

Proceso No 25097

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 042

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007).

VISTOS

Resuelve la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de FRANCISCO JOSE CORTÁZAR FRANCO.

ANTECEDENTES

1. -Los hechos fueron sintetizados por el juzgador de segunda instancia de la siguiente manera:

“ A- El 22 de octubre de 1997, el entonces gerente general de la corporación Club Campestre de Cali, señor Francisco José Cortázar Franco presentó, en la reunión ordinaria de junta directiva, el informe financiero a 30 de septiembre de ese año, según el cual el endeudamiento con entidades financieras era de \$1.589 millones; pero uno de los miembros de la junta detectó que en él no estaba incluida una obligación financiera que variaba sustancialmente el pasivo, razón por la que, al hacer las averiguaciones del caso, determinaron que el pasivo real era de \$4.388 millones y que, por consiguiente:

1. El balance que había presentado el mismo gerente, a 31 de diciembre de 1996, en la asamblea general ordinaria de socios, celebrada el 12 de marzo de 1997, ocultaba un pasivo de \$2.504 millones.

2. Que el informe financiero presentado a 31 de marzo de 1997, a la junta directiva del mismo club ocultaba un pasivo de \$2.504 millones.

B- Estos informes financieros intermedios y el balance fueron elaborados, 'reclasificando o maquillando' cifras, por el contador del aludido club, señor Jeffrey Restrepo Trujillo y dictaminados por el revisor fiscal del mismo, señor Servio Orlando ÁLVAREZ Agudelo, hallándose como directora financiera la señora Ana Lorena Castaño Jaramillo y como vicepresidente de la junta directiva el señor Alejandro Díaz Hadad, con el propósito de hacer ver la eficacia de la gestión de la junta directiva de entonces y '...mostrando en los estados financieros una utilidad de \$708.354.503, cuando en realidad de no haberse hecho ese traslado la figura sería una pérdida de \$408.778.404...' "

2.- Por los anteriores hechos, el 21 de marzo de 2001 La Fiscalía 63 Seccional de Cali, profirió resolución de acusación en contra de Francisco José Cortázar, Jeffrey Restrepo Trujillo, Servio Orlando Álvarez Agudelo y Ana Lorena Castaño, por infracción al artículo 43 de la ley 222 de 1995; determinación que se confirmó el 31 de julio de 2002 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de esa misma ciudad, modificando el delito al de falsedad en documento privado, previsto en el artículo 289 del Código Penal.

3.- El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, el 1 de marzo de 2004, condenó a los

procesados a la pena principal de doce meses de prisión como autores del delito de falsedad en documento privado y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un periodo igual a la pena principal.

4.- Apelado el fallo por los defensores de los procesados: Cortázar, Castaño Jaramillo y Álvarez Agudelo, el Tribunal Superior de Cali, el 4 de octubre de 2005, al desatar el recurso, lo revocó parcialmente en el sentido de absolver a Ana Lorena Castaño Jaramillo y confirmó en lo demás.

LA DEMANDA DE CASACION

El defensor del procesado Francisco José Cortázar Franco, formula cuatro cargos contra la sentencia, en los siguientes términos:

Primer cargo

Al amparo del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal postula que la sentencia incurrió en violación directa por aplicación indebida de la ley sustancial.

Sostiene el censor que se vulneraron los “artículos inciso 1º., 9 inciso primero, 10, 11, 12 y 30 del Código Penal”. Igualmente los artículos 16 y 39 del Código de Procedimiento Penal.

Señala que la violación directa de la ley, ocurrió por aplicación indebida o error de selección, al imputarse al procesado la comisión del delito de falsedad ideológica en documento privado en calidad de determinador, porque considera que obró cumpliendo orden del vicepresidente de la junta directiva del Club Campestre, pero no indujo a Jeffrey Restrepo para soslayar conciliaciones bancarias que éste por su deber debía asentar; indica que lo que hizo fue orientarlo a hacer algunas reclasificaciones.

Advierte que los hechos probados revelan que en efecto ocurrieron las reclasificaciones o maquillajes del balance financiero anual de 1996, pero quienes suscribieron los informes o balances fueron Tulio Echeverri Roiz, Julián Sardi Arana, en su calidad de presidentes de la Asamblea de Socios del Club en sus respectivos periodos, Jeffrey Restrepo en calidad de contador y Orlando Álvarez como revisor fiscal.

