

Proceso No 26521

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 31

Bogotá, D. C., siete de marzo de dos mil siete.

V I S T O S

Examina la Corte en sede de casación, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 2 de marzo de 2006, confirmatoria en su integridad de la dictada por el Juzgado 31 Penal del Circuito de la misma ciudad, el 31 de marzo de 2005, por medio de la cual se condenó a JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA y MARCO AURELIO PIÑEROS FERNÁNDEZ, a la pena principal de veintiocho meses de prisión, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual lapso, y la suma de \$25.823.822, a título de perjuicios materiales, al hallarlos penalmente responsables del delito de Hurto agravado, cometido en detrimento del patrimonio económico del Banco Superior.

HECHOS

Las sentencias de las instancias los narraron de la siguiente manera:

“Según se desprende de autos, la entidad financiera Banco Superior, fue objeto de un

hurto de dinero bajo la modalidad de reactivación, sin los debidos soportes, del Código de un establecimiento de comercio que ya había sido cancelado, procediéndose en consecuencia, a tomarse dicho código de identificación (ya cancelado) y a habilitarlo, pero modificándose la razón social y el beneficiario del establecimiento, y a abrir para la consignación del dinero por pago de presuntos vales-pagarés, una cuenta de ahorros en entidad bancaria.

La anterior situación fue descubierta en atención a una llamada proveniente de la Auditoría de la Corporación Upac-Colpatria, -entidad con la cual el Banco Superior tenía vigente un convenio para el abono en cuenta corriente o de ahorros de los vales-pagarés que algunos establecimientos de comercio recibían por ventas de la tarjeta DINERS CLUB, para informar que habían detectado que la cuenta 200340419-7 había sido afectada con tres abonos del Banco Superior con sumas cuantiosas y poco usuales, por lo que solicitó se verificara la legalidad de las operaciones.

En virtud de la referida llamada se efectuó una investigación, detectándose que, el número de código 3111101758, en junio de 1990, había sido asignado al establecimiento de comercio “DISEÑOS JESMOR”, a nombre de LUZ MARINA MORENO DE BEJARANO, pero en 1993 el citado código fue modificado por cuanto la propietaria antes mencionada lo vendió a JANETH CAMARGO, evento en el cual se asignó el código 311110440-6, porque de acuerdo con las normas internas que rigen las afiliaciones de establecimientos se debe dar un nuevo número a aquellos en el evento de cambiar de dueño.

Sin embargo, ocurrió que en agosto 16 de 1995 la información contenida en el sistema para el establecimiento con código 3111101758 perteneciente a “DISEÑOS JESMOR” -que como se dijo ya había sido cancelado- fue habilitada sin los debidos soportes, modificándose el nombre del establecimiento por el de MIRIAM PINILLA FRAILE, nit. 41.767.892, nombre del beneficiario la antes citada pero con nit. 51.559.598, y dándose como sitio de pago el Banco 55 (Corporación Upac Colpatria), cuenta número

200340419-78, la que fue abierta a nombre de la misma MIRIAM PINILLA FRAILE pero con cédula de ciudadanía número 39.543.676.

(...)

“Según los soportes allegados, con la modalidad antes aludida se alcanzaron a trasladar del Banco Superior a la cuenta abierta a nombre de MIRIAM PINILLA FRAILE, la suma de \$ 41.536.966.00”

ACTUACIÓN PROCESAL

Se abrió la investigación a partir de la denuncia penal presentada por el Director de Seguridad del Banco Superior, en la cual referencia lo ocurrido, allegando el correspondiente soporte documental

El treinta de octubre de 1995, la Fiscalía Delegada 178 Local de la ciudad de Bogotá, decretó la apertura de investigación previa, en desarrollo de la cual se amplió la denuncia, allegándose nuevos documentos, entre los que resaltan las declaraciones rendidas ante el área de seguridad del Banco Superior, por los señores ALBERTO CASTRO PEREIRA y MARCO AURELIO PIÑEROS FERNÁNDEZ, a quienes se había confiado la clave de acceso al sistema. También se recibió declaración jurada al señor CASTRO PEREIRA.

Después de ordenarse una nueva práctica probatoria, el 24 de julio de 1996, se abrió formalmente la investigación, ordenándose la vinculación penal, a través de indagatoria, de los señores PIÑEROS FERNÁNDEZ y CASTRO PEREIRA.

Como quiera que la representación legal del Banco Superior, presentase demanda de constitución de parte civil, la misma fue admitida a través de proveído fechado el 22 de agosto de 1996.

Los días 30 de septiembre de 1996 y 16 de julio de 1997, respectivamente, se recabó la indagatoria de los señores JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA y MARCO AURELIO PIÑEROS FERNÁNDEZ. Ambos admitieron conocer la clave de acceso al sistema, pero negaron cualquier participación en la defraudación.

El 17 de junio de 1997, fue resuelta la situación jurídica de los procesados, en contra de los cuales se abstuvo el ente investigador de proferir medida de aseguramiento, por estimar que existe duda acerca de la participación de estos en la ilicitud. Consecuentemente, se ordenó ahondar en la práctica probatoria.

Con fecha del 26 de agosto de 1999, se declaró clausurada la investigación.

A renglón seguido, en auto datado el 27 de octubre de 1999, se calificó el mérito sumarial, decretándose la preclusión a favor de los encartados, por estimarse que “la prueba de cargos resulta ambigua para fincar en contra de los vinculados una medida extrema como lo es una Resolución de Acusación”.

Oportunamente, la representación legal de la parte civil, allegó memorial de impugnación -recurso de apelación-, en contra de lo decidido.

