

Proceso n° 28267

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.374

Bogotá D. C., tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el defensor de JOSÉ WILSON ROSERO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali (Valle), que revocó la emitida en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, y en su lugar lo condenó como coautor penalmente responsable del delito de hurto calificado, agravado, en concurso homogéneo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El domingo 6 de agosto de 2000, a eso de las 8:15 p.m., al llegar al apartamento N° 1002 del piso décimo del edificio “KORINTIAS”, en la calle 4 Oeste # 1-25 de Cali, el señor Jorge Fernández Mayorga se percató que desconocidos irrumpieron de manera violenta en el inmueble y se apoderaron, según su dicho, de un botín compuesto por numerosas joyas (en oro con incrustaciones de toda clase de piedras preciosas) y otros objetos de valor que aquél y su progenitora tasaron en una suma cercana a los trescientos millones de pesos (\$ 300'000.000).

Bajo idéntica modalidad, esa fecha y, al parecer, por los mismos saqueadores, fue asaltado el apartamento contiguo al citado, es decir el N° 1001, llevándose de allí los pillos, de acuerdo con lo indicado bajo juramento por el residente de ese inmueble, señor Jorge Enrique Monsalve, joyas, dinero en efectivo y otros elementos significativos que éste avaluó en cuarenta millones ochocientos mil pesos (\$ 40'800.000).

Además, según lo comentado por residentes de esa copropiedad, los bándalos también incursionaron ese día en el apartamento 1101, empero, allí sólo se apoderaron de “unos aretes”, mas no de una considerable suma en efectivo que estaba a su alcance, suceso que, sin embargo, no fue denunciado por los moradores de la referida vivienda¹.

2. La investigación se orientó a develar la participación de JOSÉ WILSON ROSERO en el hurto a los apartamentos 1001 y 1002, por cuanto él era el guardia de seguridad que la señalada fecha cumplía el turno de vigilancia entre las 6:00 p.m., y las 6:00 a.m., del siguiente día, de ahí su vinculación mediante indagatoria ocurrida hasta el 13 de junio de 2003, gracias a su presentación voluntaria al conocer del proceso en su contra, y respecto de quien, el 15 de diciembre de 2004, resuelta provisionalmente su situación jurídica, la Fiscalía dictó resolución de acusación como coautor de los dos referidos atentados, según los artículos 26, 349, 350-1°, 351-10° y 372-1° del Decreto Ley 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, pliego de cargos que el siguiente 27 de diciembre alcanzó ejecutoria al no ser impugnado².

3. El trámite de la causa se surtió en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali (Valle), cuyo titular, el 13 de diciembre de 2005, emitió sentencia absolutoria a favor del acusado, decisión apelada oportunamente por el representante de la primera de las víctimas arriba citadas, debidamente constituida en parte civil³.

4. Mediante fallo de 11 de mayo de 2007 el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali

revocó integralmente la absolución, y en su lugar halló al procesado coautor penalmente responsable de las conductas punibles atribuidas en la acusación, y en tal virtud le impuso como pena principal setenta y dos (72) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso; además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la condena y la prisión domiciliaria, y se abstuvo de condenarlo a pagar perjuicios por cuanto los ofendidos no allegaron elemento demostrativo que acreditara el valor de las joyas y demás objetos despojados, fallo de segunda instancia contra el que el defensor del acusado interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación⁴, y acerca de la respectiva demanda el Delegado de la Procuraduría General de la Nación rindió el concepto de ley⁵.

LA DEMANDA

Al abrigo de la causal primera de casación, cuerpo segundo (Ley 600 de 2000, artículo 207-1), alega el censor la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de diversos yerros de apreciación probatoria, presentados así:

“Primer cargo – Falso juicio de existencia”

Señala que el dislate ocurrió porque el Tribunal sustentó el fallo, exclusivamente, en una serie de deducciones construidas con base en lo narrado en la indagatoria por el procesado, mas no a partir de otros elementos de conocimiento, y dado que aquella constituye medio de defensa y no de prueba, además de recibirse sin juramento, siendo incluso derecho del procesado guardar silencio, la misma no sirve para acreditar indicio alguno.

Refiere que el hecho indicador del “indicio de mentira” deducido por el ad-quem no está cimentado con una prueba concreta, sino en las contradicciones halladas por el Tribunal entre lo expuesto por el acusado y lo narrado por Jorge Fernández Mayorga

—acerca de la hora en que éste arribó a la copropiedad y se percató del hurto, lo mismo que en cuanto a la supuesta presencia de una allegada suya en el edificio el día de los hechos—, y Javier Fernando Sánchez Correa, residente de un apartamento en el noveno piso —en relación con la posible presencia de personas extrañas en el condominio a la hora en que ocurrían los hechos, circunstancia negada por el enjuiciado—, lo mismo que frente a lo constatado en inspección judicial respecto de la existencia de un reloj de pared en la portería —lo cual el acusado no recordó—.

Puntualiza que como está prohibido elaborar indicios contra el procesado con base en su indagatoria, suprimiendo lo narrado por su prohijado, la restante prueba nada indica ni permite hacer inferencia acerca de su compromiso en los hechos, además que aún aceptando la falta de concordancia entre lo dicho por su defendido y los citados elementos de convicción, lo deducido a partir de allí desconoce las reglas de la sana crítica, ya que tal falta de armonía puede también explicarse por el tiempo transcurrido entre el día de los sucesos y la fecha en que rindió injurada —superior a dos años y seis meses— y por lo tanto tal disparidad no implica, necesariamente, que al acusado mintió.

“Segundo cargo - Falso juicio de identidad”

Aduce que el juzgador de segundo grado le hizo producir a ciertas circunstancias efectos que objetivamente no dimanaban de ellas, toda vez que con base en que meses antes ocurrió un hurto en otro apartamento de la misma copropiedad, cuando estaba de turno el acusado, dedujo responsabilidad de éste en los nuevos asaltos, conclusión que el libelista califica de errada, por cuanto en el proceso no hay prueba que ilustre la identidad o semejanza entre uno y otro evento en cuanto a las circunstancias modales de ejecución, además que no se aportó denuncia ni resolución penal que vincule a su defendido con tal acontecimiento, aspectos que convierten dicha situación en un indicio leve.

Señala que la llegada del acusado al lugar de trabajo, no en bicicleta, como acostumbraba, sino en un colectivo, y una hora antes del inicio de su turno de vigilancia, fueron aspectos que el ad-quem también asumió como indicativos de responsabilidad, empero, puntualiza, el procesado explicó tales circunstancias al señalar que la fecha de marras fue trasladado al sitio de labores por un familiar, luego al quitarle “la excesiva apreciación” que se le confirió a esa situación, ninguna consecuencia lógica se establece acerca de su intervención en las conductas punibles.

“Primer cargo subsidiario – Falso Juicio de existencia”

Puntualiza que el Tribunal se abstuvo de condenar civilmente al procesado, con base en la ausencia de pruebas que acrediten la existencia de los objetos hurtados y la cuantía de los perjuicios; sin embargo, al analizar los elementos estructurales o de tipicidad de la conducta punible, supuso la presencia de esos medios de conocimiento que echó en falta al final, los cuales, agrega el censor, son necesarios para establecer no sólo el objeto material del comportamiento, esto es, la cosa mueble ajena, sino también la circunstancia específica de agravación referente a la cuantía.

