

Proceso nº 37231

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA No. 198-

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012)

VISTOS

Decide la Sala si es procedente admitir las demandas de casación presentadas por los defensores de Clovis Rafael Reales de la Cruz y, Jaime Enrique Gonzáles Villanueva, por una parte y Humberto Domingo Palmera Valeth, por otra, contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, por cuyo medio confirmó la condena impartida el 17 de marzo del mismo año por el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Manatí, en calidad de autores del delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Aproximadamente a las 9:30 a.m. del 12 de diciembre de 2009, en el corregimiento de Arroyo de Piedra, municipio de Luruaco-Atlántico, Santander Segundo Gómez Echavez, guarda de seguridad de la empresa Valores y Contratos S.A. observó desde lo alto de un cerro a Clovis Rafael Reales de la Cruz, Jaime Enrique Gonzáles Villanueva y Humberto Domingo Palmera Valeth, empleados de la misma sociedad,

extrayendo combustible -ACPM- de los cargadores de la cantera, que envasaron en 22 pimpinas, para luego, transportarlo en una volqueta y esconderlo en una zona enmontada aledaña.

Como quiera que el vigilante interceptó dicho vehículo, pero en él solo encontró recipientes vacíos, se dirigió al sendero que había transitado el automotor, encontrando las pimpinas de ACPM y a un sujeto que llevaba dos de ellas y no logró identificar por cuanto al verse sorprendido emprendió la huida.

2. Estos hechos fueron denunciados el mismo día por Alexander Javier Santiago Arroyo, representante judicial de Valores y Contratos S.A.1.

3. El 11 de junio de 2010, ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Luruaco, se legalizó la captura de Humberto Domingo Palmera Valeth, oportunidad en la que la Fiscalía Novena Seccional de Sabanalarga le imputó el delito de hurto calificado y agravado previsto en los artículos 239, 240 y 241 del Código Penal. En la misma diligencia se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio2.

Al día siguiente, se procedió en similar sentido en relación con Clovis Rafael Reales de la Cruz y, Jaime Enrique Gonzáles Villanueva, con la diferencia que el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Sabanalarga no les impuso medida de aseguramiento alguna3.

4. El 7 de julio de 2010, la Fiscal Novena Seccional de Sabanalarga presentó el escrito de acusación contra los imputados por las referidas conductas punibles, al tenor de los artículos 239, 240 -con la modificación del canon 37 de la Ley 1142 de 2007- por “haberse cometido sobre combustible que se llevaba en los medios motorizados”4 y 241.9.10 de la Ley 599 de 20005.

5. Ante el Juez Promiscuo Municipal con funciones de conocimiento de Manatí, el 19 de julio de ese año el ente acusador formuló la acusación en los términos del escrito correspondiente⁶.

6. Celebrada la audiencia preparatoria y concluido el juicio oral, el juez profirió sentencia contra los acusados y los condenó a la pena principal de sesenta y tres (63) meses de prisión y a la accesoria de “interdicción de derechos y funciones públicas”⁷ por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad, en calidad de coautores del delito de hurto calificado y agravado en grado de tentativa. Igualmente, les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁸.

7. La sentencia, apelada por la defensa técnica, fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en fallo del 15 de junio de 2011⁹.

8. A través de sus defensores, dentro de la oportunidad legal, los procesados interpusieron el recurso extraordinario de casación¹⁰ y presentaron las demandas correspondientes¹¹.

9. El asunto fue remitido a la Corte.

LAS DEMANDAS

1. A favor de Clovis Rafael Reales de la Cruz y, Jaime Enrique Gonzáles Villanueva.

Una vez el demandante identifica a los procesados y a la defensa y la sentencia impugnada y sintetiza los hechos y la actuación procesal, enuncia la postulación de dos cargos -principal y subsidiario-.

1.1. Primer cargo (principal).

Al amparo de la causal primera descrita en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa

la sentencia confutada de “[v]iolación directa de la ley material, por la manifiesta aplicación indebida del elemento amplificador denominado Tentativa”¹².

Tras aludir al concepto de tipicidad como uno de los presupuestos requeridos para condenar, a los elementos normativos de los artículos 239, 240 y 241 del Código Penal en relación con el delito de hurto calificado y agravado y a la tentativa prevista en el artículo 27 como un ingrediente amplificador del tipo, señala que “desde la entrevista, denuncia, informe ejecutivo de policía judicial, pruebas allegadas y desarrollo del juicio”¹³, se estableció que sus defendidos no fueron sorprendidos con las 22 pimpinas en su posesión, ya que el único testigo de cargo dijo haberlas encontrado en una zona enmontada y no, en la volqueta o en los cargadores que conducían los procesados, razón por la que se descarta “la adecuación de la conducta a lo estipulado en el artículo (sic) 239 y siguientes del CP”¹⁴.

Critica al fallador por inobservar que sus prohijados no fueron capturados en flagrancia o cuasi flagrancia, pues su aprehensión se produjo en días posteriores e inadvertir que no hay constancia de que ellos hubieran aceptado la posesión de las pimpinas de ACPM al momento de la requisa, de tal forma que “jamás se desplegaron actos idóneos e inequívocos dirigidos a la extracción de ACPM y que ello hubiere dejado de consumarse por la actuación del señor GÓMEZ ECHAVEZ u otra persona de la empresa o sorprendimiento por parte de la policía”¹⁵, por lo que se desatendió lo previsto en el artículo 10 ejúsdem relativo a la tipicidad.

Cita una decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre delito imposible para concluir que ante la ausencia del objeto material: cosa mueble ajena como elemento del tipo objetivo, la conducta deviene atípica.

