

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 279.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013).

V I S T O S

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por el procesado FERNANDO LOZANO ÁNGEL y su defensor, contra el fallo de segunda instancia que profiriera el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, fechado el 25 de enero de 2013, mediante el cual confirmó la sentencia emitida el 30 de agosto de 2012 por el Juzgado 23 Penal Municipal de Depuración de esa ciudad, en la cual condenó al acusado por el delito de abuso de confianza agravado, a la pena de 18 meses de prisión y multa en cuantía de 15 salarios mínimos legales mensuales. Así mismo, se dispuso sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por lapso igual al de la sanción aflictiva de la libertad; fue ordenado el pago, a título de perjuicios materiales, de la suma de \$ 2.938.783.545,77; y, se otorgó al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período de prueba de dos años.

H E C H O S

Fueron narrados en la sentencia de primera instancia, del siguiente tenor:

“Dice la denuncia que el Sr. CARLOS JOSÉ LALINDE GIRALDO, en calidad de socio gestor y Representante Legal de la sociedad INVERSIONES LALINDE LATORRE S. en C.S., confirió poder general amplio y suficiente al abogado FERNANDO LOZANO ÁNGEL identificado con la C.C. N° 17.127.143 de Bogotá (D.C.) y T.P. N° 7701 expedida por el C.S. de la J., a través de la Escritura Pública N° 889 de fecha Marzo 14 de 2003, otorgada en la Notaría Novena del Círculo de Cali, para que en uso de tal poder, llevara a efecto, entre otros, los siguientes actos dispositivos y de administración: “a. Comprar y vender toda clase de bienes muebles e inmuebles...”.

En desarrollo de tal poder, el Sr. FERNANDO LOZANO ÁNGEL transfirió a título de compraventa y en favor de la FUNDACIÓN HISPANOAMERICANA SANTIAGO DE CALI, un predio urbano de propiedad de la sociedad INVERSIONES LALINDE LATORRE S. en C.S., distinguido como lote de terreno N° 5, que hace parte de la Hacienda “Arroyohondo”, sector comprendido entre la Carretera Cali-Yumbo y la línea del Ferrocarril del Pacífico, con una extensión superficiaria de 75.084,96 M2 por un valor de \$1.482.534.668.00, suma de dinero que fue cancelada en su totalidad al vendedor FERNANDO LOZANO ÁNGEL, quien cobró la suma de \$400.000.000.00 por su gestión, descontando dicha suma, del dinero pagado por la compraventa.

Apoyado en las facultades conferidas a través de la misma Escritura Pública N° 0889 de fecha Marzo 14 de 2003, el Sr. FERNANDO LOZANO ÁNGEL, abrió una cuenta de ahorros en el entonces BANCO CONAVI a nombre de la sociedad INVERSIONES LALINDE LATORRE S. en C.S., la cual manejaba de manera directa, haciendo millonarias transferencias de dinero a otras cuentas de ahorros y además hizo millonarios retiros desde el mes de Octubre de 2003, en cifras que, dice la querella, superan los \$1.300.000.000.00.

Motivado por estos sucesos, se otorgó la escritura Pública N° 0115 de fecha Enero 19 de 2006, a través de la cual, el Sr. CARLOS JOSÉ LALINDE GIRALDO, actuando en nombre y representación de la sociedad INVERSIONES LALINDE LATORRE S. en C.S., revocó el

poder general otorgado al abogado FERNANDO LOZANO ÁNGEL, razón por la cual y a partir de esa fecha, el ciudadano denunciado, debía restituir los dineros correspondientes a la venta de la sociedad, sin embargo y de acuerdo con la querella, lo que hizo fue apropiarse de tal dinero, sin siquiera hacer la correspondiente rendición de cuentas, disponiendo en su favor, de una suma superior a los \$1.000.000.000.oo”.

DECURSO PROCESAL

La denuncia escrita fue instaurada por el afectado el 8 de marzo de 2006, ante la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación, en la ciudad de Cali.

Repartido el asunto al Fiscal Local 5 de esa ciudad, con fecha del 13 de marzo de 2006 fue decretada apertura de investigación previa.

