

Proceso n.º 26646

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 98

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil diez (2010)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de la procesada Martha Virginia Palacino Hartman contra la sentencia de septiembre 30 de 2005, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, con algunas adiciones, confirmó la que dictara el Juzgado 28 Penal del Circuito de la misma ciudad, en febrero 18 de dicho año, condenando a la acusada en mención -entre otra- a la pena principal de 38 meses de prisión como autora responsable del delito de hurto agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Realizada una auditoría externa a la contabilidad de la Asociación de Soldados Pensionados de Colombia (ASOPECOL), con sede en la carrera 16 No. 30-42 de Bogotá, se determinó que durante los años 2000 a 2002 en relación con créditos concedidos por libranza a sus miembros se giraban dos cheques, uno que era consignado o entregado al beneficiario y otro que era cobrado por personal al interior de la Asociación; igualmente que se giraban cheques reconociendo varias veces el mismo auxilio funerario; que se

recibían dineros en efectivo de los asociados por concepto de derechos a la sede vacacional o cancelación de saldos de créditos, sin expedirse a cambio el correspondiente comprobante y que se giraban cheques sin soporte o que girados a unos beneficiarios éstos no eran cobrados por ellos sino por otras personas, todo lo cual arrojó un faltante de \$42.366.294,00.

Tales acontecimientos fueron denunciados por la junta directiva de la entidad en febrero 27 de 2002, abriendo la Fiscalía en principio una investigación previa en abril 15 del mismo año y posteriormente, en agosto 5, sumario al que fueron vinculadas mediante indagatoria Martha Virginia Palacino Hartman, quien fuera Asistente Administrativa en ASOPECOL entre julio 16 de 1998 y enero 31 de 2002 y Nubia Dalid Ballesteros Mayorga entonces Asistente de Contabilidad de dicho ente del 7 de diciembre de 1999 al 26 de enero de 2002.

Clausurada la instrucción en octubre 20 de 2003 y calificado su mérito en resolución de marzo 23 de 2004 por medio de la cual se acusó a las indagadas como coautoras de los delitos de hurto agravado por la confianza y la cuantía en concurso con estafa, que quedó ejecutoriada en mayo 31 del mismo año cuando la Fiscalía Delegada ante el Tribunal se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Martha Virginia Palacino, se tramitó enseguida la etapa de la causa dictando el Juzgado 28 Penal del Circuito de Bogotá la sentencia de fecha y sentido ya reseñado, en la que además condenó a las procesadas a la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena principal, así como a pagar los perjuicios causados con la infracción, a la vez que les negó la suspensión condicional de la ejecución del fallo.

El Tribunal Superior de Bogotá, por virtud del recurso de apelación que interpusieran los defensores de las acusadas, dictó sentencia de segunda instancia en septiembre 30 de 2005 confirmando la condena antes referida, pero adicionando el fallo en el sentido de

absolver a las enjuiciadas por el punible de estafa y de negarles también la prisión domiciliaria.

Contra dicha providencia los defensores de las inculpidas interpusieron sendos recursos de casación mas concedidos que les fueron, sólo la apoderada de Martha Virginia Palacino Hartman lo sustentó en oportunidad, no haciéndolo el de la otra acusada a quien en consecuencia se le declaró desierta la impugnación.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con sustento en la causal primera de casación ataca la demandante la sentencia recurrida de haber infringido de manera directa la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 239 y 241.2 del Código Penal toda vez que la conducta imputada no es típica de hurto sino de estafa en razón a que “el Tribunal por ninguna parte ha reconocido ni declarado la existencia de otros elementos especiales típicos que desvirtúan la comisión del hurto con circunstancia de agravación específica”.

Lo único que ha reconocido el ad quem -agrega la demandante- es que las procesadas menoscabaron el patrimonio de la entidad afectada, elemento que a no dudarlo resulta ser connatural al delito de estafa, por eso -dice- resulta de importancia precisar con exactitud la situación fáctica que dio origen a este juicio para de ese modo acertar en el proceso de adecuación típica ya que, como lo reconoció el Tribunal, los hechos se subsumen en apariencia en más de un tipo penal de modo que para su solución ha de acudir al principio de especialidad.

En este evento sin embargo -añade la recurrente- en ninguna de sus etapas decisorias se estableció con grado de certeza si en verdad la situación fáctica se adecuaba al tipo básico de hurto, o al especial de estafa, ni se hizo análisis alguno sobre

unidad de tiempo, unidad de conducta, unidad de sujetos activos, nexo de causalidad y grado de participación de los presuntos autores, por eso no puede descartarse de manera olímpica la comisión de conductas punibles como tentativa de hurto agravado; hurto agravado; tentativa de estafa; concurso entre hurto agravado y tentativa de estafa o hurto agravado en concurso con estafa.

En dichas circunstancias -añade- no obstante las nefastas falencias señaladas, propias de una pésima investigación penal, se evidencian otras que tampoco fueron verificadas en el curso del proceso, como el *modus operandi* o el inexorable y engorroso trámite que implicaba la aprobación de libranzas, “aspectos fácticos y probatorios que nos permite concluir sin margen de error, que el elemento material sobre el cual recayó la presunta conducta delictiva -Dinero- ciertamente se encontraba depositado en una cuenta bancaria ... y en consecuencia de ello, es evidente que mi defendida ... no tenía ninguna posibilidad de contacto físico con el mismo y por ende de contar con la oportunidad de apoderarse de manera directa del metálico”.

Tampoco -sostiene- se tuvieron en cuenta las funciones y posición personal de la inculpada, pues nunca fue tesorera, cajera, recaudadora directa de fondos o administradora, es decir no actuaba como empleada de confianza con manejo de dineros, lo cual estaba a cargo de otra persona pero no de la sindicada, como erróneamente lo entendieron los juzgadores quienes no consideraron y menos valoraron la prueba recaudada en la investigación en su estricta dimensión para así despejar el interrogante de si en realidad de verdad la acusada tuvo contacto directo con los dineros de la entidad o tenía funciones de confianza y manejo para por esa vía estructurar el verbo rector del hurto.

Por eso la conducta de apoderamiento o sustracción, de toma o retención de bienes ajenos, dentro del contexto fáctico y el *modus operandi* resulta jurídicamente impredicable de la procesada Palacino Hartman pues no era una empleada de

confianza o con facultades de administración o de otro carácter que le permitiera estar en contacto físico con el dinero y así en posibilidad real y material de apoderarse del mismo, o de sustraerlo. La procesada era asistente administrativa y en esa condición no tenía contacto material y mucho menos precario con los dineros aportados por los asociados.

No obstante la denuncia que en el cargo se hace por violación directa de la ley, además de los cuestionamientos fácticos y probatorios que ha venido realizando según se infiere del resumen hasta ahora elaborado, pasa enseguida la demandante a apreciar los medios de convicción para concluir que ellos en manera alguna comprometen la responsabilidad penal de su asistida, pues no participó en la comisión de los hechos, es más desconocía su existencia y sin embargo los juzgadores de manera empírica y sin ningún respaldo probatorio concluyeron lo contrario.