Precisa que al no existir el hurto, por cuanto este solo se habría configurado con “la demostración de la posesión del elemento físico en posesión de [sus] mandantes y la

frustración de la consumación del hecho delictivo por actos o situaciones externas a su voluntad”¹⁶, los juzgadores no podían “concluir la existencia tentativa, ya que esta constituye un delito imperfecto que se origina en la NO configuración de un delito por la intervención de un tercero o factores ajenos a la voluntad del sujeto activo”¹⁷.

Afirma que el yerro es trascendente porque viola la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo. Remata sosteniendo que si se hubieran armonizado las razones por él esgrimidas con los referidos axiomas constitucionales se habría concluido que la conducta atribuida a los enjuiciados es atípica, aplicado el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal y, absuelto a los sentenciados.

1.2. Segundo cargo (subsidiario).

Con fundamento en la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, predica la infracción indirecta de la ley sustancial en el sentido de falso juicio de convicción.

Para dar forma al reparo, sostiene que el Tribunal “se aparto (sic) de los postulados de la lógica, experiencia y principios de la sana crítica, en la valoración del material probatorio”¹⁸.

En cuanto a las reglas de la lógica dice que si ellas se hubieran aplicado se habría concluido la ausencia de responsabilidad de los encartados en el delito. Esto, porque la confrontación del testimonio de Gómez Echávez con otras pruebas como el informe de policía -tarea no realizada por el juez plural-, permitía advertir una contradicción en el sentido que mientras el testigo dijo que la extracción del combustible se produjo a eso de las 9:30 a.m. por un lapso de 25 a 30 minutos, aquél documento señala que del supuesto hurto fueron avisados aproximadamente a las 10:00 a.m., procediendo los uniformados a desplazarse inmediatamente al lugar y en ese orden, “lo lógico era la captura en flagrancia o cuasiflagrancia de [sus] prohijados con las

evidencias físicas respectivas”¹⁹; sin embargo, ello no sucedió porque la extracción no existió. Agrega que la manifestación de haber sorprendido a los procesados extrayendo combustible desafía los postulados de la lógica “en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar”²⁰.

Reprocha al juez colegiado por dejar de lado el testimonio de Ernesto Polo -almacenista- quien señaló que no era posible extraer combustible del tanque de los cargadores con una manguera, dado el dispositivo de seguridad -enmallado- puesto en la boca del tanque del ACPM, relato que, por consiguiente, descartaba la ilógica declaración del vigilante, según la cual sus mandantes extrajeron 22 pimpinas manualmente.

Añade que “la experiencia en casos como el presente, indica que el autor o autores son sorprendidos con la cosa mueble en sus manos para que pueda predicarse la existencia de la tentativa de hurto”²¹, pues de lo contrario no se puede aplicar el artículo 27 del Código Penal.

La violación de los “principios de la ciencia”²² se habría producido porque el sentenciador no apreció la “ausencia de actos urgentes como: Toma de muestras, rastros o examen de laboratorio”²³ o la falta de fijación fotográfica de la alteración del dispositivo de seguridad, que pudieran constituir evidencia física de la ejecución del reato, en los términos del artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, labor que era del resorte del ente acusador, de acuerdo con lo descrito en el artículo 7 ejúsdem.

En el acápite de la trascendencia, critica al juzgador por desconocer que para que el testimonio de Gómez Echávez pudiera servir de fundamento a la condena debía estar respaldado por la captura en flagrancia o cuasiflagrancia o, en huellas y rastros dejados por los implicados al extraer el combustible. No obstante, nada de ello se observa en el proceso.

Concluye que a partir de la referida declaración no se puede deducir que los procesados extrajeron el ACPM, ni que la falta de consumación del delito se produjo por su intervención y tampoco, que ellos estaban en poder de los recipientes al momento de la revisión de la volqueta.

Por último, circunscribe la finalidad del recurso, a la pretensión de casar la sentencia atacada para “garantizar la efectividad del derecho material de inocencia (...) dando aplicación a los artículos 380 y 381 del CPP”²⁴.

Como consecuencia de esto, pide la absolución de sus procurados y la libertad inmediata para ellos.

2. A favor de Humberto Domingo Palmera Valeth.

El recurrente identifica las partes e intervinientes y el fallo acusado, condensa los hechos y la actuación procesal y formula dos cargos.

2.1. Primer cargo.

Invoca la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 para acusar la sentencia de segundo nivel “de haber violado directamente la ley sustancial, por EXCLUSIÓN EVIDENTE (sentido de la violación) del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil por aplicación analógica del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), de indiscutible contenido sustantivo por aludir a la punibilidad (...)”²⁵.

En el aparte de demostración del cargo asevera que se incurrió en “error de hecho, por violación directa por exclusión evidente parcial”²⁶ de las referidas normas, al omitir la valoración del testimonio de Ernesto Rafael Polo Ortega, quien aseguró que los cargadores tienen una malla de protección en la boca del tanque del combustible que impide la extracción del mismo y que las pimpinas sólo se usan para llenarlas de aceite

y llevarlas a la vía a las maquinarias, defecto que a su juicio, vulnera el principio de investigación integral.

Resalta que el relato del referido empleado desplaza el del vigilante pues su función en la empresa es “diferente del conocer en qué estado se encuentran las maquinarias”²⁷.

Luego de citar dos providencias de la Sala de Casación Penal en las que se alude a la técnica para atacar la ruptura del principio de investigación integral y a la esencia de este postulado propiamente dicha, sostiene que si no se hubiera incurrido en el yerro denunciado se habría podido descubrir a los verdaderos autores del ilícito y declarado inocente a su asistido.

Por consiguiente, solicita casar el fallo demandado en su totalidad, para en su lugar, declarar la absolución del acusado.

2.2. Segundo cargo.

Invocando la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia de segundo nivel de “haber violado directamente la ley sustancial, por EXCLUSIÓN EVIDENTE (sentido de la violación) de los artículos 275 y 277 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), de indiscutible contenido sustantivo por aludir a la punibilidad (...)”²⁸.

