que no hay lugar a invalidar el acto cuando cumple con la finalidad para la cual estaba previsto, como sucedió en este caso.

Insiste en que el incidente se ajustó a los lineamientos de los artículos 137 del código de procedimiento civil y 271 del estatuto procesal penal, si se toma en cuenta, en primer lugar, que no se hizo ninguna solicitud probatoria, dado que los medios figuraban ya en el proceso; segundo, se corrió el traslado correspondiente a la otra parte, quien tampoco consideró necesario pedir las; tercero; no se decretaron ni se solicitaron pruebas, porque no se entendió necesario hacerlo de oficio; cuarto, no se verificó causal alguna de suspensión del proceso, ni dejó de resolverse algo pendiente; y, quinto, no hubo pronunciamiento sobre apelaciones en tanto no fueron interpuestas.

En apartado relativo a las normas quebrantadas con la infracción, el censor se refiere en su

mayoría a los preceptos citados al formular el cargo, para afirmar enseguida que el ilícito cometido generaba la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados, solo que la condena no se produjo por los errores de jure en que incurrió el Tribunal, por lo que quebrantó los textos sustanciales acusados. He allí la trascendencia del error.

En capítulo separado trató el tema de los perjuicios ocasionados, para que al emitir la Corte el fallo de reemplazo acoja la pericia finalmente practicada y con apoyo en la cual el juzgado condenó solidariamente en primera instancia. En ese sentido pondera su contenido y alcance, el esmero con el cual fue elaborada por personal técnico y su consistencia frente a las observaciones formuladas por los sujetos en oportunidad.

Considera que no se daba ninguna razón legal, doctrinaria o jurisprudencial para sospechar o conjeturar que el incidente adolecía de la más mínima irregularidad, siendo notoria su validez y procedencia, máxime cuando acredita su idoneidad.

A la libertad que tiene el juzgador para adentrarse en la valoración de la pericia, agrega apenas lo relacionado con la actualización de esas cifras, en consideración al tiempo corrido desde que se emitió el dictamen.

Considera, por lo demás, que la admisión de la pericia tiene sustento en pronunciamiento de la Corte de septiembre 30 de 1999.

Califica de baladí el argumento debatido en las instancias de que la apropiación de \$49.500.000.00 no pueden producir perjuicios de tal cuantía, al sostener que quien de manera tan simple y elemental razona olvida que “pequeños factores van creando consecuencias amplias y gravosas que de no contenerse a tiempo sin aprovecharlas para pontencializar los efectos, estos adquieren dimensiones aparentemente desproporcionadas pero ciertas, respetables y admisibles.”.

Lo que realmente importa para el libelista es que el daño esté relacionado con el acto

primario injustamente desatado, siendo como está demostrado que la actividad delictuosa de los empleados bancarios hizo perder al afectado lo que tenía destinado para desarrollar la explotación de sus fincas ganaderas, a lo cual se sumó la aceleración de los créditos no vencidos que lo sumió todavía más en la crisis económica y dio lugar a las acciones civiles. Aparte de no poder atender sus fincas ganaderas y sus transacciones, su representado perdió inversiones y no pudo atender sus obligaciones regulares, por lo que aquella apreciación simplista se mantiene en la esfera de la descabellada hipótesis sin pasar a la consideración fundamental de ver la realidad.

En una palabra, de no haber dispuesto el Banco de dicha suma de dinero, no se habría llegado a esos indiscutibles perjuicios sobre los cuales el procesado y el tercero civilmente no discuten sus existencia sino su cuantía.

De allí que el último dictamen resulte para el demandante serio, fundamentado y consecuente. Así pasa a referirse en detalle a los daños declarados por los peritos.

En acápite siguiente que titula “De la accidental referencia al tema de la nulidad y lo que sobre ella enseña la Corte Suprema de Justicia”, el actor advierte el desconocimiento por parte del Tribunal de las orientaciones trazadas por la jurisprudencia en punto de las nulidades, en especial en cuanto atañe con los principios que rigen su declaratoria. En apoyo cita pronunciamientos de 11 de mayo y septiembre de 2000, 18 y 28 de septiembre de 2001.

En ese sentido afirma que nadie puede negar que la actitud de quienes formularon la objeción por error grave durante el trámite del incidente y con posterioridad al mismo, incluso dentro del debate oral, fue de consentimiento y convalidación de lo actuado; que el objetante obtuvo la satisfacción de sus pedimentos y no puede alzarse posteriormente contra algo que no le causó daño porque nadie introduce una alegación de esa trascendente índole para autolesionarse; y que los funcionarios judiciales no pueden

favorecer a un tal sujeto, castigando a quien fue agredido y nada hizo por crear la ofensa a sus intereses.

Con fundamento en lo anterior, solicita a la Corte que case la sentencia en lo que se refiere al numeral 4º de la parte resolutive y, en sede de instancia, confirme el fallo del Juzgado 4º Penal del Circuito de Montería en punto de la indemnización de perjuicios.

2. Demanda presentada por el defensor de MANUEL FRANCISCO GIRALDO MONTERROZA.

Dos cargos plantea el defensor al amparo de la causal primera contra la sentencia del Tribunal, los cuales fundamenta y desarrolla de la siguiente manera:

2.1. Primer cargo, principal, violación indirecta de la ley sustancial.

Para el censor el Tribunal incurrió en una serie de errores de hecho de apreciación probatoria que conllevaron a la indebida aplicación del artículo 23 del anterior código penal, norma vigente para el momento de los hechos, cuya exposición hace de manera independiente para no incurrir “en la múltiple formulación de cargos iguales, que variarían tan solo en lo relativo a la comprobación de los mismos”.

2.1.1. Falso juicio de existencia por omisión que recayó sobre el testimonio de RAFAEL ENRIQUE RODRÍGUEZ ALVAREZ.

Para el libelista el Tribunal desconoció el testimonio de este Auxiliar de Operaciones Crediticias que fue de la sucursal Zona Comercial del Banco Ganadero, si se toma en cuenta que en el punto 7º de la parte considerativa de la sentencia “arribó a conclusiones que contrarían la verdad histórica de que da cuenta la citada prueba”.

En desarrollo del cargo, después de transcribir lo que este testigo manifestó en declaración rendida los días 10 y 11 de julio de 1997 sobre la forma como al interior de la

entidad opera el otorgamiento y desembolso de créditos de la línea FINAGRO y el trámite relativo a operaciones que comportan la existencia de notas débito, el censor sostiene que la participación de su representando fue mínima en torno a la aprobación del crédito a favor de BERROCAL CANABAL y la disposición posterior que del dinero se hizo para cubrir la obligación del padre de éste.

Lo anterior, en la medida que de esta declaración se establece que la aprobación del crédito provino de la Gerencia Regional del Banco Ganadero, donde existía un especial interés por la contabilización inmediata del mismo, y que la nota débito tuvo su origen y se tramitó en la sucursal Montería a cargo de HECTOR FRASSER BARÓN.

Advierte el demandante, sin pretender la prevalencia de un determinado criterio interpretativo-valorativo, que las restantes pruebas corroboran lo afirmado por el testigo; así la inspección judicial practicada el 11 de febrero de 1997 en las oficinas de la sucursal Zona Comercial; la comunicación suscrita por el Gerente de la Sucursal Montería de 27 de octubre de 1995; y los documentos relativos al crédito otorgado.

Es evidente para el demandante que al incurrir en el error aludido, el Tribunal desconoció que a partir de la declaración del testigo se encuentra acreditado, además de lo anterior, que la gerencia de la sucursal Montería a cargo de FRASSER BARÓN dispuso de los dineros del señor BERROCAL CANABAL sin la intervención de su representado y que éste, por tanto, no realizó acto en esa dirección pues “su intervención si bien fue necesaria para uno que otro trámite del crédito, no se encuentra presente en nada de lo que tiene que ver con el débito realizado a la cuenta del señor LUIS MIGUEL BERROCAL CANABAL y la posterior cancelación con esos dineros, de la obligación insoluta que en la Sucursal Montería presentaba el señor MIGUEL ROSENDO BERROCAL CABRALES”.

De no haber ignorado el Juzgador esa prueba, agrega, su determinación en punto de la

autoría prevista en el artículo 23 del código penal habría sido otra, en el entendido de que GIRALDO MONTERROZA no participó voluntariamente en la comisión del ilícito cuya comisión fue dirigida, premeditada y desarrollada por el Vicepresidente Regional y la Gerencia de la Sucursal Montería, aparte de concluir que las versiones de éstos no resultan dignas de crédito.

2.1.2. Falso juicio de existencia “respecto de la prueba que tiene que ver con la Superintendencia Bancaria”.

Para el casacionista el Tribunal apreció equivocadamente dicha prueba al señalar a folios 20 y 21 de la sentencia, con fundamento en oficios emitidos por esa entidad el 12 de diciembre de 1996 y 23 de mayo de 1997 (fls., 298 y 140 de los cuadernos originales 1 y 2, respectivamente), que era tan cierto que la conducta sólo resultaba posible con el concurso de los dos gerentes FRASEER y GIRALDO MONTERROZA que en el expediente reposaba comunicación de la Superintendencia en el sentido de que éstos fueron “objetos de cargos por su mal proceder”.

En ese sentido afirma que el juez colegiado no tuvo en cuenta lo afirmado por la Superintendencia en el punto 6º del segundo oficio, en el sentido de no haber encontrado que el Banco Ganadero hubiera incurrido en contravención a título institucional de alguna norma de carácter administrativo o financiero. Y si bien a renglón seguido adujo que “ha procedido a estudiar la responsabilidad que pueden tener los funcionarios implicados en la transacción comercial, vale decir los gerentes de las Sucursales Zona Comercial y Montería con el objeto de tomar las medidas administrativas que procedan”, en sentir del censor era necesario conocer cómo había terminado dicho trámite administrativo y no suponer la conclusión a la que arribó el Tribunal.

Lo anterior con mayor razón si, como se establece del oficio 96019466 40 de octubre 15 de 1997 suscrito por el Intendente de Bancos de la mencionada Superintendencia

(fl. 3, tercer cuaderno), ésta hizo conocer a la Fiscalía que el conflicto presentado debía ser dirimido por la justicia ordinaria, tal como se informó al propio ofendido.

De allí concluye el censor que el “pliego de cargos” de que habla el Tribunal “no pasó de ser tal y por el contrario, la actuación administrativa no terminó con ninguna deducción de responsabilidad en torno a la conducta del señor MANUEL FRANCISCO GIRALDO MONTERROZA”.

Al incurrir en el error de excluir esa prueba, el Tribunal, en opinión del libelista, arribó a la conclusión de que su representado debía responder en su condición de coautor del delito de hurto agravado por la confianza.