Previa reasignación ordenada por la Dirección Nacional de Fiscalías, el 25 de abril de 2000, la Fiscalía Tres Delegada ante el Tribunal Superior de Armenia, Quindío, resolvió la impugnación planteada por la representación del parte civil, revocando lo decidido por el A quo, y en su lugar decretando resolución de acusación en contra de los procesados, por entender que existía prueba suficiente a fin de residenciarlos en juicio criminal, a título de coautores del delito de Hurto Agravado, de conformidad con lo establecido para el efecto por los artículos 349, 351-2 y 12, y 372-2, del Decreto Ley 100 de 1980. En la misma providencia se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, con beneficio excarcelatorio, en disfavor de los encartados.

Ejecutoriada, el día 7 de agosto de 2000, la decisión acusatoria, el asunto fue repartido al Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá.

Previo a la realización de la audiencia preparatoria, el defensor del procesado JOSÉ ALBERTO CASTRO, presentó memorial demandando se anulase lo actuado, por considerar que en la fase instructiva no debió concederse el recurso de apelación propuesto por la parte civil, en contra de la decisión preclusoria tomada por el fiscal instructor, ya que este carecía de suficiente soporte argumental y se resolvió respecto de asuntos no contenidos en el memorial impugnatorio. En escrito aparte, de forma subsidiaria, hizo algunas solicitudes probatorias el profesional del derecho.

El 21 de julio de 2002, el juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá, se pronunció respecto de lo solicitado por el defensor, denegando la nulidad propuesta, pues “El ad quem se encuentra limitado cuando es el sindicado apelante único, y en este caso no es así, el apelante fue la parte civil; razón por la cual el superior podrá revisar el fallo sin limitación alguna y tomar las determinaciones que considere pertinentes, aún en contra de los intereses del procesado”

En el mismo auto se decretaron las pruebas solicitadas por la defensa.

Inconforme con la negativa de decretar la nulidad propuesta, el defensor interpuso recurso de apelación, mismo que fue desatado por el Tribunal Superior de Bogotá, en proveído datado el 20 de septiembre de 2002, en el cual confirmó en todas sus partes lo decidido por el A quo.

El 11 de septiembre de 2003, se dio comienzo a la diligencia de audiencia pública, suspendida a la espera de respuesta del Banco Superior, respecto de requerimiento probatorio oportunamente enviado.

Recibido el informe en cuestión, y realizado dictamen pericial, el 15 de abril de 2004, se

continuó la vista pública, en curso de la cual se escucharon los argumentos finales de la fiscalía, que deprecó la emisión de sentencia de condena en disfavor de ambos procesados, dado que la prueba recogida los señala como únicos habilitados para efectuar las maniobras que condujeron a la defraudación monetaria.

En igual sentido se pronunció la representación de la parte civil.

Por último, de consuno los defensores de los procesados, demandaron se emita sentencia absolutoria a favor de estos, en el entendido que si bien, se demostró la existencia de la defraudación, no se allegó prueba que signifique a sus prohijados, responsables de ejecutar la tarea sustractora. De igual manera, el señor defensor del encartado CASTRO PEREIRA, insiste en su tesis de que la segunda instancia, cuando desató el recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte civil en contra del auto preclusorio, desbordó los motivos de disenso, en decisión revocatoria que, por ello, ha de entenderse nula.

El 31 de marzo de 2005, se profirió el fallo de primera instancia, en el cual se determinó a ALBERTO CASTRO PEREIRA y MARCO AURELIO PIÑEROS FERNÁNDEZ, responsables del delito de Hurto doblemente agravado -por la confianza, por el número plural de ejecutores y en virtud de la cuantía.

Impugnada la sentencia, por la defensora del encartado MARCO AURELIO PIÑEROS FERNÁNDEZ, por entender ella que no se recogió prueba suficiente para determinar quién ejecutó las maniobras fraudulentas, el 2 de marzo de 2006, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó en su integridad la providencia recurrida.

En Contra de lo decidido en las instancias, ambos defensores interpusieron el recurso extraordinario de casación, el cual, cubiertas las exigencias formales, fue admitido en auto del seis de diciembre de 2006.

SÍNTESIS DE LAS DEMANDAS ADMITIDAS

1. Demanda presentada a nombre del procesado JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA.

En desarrollo de la causal Tercera de casación, el demandante advierte, en dos cargos propuestos como mecanismos principal y subsidiario, por tratarse de hechos diferentes, que la sentencia deriva consecuencia de un procedimiento viciado de nulidad.

1. Cargo Primero.

De manera principal, controvierte el recurrente la validez de lo actuado a partir del momento en que se interpuso el recurso de apelación en contra del primigenio interlocutorio que calificó el mérito de la instrucción, a través del cual se ordenó la preclusión a favor de los encartados, en tanto, la actuación de segunda instancia, que revoca la decisión preclusoria y en su lugar, acusa a los procesados, compromete el debido proceso -numeral 2º, art. 304 C.P.P.-, como quiera que el recurso no fue sustentado en debida forma.

En concreto, remitiendo al memorial impugnatorio presentado por la representación de la parte civil, en contra del auto proferido el 27 de octubre de 1997, advierte el casacionista que el escrito, en “escasos cinco párrafos”, apenas refleja la inconformidad del abogado de la parte afectada, con la omisión investigativa del ente acusador. Tanto, que lo solicitado es apenas que se ordene “una verdadera investigación”.

Y si bien, admite el recurrente que no existen criterios técnicos que regulen la sustentación del recurso, es claro que por vía jurisprudencial, desde el año 1984, la Corte

viene fijando pautas sobre el tópico (cita el demandante, puntuales referencias de esta instancia acerca del tema discutido), a partir de las cuales debe entenderse insuficiente la argumentación que apenas referencia la inconformidad genérica con lo decidido, sin establecer razones jurídicas y probatorias, a partir de las cuales sustenta la solicitud de revocatoria.

Advierte el casacionista, que la dicha omisión es pregonable del memorial analizado, mismo que apenas contiene, reitera, el malestar del recurrente y se encamina, no a obtener la revocatoria de lo decidido a favor de los procesados, sino a que se reabriera, desde luego de manera completamente ilegal, la investigación oportunamente cerrada.

Junto con lo anotado, señala el recurrente cómo el artículo 217 del decreto 2700 de 1991, vigente para ese momento, limita la posibilidad de análisis de la segunda instancia, a los aspectos impugnados, situación que, en el caso específico revisado, debió conducir a la declaratoria de desierto del recurso.

Entiende el casacionista, que el Ad quem, asimiló el recurso de apelación al grado jurisdiccional de consulta, y por ello decidió sin limitaciones, pasando por alto lo consignado en la norma antes citada.

No cree necesario, a su vez, penetrar a fondo en el cuerpo de la providencia que revocó la preclusión, pues, su pretensión no va encaminada a ello, sino a determinar la existencia de la irregularidad procesal, misma que generó grave perjuicio a su representado legal, en tanto, el proceso debió haber culminado desde la etapa instructiva, por ocasión de la decisión preclusoria proferida a su favor.

Ya en lo tocante a lo decidido por el tribunal, cuando confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá, señala el demandante que erró al haber proferido la sentencia cuestionada pasando por alto la

irregularidad atrás referenciada, e incluso reiterando la posición “simple”, que asumió cuando ante esa misma instancia se impugnó la decisión del A quo, de negar la nulidad demandada –por similares motivos a los aquí despejados en sede de casación-, en el trámite propio del art. 446 del C.P.P.

Allí, destaca el impugnante, el Ad quem manifestó atenerse a lo decidido previamente sobre el punto por el ente instructor, entender que la segunda instancia sí tiene la posibilidad de revisar asuntos diferentes a los propios del argumento impugnatorio, cuando de corregir errores se trata, y verificar que el principio de no reformatio in pejus, opera únicamente cuando el procesado es apelante único, asunto ajeno a lo debatido, como quiera que el recurso fue desatado por la parte civil.

En contrario, razona el casacionista que basta apreciar el contenido del memorial impugnatorio presentado por la representación de los presuntos afectados, para verificar la carencia de soporte argumental. Incluso, agrega, la segunda instancia, al conocer el recurso, para nada decidió con base en lo propuesto en la alzada, dado que, apenas se determina “lacónico” el memorial y a renglón seguido extracta “...de manera por demás curiosa lo que se pretende la esencia del mismo”.

En suma, a despecho de lo sostenido por el Tribunal, la fiscalía no debatió adecuadamente el tópico.

En lo que atiene al segundo de los argumentos utilizados por el Ad quem, para rechazar su solicitud de nulidad, advierte el recurrente que, contrario a lo sostenido allí, la segunda instancia sí se halla limitada por los puntos objeto de impugnación, como claramente lo disponía el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, y ahora reitera, con pequeñas modificaciones, el art. 204 de la ley 600 de 2000.

Y finalmente, estima el recurrente que el Tribunal confunde la prohibición de la reforma en peor, con las limitaciones que para el pronunciamiento en segunda instancia, desarrolla

el art. 217 antes citado.

Debió el tribunal, entonces, advertir la irregularidad desde el mismo momento en que se desató la alzada en contra del auto denegatorio de la nulidad, revocando esta decisión y en su lugar decretando el remedio máximo deprecado.

Reitera el casacionista, que el actuar procesal destacado infirió agravio a su representado legal, dado que se le acusó y sometió a medida aseguratoria, sin contar con la posibilidad de impugnación.

Acorde con lo anotado, deprecia el recurrente se case la sentencia, decretando la nulidad de lo actuado desde la resolución emitida por la fiscalía 178 delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, por medio de la cual concedió a la representación de la parte civil, el recurso de apelación en contra del auto preclusorio de la investigación.

1.2. Cargo subsidiario.

Por la misma vía de la causal tercera de casación, dentro de los llamados errores In Procedendo, asume el casacionista que se han violado de forma flagrante los principios básicos del debido proceso y derecho de defensa -art. 304 -2 y 3, C.P.P-, por ocasión de que no se notificó en forma debida la sentencia de primera instancia, con lo cual se impidió al defensor del encartado JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA, impugnar la decisión condenatoria que lo macula.

En desarrollo de sus aserto, significa el impugnante, en primer lugar, que la audiencia pública culminó el 15 de abril de 2004, permaneciendo el expediente desde ese momento, por un lapso legal de 15 días, a despacho del Juez 31 Penal del Circuito, para efectos del proferimiento del fallo.

Empero, la sentencia fue emitida once meses después, y pese a que constantemente la defensa concurrió al despacho para conocer la suerte del asunto, el fallo no se le dio a conocer, ni a su prohiado legal, el señor CASTRO PEREIRA, dentro de los parámetros diseñados por el artículo 180 del C.P.P.

Ello, se recalca, porque al encartado no se le envió comunicación significándole la emisión de proveído en mención, y la dirigida a su abogado, yerra en la dirección -se demuestra cómo su dirección obedece a la calle 79 A # 8-73, al tanto que el sobre remisorio relaciona la calle 79 # 8-73-, razón por la cual nunca llegó al destinatario.