Para demostrar el reparo indica que se incurrió en “error de hecho, por violación directa por exclusión evidente”²⁹ de las referidas normas, lo que ocurrió porque se omitió “el principio legal de la cadena de custodia”³⁰, lo que a su juicio, vulnera los derechos al debido proceso y a la defensa.

Luego de citar un aparte del informe de policía del 13 de diciembre de 2009,

asevera que se debe concluir que i) contrario a lo relatado por el vigilante en la audiencia del 27 de octubre de 2010, en el sitio donde el vigilante encontró las pimpinas no había un tanque adicional con combustible y tampoco un machete o algún otro objeto, ii) las pimpinas no fueron clasificadas como macroelementos y tampoco se tomó una muestra para llevarla al juicio, iii) no se tomaron huellas ni rastros dejados por los presuntos responsables en los cargadores y pimpinas y, iv) no se especificó cuál era el contenido de estos recipientes: ACPM u otro aceite.

Explica que si bien los elementos materiales probatorios -22 pimpinas- fueron fijadas fotográficamente, no se las recogió y embolsó técnicamente y tampoco se las sometió a las reglas de la cadena de custodia, de tal manera que, perdieron su autenticidad. Añade que era idóneo tomar huellas decadactilares a la entrada de los tanques de combustible y a dichos receptáculos.

Si no se hubiera ocurrido en el predicado error, el que se aduce ocurrió por “falta de investigación por parte de la Fiscalía y los Policías Judiciales”³¹ se habría descubierto a los reales autores del delito y deducido la inocencia del enjuiciado.

Invoca idéntica petición a la del primer cargo.

CONSIDERACIONES

Las demandas no reúnen los requisitos mínimos que exige el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 para su admisión y, por lo tanto, no pueden ser aceptadas. Las razones son las siguientes:

El recurso extraordinario de casación debe ser elaborado respetando las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley, según se trate de cada una de las causales establecidas en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, pues lo pretendido con este mecanismo extraordinario, es socavar la doble presunción de acierto y legalidad

que recae sobre el fallo de segundo grado.

Ahora, no obstante la posibilidad actual de incoar el recurso de casación sin atender el monto de pena del delito por el que se procede, ello no implica el abandono de los presupuestos lógico argumentativos propios de este extraordinario medio de impugnación, pues con el propósito de evitar su desnaturalización al punto que se asemeje a una instancia más, el legislador del 2004 impuso la necesidad de acreditar el cumplimiento de los fines previstos en el artículo 180 ejúsdem, es decir, “la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia” y, satisfacer los presupuestos normativos descritos en el referido canon 184.

Es así como, además de acreditar con suficiencia que alguna(s) de la(s) finalidades de la impugnación extraordinaria se abre paso en el caso concreto, corresponde al demandante demostrar que le asiste interés jurídico para recurrir en casación, postular la causal adecuada conforme al artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, escoger el sentido de error específico en los términos desarrollados por la jurisprudencia y fundamentarlo con estricto apego a los principios lógicos que rigen el recurso, con especial énfasis, a los de prioridad, precisión, claridad, debida fundamentación, no contradicción, autonomía y trascendencia.

Las demandas que se examinan, no satisfacen estos presupuestos metodológicos, empezando porque la elevada a favor de Humberto Domingo Palmera Valeth ninguna consideración hizo en punto de la finalidad que perseguía con el recurso de casación y la formulada en relación con los intereses de Clovis Rafael Reales de la Cruz y, Jaime Enrique Gonzáles Villanueva, escasamente, enunció que procuraba “garantizar la efectividad del derecho material de inocencia de sus mandantes”³², dejando a un costado el deber de explicar por qué se habría desconocido el derecho material en el fallo impugnado, cuál sería el contenido correcto de justicia pretendido y la

manera en que la Corte lo podría corregir.

A ello se agregan las múltiples incorrecciones que en todas sus partes exhiben los libelos, como pasa a verse.

1. Demanda a favor de Clovis Rafael Reales de la Cruz y, Jaime Enrique Gonzáles Villanueva.

1.1. Primer cargo (principal).

1.1.1. Cuando se intenta la postulación de la censura por la ruta de la violación directa de la ley sustancial, el libelista debe hacer completa abstracción de lo fáctico y probatorio y, en ese sentido, admitir los hechos y la apreciación de los medios de convicción fijados por los sentenciadores, de manera tal que le corresponde desarrollar el reproche a partir de un ejercicio estrictamente jurídico, en el que establezca la vulneración del precepto normativo en el caso concreto, por medio de cualquiera de las tres modalidades de error: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea y seguidamente, demuestre la trascendencia del yerro en el sentido de la decisión impugnada.

Mientras que la falta de aplicación opera cuando el juzgador deja de emplear el precepto que regula el asunto, la aplicación indebida, deviene de la errada elección por el fallador de una disposición que no se ajusta al caso, con la consecuente inaplicación de la norma que recoge de forma correcta el supuesto fáctico. La interpretación errónea, en cambio, parte de la acertada selección de la norma aplicable al asunto debatido, pero conlleva un entendimiento equivocado de la misma, que le hace producir efectos jurídicos que no emanan de su contenido.

1.1.2. En el caso de la especie, el censor acusa el fallo de segunda instancia de violar de forma directa “la ley material, por la manifiesta aplicación indebida del elemento amplificador denominado Tentativa”³³, ello, por cuanto “desde la

entrevista, denuncia, informe ejecutivo de policía judicial, pruebas allegadas y desarrollo del juicio”³⁴ se estableció que sus defendidos no fueron sorprendidos con las 22 pimpinas en su posesión, pues el único testigo de cargo dijo haberlas encontrado en una zona enmontada y no, en la volqueta o en los cargadores que conducían los procesados, razón por la que se descartaría “la adecuación de la conducta a los estipulado en el artículo (sic) 239 y siguientes del CP”³⁵.