Concluye el censor afirmando que en los dos casos denunciados se aplicó indebidamente el artículo 23 del anterior código penal, pues al no haberse demostrado que medió acuerdo entre los procesados para disponer del dinero debió absolverse a su representado.

Con base en lo anterior, solicita a la Corte que case la sentencia del Tribunal y en su lugar profiera la absolutoria de reemplazo.

2.2. Segundo cargo, subsidiario, violación directa de la ley sustancial.

Acusa el censor la violación de los artículos 241 del código penal derogado, 247 y 445 del estatuto procesal anterior (7º y 232, inciso 2º, de la ley 600 de 2000).

A partir del argumento expuesto por el Tribunal en el punto 5º de la parte considerativa, el defensor afirma que la descalificación de la conducta de los dos gerentes, incluido MANUEL FRANCISCO GIRALDO MONTERROZA, se basa en una interpretación errada del artículo 241 del anterior código penal (aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado), cuando ajusta su actuación a este comportamiento delictivo

para desestimar sus versiones exculpatorias.

Con fundamento en ello el actor predica la violación directa de la ley sustancial, al sostener que el error se hace evidente acudiendo únicamente al contenido literal de la norma, en punto de la expresión “finalmente”, para dar a entender con ello que por estar ausente la misma en el comportamiento de los implicados el delito no tuvo ocurrencia.

Al respecto recuerda que esta expresión –excluida del actual artículo 311- fue introducida por el decreto 172 de 1980 y que doctrinaria y jurisprudencialmente se llegó a considerar que el beneficiario del crédito podía disponer de los recursos como quisiera siempre y cuando, finalmente –esto es al vencimiento del máximo plazo concedido- los destinara al objeto predeterminado.

El Tribunal incurrió entonces en su sentir en el error de creer que la conducta de su defendido fue a tal punto reprochable que facilitó la comisión de este otro delito, con lo cual lo que finalmente hizo fue negar credibilidad a su dicho, sostiene.

Siendo inocultable que existe contradicción en la versión de FRASSER y GIRALDO, y que resulta imposible descartar el dicho de éste con el argumento del Tribunal sobre la comisión de aquella ilicitud, surge para el libelista “como efecto adicional de la aplicación indebida de la citada norma” el que equivocadamente se haya considerado en la sentencia la existencia de certeza sobre el hecho punible y la responsabilidad del acusando, cuando lo procedente, de no haber errado al respecto, hubiera sido que se diera aplicación al artículo 445 del anterior estatuto procesal, actual 7º de la ley 600 de 2000.

Con soporte en lo expuesto, el defensor solicita a la Corte casar el fallo impugnado y en su lugar proferir sentencia absolutoria de reemplazo.

ALEGATO DE LOS NO RECURRENTES

1. Tercero civilmente responsable.

Al mostrar su inconformidad con la demanda presentada por el apoderado de la parte civil, el representante del tercero civilmente responsable considera que el demandante no logra acreditar la capacidad del error que denuncia para modificar la decisión que gira en torno a la indemnización de perjuicios.

En ese sentido considera importante analizar si el último de los peritazgos emitidos tiene la virtualidad de convertirse en el fundamento de la sentencia en cuanto a los perjuicios. Para responder a ello acude a los artículos 238 y 257 del código de procedimiento penal, anotando que el solo hecho de la existencia del dictamen no determina su mérito probatorio.

Tras recordar que el juzgado declaró fundadas las objeciones por error grave formuladas por él y los defensores de los procesados contra el primer avalúo y su complementario, precisa que lo anterior significa que el contenido de tales dictámenes no podía ser tenido en cuenta por “desconocer en grado sumo no sólo lo probado dentro del proceso sino las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual en cuanto a la indemnización de perjuicios se refiere”.

No obstante -continúa afirmando- los nuevos peritos designados incurrieron en similares, sino iguales, yerros que los anteriores, “errores tales como incluir como objeto de valoración: los daños causados con ocasión de las medidas cautelares decretadas en procesos civiles debidamente tramitados y en general las consecuencias propias de la tramitación de acciones civiles ajenas al proceso penal que se adelantaba; la diferencia entre el precio de adquisición de la finca Altamira y el contenido en la promesa de venta aparentemente celebrada; la liquidación de un lucro cesante por la producción ganadera de la Finca Pasolento, cuando respecto de la misma y al realizar la diligencia de secuestro

de semovientes no se encontró ninguno y afirmó su administrador que el que se encontraba pastando era del 'Nergro Ariza', determinó que se solicitara la aclaración del dictamen con el fin de constatar lo evidente, esto es, que los peritos obviaron tener en cuenta que tras el trámite de objeción muchos de los concretos incluidos en su valoración habían sido excluidos por el señor juez de la posibilidad de ser tenidos como tal".

Al respecto advierte incluso que los mismos peritos, en la aclaración al nuevo dictamen, pretendieron pasar por alto las objeciones formuladas, incorporando conceptos del primero.

Arriba igualmente a una segunda conclusión en torno al cargo propuesto por el apoderado de la parte civil, para lo cual se apoya en lo dispuesto en el artículo 257 del estatuto procesal penal. Al efecto señala que, aún sin la existencia del error que atribuye el censor al Tribunal, la sentencia no podría ser variada, pues acorde con los criterios de apreciación del dictamen pericial, éste no puede constituir fundamento de la sentencia en cuanto a la indemnización de perjuicios.

Así, en cuanto a la idoneidad de los peritos señala, que no obstante la calidad exigida (peritos contables), nada se verificó al respecto, si se toma en cuenta que los designados fueron una abogada y un ingeniero agrónomo. A resaltar su incompetencia e inidoneidad contribuye, en sentir de este sujeto procesal, el interrogatorio a que fueron sometidos en la audiencia de juzgamiento, donde hicieron gala de su escaso conocimiento del proceso y de la materia sometida a su consideración. En este sentido se remite a las constancias dejadas por él en el debate oral, retomando el análisis de lo que considera "respuestas evasivas, imprecisas, inexactas y que no correspondían a lo que se estaba preguntando, llegando incluso al extremo indebido de formular juicios de valor y de responsabilidad respecto de actuaciones objeto de juzgamiento para evadir las respuestas que debían suministrar".

En lo tocante con la supuesta transgresión del artículo 56 del código de procedimiento penal a que alude el demandante, afirma el representante del Banco que, si bien el Tribunal no procedió a liquidar en concreto los perjuicios, en este caso no estaba obligado a ello pues el citado precepto condiciona ello a que se encuentre demostrada la existencia de los perjuicios, lo cual no sucede en este caso, en tanto lo pretendido por el apoderado de la parte civil es que se tengan como tales “una serie de hechos y circunstancias que...o bien no guardaban relación directa con los hechos objeto del proceso o bien no eran ciertos sino eventuales”.

Bajo tales supuestos considera que en el proceso no obra prueba demostrativa de los perjuicios, y no simplemente la relativa a su liquidación, por lo que en su sentir no resulta exigible que el Tribunal haya procedido a su liquidación, máxime cuando el único fundamento del censor se basa en el dictamen emitido, siendo imposible que acudiera a otras pruebas que no obran en el expediente.

En la parte final del escrito se refiere a los efectos de la conclusión a la que arribó el juzgador ad quem respecto a la posibilidad de que se acuda a la jurisdicción ordinaria a reclamar la indemnización, para mostrar su conformidad con esta decisión, en el entendido que dicha postura encuentra apoyo en pronunciamiento de la Corte de abril 18 de 2002.

Al considerar que no es procedente la condena en perjuicios, por no haber sido demostrados, solicita a la Corte que desestime la pretensión del apoderado de la parte civil y, por tanto, no case la sentencia impugnada.

2. Apoderado de la parte civil.

El representante de la parte civil presentó alegato adicional dentro del término concedido a los no recurrentes, creyéndose legitimado para hacerlo para oponerse a los razonamientos del defensor del sentenciado y pedir a la Corte que rechace la demanda

presentada a su nombre por defectos de técnica.

Por lo que se dirá en las consideraciones, la Sala no se referirá al contenido de este nuevo alegato.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal comienza por aclarar que no obstante justificar el apoderado de la parte civil la presentación de un alegato complementario dentro del término de los no recurrentes, carecía de facultad para ello, razón por la cual no lo tendrá en cuenta.

En ese sentido sostiene que el artículo 211 del código de procedimiento penal no hace distingo alguno cuando se refiere al traslado que se concede a los “no demandantes”, de modo que quien ha presentado la demanda no puede ostentar esa condición para allegar otro escrito que conllevaría a conceder una oportunidad de discusión adicional que feneció cuando el sujeto procesal recurrente presentó la demanda. En apoyo transcribe apartes del pronunciamiento de esta Sala de 22 de mayo de 2003.

2. Previo a emitir su concepto considera que, no obstante el orden en que fueron presentadas las demandas, resulta necesario analizar en forma prioritaria la del defensor, por cuanto persigue la absolución del procesado, mientras que la propuesta por el apoderado de la parte civil pretende la indemnización por los daños y perjuicios que tiene como presupuesto la condena punitiva.

3. Demanda presentada por el defensor de Manuel Francisco Giraldo Monterroza.

3.1. Primer cargo.

El Delegado respondió de la siguiente manera:

3.1.1. En cuanto tiene que ver con la declaración de Rafael Enrique Rodríguez Álvarez, el censor llega a la inferencia de su omisión sin tener en cuenta que en lo tocante con la responsabilidad de su prohijado las sentencias de primera y segunda instancia conforman una unidad jurídica inescindible.

Es así como en el fallo de primer grado el juzgador tuvo en cuenta esta declaración, precisamente para inferir lo contrario que alega el censor, en el sentido de que el procesado sí tenía conocimiento del delito y, por ende, no podía afirmar que la conducta se llevó a cabo sin su participación (pag. 25).

En tales condiciones considera que no es verdad que se haya omitido esta declaración y, por lo mismo, la propuesta se reduce en el fondo a una discusión sobre el mérito particular de la prueba, lo cual no tiene cabida en casación.

Al margen de lo anterior, objetivamente apreciado ese testimonio, antes que favorecer al procesado Monterroza lo perjudica, por cuanto contraría sus descargos vertidos en indagatoria, pues fue enfático en sostener que la operación realizada no era normal y por ello el cuidado en su ejecución era extremo, al punto que para su efectividad debían tener conocimiento los dos gerentes, de modo que no se podía llevar a cabo sin la anuencia de los dos (fl. 191, c.o 2). El yerro invocado, entonces, no se concreta.