De acuerdo con lo anterior, sostiene que como no está acreditada la cosa mueble ajena presuntamente hurtada, ese elemento estructural del tipo no puede tenerse por satisfecho, sin que para subsanar tal vacío resulte procedente acudir al “juramento estimatorio” previsto en el artículo 278 de la Ley 600 de 2000, dado que el mismo Tribunal rechazó tal hipótesis al no aceptar la manifestación que en tal sentido hizo en su queja el denunciante, es decir, al no darle validez a lo expuesto por aquél acerca de la cuantía de los perjuicios ocasionados.

Luego de transcribir lo considerado por el ad-quem acerca de la decisión de abstenerse de condenar civilmente al procesado, indica que aun cuando uno de los ofendidos hizo una relación de los bienes supuestamente hurtados, la misma fue desestimada por el

juez plural tanto respecto de la existencia de esos elementos como en cuanto a su cuantía o valor, luego si no hay prueba que lleve a la certeza acerca del “elemento del tipo llamado cosa mueble ajena” el comportamiento deviene atípico.

Indica que así no se comparta el argumento acerca de la ausencia de demostración de un elemento estructural del delito, la falta de pruebas que acrediten la cuantía de la ilicitud, determinante de que el ad-quem no emitiera condena en perjuicios, es indiscutible y por lo tanto no puede tenerse por comprobada la circunstancia específica de agravación inherente a ese aspecto, motivo por el que igual es urgente la casación parcial del fallo para redosificar la pena sin considerar el correspondiente incremento punitivo.

“Segundo cargo subsidiario - Falso juicio de existencia”

Señala que en este reproche la crítica expuesta en el anterior cargo se hace extensiva en relación con lo acaecido en los apartamentos 1001 y 1101, toda vez que esos sucesos fueron tenidos en cuenta en la acusación y en el fallo de condena para imputar un concurso homogéneo de conductas punibles, sin que esté acreditada en ambos casos la existencia de la cosa mueble ajena, su valor, o la cuantía de los perjuicios.

“Tercer cargo subsidiario - Falso juicio de identidad”

Aduce que este reproche, en el evento de que se acceda a casar parcialmente la sentencia en el sentido de retirar la circunstancia de agravación y la pena impuesta sea inferior a treinta y seis meses, tiene como finalidad promover un nuevo análisis de los fundamentos subjetivos que la ley prevé para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria como sanción sustitutiva.

Precisa que la crítica se fundamenta, entonces, en el señalado error de hecho porque el Tribunal al estudiar ese tópico y negar por el factor subjetivo la figura de la prisión domiciliaria, tergiversó los elementos probatorios que se refieren a las buenas condiciones

personales y el arraigo social y familiar del acusado, con el fin de significar circunstancias contrarias a esa pretensión.

Destaca que al contrario de lo considerado por el ad-quem, las pruebas que al respecto obran en la actuación demuestran que el procesado no requiere tratamiento intramural, pues no trabaja como vigilante en el edificio donde ocurrieron los hechos, de suerte que el razonamiento del juzgador en el sentido de que no cuenta con elementos serios que permitan inferir que el acusado “no colocará en peligro a la comunidad” es equivocado, ya que las negaciones no se prueban, esto es, que no se debe probar con probabilidad de verdad que alguien no va a realizar una conducta, sino lo contrario, es decir, que está en posibilidad de ejecutar dicho comportamiento.

Finalmente, el censor resume así sus pretensiones: i) con base en los cargos principales, solicita casar la sentencia por no estar demostrada la participación del procesado en los acontecimientos de marras; ii) subsidiariamente, casar el fallo por la atipicidad del delito de hurto calificado y agravado, y iii) en el evento de prosperar sólo la casación parcial planteada en los dos cargos subsidiarios en el sentido de retirar la causal de agravación de la cuantía, proferir decisión de reemplazo en la que se otorgue al acusado alguno de los subrogados penales a que tiene derecho.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en lo sustancial, estima que el cargo principal está llamado a prosperar, habida cuenta que, excusando la equivocada postulación como falsos juicios de identidad, los errores denunciados encuentran apropiado desarrollo por la senda del falso raciocinio, y resultan trascendentes ya que los indicios contruidos por el Tribunal, muy por el contrario de lo afirmado en la sentencia atacada, sólo dejan campo a una duda insalvable acerca de la verdadera participación del procesado como coautor de las conductas punibles endilgadas, siendo perentoria su

absolución en aplicación del apotegma de *in dubio pro reo*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Precisión inicial

No obstante las inconsistencias en que incurre el actor al presentar los reproches y pese al ocasional distanciamiento de las estructuras de referencia argumentativa a las que está sometida la vía de ataque seleccionada, es criterio de la Sala que una vez la demanda se ha declarado ajustada, la censura no puede descalificarse por razones de técnica, y lo procedente es emitir decisión de fondo, como en efecto aquí lo acometerá, pues el caso ofrece la oportunidad de reiterar la jurisprudencia de la Sala en cuanto al tema de la prueba por indicios, máxime que ciertamente se percibe la equivocada construcción y valoración de esos elementos de conocimiento indirecto en la sentencia de segunda instancia, con incidencia en la decisión condenatoria, como igualmente lo hace notar la Delegada de la Procuraduría.

2. El indicio

Como se sabe, y lo ha repetido la Sala en diversos pronunciamientos⁶, el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho (indicador o indicante) del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado) hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.

Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados de graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y de leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece.

De conformidad con la previsión legal sobre la prueba indiciaria, al efecto establecida por los artículos 284 y siguientes de la Ley 600 de 2000 (la cual gobernó la presente actuación —Decreto 2700 de 1991, artículos 300 a 303—), el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión); ha de ser indivisible, pues los elementos que lo integran no pueden a su vez tomarse como hechos indicadores de otros acaecimientos fácticos; independiente, ya que a partir de un hecho indicador no pueden estructurarse varios hechos indicados.

Necesario se hace resaltar que en materia de prueba indiciaria, además de la acreditación del hecho indicante, de la debida inferencia racional fundada en las reglas de la sana crítica y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las construcciones de ese orden, es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta su articulación⁷, de forma tal que los hechos indicadores sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y

las deducciones o inferencias realizadas con cada uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución.

La valoración integral del indicio exige entonces al juzgador contemplar todas las posibilidades confirmantes e invalidantes de la deducción, pues rechazar cualquiera de las que puede ofrecer un hecho indicador, desestimándolo expresa o tácitamente sólo porque el juez ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, es alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la estimación probatoria.

De ahí que en la apreciación de los indicios el juzgador, como ocurre con todos los medios de prueba, debe acudir a las reglas de la sana crítica, para establecer el nivel de probabilidad o posibilidad y en tal medida señalar si son necesarios o contingentes (graves o leves), y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación.

La connotación de necesarios, contingentes-graves o contingentes-leves, no corresponde a nada distinto del control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

Se trata de una ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo que corresponde al indicio, bien de necesario cuando el hecho indicado se releva como conclusión unívoca e inequívoca a partir de la inferencia fundada en el hecho

indicante, de contingente-grave si constituye el efecto más probable, o de contingente-leve, si se muestra apenas como una entre varias probabilidades.

Por último, hay que recordar que cuando de atacar en sede de casación la prueba indiciaria se trata, es obvio que un ejercicio semejante sólo puede acometerse por los cauces de la violación indirecta y en tal medida al actor le corresponde precisar cuál de las partes integrantes del indicio es el objeto de su censura, es decir, si el vicio se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, atendida su convergencia y concordancia, o de la fuerza de convicción que emana de su análisis conjunto.

Cuando el vicio recae en el hecho indicador, como el mismo debe estar acreditado con otro medio de prueba, los yerros susceptibles de plantear son tanto de derecho, como de hecho.

De derecho porque el juzgador pudo haber admitido y valorado como prueba fundante del hecho indicador alguna ilícita o irregularmente aportada al proceso y por lo tanto inválida; ahora, como en ningún caso la prueba indiciaria está dentro del proceso penal sometida a tarifa legal, naturalmente frente a ella la modalidad de error de derecho conocida como falso juicio de convicción no es susceptible de ser propuesta.

Y también son admisibles como hipótesis de ataque del citado elemento del indicio las diferentes modalidades de error de hecho, dado que la prueba de la circunstancia conocida pudo haberse supuesto; o bien porque se dejó de valorar otro medio demostrativo que la neutralizaba o disolvía; o porque se tergiversó su contenido material haciéndole decir algo que no decía; o porque en el proceso de estimación que condujo a afirmar la premisa a partir de la cual se hará luego la inferencia, se desconocieron los principios de la sana crítica.

Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, del análisis de la convergencia o concordancia de los indicios, o del grado de convicción que arroja su apreciación conjunta, como todo ello es el resultado de un proceso intelectual valorativo, la única vía posible de cuestionamiento es bajo la modalidad de error de hecho por falso raciocinio, es decir, por la ostensible transgresión de alguno de los postulados que informan la sana crítica (reglas de la lógica, leyes de la ciencia, o máximas de la experiencia y el sentido común), luego, para que el cargo quede correctamente formulado, es imprescindible concretar el error y demostrar cómo ha sido transgredida o desconocida una ley científica, un principio de la lógica o una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios especializados en una determinada materia.

No está demás precisar, para terminar, que cuando el ataque apunta a derruir la inferencia lógica o los sucedáneos elementos del indicio, ello supone como condición lógica del cargo, aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si ésta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque, y sólo por excepción cabe la posibilidad de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, a condición de que los cuestionamientos se propongan en cargos distintos y de manera subsidiaria.

3. Fundamentos del fallo atacado

Con el fin de evidenciar los errores de estimación probatoria es necesario reconstruir de manera sintética, pero fidedigna, los argumentos con base en los cuales el Tribunal llegó a la certeza de la participación del procesado, en calidad de coautor, en los delitos investigados, razonamientos que consisten en lo siguiente:

3.1. El acusado señaló en la indagatoria que Jorge Fernández Mayorga llegó al inmueble y se percató del hurto a las 7:00 p.m., pero de acuerdo con el testimonio de éste y las

minutas de portería se sabe que fue, aproximadamente, a las 8:15 p.m, contrariedad en la que no podía incurrir el acusado porque una de sus funciones como vigilante era llenar la bitácora de entrada y salida de residentes o visitantes, además que tal imprecisión no puede atribuirse al rigor del tiempo, ya que los documentos aludidos fueron allegados al expediente por el mismo procesado.

Por lo tanto esa “promulgación de una cronología errada” acerca de la hora en que llegó el denunciante es indicativa de que el acusado “intentó manipular desde su narrativa los hechos”, con el fin de hacer creer a la judicatura que el asalto ocurrió en el turno de vigilancia anterior al suyo.

Tal conclusión la robustece el Tribunal advirtiéndole que del testimonio de William Edwin Carvajal Popayán, guardia que el día de los hechos antecedió en esa labor al acusado, se infiere que éste “arribó a su lugar de trabajo en hora y forma inusitada”, toda vez que aquél indicó que el procesado llegó a las 5:00 p.m., “es decir con una hora de antelación, como quiera que el deber era llegar con 15 minutos de precedencia a la hora indicada...”, además que “no lo hizo en su bicicleta, como habitualmente correspondía, sino en colectivo...”.

Por lo tanto, razona el ad quem, “todo estaba premeditado” y al llegar “a su lugar de trabajo en hora y forma inusitada... la pretensión que asistía al sindicado era la de arribar temprano al inmueble con el fin de procurar la salida precipitada de su compañero, para de esta manera hacer creer que el punible agotado se surtió en el horario que le concernía a este último y así sustraer su nombre de cualquier eventual acusación”.

3.2. Destaca el Tribunal que el denunciante Fernández Mayorga aseveró en una de sus ampliaciones que el día de los hechos, cuando ingresó al edificio, el acusado se acercó a su carro y le manifestó que la señora Myriam Eliana Quevedo de Botero se había

presentado en la copropiedad, pero que él (el procesado) no le hizo entrega de un sobre de manila porque no sabía que era para ella, circunstancia que al ofendido le pareció extraña pues la encomienda tenía anotado el nombre de la persona a la que estaba dirigida y aquél sabía el destino de la misma, además que Fernández corroboró luego que Quevedo de Botero no estuvo en el edificio, como así también lo informó ésta en declaración rendida en el presente proceso.

Con base en esa situación extraída del testimonio de la citada víctima, el ad-quem concluye que el enjuiciado, aun cuando no fue interrogado por tal suceso, “mintió respecto de la presencia de la señora Quevedo de Botero en la unidad residencial” y que esa circunstancia “dice bastante de su compromiso en el hurto”, como igual lo entendió el denunciante “en el sentido de que con ella se intentó otorgar tiempo a los malhechores”.

Además, como Javier Fernando Sánchez Correa, residente en el apartamento 902 del citado inmueble, manifestó que la fecha de los hechos, en horas de la noche, vio descender del piso décimo por las escaleras “algunas personas extrañas al edificio, de vestimenta informal, nada común a lo habitado en el mismo”, según el ad-quem, ello es demostrativo de que el acusado también “mintió” al sostener en la injurada que durante su jornada de labores nadie extraño entró ni salió de la copropiedad, lo cual corrobora “su interés y compromiso en los hechos por los que resulta juzgado”.

3.3. La inspección realizada en el juicio y la prueba testimonial recauda, acreditan que el edificio “KORINTIAS” posee sólo dos vías de acceso: una vehicular y otra peatonal, las cuales son controladas exclusivamente por el vigilante a través de un mecanismo electrónico y con llave, respectivamente, luego, colige el Tribunal, los asaltantes tuvieron que ingresar y salir de la copropiedad con el concurso del celador de turno.

3.4. Por último, destaca el ad-quem que Carmen Lucrecia Mayorga de Fernández, en su

testimonio, señaló que la residente del apartamento 1001 le comentó que las luces de ese inmueble los asaltantes las habían dejado encendidas, tal como ocurrió en el de aquella, según se lo informó su hijo Jorge Fernández Mayorga, por lo que de allí se infiere que el saqueo ocurrió de noche, cuando el acusado estaba en posesión de su labor, además que en anterior oportunidad, en el apartamento 401 del edificio en mención, se presentó un hurto durante el turno del acusado, como igual aconteció en el apartamento 402, constituyendo esto “un indicio grave de responsabilidad en su contra”.