Ello, en sentir del casacionista, representa agravio al procesado y delimita la trascendencia de la irregularidad, dado que “la defensa técnica del señor JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA, resultó privada del derecho fundamental a apelar la sentencia condenatoria, pues no conoció oportunamente la emisión tardía del fallo”

Soportando su manifestación de que en el caso concreto debió enterarse oportunamente a la defensa y su representado legal, de la emisión extemporánea de la sentencia, cita el casacionista reciente decisión de la Corte.

Demanda, en consecuencia, se case el fallo atacado, para efectos de que se decrete la nulidad de lo actuado desde que operó la errónea citación al defensor, en aras de que se notifique adecuadamente la sentencia de primera instancia, permitiéndose la correspondiente impugnación.

1. Demanda presentada a nombre del procesado MARCO AURELIO PIÑEROS FERNÁNDEZ.

La representante legal del encartado desarrolla un único cargo, al amparo de la

causal tercera de casación, que en todo reproduce el primer cargo relacionado por el defensor del otro de los procesados en su demanda, esto es, que el trámite se halla viciado de nulidad en atención a la que se supone irregular concesión del recurso de apelación presentado por la representación de la parte civil, en contra del auto de primera instancia a través del cual se precluyó la investigación a favor de los encartados.

Como la recurrente se limita a transcribir textualmente los argumentos consignados en el primer cargo presentado por el abogado de JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA, consignando las mismas peticiones, la Corte se releva de reiterar lo ya anotado sobre ese particular.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

1. Cargo primero a nombre de JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA y único a nombre de MARCO AURELIO PIÑEROS FERNÁNDEZ . Nulidad.

Recuerda la Delegada, cómo en reiterada y pacífica jurisprudencia, la Corte ha señalado que en tratándose de la causal tercera de casación, se torna imperativo para el recurrente, no sólo determinar claramente el yerro procesal, sino la forma en que este ha incidido en su estructura o en las garantías de las partes, pues, así se justifica adecuado recurrir al mecanismo extremo de la nulidad.

Ya en concreto, respecto del motivo de inconformidad de los recurrentes, advierte la delegada que a ellos no asiste la razón, pues, si bien, el apoderado de la parte civil, no realizó una prolija exposición de los motivos de su disenso, es lo cierto que resultó suficiente su argumentación para estimar planteada adecuada controversia en torno de lo decidido por el fiscal A quo, particularmente, su manifestación de precluir la investigación. Y, dentro de un tal aspecto se incluyó el reclamo por la pasividad del organismo investigador, en cuanto, lejos de adelantar particular actividad pesquisitoria, se conformó con el trámite administrativo realizado al interior de la entidad afectada

con la defraudación patrimonial.

Precisamente, agrega la Delegada, el apelante contravirtió lo afirmado en el auto cuestionado acerca de la imposibilidad de usar la clave de uno de los acusados, para ingresar al sistema informático, significando que no existe prueba de que así haya sido.

En similar sentido, la representación legal de la entidad afectada, advirtió gratuito el crédito que la primera instancia dio a lo expresado por los encartados, en especial, lo sostenido por MARCO AURELIO PIÑEROS, significando que dejó expuesto al escrutinio público el papel donde escribió el número de la clave de acceso al sistema y le fue imposible valerse de ella para el efecto.

Además, añade la Delegada, el recurrente solicitó la revocatoria del auto apelado, por estimar absurdo que fuese menester indagar a todos los empleados del establecimiento –en ello fundamentó el A quo su aplicación del principio In Dubio Pro Reo-, cuando es claro que no todos tenían acceso al sistema.

En consideración a lo anotado, entiende el Ministerio Público, efectivamente sustentada la apelación, como quiera que ella se encaminó a cuestionar los fundamentos de la decisión controvertida, sin que pueda desvirtuarse el cometido del recurrente, por la sola circunstancia de que se reclamase la revocatoria en pro de permitir adelantar una adecuada investigación.

Con plena competencia, entonces, el fiscal Ad quem, halló que lo decidido comportaba deducciones carentes de soporte probatorio e inferencias equivocadas, para culminar con la decisión acusatoria, prevalida del concepto de que efectivamente asomaban en el expediente indicios con entidad suficiente para llamar a juicio a los procesados.

No se materializa existente, afirma la Delegada, el yerro mayúsculo relacionado por los

casacionistas, en tanto, este se fundamente en un criterio de apreciación eminentemente subjetivo.

Desde luego, culmina, no se sorprendió a los procesados, con la decisión acusatoria, habida cuenta de que esta no fue proferida a sus espaldas.

1. Cargo segundo (subsidiario), a nombre de JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA.

Considera la Delegada, que similares deficiencias a las que se destacan en el cargo anterior, irradian lo propuesto por el casacionista, ya que los motivos consignados en el escrito, no soportan la solicitud de invalidación.

Así, la crítica que se hace al amplio lapso durante el cual permaneció a despacho del fallador de primera instancia el asunto, no alcanza entidad suficiente, cual lo ha dejado ya sentado la Corte, para invalidar el trámite procesal.

Estima, a su vez, la Delegada, que efectivamente, el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá, incurrió en una irregularidad, pues, resultando necesario ello en virtud de la expedición extemporánea de la sentencia y conforme lo consigna la jurisprudencia citada por el demandante, obvió comunicar al encartado la emisión del fallo condenatorio y se equivocó al consignar, en el telegrama enviado para el efecto a su defensor, la dirección que este registra en el expediente.