Coteja luego los elementos del tipo penal de hurto con los de estafa para afirmar que los de aquél no concurren y menos con la circunstancia de agravación imputada porque el acervo probatorio y la dogmática jurídica evidencian que su defendida no tuvo acceso a la cosa por razón de alguna función que debiera desempeñar, nunca tuvo acceso directo al dinero presuntamente extraviado, de ahí que la imputación por hurto haya sido errada.

En cambio, analizada la descripción del delito de estafa es su consideración que éste sí concurriría, por ello solicita se case la sentencia demandada, se inapliquen los artículos 239 y 241.2 del Código Penal y en su lugar se dé aplicación al artículo 246, norma ésta por la que el Tribunal ya absolvió a la acusada y se profiera la sentencia de reemplazo que corresponda.

Segundo cargo:

También con sustento en la causal primera de casación denuncia ahora la defensora la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho originado en un falso juicio

de identidad por cercenamiento al no apreciarse en forma racional y científica la prueba testimonial conforme a las reglas de la sana crítica.

Bajo dicha premisa sostiene que el juzgador omitió valorar las manifestaciones de Carlos Guillermo Holguín Giraldo que incriminan a Nubia Dalid Ballesteros Mayorga y no a Martha Palacino, así como las de Héctor Emilio Vanegas de las que deduce que ninguna sindicación se hace en contra de su defendida, así como la imposibilidad de que Nubia hubiera actuado sola y que quien daba las órdenes de giro de cheques era el presidente Roldán Pérez.

En esas condiciones -dice la demandante- tales manifestaciones tienen la categoría de prueba testimonial de descargo a favor de la procesada Martha Palacino, mas sobre ellas guardó silencio el Tribunal.

Ahora -añade- en cuanto a la presunta solicitud de la acusada para que se modificaran los listados de pensionados del Ministerio de Defensa, tal versión resulta irrelevante por no estar acreditada más que a través del dicho de José Duarte a quien ninguna otra prueba corrobora quedando así la duda y porque nunca se materializaron las citadas alteraciones documentales como lo señala el mismo testigo, de modo que la auditoría se realizó sin que en ella incidieran los mencionados listados de nómina, pero a pesar de hallarse este hecho plenamente probado el Tribunal nunca lo valoró.

El falso juicio de identidad que denuncia -expresa- adquiere mayor relevancia por la errada valoración que se da a la declaración de Andrés Vergara, máxime cuando no se probó si los cheques cambiados en el banco por el señor Vergara Suárez habían sido girados por concepto de libranzas, auxilios póstumos, préstamos a los directivos de la junta o los mismos corresponden a caja menor, pero también porque no se consideró que esa actividad de cambiar los cheques ocurrió solamente una vez mientras Martha Palacino prestó sus servicios a Asopecol, por manera que debe concluirse en la

inexistencia de prueba alguna de la que se pueda inferir que dicha acusada cobró cheques espurios por ventanilla y mucho menos que haya participado en la elaboración y cobro de alguno de ellos de modo fraudulento, más aún si en cuenta se tiene la declaración de Nubia Ballesteros según la cual el origen de los cheques fue Roldán Pérez y fue él quien le solicitó a ella y no a Martha que los cambiara.

A más de lo anterior -agrega la censora- el Tribunal avasalla la valoración probatoria que merece la declaración de Gerardo Cendales rendida a favor de Martha Palacino pues ante él Nubia Ballesteros reconoció, sin involucrar para nada a aquélla que quien había generado el problema había sido Pérez, o cuando el propio testigo afirma no poder aportar nada con la posible participación de Martha Palacino en los hechos.

Otro tanto -dice- ocurre con la declaración de María Teresa Castaño quien asegura que jamás se llegó a enterar de la participación de Nubia o Martha en los sucesos, ni siquiera que se estuvieran produciendo pérdidas de dinero.

Finalmente en consideración de la demandante, el Tribunal omitió ocuparse del contenido de la misiva enviada por Nubia Dalid Ballesteros en la cual acepta su participación e involucra a un miembro de la junta directiva, excluyendo a Martha Virginia.

Surge por lo anterior -concluye- la necesidad de sustituir la condena por absolución dada la deficiente argumentación de aquélla, así como el equívoco en la apreciación de la prueba, la irracionalidad, la falta de lógica y la arbitrariedad del razonamiento porque el del ad quem implicó la suposición de un hecho inexistente en el proceso, o el desconocimiento de uno probado.

Tercer cargo:

Nuevamente con sustento en la causal primera de casación acusa la defensora de Martha Virginia Palacino Hartman la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley

por error de hecho derivado de un falso raciocinio por infracción a los principios de la lógica, pues lo único que se vislumbra es la incipiente relación laboral lícita de su defendida con la conducta punible imputada, a partir de lo cual y sin soporte probatorio alguno se le deducen funciones no asignadas lo que en sana valoración probatoria no puede admitirse.

En ese orden el Tribunal coloca a Palacio Hartman y a Ballesteros Mayorga como las únicas personas que estaban en capacidad de ejecutar la conducta ilícita, pero eso es desmentido por los mismos hechos indicantes convalidados por el juzgador quien de tal modo incurre en el sofisma de petición de principio así como en el del tercio excluso porque de los probados hechos indicadores partió para llegar al indicio de huellas o rastros del delito y capacidad moral para delinquir, pero llevando la inferencia más allá de lo que encierra toda vez que de la relación entre los elementos probatorios y la responsabilidad de Martha Palacino excluyó sin argumentación jurídica válida a las demás personas que laborando en la asociación tenían funciones propias de manejo y confianza y cargos directivos y sin considerar por ende que las acá acusadas no eran las únicas personas que desempeñaban funciones concernientes a la contabilidad de Asopecol, ni que carecían de autonomía en el manejo de los recursos desconociendo el evidente control que ejercía el comité creado para la aprobación de créditos por libranza.

En el indicio de personalidad o capacidad moral para delinquir -dice la recurrente- el Tribunal quebrantó el principio lógico de razón suficiente en su concepción negativa porque lo dedujo como razón suficiente en sí misma cuando estructuró sobre bases indicantes y de manera particular sobre la declaración de Julio César Barbosa la participación de Martha Virginia, pero sin ningún soporte probatorio que avale esta inferencia alejada de la realidad procesal y de los postulados de la lógica formal y jurídica toda vez que “jamás de los jamases se arrimó al paginario prueba fehaciente directa o indirecta de cargo y menos indicios, mediante los cuales se acredite

que mi defendida en verdad se hubiera apropiado del importe del título valor señalado por Julio César Barbosa...”.