3.1.2. Es cierto, como lo indica el libelista, que al fin de estructurar responsabilidad en contra del procesado y colegir que hubo necesariamente un acuerdo entre los dos gerentes involucrados en la transacción, para el Tribunal pesó el hecho de que en su contra se hubiera proferido pliego de cargos en la investigación adelantada por la Superintendencia Bancaria y también que el sentenciador omitió valorar el oficio posterior de esa misma entidad con radicado 96019466 38.

No obstante esa omisión, el error alegado no tiene la entidad de mutar la decisión

adoptada y a la postre resulta intrascendente, porque ese no fue el único fundamento de la condena, si se toma en cuenta que para inferir el acuerdo entre los dos gerentes y por consiguiente la responsabilidad de Giraldo Monterroza a título de coautor se tuvo en cuenta multiplicidad de medios de prueba.

De manera sorprendente el defensor desconoce esa realidad y se limita a controvertir exclusivamente la existencia del segundo oficio, en el cual la Superintendencia reitera que no siguió con la actuación en su contra. Así las cosas, su esfuerzo se torna insuficiente, pues no derruye la totalidad de los soportes probatorios de la decisión.

A lo anterior se agrega que el fundamento de la responsabilidad es de naturaleza indiciaria, lo cual exige el ataque en casación mediante técnica propia, que el actor no acata en el reproche.

El cargo, entonces, no está llamado a prosperar.

3.2. Segundo cargo.

Varios reparos merece el planteamiento del casacionista.

En cuanto a técnica, si bien señala las normas transgredidas, la única de carácter sustancial es el artículo 241 del anterior código penal y sus modificaciones posteriores, con lo cual concentra su atención en desarrollar una interpretación equivocada de un tipo penal que si bien fue analizado con un contenido preciso en el fallo de segundo grado, no corresponde al delito por el cual se condenó a su defendido.

No se entiende cómo, entonces, ello puede incidir en el sentido del fallo, fallando de esta manera por insuficiencia en la construcción de la proposición jurídica completa.

De otra parte, el contenido preciso que hizo el Tribunal de esa norma fue para deducir que los gerentes actuaron de común acuerdo y que por ello debían responder como coautores, aunque para llegar a esa conclusión éste no fue el único argumento expuesto en las dos sentencias, de allí que la censura se torne insuficiente.

Aunado a lo anterior, la discusión que plantea es absolutamente intrascendente, pues si se tiene conocimiento que el crédito no va a ser destinado al objeto específico para el que fue concebido, poco importa el momento en que se lleve a cabo su disposición; poca incidencia tiene la inclusión del término “finalmente” en el precepto anteriormente vigente, porque el propósito de los sujetos activos fue siempre el de utilizarlo para cancelar una obligación que había contraído una persona distinta a la favorecida con el crédito, sin la voluntad de ésta.

El cargo no prospera.

4. Demanda presentada por el apoderado de la parte civil.

4.1. En cuanto a la cuestión previa planteada por el casacionista, comparte el criterio según el cual se aplican las causales del procedimiento civil y la cuantía allí prevista cuando la inconformidad, tal como lo precisa en forma taxativa la norma, verse sobre los perjuicios “decretados” en la sentencia. No obstante, cuando no se decretan, como ocurrió en este caso, las normas que deben regular la propuesta son las penales y no las civiles.

De cualquier manera, agrega el delegado, este aspecto no tiene repercusión fundamental frente al escrito de demanda, en tanto el motivo de impugnación está fincado en la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, cuya naturaleza es afín en las dos legislaciones; y tampoco tendría incidencia frente al factor cuantía, dados los perjuicios millonarios que se han solicitado.

Siendo indiferente, por no comportar ningún vicio, que el actor haya optado por las normas civiles, procede a emitir su concepto en los siguientes términos:

4.2. El censor se plega a los requisitos técnicos de la causal seleccionada y acierta cuando, no obstante que el Tribunal hace referencia a un error de trámite del incidente, ubica los efectos prácticos de ese yerro en desconocer valor a la prueba pericial vertida en el proceso, para así omitir una condena en concreto por los perjuicios, con lo cual enfila correctamente contra la apreciación de esa prueba.

Siendo incorrecta la solución que el ad quem adoptó en este caso al referirse a la nulidad de los dictámenes periciales, resulta acertado el planteamiento del libelista cuando, partiendo de que no es cierto que los peritazgos se produjeron ilegalmente, aduce la configuración de un error de derecho por falso juicio de legalidad, en la medida que se descartó la prueba por ilegal cuando en realidad no lo era.

De acuerdo con ello, el casacionista acierta en la selección de la causal y en la escogencia del error de apreciación probatoria por el cual enfila su inconformidad.

4.3. El aspecto principal de la controversia planteada por el censor radica en establecer si efectivamente en el trámite de objeción del dictamen se incurrió o no en una irregularidad.

Si de ello se trata, no se necesitan de extensas disertaciones para poder concluir que asiste razón al demandante, en tanto el trámite de objeciones al dictamen se surtió a cabalidad, no se incurrió en ningún error, y por ende no se podía argüir ese motivo para minar crédito probatorio a las pruebas periciales practicadas en torno al monto de los perjuicios.

A esa conclusión se arriba, en primer lugar, porque el artículo 271 del decreto 2700 de 1991 no exige que los sujetos procesales interesados en promover la objeción aporten pruebas al escrito presentado. Lo que es imperativo es que “deben” precisar

el error, obligación que no puede hacerse extensiva, como lo entendió erradamente el Tribunal, a que, inexorablemente, debe existir una solicitud probatoria.

Esa equivocación obedece a una extensión incorrecta e inapropiada de la acepción “deben” a la segunda parte de la oración. No es necesario, entonces, que se soliciten nuevas pruebas, pues puede bastar con las existentes o con la simple presentación de argumentos, lo cual es potestativo del sujeto promotor de la objeción. En apoyo se cita pronunciamiento de la Corte de 23 de mayo de 2000.

En segundo lugar, porque el funcionario que resuelve el incidente tampoco está compelido a ordenar la práctica de pruebas con miras a establecer la viabilidad de la objeción, pues para ello puede partir de las ya existentes en el proceso o inclinarse por los argumentos consignados por el sujeto que propone la objeción en caso de considerar, en uno u otro evento, que reúne la suficiente evidencia para declararla fundada.

Lo anterior sin perjuicio de la discrecionalidad que tiene el funcionario de ordenar un nuevo dictamen como único medio para dirimir la objeción planteada, de conformidad con el inciso 2º del mismo artículo. Igual puede suceder que considere inconveniente la práctica de ese nuevo dictamen, por lo que si opta por declarar fundada la objeción debe ordenar nueva pericia de acuerdo con el inciso 3º.

De allí que en el trámite incidental de objeción del dictamen rendido inicialmente no se incurrió en irregularidad, por lo que la deducción que hizo el tribunal resulta equivocada y, por ende, el motivo que expuso para restarle valor probatorio.

El vicio en que incurrió el Tribunal es trascendente, como que el reconocimiento de perjuicios en el fallo de primer grado se hizo con base en el segundo experticio y para no tasarlos el sentenciador de segunda instancia, a pesar de estar obligado a ello, optó por dejar todos los dictámenes sin validez, lo que además enervó la posibilidad para que en el proceso penal se hiciera la correspondiente reparación económica, postergando

injustificadamente esa determinación a un proceso civil.

Por todo ello resulta necesario casar el fallo en virtud del error de apreciación probatoria que invoca el censor, para concluir en el convencimiento de que no es necesario el aporte de nuevas pruebas para fallar el incidente de objeciones, encontrando en este punto interesante el parangón que el casacionista hace frente a este mismo trámite en materia civil en los términos del artículo 137 del C. de P.C.

4.4. El Tribunal no sólo dedujo erradamente unos efectos incompatibles con la supuesta irregularidad que se presentó en el trámite de objeción al decretar la nulidad de los dictámenes, sino que en forma desconcertante revocó la condena en perjuicios, cuando los actos, aún aceptando que fueran irregulares, cumplieron con la finalidad prevista de acuerdo con el principio de la instrumentalidad de las formas (art. 310.1 del estatuto procesal penal, anterior 308.1)

Si el propósito de las objeciones al primer dictamen era demostrar el error en el que se había incurrido y finalmente el funcionario judicial las encontró fundadas sin la necesidad de recaudar nuevas pruebas, ninguna razón tendría la declaratoria de nulidad, porque el acto cumplió con la finalidad para la cual estaba previsto, que no era otro que demostrar un error grave que finalmente fue reconocido.

Con fundamento en lo anterior, solicita a la Corte que como consecuencia de casar parcialmente la sentencia, condene en forma solidaria al procesado y al tercero civilmente responsable por los perjuicios ocasionados.

Que se causaron perjuicios en este caso, no cabe duda, siendo éste un aspecto que ni siquiera fue rebatido por el Tribunal y sin embargo se sustrajo a la obligación legal prevista en los artículos 56 y 170 ejusdem.

4.5. De optarse por cuantificar los perjuicios, no puede tenerse en cuenta el primer

dictamen por haber prosperado en su contra la objeción, sino el segundo emitido por el Agrónomo Emiro E. Martínez Suárez y la Abogada Mary Moreno Lozano, el cual debe ser objeto de valoración en los términos del artículo 257 -anterior 273- si la Corte decide casar el fallo en lo pertinente.

En lo tocante a la idoneidad de los peritos, no se comparte el criterio del tercero civilmente responsable, pues el juez atinó en la selección si se toma en cuenta que la controversia gira en torno a aspectos relacionados con la actividad ganadera y la pérdida productiva de inmuebles destinados a esa labor, para lo cual nada mejor que un agrónomo, y también al costo de los procesos judiciales que se instauraron contra la víctima, cuyo estimativo está al alcance de un abogado.

El reparo que se hace, empero, radica en punto a la fundamentación técnico-científica del dictamen, por cuanto, de una parte, varios de los factores que sirvieron de base para la estimación no guardan relación de causalidad con el supuesto fáctico y, de otra, algunos conceptos por daños materiales no están debidamente demostrados como lo exige el artículo 97 ejusdem.

En ese sentido, el Delegado se detiene a analizar aquellos factores que deben ser excluidos del quantum en torno al lucro cesante y daño emergente declarados por los peritos, indicando al tiempo que respecto de los perjuicios morales llama la atención que los peritos los hayan establecido cuando es labor que atañe exclusivamente al juez como lo señaló la Corte en fallo de 27 de mayo de 1996, máxime cuando se trata de una conducta contra el patrimonio económico que sólo por excepción admite su producción, como también precisó la Corte el 16 de noviembre de 1993.

En la parte final, el delegado se dedica a dar respuesta a los argumentos del tercero civilmente responsable en punto a la no demostración de la trascendencia del vicio atribuido al Tribunal y a la repercusión frente al fallo, indicando que el caso analizado por

la Corte en fallo de 18 de abril de 2002 no corresponden a los supuestos que aquí se analizan, donde el perjuicio es evidente.

Como colorario de lo anterior, el Delegado pide a la Sala casar parcialmente el fallo de acuerdo con el único reproche propuesto por el apoderado de la parte civil, en el sentido de condenar al pago en concreto de los perjuicios a favor del ofendido conforme al segundo dictamen, aunque no acogiéndolo en su integridad como lo dejó planteado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestiones previas.

1.1. Por razón del orden lógico que rige en casación, al igual que lo hizo la Delegada en su concepto, comenzará la respuesta a las demandas por el análisis de las censuras postuladas por el defensor, pues carecería de sentido proveer sobre la indemnización de perjuicios, que es la pretensión última del apoderado de la parte civil, ante una eventual declaración de inocencia a consecuencia de la prosperidad de aquéllas.

1.2. De todas maneras, resulta conveniente advertir que la Sala no se referirá al alegato presentado por el apoderado de la parte civil dentro del término de traslado para los no recurrentes, pues siendo éste demandante y habiendo presentado en oportunidad el correspondiente libelo, carecía de la facultad de presentar el nuevo escrito, así sea en respuesta a los argumentos del otro recurrente.

La Corte ha sostenido de manera insistente que el traslado a los sujetos procesales no recurrentes para alegar en casación, tiene por objeto que quienes guardaron silencio puedan expresar su inconformidad o conformidad con la demanda, mediante argumentaciones de oposición o coadyuvancia a las pretensiones del casacionista.

El artículo 211 del estatuto procesal penal, no hace ninguna distinción para referirse a los no demandantes, de modo que bajo ningún pretexto es posible que quien impugnó la sentencia y presentó dentro de los términos la respectiva demanda de casación, se abrogue la calidad contraria con la posibilidad de intervenir adicionalmente, creando de esta manera una situación de desequilibrio que Sala no puede patrocinar.

2. Demanda propuesta a nombre de Manuel Francisco Giraldo Monterroza.

2.1. Primer cargo: falso juicio de existencia.

2.1.1. Falso juicio de existencia por omisión que recayó sobre el testimonio de RAFAEL ENRIQUE RODRÍGUEZ ALVAREZ.

El demandante alega que el Tribunal omitió valorar el testimonio de RODRÍGUEZ ALVAREZ, del cual en su sentir se establece que las operaciones de crédito y débito fueron obra de otros funcionarios del Banco Ganadero, sin mediar la intervención de su defendido GIRALDO MONTERROZA.

En la sentencia de segundo grado no se alude a este testimonio, y si bien el juzgador de primer grado lo relacionó en el acápite de “PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO” (pag. 9), no es cierto que la haya valorado como equivocadamente lo plantea la Delegada.

La transcripción que hace el representante del Ministerio Público en su concepto corresponde a la estimación que el Juez 4º Penal del Circuito hizo de la declaración de NESTOR ANTONIO ARROYO ORTEGA, con el fin de demostrar que el procesado tenía conocimiento de la operación de débito realizada en la cuenta del afectado.

Dijo expresamente el a-quo sobre dicha prueba:

“...Para confirmar que previamente el gerente debía tener conocimiento de esa

operación se trajo el testimonio de NESTOR ANTONIO ARROYO ORTEGA, quien laboró en el Banco Ganadero de la Zona Comercial en el cargo de cuenta corrientes (sic), éste informa de los continuos reclamos que le hacía el señor LUIS MIGUEL BERROCAL, al Gerente MANUEL GIRALDO MONTERROZA y al señor RAFAEL RODRÍGUEZ, Jefe de Cartera, el reclamo consistía en que le habían trasladado ese dinero a la Sucursal Montería, eso indica que el procesado tenía conocimiento de la situación y no puede alegar o sostener ahora que...todo se hizo a sus espaldas...".

De allí se establece que en ninguno de los dos fallos -que en realidad conforman una unidad jurídica inescindible en punto de la responsabilidad- se estimó este testimonio, pues del aparte transcrito lo que se deduce simplemente es que el deponente ARROYO ORTEGA aludió a reclamos que hiciera el ofendido tanto al procesado GIRALDO MONTERROZA como al Jefe de Cartera RAFAEL RODRÍGUEZ, distinto a que se valorara probatoriamente el testimonio de éste último.

No obstante que en la sentencia se omitió considerar este testimonio, como se sostiene en la demanda, el censor no logra acreditar la trascendencia del yerro, expresando con claridad cuál debía ser la correcta inferencia de la prueba y su incidencia frente a los demás medios aportados, para de un examen en conjunto acreditar que su enmienda da lugar a un fallo esencialmente diverso y opuesto al censurado.

Si se analiza objetivamente el testimonio de RAFAEL ENRIQUE RODRÍGUEZ ALVAREZ rendido los días 10 y 11 de julio de 1997, del mismo no se establece que el procesado GIRALDO MONTERROZA, como insinúa el censor, no haya participado en el trámite de la operación que dio lugar a este proceso.

Al declarante no le consta nada sobre la disponibilidad del dinero a través de la nota débito, pues de ello supo cuando el cliente reclamó al respecto (fl. 190), y únicamente se refiere al trámite que ordinariamente debía observarse cuando el titular de la cuenta

autoriza el desembolso, si se toma en cuenta que “no eran normales las autorizaciones verbales”(fl. 190, c.o. 2), caso en el cual según sus propias palabras “el cliente debe autorizar la operación al gerente donde él tiene la cuenta, la nota débito en este caso la haría la zona comercial, se trasladaría a la sucursal de aquí, esa autorización debe ser escrita o como se dijo anteriormente firmar la nota débito. Al inverso el procedimiento se puede hacer siempre y cuando el cliente autorice ese traslado y de esto deben tener conocimiento tanto el gerente de origen como el gerente de destino, la autorización o puede ser por carta o firmando la nota débito en la parte de atrás, del resto no se puede hacer un procedimiento de estos” (fl. 191, negrillas fuera de texto).

En todo caso, lo que el declarante deja entrever es que el traslado de dinero a través de una nota débito de una sucursal a otra no puede hacerse efectivo sin el conocimiento de los gerentes de las mismas, que fue a la conclusión a la que arribaron los sentenciadores de instancia como resultado de la construcción indiciaria realizada a partir de una multiplicidad de medios probatorios.

De ahí que el falso juicio de existencia por omisión aducido al respecto no tenga incidencia negativa en el fallo, ya que el testigo no afirma, y ni siquiera sugiere, que el procesado sea ajeno a la operación realizada sobre la cuenta de LUIS MIGUEL BERROCAL. Por el contrario, en atención al trámite establecido por la entidad bancaria, deja en claro que el traslado de dinero en aplicación de notas débito no podía ser ajeno a los gerentes de las sucursales involucradas, con lo cual su atestación, en lugar de desvirtuarla, viene a robustecer la conclusión probatoria a la que se arribó en la sentencia.

Por esta razón, el reproche no está llamado a prosperar.

2.1.2. Falso juicio de existencia por omisión que recayó sobre “la prueba que tiene que ver con la Superintendencia Bancaria”.

Si bien el libelista no dice expresamente cuál prueba documental fue omitida por el Tribunal, de la demanda se perfila que la censura tiene que ver básicamente con el oficio 96019466 40 de octubre 15 de 1997 suscrito por el Intendente de Bancos de la mencionada Superintendencia (fl. 3, tercer cuaderno), donde se hace conocer a la Fiscalía que el conflicto presentado debía ser dirimido por la justicia ordinaria, tal como la entidad le había informado al propio ofendido.

Como se recordará el Tribunal, con fundamento en los oficios emitidos por esa entidad el 12 de diciembre de 1996 y 23 de mayo de 1997 (fls., 298 y 140 de los cuadernos originales 1 y 2, respectivamente), expresó que era tan cierto que la conducta sólo resultaba posible con el concurso de los dos gerentes FRASSER y GIRALDO MONTERROZA que en el expediente reposaba comunicación de la Superintendencia en el sentido de que éstos fueron “objetos de cargos por su mal proceder”.

En ese sentido, como bien se afirma por la Delegada, a fin de colegir que hubo acuerdo entre los dos gerentes involucrados en la transacción y estructurar la responsabilidad en contra del procesado, para el Tribunal pesó el hecho de que en su contra la Superintendencia hubiera proferido pliego de cargos.

No obstante que esa fue la consideración del ad quem, es lo cierto que, como afirma el censor, no tuvo en cuenta lo afirmado por la misma entidad el 15 de octubre de ese mismo año en oficio 96019466 40, en el sentido de que en manos de la justicia ordinaria deja la decisión que corresponda por el traslado “de los dineros supuestamente sin ‘orden verbal’ por parte del señor Berrocal, a los señores Héctor Frasser Varón, Gerente de la Sucursal Montería, y Manuel Francisco Giraldo Monterroza, Gerente de la Sucursal Zona Comercial” (fl. 7 c.o. 3), declarándose incompetente para ello.

De esta comunicación parece establecerse que la Superintendencia Bancaria no adoptó ninguna determinación respecto de los dos gerentes, por lo cual el Tribunal no podía

apoyar su apreciación en que ambos fueron objeto de cargos por su mal proceder.

Pese a ello, tal como se advirtió respecto del cargo precedente, el actor no logra acreditar la trascendencia del yerro, porque ese no fue el único o principal fundamento que sirvió a los sentenciadores de instancia para inferir que los dos gerentes acordaron disponer del crédito otorgado al denunciante para cancelar una deuda de su padre.

Bien advierte el representante del Ministerio Público que tratándose de un vicio que se soporta en la apreciación probatoria, es deber del casacionista derruir todos los medios de prueba en que se basa el fallo y no sólo uno en especial, pues en este caso su esfuerzo se tornará insuficiente para lograr su pretensión.

No obstante que el Tribunal consideró que la Superintendencia profirió pliego de cargos en contra de los dos gerentes, cuando no resulta cierta la existencia de este acto administrativo, ello no tiene la importancia que le otorga el demandante. Esa afirmación no desvirtúa la conclusión a la que arribó el ad quem de que el traslado del dinero producto del préstamo otorgado a BERROCAL CANABAL a las arcas de la sucursal Montería del Banco Ganadero para cancelar la obligación insoluta adquirida por su padre “solo resultaba posible con el concurso de los dos gerentes...: el de la Sucursal y el de la Zona Comercial”.