La sola proposición evidencia las deficiencias argumentativas del reparo.

En verdad, el censor abandona el deber de expresar cuál es la norma concreta presuntamente violada, ya que de una parte afirma que es la categoría dogmática de la tentativa la que habría sido aplicada indebidamente –pero, no especifica, se insiste, el precepto normativo que la regula-, para luego, señalar que el error se produjo al adecuar el comportamiento de los procesados a los artículos 239 y siguientes (no concreta tampoco en este punto cuáles) del Código Penal, que describen el delito de hurto y sus circunstancias.

De éste modo, no se logra comprender si el reparo se dirige a cuestionar el reconocimiento de la tentativa a favor de sus prohijados o si, lo que critica es una presunta atribución de responsabilidad por el delito de hurto, que en realidad no existió, pues el juicio de reproche se elevó por el injusto de hurto calificado y agravado en grado de tentativa, lo que es distinto.

1.1.3. Pero este no es el defecto mayor, pues lo cierto es que el demandante ignoró las reglas de argumentación propias de la transgresión directa, porque no se quedó en el análisis estrictamente de derecho que se le imponía sino que irrumpió en el campo de lo fáctico, esto es, cuestionó los hechos y la valoración probatoria fijada en las sentencias condenatorias –inescindibles por conservar el mismo sentido de decisión-, para imponer su propia apreciación de los medios de convicción incorporados a la actuación.

Si el censor quería discutir un yerro jurídico producto de que se haya escogido un tipo penal que supuestamente no regulaba el comportamiento de los procesados, debía atenerse en toda su extensión a los supuestos fácticos y al análisis probatorio elaborado por los sentenciadores. Sin embargo, el demandante se dedicó a hacer otra lectura distinta a la plasmada en los fallos, del testimonio y la entrevista de Gómez Echavez, del informe de policía (sin aludir al testigo respectivo) y de otras pruebas que se habrían practicado en el juicio oral -pero que no concreta- para predicar que no es viable imputarles ninguna conducta delictiva, dado que no fueron capturados en flagrancia y mucho menos, con el objeto material del reato, postulación que, entonces, debía ser edificada por la senda de la infracción indirecta de la ley sustancial.

Para que pudiera prosperar la censura por el sendero escogido -violación directa- el libelista habría tenido que acreditar que en los fallos se reconoció que los procesados no desplegaron ningún acto tendiente al apoderamiento del combustible cuya consumación hubiera sido impedida por hechos ajenos a su voluntad y que en todo caso, se hubiera emitido la decisión de condena. Pero, ello no es lo que ocurrió en este caso; por el contrario, la convicción de los juzgadores apunta a que los encartados fueron observados mientras extraían de los tanques de combustible de la maquinaria de la cantera, ACPM que almacenaron en 22 pimpinas que luego escondieron en matorrales aledaños y que, seguidamente, fueron encontrados por el vigilante.

1.1.4. Ahora, si se hiciera caso omiso a los defectos técnicos enrostrados, para indagar en la tesis propuesta por el defensor, en el sentido que no hay lugar a predicar el hurto en grado de tentativa como quiera que sus representados no fueron capturados detentando el objeto material del apoderamiento -22 pimpinas de ACPM-, lo evidente es que el togado no se ocupó de edificar reparo concreto alguno frente a las consideraciones del Tribunal mediante las cuales determinó que el delito fue cometido bajo la modalidad de coautoría impropia, lo que explica que el elemento material hurtado hubiera sido encontrado en lugar distinto y en momento posterior al de la

extracción del combustible.

En efecto, el Ad quem se pronunció así sobre el particular:

“Dentro de la presente si bien el testimonio del señor GÓMEZ ECHAVEZ, es el único por medio del cual se logra vincular a los hoy procesados, el mismo toca ciertos tópicos que no deja ápice de duda respecto de la ocurrencia del ilícito y de la responsabilidad de los procesados.

En primer lugar el hecho irrefutable, de que se encontraron las pimpinas de ACPM que fueron avistadas en éste caso por quien funge como guarda de seguridad de la empresa, y de las cuales obra álbum fotográfico inmerso en los folios acreditados por declaración de policial, en segundo lugar, que es un hecho cierto las múltiples denuncias que se han presentado por el robo continuo de combustible al interior de la sociedad VALORCON S.A., en tercer lugar que si bien el declarante aparece como testigo único de los hechos ocurridos, de la declaración rendida en la audiencia del juicio oral, por parte del señor ALEX FAJARDO HERNÁNDEZ testigo de descargos de la defensa, se corrobora el orden cronológico de los hechos tal y como fueron planteados por el señor GÓMEZ ECHAVEZ.

Señala en su declaración el señor FAJARDO HERNÁNDEZ, (...) que el día del insuceso “vio que el celador frenó la volqueta y revisó el volco de PALMERA VALETH y después volvió a subir por el camino que venía la volqueta, escuchó al celador hacer un reclamo a HUMBERTO del robo del ACPM y que por eso le revisó el vehículo”, véase como la declaración del testigo de descargos el cual es “amigo” del procesado desde hace 11 años por ser vecino del sector, concatena y respalda el dicho del testigo único de cargos, aunado a lo anterior esta (sic) el hecho de que se encontraron las pimpinas, siendo todas las anteriores de peso suficiente para derribar la duda y crear en éste cuerpo colegiado certeza mas allá de toda duda respecto de la responsabilidad penal de los procesados en los hechos que hoy se investigan.