De esas pseudo pruebas -sostiene la defensora- extractó el Tribunal los hechos indicadores y la inferencia lógica para estructurar el indicio, pero no señaló cuál fue esa razón suficiente de modo que aquella quedó huérfana mientras que la conclusión se basa en meras conjeturas especulativas cuyo soporte no puede ser otro que el lamentable empirismo. Así el Tribunal dejó de explorar el motivo por el cual las acusadas decidieron atentar contra el patrimonio económico de la entidad, máxime que el trámite para el giro de cheques era bastante engorroso y requería la firma de tres integrantes de la junta directiva.

En concreto -agrega- la inferencia lógica vulneró el sofisma de petición de principio porque se dio por demostrada la relación existente entre personas y su correspondiente responsabilidad pero sin que los hechos extraídos de las incipientes pruebas directas lleven a esa conclusión.

Igualmente, en el sentir de la impugnante, vulneró el ad quem el principio de tercio excluso porque en este caso los hechos indicadores son ciertos mas no la inferencia lógica como su conclusión, que son falsas.

Por eso -afirma- resulta de importancia resaltar la declaración de Gustavo Forero Rocha, contador que fuera de Asopecol, sobre el desempeño laboral de Martha Virginia ya que si bien ella atendía los préstamos a los afiliados y manejaba la caja menor, entre otras funciones, la concesión de los créditos necesitaba la aprobación del presidente de la junta, luego -agrega la demandante- no se puede deducir más de lo que las premisas encierran, ni menos de lo que pregonan, como tampoco extraerse una conclusión epistemológica acertada con desconocimiento de las mencionadas reglas, como la de reducción al absurdo.

“El absurdo -expresa- consiste en que el Tribunal pregona en el mismo sentido y a la misma vez, ya que los hechos indicadores lo persuaden de que Martha Virginia Palacino Hartman por el vínculo laboral que tenía con la Asociación necesariamente está relacionada y comprometida con los verdaderos autores y partícipes del latrocinio, pero, no demuestra la existencia de esa relación personal y el consecuente compromiso criminal, por lo que, entonces, queda válida la premisa probable de inocencia”.

Solicita la demandante que como consecuencia de este reparo se case el fallo impugnado y en su lugar se dicte uno de absolución a favor de su prohijada.

Cuarto cargo:

Denuncia ahora la defensora por la senda de la violación indirecta de la ley un error de hecho por falso juicio de legalidad, porque en su opinión, luego de transcribir y analizar el contenido de los informes de auditoria adjuntados con la denuncia, que determinaron falencias en la contabilidad, en la tesorería y en la revisión fiscal de la entidad afectada, en dichas condiciones el juzgador apreció como legal una prueba decretada ilegalmente y por ende allegada a la investigación de manera ilegal.

Es que -asevera- requiriéndose de un medio especial de prueba para acreditar las operaciones o maniobras fraudulentas, fecha de su ocurrencia, valor de las mismas, dinero en caja menor que permitiera deducir de manera meridiana quién o quiénes estaban en capacidad de perpetrar el ilícito, el Tribunal admitió como prueba de esos hechos la declaración del contador Jairo Osorio Marulanda quien hiciera las referidas auditorías y en ese sentido como testigo técnico cuya percepción fue preprocesal o extraprocésal.

De otro lado y en ejecución de las diligencias previas dispuestas se adjuntó dictamen rendido por investigadora judicial, mas dicha experticia además de que carece de los cuestionamientos que habrían de ser absueltos de conformidad con el artículo 252 del

Código de Procedimiento Penal, integra las probanzas propias de la investigación preprocesal y por lo tanto no hace parte de las pruebas que de manera legal, regular y oportunamente se allegan a la investigación propiamente dicha, sin que tampoco en relación con ella se hubiere cumplido el trámite del artículo 254 ídem en perjuicio de su legalidad y del derecho de defensa, ni satisfaga los requisitos para su validez consagrados en el artículo 251 ibídem, ni los protocolos de la cadena de custodia.

El Tribunal -señala la libelista- omitió sin embargo verificar la legalidad de la prueba y en esa medida erró de modo trascendente pues con fundamento en valoración de prueba ilegal, sobre la cual no es plausible concluir acerca de las circunstancias del delito y sus autores, lo que además no fue objeto de análisis en el dictamen, tergiversó, distorsionó, cercenó su sentido por hacerle producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

Resulta evidente para la censora, por tanto, que el fallador admitió y valoró un medio de convicción irregularmente aportado al proceso por omisión de las finalidades que la ley exige para la aducción y validez del dictamen pericial, de ahí que demande se case la sentencia demandada y en su lugar se profiera una de absolución a favor de su defendida.

Quinto cargo:

Finalmente acusa la impugnante el fallo de segunda instancia de violar directamente la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 8º y 267.1 de la Ley 599 de 2000 pues la tasación punitiva realizada por el juzgador no se aviene a los postulados de esta norma en tanto lo correcto es que el incremento se aplique a las descripciones abstractas que dan lugar a la estructuración de un tipo penal y no además a una circunstancia específica de agravación porque no constituye en sí misma un delito como para que le sea aplicable el aumento genérico derivado de la cuantía.

Tal adición -añade- se debe aplicar es al tipo penal básico y no al específicamente agravado, so pena de infringirse el principio del non bis in ídem, es decir, el agravante de una sexta parte a la mitad del artículo 267 mencionado debe efectuarse sobre la pena establecida en el artículo 239 y no sobre la dosificada con la agravación específica del artículo 241, por manera que la pena mínima sería de 36 meses y no los 37 y 10 días que equivocadamente dosificó el juzgador y que afectó de manera directa a la procesada pues por tal razón no se realizó un análisis profundo del artículo 63 del Código Penal que permitiera concederle el subrogado penal de la condena de ejecución condicional o sustituirle la pena por prisión domiciliaria, máxime que para efecto de este sustituto no le es exigible a la procesada acreditar la relación de parentesco con su menor hija porque la carga de la prueba le corresponde es al Estado.

Solicita por lo anterior se case la sentencia recurrida revocando sus numerales 2º y 3º de la parte resolutive y a cambio se le otorgue a Martha Virginia Palacino Hartman la suspensión condicional de la ejecución de la pena o en su defecto la prisión domiciliaria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Primer cargo:

Encuentra el Procurador Primero Delegado en lo Penal que la casacionista carece en la formulación de este reproche de interés para recurrir toda vez que no existe identidad temática entre los motivos de apelación de la sentencia de primer grado con los que sustentan esta queja.

En efecto -dice el Delegado- el a quo condenó a las procesadas como responsables de la comisión del delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía, decisión contra la cual el defensor de Martha Virginia interpuso el recurso de apelación sin que en tal acto hubiere cuestionado en manera alguna la tipificación de la conducta, limitando su controversia simplemente a la responsabilidad de su defendida e inhibiendo por eso

cualquier pronunciamiento del ad quem sobre la calificación del delito.