Al respecto dígase que fueron múltiples las pruebas que condujeron a esa conclusión, a la cual se llegó también a partir de las contradicciones en que incurrieron los dos procesados al tratar de justificar su conducta.

En efecto, el juzgador de primer grado, pese a reconocer la existencia de contradicciones en los dichos de los procesados, consideró que GIRALDO MONTERROZA tuvo conocimiento porque de la sucursal Montería a cargo de HÉCTOR FRASSER le fue remitida la liquidación de la obligación insoluta a cargo de MIGUEL BERROCAL CABRALES junto con la comunicación de su gerente, con nota de recibo de 27 de

octubre de 1995, por lo cual para la fecha que se llevó a cabo el ilegal traslado tenía que estar enterado de la situación y no podía alegar que la operación se hizo a sus espaldas.

Tras advertir la rapidez con que actuaron los representantes del Banco involucrados, al punto que el mismo día en que fue desembolsado el préstamo se desistió de la acción civil que se adelantaba contra el padre del afectado y de reconocer que la iniciativa de recuperar la obligación se generó en la sucursal a cargo de HÉCTOR FRASSER, el juzgador sostiene que necesariamente debió contarse con el consentimiento del Gerente de la otra sucursal MANUEL FRANCISCO GIRALDO MONTERROZA; “si no hubiera existido aprobación de su parte, la transacción no se realiza, pues si dentro de sus funciones era (sic) la de hacer revisiones diarias de todas las operaciones, ese mismo día si no lo sabía, le correspondía rechazar la nota débito teniendo en cuenta la clase de crédito, del cual si estaba bien enterado...”.

Agrega incluso que de no haber existido el acuerdo no se podía saber siquiera la fecha en que se iba a contabilizar el crédito, por lo cual GIRALDO MONTERROZA debía estar enterado para enviar la nota débito en el preciso momento del desembolso y así trasladar el dinero para cubrir la obligación de BERROCAL CABRALES.

Para robustecer el planteamiento, el Juez 4º penal del Circuito de Montería tuvo en cuenta los dichos de personas que desempeñaban actividades similares en el banco y la declaración del nuevo gerente de la sucursal (pag. 24). De la misma manera los testimonios de NESTOR ANTONIO ARROYO ORTEGA, JAIRO ELIAS SOTOMAYOR ACOSTA y JOSE MARÍA MAROSO PONTIGGIA, en orden a inferir que el gerente debía estar al tanto de todo lo que afectaba a su sucursal.

El Tribunal, por su parte, dedujo el acuerdo entre los gerentes para la realización de la ilícita operación básicamente de prueba indiciaria, así de la clase de crédito otorgado -

línea FINAGRO-, aduciendo que ello impedía cargarlo a un destino diferente al específico y que los dos gerentes, más que ninguna otra persona, debían estar enterados de ello, por lo que aún en el hipotético caso que el beneficiario hubiera autorizado la ilegal transacción, MONTERROZA no estaba obligado a acatarla. Incluso, de haber autorizado éste a FRASSER el desembolso, la orden no lo obligaba, pues de proceder en contrario ello habría facilitado la comisión de la conducta punible prevista en el artículo 241 del anterior código penal (aplicación oficial de crédito oficialmente regulado) y de allí que no mereciera credibilidad la versión de los implicados “puesto que la experiencia, la ciencia y el sentido común, fungen como elementos desvalorizantes de sus dichos exculpatorios”.

También tuvo en cuenta la declaración de JAIRO SOTOMAYOR ACOSTA, gerente del Banco Santander (pags. 18 y 19).

Pese a que los sentenciadores de instancia valoraron dichos medios de prueba, en orden a señalar que los dos gerentes FRASSER y MONTERROZA acordaron la ilícita operación que afectó al titular de la cuenta corriente donde se depositó el crédito y, por ende, este último debía responder como coautor de la ilicitud endilgada en el pliego de cargos, el casacionista, como sucede en el anterior cargo, se limita a censurar la omisión del Tribunal en torno a la comunicación de la Superintendencia Bancaria, sin acreditar la incidencia del yerro frente a los restantes medios de prueba y la declaración de responsabilidad contenida en el fallo.

Por todo lo anterior, este reproche tampoco está llamado a prosperar.

2.2. Segundo cargo, subsidiario, violación directa de la ley sustancial.

Es evidente que la censura no se encuentra adecuadamente postulada y desarrollada,

como acertadamente lo señala el Procurador Delegado.

En efecto, el actor enfila en principio la censura por la violación directa de la ley sustancial, al sostener que el Tribunal interpretó erróneamente del artículo 241 del código penal anterior, modificado por el artículo 1º del decreto 172 de 1980.

Sin embargo, tras algunas consideraciones sobre el discurrir legislativo y doctrinario del precepto, termina trasladando el reproche a la “indebida aplicación de dicha norma” al sostener que el Tribunal incurrió en el error de afirmar que la conducta de su representado encuentra acomodo en la descripción típica del delito de aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado.

No se sabe con certeza cuál es el sentido de la violación, máxime cuando lo que finalmente hace el censor es adentrarse en los linderos de la apreciación probatoria al considerar también la vulneración de los artículos que tienen que ver con la presunción de inocencia (247 y 445 del estatuto procesal penal), cuya violación indirecta únicamente sería factible de considerar la presencia de errores de hecho en la apreciación probatoria.

Al margen de lo anterior, si el procesado no fue condenado por ese delito, lo que podría haber demandado es falta de aplicación, y no interpretación errónea ni aplicación indebida. Incluso, aún de resultar cierto lo que afirma, no se entiende cuál es la incidencia de la equivocación que el censor plantea sobre el punto.

Ese precepto fue analizado dentro de un contexto preciso en el fallo del Tribunal, esto es para deducir que conociendo los gerentes la afectación que existe sobre los créditos de la línea FINAGRO, en el hipotético caso de que el afectado hubiese autorizado a GIRALDO MONTERROZA que aplicara el crédito a la deuda insoluta de su padre, estarían facilitando la comisión de aquél delito.

Esta aseveración del Tribunal, innecesaria por lo demás, no agrega nada nuevo al debate, pues en orden a deducir que el procesado, de consuno con FRASSER, acordó y tuvo conocimiento de la ilícita transacción bancaria, resulta indiferente plantearse si cometió o no el ilícito que el precepto recoge, cual parece ser la inquietud del defensor.

Lo anterior en la medida que, se reitera, no fue esa la conducta por la cual fue condenado el procesado y lo único cierto es que la intención de los sujetos activos estuvo encaminada desde el principio a apoderarse del crédito otorgado con el fin de cancelar la obligación contraída por el padre del beneficiario, sin la anuencia de éste.

Lo anotado resulta suficiente para desestimar el planteamiento del impugnante, máxime cuando, como se señaló respecto de los restantes cargos, el censor se limita a atacar aquella hipótesis de la sentencia, sin redondear el cargo en punto de la totalidad de los fundamentos de la sentencia, con lo cual su réplica resulta insuficiente.

El cargo, por tanto, no está llamado a prosperar.

3. Demanda presentada por el apoderado de la parte civil.

3.1. Como antecedente necesario para la definición de la controversia que plantea el representante de la parte civil, conviene recordar que el Juzgado 4º Penal del Circuito de Montería, mediante sentencia de septiembre 11 de 2001, condenó solidariamente al procesado GIRALDO MONTERROZA y al BBV BANCO GANADERO S.A. al pago de la suma de \$6.492.759.371.40, por los perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito, a favor de LUIS MIGUEL BERROCAL CANABAL.

Para el efecto, el juzgador de primer grado tuvo en cuenta el dictamen rendido por los peritos MARY MORENO LOZANO, abogada adscrita al C.T.I.F., y EMIRO MARTÍNEZ SUÁREZ, Ingeniero Agrónomo de la seccional Córdoba del INCORA, no como prueba de las

objeciones sino a consecuencia de haber declarado fundadas las mismas.

El Tribunal consideró, por su parte, que el juzgado no podía resolver de plano la objeción al primer dictamen, pues de conformidad con el artículo 271 del anterior estatuto procesal y la doctrina sobre el tema, no bastaban las alegaciones de los sujetos procesales sino que era necesario además practicar pruebas, exigencia que fue soslayada en el trámite del incidente.

Con fundamento en ello declaró en la parte motiva, mas no en la resolutive, la nulidad de “todos los experticios dados en este proceso respecto a perjuicios así como de los autos que en punto a ello se dieron e igualmente de lo que respecto de tales autos se declaró en la sentencia apelada, toda vez que esa prueba, la pericial, por no haber llenado los requisitos del debido proceso a que ya nos referimos, tal prueba es ilegal y si así lo es, ella no sirve para fundar una condena en perjuicios pues el artículo 246 del Código de procedimiento penal de la época del juzgamiento señala....”.

Y como consecuencia revocó la condena en perjuicios emitida por el juzgado, no sin antes advertir que el ofendido podía acudir a la justicia ordinaria para reclamar la indemnización solicitada.

3.2. Frente a la forma como el juez colegiado solucionó el punto se alza en protesta el apoderado de la parte civil al acusar la sentencia al amparo de la causal primera del artículo 368 del código de procedimiento civil -con las modificaciones introducidas por el decreto 2282 de 1989-, en armonía con el artículo 208 del estatuto procesal penal -anterior 221-, por ser violatoria de una norma de derecho sustancial a consecuencia de un error de derecho por violación de una norma probatoria.

En ese sentido señala el actor que, contrario a lo sostenido por el ad quem, las objeciones por error grave se sujetaron con estricto rigor a las normas de linaje probatorio reguladoras de la prueba pericial y, por consiguiente, al revocar la condena

en perjuicios quebrantó aquellas de carácter sustancial e incurrió por ello en error de derecho por falso juicio de ilegalidad.

3.3. Como cuestión preliminar, antes de abordar el estudio de la censura, cabe recordar que por disposición expresa del anterior artículo 221 del código de procedimiento penal, actual 208, la Sala reitera su postura de que “si los motivos de agravio son referidos únicamente a los aspectos civiles considerados en la sentencia, lógicamente debe acudir a las causales de casación previstas en el artículo 368 del código de procedimiento civil, pues se trata de no introducir en el proceso penal matices que sus propias finalidades no exigen, máxime que el estatuto de la materia ya los tiene suficientemente reglados”¹.

En esa medida, si la controversia gira exclusivamente en torno a la negativa a determinar perjuicios a favor del ofendido, ello impone observar el contenido del citado precepto, el cual inexorablemente conduce a predicar que en tal evento el impugnante debe estarse a las causales y la cuantía establecida en las normas que regulan la casación civil.