Luego de practicadas algunas pruebas, el 24 de octubre de 2006, fue abierta formal instrucción, ordenándose escuchar en diligencia de indagatoria a FERNANDO LOZANO ÁNGEL, aunque, ante la imposibilidad de lograr su comparecencia, con fecha del 2 de abril de 2008, fue declarado persona ausente. En la misma fecha se dispuso el cierre de la investigación.

El 16 de julio de 2008, fue calificado el mérito de la instrucción con resolución de acusación en contra de FERNANDO LOZANO ÁNGEL, en calidad de autor del delito de abuso de confianza.

Apelada la decisión por el defensor del procesado, con fecha del 9 de junio de 2009, ella fue confirmada en su integridad por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal de Cali.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el asunto le fue repartido al Juzgado 23 Penal Municipal de Depuración de Cali, el 18 de agosto de 2009.

Por decisión del Consejo Superior de la Judicatura, el trámite se envió al Juzgado Primero Penal Municipal de Descongestión de Cali, el 6 de febrero de 2012. Empero, el 9 de marzo de ese mismo año, de nuevo se radicó competencia en el Juzgado 23 Penal Municipal de Depuración de Cali.

La audiencia pública de juzgamiento inició el 4 de junio de 2012, pero fue suspendida hasta el 21 de junio siguiente –cuando se culminó-, por petición de la defensa, que estimó necesario ese lapso para conocer al detalle el expediente.

El fallo de primer grado fue expedido el 30 de agosto de 2012. En su contra interpusieron y oportunamente sustentaron recurso de apelación el procesado y su defensor.

Con fecha del 25 de enero de 2013, fue proferida la sentencia de segunda instancia. Oportunamente el acusado y la defensa interpusieron y sustentaron el recurso extraordinario de casación, en escritos que ahora analiza la Corte en su legitimidad y debida fundamentación.

CUESTIÓN PREVIA

La demanda de casación presentada por el procesado FERNANDO LOZANO ÁNGEL no será tomada en cuenta por la Sala, dado que, oportunamente su abogado de confianza, quien fue directamente apoderado para el efecto mutando su condición de defensor suplente a principal, allegó el correspondiente libelo casacional.

El sindicado no puede apoyarse en su condición de abogado, entonces, para ostentar al mismo tiempo esa doble calidad de impugnante, ni para adicionar con nuevos cargos la demanda que presentó el profesional a quien encomendó su defensa.

Sobre el tópico, la Sala tiene suficientemente decantado que no procede en el

recurso extraordinario de casación que el defensor y el acusado –en quien concurra la condición de abogado– presenten de manera sincrónica sendas demandas de casación.

En efecto, de tiempo atrás ha precisado:

“Sobre el particular, conviene tener presente que la sustentación del recurso de casación está reservada a un abogado titulado. Como el sentenciado ostenta esa calidad, tendría que admitírsele, legalmente autorizado, para cumplir directa y personalmente con esa gestión, según deviene del artículo 222 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, es de entender que lo anterior sólo es posible en la medida en que la actuación directa excluya la de un profesional encargado de la defensa. En el presente caso, el procesado le confió su asistencia a un abogado titulado, quien viene ejerciendo ese mandato, y como tal presenta su demanda, lo que implica que el procesado, en tanto no revoque ese poder, respete en su integridad su propia decisión, lo que hace parte de las pautas procesales, pues para este evento el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal advierte que ‘Cuando existan peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas’.

Por otra parte, la técnica del recurso impide la viabilidad de varias demandas con relación a un mismo sujeto procesal (procesado y defensor), en la medida en que la elaboración del libelo está sometida a una estructura formal y lógica impuesta por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, que tampoco puede desbordar la Sala. Aún más, la diversidad de demandas presentada por una misma parte, quebrantaría el esquema técnico de la casación, obstaculizando la comprensión centrada de las aspiraciones del impugnante e interfiriendo en la adopción de un fallo coherente, como así se infiere del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que al vedar en principio la formulación de cargos

entre sí excluyentes, sólo llega a admitirlos en el texto de una misma demanda pero de manera subsidiaria”¹ (subrayas fuera de texto).