Por lo tanto, no obstante no haberse encontrado (sic) pretendida flagrancia, o en posesión real y efectiva a los procesados de los elementos materiales probatorios u objeto de tentativa de hurto o evidencia física de los cuales se desprende la ilicitud que aquí se investigó se tiene que (sic) de manera clara que en el presente hubo una especie de coautoría impropia, ya que para la realización de la tarea criminal existió repartición del trabajo de la actividad criminal, dentro del cual la labor de los señores CLOVIS REALES DE LA CRUZ y JAIME ENRIQUE GONZÁLEZ VILLANUEVA, fue extraer el liquido (sic), y la del señor PALMERA VALETH fue transportar en la parte trasera de su vehículo pimpinas vacías para luego ser llenadas, vigilar el lugar para que nadie se acercara, y una vez llenados los contenedores transportar el ACPM hasta el punto en que iban a ser recogidos por el desconocido que fue sorprendido en flagrancia y que luego se dio a la fuga. Hechos materialmente claros”³⁶ (negritas del texto original).

Siendo lo anterior así, es nítido que hubo división de trabajo entre los procesados, de tal suerte que mientras unos sacaban el ACPM de la maquinaria pesada, otro lo transportaba en la volqueta a su cargo y lo escondía en un matorral, para que a su vez, un último sujeto procediera a llevárselo definitivamente, hecho este último que fue interrumpido por el vigilante de la cantera.

Por manera que, no hay lugar a admitir este reproche.

1.2. Segundo cargo (subsidiario).

Manifiesta es la confusión que exhibe el libelista frente al motivo de casación que invoca.

En realidad, el falso juicio de convicción es un error de derecho que ninguna relación tiene con la falta de valoración de una prueba o, con la deformación de la misma por el juzgador o, con la ruptura de las reglas de la sana crítica y, que consiste en dejar de otorgar a la

prueba el mérito preestablecido en la ley o en asignar uno diverso al que aquella le atribuye.

Incluso es bueno resaltar que este tipo de yerro actualmente goza de un alcance limitado por cuando nuestro sistema procesal penal no es tarifado sino que se funda en la persuasión racional como método de apreciación y en esa medida, son escasas las normas que le confieren algún grado específico de convicción a las pruebas, como ocurre verbi gratia con la prueba de referencia.

En ese orden, si el letrado arguye la violación de postulados de la lógica, de reglas de la experiencia y de leyes de la ciencia, no es a un falso juicio de convicción que se acompasa el reparo sino a un error de hecho -que no de derecho- por falso raciocinio que de todas maneras, tampoco fundamentó con el rigor casacional.

Ciertamente, la concreción argumentativa de un falso raciocinio requiere la demostración de un ejercicio valorativo del funcionario judicial trasgresor de los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, de los principios de la sana crítica como método de apreciación.

Con tal fin, el libelista debe señalar con exactitud el medio de prueba sobre el que recae el yerro, identificar aquello que expresamente dice y se deduce de él, el mérito persuasivo otorgado al mismo por el juzgador, indicar y desarrollar con exactitud la regla lógica, la ley de la ciencia o la máxima de la experiencia o del sentido común aplicada indebidamente por el juzgador al realizar el proceso valorativo de los medios de prueba, así como la que apropiadamente le debió servir de apoyo, la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada o interpretada y finalmente, demostrar que de no haberse incurrido en el defecto, el sentido de la decisión adversa habría sido sustancialmente opuesto.

En el asunto sometido a examen de admisión se tiene que si bien el censor señala los

medios de prueba sobre los que habría recaído el defecto de apreciación –testimonio de Santander Gómez Echavez, álbum fotográfico e informe de policía (no aludió al testimonio correspondiente)-, olvidó reseñar lo que en su literalidad expresan, lo inferido por el juzgador de ellos y por último, y más importante, aunque aludió a la violación de reglas lógicas, máximas de la experiencia y “principios de la ciencia”³⁷, no los postuló bajo cláusulas generales, abstractas o universales como hubiera correspondido sino que edificó razonamientos propios y parcializados que corresponden a una visión particular, ajena a la valoración conforme a las leyes de la sana crítica.

Esto es evidente cuando sin expresar cuál sería el principio lógico vulnerado al valorar el testimonio de Gómez Echávez con otras pruebas como el informe de policía³⁸ - no dice cuáles mas- el censor se limita a indicar que “lo lógico era la captura en flagrancia o cuasiflagrancia de [sus] prohijados con las evidencias físicas respectivas”³⁹, conclusión que parece tratar de restarle credibilidad al dicho de aquél en punto del tiempo transcurrido entre el momento en que observó a los procesados extrayendo el combustible y el de llegada de las autoridades de policía, pero que no se concretó en alguna premisa en este sentido, ya que solo remató afirmando que la manifestación de haber sorprendido a los procesados sacando ACPM desafía los postulados de la lógica “en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar”⁴⁰, sin ninguna otra explicación.

Ahora, afirma el libelista que el Tribunal dejó de lado el testimonio de Ernesto Polo –almacenista- quien señaló que no era posible extraer combustible del tanque de los cargadores con una manguera, dado el dispositivo de seguridad –enmallado- puesto en la boca del tanque del ACPM, lo cual descartaba la ilógica declaración del vigilante, según la cual sus mandantes extrajeron 22 pimpinas manualmente.

Al respecto, si lo predicado es que no se valoró la declaración de dicho empleado, el

ataque se debió dirigir por la ruta del error de hecho por falso juicio de existencia y si lo cuestionado es que se valoró esa prueba inadvirtiéndolo la presunta imposibilidad de sacar ACPM de los cargadores dado el dispositivo de seguridad, el letrado debió señalar cuál es la ley de la ciencia –que no de la lógica como lo afirmó y que tampoco especificó– que expresa que tal mecanismo es invulnerable con carácter absoluto, pero tampoco lo hizo.