Esta norma no hace distinciones de ninguna naturaleza, por lo que independientemente de que se decreten o no los perjuicios en la sentencia, cuando la demanda verse sobre la indemnización, como en este caso, el censor debe enfilarse por la legislación civil.

De todas maneras, como lo reconocen el casacionista y el Ministerio Público, en este caso ninguna incidencia tiene el punto. Con relación a la causal invocada –primera-, existe identidad en uno y otro procedimiento, y, por tanto, la circunstancia de invocar la legislación civil, si se dijera que su escogencia resulta incorrecta porque en la sentencia del Tribunal no se decretaron perjuicios, no impide el estudio de la demanda.

Y en lo que se refiere al factor cuantía, en consideración al monto de la indemnización

millonaria pretendida por la parte civil, que el juzgado de primera instancia reconoció, tampoco se presenta ningún problema.

3.4. La demanda postulada no merece ningún reparo desde el punto de vista de la técnica, pues se invocó y desarrolló correctamente la causal primera en el único cargo propuesto, cuyo tratamiento, como se dijo, es igual en ambos estatutos procesales.

De acuerdo al contenido de la demanda, el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación del último dictamen practicado, al negarle valor con la excusa de haberse tramitado en forma irregular el trámite que condujo a su emisión.

Como bien apunta el Procurador Delegado, el censor acierta al proponer el reproche contra la apreciación probatoria cuando, no obstante que el ad quem hizo referencia en la sentencia a un error de trámite, ubica los efectos prácticos de este yerro en desconocer valor a la prueba pericial practicada a consecuencia de resultar fundadas las objeciones al primer dictamen, para así revocar la determinación del juzgador de primer grado y omitir la condena en concreto por los perjuicios.

3.5. Desde luego que la solución dada por el Tribunal al punto de los perjuicios no se aviene en lo más mínimo con lo dispuesto en las normas procesales y de allí que sean válidos los reproches que al respecto hace el representante de la sociedad.

Aquello de haber declarado en la parte motiva la nulidad “de todos los experticios dados en este proceso respecto a perjuicios” no resulta afortunado, pues la ilegalidad de un medio probatorio afecta su validez pero no la eficacia de la actuación procesal.

Los vicios que puedan afectar la legalidad de una prueba no trascienden a la estructura del proceso, ni las irregularidades que ocurran en desarrollo de su incorporación, se comunican a la actuación procesal. De ahí que si una probanza es recaudada con el

quebrantamiento de los presupuestos para su formación o introducción al proceso, es falencia que debe conducir a que jurídicamente el medio no sea tenido en cuenta, pero en ningún momento puede llegar a interesar la actuación.

Lo apropiado entonces era referirse a los motivos por los que no tendría en cuenta los dictámenes, que no a su nulidad como si se tratara de la afectación de un acto procesal.

Distinto es que la prueba haga parte de un trámite irregular, caso en el cual la nulidad se predica de la actuación y únicamente debe cobijar al medio de prueba en tanto dependa del acto cuya irregularidad se declara, siguiendo al efecto lo dispuesto en el artículo 307 del estatuto procesal penal, anterior 305.

El Tribunal empero, no satisfecho con afectar “los autos...y lo que respecto de tales autos se declaró en la sentencia apelada”, relacionados con los perjuicios, decretó la nulidad de todos los dictámenes, e inclusive fue más allá de lo permitido, pues si bien podría decirse que el último experticio terminaba cobijado por la nulidad en razón de depender de la irregularidad observada -la no solicitud y práctica de pruebas para probar la objeción-, no sucede lo mismo con el primero, que por ser anterior a la misma no tenía que correr igual suerte.

Por lo demás, si tal fue la determinación del juzgador de segundo grado, ha debido plasmarse en la parte resolutive, señalando los efectos propios de la declaratoria de nulidad, y no limitarse a revocar la condena en perjuicios impuesta por el inferior.

3.6. Se está en presencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad cuando se quebranta el conjunto de requisitos y formalidades previstas en la ley para la formación, validez y eficacia de la prueba que integra lo que la jurisprudencia ha denominado debido proceso probatorio².

El yerro, por tanto, se refiere a la validez y consecuente existencia jurídica del medio de

prueba, que no equivale a su existencia material, y se manifiesta, como lo ha dicho la Sala, a través de dos posibilidades:

La primera, cuando el funcionario judicial al apreciar la prueba la tiene como válida en cuanto estima que satisface los requisitos formales para su producción, sin que en realidad ello sea así.

Y la segunda, cuando el fallador niega la validez del medio probatorio por asumir erradamente que no reúne las exigencias legales en su práctica o aducción, pese a que en verdad estas se encuentran cabalmente cumplidas.

En este evento, que es el que corresponde a la censura de la cual se ocupa la Sala, el casacionista debe demostrar que la prueba tenida como ilegal por el juez en realidad se ajusta a las disposiciones legales que la rigen, y que por lo mismo amerita ser apreciada no sólo individualmente sino en conjunto con las restantes recaudadas, y que de haberse procedido de tal modo el sentido del fallo sería sustancialmente distinto.

Precisado lo anterior, no se requieren de mayores esfuerzos para concluir que, como lo plantea el censor, el trámite de objeciones al dictamen se surtió en debida forma y, por tanto, el Tribunal carecía de fundamento jurídico para calificar como ilegal el último experticio, cuando para su incorporación al proceso se siguieron las pautas establecidas en el artículo 271 del decreto 2700 de 1991, vigente para el momento que se produjo el respectivo trámite.

Este precepto, cuyo contenido no es sustancialmente diferente del actual artículo 255 de la ley 600 de 2000, disponía:

“Objeción del dictamen. En el escrito de objeción se debe precisar el error y se solicitarán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a los demás sujetos procesales por el término de tres días, dentro del cuál podrán éstas pedir pruebas y se

tramitará incidente para resolver la objeción.

El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término de traslado, las partes podrán pedir que se complete o aclare.

Si no prospera la objeción, el funcionario apreciará conjuntamente los dictámenes practicados. Si prospera aquélla, podrá acoger el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare”.

En este caso se procedió de la siguiente manera por parte del Juez 4º Penal del Circuito de Montería:

-Emitido el dictamen por los designados LEONARDO MANUEL URANGO VITOLA y BERENICE ESCUDERO DE PÉREZ y presentado ante ese despacho (fls. 426 a 454), dispuso el traslado de que trata el artículo 270.2 ejusdem (fl. 455), término durante el cual fue objetado por los defensores de los dos procesados y el representante del tercero civilmente responsable, al tiempo que el apoderado de la parte civil y el delegado del Ministerio Público demandaron la aclaración y ampliación del dictamen. Ninguno de los anteriores sujetos procesales solicitó pruebas.

-Antes de abrir a trámite el incidente de objeción, el juez dispuso que los peritos aclararan y ampliaran el dictamen (fl. 482). Cumplido lo anterior y para garantizar al máximo los derechos de los sujetos procesales, el juez ordenó correr traslado del complementario, frente al cual reiteraron su objeción el defensor de HÉCTOR FRASSER y el representante del Banco Ganadero.

-De los escritos de objeciones y siguiendo el mandato del artículo 64.2, en armonía con el inciso 1º del artículo 271, el juez de la causa dio traslado a las partes no objetantes por el término de 3 días, obteniéndose respuesta del apoderado de la parte civil, quien por

escrito pidió que se desestimaran las mismas.

-Como las partes no solicitaron la práctica de prueba y el juez tampoco consideró de oficio necesaria su realización, éste resolvió de acuerdo con lo alegado y probado dentro del expediente por auto de 19 de mayo de 2000 (fl. 15 y ss)., declarando fundadas las objeciones y, como consecuencia de ello, al atender el mandato del inciso último del artículo 271, ordenó un nuevo dictamen.

-Éste fue rendido por los peritos MARY MORENO LOZANO (Abogada adscrita al C.T.I.F.) y EMIRO E. MARTÍNEZ SUÁREZ (Ingeniero Agrónomo del INCORA), surtiéndose el traslado de rigor, dentro del cual se pidió aclaración y ampliación por el defensor de FRASSER y el representante del tercero civilmente responsable. Los peritos procedieron de conformidad y citados a la audiencia de juzgamiento, luego de que el juez le negara la realización de un nuevo peritazgo, dieron respuesta a las inquietudes del apoderado de la entidad bancaria.

Con independencia de las razones que llevaron al juzgador a declarar fundadas las objeciones y de la fundamentación técnico-científica del último dictamen, que no se ponen en discusión en este apartado, la verdad es el juez de primer grado no incurrió en ninguna irritualidad.

La equivocación del Tribunal radica en creer que era obligatorio para quienes propusieron las objeciones solicitar pruebas y para el juez dar apertura al término probatorio, antes de resolver sobre las objeciones.

Una atenta lectura del precepto confirma el aserto de la Sala. En su connotación gramatical, la norma impone únicamente al objetante el deber de precisar el error, y de allí la utilización de la expresión “debe” que precede a este requisito, la cual no cobija la segunda parte de la oración referida a la solicitud de pruebas.

Por lo demás, una interpretación sistemática del precepto no deja dudas acerca de que la solicitud de pruebas es una facultad potestativa de quien objeta el dictamen y que el período probatorio no resulta un imperativo para el juez, pues el artículo 271 remite, como al igual lo hace el actual 255, al trámite incidental para vez de resolver las objeciones por error grave.

De conformidad con el artículo 65 del anterior estatuto procesal penal –actual 138-, la objeción del dictamen pericial se debe tramitar como incidente procesal. El trámite de los mismos encontraba regulación en el artículo 64, cuyos numerales 3º y 4º no dejan duda de que la solicitud y práctica de pruebas no constituye un imperativo para las partes y el juez, al señalar que “Cuando las partes soliciten pruebas, el funcionario que conoce del proceso fijará el término para su práctica, que será de diez días”, término probatorio que de acuerdo al último de los numerales debe fijarse después de descrito el traslado de rigor “si los sujetos procesales han solicitado pruebas o éstas se decretan de oficio”. La utilización de la conjunción “si” denota que el legislador condicionó la apertura del período probatorio a que las partes hayan solicitado pruebas, con lo cual no siempre existirá la necesidad de hacerlo y el juez podrá entrar a decidir con fundamento en lo alegado y probado dentro del proceso.

El artículo 137 del código de procedimiento civil, al que por virtud del principio de remisión acude el censor (artículo 23 del código de procedimiento penal), termina por aclarar la situación, cuando al regular igual trámite señala que las partes pueden solicitar las pruebas que estimen pertinentes “salvo que éstas figuren ya en el proceso” (numeral 1º), y “no habiendo pruebas por practicar, decidirá el incidente”(numeral 3º).