Distingue entre la determinación a otra persona que por insuperable coacción ajena obre contrario a la ley y la orden que deriva de la jerarquía hacia sus dependientes, como cree ocurrió en este caso, razón para entender que no podía darse la determinación, por encima del deber legal del contador y del revisor fiscal.

Así mismo, se refiere a que las pruebas y hechos demostrados señalan que existía desorden en el sistema contable del club de cuya función estaba encargado Restrepo y que son el representante, contador y revisor fiscal del club, los que tienen la condición de garantes de la verdad en los datos contables, funciones estas que no recaen sobre Cortázar Franco, no obstante el hecho de asumir por delegación algunas funciones del presidente, como son actuar con diligencia y responsabilidad por las irregularidades de sus dependientes aun cuando señala que ella es solo en el ámbito civil, laboral, estatutario, mas no en el penal.

Sostiene que la razón para invocar la casación, radica en que la Corte examine si los terceros sufrieron menoscabo o estuvieron en peligro sus intereses, como lo señalan las providencias de primera y segunda instancia, pues la investigación muestra que no hubo la defraudación que inicialmente se mencionara y que los métodos utilizados para solucionar la crisis, permitieron preservar la organización estableciéndose que esas cifras fueron inferiores y ellas estaban incluidas en obras que ordenara la asamblea y junta directiva del club.

Segundo cargo

Señala que se incurrió en violación directa por “error de existencia”, ocasionando la violación del artículo 30 del Código Penal, e inciso segundo del artículo 25 ibídem.

Explica que en virtud del principio de favorabilidad era aplicable la diminuyente prevista por el inciso final del artículo 30 de la ley 599 de 2000, toda vez que sin ostentar las calidades de representante, contador y revisor fiscal como se señaló en la instrucción, debió aplicarse la norma citada o desligarse al procesado de responsabilidad, al no aparecer como garante del bien jurídico protegido de la fe pública.

Tercer cargo

Invoca la causal segunda de casación, alegando que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Señala que en la resolución de acusación fue atribuida a Cortázar Franco y a los demás procesados la conducta delictiva en calidad de autores; modificada por la fiscalía de segundo grado, quien la calificó con fundamento en el artículo 289 del Código Penal como falsedad ideológica y conservó la autoría. La sentencia de primera instancia confirmó la calificación del delito y la autoría, pero el juzgador de segundo grado atribuyó a Francisco Cortazar la conducta ilícita como autor por determinación.

Precisa que esos cambios ocasionaron incertidumbre jurídica e incoherencia entre las resoluciones de acusación y los fallos que “germinan aberrantes y dignos de sanción procesal”.

Cuarto cargo

Finalmente invocando la causal tercera de casación, denuncia que la sentencia se dictó dentro de un proceso viciado de nulidad, por violación de los postulados del artículo 29 de

la Constitución Política, artículo 8° del Código de Procedimiento Penal, a causa de la motivación anfibológica de las resoluciones de acusación y de la sentencia de primera instancia; y violación al derecho a la defensa.

Dice que la motivación anfibológica afectó la sentencia de segundo grado, pues aparece incierto el título por el cual ha de responder Cortázar Franco, si es dolo o culpa, y esta dificultad aparece desde la providencia de primer grado que resolvió la situación jurídica a los procesados, donde se mencionaron elementos de la culpa para justificar la conducta dolosa, repitiéndose el error en la resolución de acusación y posteriormente en la sentencia de primera instancia.

Reconoce que el fallo proferido por el Tribunal de Cali advirtió estas equivocaciones pero no decretó la nulidad como debía y por virtud de esa duda cree que la decisión debe ser absolutoria, más aun si se desvirtuó la condición de Cortázar Franco como sujeto cualificado.

En cuanto a la violación al derecho a la defensa, insiste en que la variación en la calificación, sea por el hecho punible, el grado de participación o la forma de culpabilidad, ha creado incertidumbre de esos elementos, lo que ha imposibilitado orientar la defensa material y técnica, razón para solicitar la nulidad.