4. Los errores de estimación probatoria

4.1. Sea lo primero destacar la equivocación del actor al sostener que se configura un falso juicio de existencia por suposición, con base en que, atendida la naturaleza de la indagatoria, por prohibición legal, de su contenido no es posible extraer valoración negativa contra el procesado, pues, desde una perspectiva estrictamente técnica, de ser correcta esa propuesta, el error que debió denunciar no es de hecho, sino de derecho, consistente en un falso juicio de convicción —el cual, como se sabe, se configura cuando se da valor probatorio a un medio de conocimiento al que el legislador le ha negado tal connotación—.

Ahora bien, el artículo 337 de la Ley 600 de 2000, vigente para cuando se vinculó mediante indagatoria al procesado, así como el 358 del Decreto 2700 de 1991, en vigor para el momento en que ocurrieron los hechos, son desarrollo del artículo 33 de la Constitución Política, el cual recoge con carácter de principio constitucional, el llamado por la doctrina y la jurisprudencia, derecho de no autoincriminación, de acuerdo con el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes cercanos, ni a confesarse culpable del hecho que se le imputa.

La admonición expresada en las normas procesales en cuestión (ambas de contenido semejante), en el sentido de advertir previamente al indagado acerca del

alcance de ese derecho, busca asegurar que al momento de rendir indagatoria tenga conciencia de que es titular de esta garantía, y que si decide confesar el hecho y/o declarar contra las personas resguardadas por el mandato, es porque desea hacerlo voluntariamente; se trata, en otras palabras, de evitar que al presentarse declaración inculpativa, ello pueda ocurrir por desconocimiento de esa prerrogativa, o porque el implicado entienda o pueda entender equivocadamente que tiene un compromiso indisoluble con la verdad.

Empero, del contenido de los señalados preceptos, ni de sus fines, puede concluirse que si voluntariamente el procesado decide rendir indagatoria, lo narrado por él no pueda ser objeto de prueba ni tenido como tal, ya que una tal intelección de la norma desconocería la triple función desempeñada por esa diligencia, a saber: como mecanismo de vinculación legal del imputado al proceso penal, instrumento de defensa de éste, y medio de prueba tanto de los hechos debatidos como de las manifestaciones vertidas por aquél.

Otra cosa es que si el implicado decide guardar silencio, esto es, si enterado de su derecho a la no autoincriminación, se niega a rendir la indagatoria, de tal comportamiento, por mandato legal, no puede deducirse indicio alguno contra él, como perentoriamente lo consigna el artículo 337 de la Ley 600 de 2000, y se infiere de la redacción del 359 del Decreto 2700 de 1991.

No obstante la anterior precisión, impera señalar que el dislate en que incurrió el demandante no es óbice para comprender el sentido y alcance de los cuestionamientos que propone en los dos cargos principales, ya que en ellos predica la ocurrencia de diversos errores de hecho en la elaboración del conjunto de indicios expuestos en el fallo demandado como sustento de la condena, vicios que tienen efectiva y trascendente configuración.

4.2. En efecto, ha de empezar, entonces, la Sala por referirse a los aspectos que el Tribunal denomina “intento de manipular desde su narrativa los hechos” o “promulgación de una cronología errada” y “arribo a su lugar de trabajo en hora y forma inusitada”, como hechos indicadores con base en los cuales concluye que el acusado pretendía hacer creer a la justicia que el asalto a los apartamentos 1001 y 1002 del edificio “KORINTIAS” ocurrió antes de su respectivo turno de vigilancia para así sustraer su nombre de cualquier imputación⁸.

4.2.1. Es cierto que el acusado en la primera versión de indagatoria (rendida el 13 de junio de 2003) y en la correspondiente ampliación en el juicio (recibida en sesiones del 13 y 24 de mayo de 2005), sostuvo en principio que el denunciante Fernández Mayorga llegó a la unidad residencial a eso de las 7:00 p.m., aspecto que reiteró en su segunda intervención; sin embargo, en esta última oportunidad, al ser confrontado con los registros que hizo en la minuta de entrada de vehículos de residentes, en la cual anotó el arribo de esa víctima a las 8:15 p.m, o “20:15”, y en la de novedades, en la que glosó el suceso como ocurrido a las “18:20” o 6:20 p.m., no pudo explicar satisfactoriamente el por qué de esas imprecisiones, arguyendo que la primera obedecía al tiempo transcurrido desde hecho investigado, y la segunda a un posible error involuntario⁹.

El ad-quem le restó eficacia a la justificación ofrecida por el procesado aduciendo que el olvido atribuido al rigor del tiempo debía descartarse porque “...las minutas contentivas de los prementados horarios fueron aportadas al despacho por el mismo procesado, y más aún que él mismo reconoció la procedencia de las mismas, [como] se aprecia diáfananamente a folio 62 de la encuadernación primigenia”, y que el registro del suceso “...escasos 20 minutos después de asumido su cargo...” estaba dirigido a “...hacer creer que el hurto de marras fue agotado en un horario que no correspondía al de su labor...”¹⁰.

Sin embargo, tales conclusiones del Tribunal están fincadas en un falso juicio de identidad de los elementos de prueba que alude, pues, en primer lugar, a folio 62 del cuaderno original principal obra la copia (el original corre a folios 53 a 61 del mismo cartapacio) del informe suscrito por Leonardo Patiño, Gerente Operativo de la empresa de seguridad ASEV LTDA., a la que estaba vinculado el acusado, rendido el 9 de agosto de 2000 al funcionario instructor, cuyos anexos son justamente los folios de la minuta de entrada y salida de vehículos de residentes, y de la de visitantes, correspondientes a la fecha de los hechos, lo cual evidencia que el juez de segundo grado equivocadamente apreció ese elemento de prueba atribuyendo su autoría y aporte al procesado, cuando no es así, y por ello entendió, sin fundamento cierto, que éste no podía haber olvidado esas anotaciones, sino que debía ser conciente de las mismas.

En segundo lugar, la exacta y completa apreciación de los folios de la minuta de novedades o de entrega del puesto, glosados en el cuaderno de la parte civil, en las que se consignó por el acusado la ocurrencia del suceso a las “18:20”, impiden afirmar sin temor a equívocos que su intención era hacer creer que el hurto se descubrió a los pocos minutos de asumir la jornada de labores y que por lo tanto habría tenido configuración en el turno anterior al suyo, ya que en esa misma glosa puede leerse la constancia de puño y letra del enjuiciado en el sentido de que se presentó a recibir el puesto a las “17:15”, esto es, a las 5:15 p.m., luego ninguna manipulación hizo de su de llegada, siendo posible entonces que la hora anotada del suceso tenga explicación en un error involuntario en el momento de sentar el comentado registro.

4.2.2. Ahora bien, debido a la distorsión de las citadas pruebas no sólo se incurrió en la desacertada construcción indiciaria, sino que el Tribunal también cometió un error semejante al concluir que la hora y la forma en que llegó aquél a su lugar de trabajo fue “inusual”, constituyendo ese un comportamiento “predeterminado” para buscar la “salida precitada” de su antecesor, e igualmente “hacer creer” que el hurto se agotó en el horario de labores de éste.