Así las cosas -concluye el Ministerio Público- al no existir pronunciamiento de segundo grado, susceptible de ser atacado por vía extraordinaria, cualquier intento por trasladar la controversia a la Corte, carece de legitimidad.

Segundo cargo:

Este reproche que formula la demandante por errores de hecho originados en falsos juicios de identidad no debe -en concepto del Delegado- prosperar por no sujetarse a los parámetros técnicos propios de la causal y yerro invocados, pues si bien a través de él se ponen de presente aspectos no apreciados por el juzgador, los mismos carecen de trascendencia en la demostración de la inocencia de la procesada.

Así, frente a los cuestionamientos que se hacen en relación con las declaraciones de Guillermo Holguín y Héctor Vanegas no logra demostrar la casacionista el error denunciado pues si bien dichos testimonios señalan de una u otra manera el compromiso de Nubia Ballesteros, eso en modo alguno puede interpretarse como que ella es la única responsable.

En contrario, el Tribunal realizó una ponderada y seria valoración de los elementos probatorios que revela la efectiva participación de la procesada Martha Virginia en el ilícito, sin que la censora logre desvirtuar dicho aserto con el ataque fragmentado y parcializado que hace de la prueba de cargo.

Así, examinó el ad quem que la acusada negó cualquier actividad en relación con el giro de cheques y sin embargo a la vez explicó por qué algunos títulos valores carecían de comprobante de egreso, pero además estableció el juzgador que diversos funcionarios de la entidad desvirtuaron la negativa de aquélla, entre ellos su propio padre Jorge Ernesto Palacino, tesorero, quien asegura que Martha le colaboraba a Nubia en la elaboración

de los cheques; que a su turno el presidente José Roldán Pérez aseguró que el tesorero le dejaba los cheques a su hija Martha para que los entregara a los asociados; que el vocal Gerardo Cendales afirmó que las secretarías Martha Virginia y Nubia Dalid manejaban los cheques y sellos; que la vocal María Teresa Castillo les atribuye a las citadas el trámite conjunto de las libranzas; que el también vocal Héctor Vanegas le asigna a Martha Virginia una gran injerencia en el desarrollo de las actividades administrativas de la entidad y que el contador Guillermo Holguín manifestó que Martha Palacino colaboraba con la tesorería en la elaboración de las libranzas y giro de cheques, atención a socios y además era quien manejaba los auxilios de defunción.

En esa labor de demostración del compromiso de Palacino Hartman en los hechos, el ad quem consignó el caso de Julio César Barbosa a quien se le había aprobado un crédito desembolsado en cheque pagado finalmente a Clímaco Grimaldo y cuyo trámite el beneficiario solicitó anular por el atraso en la entrega del dinero, aceptando Martha Palacino una tal petición, con lo que corroboró no sólo que atendía a los afiliados, sino también su participación en el ilícito.

Por lo ya dicho mayor era en consideración del ad quem -dice el Ministerio Público- la posibilidad de la acusada de apoderarse de dinero destinado a los auxilios funerarios a través del pago plural de los mismos.

Pero además de ese cúmulo de pruebas que indican la responsabilidad de la sindicada también el juzgador tuvo en cuenta la declaración de José Duarte pues éste aseguró que ante la inminencia de la auditoría Martha Virginia le entregó unas nóminas del Ministerio de Defensa para que falsificara lo referente a los descuentos de las libranzas. Pero la casacionista saliéndose del marco del error de hecho invocado trata infructuosamente de desvirtuar el valor demostrativo de ese testimonio con una argumentación insustancial como la de que tal versión no cuenta con respaldo y en esas condiciones genera duda. El hecho de que los listados finalmente no se hayan adulterado no significa que la acusada

no hubiera intentado su afectación, pues si eso no se dio fue por la negativa del ingeniero citado ya que el interés de ella era seguramente ocultar las irregularidades cometidas en el trámite de las libranzas.

También el sentenciador -afirma el Delegado- en la determinación de responsabilidad de la acusada analizó la declaración de Andrés Vergara a quien en una oportunidad Martha Palacino le solicitó que cobrara unos cheques por valor total de \$4.130.000,00, siéndole éstos entregados por Nubia Ballesteros, mas ante el asalto de que aquél fue víctima las citadas mujeres evitaron que se formulara denuncia, la primera diciendo que ella solucionaría el problema y la segunda pidiendo expresamente que no le consta a nadie lo sucedido, actitud que para el Tribunal fue indicativa de su ilícito comportamiento. Por eso alegar ahora de manera antitécnica que no se probó si los cheques en cuestión tenían soportes contables, en virtud de lo cual su origen sería lícito, resulta insustancial ante la evidencia de la ilicitud del comportamiento de las procesadas, como igualmente resulta el aserto de que el cobro en esas circunstancias se realizó tan sólo una vez.

El reparo por las anteriores razones -concluye el Ministerio Público- no debe prosperar.

Tercer cargo:

Tampoco -sostiene el Delegado- le asiste razón a la libelista al aducir configurado un error de hecho por falso raciocinio en la valoración probatoria toda vez que la censura ni siquiera responde a un tal yerro sino a un falso juicio de existencia por suposición, cargo que tampoco tendría prosperidad de haberse propuesto correctamente, pues como se consignó en la respuesta al cargo segundo son múltiples los testimonios de personas que vinculadas a Asopecol involucran a la procesada en las actividades relacionadas con la elaboración de cheques, libranzas y pagos por concepto de auxilio funerario.

No advierte el Ministerio Público de qué manera el juzgador infringió la lógica al valorar el testimonio de Julio César Barbosa, pues lo que pone de presente aquél es que a pesar de

que dicho afiliado le solicitó a Martha Virginia que anulara la tramitación del crédito, ello finalmente no se ejecutó y el cheque respectivo terminó cobrándose por Clímaco Grimaldo lo que significa que el apoderamiento se produjo a través de otra persona, lo cual resulta intrascendente en punto de la responsabilidad de la acusada, como inane deviene la alegación de que ningún análisis se hizo sobre el móvil del delito.

Cuarto cargo:

El falso juicio de legalidad que se denuncia en este reproche carece igualmente -en concepto del Ministerio Público- de prosperidad pues parte la censura del errado supuesto de que se requiere una prueba especial para determinar las maniobras fraudulentas, pero omite precisar cuál norma procesal lo prevé así, cuando lo que impera en contrario es la libertad probatoria para la demostración de los elementos constitutivos del punible, la responsabilidad del procesado y demás circunstancias con incidencia en la configuración del delito o sus consecuencias.

Por lo mismo ninguna objeción amerita que se haya llamado a declarar al contador que efectuó las auditorías porque nadie más indicado para ilustrar a la justicia que quien detectó las diversas irregularidades en detrimento del patrimonio de la entidad afectada. Tampoco comporta ninguna irregularidad que ese declarante no haya sido designado como perito no oficial pues es apenas obvio que su intervención fue precisamente en calidad de testigo.