No entiende la Corte, cómo puede constituir una regla de la experiencia aquella que a juicio del actor dice que “en casos como el presente, (...) el autor o autores son sorprendidos con la cosa mueble en sus manos para que pueda predicarse la existencia de la tentativa de hurto”⁴¹, si no solo no se percibe cuál es el patrón de comportamiento con pretensiones de generalidad en un contexto sociohistórico específico y previsible dada su repetición bajo unos mismos presupuestos, que fue inobservado por la Colegiatura, sino que tal premisa si acaso podría comportar un juicio de adecuación típico, distinto al ejercicio de valoración probatoria, que de cualquier manera admite serias discusiones como la que predicó el Ad quem en punto del tema de la coautoría impropia.

En la misma dirección, la deficiencia en la fundamentación del cargo se muestra palmaria cuando se lee que para el demandante constituye una violación a los “principios de la ciencia”⁴² el que sentenciador no se haya percatado de la “ausencia de actos urgentes como: Toma de muestras, rastros o examen de laboratorio”⁴³ o de la falta de fijación fotográfica de la alteración del dispositivo de seguridad, que pudieran constituir evidencia física de la ejecución del reato -defecto que achaca al ente acusador-, como si la falta de práctica de las pruebas pudiera constituir un defecto de valoración –fase en todo caso posterior, a la práctica probatoria– o, mejor, como si en el sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria en el que las partes se rigen por el principio de igualdad de armas, la fiscalía estuviera obligada a obtener elementos materiales probatorios que favorezcan los intereses de los acusados.

Finalmente, el censor no explicó por qué no es viable otorgar plena credibilidad al testimonio único, cuál es la regla de valoración de la prueba testimonial que predica a la manera de una tarifa la necesidad de que la declaración de un testigo directo único sea reiterada o ratificada por otro u otros medios de convicción y por qué sería viable abandonar el principio de libertad probatoria para dar paso a que únicamente se pueda probar con elementos de persuasión de carácter técnico o científico.

Se concluye de este modo que la demanda debe ser inadmitida.

2. Demanda a favor de Humberto Domingo Palmera Valeth.

2.1. Primer cargo.

La postulación y fundamentación de este reproche constituye una muestra fidedigna del desconocimiento de los presupuestos mínimos de precisión y claridad que rigen la impugnación extraordinaria.

Es así que aunque se apoya en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, contentiva del motivo de ataque denominado infracción indirecta de la ley sustancial, el censor acusa una violación directa “por EXCLUSIÓN EVIDENTE (sentido de la violación) del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil por aplicación analógica del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), de indiscutible contenido sustantivo por aludir a la punibilidad (...)”⁴⁴, la que entonces, debía haber intentado al amparo de la causal primera.

Así mismo, resulta por demás impropio, pero en todo caso inocuo, que invoque como norma violada –por aplicación analógica- un precepto del código de procedimiento civil relativo a la apreciación en conjunto de las pruebas conforme a las leyes de la sana crítica que en semejantes términos también existe en la Ley 906 de 2004, con la diferencia que en materia penal no existe la prevención respecto a las solemnidades

prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

La desorientación en la técnica de la violación directa también es ostensible cuando asimila la exclusión evidente, también llamada falta de aplicación a un error de hecho, siendo que éste último corresponde a una modalidad de la infracción indirecta.

En el mismo error argumentativo detectado en el primer cargo de la demanda promovida a favor de los otros coprocesados, incurre el defensor de Palmera Valeth cuando si bien enuncia la infracción directa del referido artículo 187 del Código de Procedimiento Civil incursiona en el campo de los hechos, las pruebas y su valoración por los juzgadores, como cuando pretende hacer prevalecer el dicho de Ernesto Rafael Polo Ortega sobre el del guarda de seguridad Santander Gómez Echavez, lo que le estaba vedado en esa esfera de impugnación.

Equivocó igualmente la ruta de ataque cuando criticó a los juzgadores por omitir la valoración del testimonio de Ernesto Rafael Polo Ortega, pues este tipo de censura debía ser elevada por el sendero de la violación indirecta de la ley sustancial en la modalidad de error de hecho por falso juicio de existencia que no por la ruta de la exclusión evidente que, se insiste, corresponde a un defecto por falta de aplicación de algún precepto normativo de carácter sustancial (vía directa).

De la misma manera, es claro que la falta de valoración de un medio de prueba de manera alguna equivale a la vulneración del principio de investigación integral -de aplicación exclusiva para los procesos regidos por la Ley 600 de 2000 y no para los tramitados bajo la Ley 906 de 2004, como el que nos ocupa- pues éste postulado que propendía por el recaudo a cargo del Estado de todas aquellas pruebas tendientes a acreditar la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del implicado en la misma, así como cualquier circunstancia de atenuación o exoneración de

responsabilidad que pudiera favorecerlo, no tenía incidencia alguna en el ejercicio de apreciación probatoria en la medida que el análisis de los medios de persuasión se hace, como es obvio, después de que ellos se hayan incorporado legal y oportunamente a la actuación.

Sobre éste específico tópico ya se había pronunciado el Ad quem al sostener con buen tino que:

“(...) se confunde el concepto de investigación integral con el concepto de la naturaleza de la sentencia, la sentencia extrae lo que acorde con su sentido le sirve en el proceso, por supuesto que pueden haber circunstancias mas o menos favorables, pero si se trata de una sentencia condenatoria el juzgado así deberá argumentar. Se trata de una pieza de la cual se exige coherencia y congruencia, inclusive se sabe que el concepto de investigación integral viene cambiando del sistema acusatorio mixto al acusatorio puro en cuanto a que ya la fiscalía ni si quiera (sic) está obligada a investigar lo favorable, está obligada la fiscalía en su caso a describir los elementos materiales y evidencia física favorable que haya tropezado, que haya encontrado. Pero hoy las investigaciones se hacen por separado, la (sic) defensa le corresponde investigar todo aquello que valla (sic) encaminado a probar su teoría del caso. Entonces ese argumento de que en la sentencia no se constituye una investigación integral no viene al caso, aparece totalmente fuera de contexto”⁴⁵.