Según el ad-quem, de acuerdo con el testimonio de William Edwin Carvajal Popayán, ROSERO arribó a su lugar de trabajo “a las 5:00 p.m., es decir, con una hora de antelación” cuando el deber “era llegar con 15 minutos de precedencia a la hora indicada”, esto es, a las 6:00 p.m., momento en que empezaba su turno de trabajo. Siendo cierta la hora de inicio de labores del acusado en la fecha de los sucesos, las demás afirmaciones corresponden a una desfiguración de lo puntualizado por el citado testigo, quien acerca de tal aspecto señaló lo siguiente:

“...él [ROSERO] ese día llegó a las cinco de la tarde, y él debe de recibirme a las cinco y veinte o cinco y media, ese día a él lo llevaron en un colectivo, no le vi las placas pero él me dijo que era el cuñado, él siempre llegaba en la bicicleta y ese día solamente llegó en el colectivo, cuando él llegó entró y se cambió y me dijo que ya me podía ir, yo le dije que un momento porque le iba a echar cloro a la piscina, la piscina está en la terraza y de regreso me vine pasando revista por los apartamentos que están en los diferentes pisos y todo estaba normal, yo subí solo a la piscina y también revise solo los apartamentos porque así se hacía siempre, es decir, el que salía le corresponde revisar...”¹¹

Como se observa, no es verdad que el procesado hubiese llegado con “una hora” de anticipación; su arribó fue entre veinte y treinta minutos antes porque su deber, según el testigo, era recibir el turno a las 5:30 p.m., y aun aceptando que el acusado se presentó con algunos minutos de antelación, de tal hecho no puede deducirse lo concluido por el juez de segundo grado debido a los siguientes aspectos acreditados con las mismas pruebas: de una parte, que el acusado en momento alguno negó su llegada temprana al sitio de labores —sostuvo en indagatoria que se presentó entre 5:15 y 5:30 p.m.—, y de otra, que el ejercicio y control de su labor no lo asumió inmediatamente a su llegada, sino, tiempo después tal y como lo indicó Carvajal Popayán y lo corrobora la minuta de novedades del puesto de trabajo, en la cual consta, conforme a anotación elaborada por éste, que el turno lo entregó a su sucedáneo, el procesado, hasta las 6:00 p.m.¹²

Además, el arribo del acusado en un medio de transporte distinto al acostumbrado, tampoco puede acertadamente calificarse de “comportamiento premeditado” con la finalidad anunciada, toda vez que la misma prueba referida por el fallador plural explica que ello se debió a un encuentro ocasional y fortuito con un familiar. Así lo refirió el procesado en su injurada, y lo da a entender Carvajal Popayán en su testimonio al ser interrogado de la siguiente manera:

“PREGUNTADO. El día de los hechos el señor ROSERO dejó la bicicleta o la llevó en el colectivo. CONTESTO: La llevó en el colectivo, él no me dijo referente al por qué la habían llevado en el carro siendo que siempre llegaba en la bicicleta”¹³.

En conclusión, la apreciación fidedigna y completa de los elementos de conocimiento citados por el ad-quem, descarta como conclusión unívoca que el acusado hubiese preordenado su comportamiento, dentro de un común acuerdo delictivo, para llegar más temprano y de manera inusual a su lugar de trabajo, con el fin de permitir o facilitar el acceso en el turno anterior al suyo de quienes cometieron el hurto a los apartamentos 1001 y 1002 del edificio “KORINTIAS”, para así, según el ad-quem, hacer creer que el asalto ocurrió en la precedente jornada de trabajo.

4.3. Respecto del llamado indicio de mentira construido por el Tribunal con base en situaciones extraídas del testimonio de uno de los denunciantes y el de un residente de la mencionada copropiedad¹⁴, se ofrece oportuno recordar el significado de la expresión mentir, precisado ya en otra oportunidad por la Sala:

“Mentir es decir lo contrario a lo que se sabe, se cree o se piensa. Es falsificar una cosa, mudarla, fingirla o disfrazarla, haciendo que por las señas exteriores parezca otra. Es faltar a lo prometido, quebrantar un pacto. Es sinónimo de embustear, engañar, urdir, tramar, faltar a la verdad, enredar, fingir, adulterar, alterar, timar, confundir y embaucar.

“Mentira, entonces, es la expresión o manifestación contraria a lo que se sabe, se cree o

se piensa y, por tanto, equivale a embuste, engaño, infundio, conseja, patraña, subterfugio, treta y fraude.

"A mentir se oponen descubrir, abrir, orientar, hablar claro, orientar, reconocer y revelar; y a mentira, realidad, veracidad, exactitud, certeza, sinceridad, honradez, rectitud y franqueza.

"Los pueblos y los grandes pensadores, por ejemplo Platón, San Agustín, Kant y Montaigne, han rechazado la mentira, porque, sobre todo, va en contra del interés público; porque si se admitiera, la sociedad podría hallarse sumida en una atmósfera irrespirable; porque si se asumiera, la confianza del hombre en los demás resultaría minada; porque la fe y la confianza en los demás es una condición necesaria para la coexistencia en una sociedad ordenada; porque las comunidades solo pueden funcionar a partir de la presunción de probidad; y porque no hay lazo que mas una a los hombres que la confianza en sus palabras.

"No obstante, por excepción, también se ha aceptado la mentira, por ejemplo cuando el hombre acude a ella para protegerse de una violencia o de una agresión; cuando está de por medio el bien común; cuando compele a ella el interés general; cuando es usada en pro del interés nacional; cuando se justifica por una buena causa; cuando la verdad es callada por prudencia y mesura, para no lesionar a los demás; cuando la manifestación de la realidad puede generar o intensificar un conflicto; cuando es utilizada para ocultar mentiras peores y para proteger verdades importantes; cuando produce más bien que mal, etc."15.

4.3.1. De acuerdo con lo anterior, el comportamiento consciente de presentar hechos o circunstancias contrarias a la realidad es lo que da forma a la acción y efecto de mentir, de suerte que para probar que alguien miente es necesario acreditar objetivamente y con carácter cierto un determinado evento, y luego que quien se refirió a

esa circunstancia intencionalmente falsificó, la mutó o tergiversó para que pareciera otra.

En el presente asunto, según ampliación de la queja por parte de Jorge Fernández Mayorga, rendida a los pocos días de los hechos, ese día el procesado lo interceptó al llegar al edificio para comentarle una situación que no ocurrió: la visita de una tercera persona a la copropiedad a la que aquél le había dejado un sobre en recepción y que éste no entregó pretextando desconocer su destinatario, no obstante que allí estaba anotado el nombre de a quién se dirigía, comportamiento que después el denunciante entendió como orientado a “otorgar tiempo a los malhechores” que habían cometido el asalto.

Empero, aceptando que ese episodio ocurrió como lo narró el ofendido y sin discutir la credibilidad otorgada al mismo por el juez de segundo grado, lo cierto es que respecto de tal circunstancia o actuación probablemente indicativa del compromiso del acusado en los delitos, a pesar de su evidente relevancia, el enjuiciado no fue interrogado por aquella en alguna de sus intervenciones, motivo por el que no puede afirmarse que faltó a la verdad ante la justicia en las explicaciones suministradas acerca de los aspectos fácticos que dieron lugar a su vinculación con los sucesos investigados.