Ahora en lo que podría considerarse el ataque a la legalidad de la prueba que se denuncia, se cuestiona el dictamen rendido por la investigadora judicial, mas las críticas que en ese aspecto formula la casacionista no son de recibo porque los interrogantes a que alude no son elemento de obligatoria formulación para la ordenación de dicha prueba; porque si no se le imprimió el trámite del artículo 254 fue porque para el momento en que se practicó la prueba no se había iniciado sumario, pero además los sujetos procesales

tuvieron tiempo suficiente para ejercer el derecho de contradicción y porque al contrario de lo dicho por la demandante la perito sí consignó con precisión los elementos de estudio y el origen de sus conclusiones previo detalle de los estudios realizados, determinando y discriminando las cuantías apoderadas según cada modalidad de fraude.

Tampoco la recurrente explicó de otro lado en qué consiste la inobservancia de los protocolos de cadena de custodia, ni su incidencia en la validez de la prueba, menos aún cuando es criterio de la Corte que ello no condiciona la legalidad del medio de convicción.

Quinto cargo:

En opinión del Ministerio Público el reparo que acá se formula por violación directa de la ley carece de fundamento por cuanto el aumento de pena previsto en el artículo 267 se aplica a cualquiera de los delitos descritos en el Título VII del Código Penal, sea que la conducta se ubique en un tipo básico, en uno especial o en uno subordinado, como que el legislador no diferenció en cuanto a la naturaleza del tipo contentivo del delito.

En este asunto -dice- se profirió condena por un delito de hurto agravado, de modo que por tratarse de un tipo penal subordinado, referido al básico de hurto, las dos normas que lo contienen constituyen una unidad, por eso si adicionalmente concurre otra circunstancia que agrava o atenúa la conducta unitaria, es sobre éste que aquélla proyecta sus efectos porque el delito es uno solo así sus elementos estén distribuidos en dos tipos penales.

Como en esas condiciones la pena irrogada en las instancias resulta debidamente dosificada, solicita el Ministerio Público no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo:

Acusada Martha Virginia Palacino Hartman como coautora de los delitos de hurto agravado -por la confianza y la cuantía- y estafa, el juez de primera instancia, sin embargo, la condenó sólo por el primero de dichos punibles, considerando, en relación con el segundo “que los hechos jurídicamente relevantes corresponden al apoderamiento de los dineros de la asociación, a través de varias modalidades, sin que sea compatible atribuir por ellas el ilícito de estafa. En efecto, el apoderamiento que de los dineros se hizo, estuvieron precedidos de varios modus operandi, y ellos por supuesto constituyen los medios para obtener el despojo, sin que puedan coexistir dos ilícitos. La unidad de designio criminal estaba orientada a defraudar el patrimonio de la asociación, para ello se prevalieron de las personas que tenían la posibilidad de girar los cheques, y si hubo utilización de terceros, en el iter críminis, se repite ello obedece a la organización delictiva ideada, sin que ello estructure un delito autónomo como se dijo en la acusación”.

Contra esa sentencia el defensor de la referida procesada interpuso el recurso de apelación “ya que no fue tomada en cuenta por la Fiscalía la práctica de la diligencia de inspección judicial la cual decidía y revocaba el auto en mención de fondo” y para sustentar dicha pretensión adujo que en el propósito de refutar las afirmaciones de la queja solicitó la práctica de una tal diligencia pero ésta no se llevó a cabo; además, el denunciante José David Duarte Rodríguez no era empleado, ni socio de Asopecol, pero entre él y Víctor Porras se realizó un montaje para denunciar a la procesada; Jorge Ernesto Palacino era quien manejaba las cajas fuerte y menor, mientras que Nubia Ballesteros tramitaba inicialmente las libranzas y elaboraba los correspondientes cheques; por eso, “teniendo en cuenta que mi representada no actuó en girar cheques y libranzas como los denunciados la acusan porque los únicos responsables de la citada actuación son el vicepresidente, el fiscal y el tesorero, quienes tenían reconocida y registrada su firma en los bancos...”, entendió tácitamente el recurrente que su prohihada era inocente de la comisión del delito por el cual se le

condenó.

A su turno el ad quem, si bien confirmó la condena emitida, absolvió -de otro lado- y de manera oficiosa a la enjuiciada por la comisión del punible de estafa imputado en la acusación por estimar que el a quo no se pronunció sobre el mismo “al parecer porque consideró que hubo variación de la calificación, pero esto no aconteció debido a que no se hizo uso de este mecanismo finalizada la fase probatoria de la audiencia sino que la Fiscalía en su alegación final dijo que no compartía el criterio del acusador y consideraba que no concurría ese otro delito contra el patrimonio económico... la Fiscalía no procedió a variar la calificación ni se efectuó trámite alguno al respecto y como se aprecia que equivocadamente, en la resolución de acusación, se indicó que los mismos hechos se subsumían en los tipos penales que consagran la estafa y el hurto, se debe corregir el error y absolver por el cargo de estafa al estarse frente a un concurso aparente”.

En esas condiciones la defensora de la acusada formula ahora reproche contra la sentencia de segundo grado por supuesta infracción directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 239 y 241.2 del Código Penal toda vez que en su parecer la conducta imputada no es típica de hurto sino de estafa en razón a que “el Tribunal por ninguna parte ha reconocido ni declarado la existencia de otros elementos especiales típicos que desvirtúan la comisión del hurto con circunstancia de agravación específica”, luego en tales circunstancias es apenas obvio concluir -como lo hace el Ministerio Público- que la demandante carece de interés en la proposición del reparo, habida consideración de la ausencia de identidad temática entre la apelación y el recurso extraordinario, como que en el primero se da por sentada la tipicidad que ahora pretende negarse y sobre la cual ninguna oportunidad tuvo el Tribunal de pronunciarse pues su argumentación frente a la impugnación fue dedicada a exponer la responsabilidad de la acusada en la comisión de dicha ilicitud.

Es que manifestándose el interés jurídico para recurrir a través de distintas exigencias, una de éstas corresponde a la identidad temática que debe existir entre los motivos del recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y aquellos en los que se sustenta la impugnación extraordinaria.

Y como en este evento la inconformidad que la recurrente en esta sede plantea en su primer cargo versa sobre un aspecto que no fue objeto del recurso de apelación que en su momento la defensa de la acusada interpuso contra la decisión del a quo y que, por lo mismo, tampoco fue objeto de pronunciamiento en la de segunda instancia, es evidente su falta de interés jurídico para alegarla en esta sede, porque para poder acceder al recurso extraordinario de casación es necesario que el demandante no sólo haya apelado el fallo de primera instancia sino que además exista identidad temática entre las pretensiones de la alzada y la casación.