Adicionalmente, se tiene que sindicado y defensor conforman un mismo sujeto procesal y que al último, quien fue apoderado de manera expresa y directa para que representara los intereses del primero, no le ha sido revocado el poder para actuar.

Por lo anotado, en el evento del rubro ha de insistirse en que si bien el procesado FERNANDO LOZANO ÁNGEL ostenta la calidad de abogado, su escrito casacional no será objeto de estudio y sólo se examinará el libelo presentado por su defensor.

LA DEMANDA PRESENTADA POR LA DEFENSA.

El demandante parte por significar que acude a la vía discrecional del recurso extraordinario, dado que el fallo de segunda instancia fue proferido no por el Tribunal, sino por un juzgado de circuito y la pena máxima establecida para el delito objeto de acusación no supera los 8 años.

Sin embargo, entiende que está habilitado para utilizar este mecanismo, ya que busca restablecer las garantías supuestamente conculcadas al procesado, en particular, el debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia e in dubio pro reo.

A. Cargo Primero (Único Principal)

El demandante advierte que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial en razón de incurrir en un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición.

Para el efecto, sostiene que la afirmación de los falladores atinente a que el procesado se apropió de dineros pertenecientes a la sociedad Inversiones Lalinde Latorre,

operó “sin que en el expediente reposara elemento probatorio alguno que permitiera demostrar la existencia de tal apropiación”.

A renglón seguido, el casacionista transcribe un apartado del fallo de segundo grado, que dice contiene la argumentación referida a la apropiación del dinero, para significar que allí jamás se referencia la existencia de un concreto medio de prueba en el cual soportar la conclusión, ni de la revisión del expediente este se advierte.

Luego significa el recurrente que al respecto “lo único que aparece en el expediente son aseveraciones de los denunciantes y presunciones de los funcionarios encargados de la acusación y el enjuiciamiento”, pues, no se recogió ninguna prueba que demuestre que el procesado compró un inmueble con los dineros de la sociedad o que realizó transacciones o retiros a su propio nombre.

Entiende el impugnante que esa ausencia de prueba conduce al fenómeno de la incertidumbre o, lo que es lo mismo, a la duda probatoria que en virtud del principio de presunción de inocencia debió conducir a la absolución de su representado judicial.

A. Cargo Segundo (Primero Subsidiario)

A través de la postulación del cargo por el camino del error de derecho por falso juicio de legalidad, el demandante advierte que no podían tomarse como pruebas válidas las copias simples de documentos que presentó el afectado como soporte de la demanda de constitución de parte civil, en particular, las fotocopias de los extractos de la cuenta de ahorros abierta por el acusado a nombre de la sociedad INVERSIONES LALINDE LATORRE.

Ello, sostiene el recurrente, porque fueron presentados informalmente, violando el artículo

259 de la Ley 600 de 2000, que exige allegarlos en original o copia auténtica; y porque, además, nunca fueron puestos en conocimiento del procesado para que los contradijera, ya que no le fue notificado personalmente el auto admisorio de la demanda, ni se realizó emplazamiento, en contravía de lo establecido en el artículo 48 ibídem.

Advierte el demandante, igual que en el cargo anterior, que la inexistencia de certeza acerca de la ejecución del delito conduce a la incertidumbre que genera duda probatoria, razón por la cual debió absolverse al procesado, en seguimiento del principio in dubio pro reo.

A. Cargo Tercero (Segundo Subsidiario)

Ya por el sendero de la violación directa de la ley sustancial, el recurrente sostiene que el fallador “desconoció elementales principios sobre el cobro de intereses”, respecto de la suma de dinero que se dice apropiada por el acusado.

Al efecto, afirma el casacionista que se desconoció lo estipulado en los artículos 2128 del Código Civil, y 1271 del Código de Comercio.

Específicamente, asevera que para efectos de poder cobrar intereses moratorios, debió haberse constituido en mora al procesado, pero ello hasta el presente no ha sucedido.