Como conclusiones generales, señala el demandante que los errores en cuanto a la aplicación indebida de la Ley, evidencian que el comportamiento del procesado no se enmarca dentro del tipo penal imputado a ningún título y que los elementos propios de la conducta lesiva del delito de falsedad ideológica en documento privado no pueden atribuirse a Cortázar Franco, porque su actuar obedeció a un criterio legal en cuanto a la naturaleza de su función.

Solicita a la Corte que como consecuencia de los errores de aplicación del fallador, case la sentencia impugnada y, en su lugar, dicte fallo absolutorio en favor de Francisco

José Cortázar Franco.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte, insistentemente ha señalado, que el recurso de casación no es una tercera instancia en que se puede argumentar de manera libre los reparos contra la sentencia de segunda instancia, sino que los yerros deben postularse con base en las causales contempladas para el efecto y la demanda deberá igualmente ser confeccionada con los presupuestos legales, entre ellos, el de claridad y precisión respecto de la causal y de la fundamentación del error invocado para soportar la infirmación del fallo.

Así mismo, no puede perderse de vista que el fallo llega a esta sede amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, es decir, que se parte que el fallo es acertado en lo atinente a la apreciación que se hizo de los hechos y de las pruebas y legal en la aplicación del derecho, correspondiéndole al libelista entrar a desvirtuarlo.

Dentro de ese contexto, al abordar el estudio de los cargos propuestos, es claro que la demanda de casación presentada a nombre del procesado no cumple con los presupuestos para su admisibilidad. Veamos:

En el primer cargo que el demandante presenta por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, pues en su parecer se aplicó indebidamente el artículo 30 del Código Penal, entendiendo que Cortázar Franco fue determinador del ilícito, era obligado al casacionista, en principio, abstenerse de discutir cuestiones de hecho porque el error atribuido a la sentencia recae sobre la normatividad aplicada o dejada de aplicar, orientándose el debate al plano estrictamente jurídico.

No obstante, desvió el sentido de la censura a errores en la apreciación de las pruebas, y

en ese camino lo que hace es controvertir la forma como el juzgador entendió la participación de Cortázar Franco en la falsedad ideológica en documento privado, oponiéndose a la valoración del juez que imputó al procesado la comisión del delito contra la fe pública en calidad de determinador.

Tal desarrollo del cargo evidentemente contradice el postulado de la violación directa por aplicación indebida, conforme a la cual ha debido construir el libelo a partir de los hechos reconocidos en la sentencia y destacar que con ellos fue equivocada la escogencia de la norma citada, al disponer que el determinador tiene la condición de partícipe en la conducta punible.

Se advierte que sustentar de esa forma, desconoce el criterio que debe orientar el desarrollo de la causal escogida, cual es aceptación de los hechos, las pruebas y la valoración de ellas en las instancias, convirtiendo el cargo en una propuesta confusa acerca de su verdadero propósito.

Así, tal desacuerdo en la forma de asumir las pruebas, como se sabe, no constituye error demandable en casación, salvo que lo que se quiera destacar sea que en la apreciación de los medios de convicción se vulneren los postulados que informan la sana crítica, evento en el cual el reparo debe presentarse con fundamento en la técnica que corresponde al error de hecho por falso raciocinio, indicando las reglas de la lógica, ciencia o experiencia que fueron vulneradas.

Ahora, si lo que se pretendía demandar era la prueba documental o testimonial, con base en la cual se edificó la responsabilidad de Francisco Cortázar Franco y en concreto la calidad de determinador, el libelista ha debido identificar esos medios de convicción, señalando los errores de hecho o de derecho atribuibles y así edificar una adecuada formulación de la censura.

Sin embargo nada de ello se hizo ni demostró, por lo que fuerza concluir que el

cargo no cumple con los presupuestos de claridad y precisión.

El cargo se inadmitirá

En cuanto al segundo cargo, incurre el recurrente en varias equivocaciones, una de ellas la mención misma de la censura al señalar que ocurrió violación directa, pero la identifica como generada por un “error de existencia”, de manera que atribuyó a la violación directa un sentido que como se sabe corresponde a la violación indirecta.

Ahora bien como la Corte no está llamada a corregir o completar la demanda, que permita encontrar el sendero escogido por el libelista, este equívoco es suficiente para inadmitir el cargo. Y aun cuando se entendiese que el ataque lo quiso orientar por la vía del error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, de todos modos no lo desarrolló, pues no ilustró cómo tales medios de convicción no fueron objetivamente valorados.