“...De no cumplirse estas condiciones, carecerá de interés para recurrir, pues se entiende que su silencio implica aceptación del contenido material del fallo y renuncia al interés que eventualmente pudo haber tenido para impugnarlo, además de que la impugnación carecería de objeto, en cuanto estaría dirigida a cuestionar aspectos que el Tribunal no tuvo la oportunidad de analizar”, (Auto del 7 de febrero de 2007. Rad. 26351).

El cargo por tanto, debe desestimarse.

Segundo cargo:

Denunciando la demandante bajo este reparo varios errores de hecho originados en sendos falsos juicios de identidad, el primero de ellos por cercenamiento al omitirse -en su concepto- valorar las manifestaciones de Carlos Guillermo Holguín Giraldo que incriminan a Nubia Dalid Ballesteros Mayorga y no a Martha Palacino, así como las de Héctor Emilio Vanegas de las que deduce, a más de que ninguna sindicación hace en contra de su defendida, la imposibilidad de que Nubia hubiera actuado sola y que quien

daba las órdenes de giro de cheques era el presidente Roldan Pérez, adviértese de entrada cuán infundado deviene el cargo en tanto ninguna acreditación de él se logra, pues si bien el juzgador no tuvo esas declaraciones como prueba de descargo -porque ciertamente no lo son- la afirmación de que ellas comprometen a Nubia Ballesteros no significa que excluyan de responsabilidad a la otra procesada. No es eso lo que objetivamente dicen tales testigos, mucho menos cuando uno de ellos elucubra acerca de que Nubia Dalid no pudo haber actuado sola.

Que dichos testigos hagan de alguna manera incriminaciones contra Nubia Ballesteros no significa que declararon a favor de Martha Virginia, nada hay en el contenido de sus versiones que permita afirmar una declaración de exclusión de responsabilidad, por eso mal podría afirmarse que el juzgador varió su texto objetivamente contemplado.

Por el contrario, la apreciación de dichas pruebas se ciñó a su contenido material, como que a partir de lo dicho por Carlos Holguín estableció el a quo que las procesadas, incluida obviamente Martha Virginia, “manejaban la contabilidad así como el paquete contable ... que Martha colaboraba en la tesorería cuando Nubia Esperanza no alcanzaba a hacer las libranzas o a girar los cheques. Era la encargada de elaborar los presupuestos mensuales que se llevaban a la junta directiva, estar pendiente de atender a los socios... Marta Palacino estaba encargada de manejar los auxilios de defunción...”, es decir a pesar de la negativa de la procesada en reconocer que cumplía esas funciones el sentenciador determinó con base en la prueba que la censora dice cercenada, exactamente lo contrario, luego ni siquiera es posible afirmar un favorecimiento por exclusión, cuando precisamente lo que se establece de dichas declaraciones, sin que puedan tenerse por prueba directa de los apoderamientos, es una serie de hechos objetivos a partir de los cuales se coligió la participación de Martha Virginia en el apoderamiento de los dineros pertenecientes a Asopecol.

Esos mismos hechos, en contra de la negativa de la acusada, los determinó el juzgador también con sustento en las declaraciones de su progenitor Jorge Palacino, José Roldán Pérez, Gerardo Cendales y María Teresa Castaño y con el indicio de que a pesar de que la acusada se mostrara ajena al cumplimiento de funciones propias de la contabilidad y la tesorería sí tenía conocimiento de por qué en relación con algunos cheques no existía comprobante de egreso.

“Con esas declaraciones -coligió el ad quem- se demuestra que Martha Virginia Palacino Hartman sí intervenía en asuntos relacionados con tesorería como elaborar libranzas, llenar cheques y estaba a cargo de los auxilios funerarios...”, luego quien realmente pretende sesgar y cercenar esos testimonios es la demandante cuando convenientemente sólo presenta los hechos que incriminan a Nubia Ballesteros pero omite cualquier mención de los mismos cuando comprometen a su defendida.

Menos puede comprenderse demostrado un error de hecho por falso juicio de identidad frente a la declaración de José Duarte a quien Martha Virginia le entregó unas nóminas con el propósito de que las falsificara en lo relacionado con los descuentos por libranza, cuando simplemente el cuestionamiento que se hace no es por tergiversación, adición o cercenamiento de su contenido material, sino porque en el parecer de la libelista ese hecho así declarado le resulta irrelevante en cuanto nunca se materializó y no acreditado por otro medio diferente o porque ninguna incidencia generó en la auditoría realizada, hecho éste que no tuvo en cuenta -dice- el juzgador, afirmación que tampoco entraña el yerro que se dice denunciar porque no evidencia de qué modo la prueba fue tergiversada o distorsionada, sin que por tal pueda entenderse la no incidencia en la prueba de auditoría cuando el hecho objetivo valorado fue aquél de que Martha haya solicitado al ingeniero de sistemas falsificar las nóminas, pedido que le indicó al juzgador aún más el compromiso de la acusada en la comisión del delito.

Ahora que no se haya demostrado el origen preciso de los cheques cobrados por

Andrés Vergara no comporta en sí mismo error de identidad, ni acredita el que se dice inicialmente denunciar, mucho menos cuando la argumentación expuesta por la demandante se muestra inconexa pues cómo a partir de ese cobro por un tercero puede colegirse la inexistencia de prueba alguna de la que se pueda inferir que dicha acusada cobró algún cheque espurio por ventanilla o que no haya participado en la elaboración y cobro de alguno de ellos, cuando como antes se relacionó, diversa es la prueba testimonial que la señala cercana a todos los aspectos contables, administrativos y de tesorería propios de la entidad.

Además lo que infirió el juzgador con sustento en el testimonio de Andrés Vergara fue el obrar mancomunado de Marta Virginia y Nubia Dalid, por haber expresado aquél que fue Martha quien le pidió cambiar los cheques, Nubia quien se los entregó y ambas quienes le impidieron formular denuncia penal una vez le hurtaron el dinero correspondiente, expresando aquélla que solucionaría el problema hablando con los directivos y ésta solicitando discreción sobre lo acontecido, de ahí la deducción del a quo: “la actitud de las procesadas de esconder algo tan grave hace inferir que es cierto que ellas manejaban a su antojo la oficina, por tanto eran conocedoras de todos los movimientos que se ejecutaban por los directivos y necesariamente tenían que contar con su colaboración para lograr su cometido pues ellos de manera independiente no podían hacer las libranzas saber cuánto dinero había en el banco, saber a quién se le había ya entregado la respectiva partida y dónde estaban los documentos que la soportaban”.