Lo anterior tiene su razón de ser, porque bien puede suceder que las partes no requieran de otras pruebas, distintas a las aportadas dentro del proceso, para demostrar el error; como cuando, por ejemplo, el perito hace afirmaciones sin respaldo probatorio o

en contravía con la evidencia aportada dentro del expediente, o los resultados de las operaciones son manifiestamente contrarios a las ciencias, casos en los cuales le basta al objetante señalar lo pertinente para demostrar el yerro.

Por su parte, el funcionario judicial en su discrecionalidad puede optar por practicar pruebas de oficio, entre ellas ordenar un nuevo dictamen (inciso 2º del artículo 271) o, a partir de las recaudadas dentro del proceso, entrar a decidir con vista en los argumentos presentados por las partes, como sucedió en este evento.

Así las cosas, si el Juez 4º Penal del Circuito no abrió a término probatorio el incidente -en la medida que no consideró necesario practicar pruebas y los intervinientes no solicitaron su recaudo- y descornado el traslado del escrito de objeciones entró a decidir conforme a lo alegado y probado dentro del expediente, de ninguna manera se apartó del procedimiento establecido en aquella normativa.

De allí que el dictamen practicado, a consecuencia de haber declarado fundadas las objeciones -independientemente de las razones que se tuvo para ello-, no adolece de ningún vicio en cuanto a su incorporación procesal se refiere.

Por lo que si el Tribunal no le otorgó crédito probatorio por considerar que fue alegado ilegalmente, cuando ello no es así, razón le asiste al demandante cuando sostiene que el Tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad, en su aspecto negativo, violando de esta manera las normas invocadas.

Por si fuera poco, el ad quem, al decretar la nulidad de los dictámenes, con la excusa de haberse presentado irregularidades en el trámite incidental, desatendió el artículo 308.1 del código de procedimiento penal anterior -actual 310.1-, pues si la pretensión de los sujetos procesales que presentaron las objeciones, distintos a la parte civil, era demostrar el error y el juzgador encontró fundadas las objeciones sin necesidad del aporte de nuevas pruebas -sobre cuya omisión

se apoya la supuesta irregularidad-, el acto cumplió con la finalidad para el cual estaba previsto y de esta manera ninguna incidencia habría tenido que abriera a pruebas el incidente.

El yerro, como acertadamente opina la Delegada, resulta trascendente.

El artículo 103 del anterior código penal -actual 94- establece la obligación de reparar los daños morales y materiales que provengan de la conducta punible; por su parte el artículo 55 del decreto 2700 de 1991 -actual 56- impone la obligación al juez de la causa de proceder a liquidarlos y condenar al responsable en la sentencia. Lo anterior en armonía con el artículo 180 ejusdem -hoy 170-, según el cual la sentencia debe contener “La condena en concreto al pago de perjuicios, si a ello hubiere lugar”.

Si en este caso se acreditaron los perjuicios, lo que el Tribunal no pone en duda, y no se procedió a su reconocimiento a pesar de existir un dictamen legalmente aportado, excusándose en una irregularidad inexistente, con ello impidió que el afectado, quien se había constituido oportunamente parte civil e intervenido a través de su representante en orden al resarcimiento de los daños, accediera sin dilaciones a la correspondiente indemnización.

Cierto es que el sentenciador dejó abierta la posibilidad para que el ofendido acudiera a la jurisdicción civil en demanda de la indemnización, lo cual condujo al representante del Banco Ganadero a señalar que por ello el censor no logra demostrar la incidencia del yerro.

No obstante, conviene precisar al respecto, en principio, que en extenso capítulo el demandante se ocupó de demostrar lo concerniente, señalando que por no contar precisamente con la legalidad del dictamen el Tribunal dejó de condenar en concreto por los daños ocasionados con el delito, lo que indudablemente afectó los intereses de su representado.

Pero, asimismo y fundamentalmente, debe decirse que no por contar con esa posibilidad, el error de derecho que se postula y que aparece acreditado carezca de incidencia frente al fallo, pues para el juez resulta imperioso liquidar los daños y condenar al responsable a su resarcimiento en la sentencia condenatoria, de acuerdo al mandato del artículo 56.1 del estatuto procesal penal, 55 derogado, máxime cuando, como en este caso, el ofendido decidió ejercitar la acción civil dentro del proceso penal.

El pronunciamiento citado por el representante del tercero civilmente responsable en apoyo de su postura, tal como lo advierte el Delegado, se produjo ciertamente dentro de un marco diferente, pues fue a consecuencia de que en el proceso penal se omitió determinar la naturaleza y cuantía de los perjuicios irrogados con la comisión del delito que se advirtió al perjudicado que podía perseguir la indemnización en proceso separado a través de la acción civil pertinente.

Aquí, por el contrario, los perjuicios se encuentran acreditados y con ese fin se aportaron pruebas e incluso se ordenó el dictamen pericial, distinto a que el sentenciador tenga que estimar su mérito persuasivo de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 257 -anterior 273-, a lo cual ha debido aplicarse el Tribunal en la sentencia.

De manera que si en forma injustificada desconoció una prueba legalmente aportada y revocó la determinación del juzgador de primer grado, el cargo prospera, por lo que la Sala, erigida en tribunal de instancia, debe proceder a dictar el fallo de reemplazo en punto de los perjuicios ocasionados con el delito.

3.7. A consecuencia entonces de que el casacionista demostró el error de apreciación probatoria en que se funda el cargo, corresponde a la Corte apreciar individualmente y también en conjunto con los demás medios aportados el último dictamen acogido en su integridad por el juzgador de primera instancia, para lo cual se deberá tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo artículo 257 del código de procedimiento penal.

Coincide la Sala en torno a la idoneidad y moralidad de los peritos con el censor y el Delegado del Ministerio Público, pues hasta donde se conoce son profesionales y funcionarios con experiencia en la materia de que se trata y no existe la menor evidencia de que hayan pretendido favorecer a alguna de las partes.

No porque en sentir del representante del tercero civilmente responsable las respuestas dadas por los peritos en la audiencia de juzgamiento fueron inexactas o evasivas, se puede dudar de su capacidad para rendir el dictamen, máxime en un asunto que reviste tanta complejidad en esta materia.

No obstante, en cuanto la fundamentación técnico-científica del dictamen, se advierte que los peritos tienen en cuenta en su mayoría perjuicios materiales que no guardan relación de causalidad directa con el hecho atribuido al procesado, aparte de ignorar lineamientos trazados por la jurisprudencia en torno a los perjuicios morales, como pasará a analizarse.

3.7.1. La responsabilidad civil derivada de la conducta punible surge del deber que tiene el responsable de restituir las cosas al estado en que se encontraban en el momento anterior a la comisión del ilícito, cuando ello fuere posible, y de resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la víctima.

El artículo 21 del estatuto procesal penal consagra el restablecimiento del derecho, norma rectora que impone al funcionario judicial la adopción de las medidas necesarias para lograr que los efectos producidos por la conducta punible cesen, que las cosas vuelvan a su estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados con ella.

En ese orden, la ley penal consagra dos clases de daños, los morales y los materiales. Mientras éstos afectan el patrimonio de la víctima, aquéllos inciden en cualquiera de las esferas de la persona diferentes a la patrimonial.

Con arreglo a los artículos 1613 y siguientes del código de procedimiento civil, los daños materiales están constituidos por el daño emergente referido a las erogaciones crematísticas realizadas por el perjudicado para atender las consecuencias del delito; y el lucro cesante a las ganancias o a lo que deja de percibir el perjudicado a causa de la comisión del delito.

Por su parte, en torno a los perjuicios morales la jurisprudencia desde antiguo viene en aceptar la concurrencia de dos tipos de daños: los objetivados y los subjetivos. Los primeros repercuten sobre la capacidad productiva o laboral de la persona agraviada y, por consiguiente, son cuantificables pecuniariamente; mientras que los segundos lesionan el fuero interno de las víctimas y se traducen en la tristeza, el dolor, la congoja o la aflicción que sienten las personas y, por lo mismo, no son cuantificables económicamente -artículo 56 del código de procedimiento penal-.

Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, conforme a legislación y jurisprudencia existentes, sólo los daños morales y materiales que sean producto directo e inmediato del hecho atribuido al condenado, deben ser indemnizados.

El artículo 1616 del código civil establece que si la conducta es imputable a título de dolo, el autor “es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

En ese sentido la jurisprudencia de esta Sala ha sido consecuente en señalar que el daño “para que sea indemnizable, debe ser cierto, directo y actual y no basta que se le proyecte o alegue como eventual ni mediato”³.

“...es importante indicar que no en vano el artículo 104 del Código Penal alude a las personas naturales y jurídicas ‘perjudicadas por el hecho punible’; y el artículo 43 del Código de Procedimiento penal individualiza la figura en la referencia a las mismas

entidades y al resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible". El uso de la preposición 'por' con un nombre, un adjetivo o un verbo en infinitivo expresa 'causa', lo cual significa para el caso concreto de ahora, que los perjuicios deben haberse ocasionado 'a causa del hecho punible', es decir, éste debe aparecer como el factor determinante, inmediato y directo de los daños"4.

La Sala de Casación Civil, por su parte, ha sido reiterativa y uniforme en señalar que para que el daño sea objeto de reparación tiene que ser cierto y directo, por cuanto sólo corresponde reparar el perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado y "como consecuencia inmediata de la culpa o el delito". 5

3.7.2. Pues bien, para fijar el monto de la indemnización, los peritos tuvieron en cuenta los siguientes conceptos:

a. Perjuicios materiales:

-Daño emergente: \$1.615.119.954, distribuido así:

*Nota débito:	\$ 49.500.000
---------------	---------------

*Demanda ejecutiva de Luis Escobar Calle	300.000.000
--	-------------

*Demanda hipotecaria de Rodrigo Escobar	200.000.000
---	-------------

*Demanda ordinaria de "General Ganadera"	516.000.000
--	-------------

*Restauración predio "Pasolento"	199.948.977
----------------------------------	-------------

*Restauración predio "Altamira"	349.670.777
---------------------------------	-------------

Ese valor actualizado al momento del peritazgo (agosto 25 de 2000), teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor, se estimó en la suma de \$3.765.323.585.00.

-Lucro cesante: \$ 2.708.369.556.40 (actualizado a la fecha del dictamen), distribuido así:

*Ganancia esperada venta predio "Altamira": \$2.062.061.795.00

*Producción ganadera predio "Pasolento" 646.307.761.40

b. Perjuicios morales: el equivalente a 1.000 gramos oro, en \$19.066.230.00.

Conviene precisar frente a tales ítems que únicamente la suma de \$49.500.000 corresponde al valor de la apropiación representada en la nota débito.