Empero, dejó de significar el casacionista, cómo el defecto examinado afecta garantías fundamentales, limitándose a señalar que se impidió a su prohijado legal impugnar la decisión condenatoria.

Para nada, se releva, identificó y comprobó el recurrente, las aristas defensivas

pasibles de plantear, conforme lo que el proceso enseña, y el beneficio que por ocasión de ello se hubiese obtenido.

Incluso, observa la Delegada, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la defensora del otro de los procesados, se presentaron argumentos que, de haber sido aceptados por el Ad quem, indudablemente cobijarían las pretensiones de JOSÉ ALBEIRO CASTRO PEREIRA, cuestionado como fue el alcance demostrativo de los medios de prueba recogidos en la foliatura y demandada la puntual aplicación del principio In Dubio Pro Reo.

En suma, solicita la Delegada del Ministerio Público, no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La sala, para decirlo desde ya, encuentra parcialmente atinados y ajustados a la discusión jurídica planteada por los recurrentes, los conceptos que en pro de no casar la sentencia atacada presentó la Delegada del Ministerio Público, pero exclusivamente en lo que corresponde al cargo principal que de consuno plantean los defensores de cada uno de los procesados.

1. Cargo primero a nombre de JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA y único a nombre de MARCO AURELIO PIÑEROS FERNÁNDEZ. Nulidad.

El sustento básico de lo reclamado por los recurrentes, en punto de invalidez, remite a la supuesta carencia de fundamentación o sustento, en el escrito impugnatorio presentado por la representación de la parte civil contra la resolución que en primera instancia precluyó la investigación a favor de los encartados, buscando su revocatoria.

Sin embargo, como así lo precisó la Delegada del Ministerio Público, la manifestación de insuficiencia en el discurso impugnatorio parte del particular magín de los recurrentes,

conforme su óptica del libelo cuestionado, mismo que, en sentir de la Sala, si bien sobrio en su presentación, contenía fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos suficientemente claros en el cometido de echar abajo la decisión, independientemente de que se compartan o no las críticas puntuales planteadas en contra del auto en cuestión.

No es cierto, cual se plantea en el recurso extraordinario, que el impugnante se limitase a manifestar malestar por la decisión contraria a sus intereses. No. Los cinco párrafos a los cuales aluden los casacionistas, integran un argumento sólido, que no obstante partir por lamentar la falta de interés probatorio en el ente acusador, ya luego aborda directamente el contenido de la decisión atacada, controvirtiendo los razonamientos probatorios y lógicos que la sustentan e introduciendo la particular valoración que del haz suatorio hace el recurrente, desde luego contrarios a las conclusiones que facultaron precluir a favor de los encartados.

Ya la Delegada hizo un adecuado resumen de los tópicos puntuales consignados en el libelo de disenso, que directamente se encaminan a desvirtuar sus fundamentos, y por ello resulta innecesario referenciarlos de nuevo, dada su objetividad.

Se destaca, sí, que el recurso de apelación, en cuanto forma de impugnación que busca echar abajo la decisión entendida contraria a los intereses de quien lo propone, no comporta, ni la ley regula un tal aspecto, fórmulas sacramentales o un específico desarrollo dialéctico, a partir de los cuales soportar existentes en la generalidad de los casos, reglas de común aplicación, por ocasión de las cuales basta la confrontación de estas con lo alegado, para definir si se entiende o no sustentado en debida forma el recurso.

Lejos de ello, se asume la impugnación y su desarrollo, una actuación libre del recurrente, desde luego, obligada de consignar unos aspectos argumentales mínimos, que

dicen relación no sólo con la necesaria claridad de la exposición, sino con la pretensión y el medio escogido para echar abajo los fundamentos de la decisión controvertida.

Por manera que, si el encabezamiento relaciona una determinada pretensión, dígase, para lo que interesa al asunto examinado, permitir se realice una adecuada investigación, pero del desarrollo del texto impugnatorio, inequívocamente se extracta una verdadera controversia respecto de lo decidido y los fundamentos lógico probatorios que lo soportan, mal puede utilizarse ese inicial mojón sustentatorio, para alegar que el Ad quem superó el ámbito de competencia que legalmente se le atribuye, cuando es lo cierto que, como era su obligación, más que a la simple literalidad, atendió al inequívoco querer del impugnante y a los argumentos que nutren el disenso.

Mucho mayor la impropiedad de lo planteado por los demandantes, si se tiene claro que esa misma literalidad -véase el apartado introductorio del recurso-, demandaba expresamente, cual ocurrió, se revocase el interlocutorio que favoreció con preclusión a los encartados.

Sobre este particular, ya la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse de la siguiente manera:

“Al tenor del artículo 194 (214 y 215, anteriores) del código de procedimiento penal, el recurso de apelación -como una de las forma de acceder a la instancia superior-, no sólo debe ser interpuesto de manera oportuna, sino sustentado por escrito ante el mismo juez que profirió la providencia de cuya inconformidad se trata, de modo que su fundamentación se constituye, como viene de juzgarlo la Corte, de un acto trascendente en la composición del rito, ya que no es suficiente que el impugnante declare inconformidad general con el pronunciamiento del juzgador, sino que le es imperativo, además, concretar los aspectos de los que disiente, postulando los argumentos fácticos y

jurídicos que lo llevan a cuestionar la determinación, al punto que si no sustenta debidamente se declara desierto el recurso y la segunda instancia no se abre a trámite, pues en tal evento el juzgador estaría en imposibilidad de conocer sobre qué aspectos de la providencia se predica el agravio.