En otras palabras, el hecho indicante no está firmemente acreditado, además que sostener, como lo hace el Tribunal, que como la aseveración del denunciante estuvo desde el inicio aneja al expediente y no fue contradicha por el procesado, merece absoluta credibilidad, equivale bien a hacer deducciones adversas al acusado con base en su silencio, lo cual no es permisible por expreso mandato legal, o ya, con menoscabo de su derecho de defensa, a atribuirle responsabilidad con sustento en una circunstancia por la que no fue expresamente indagado y que por lo tanto no tuvo oportunidad de controvertir.

4.3.2. Ahora bien, tampoco es afortunado concluir que el acusado “mintió” porque un residente sostuvo que en horas de la noche vio “personas extrañas al edificio”

y en cambio aquél afirmó que durante su horario de labores no ingresaron ni salieron personas ajenas a la copropiedad, ya que observada en su genuina expresión fáctica la aludida declaración testifical, se advierte que la versión del residente en este aspecto es absolutamente ambigua e imprecisa.

El elemento probatorio en el que se materializó el error por parte del Tribunal es el testimonio de Javier Fernando Sánchez Correa, residente en el condominio en el apartamento 902, quien, dicho sea de paso, indicó que la fecha de autos estuvo todo el tiempo en ese domicilio y que no escuchó ruido alguno o movimiento inusual en el piso inmediatamente superior, esto es, en el que están los apartamentos saqueados mediante el ingreso violento a sus dependencias; ahora, en cuanto al aspecto que aquí interesa relató en su primera intervención (el 3 de octubre de 2000) que del hurto se enteró al otro día por comentario del vigilante de la mañana (Carvajal Popayán) a quien le manifestó:

“...que había visto en el noveno piso, cuando salía del ascensor hacia el apartamento, siendo aproximadamente las ocho o nueve de la noche, a más de dos hombres, no se cuántos, si sé que eran más de dos porque se escuchaban varias voces de hombres, bajaban por las escaleras del piso 10, que no eran del edificio, no me gustó su apariencia y lo que hice fue abrir mi puerta e ingresar, si me pareció raro porque las escaleras casi no se usan, todos usamos el ascensor, en ese instante relacioné que como el día anterior se había hecho un trasteo, podían ser los mismos, le resté importancia y dejé la cosa así... De lo poco que alcance a ver eran jóvenes o sea de unos 19 o 20 años, más que todo escuché sus voces, no recuerdo lo que decían, vi dos siluetas pero eran varias voces, eran de tez trigueña clara, cabellos oscuros pero tenían puestas gorras deportivas, no recuerdo como vestían, no les vi nada en las manos, al parecer se dirigían hacia abajo... Preguntado. Estas personas portaban elementos tales como herramientas, objetos o demás. Contestó: No les vi nada, sólo les vi las siluetas, y cuando los vi después los relacioné con los del

trasteo del día anterior...Ese día baje en compañía de mi novia a la portería a comprarnos una pizza siendo entre siete y ocho de la noche, a esa hora estaba WILSON en la portería, habían varias personas, un señor alto de unos 60 años, unos niños y unas señoras, todos eran visitantes, habían unos residentes que estaban despidiendo a las otras personas que eran visitantes, yo intercambié saludos, salí me demoré una hora y cuando regresé ya no habían personas en la portería, nos abrió un niño como de 12 años bien vestido, blanco, no se quien era, en ese momento no estaba WILSON, no se dónde estaría, me subí nuevamente, vi todo normal, aunque en ese momento todavía no tenía conocimiento del hurto..." (subrayado ajeno al texto)¹⁶.

Como puede observarse el relato del declarante es absolutamente ambiguo: aun cuando afirma que vio a más de dos personas, luego sostiene que la cantidad la deduce porque escuchó varias voces de hombres, después indica que sólo observó dos siluetas, y sin embargo más adelante sostiene que se trataba de jóvenes de 19 a 20 años, de tez trigueña, cabellos oscuros con gorra deportiva, cuya apariencia no fue de su agrado y a quienes relacionó con el personal que el día anterior había hecho un trasteo (circunstancia ésta última acerca de la cual nada se indagó).

Al ampliar su declaración en el juicio (en sesión de 11 de julio de 2005)¹⁷ el testigo adujo lo siguiente acerca de las personas que observó la noche de los hechos, cuando fue interrogado por la defensa en cuanto a si podían ser de la Policía, la Fiscalía:

"...Yo me reafirmó en mi declaración anterior esto por ser un puente ese domingo yo estuve estudiando, escuchando música, viendo películas, por lo tanto un manejo del tiempo sería impreciso de mi parte ahora, pues realmente estaba relajado, acompañado por mi novia y digamos en las escaleras yo vi unas personas pero no podría establecer si eran de la policía o cuerpo técnico. No sabría, podría ser... PREGUNTADO. Sírvase indicarnos a qué horas notó la presencia de los individuos extraños por las escaleras

del edificio. CONTESTO. Pues como lo dije anteriormente, por la calidad de ser un puente festivo y el hecho de haber estado muy disipado viendo las películas, me es difícil precisar la hora en que yo los vi, pero pensando un poco en que estaba finalizando la película, esto me lleva a pensar que fue alrededor de las nueve de la noche, no tengo una hora precisa... PREGUNTADO. Díganos si la presencia de los individuos extraños que vio, fue antes o después de comprar la pizza. CONTESTÓ. En el momento en que voy a salir del apartamento los vi en las escaleras, no los vi en la portería, yo salí, bajé a mi carro a traer la plata, en el momento en que salgo del ascensor y cuando estoy llegando a mi puerta es que siento las voces de estas personas, uno se sorprende un poco, mi novia me estaba esperando en el apartamento y le ataje a esperar que ellos pasaran. Los vi, es decir las siluetas y como siempre las personas de ahí están bien vestidas, como ellos iban informales, prescindí de saludarlos y no me pareció sospechoso, iban muy desprevenidos y haciendo bulla. Ellos pasan, yo no los volví a ver, salimos, tomamos el ascensor, bajamos y ahí estaba Wilson, con unos residentes y estos estaban despidiendo a unas personas, incluso una persona de edad, alta, saludamos, buenas noches y salimos. Mientras definimos qué es lo que comemos, llegamos al sitio y luego regresé y ella me dejó y ya ahí me abrió un niño, entré al edificio. ...el niño tenía buena presencia, no supe quien era el niño, no sabría precisar si era residente, le calculo unos 12 o 14 años... le dije hola y seguí...”
(subrayado fuera de texto).

La apreciación integral de las narraciones del testigo en cuestión, no permiten concluir certeramente, como lo entendió el ad-quem, que las personas aludidas por el declarante fueron quienes perpetraron los hurtos con la aquiescencia del procesado y que por eso éste “mintió” al sostener que nadie ingresó o salió del edificio en su turno de trabajo, pues de la citada declaración apenas podría concluirse que el día de autos en la copropiedad, en horas de la noche, por las escaleras descendían unas personas que no fueron del agrado del residente debido a las prendas que vestían, y aún aceptando

que fueran extraños, pudo tratarse de visitantes de otro apartamento, de miembros de la autoridad que llegaron a conocer del caso o, incluso, del personal que el día anterior había practicado una mudanza, hipótesis que quedaron sin despejar en la investigación.