A lo dicho se suma la inidoneidad sustancial del reparo, en la medida que contrario a lo sostenido por el demandante, no es cierto que los juzgadores hayan dejado de valorar el testimonio de Ernesto Rafael Polo Ortega, ya que la verificación de los fallos de instancia permite establecer que sí fue apreciado expresamente -incluso en extenso- en el de primera instancia⁴⁶ -inescindible con el de segundo grado en tanto conserva el mismo sentido de decisión- y tácitamente en el proferido por el Tribunal, ya que aludió a la información entregada por dicho testigo en el sentido que los tanques de

combustible de la maquinaria a la que se le sustrajo el ACPM tienen un dispositivo –malla- de seguridad que impediría extraerlo con una manguera. Distinto es que haya sido apreciado en sentido diverso al pretendido por el recurrente.

En verdad, en el fallo de segundo nivel se expresó sobre ese tópico:

“En cuanto al otro tema del famoso enmallado o protector de la entrada del depósito (sic) de combustible de las máquinas (sic), se debe insistir en que aquí tampoco se demostró que el mismo no fuera adulterado o habilidosamente superado levantándolo o evitándolo con el grosor, maleabilidad o flexibilidad del material de la supuesta manguera utilizada para la extracción del líquido (sic) de mallas, ni que no fue extraído por otro desagadero del tanque del combustible, que a ciencia cierta lo tienen y que no se comprobó que no existía.

Simplemente se especula el que con su supuesta existencia y supuesta invulnerabilidad pero no se comprueba que ello sea así; ni siquiera que allí aparezca y cual (sic) es su naturaleza de invulnerable, en cambio en contraste a este argumento esta (sic) el hecho indiscutible que el líquido (sic) se logró extraer de las pesadas máquinas”⁴⁷.

Finalmente, si lo procurado era cuestionar la credibilidad que los juzgadores le confirieron al testimonio de Santander Gómez Echavez y que a su turno no fue conferida al de Ernesto Rafael Polo Ortega, es del caso resaltar que éste por sí mismo, no constituye un error demandable en casación, salvo que se demostrara la violación de alguna de las leyes de la sana crítica en el ejercicio de valoración probatorio, lo que de todas maneras, únicamente sería atacable por la senda del error de hecho por falso raciocinio.

El reproche no superó el juicio técnico jurídico de admisión.

2.2. Segundo cargo.

La confusión argumentativa del censor entre los motivos de casación consagrados en el artículo 181 de la ley 906 de 2004 y su contenido conceptual es diáfana.

Nótese que el demandante invoca la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, atinente al desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, pero postula el cargo conforme a la senda de la violación directa de la ley sustancial que está prevista en la causal primera de la misma norma, modo de argumentar que quebranta los principios de autonomía y no contradicción que rigen el recurso de casación.

Así mismo, al igual que en el cargo anterior, no obstante que se valió de la infracción directa como modalidad de ataque, volvió a esgrimir reparos de orden probatorio, esto, al cuestionar el presunto desconocimiento de la cadena de custodia, lo que, se recaba, está proscrito cuando se escoge aquel sentido de error.

Pero, si lo procurado era hacer visibles presuntos defectos en la cadena de custodia respecto a los elementos materiales probatorios recaudados por la policía judicial y en los actos urgentes desplegados por los uniformados una vez llegaron al lugar de los hechos, claramente la ruta para invocarlo no era ni la de la nulidad por la presunta existencia de irregularidades sustanciales –aparentemente esbozada al estimar conculcados los derechos al debido proceso y a la defensa e invocar la causal segunda de casación-, ni la escogida: la de la infracción directa, sino la de la violación indirecta por error de derecho –que no de hecho como lo señaló erradamente el censor- por falso juicio de legalidad.

Para rematar, repárese que el censor critica los fallos por cuanto no se estableció que el combustible objeto de apoderamiento frustrado fuera en realidad ACPM, pero no exhibió argumento alguno tendiente a desvirtuar los argumentos del Ad quem en el sentido que tal hecho sí estaba probado pese a que no se hubiera practicado una prueba

pericial que acreditara tal aspecto.

Así se pronunció el Tribunal:

“En lo atinente a que no se verificó el líquido (sic) que contenía las pimpinas, ya que como lo manifiesta la defensa hubiese podido no tratarse de ACPM, como tampoco que el enmallado de seguridad que tienen tanto los cargadores como los demás vehículos en la boca de entrada del combustible para evitar el hurto de mismo a través de mangueras y que este hubiese estado adulterado, tesis de la que pretenden los defensores se absuelva de responsabilidad penal a sus prohijados en virtud de que subsista duda probatoria sería pertinente señalar que, si bien es cierto que efectivamente hubiese podido haber alguna mayor diligencia por parte de los investigadores adscritos a la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación, también es cierto que hubo inactividad probatorio (sic) en cabeza de la defensa técnica, se trata de un proceso de partes que tampoco comprobó lo contrario, es decir aquí no aparece probado que dicho enmallado no tenga alguna forma de vulnerabilidad por cuanto que si no se realizó experticio al líquido (sic) contenido en las pimpinas por parte del ente acusador, tampoco fue afirmado así durante las instancias del juicio de primera instancia por parte de la defensa, con lo cual entonces se hubiera tratado de derrumbar la acusación en aquel entonces por falta de antijuridicidad material y no se hizo.

(...)