Los restantes perjuicios materiales se originan en su mayoría en las medidas cautelares decretadas sobre los citados predios dentro de los procesos ejecutivos que el Banco Ganadero promovió en contra del señor BERROCAL CANABAL, no sólo por el cobro de esa suma de dinero sino también de otras obligaciones adquiridas por el afectado.

3.7.3. En torno a los daños y perjuicios materiales no hay duda de que el valor de la apropiación ascendió a la suma de \$49.500.000.00, y en esa medida no hay discusión acerca de su inclusión en el dictamen como daño emergente, pues existe nexo causal directo e inmediato entre la pérdida del dinero y el comportamiento atribuido al procesado.

No sucede lo mismo respecto de los demás conceptos tenidos en cuenta por los peritos, tanto en relación con el daño emergente como con el lucro cesante.

La demanda ejecutiva de Luis Escobar Calle tuvo origen en el incumplimiento del contrato de compraventa sobre la finca "Altamira", iniciada con base en la promesa

suscrita entre éste y Berrocal tiempo después de los hechos y mediante la cual el afectado se obligó a pagar la suma de \$300.000.000 en caso de incumplimiento. Respecto de la misma se sabe que Berrocal no acudió a suscribir el contrato de compraventa y que, luego de rendir declaración extraproceso en la que aceptó la obligación, fue demandado ejecutivamente por Escobar; asimismo, que en desarrollo del proceso el juez libró mandamiento de pago por ese valor y dictó medidas cautelares sobre el remanente de lo que pudiera llegarse a desembargar dentro del también proceso ejecutivo iniciado por el BBVA.

La demanda de Rodrigo Escobar, por su parte, hace relación al crédito otorgado por éste a Berrocal por la suma de \$200.000.000.00, y con respaldo hipotecario sobre uno de los predios señalados. Iniciado el proceso ejecutivo promovido por la citada entidad bancaria el 25 de enero de 1996 en orden al cobro de los \$50.000.000.00, aquél compareció dentro del mismo asunto a hacer valer el crédito otorgado, una vez librado mandamiento de pago.

Según los peritos, en el mismo Juzgado 2º Civil del Circuito de Montería cursa demanda de rescisión de contrato sobre la finca “Altamira” presentada por la firma “General Ganadera”, en cuantía de 516.000.000, por “considerar que de no haber mediado el embargo del Banco Ganadero...., éste -Berrocal-hubiera podido pagarle a dicha firma los dineros adeudados y no se hubiera visto abocado a esta situación”.

La restauración de los predios “Pasolento” y “Altamira”, de propiedad de Berrocal, fue incluida por los expertos aduciendo desmejoras a raíz del embargo y secuestro llevada a cabo con base en las reclamaciones judiciales del Banco Ganadero.

En torno al lucro cesante, los peritos tuvieron en cuenta el valor dejado de ganar por la venta del predio “Altamira” a Luis Escobar Calle, y el estimativo por la producción ganadera de los predios a partir del secuestro de los mismos.

De esa breve explicación sobre el origen de las obligaciones, se deduce claramente que estos perjuicios no son producto del comportamiento ilícito atribuido al procesado, sino de hechos posteriores -la iniciación de demandas ejecutivas-, que si bien relacionados, no fueron consecuencia directa e inmediata de su conducta, al punto que a la fecha de la iniciación de los procesos ejecutivos que vienen de reseñarse, GIRALDO MONTERROZA había dejado de pertenecer a la entidad bancaria.

Para poder atribuir una consecuencia a un determinado sujeto se requiere la existencia de un vínculo directo de causa a efecto entre el daño ocasionado y el comportamiento del agente. El derecho no impone al responsable del comportamiento la obligación de responder por todos los desarrollos ulteriores al acto que se le imputa, sino de aquellas consecuencias que derivan directa e inmediatamente del mismo, como ha sido dicho por la jurisprudencia en los términos citados.

En esta materia, conviene precisarlo, el mismo principio de causalidad que regula la responsabilidad penal rige también la responsabilidad civil, por lo que resulta impensable que el autor de un hecho delictuoso que crea un determinado riesgo deba responder por el resultado que se produce a raíz del surgimiento de otra cadena causal.

Llegar al extremo de considerar todos los perjuicios relacionados de una u otra manera con el hecho punible, se tornaría una tarea irrealizable y daría pábulo a que se indemnicen también aquellos colaterales o que dependen directamente de la voluntad de terceros, de un caso fortuito o de un hecho de la naturaleza.

En materia de responsabilidad civil no se puede perder de norte que se trata de determinar los perjuicios que de manera directa e inmediata surgen del hecho delictuoso y que si hay solución de continuidad por el rompimiento de la cadena causal, no hay lugar a la reclamación pertinente.

En esa medida no le pueden ser imputables al procesado los perjuicios que, si bien

derivados indirectamente de su conducta, obedecen por entero a la voluntad de un tercero, en este caso el Banco Ganadero, quien de manera unilateral y cuando GIRALDO MONTERROZA se había retirado de la entidad bancaria decidió demandar al afectado por el mismo valor del crédito que había otorgado.

No corresponde ciertamente juzgar aquí la conducta de quien a nombre del Banco determinó adelantar el proceso ejecutivo que dio origen a los perjuicios que la parte civil reclama, pues ello será de competencia de otras autoridades, como quiera que de ser ciertos los daños a los que se refieren los peritos, el señor Berrocal Canabal podrá acudir a la vía judicial respectiva en orden a su indemnización.

Lo único seguro es que la intervención de la entidad bancaria en ese sentido, constituyó un acto unilateral de sus representantes, que no del riesgo creado por el comportamiento del procesado.

La entidad bancaria pudo no haber formulado demanda ejecutiva al advertir que, si bien formalmente el préstamo había sido depositado en la cuenta del beneficiario del crédito, materialmente éste no pudo disponer del mismo ante el apoderamiento de la suma de dinero por parte de uno de sus agentes.

Lo anterior denota que esa actuación era solamente eventual y no derivada necesariamente del comportamiento materia de investigación y juzgamiento, máxime si se toma en cuenta que el poder para promover el proceso ejecutivo fue suscrito por un funcionario distinto del procesado, lo que evidencia la separabilidad de las acciones y la responsabilidad consecuente por una y otra.

A lo anterior se agrega que el resultado de cualquier proceso, y en este caso de los ejecutivos en que se apoyan los peritos, depende en grado sumo de la actitud que asuma la parte demandada, quien puede optar por los instrumentos de defensa y controversia que el ordenamiento le confiere, o allanarse a las pretensiones del actor,

como al parecer aconteció en este caso, por ejemplo, con la demanda propuesta por Luis Escobar Calle, donde ni siquiera se planteó la existencia de un caso fortuito que impedía el cumplimiento de la obligación en los términos acordados.

3.7.4. En relación con los perjuicios morales, el dictamen se refiere únicamente a la modalidad de los subjetivos, sin tener en cuenta, de una parte, que no era tarea de los peritos su cuantificación, y, de otra, que ha sido reiterada la postura de la jurisprudencia en el sentido de que, en principio, no cabe hablar del *pretium doloris* por la pérdida de bienes materiales.

Por lo primero es al juez a quien corresponde prudencialmente señalar el valor del daño moral no susceptible de valoración pecuniaria, de conformidad con el artículo 106 del anterior código penal, como así lo tiene dicho la Sala desde antiguo (Cfr. Sentencia 26 de agosto de 1982).

Y, por lo segundo, si el daño se limitó al apoderamiento de aquella suma de dinero, es claro que, de una parte, las molestias sufridas no fueron más que incomodidades que no se pueden comparar en ningún caso con el sufrimiento o el dolor que se puede sentir por la pérdida de un ser querido o por las lesiones de que se puede ser víctima en un determinado momento; y, de otra, que tal situación se derivó, según los peritos, de la circunstancia de tener que afrontar los procesos ejecutivos seguidos en su contra, los cuales, como ha sido visto, no fueron consecuencia directa e inmediata del comportamiento llevado a cabo por el procesado.

3.7.5. Con el anterior enfoque, a la Sala no le queda más alternativa que considerar errada la ponderación que el juzgado de primera instancia hizo del aludido dictamen pericial al acoger *in integrum* el concepto de los peritos.

De modo que no puede avalar la pretensión del censor de que se condene por la cuantía allí señalada, toda vez que lo único acreditado dentro del proceso es que la suma

apropiada corresponde a \$49.500.000.00, que fueron debitados de la cuenta del señor BERROCAL CANABAL.

Así las cosas, se condenará solidariamente al procesado y al Banco Ganadero en su condición de tercero civilmente responsable a pagar a favor del afectado esa suma, la cual será actualizada al momento en que se haga el pago con el fin de restablecer el poder adquisitivo de la moneda, a cuyo fin se obtendrá por el juzgado de primera instancia certificación del Banco de la República sobre la depreciación consolidada desde el 31 de octubre de 1995, fecha de la nota débito.

Y como quiera que dentro del proceso no se avistan elementos que permitan establecer de manera seria, equitativa y segura la rentabilidad de esos dineros según su natural productividad, de conformidad con el artículo 1617 del código civil, al anterior monto se aplicará la tasa del 6% anual al instante en que se haga el pago, para lo cual los obligados solidariamente tendrán un término de treinta (30) días calendario contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

El cargo prospera y, en consecuencia, se procederá a emitir el fallo de reemplazo.

Por lo expuesto y atendiendo parcialmente el concepto del Ministerio Público, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Desestimar los cargos propuestos en la demanda presentada por el defensor del procesado MANUEL FRANCISCO GIRALDO MONTERROZA.
2. Casar parcialmente el fallo en relación con el cargo propuesto por el representante de la parte civil. En consecuencia, revoca el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia

calendada el 6 de marzo de 2002 proferida por el Tribunal Superior de Montería y, en su lugar, se condena en concreto y de manera solidaria al procesado y al tercero civilmente responsable a pagar dentro del término de treinta (30) días calendario a favor de LUIS MIGUEL BERROCAL CANABAL la suma de \$49.500.000.00, más la corrección monetaria e intereses señalados en las consideraciones de este fallo.

Las demás decisiones adoptadas por el Tribunal se mantienen.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO O. PÉREZ PINZON

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia octubre 14/98, Rad. 10637, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

2 Cfr. Auto del 18 de diciembre de 2001. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 10 de febrero de 1998. Rad. 12286, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 7 de septiembre de 1998.

5 Así en Sentencia No. 131 de 29 de marzo de 1990, reiterada en fallo de 5 de octubre de 1999, Rad. 5299, M.P. Nicolás Bechara S.