A más de lo anterior, si lo que quería el demandante era demostrar la falta de aplicación de los artículos 30 y 25 inciso 2º del Código Penal, olvidó sustentar la censura a modo de la violación directa como corresponde, señalando que las pruebas reconocidas en el proceso determinaban la aplicación de la norma jurídica y, no obstante ello, el sentenciador lo omitió.

Por el contrario, sin respeto a los lineamientos de la lógica casacional, se preocupa el censor por reiterar la tesis expuesta en el primer cargo, desconociendo el contenido del fallo al punto de incorporar como hipótesis de la valoración realizada por el juez ad quem, el de una supuesta cualificación del sujeto activo de la conducta de falsedad en documento privado; aspecto que no se menciona en la providencia como lo sugiere el libelista, que permita relevar a Cortázar Franco de la condición de garante del bien jurídico.

Otro error en la técnica de sustentación de la demanda, es el que en este cargo decida admitir la condición de partícipe dentro del marco normativo señalado en el fallo, y señale ahora error por la no aplicación del precepto que lo regula (artículo 30, inciso final), cuando en el cargo precedente señala que su aplicación fue indebida al considerar a Francisco Cortázar como determinador del ilícito de falsedad ideológica en documento privado.

Es evidente la equivocación, porque siendo estos cargos excluyentes, no elaboró el libelo identificando que se trataba de un cargo subsidiario, lo cual torna la demanda contradictoria restándole la claridad exigida en esta sede extraordinaria, por lo que nuevamente el demandante confunde este recurso con la posibilidad de controvertir las decisiones judiciales como si se tratara de otra instancia, donde sí son ilimitadas las hipótesis de argumentación defensiva.

Esto lleva a concluir que la alegación es inadecuada, la cual no puede enderezar la Sala dada la naturaleza y esencia de esta vía de impugnación.

Razones por demás para inadmitir el cargo.

Con relación al Tercer cargo, que se invoca con apoyo en la causal segunda, el recurrente denuncia la inconsonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, como quiera que la calidad de autor se modificó por la de determinador del citado ilícito contra la fe pública.

En efecto, el cambio relativo a la participación que tuvo Francisco Cortázar Franco en el hecho delictivo a que hace alusión el recurrente, si bien resulta incongruente, también es cierto que esa sola mención no es suficiente para pretender derribar el fallo impugnado, como quiera que es preciso exponer en la alegación la trascendencia que la referida incorrección tuvo en la sentencia.

El principio de trascendencia que debe observarse en la formulación de los cargos, es elemento de imperativo cumplimiento en la demanda de casación, porque aparejado a la mención de la ocurrencia del error, es el informar cual fue la consecuencia lesiva que de él se derivó para los derechos del procesado, que signifique la inminente modificación del fallo; elemento que faltó sustentar al recurrente.

Ahora, para el caso particular que aquí se trata, carece de trascendencia la irregularidad denunciada, toda vez que las consecuencias punitivas son las mismas para el autor y el partícipe determinador, al tenor de lo dispuesto por los artículos 29 y 30 del Código Penal vigente, con lo cual el acto irregular no tendría la virtud de modificar el fallo.

Este cargo se inadmite.

En el Cuarto cargo propuesto, el casacionista olvida que cuando se alegan varias irregularidades con capacidad de anular la sentencia, como en este caso, por motivación anfibológica y violación al derecho a la defensa, no es posible presentarlas en un mismo reproche, so pena de transgredir el principio de autonomía de las causales y de los cargos, prevista en el artículo 212-4 del Código Penal.

A lo anterior se suma que también en el reproche ha de concretarse la clase de nulidad que se invoca, argumentar y señalar las normas que se estiman infringidas. También se ha precisado por esta Sala, que debe informarse sobre las consecuencias de la irregularidad, es decir, cómo se afectó el trámite y desde qué momento procesal se pide la declaración de nulidad, indicando los motivos por los cuales así lo solicita.

El recurrente evidentemente pasó por alto todos estos presupuestos, porque apartándose del contenido del fallo impugnado reitera su postura de que no hubo en el proceso certeza sobre el grado de culpabilidad (dolo o culpa), afirmación esta que nuevamente evidencia duda sobre la acción voluntaria del procesado Francisco Cortázar Franco en la realización de la conducta falsaria, como fuera reconocido por los juzgadores.