“Cumplido lo anterior, la impugnación adquiere la característica de convertirse en límite de la competencia del superior, a quien únicamente se le permite conocer los aspectos impugnados (artículo 204 ejusdem).

“No existe, sin embargo, una forma específica de elaborar la sustentación del recurso; debe, con todo, sí corresponder a una explicación por escrito de los puntos de inconformidad y las razones fácticas o jurídicas que invitan a la reforma o revocatoria de la providencia de primer grado.

“El método utilizado, o la simple creencia de la parte no recurrente de que el recurso no fue debidamente sustentado, no son razones suficientes para declararlo desierto, pues para ello resulta necesario establecer que el impugnante acudió a manifestaciones genéricas que no permiten conocer los puntos de desacuerdo y las razones en las que los mismos descansan.”¹

De similar forma, en sentencia del 22 de mayo de 2003, dijo:

“Sustentación que debe traducirse en la manifestación de las razones fácticas, jurídicas o probatorias, sobre las cuales se funda la discrepancia con la decisión impugnada, sin que ello implique que tal intervención deba verificarse de una determinada manera, en tanto que lo que se ofrece trascendental es que al funcionario que debe resolver el recurso ya sea horizontal o vertical, se le señalen en concreto los motivos de disenso, esto es, los aspectos objeto de impugnación, que desde otro ángulo, son precisamente los que determinan su órbita funcional, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 203 ejusdem.

“Lo anterior, porque es lo cierto que las disposiciones procesales que se ocupan de la sustentación de los recursos no señalan la forma como debe procederse en punto de la satisfacción de tal requisito, resultando razonable concluir que puede tenerse como adecuada sustentación aquélla mediante la cual en forma explícita se refutan los fundamentos de la providencia atacada, con indicación de las motivaciones o conclusiones que se consideran equivocadas, o a partir de la postulación de un criterio diverso del allí contenido, para el cual se reclama prevalencia a través de la impugnación.”²

Por último, en sentencia del 23 de febrero de 2006, estableció la Corte:

“Constituye una carga procesal para el recurrente la sustentación de la apelación, sin que en ella se establezcan las condiciones o requisitos que deba reunir el escrito mediante el cual se satisfaga la obligación, razón por la cual de tiempo atrás han sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de fijar las pautas o criterios generales que permiten determinar si se cumplió o no con ese encargo en un caso concreto.

“Desde luego que las mismas no están referidas a la imposición de precisas formalidades bajo las cuales se haga imprescindible elaborar el memorial, sino primordial y esencialmente a la necesidad de exponer en él las razones fácticas y jurídicas que le imposibiliten al funcionario encargado de resolver la impugnación identificar sin dificultad alguna cuáles son los puntos de disenso con las conclusiones de la providencia cuestionada y decidir conforme a la competencia que es delimitada por ellos, con excepción de las nulidades o de aquellos aspectos inescindiblemente vinculados con la impugnación.”³

En seguimiento de las líneas jurisprudenciales atrás trazadas, basta observar desprevenidamente el escrito de apelación presentado por la representación de la parte civil, para apreciar un concreto objetivo, desarrollado a partir de las críticas que se

hacen a la lógica argumental y análisis probatorio del A quo, incluso con delimitación específica de los aspectos fácticos que se cuestionan.

Por lo demás, y aquí se determina la verdadera eficacia de lo sustentado por el abogado de la parte civil, el derrotero seguido por la segunda instancia para revocar la decisión preclusoria, se basó precisamente en los fundamentos del disenso, ahondando en ellos, sin que, cual plantean los casacionistas, la remisión se limitase a resumir los motivos de impugnación.

Un recorrido detallado por el pronunciamiento del Ad quem, permite significar apartados precisos en los cuales se determina trascendente lo argumentado por el apelante, al punto de facultar la revocatoria del interlocutorio recurrido.

Así, al inicio del análisis probatorio, consigna el proveído que el método a utilizar para resolver la cuestión planteada, demanda cotejar “los criterios del recurrente y A quo y lo establecido en desarrollo de la investigación”.

A su turno, abordando el campo específico de la duda probatoria, en el cual se sustentó la resolución preclusoria de la primera instancia, el auto de segundo grado señaló:

“La duda inferida por el funcionario calificador tiene como base que dicha clave pudo ser conocida por alguna persona diferente a los sindicatos, pero ésta es una suposición gratuita por lo que arriba se anotó al respecto y en esas condiciones lo reputado por el recurrente tiene sentido en relación con la responsabilidad en la realización de la conducta, por ser una circunstancia no huérfana procesalmente. Veamos:” (las subrayas no pertenecen al original).

Para la Sala, conforme lo anotado en precedencia, está claro que el recurrente, aunque no de forma ampulosa, pero sí suficiente, sustentó adecuadamente el recurso vertical, indicando las razones fácticas y probatorias que demandan revocar la decisión de primera

instancia, y contravirtiendo en lo sustancial lo decidido por el A quo, como quiera que frente a los razonamientos contenidos en la decisión, arriesgó una particular interpretación, desde luego contraria a estos, misma que, debe relevarse, fue acogida por el Ad quem, al punto de satisfacer la pretensión revocatoria.

Por ello, consecuentemente, jamás la segunda instancia violó el principio de limitación consignado, para la época de la decisión, en el artículo 217 del Decreto 2700 de 1991.

Suficiente, lo anotado, para desestimar el cargo propuesto mancomunadamente por los defensores de los procesados.

2. Cargo subsidiario en la demanda presentada a nombre del procesado JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA. Nulidad.

Como se anunció al inicio de las consideraciones, la Corte discrepa de la posición asumida por la Delegada del Ministerio Público en lo que corresponde a esta específica arista de la demanda, pues, en tratándose de una garantía básica, instituida constitucional y legalmente para facultar la impugnación de las decisiones penales, y particularmente, de aquella que con mayor acento afecta al procesado, en tanto, representa la culminación de la tarea persecutoria del Estado, misma que pone fin a la primera instancia, la posibilidad de impugnación, o mejor, la limitación o eliminación del derecho por la vía de la inexistente notificación, es por sí misma una conculcación trascendente de la garantía, sin que se demande argumentar o demostrar un presunto perjuicio, en seguimiento del principio de trascendencia.

En efecto, de manera expresa el artículo 31 de la Constitución Política Colombiana, establece; “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”. Y ello, en lo que toca con el procesado, no hace más que desarrollar lo consignado en el artículo 29 ibídem, cuando reza que el “sindicado”,

tiene derecho, entre otros "... a impugnar la sentencia condenatoria".

La norma superior ha sido suficientemente desarrollada en nuestra normatividad penal, y en concreto, para lo que corresponde a la ley 600 de 2000 que rige este caso, en los capítulos VI, VII y VIII, se regula todo lo concerniente a la notificación de las providencias, trámite y desarrollo de los recursos ordinarios de reposición y apelación, estableciendo claramente el artículo 191, que en contra de la sentencia de primer grado procede el recurso de apelación, sin que se establezca alguna excepción.

Desde luego, para materializar el derecho a la segunda instancia, es menester que se faculte conocer oportunamente a la parte afectada, la decisión que atenta contra sus intereses, en tanto, sólo así se posibilita ejercer adecuadamente, dentro de los términos y pautas legales, el dicho derecho, en el entendido de que la notificación no sólo cumple propósitos de publicidad, sino que se erige en presupuesto necesario de otras tantas garantías fundamentales.

Ya se tiene suficientemente claro, conforme al desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte, que en tratándose de la emisión extemporánea de las decisiones judiciales, y en concreto de la sentencia, se torna necesario, para facultar los principios de publicidad y contradicción, y el respeto del principio de lealtad, comunicar a los sujetos procesales la emisión de la providencia, a fin de que acudan ellos, si lo estiman a bien, a notificarse personalmente de ella, así no exista una específica norma legal que lo imponga.

En concreto, esto se dijo en Sentencia del 31 de marzo de 2004:

"a. La Ley establece términos dentro de los cuales el Poder Judicial debe dictar sus providencias. Esos lapsos, salvo causa justificada, tienen que ser cumplidos.

"b. Uno de los deberes de los litigantes, más exactamente de sus representantes o apoderados, es estar pendientes de la solución de los conflictos, es decir, hallarse alerta

pues el juez, en cualquier momento, dentro de los términos legales, puede tomar su decisión.

“c. No obstante, ese deber tiene límites, constituidos por la necesidad de proferir las resoluciones, autos y sentencias dentro de los plazos fijados por la ley. Dicho de otra forma: el deber de la “parte” es correlativo al deber judicial. Por ello le compete estar cerca del despacho judicial, porque este, por ejemplo, puede proferir su sentencia dentro de los quince días siguientes ala terminación de la audiencia, como dice el artículo 410.2 del Código de Procedimiento Penal. Más, si el fallo no es dictado dentro de esos días, el deber compulsivo para las “partes” pierde peso.

“Consecuente con lo anterior, si la resolución, auto o sentencia es proferida dentro del marco temporal legal, no es menester oficiar a los sujetos procesales, salvo cuando la misma normatividad compele a ello. Y lo contrario: si la determinación judicial es posterior a la frontera máxima de tiempo establecida en la ley, nace el deber judicial de comunicar a las “partes”, para que se acerquen a la notificación, así la ley, en el caso concreto, no lo exija.”⁴

Tampoco se controvierte que, en efecto, como lo destaca en su demanda el casacionista, la actuación del Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá asomó errática, pues además de obviar comunicar al encartado CASTRO PEREIRA la emisión del fallo, se equivocó en la dirección a la cual fue enviada la dicha comunicación en lo que toca con el profesional del derecho que lo asistía.

De conformidad con los presupuestos fácticos en reseña, para la Corte asoma evidente que se vulneró de manera flagrante la garantía fundamental del procesado JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA, dado que, como en la práctica aconteció, la imposibilidad de conocer que once meses después de realizarse la audiencia de juzgamiento, fue expedido en su contra fallo de condena, limitó hasta anularla, la posibilidad de controvertir la

sentencia que lo macula, independientemente de las razones que pudiesen existir para sustentar la impugnación, dado que lo protegido no es la mayor o menor fortuna que pudiese tener el recurso, sino, precisamente, la facultad de acudir al mismo en abstracto, cual expresa y directamente lo consagra nuestra Carta Política.

Son tantas y tan variadas las posibilidades de impugnación del fallo, y da tanta envergadura su efecto, al punto de resolver en primera instancia la materia litigiosa, determinando, para lo que nos ocupa, la existencia del delito, la responsabilidad pregonable del encartado, y la sanción a este aplicable, que resulta bastante problemático exigir del demandante en casación, una vez demostrado que efectivamente se presentó la omisión limitativa de la posibilidad de acudir a la segunda instancia, definir una concreta arista defensiva a postular ante el Ad quem, con virtualidad de echar abajo lo decidido en primera instancia, cuando, entre otras razones, la discusión puede plantearse en el plano meramente interpretativo de las pruebas y razones que llevaron al A quo a emitir el fallo de condena, sin que sea necesario, cual sucede con el recurso extraordinario de casación, elaborar profundas reflexiones de invalidez o ilegalidad.