Dicho informe [se refiere al de policía judicial] fue presentado por la Fiscalía en la audiencia de acusación como uno de los medios probatorios en los cuales fundaría sus argumentos de cargos, y el cual fue acreditado en juicio por parte del agente de la ley que tomó las fotografías, documento del cual se le dio traslado a la defensa de los procesados y al cual no se opusieron en la oportunidad procesal pertinente, dándose por entendido entonces que se reconocía el contenido del líquido encontrados (sic) en las

pimpinas (...)”⁴⁸.

Así las cosas, tampoco hay lugar a admitir este reproche.

La Sala no observa flagrantes violaciones de derechos fundamentales, causales de nulidad, ni motivos que conduzcan a la necesidad de un pronunciamiento profundo frente al expediente en razón de las finalidades de la casación, por lo que las demandas deben ser inadmitidas.

2. Sobre el mecanismo de insistencia.

Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decida no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala en los siguientes términos⁴⁹:

(ii) La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante, por ser él a quien asiste interés en que se reconsidere la decisión. Los demás intervinientes en el proceso no tienen dicha facultad, en tanto que habiendo tenido ocasión de acudir al recurso extraordinario, el no hacerlo supone conformidad con los fallos adoptados en sede de las instancias.

(iii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus delegados para la casación penal, o ante alguno de los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, según lo decida el demandante.

(iv) La solicitud respectiva puede tener dos finalidades: la de rebatir los argumentos con fundamento en los cuales la Sala decidió no seleccionar la demanda, o para demostrar por qué no empee las incorrecciones del libelo, es preciso que la Corte haga uso de su

facultad para superar sus defectos y decidir de fondo.

(v) Es potestativo del Magistrado disidente o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario. Así mismo, cualquiera de ellos puede invocar la insistencia directamente ante la Sala de manera oficiosa.

(vi) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso, con la consecuente imposibilidad de invocar la prescripción de la acción penal, efectos que no se alteran con la petición de insistencia, ni con su trámite, a no ser que ella prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

A su turno, como quiera que la ley no establece términos para el trámite de la insistencia, es preciso fijarlos conforme la facultad que en tal sentido se consagra en el artículo 159 de la Ley 906 de 2004.

Con tal propósito, teniendo en cuenta que la decisión a través de la cual no se selecciona la demanda está contenida en un auto a cuyo enteramiento o publicidad debe procederse obligatoriamente, con arreglo a lo dispuesto en sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002, por vía del procedimiento señalado en el artículo 169, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, esto es “mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”, se establecerá el término de cinco (5) días contados a partir de la fecha en que se produzca alguna de las anteriores formas de notificación al demandante, como plazo para que éste solicite al Ministerio Público o a alguno de los Magistrados integrantes de la Sala, si a bien lo tiene, insistencia en el asunto.

A su vez, teniendo en cuenta que el examen de la solicitud de insistencia supone un

estudio ponderado de la solicitud, de la demanda, del auto por el cual no se seleccionó y de la actuación respectiva, se otorgará al Ministerio Público o al Magistrado respectivo un término de quince (15) días para el examen de la temática planteada, vencido el cual podrán someter el asunto a discusión de la Sala o informar al peticionario sobre su decisión de no darle curso a la petición”.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Primero. Inadmitir las demandas de casación presentada por los defensores de Clovis Rafael Reales de la Cruz, Jaime Enrique Gonzáles Villanueva y, Humberto Domingo Palmera Valeth contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y bajo los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, procede la insistencia.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. folios 67-71 del cuaderno principal

2 Cfr. folios 115-116 ibídem.

3 Cfr. folio 113-114 ibídem.

4 Cfr. folio 3 ibídem.

5 Cfr. folios 1-5 ibídem.

6 Cfr. folio 13 ibídem.

7 Cfr. folio 17 de la sentencia de primera instancia a folio 137 ibídem. Entiéndase, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al tenor de los artículos 43 y 46 de la Ley 599 de 2000.

8 Cfr. folios 121-138 ibídem.

9 Cfr. folios 22-44 del cuaderno del Tribunal.

10 Cfr. folios 47 y 49-50 ibídem.

11 Cfr. folios 56-62 y 70-77 ibídem.

12 Cfr. folio 57 ibídem.

13 Cfr. folio 58 ibídem.

14 Ibídem.

15 Ibídem.

16 Cfr. folio 59 ibídem.

17 Ibídem.

18 Cfr. folio 60 ibídem.

19 Ibídem.

20 Ibídem.

21 Cfr. folio 61 ibídem.

22 Ibídem.

23 Ibídem.

24 Cfr. folio 62 ibídem.

25 Cfr. folio 73 ibídem.

26 Ibídem.

27 Cfr. folio 74 ibídem.

28 Cfr. folio 76 ibídem.

29 Ibídem.

30 Ibídem.

31 Cfr. folio 77 ibídem.

32 Cfr. folio 62 ibídem.

33 Cfr. folio 57 ibídem.

34 Cfr. folio 58 ibídem.

35 Ibídem.

36 Cfr. folio 19-20 de la sentencia de segunda instancia a folios 40-41 ibídem.

37 Cfr. folio 61 ibídem.

38 Así catalogado por el demandante.

39 Ibídem.

40 Ibídem.

41 Cfr. folio 61 ibídem.

42 Ibídem.

43 Ibídem.

44 Cfr. folio 73 ibídem.

45 Cfr. folio 22 de la sentencia de segunda instancia a folio 43 ibídem.

46 Cfr. folios 12 y 14 de la sentencia de primera instancia a folios 132 y 134 del cuaderno principal.

47 Cfr. folios 17-18 de la sentencia de segunda instancia a folios 38-39 del cuaderno del Tribunal.

48 Cfr. folios 13-14 ibídem.

49 Auto del 12 de diciembre de 2005 (radicado 24.322).