De tal modo el libelista se quedó en pronunciamientos de instancias anteriores, que fueron aclaradas y corregidas, como ocurrió en la resolución de acusación de segunda instancia, en que se abordó el tema por ser motivo de alzada.

Advierte la Corte que la inconformidad del censor está en el grado de credibilidad que los juzgadores le otorgaron a los medios de prueba, hipótesis que no constituye yerro demandable en casación, pues dentro del método de apreciación de las pruebas que rige en nuestro sistema, el juzgador goza de libertad para justipreciarlas, sólo limitado por los principios que sustentan la sana crítica.

Adicionalmente observa la Sala que el demandante pasa por alto los principios orientadores de la declaratoria de nulidad y su convalidación, contenidos en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), según los cuales, entre otros para que se tome la determinación de imponer esta máxima sanción procesal, no debe existir otro medio procesal para subsanarla.

Con relación a la nulidad por violación al derecho a la defensa impetrada, por considerar que hubo dificultad en el ejercicio de ese derecho a causa de la incertidumbre en la calificación de la conducta y participación del procesado, el reparo carece de la sustentación necesaria que imposibilita a la Corte completarla para desentrañar de qué manera el defensor de Cortazar Franco vio frustrado o se dificultó el ejercicio de la defensa material, con ocasión de las decisiones judiciales.

Como se acude a la causal de nulidad, debe tenerse en cuenta que la nulidad como causal de casación no es ajena a las exigencias propias de la impugnación extraordinaria, referidas a la postulación del cargo y su desarrollo, la pacífica jurisprudencia ha señalado que es requisito indispensable para declarar la nulidad de la actuación, que el demandante determine los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya su solicitud bajo un contexto de claridad y precisión argumentativa en la

postulación del reproche y demuestre la trascendencia del error in procedendo acusado.

En efecto, no señala cómo en concreto fue imposible para la defensa orientar su ejercicio, en otras palabras, la carga procesal del libelista estaba en, por lo menos, enseñar a la Corte la supuesta lesión por las variadas posturas jurídicas definidas en las providencias, y fueron determinantes para impedir el ejercicio apropiado de la defensa, razón por la cual, se haría necesaria la declaratoria de nulidad para que se restableciera la garantía judicial a que tiene derecho.

De esta forma, resulta evidente para la Sala que el actor olvidó que la invocación de un vicio de nulidad es válido como propuesta casacional, siempre y cuando se encuentre precedido de una correcta demostración en la que se deje al descubierto que al condenado en la actuación penal no se le permitió conocer los elementos de juicio incriminantes, supuestos que la demanda allegada ni siquiera logra esbozar.

En esas condiciones, la Corte advierte que el cargo quedó a mitad de camino, en su elaboración, aspecto que impone la inadmisión de la censura.

Así mismo observa la Sala que cuando el censor concluye el libelo si bien es cierto que centra el sustento de su petición en los errores denunciados y el menoscabo al derecho a la defensa en lo que considera cambios en la tipificación de la conducta, o que actuó como autor y luego se dijo que determinante, o si con culpa o dolo, lo que a su juicio originó un impedimento para que la defensa desarrollara una estrategia acorde con las imputaciones, también lo es que no evidenció su trascendencia frente a las conclusiones adoptadas en el fallo.

De igual manera la conclusión del recurrente se orientó a ignorar la adecuación típica que realizaron los falladores de la conducta del procesado como falsedad ideológica en documento privado, desconociendo la evaluación probatoria que les permitió acorde

con el criterio jurisprudencial que ha aceptado la Sala, determinar que en este caso Francisco José Cortázar Franco incurrió en dicho ilícito, planteamiento que, se reitera, no es objeto de este recurso.

Finalmente, cabe señalar que el estudio detenido del expediente permite a la Sala concluir que no procede la casación oficiosa, por cuanto no se percibe ninguna causal de nulidad ni vulneración de derechos fundamentales.

En razón y mérito de lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1.- Inadmitir la demanda de casación presentada por el apoderado judicial del procesado FRANCISCO JOSÉ CORTÁZAR FRANCO.

2.- Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Secretaria