Pero, agrega, si en gracia de discusión se dijera que el acusado debe responder por la mora, ello debe operar desde la emisión de “la sentencia de condena” y no antes.

Además, acota, es inadmisibile que esos intereses cobijen la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, como lo dedujeron los falladores, pues, así se vulnera el artículo 1271 del Código del Comercio, en cuanto, establece sólo el pago del

interés civil, vale decir, 6% anual o 0.5 mensual “conforme lo dispone el artículo 1617 del Código Civil”.

Tampoco es posible legalmente, aduce el recurrente, afirmar que la liquidación de intereses sobre los saldos apropiados por el procesado, debe hacerse hasta la fecha de la sentencia, dado que ello viola el contenido de las normas civil y comercial antes referenciadas, por cuanto allí se habla de saldos y no de la totalidad de lo adeudado.

Así mismo, agrega el impugnante, los juzgadores reconocen intereses sobre la totalidad de lo apropiado, desconociendo que los mismos demandantes aceptan haber recibido previamente un total de \$423.000.000, de manos del procesado, los cuales debieron restarse desde un comienzo y no al final de la operación matemática realizada por el despacho de primer grado para tal efecto.

Finalmente, a manera de solicitud general por los tres cargos, el casacionista pide casar la sentencia atacada y en su lugar emitir fallo sustitutivo que al advertir la inexistencia de prueba de responsabilidad penal, absuelva al procesado del cargo objeto de acusación; en subsidio, que se revoque el numeral tercero de la sentencia y “en su lugar, disponer que se realice una liquidación acorde con los artículos 2182 del Código Civil y 1271 del Código de Comercio”.

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

Dentro del lapso establecido para el efecto, hizo llegar escrito de no impugnante la representante de la parte civil.

En su alegación, la profesional del derecho parte por recordar las finalidades y naturaleza del recurso de casación, con citación de jurisprudencia de la Corte referida al tópico, para de ello colegir que la demanda presentada por el defensor del acusado no cumple con las exigencias básicas del extraordinario mecanismo de impugnación.

En particular, destaca la no impugnante que la demanda aborda aspectos, el de la liquidación de perjuicios, no discutidos en el recurso de apelación.

Además, sostiene, los yerros propuestos no fueron demostrados, ni tampoco su trascendencia, que obliga, no a formular críticas insulares, sino abordar la totalidad de lo alegado probatoriamente, a fin de advertir su incidencia sobre el sentido del fallo.

En suma, estima la representación de la parte civil que lo alegado por el demandante no supera el estadio de la simple inconformidad con lo decidido, sin que efectivamente demuestre un vicio que conduzca a desquiciar la sentencia atacada.

En consecuencia, solicita de la Corte rechazar la demanda de casación.

CONSIDERACIONES

Es necesario destacar, en primer lugar, que en atención a los requisitos legales consagrados para acudir al mecanismo extraordinario de la casación, el asunto examinado obliga recurrir a la vía discrecional, dado el monto de pena dispuesto para el delito por el cual se condenó al representado judicial del recurrente -oscila entre 18 meses y 6 años de prisión, conforme lo establecido en los artículos 249 y 267 del C.P., de los cuales se valieron las instancias para delimitar la conducta punible y sus consecuencias- y, primordialmente, el origen del fallo de segundo grado, emitido no por un tribunal, sino por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali.

En este sentido, el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, regula que el recurso extraordinario procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los tribunales de distrito judicial o el Tribunal Superior Militar, para delitos cuya pena privativa de la libertad exceda de ocho años.

Entonces, cerrada la vía ordinaria dado que la sentencia no proviene de un

tribunal y la pena establecida legalmente para el delito es con mucho inferior a ocho años, era menester que el demandante especificase la necesidad de intervención de la Corte, ya para garantizar derechos fundamentales, ora en el cometido de desarrollar la jurisprudencia, como así lo impone el artículo 205, inciso último, de la Ley 600 de 2000.