En esas condiciones por ende lo que pretende la demandante no es demostrar que el juzgador tergiversó medios de convicción, sino que se tengan por ciertos o creíbles aquéllos que por exclusión favorecen a su prohijada, por eso su final afirmación de que no se tuvo en cuenta la declaración de Gerardo Cendales rendida -en su concepto- a favor de Martha Palacino pues ante él Nubia Ballesteros reconoció, sin involucrar para nada a aquélla, que quien había generado el problema había sido Pérez, o cuando el propio

testigo afirma no poder aportar nada con la posible participación de Martha Palacino en los hechos, o porque según su apreciación María Teresa Castaño asegura que jamás se llegó a enterar de la participación de Nubia o Martha en los sucesos, ni siquiera que se estuvieran produciendo pérdidas de dinero, o porque la misiva enviada por Nubia Dalid Ballesteros en la cual acepta su participación e involucra a un miembro de la junta directiva, excluye a Martha Virginia, pues eso sin lugar a dudas no exhibe yerro alguno que trascienda en esta sede sino simplemente la oposición de su propia valoración probatoria en el propósito de que le sea admitida la posición que surgiendo dentro de la dialéctica del proceso favorece la situación de la acusada a cambio de la que valorada correctamente por el juzgador la incrimina.

Como de lo dicho fluye la indemostración del error denunciado, el ataque desde luego no puede prosperar.

Tercer cargo:

Ningún sustento puede advertirse en la proposición de esta censura por la vía indirecta cuando se aduce cometido un error de hecho por falso raciocinio bajo la equívoca y sesgada afirmación de que se infringieron los principios de la lógica en tanto sin soporte probatorio alguno se le dedujeron a la procesada funciones no asignadas, mucho menos cuando la mención de algunos axiomas como el de razón suficiente -que además no se explicita- a través de la postulación de un paralogismo pragmático cual es la petición de principio, o el de tercero excluido ninguna conexión evidencian con la argumentación expuesta que permita ver de qué forma se produjo esa infracción.

La afirmación de la demandante acerca que el Tribunal coloca a Palacino Hartman y a Ballesteros Mayorga como las únicas personas que estaban en capacidad de ejecutar la conducta ilícita, siendo que eso en su sentir es desmentido por los mismos hechos indicantes convalidados por el juzgador quien de tal modo incurre en el sofisma de

petición de principio así como en el del tercio excluso porque de los probados hechos indicadores partió para llegar al indicio de huellas o rastros del delito y capacidad moral para delinquir, pero llevando la inferencia más allá de lo que encierra toda vez que de la relación entre los elementos probatorios y la responsabilidad de Martha Palacino excluyó sin argumentación jurídica válida a las demás personas que laborando en la asociación tenían funciones propias de manejo y confianza y cargos directivos, no evidencia ciertamente de qué forma se produjo la infracción a esos principios, mucho menos cuando el punto de partida no es cierto, como que en parte alguna de las sentencias de instancia se llega a leer la consideración de que las únicas en posibilidad de cometer el delito eran las procesadas o cuando desde la misma resolución de acusación tal posibilidad fue desechada al compulsarse copias para que se investigase la responsabilidad que en los hechos objeto de este juicio hayan podido tener Luís Antonio Vargas, Carlos Holguín, José Roldán Pérez, Jorge Palacino, Víctor Porras, Santiago Artunduaga, Héctor Piragauta, Clímaco Giraldo, Gonzalo Pineda, José Miguel Ruiz y Luís Alberto Gutiérrez.

Así entonces -de un lado- y como fácil es deducirse de la respuesta al anterior reproche no es cierto que se haya dado por demostrado sin estarlo que a la acusada se le dedujeron funciones no asignadas cuando las declaraciones testimoniales y los indicios contruidos por el juzgador evidenciaron que de hecho ella se abrogó aquéllas de orden administrativo, financiero y contable que concernían a la entidad, tanto que el mismo contador declaró que allí se hacía lo que Martha Virginia dispusiera. Luego no se trata de que exista un manual de funciones o de que en un reglamento de trabajo se especifique la labor de cada cargo, o que el contrato refleje las obligaciones funcionales específicas de la asistente administrativa cuando lo que dan cuenta las pruebas recaudadas es ciertamente la situación de facto presentada al interior del ente defraudado, es por ello que no se observa constituida la petición de principio que se aduce cuando en contrario el juzgador sí tuvo una serie de elementos de convicción sobre los cuales construyó cuál era realmente la situación de hecho en Asopecol.

Por lo mismo, al no existir en las sentencias argumentación alguna a partir de la cual pueda decirse que las procesadas fueron consideradas como las únicas en posibilidad de cometer el delito con exclusión de los demás funcionarios y directivos, no se advierte infringido el principio del tercio excluso, según la particular concepción que de él se advierte expuesta por la libelista.

Ahora bien, la afirmación de que en la construcción del indicio inferido a partir de la negativa de la procesada a anular el trámite y cheque girado por virtud de crédito concedido a Julio César Barbosa se infringió el principio de razón suficiente en su concepción negativa, no pasa de ser una de orden personal y al vacío que hace la libelista cuando contrario a su aserto la evidencia de ese hecho indicador se logró a través de la libranza No. 5122 de noviembre 30 de 2000 y del giro del cheque correspondiente en enero 22 de 2001 que fuera cobrado no por el beneficiario sino por Clímaco Giraldo y fue a partir de esa serie de sucesos que el juzgador entendió que de esa manera se corroboraba que la acusada Martha Virginia no sólo atendía a los asociados sino que también participaba en el ilícito al negarse a anular la tramitación del crédito.

Que el Tribunal en concepto de la casacionista haya dejado de explorar el motivo por el cual las acusadas decidieron atentar contra el patrimonio económico de la entidad no implica tampoco transgresión alguna a un principio lógico, pues una tal omisión se hace inane no sólo frente a la objetividad de los hechos sino a la concurrencia de diversas pruebas por cuya estimación el juzgador dio por demostrada la responsabilidad de la acusada. Que no se haya comprobado el móvil del delito no conlleva error de hecho alguno.

Por lo anterior, la conclusión de la libelista acerca del absurdo que en su sentir cometió el Tribunal, carece de asidero cuando no resulta cierto que haya deducido la responsabilidad simplemente a partir de la relación laboral, pues como se hizo evidente fueron los distintos medios de convicción, testimoniales, documentales, periciales e

indiciarios los que condujeron a establecer la real situación que de hecho se presentaba en el manejo de la entidad y la injerencia que en éste tenía la acusada Palacino Hartman.

En consecuencia, tampoco esta censura prospera.

Cuarto cargo:

No obstante que en términos del artículo 237 de la Ley 600 de 2000 “los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales”, inopinadamente pretende ahora la censora que en relación con un elemento constitutivo del delito de hurto imputado a su defendida se sujete su demostración a un determinado tipo de prueba, cuando ciertamente no existe precepto alguno que obligue a la práctica de un dictamen pericial en el efecto de establecer la defraudación patrimonial.

En esa medida parte la casacionista de una petición de principio al dar por sentada una supuesta exigencia legal que en la estructura del cargo le correspondía demostrar, esto es precisar la norma a través de la cual se disponía de manera especial la práctica de esa prueba y para esos efectos.