En un alegato de instancia, entonces, pueden anteponerse los argumentos del impugnante, a los del fallador, con la expectativa de que la óptica del apelante sea de recibo para la segunda instancia, y ello por sí sólo faculta la revocatoria de la sentencia, motivo suficiente para que la posibilidad de controversia se haga expedita y se configure extremo realizar el juicio de trascendencia exigido por la Delegada del Ministerio público, dado que, se repite, la garantía se basta a sí misma, dado su carácter constitucional expreso, el cual, cabe relevar, no admite excepciones, en tratándose de sentencia penal de condena, como claramente fluye del texto del artículo 29 Superior.

Precisamente, respecto del fundamento del derecho examinado, tiene señalado la doctrina constitucional que:

“4. El principio de la doble instancia esta previsto en el artículo 31 de la [Constitución Política](#), a cuyo tenor: “Toda sentencia podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”, en armonía con el artículo 29 del mismo ordenamiento, que consagra que toda persona tiene derecho a “... impugnar la sentencia condenatoria...”.

“Dicho principio no sólo se encuentra previsto en los artículos 29 y 31 de la Carta Fundamental, sino que también aparece consagrado en las normas de derecho internacional humanitario, concretamente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales le otorgan el carácter de garantía judicial y de mecanismo de protección, destinado a hacer efectivos los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y a velar por la recta actuación de la administración, máxime en aquellos casos en los cuales a partir del ejercicio de sus funciones puede imponer sanciones (v.gr. en los procesos penales).

“Así, en torno al desarrollo del procedimiento penal, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), dispone que: “Garantías judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”. A su vez, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: ” (...)5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que

se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley(...)".

"Luego, la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera genérica y en relación con todo tipo de procedimientos, determina que: "Artículo 25. Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

"Los Estados partes se comprometen:

"A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;

"A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

"A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

"Es claro que a partir de la interpretación armónica y sistemática de la [Constitución Política](#) y de los tratados internacionales de derechos humanos, el principio de la doble instancia se erige en una garantía esencial para preservar el debido proceso y, además, para mantener incólume la integridad de los derechos e intereses de los asociados.

"En esta medida, el principio de la doble instancia se convierte en una garantía constitucional que informa el ejercicio del ius puniendi del Estado en todas sus manifestaciones, no sólo cuando se trata de la aplicación del derecho penal por los órganos judiciales sino también en el derecho administrativo sancionatorio y,

específicamente, en tratándose del desarrollo y práctica del derecho disciplinario.

“5. La doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una decisión judicial o administrativa, y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley. Con este propósito, el citado principio – según lo expuesto –, se constituye en una garantía contra la arbitrariedad, y en mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública.

“6. Es, entonces, indudable que en el origen de la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y de contradicción. En efecto, la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulte forzosa la consulta.

“La Corte, en relación con el tema, ha determinado que: “[t]radicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa, con el fin de poder obtener la tutela de un interés jurídico propio, previo análisis del juez superior quien revisa y corrige los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a-quo...”.

“7. Por otra parte, el citado principio permite hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que éste por su esencia, implica la posibilidad del afectado con una decisión errónea o arbitraria, de solicitarle al juez o autoridad competente

la protección y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. Así mismo, la doble instancia tiene una relación estrecha con el derecho de defensa, ya que a través del establecimiento de un mecanismo idóneo y efectivo para asegurar la recta administración de justicia, garantiza la protección de los derechos e intereses de quienes acceden al aparato estatal.

“Por consiguiente, mediante la ponderación y aplicación armónica de estos derechos, se logra comprometer a las autoridades públicas en el logro de los fines propios del Estado Social de Derecho, entre los cuales, se destacan la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, la vigencia de un orden justo y el respeto de la dignidad humana (artículo 2° C.P).”⁵

Tal es la entidad de la garantía constitucionalmente consagrada, que indefectible consecuencia de su evidente vulneración surge la declaratoria de nulidad subsidiariamente deprecada por el defensor del procesado JOSÉ ALBERTO CASTRO PEREIRA, a efectos de que se rehaga lo actuado a partir de la ejecutoria formal del fallo de primera instancia para que si a bien lo tiene el procesado o su defensor recurran de él, y considerando que la misma se entiende notificada al último por conducta concluyente con la presentación de la demanda de casación, donde advierte que conoce de la misma.

Así las cosas, se casará parcialmente el fallo impugnado, sólo con relación al cargo subsidiario aducido a favor de CASTRO PEREIRA dentro de los parámetros nulificantes reseñados en el párrafo anterior.

Lo decidido generará el rompimiento de la unidad procesal en relación con el JOSÉ ALBEIRO CASTRO PEREIRA, cuya sentencia cobre ejecutoria con la presente decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1- Casar parcialmente la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, sólo en relación con el cargo subsidiario propuesto a favor del procesado JOSÉ ALBEIRO CASTRO PEREIRA.

En consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado en contra de este procesado, a partir inclusive de la ejecutoria de la sentencia de primer grado, para efectos de que se rehaga la actuación dentro de los lineamientos señalados en la parte motiva de esta decisión.

2-En lo demás, permanece incólume el fallo.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
PÉREZ PINZÓN

ÁLVARO

ORLANDO

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 3 de diciembre de 2002, Radicado 17701

2 Radicado 20756

3 Radicado 20900

4 Radicado 20594

5 Sentencia C-095 de 2003