El recurrente sólo afirmó genéricamente, sin precisar el punto, que en el asunto examinado se trata de hacer valer las garantías al debido proceso y derecho de defensa, así como los postulados de presunción de inocencia e in dubio pro reo, y eso por sí mismo es suficiente para inadmitir la demanda, pues, si ya la casación, con el cumplimiento de los requisitos de legitimidad que la habilitan, demanda de una carga argumental profunda, como quiera que los fallos de instancia arriban a la Corte prevalidos de una doble connotación de acierto y legalidad, la exigencia se superlativiza respecto de asuntos que normalmente no permiten acceder al recurso, en postulación excepcionalísima que por esa misma condición reclama de justificación amplia y suficiente.

Desde luego, si sucede que lo alegado por el impugnante es que se violaron garantías fundamentales del procesado, siempre será posible aducir que ello por sí mismo permite acudir al camino discrecional.

Pero, se repite, la simple afirmación no exonera de la carga procesal de explicar la necesidad de la intervención discrecional de la Corte, como quiera que se trata de dos exigencias y niveles de argumentación diferentes, de manera que en primer lugar se justifique el requerimiento para que la Sala aborde el conocimiento del asunto, y en segundo término, se sustente adecuada y suficientemente la existencia del vicio o yerro trascendente que obliga modificar o revocar la decisión a favor del recurrente.

Se reitera, si ya por sí mismo el recurso de casación asoma extraordinario, en cuya razón la admisión de la demanda opera consecuencia de que se cumplan unas pautas

argumentales y de sustentación exigentes, el tópico deriva hacia escenarios excepcionalísimos cuando se verifica que, en sentido general, el asunto no admite de esa especial forma de impugnación, tornándose imperioso delimitar amplia y suficientemente la materialización de una de las dos circunstancias que habilitan el examen de la Corte: vulneración de garantías fundamentales o necesidad de desarrollar la jurisprudencia.

En otras palabras, cuando el delito por el cual se condena contempla una pena legalmente establecida inferior a 8 años o la segunda instancia del proceso corresponde a un juzgado, lo normal es que el trámite termine con el fallo del Ad quem, y sólo cuando el recurrente argumenta de manera expresa y suficiente que se impone la intervención de la Sala para restañar garantías vulneradas o hacer dinámica la jurisprudencia, es posible, desde luego, si además se fundamenta cabalmente la existencia de un error trascendente, admitir la demanda de casación. Lo contrario significa tornar general lo que excepcional se ha fijado.

De esta manera, si la Corte no advierte, porque el recurrente se abstuvo de plantear esos tópicos así fuese de forma adjetiva, que deban protegerse derechos fundamentales o haya de desarrollarse la jurisprudencia, mal puede admitir una demanda que no se aviene con las exigencias formales establecidas.

Ahora, aún en el evento que se dijera superado ese primer escollo, para la Sala es claro que los cargos postulados por el casacionista no resisten un primer análisis de adecuada fundamentación, pues, nunca demuestra que de verdad se presentase algún tipo de vicio trascendente discutible en este escenario extraordinario, que obligue modificar la sentencia objeto de ataque, como se verá a renglón seguido, cuando se asuma el examen independiente de cada cargo.

A. Cargo Primero (Único Principal)

Ya la Sala ha construido amplia y pacífica jurisprudencia acerca de la forma en que deben discutirse los errores de hecho, para que la crítica tenga sentido y pueda abordar la temática de trascendencia, en el entendido que las causales de casación obedecen a criterios lógicos y jurídicos que buscan amparar la doble presunción de acierto y legalidad de que llegan prevalidas a esta sede las sentencias de las instancias.

Entonces, si lo planteado es que se materializó un falso juicio de existencia por suposición, la adecuada definición del tema de ninguna manera puede pasar por esa genérica afirmación referida a que el expediente no cuenta con pruebas suficientes de responsabilidad penal, o que nada se dijo al respecto por las instancias, para lo cual se cita un apartado conclusivo del fallo de segundo grado.

En tratándose, el propuesto por el casacionista, de un vicio objetivo que remite a fundar un específico conocimiento en medio suatorio inexistente, su demostración opera por la misma vía objetiva y, por ello, reclama que se transcriba específicamente el apartado del fallo donde se postula la existencia de un concreto elemento probatorio, del cual se extracta un contenido importante, que en verdad no fue aportado a la foliatura.

Lejos de tan precisa tarea, el demandante transcribe parcialmente la conclusión general a que llega la segunda instancia, para luego afirmar que ella carece de soporte probatorio, asunto que dista mucho de corresponder a la causal alegada, pues, no se trata de significar que el fallador inventó o imaginó un específico medio de prueba, sino de sostener que no existe fundamento para condenar, tópico que corresponde al tema valorativo, susceptible de discutir por el sendero del falso raciocinio, y no al objetivo propio del falso juicio de existencia.

Pero, además, es claro que el impugnante obvia referenciar un elemento

sustancial para lo que se debate, atinente a la identidad que conforman los fallos de primera y segunda instancias, cuando entre ellos existe uniformidad en lo decidido y las razones que lo fundamentan.

Así, está claro que los argumentos consignados en la sentencia de segundo grado apenas ratifican, dentro de lo que debió responderse a la apelación planteada por el procesado y su defensor, los motivos que soportaron el fallo de primer grado.

Por tal virtud, la demostración del cargo implicaba acudir a lo consignado por el a quo, para advertir que allí el juzgador llegó a definiciones probatorias carentes de medio de soporte, el cual fue imaginado o inventado por este.

Cuando el casacionista interroga en el cargo acerca de las pruebas que soportan el fallo, ningún elemento de juicio ofrece para verificar adecuada la postulación del yerro, pues, ello no se compadece con la causal planteada, que obliga, se repite, demostrar que la sentencia se fundó en un específico medio inexistente.

Pero allí no acaba la tarea que debe emprender el demandante, como quiera que una vez especificado el elemento suasorio inventado o supuesto por el fallador, es necesario que aborde la totalidad del acopio suasorio, analizándolo en su conjunto, para definir, en punto de trascendencia, que ya eliminado ese factor, no se cuenta con lo suficiente para emitir la decisión de condena.

Esta, sobra anotar, no fue una labor que adelantase el demandante, quien se contentó con afirmar, sin ningún soporte, que el expediente no cuenta con lo requerido para demostrar la responsabilidad del acusado, sin siquiera examinar las pruebas que el sentenciador de primer grado tuvo en cuenta para afirmar lo contrario.

En este sentido, no es cierto, como inopinadamente firma en el cargo el impugnante, que la transcripción de lo que la segunda instancia concluyó, corresponda a lo

mismo que respecto del tema de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado argumentó el a quo, pues, basta leer el contenido de la sentencia de primer grado para advertir cómo la definición de responsabilidad penal pasó por tomar en cuenta, en calidad de soporte fundamental, lo referido bajo la gravedad del juramento por los dos socios de la empresa afectada, a quienes otorgó completa credibilidad cuando refirieron cuál en concreto fue la actuación contraria a derecho del acusado y la forma en que supuestamente se apropió de los dineros confiados a él como apoderado de negocios.

Tan concreta prueba testimonial jamás fue abordada por el recurrente, ni le mereció crítica la valoración que de ella hizo el sentenciador de primera instancia, o siquiera intentó controvertir su fuerza suasoria o la credibilidad que de allí se desprende.

Basada la condena en dichas pruebas, desde luego que ninguna virtualidad de admisión tiene la controversia inane que propone el demandante, no solo porque omite señalar cuál medio de conocimiento fue el supuesto por las instancias, sino en atención a que deja de lado explorar la trascendencia del inexistente yerro al obviar examinar en concreto los fundamentos de la decisión atacada.

Suficiente, lo anotado, para inadmitir el primer cargo.

A. Cargo Segundo (Primero Subsidiario)

Si el demandante no precisa cómo fue examinada la prueba supuestamente allegada de forma ilegal, o mejor, qué valoración de ella se hizo por las instancias, bien poca fortuna tiene su crítica, pues, finalmente, la Corte desconoce si ella tuvo algún efecto en la sentencia o, incluso cuándo o de qué manera se aportó.