Por eso la simple aseveración de que requiriéndose un medio especial de prueba para acreditar las operaciones o maniobras fraudulentas, fue escuchado a cambio el testimonio del contador Jairo Osorio Marulanda, no revela en manera alguna un falso juicio de legalidad pues tal aserto demanda a su base el cotejo con un precepto normativo que indique precisamente la práctica de esa prueba y no de ninguna otra. Desde luego que la demandante omite un tal ejercicio sencillamente porque no existe un imperativo legal

en ese sentido.

Ahora habiéndose allegado con la queja los informes de auditoría, el aporte de esa prueba en ese instante no la hace ilegal por no haber sido decretada judicialmente -lo que por demás resultaba física y jurídicamente imposible- de modo que así adjuntada su carácter no era el de prueba pericial, sino documental y así fue que el juzgador de instancia la valoró, prueba que por demás fue doblemente introducida al haberse escuchado el testimonio del contador que hizo la revisión contable en la entidad y que habiendo establecido la serie de anomalías motivó la formulación de la denuncia.

Más equivocado resulta el planteamiento del cargo por falso juicio de legalidad cuando en ese aspecto se tacha el dictamen pericial efectuado en la investigación previa por orden de funcionario judicial, pues entiende la demandante de manera absolutamente errada que aquél fue practicado por fuera del proceso como si la investigación previa en el esquema de la Ley 600 de 2000 no hiciera parte del mismo; o cuando se afirma carente de un interrogatorio en términos del artículo 252 ídem como si el cuestionamiento referido a la determinación de la cuantía no lo fuese; o se recaba en su tacha so pretexto de no haberse surtido en su respecto el traslado cuando el trámite permite advertir que a pesar de que formalmente eso no sucedió, los sujetos procesales sí lo conocieron materialmente y tuvieron la oportunidad legal de controvertirlo a través de solicitudes de adición o aclaración, e inclusive con la eventual objeción por error grave que nunca propusieron; o no se satisfagan para su aporte los protocolos de cadena de custodia cuando bien tiene establecido la jurisprudencia que los cuestionamientos en este tópico hacen relación a la eficacia de la prueba pero no a su validez.

El reproche no prospera.

Quinto cargo:

Final e igualmente se advierte infundado el último reproche por considerar la libelista que

la agravación del artículo 267 del Código Penal no se debe aplicar a la pena deducida a partir de los artículos 239 y 241 ídem (hurto agravado), sino exclusivamente sobre la prevista en aquél (hurto simple), pues de tiempo atrás tiene entendido la Sala (Sentencia de diciembre 18 de 2003, Rad. No. 17308), que “para efecto de la determinación judicial de la pena, es claro que el servidor público debe tener en cuenta los fundamentos reales de la misma que no son otra cosa que la demostración del soporte de hecho que describe abstractamente la norma escogida para la individualización de la sanción, a la que se llega con base en los datos que obran en el proceso y los fundamentos modificadores de la punición (agravantes o atenuantes), esto es, aquellos que alteran, ya sea para disminuir o para exceder los límites de los extremos del marco de la sanción.

“En esas condiciones, es evidente que las circunstancias de agravación punitiva para el delito de hurto que estipula el artículo 241 del nuevo Código Penal (antes 351 del Decreto 100 de 1980) modifican los extremos punitivos para las conductas punibles de hurto y hurto calificado. Por ello, la expresión ‘las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad’ que contiene el artículo 267 de la Ley 599 de 2000, deben recaer no solo sobre las descripción básica sino también con sus respectivas circunstancias agravantes o atenuantes porque ellas, como quedó visto, hacen parte de la conducta punitiva y, consecuentemente, para la determinación de los extremos de la pena.

“Así, entonces, no es procedente afirmar que cuando se van a realizar los incrementos punitivos para las conductas punibles contenidas ‘en los capítulos anteriores’ por razón de las circunstancias previstas en el citado artículo 267, los mismos no se puedan hacer, en tratándose de la conducta punible de hurto, sobre los guarismos arrojados, pues las circunstancias modificadoras de la punibilidad integran la conducta punible, no solo dándole nuevos ingredientes al tipo, sino que también le otorga nuevos extremos de punición, sin que ello implique desconocimiento de los tipos

subordinados.

“Por consiguiente, las circunstancias modificadoras del injusto típico modifican el contenido descriptivo de la conducta y los extremos de la pena, razón por la cual resulta atinado deducir cualquiera de las agravantes previstas en el artículo 267 del nuevo Código Penal (antes 372) sobre los extremos punitivos del hurto agravado y del hurto calificado y agravado.

“En consecuencia, en manera alguna se puede afirmar que realizar el incremento de pena sobre el hurto agravado y el hurto calificado y agravado, conduce necesariamente a crear un nuevo tipo básico, pues, se repite, esas circunstancias modifican no solo la estructura del tipo sino el marco de la pena, contrario a lo que se venía sosteniendo, conforme con los argumentos expuesto en precedencia., siendo, por ende, parte integradora del mismo.

“Si lo anterior es así tampoco resulta acertado predicar que hacer dicho incremento sobre las pluricitadas conductas punibles puede conllevar a la violación del postulado non bis in idem, pues en manera alguna se estaría agravando dos veces por el mismo hecho.

“Como lo ha dicho la Corte, ... el principio de la doble valoración prohíbe a los funcionarios judiciales juzgar dos veces o aplicar doble sanción por unos mismos hechos cuando exista identidad de sujeto, objeto y causa que han sido materia de pronunciamiento definitivo e irrevocable en otro proceso.

“Con apego en dicha definición resulta obvio la improcedencia de la citada premisa, puesto que realizar el incremento con la nueva propuesta de la Sala no se estaría juzgado dos veces un mismo hecho, ya que, como quedó visto, la circunstancia de agravación lleva a modificar el injusto típico de hurto (agravado) y hurto calificado (agravado), motivo por el cual se puede hacer el incremento punitivo de cualquiera de las circunstancias de agravación previstas en el artículo 267 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 372 del Decreto 100 de 1980) sobre aquellos guarismos”.

Tesis que ha venido siendo reiterada en decisiones de septiembre 22 de 2004, Rad. 21145; marzo 30 de 2005, Rad. 21477; julio 13 de 2005, Rad. 23735 y de diciembre 2 de 2008, Rad. 30290, entre otras.

Por ende como ninguna incorrección cometió el juzgador al hacer el incremento punitivo del artículo 267 del Código Penal por razón de la cuantía del delito de hurto agravado objeto de juicio, sobre la pena deducida al aplicar los artículos 239 y 241 ídem, es apenas obvio que el cargo acá propuesto tampoco puede prosperar, de ahí que finalmente la sentencia recurrida -tal como lo conceptúa el Ministerio Público- no sea casada.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Impedido

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria