

Proceso n.º 37458

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 382.

Bogotá, D.C., veintiséis de octubre de dos mil once.

## VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA, contra la sentencia de segundo grado proferida el 27 de julio de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que revocó la dictada el 9 de mayo del mismo año por el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Soacha, y en su lugar condenó al procesado a la pena principal de 150 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al declararlo autor penalmente responsable de hurto calificado agravado. Al sentenciado se le negaron los sustitutos de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

## HECHOS

Los acontecimientos que originaron la investigación penal fueron relatados por las instancias en los fallos de primero y segundo grados, como se transcribe a continuación:

“Conforme a la noticia criminal formulada por la menor [C.D.M.A.]1, señala que para el 6 de agosto del corriente año a eso de las 17:10 horas, se encontraba con su amigo diego (sic), en la laguna del humedal Neuta, cuando se le apareció un muchacho a quien describe vestido con chaqueta naranja, comenzó a tratarlos mal, se dirigió a la denunciante para pedirle una moneda, ella le entregó trescientos pesos que tenía, fue cuando la cogió del cabello y la amenazó con una navaja en el cuello, le indico (sic) que le entregara los corotos, en ese momento salió un muchacho con chaqueta blanca y gorra blanca, le dijo a la denunciante que rápido, se recostó sobre ella y le sacó el celular del bolsillo trasero de su pantalón, el muchacho la empujo (sic) a la vez que le indicaba que se fuera, inmediatamente el joven de chaqueta naranja salió corriendo y detrás de este, el de chaqueta y gorra blanca. Agrega que igualmente había [un] tercer muchacho de chaqueta negra, el que estaba pendiente para avisarles a los otros si aparecía alguien, emprendió la huida enana (sic) cicla roja, detrás de los dos sujetos anteriores. Señala que ella igualmente salió corriendo pidiendo auxilio a sus vecinos, fue cuando la comunidad los aprehendió y entrego (sic) a la policía.”

#### ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con fundamento en el informe de Policía de Vigilancia suscrito el 2 de agosto de 2010 por un servidor adscrito al Comando de esa institución en Soacha, la Fiscalía General de la Nación tuvo conocimiento de la captura de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA.

Al día siguiente -3 de agosto de 2010-, el Juez Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Soacha, celebró las audiencias de legalización de la captura, formulación de imputación por el delito de hurto calificado agravado e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión. El imputado no aceptó los cargos.

La Fiscalía 6 Local de Soacha presentó el 18 de agosto de 2010 el escrito de acusación contra ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA, por la conducta punible de hurto calificado agravado, descrita en los artículos 239, 240 inciso 2° y 241-10° del Código Penal, modificados los dos últimos por la Ley 1142 de 2007.

Se le asignó el conocimiento al Juzgado Tercero Penal Municipal, que celebró la audiencia de formulación de acusación el 31 de agosto de 2010 y la preparatoria el siguiente 6 de octubre, oportunidad en la que se descubrieron elementos materiales probatorios, evidencia física e informes legalmente obtenidos. La Fiscalía y la defensa enunciaron la totalidad de las pruebas que harían valer en la audiencia de juicio oral y público.

Luego de varios aplazamientos atribuibles al defensor de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA y a la incuria del Centro de Servicios Judiciales, el 11 de enero de 2010 se llevó a cabo el juicio oral. ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA, se declaró inocente. Las partes presentaron las respectivas teorías del caso. Se practicaron todas las pruebas y se anunció que el sentido del fallo sería de carácter condenatorio.

Para la fecha en que se debía dar lectura a la sentencia (17 de febrero de 2011), por decisión del Tribunal de cundinamarca oficiaba como Juez Tercera Penal Municipal de Soacha una funcionaria diferente a la que anunció su sentido. La nueva titular consideró que no podía acoger la decisión de condena preliminarmente adoptada por su antecesora, ya que, a su juicio, la Fiscalía no había desvirtuado la presunción de inocencia, lo cual le impedía condenar al acusado. En consecuencia, decretó la nulidad de lo actuado para que se repitiera la audiencia del juicio oral por violación al principio de inmediación, puesto que no había presenciado la práctica de las pruebas.

Contra tal determinación la Fiscalía interpuso los recursos de reposición y apelación.

Negado el primero, se concedió la alzada vertical y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha revocó la providencia y ordenó que la Juez A quo procediera a dictar el fallo de condena o declarara la nulidad del sentido de la sentencia que se había anunciado y prohiriera la decisión que en su sentir debiera adoptarse.

En razón de ello, el pasado 12 de abril la señora Juez Tercera Penal Municipal con funciones de conocimiento de Soacha dejó sin efecto el sentido del fallo, anunció que éste sería absolutorio y ordenó la libertad inmediata de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA.

La lectura de la sentencia se llevó a cabo el 9 de mayo de 2011, de cuya naturaleza y contenido se hizo mérito en el acápite inicial de esta providencia, la cual fue revocada por el Tribunal Superior de Cundinamarca mediante la que es objeto de este recurso extraordinario.

## LA DEMANDA

Invocando la causal tercera de casación prevista en artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la sentencia de segunda instancia de violar indirectamente la ley sustancial por errores de hecho consistentes en "...falso juicio de existencia por omisión respecto de una (sic) pruebas y el falso juicio de identidad respecto de las otras, errores que no tienen la virtualidad de romper la presunción de inocencia y mucho menos la duda que se manifestó por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca."

Considera que las normas de derecho sustancial indirectamente quebrantadas son los artículos 7 y 381 del Código de Procedimiento Penal.

En desarrollo del cargo, sostiene que la segunda instancia erró al señalar que MONTENEGRO PEÑALOZA había sido capturado por un agente de la Policía Nacional en situación de flagrancia, debido a que en su poder fue hallado un teléfono

celular marca Alcatel que había sido hurtado. No comparte esa afirmación, porque bien pudo haber tenido su defendido "...un objeto o cosa o celular como en este caso ocurrió que se le parezca a otro o de las mismas características."

Tampoco debió tener en cuenta el Ad quem la descripción que hizo la víctima del asaltante, porque fue suministrada por ella mucho tiempo después de que ocurrieron los hechos y en un lugar diferente a la escena, concretamente en el Centro de Infancia y Adolescencia, a donde fueron conducidas las personas capturadas.

Transcribe apartes de la sentencia impugnada, en los que el Tribunal se refiere a las pruebas que comprometen la responsabilidad de MONTENEGRO PEÑALOZA, especialmente sobre la captura en flagrancia y la descripción del sujeto suministrada por la menor C.D.M.A. y argumenta que su asistido sí estaba cerca al sitio donde ocurrió el hurto, pero no participó en la comisión de esa conducta punible, porque estaba dedicado al consumo de sustancias estupefacientes con sus amigos. Además, porque "...de la prueba recaudada en el contrainterrogatorio e interrogatorio directo a los policiales declararon no haber visto a mi defendido hurtarse el celular, y no se dieron ninguno de los requisitos que consagra el artículo 301 del C. de P.P.; tan solo le encontraron un equipo celular de la misma marca que el de la víctima...", el cual tenía el procesado en su poder desde hacía seis meses.

Expone que la menor C.D.M.A. declaró que quien la despojó de su teléfono había sido un sujeto de chaqueta naranja. La madre de la niña declaró que había sido un menor de edad el asaltante. Y precisamente a éste -afirma- le hallaron el artefacto.

Considera que todas esas dudas, sumadas a que la menor primero informó que se dedicaba al hogar, posteriormente dijo que estudiaba y luego reiteró que permanecía en su casa, fueron las que llevaron al A quo a proferir la sentencia absolutoria.

Agrega que ante una pregunta de la defensa, C.D.M.A. respondió que entre el sitio

donde fue asaltada y su casa había una distancia aproximada de 500 metros, cuando realmente –a juicio del actor– hay 3.000 metros y agrega que “...a otra pregunta del defensor de familia que es concurrido (sic) record minuto 45:15 y siguientes y luego a otra pregunta del defensor que si el sitio estaba concurrido la menor contesta: que estaba solicito record minuto 45:37 y 45:50 he aquí otra contradicción a otra pregunta ¿Qué hora era cuando ocurrió o pasaba por ahí? La menor contesta: que eran las 5:00 P.M.; y como se contradice en su respuesta al preguntarse como (sic) estaba la visibilidad y contesta que estaba clarito que ya estaba empezando a esconderse el sol record minuto 45:26 de la primera sección del juicio oral.”

Advierte que si bien su asistido vestía chaqueta blanca, no es cierto que esa prenda tuviera un estampado atrás, sino que estaba combinada con negro y tenía impresa la marca Adidas. Por ello, advierte que la víctima fue instruida por los uniformados para que suministrara la descripción del acusado. Incluso –añade– “...a la pregunta que le hace el defensor de familia ¿Qué si estas tres personas se encontraban juntas? Contesto (sic): no que un muchacho de chaqueta blanca salió de unos arboles (sic) y salieron a correr, pero véase y enlísese (sic) que la menor dice que no estaban los tres personajes que salieron a correr cayendo nuevamente en contradicción.”

Considera también paradójico que la menor declarara haber visto entre los capturados al de chaqueta blanca cuando lo tenían en la estación de infancia y adolescencia, puesto que “...tan solo ella evidencia de la captura de la persona de chaqueta blanca en la estación de infancia y adolescencia y no en el lugar de los hechos como así lo quisieron hacer ver el ente fiscal y la policía para buscar un positivo a como ahora se le conoce el termino (sic) de falso positivo.”

De la misma forma es incongruente la víctima cuando declara enfáticamente que el teléfono celular y el cuchillo fueron encontrados en manos del asaltante de chaqueta naranja. Empero en la audiencia preliminar, al sustentar la legalidad de la captura, la

Fiscalía informó que la noticia criminal daba cuenta que el hombre de la chaqueta blanca fue quien despojó a C.D.M.A. de sus pertenencias. Entonces, concluye el libelista que fueron diferentes las versiones suministradas por la menor.

Considera irregular que la Juez A quo negara que la identificación del asaltante se hiciera "...mediante cámara de Hesse..." (Gesell) o medios audiovisuales, pues, está seguro de que tal forma de proceder era la correcta, porque los actos urgentes de reseña, individualización e identificación no permiten deducir que esa persona fue la que cometió el delito. Además, porque estaban en curso del juicio oral que es la oportunidad para practicar pruebas. "Acaso la señora juez Doctora JULIA EDITH QUIACHA MONROY, Juez de entonces no se estaba equivocando en ese sentido, es por tal que el Ad (sic)-Quo; Juez Doctora DIANA ENEIDY MUÑOZ, una vez revisada (sic) el audio del juicio, encuentra las contradicciones y de que en verdad no había claridad y certeza razonable y es por ello que se itera esta defensa que se ha de confirmar el fallo del Ad (sic)-Quo a través de esta demanda de Cesación (sic)."

Asimismo, tilda de incoherente la versión del patrullero Víctor Santana Ávila, porque primero declaró que la captura se produjo en atención a las voces de auxilio de la comunidad y posteriormente dijo que había llegado al sitio "...por medio de la central de radio...". Sin contar con que este servidor también declaró que no recordaba "...como el (sic) vestía, y al momento objeta que estaba vistiendo una chaqueta naranja un buzo blanco y una gorra blanca record minuto 18:17 y siguientes, en este aparte solicito a los Honorables Magistrados revisar el audio en esta secuencia record minuto 14:30 a 16:51 como la persona declarante, testigo de la fiscalía patrullero VÍCTOR SANTANA ÁVILA, es contradictorio en sus declaraciones, llevando así a deslumbrara (sic) mas (sic) duda."

Critica, calificándola de irregular, la forma como la Fiscalía introdujo al juicio oral el informe de captura en flagrancia, porque en su sentir omitió hacerlo como lo ordena la

Ley 906 de 2004 "...que para el caso es a través de la declaración testimonial..."

Se duele de que el la A quo hubiese inadmitido el testimonio del auxiliar de policía Andrés Lozano Rodríguez, empero admite que no recurrió esa decisión, "...porque esta defensa veía como la Juez de ese entonces estaba parcializada con lo que manifestara la delegada de la fiscalía, y ustedes lo podrán evidenciar en [el] decurso de la audiencia de Juicio oral lo cual, el principio rey de la duda in dubio pro reo es de bulto ya que efectivamente no había un conocimiento fehaciente para determinar la responsabilidad de mi defendido."

Destaca que el patrullero Galindo Barrera declarara que estaba cerca de la escena, cuando se enteró que la comunidad había capturado a un individuo que minutos antes le había hurtado un teléfono móvil a una joven a quien intimidó con un cuchillo y este uniformado se refirió a la aprehensión de un menor de edad, sin que hubiese visto lo ocurrido. No obstante, el uniformado narró que la víctima informó sobre la participación de otros hombres, entre ellos uno de camisa blanca, lo cual es inadmisibile, puesto que la prenda usada por su asistido era una chaqueta de ese color, lo que conlleva a otra duda razonable.

Aduce el demandante que le coartaron el derecho a ejercer la defensa, debido a que la Fiscal estaba formulando preguntas sugestivas que trató de objetar sin que la Juez se lo permitiera, favoreciendo a la representante del ente investigador.

Advierte el actor que la menor C.D.M.A. declaró haber visto a ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA cuando la despojó de sus bienes, pero sólo de perfil, lo cual -argumenta el actor- le impedía describirlo correctamente.

El teléfono celular Alcatel descubierto en poder el acusado, no fue el que le hurtaron a la denunciante, porque MONTENEGRO PEÑALOZA tenía uno de esos, conforme lo declararon su señora madre Luz Marina Peñaloza, su compañera

permanente Diana Consuelo Vásquez y su primo Andrés Yesid Castro.

Las otras personas capturadas –sostiene–, es decir, Gustavo Cifuentes y Jackson Méndez, declararon que MONTENEGRO PEÑALOZA no había participado en el hurto.

Cita como fundamento de sus expresiones, un aparte de la sentencia dictada por esta Sala el 5 de diciembre de 2007 (Rdo. 28432), en la que se explica que si al valorar la prueba en conjunto no se demuestra la responsabilidad directa o indirecta del implicado, se debe reconocer la duda a su favor. Principio que debe observarse con su defendido, porque no “...había certeza que el señor ERICK (sic) MICHAEL (sic) MONTENEGRO PEÑALOZA, hubiese participado en los hechos imputados ni como autor y mucho menos como coautor.”

Reitera que el Tribunal se equivocó al afirmar que el acusado fue aprehendido en flagrancia con el objeto material del delito en su poder, pues “...el policial SANTANA ÁVILA atiende un llamado del radio centro, donde se reporta el hurto a una menor donde la situación de flagrancia la evidencia el Ad-Quemé (sic), por el solo hecho de que precisamente llega el patrullero varios minutos después y lejos del lugar de los hechos e (sic) encuentra con el celular de marca Alcatel, se pregunta ¿a caso (sic) no puede ocurrir que un ciudadano pueda tener un celular y objeto de la misma marca...”

En un capítulo que denomina “SELECCIÓN DE LA DEMANDA”, nuevamente expone las contradicciones que en su sentir permiten asegurar la existencia de la duda, especialmente se refiere a los testimonios de los agentes de policía que participaron en la captura y a la declaración de la víctima.

Agrega que cuando Jackson Méndez declaró haber estado en compañía de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA y de Gustavo Cifuentes en lugar de los hechos, observó que la policía retuvo al muchacho de chaqueta naranja; también dijo que el

procesado no participó en el hurto porque estaba fumando; y, que cuando salió de la tienda pudo ver que habían retenido a sus compañeros. Empero, tales asertos no deben entenderse como lo hizo el Tribunal, porque “En esta última parte de esta consideración he de manifestar a los honorables magistrados que lo que dijo el testimonio de Gustavo Adolfo Cifuentes es que al salir de la tienda al ir a comprar un cigarrillo ya tenían capturado a Erick (sic) Michael (sic) y no a los otros como erradamente lo vio el Tribunal (...).”

“De otro aparte (sic) en sus consideraciones el Ad Quem manifiesta de los anteriores testimonios lo único que se puede extraer es que tanto GUSTAVO ADOLFO como JACKSON MÉNDEZ, dicen conocer a ERICK (sic) MONTENEGRO y saben de los (sic) sucedido por cuanto se encontraba (sic) juntos en la laguna de Neuta fumando, sin embargo ellos no observan directamente lo sucedido, solamente, GUSTAVO ADOLFO aseguro (sic) que había sido el de chaqueta naranja por cuanto el solo chaqueta naranja (sic), es decir que no es testigo presencial, por manera que, el hecho [de] haber capturado a ERIC en poder del celular desvirtúa sus declaraciones, la (sic) cuales evidentemente siempre serán a favor del procesado dada su relación de amistad, sumado al indicio de presencia en el lugar de los hechos compromete aun más su responsabilidad.”

Para el actor es claro que quien hurtó el celular fue el sujeto de chaqueta naranja, porque así lo declararon Jackson Méndez y Gustavo Cifuentes y sus testimonios coinciden con la versión de la víctima, “...esta afirmación lo (sic) podrán revisar al plenario del expediente en la individualización e identificación de la persona, situación que el Ad Quem no tuvo en cuenta al momento de condenar y es precisamente el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, situación que si (sic) tuvo en cuenta el Ad (sic) Quo al absolver por duda la (sic) procesado.”

Insiste en que la menor no reconoció al procesado al momento de la captura, sino tiempo después en el Centro de Servicios Judiciales de Infancia y Adolescencia, porque al momento del asalto solo lo vio de perfil y esas incoherencias se evidencian entre la denuncia y el testimonio vertido en el juicio oral.

“Por otra parte también la Corte ha sido clara en señalar que no puede existir concurso entre los delitos de prevaricato por omisión y favorecimiento de fuga tal como lo ilustra en reciente decisión donde se juzga precisamente una conducta de favorecimiento fuga de presos...” (sic)

Solicita de la Sala casar la sentencia impugnada “...absolviendo a mi defendido por el delito de favorecimiento de [la] fuga consagrado en el artículo 449 de la ley 599 de 2000, y profiriendo sentencia en su contra por el delito de Favorecimiento de [la] fuga culposo, consagrado en el artículo 450.” (sic)

## CONSIDERACIONES

Antes de examinar el cargo planteado por el defensor de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA, contra la sentencia objeto de impugnación, es necesario destacar cómo con el advenimiento de la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, cuando quiera que se adviertan violaciones que afecten las garantías de las partes, en seguimiento del precepto consagrado en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal:

“Finalidad. El recurso pretende 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”

Precisamente, para facultar el efectivo cumplimiento de tan caros propósitos, el artículo 184, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, le confiere a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros, la facultad de superar los defectos que contenga la demanda, con el fin de que pueda emitir un pronunciamiento de fondo.

No obstante, es posible inadmitir la demanda cuando, conforme lo expresa el inciso segundo de la norma citada, “el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”.

En atención a esos criterios, ha señalado la Corte<sup>2</sup>:

“De allí que bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada;
2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;

3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, se tiene dicho que:

a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige clara y precisas pautas demostrativas<sup>3</sup>.

Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia<sup>4</sup>.

c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial -manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia-; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad -práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley-, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción<sup>5</sup>, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que

surgen a través del falso juicio de identidad –distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio–, del falso juicio de existencia –declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso– y del falso raciocinio –fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica–.

La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado.”

Establecidas las premisas básicas de evaluación, se abordará en detalle la demanda de casación, de conformidad con el cargo formulado por el demandante, no sin antes aclarar que le asiste interés al defensor para recurrir en casación, atendiendo a que, si bien no apeló del fallo de primera instancia, tal circunstancia obedeció precisamente a que la decisión era en todo favorable para su asistido, lo que varió categóricamente al ser revocada por la segunda instancia.

De entrada se advierte que el escrito presentado por el defensor de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA, no cumple las mínimas exigencias de admisibilidad, porque no se preocupó por precisar en qué consistían los yerros denunciados, incluyendo en un mismo cargo, la violación indirecta de la ley sustancial por “...falso juicio de existencia por omisión respecto de una (sic) pruebas y el falso juicio de identidad respecto de las otras...”; y, al tratar de desarrollar la censura, insinúa, además, la concurrencia de un falso juicio de legalidad, por haber permitido la Juez A quo la introducción al juicio oral del informe sobre captura en flagrancia, sin el cumplimiento de las exigencias legales, empero omitiendo reparar que los primeros son errores de hecho y el tercero de derecho, lo que contraría los principios de claridad, precisión y no contradicción, circunstancia que le impide a la Corte asumir el estudio de los yerros

denunciados porque, conforme lo ha sostenido de antaño, no pueden "...invocarse sobre la misma prueba la presencia de las varias eventualidades previstas para cada clase de yerro, pues la lógica enseña la exclusión operante entre las diversas hipótesis..."<sup>6</sup>, puesto que sería absolutamente ilógico y absurdo sostener la incursión en la omisión de una prueba y simultáneamente que tal elemento de convicción fue supuesto, cercenado o adicionado.

Al mismo tiempo argumenta la vulneración del derecho de defensa y del debido proceso, por desconocimiento del principio de imparcialidad y por haber sido deficiente la materia probatoria, ya que afirma habersele negado la práctica de un testimonio, porque, a su juicio, la señora Juez estaba favoreciendo a la representante del ente instructor y le impidió controvertir las pruebas de esta parte.

Sin explicar las razones, advierte que no está de acuerdo con la valoración que hizo el tribunal de los testimonios de Luz Marina Peñaloza, Diana Consuelo Vásquez Andrés Yesid Castro, Gustavo Cifuentes y Jackson Méndez, como si su pretensión consistiese en la fundamentación de un falso raciocinio.

Con todo, el demandante omitió proponer los cargos en capítulos separados, dándole aplicación al principio de prioridad que gobierna la técnica casacional, en virtud del cual se imponía que la censura fundada en la causal segunda (nulidad) fuera presentada en forma prevalente, como quiera que de prosperar haría insubstancial el examen de los otros reproches.

En síntesis, aparte de la insustancial formulación de los cargos, del escrito presentado por el demandante difícilmente podría decirse, incluso, que reviste la apariencia de un alegato de instancia, porque su argumentación es deficiente y carente de método, al punto que toma apartes de la sentencia recurrida como si fueran sus propios argumentos, acomodándolos para tratar de sustentar los supuestos desaciertos y pide que

se case la sentencia absolviendo a su defendido de un delito que ninguna relación guarda con los supuestos fácticos.

Con todo, el principio de limitación que rige en casación le impide a la Sala corregir las deficiencias anotadas, en tanto no le corresponde asumir la carga argumentativa exclusiva del recurrente para complementar, adicionar o enmendar el libelo, porque la casación no es otra instancia ordinaria; su finalidad es promover un juicio técnico y jurídico contra la sentencia que pone fin a un proceso, en orden a demostrar su ilegalidad.

No obstante que de acuerdo con lo anotado puede considerarse que los reproches presentados por el impugnante se han respondido negativamente, considera la Sala oportuno, en cumplimiento de la función pedagógica que le corresponde, recabar en la esencia de los presupuestos necesarios para demostrar una causal acorde con la naturaleza constitucional y legal del recurso, sin que ello constituya la imposición de un método determinado, sino la indicación de las exigencias que debe colmar, en cada caso, la formulación de los cargos y específicamente de aquellos que trató de esbozar el defensor del procesado.

1. Si bien la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la nulidad, como causal de casación, no exige en su redacción formas específicas para su proposición y desarrollo, la demanda no puede confundirse con un alegato de libre confección, pues al igual que en las otras causales, debe ajustarse a determinados parámetros lógicos de modo que se comprendan, con claridad y precisión, las irregularidades sustanciales alegadas y la manera como quebrantan la estructura del proceso o afectan las garantías de las partes.

En efecto, por dirigirse a cuestionar una sentencia es imprescindible que el libelo contenga un discurso ordenado, claro, lógico y racional a través del cual con suficiencia se planteen los errores de juicio o de procedimiento en que pudo incurrir el fallador y se resalte su

trascendencia.

Los motivos que generan esta causal son específicos, como lo señala el principio de taxatividad consagrado en el artículo 458 del Código de Procedimiento Penal, y se refieren a la nulidad derivada de la prueba ilícita y la cláusula de exclusión; la nulidad por incompetencia del juez; y, la nulidad por violación a garantías fundamentales: derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales (artículos 23 y 455, 456 y 457, respectivamente).

Cuando se denuncia la vulneración del debido proceso, le corresponde al demandante determinar en cuál de los específicos momentos que conforman la actuación se presentó el irremediable defecto, indicando si fue en la formulación de la imputación, en la formulación de la acusación, en el juicio oral, en alguna de las demás audiencias o en los fallos de instancia.

También le corresponde al censor demostrar que la irregularidad cometida durante el desarrollo del proceso e inadvertida en el fallo, incide de tal manera que para remediarla no queda ninguna alternativa distinta a invalidar las diligencias y por eso debe indicar con precisión el momento procesal al cual deben retrotraerse las actuaciones una vez excluidas las que se demostraron viciadas.

Si la nulidad se predica por la vulneración del derecho de defensa por ausencia de esta garantía, por desconocimiento del principio de imparcialidad o por haber sido deficiente la materia probatoria, para la correcta formulación de la censura corresponde al demandante ocuparse de cada uno de esos asuntos demostrando la trascendencia directa que el error refleja en el fallo y que de no haberse presentado la irregularidad denunciada, el desarrollo de la actuación habría podido ser otro y distinto lo resuelto, y de esa forma acreditar que el defecto sustancial planteado únicamente se puede enmendar con la declaratoria de nulidad.

Al reclamar el recurrente que el fallo se dictó desconociendo el principio de imparcialidad que debe regir la actuación de los funcionarios judiciales, debe tenerse en cuenta que este postulado se integra, en general, al debido proceso en lo que concierne al juez natural.

En síntesis, cuando el cargo se formula por una causal de nulidad, se debe señalar específicamente si con el fallo impugnado se quebrantó el debido proceso o el derecho de defensa, pues se trata de vulneraciones que afectan dos ámbitos suficientemente delimitados y delimitables, conforme lo ha sostenido pacíficamente la jurisprudencia. Ello, en razón de que la afectación del debido proceso constituye un vicio de estructura (falta de competencia, pretermisión de las formas propias del juicio, etcétera), mientras que el quebranto del derecho a la defensa, comporta un vicio de garantía, características distintivas que imposibilitan su invocación conjunta, con fundamento en los mismos supuestos de hecho procesales y con apoyo en las mismas razones críticas.<sup>7</sup>

Le correspondía al recurrente demostrar que las irregularidades cometidas en el desarrollo del proceso e inadvertidas en el fallo, lo viciaban al punto que para remediar el agravio no existía alternativa diferente que invalidar las diligencias.

Al presentar los reproches, el defensor se refiere, sin distinción ninguna, a la violación del debido proceso y del derecho de defensa, porque argumenta a la vez que se le negó la práctica de un testimonio, la señora Juez no fue imparcial y le impidió controvertir las pruebas aducidas por la Fiscalía.

Sin embargo, omitió determinar la trascendencia de los vicios que denuncia, es decir, no explicó cuál es el perjuicio que por esas pretendidas anomalías sufrió el procesado y cómo se afectaron sus garantías o las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento, pues, como lo ha reiterado esta Sala, para que opere la nulidad se requiere la

producción de un daño y el defensor tiene la carga de enseñar de qué forma se beneficiaría el procesado con la invalidación del proceso.

Entonces, no basta con manifestar que se afectaron el derecho de defensa o el debido proceso o que el juez de primera instancia estuvo parcializado, negó la práctica de pruebas o no contaba con la prueba necesaria para condenar, pues, tales asertos no constituyen sustento suficiente.

2. Ahora bien, si la intención del recurrente era atacar la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 181-3° del Código de Procedimiento Penal, en primer lugar tenía la obligación de identificar con exactitud el yerro, es decir, establecer si se trataba de un error de hecho o de derecho al apreciar la prueba.

Tratándose de los primeros, debía precisar si se produjo (i) bien porque pese a obrar en el diligenciamiento no fue valorada (falso juicio de existencia por omisión); porque sin figurar en la actuación se supuso su presencia allí y la tuvieron en cuenta en la decisión (falso juicio de existencia por suposición); (ii) porque al considerarla distorsionaron su contenido cercenándola, adicionándola o tergiversándola (falso juicio de identidad); o, (iii) atendiendo a que, sin incurrir en alguno de los desatinos referidos, derivaron del medio probatorio deducciones contrarias a los principios de la sana crítica, esto es, los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia (falso raciocinio).

En relación con el error de derecho, era necesario que afirmara y demostrara que (i) se le había negado a determinado medio probatorio el valor conferido por la ley o le fue otorgado un mérito diverso al atribuido legalmente (falso juicio de convicción), o (ii) que los funcionarios al apreciar alguna prueba la asumieron erradamente como legal aunque no satisfacía las exigencias señaladas por el

legislador para tener tal condición, o la descartaron aduciendo de manera equivocada su ilegalidad, pese a que se cumplieron cabalmente los requisitos dispuestos en la ley para su práctica o aducción (falso juicio de legalidad).

En el primer caso -falso juicio de existencia por omisión- le correspondía al recurrente indicar cuál fue la prueba que no se valoró, cuál es la información que objetivamente suministra, el mérito demostrativo al que se hace acreedora y cómo su estimación con el resto del acervo probatorio variaría las conclusiones del fallo censurado, deberes de los que prescindió.

Ahora, si el propósito era alegar falso juicio de existencia por suposición, debía el casacionista identificar cuál era el aparte del fallo carente de soporte demostrativo en la actuación y precisar su injerencia en el sentido de la decisión, esto es, cómo al excluir la suposición, la sentencia sería diversa y en todo caso beneficiosa a los intereses de su procurado, actividad que ni siquiera intentó el censor.

Si la pretensión se encaminaba a invocar un falso juicio de identidad, tenía que identificar a través del cotejo objetivo de lo dicho en el medio probatorio y lo asumido en el fallo, el aparte de la prueba que se omitió o se añadió, los efectos producidos a partir del cercenamiento o la adición y cuál sería la trascendencia del yerro en la parte resolutive de la sentencia atacada, asuntos que tampoco planteó el defensor.

Cuando el reparo se orienta a denunciar un falso raciocinio, es obligación del demandante establecer qué dice concretamente el medio probatorio, qué se infirió de él en la sentencia atacada, cuál fue el mérito persuasivo otorgado, determinar el postulado lógico, la ley científica o la máxima de experiencia cuyo contenido fue desconocido en el fallo, debiendo igualmente indicar su consideración correcta, identificar la norma de derecho sustancial indirectamente excluida o indebidamente aplicada y luego, demostrar la trascendencia del error expresando con claridad cuál debe

ser la adecuada apreciación de aquella prueba, con el inexcusable compromiso de acreditar que la enmienda del yerro daría lugar a un fallo esencialmente diverso y favorable a los intereses de su representado, cometido que soslayó.

Refiriéndose al error de derecho por falso juicio de legalidad, está obligado el recurrente a identificar el medio probatorio que tacha de ilegal, indicando las disposiciones cuyo quebranto determina tal ilegalidad y demostrar la efectiva ocurrencia de lo denunciado; o, comprobar la legalidad de la prueba desechada por el juzgador. En ambos, estaría precisado a acreditar la trascendencia del desacierto en las conclusiones del fallo, esto es, demostrar que con la marginación de la prueba que se dice ilegal, las restantes evidencias conducen a una decisión sustancialmente diversa de la atacada, o que con la incorporación del medio de prueba que el actor estima legal, las conclusiones serían distintas a las que contiene la sentencia impugnada.

Por último, si el propósito consiste en plantear un falso juicio de convicción, es obligatorio que el impugnante demuestre la infracción de la tarifa de valoración dispuesta por el legislador, así como su injerencia en el sentido del fallo.

El demandante de ninguna manera se preocupa por acatar las mínimas exigencias que vienen de relacionarse, al punto que ni siquiera permite descifrar cuál era su propósito.

3. Si bien es cierto que a la aplicación indebida o a la falta de aplicación del principio de in dubio pro reo, puede llegarse tanto por la vía directa como por la indirecta de transgresión a la ley sustancial, también lo es que los antecedentes jurisprudenciales han establecido que en cada eventualidad el desarrollo y demostración del cargo debe corresponder al camino escogido para su denuncia y a la realidad que la actuación revele.

De acudirse a la vía directa, debe demostrarse que el sentenciador a pesar de haber afirmado la duda acerca de la existencia del hecho o de la responsabilidad del procesado,

decidió proferir fallo de condena, debiendo absolver (falta de aplicación) o que, por el contrario, no obstante aseverar la certeza sobre esos extremos, decide absolver cuando debió condenar (aplicación indebida).

Empero, si se invoca la violación indirecta del precepto, por incurrirse en errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, además del señalamiento concreto de la especie de error probatorio, el casacionista debe demostrar que el fallador llegó a la conclusión equivocada de que las pruebas no conducen a la certeza del hecho o la responsabilidad del procesado (aplicación indebida), o erradamente concluyó que los medios conducían a la certeza requerida y condenó, cuando se evidenciaba la incertidumbre que debió ser resuelta en favor del procesado (falta de aplicación). Para dicho efecto, tiene por carga presentar una argumentación acorde con el tipo de error cometido por el juzgador al apreciar los medios de convicción.

4. Por lo demás, no es cierto que el Tribunal hubiese desconocido las pruebas al fundamentar el fallo, de acuerdo con lo que, al tratar de desentrañar los inextricables argumentos del demandante, puede deducir la Sala que corresponde a uno de sus planteamientos, puesto que el Juez Colegiado expresamente aludió a los medios de convicción que corroboraban, no sólo la ocurrencia del delito y la responsabilidad del procesado, sino la validez de la versión entregada por los declarantes y especialmente por la menor C.D.M.A.. Así se pronunció el Ad quem:

“En este orden de ideas y, conforme los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados al plenario, no queda duda alguna sobre la responsabilidad de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA en la comisión del punible, persona que además de ser capturada en situación de flagrancia, fue reconocida por la víctima como uno de los sujetos agresores que participaron del hurto, tanto al momento de su captura como en el desarrollo del juicio oral y el que describiera como el de chaqueta blanca con gorra blanca, lo cual concuerda con las descripciones plasmadas en el informe de policía y la

denuncia instaurada por [C.D.M.A.], el 2 de agosto de 2010, en el sentido de señalar a ERIC como el sujeto de chaqueta blanca con gorra blanca, sumado a que la descripción morfológica del informe ejecutivo coincide con las características dada (sic) por la menor en juicio oral, al referirse como un sujeto mayor de edad, calvo moreno.

Entonces es de reiterar que la participación de ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA, en la comisión de los hechos no fue en calidad de autor sino de coautor al mediar una división de trabajo criminal, entre los otros sujetos agresores, denominados por la víctima como el de chaqueta naranja y el de chaqueta negra ovejera, sin que sea relevante establecer cual de ellos le sustrajo las pertenencias a [C.D.M.A.], pues los tres sujetos contribuyeron a ejercer la conducta ilícita y emprender luego la huida con el elemento hurtado, mismo que fue recuperado por la rápida acción de los agentes de policía y devuelto a su propietaria.

Como se colige de las presentes consideraciones, está plenamente demostrado en grado de certeza la comisión del delito de hurto calificado con circunstancia de agravación, y la responsabilidad del procesado ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA, por lo cual la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar emitir decisión de carácter condenatorio contra el mismo.”

5. Aparte de que el demandante, conforme se ha señalado, omitió enunciar las causales y formular los cargos, como quedó anotado, incluyó en el mismo capítulo reproches excluyentes, tratando de sustentar en una sola censura unos yerros que ni siquiera precisó, proceder que constituye un absoluto desconocimiento del principio de no contradicción que rige el recurso de casación, conforme lo ha reiterado la Sala8 circunstancia, que le impide a esta Corporación precisar cuál fue el supuesto dislate del Ad quem.

El hecho de que cada cargo deba sustentarse por separado obedece a que todo reproche,

lógicamente, debe ser suficiente para el propósito que se persigue, por lo que resulta impropio introducir o mezclar propuestas contradictorias.

Todo cargo en sí mismo, por lo tanto, debe ser una proposición jurídica completa, sin perjuicio de que el recurrente plantee los que quiera, inclusive excluyentes, a condición de que lo haga en capítulos separados y de manera subsidiaria, conforme lo ha precisado esta Sala de Casación<sup>9</sup>.

6. Ante la falta del correcto planteamiento y la necesaria demostración de un error trascendente en el fallo cuestionado, no puede la Corte, sin contrariar el principio de limitación que rige la impugnación extraordinaria, ocuparse del examen de falencias o desaciertos no denunciados o deficientemente presentados por el censor -como en el presente evento-, menos si en esta sede las sentencias se presumen acertadas y legales, cuyo derrumbamiento sólo es posible procurar a través de la dialéctica que eludió asumir el libelista.

Ahora bien, si se dijera que pese a los insalvables errores de fundamentación, la Corte ha de hacer un análisis de pertinencia -como lo propone el recurrente-, en punto de la posible violación de derechos fundamentales, debe señalarse que se observó al detalle el devenir procesal y lo consignado en la decisión de segunda instancia, particularmente en lo que atiende a los aspectos señalados por el demandante, verificándose completamente motivada y acorde con lo que la ley dispone.

Aparte de la insustancial formulación del cargo, se negará la prosperidad de la censura.

## CUESTIÓN FINAL

Habida cuenta que contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, impera precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el

referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación<sup>10</sup>, como sigue:

a) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio la Sala decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

c) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates 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 en un plazo de quince (15) días.

Página contiene parte resolutive y firma del Presidente de la Sala

Casación sistema acusatorio N° 37.458 –Inadmite demanda–

d) 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 de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del sentenciado ERIC MICHEL MONTENEGRO PEÑALOZA, por su defensor.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO  
MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Página contiene firma de 8 Magistrados

Casación sistema acusatorio N° 37.458 -Inadmite demanda-

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO  
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La Corte en estricto acatamiento del artículo 47, numeral 8°, numeral octavo de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) se abstiene de divulgar el nombre de la menor afectada.

2 Auto del 2 de noviembre de 2006, Radicado 26.089

3 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.323.

4 Cfr. auto de casación del 24 de noviembre de 2005, radicación 24.530.

5 ib. radicación 24.530

6 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de julio de 1996. Rdo. No. 11.801

7 Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de abril de 2003. Rdo. 16.485

8 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de julio de 1996. Rdo. 11.801

9 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de julio de 1996. Rdo. 11.801, entre otras.

10 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.