4.4. Respecto a que el ingreso y salida de visitas al condominio era restringido y controlado exclusivamente por el vigilante que estuviera de turno¹⁸, tal hecho carece de certera e indiscutible confirmación, ya que la misma prueba relacionada por el fallador de segundo grado, apreciada por éste de manera fragmentada, revela que ello no era así por la época de los hechos.

4.4.1. De una parte, según el testimonio del guardia William Edwin Carvajal Popayán, cuando las visitas se presentaban con algún residente no se dejaba de ello registro en la correspondiente minuta, así lo expresa el citado testigo en relación con una de las personas que aquí resultó afectada con los asaltos:

“...PREGUNTADO: Durante la ausencia de la señora CARMEN LUCRECIA y su esposo, observó usted que el señor Jorge Fernández ingresara al edificio con personas desconocidas para usted. CONTESTÓ: Él entraba con mujeres, creo que eran compañeras de trabajo, esas mujeres eran distintas a la novia, esas mujeres nosotros no las reportábamos en el libro porque no quedaba bien irles a preguntar cómo se llamaban si iban con él...”

4.4.2. En segundo lugar, de acuerdo con la declaración del residente del apartamento 902, es decir, de Javier Fernando Sánchez Correa, el ingreso al edificio no era autorizado en forma exclusiva por el vigilante, pues en su relato, transcrito párrafos atrás, señaló que a su regreso a la copropiedad, luego de ver las “siluetas” vestidas con ropa “informal”, un niño de doce o catorce años fue quien permitió su acceso al inmueble porque en ese momento no se encontraba el guardia en portería, lo cual implica

que la puerta peatonal podía ser abierta por cualquier persona.

4.4.3. Y por último, en el informe rendido al funcionario instructor por el Gerente Operativo de la empresa de seguridad ASEV LTDA.,¹⁹ a la que pertenecían los guardias que prestaban sus servicios al edificio “KORINTIAS” para la época de los hechos, documento cuya valoración fue igualmente distorsionada por el ad-quem, se pone de presente la imposibilidad de establecer si el día del asalto a los apartamentos, alguna persona ingresó y salió en el baúl de los vehículos que entraron y salieron, o si en los mismos se extrajo alguno de los elementos hurtados, debido a que para ese entonces no se revisaban los automotores por disposición directa de la administración, circunstancias confirmadas en declaración no sólo por quien fungía de administrador, Miguel Ángel Daza Arteaga²⁰, sino también por Javier Fernando Sánchez Correa.

Lo anterior implica, entonces, que no puede sostenerse como hecho apodíctico, como lo hizo el Tribunal, que las puertas de acceso vehicular y peatonal eran infranqueables para personas ajenas a la copropiedad porque su control era ejercido por el guardia de turno, ya que, como lo enseña la prueba, campea la posibilidad de que por los únicos sitios de acceso ingresaran y salieran personas sin el conocimiento o concurso de aquél.

De otra parte, no sobra destacar que en el citado documento se previene acerca de la probabilidad de que los atracos se ejecutaran “...enmarcados dentro de la modalidad de que algunos delincuentes arriendan propiedad dentro de los conjuntos residenciales para luego asaltar a los vecinos...”, y por ello se aporta un listado de propietarios y arrendatarios; además, igualmente se destacó en el aludido informe que el guardia de la jornada nocturna advirtió la actitud sospechosa de un visitante de uno de los apartamentos, sin embargo, acerca de esas hipótesis nada se ahondó en la investigación.

4.5. Resta analizar la atribución de responsabilidad al acusado con base en que como el

guardia Carvajal Popayán adujo que pasó revista a la copropiedad antes de entregar su turno y no observó ninguna novedad, y los integrantes de la familia Fernández Mayorga (madre e hijo) indicaron que las luces de los apartamentos 1001 y 1002 estaban prendidas, los saqueos en esos inmuebles tuvieron que ocurrir de noche, y por lo tanto en el turno del acusado, conclusión que el Tribunal tiene por corroborada por el hecho de que en anterior oportunidad se presentaron hurtos en los apartamentos 401 y 402 del edificio en ese mismo horario²¹.

4.5.1. En primer lugar, dando por descontado que efectivamente las luces de los referidos inmuebles fueron encontradas encendidas como lo indican el denunciante Fernández Mayorga y su progenitora, la deducción de que por esa circunstancia la incursión de los asaltantes fue en horas de la noche, apenas constituye una hipótesis posible y no la más probable, en la medida en que otros elementos de prueba permiten dudar de esa probabilidad.

En efecto, el ad-quem omitió apreciar el informe rendido el 28 de agosto de 2000 por el administrador Miguel Ángel Daza Arteaga, a raíz de los hurtos cometidos en los apartamentos 1001 y 1002, en el que precisó lo siguiente:

“El lunes 7 de Agosto madrugué para el edificio y para avisarle a José (el aseo), quien estaba aspirando la piscina, que no bajara por las gradas ni siquiera para hacer aseo, mientras se concluía con las huellas, indicios o las averiguaciones del señor Wilder del CTI, quien no había llegado en el momento. Subí por el ascensor y baje por las gradas con el fin de hablar con don Jorge Fernández y aproveché para revisar las puertas, encontrando que la puerta del apartamento 1101 estaba forzada, de lo cual nadie se había enterado...”²².

Además tampoco apreció en su totalidad el ad-quem la denuncia de Jorge Fernández Mayorga, pues en ampliación de su queja rendida el 16 de agosto de 2000, éste puso de

presente cómo pasaron inadvertidos para él los atracos en los apartamentos 1001 y 1101:

“PREGUNTADO: Para el momento en que usted se enteró del hurto perpetrado a su apartamento ya existía noticia del HURTO a los dos apartamentos que indicó anteriormente también habían sido objeto del mismo flagelo. CONTESTÓ: No, siendo las ocho y quince de la noche que llegué a mi residencia, fui el primero en enterarme de lo que había pasado en mi apartamento y no me había dado cuenta que también el apartamento 10-01 había sido objeto de los mismos bándalos, sino es porque uno de los agentes de la Policía que me visitó y me dijo “señor este apartamento también fue violentado, mire la puerta” y se refería al apartamento 10-01 vecino del mío. El día lunes 7 de agosto, el señor administrador del edificio MIGUEL ÁNGEL, cuando yo salía a las siete de la mañana para recoger al señor del C.T.I., me tope con el administrador quien venía por las escaleras y me dijo: Jorge el apartamento 11-01 también fue violentado...”²³.

Quiere decir lo anterior que los citados elementos de persuasión permiten dudar que los hurtos en los apartamentos 1001 y 1002 se hayan consumado necesariamente en el horario de labores que correspondía al procesado, pues, como lo advirtió el a-quo, surgen plurales interrogantes en cuanto a qué tan diligente fue la revisión de los apartamentos por parte del guardia que antecedió en turno al acusado o si efectivamente aquél llevó a cabo el recorrido por todos los pisos como lo señala en su testimonio, además que, sin calificar de falaz su atestación, es obvio que a Carvajal Popayán igualmente le asistía un interés por descartar la posibilidad de que los asaltos se cometieron en su jornada de trabajo, porque de ser así los efectos adversos serían para él.

4.5.2. Además de lo anterior, también le asiste razón al demandante en cuanto a que el Tribunal supuso la existencia de prueba que compromete la responsabilidad del procesado en los atentados contra el patrimonio ocurridos en los apartamentos 401 y 402 del

edificio “KORINTIAS”, pues respecto de tales sucesos no se aportó denuncia alguna y en la presente causa los afectados no fueron llamados a declarar, contando el proceso apenas con la escueta e insular alusión que respecto del evento acaecido en el primero de tales inmuebles hizo el denunciante Jorge Fernández Mayorga, y el administrador del edificio Miguel Ángel Daza Arteaga.

La verdad es que el Tribunal tomó como ciertas las conjeturas propuestas por la señora Lucrecia Mayorga de Fernández, acerca de la participación del procesado en un hurto ocurrido en el apartamento 401 de la citada copropiedad, cuando no hay elemento de conocimiento que así lo acredite, omitiendo valorar a este respecto el citado informe del administrador de la copropiedad, en el que acerca de tales sucesos se puntualiza lo siguiente:

“El día sábado 20 de junio [mes corregido en grafía manual “mayo”] de 2000, fue forzada la puerta del apartamento 401, propiedad del Dr. Fernández Muñoz.

“Ese día estaba de turno el señor Efrén Barreiro y de turno nocturno el señor José Wilson Rosero.

“Al preguntarle por las personas que habían entrado al edificio comentó que habían entrado unos señores a reparar un microondas al apartamento 402, propiedad de la señora Fabiola, y otros señores entraron al mismo apartamento a dejar unos muebles.

“Según la actitud y versiones de José Wilson, las empleadas del apartamento 402 y 802 podían ser las sospechosas, porque una de ellas salió del apartamento para irse y no salió del edificio. Se fue para donde la amiga del 802 y después la empleada del apartamento 402 salió y volvió a entrar cuando doña Fabiola, del apartamento 402, no estaba. El señor Fernando Muñoz colocó la demanda sobre el robo y solicitó un informe a la compañía sobre las averiguaciones.

"Cuando éste robo pasó la señora Fabiola le comentó al esposo lo sucedido y él le sugirió que sacara las joyas y se las llevara para Yumbo. Al recoger las joyas la señora Fabiola empezó a notar que le faltaban algunas, pero no sabe con certeza en que fecha sucedió hasta ese día. También constató que de una mercancía que le llegó al señor Héctor Sarria le hacían falta 2 (dos) paquetes de joyas sin precisar qué clase de joyas eran".

De acuerdo con el referido medio de prueba, allegado de manera legal y oportuna, aun cuando es probable que en el apartamento 401 ocurriera un atentado contra el patrimonio económico, no hay certeza de las circunstancias modales de su ejecución, tampoco respecto de la hora en que se presentó ese hecho y menos acerca de sus posibles autores. Y según el mismo documento, definitivamente no es cierto que en el apartamento 402, como lo dio por descontado el Tribunal, haya ocurrido un asalto de las mismas características al perpetrado en aquel inmueble o de los ocurridos en el 1001 y 1002, pues lo que allí pasó fue que la residente al tener noticia de ese primer hurto, revisó sus objetos de valor y echó de menos varias joyas sin poder precisar cuando ocurrió tal desposesión.

5. Conclusión

Los errores de estimación probatoria destacados en las consideraciones que anteceden, evidencian el carácter deleznable de los razonamientos expuestos en el fallo de segundo grado, cobrando, por el contrario, vigor la valoración probatoria consignada en la sentencia de primera instancia, merced a la cual se precisó la ausencia de prueba necesaria para llegar a la convicción acerca de la responsabilidad del acusado en los hechos investigados.

En otras palabras, los indicios elaborados por el ad-quem para sustentar la condena no permiten llegar a la certeza de que el enjuiciado JOSÉ WILSON ROSERO permitió el

ingreso clandestino de terceras personas a los apartamentos 1001 y 1002 del edificio “KORINTIAS” para cometer los delitos contra el patrimonio económico, y que luego también prestó su colaboración efectiva para que los mismos salieran de la copropiedad sin ser sorprendidos, y ante esa falta de certidumbre en el momento de proferir sentencia, ha de acudirse al amparo del apotegma in dubio pro reo, expresamente consagrado en el vigente ordenamiento procesal penal en su artículo 7° (Ley 600 de 2000), para prevenir el inaceptable riesgo de condenar a un inocente, extremo de la disyuntiva falladora más grave que el de absolver a un eventual responsable, pues, la justicia es humana y, por lo mismo, falible; de ahí que el acto soberano y trascendente de emitir sentencia de condena ha de estar anclado firmemente en prueba de irrefutable solidez; cuando ello no ocurre, se impone en nombre de esa misma justicia, decisión absolutoria.

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 la sentencia de segunda instancia con base en los reproches principales formulados al abrigo de la causal primera de casación, cuerpo segundo (Ley 600 de 2000, artículo 207-1).
2. En consecuencia, dejar vigente el fallo de primer grado mediante el cual, en aplicación del principio de in dubio pro reo, se ABSOLVIÓ a JOSÉ WILSON ROSERO de los cargos por los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso homogéneo.

Por secretaría cancelense las órdenes de captura, si las hubiere.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUÍS QUINTERO MILANES

Cita medica

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cuaderno original # 1, folios 1, 2, 6-10, 93-114, 123-125, y 133-140.

2 Ídem, folios 5, 24-28, 53-55, 140-144, 152, 155, 161, 175, 179-181, 238-242, 251 y 286-295.

3 Cuaderno original # 2, folios 205-252.

4 Cuaderno del Tribunal, folios 264-296, 304, 306, 309 y 314-349.

5 Cuaderno de la Corte, folios 6-41.

6 Cfr. Entre otras, sentencias de 8 de mayo de 1997, radicación N° 9858, 26 de octubre

de 2000, radicación Nº 15610; 8 de junio de 2003, radicación Nº 18583; 13 de septiembre de 2006, radicación Nº 23251; y 2 y 17 de septiembre de 2008, radicaciones Nº 24469 y 24212, respectivamente.

7 Cfr. NUEVA TEORÍA DE LA PRUEBA. Dellepiane Antonio. Editorial TEMIS S.A. 1991. Pág. 87-92.

8 Supr. 3.1.

9 Cuaderno original # 1, folios 57, 175, 179-181; Cuaderno original # 2, folios 58-70; y Cuaderno de la parte civil, folio 22-23.

10 Cuaderno original # 2, folios 272, 273 y 274.

11 Cuaderno original # 1, folio 126.

12 Cuaderno de la parte civil, folio 22.

13 Cuaderno original # 1, folio 126 vuelto.

14 Supr. 3.2.

15 Cfr. Sentencia de casación de 16 de marzo de 2005, radicación Nº 22407.

16 Cuaderno original # 1, folios 130-131.

17 Cuaderno original # 2, folios 117-120.

18 Supr. 3.3.

19 Cuaderno original # 1, folios 53-55.

20 Cuaderno original # 2, folio 107.

21 Supr. 3.4.

22 Cuaderno de la parte civil, folios 12-14.

23 Cuaderno original # 1, folio 6-10.