Es que, la simple manifestación referida a cómo la conclusión de apropiación ilícita partió de documentos carentes de validez, cuando menos obliga del recurrente demostrar cuáles específicamente son los mismos, cuándo y cómo se adosaron a la foliatura, dónde reposan y, con mayor acento, de qué forma fueron valorados por las instancias, a efectos de determinar su trascendencia.

Porque, como se anotó en el cargo anterior, así ocurra que se presenta algún tipo de irregularidad, ora de validez, ya de verificación del contenido de la prueba, la controversia deviene en insustancial ejercicio académico si ella no comporta efectos suficientes sobre la decisión atacada, al extremo de obligar revocarla o modificarla.

Para el caso analizado, el impugnante dice, sin ningún soporte, que supuestamente algunos documentos fueron aportados en fotocopia simple, pese a lo cual sirvieron de sustento al fallo de condena.

Empero, el mismo demandante sostiene que esos documentos acompañaron la demanda de constitución de parte civil, sin establecer si fueron o no considerados para soportar la condena penal, aunque manifieste que ellos sirvieron en el cometido de demostrar la apropiación.

Una tan profunda indeterminación del cargo, que ni siquiera precisa en su contenido material las pruebas inválidas, la forma en que fueron analizadas o su real efecto respecto de la totalidad probatoria, conduce necesariamente a su inadmisión.

Pero, además, la lectura integral de los fallos hace ver que nunca la decisión de condena tomó en consideración elementos probatorios de corte documental, razón suficiente para afirmar que también la propuesta casacional carece de soporte fáctico.

Huelga significar que el segundo cargo será inadmitido.

A. Tercer Cargo (Segundo Subsidiario)

Si bien, como se anotó en líneas anteriores, los fallos de primera y segunda instancias forman una unidad inescindible cuando coinciden en la decisión y argumentos de sustento, ello no conduce a que la demanda de casación pueda enfilarse contra lo decidido por la primera instancia exclusivamente, pues, el extraordinario recurso asume objeto necesario la sentencia de segundo grado, que es la buscada modificar o revocar.

Y si bien, en los casos en los cuales se aleguen nulidades es factible advertir que el fallo del ad quem es el atacado en cuanto prohibió el trámite espurio, así ello no hubiese sido motivo de apelación, es lo cierto que la demanda de casación comporta en la generalidad de los casos la obligación de que se haya impugnado la decisión de primer grado en el campo específico que nutre la demanda, cuando el supuesto vicio se propició allí, pues, si así no sucede, el cargo ha de inadmitirse por falta de interés.

Precisamente, ello faculta que sea la decisión de segunda instancia sobre el tópico apelado, el objeto sobre el cual recae el cargo en casación, cuando de advertir un vicio trascendente se trata.

Ahora, si sucede que no existió pronunciamiento de segunda instancia sobre el tema específico que nutre el cargo, cuando se trata de aspectos ajenos a las garantías conculcadas que generan nulidad, mal puede enfilarse el ataque contra ese fallo -aunque se anote que el silencio prohibió lo expresado por la primera instancia-, por elemental sustracción de materia.

En el caso examinado, si la controversia planteada atiende específicamente a la forma en que fueron tasados los perjuicios materiales, el que no haya decisión de

segundo grado sobre el particular impide que el cargo pueda ser propuesto, ora en atención a que no se interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, en cuyo caso se hablaría de falta de interés del demandante, o ya porque el fallador de segundo grado omitió referirse a esa concreta manifestación de impugnación de la defensa, asunto que dice relación con la falta de motivación como circunstancia de nulidad.

No puede el demandante en casación, entonces, enfilarse el cargo dentro de los postulados de la violación directa de la ley, precisamente porque la segunda instancia ningún análisis hizo de esos factores, dado que omitió pronunciarse respecto de la impugnación que en sede de apelación hicieron la defensa y el propio procesado cuestionando la forma de tasación de los perjuicios.

Ello es suficiente para inadmitir también el último cargo propuesto por el casacionista.

Sin embargo, la Sala debe pronunciarse de oficio, dada la ostensible vulneración de garantías que ello apareja, respecto de la falta de motivación del fallo de segundo grado, en cuanto, no respondió a la cabal propuesta impugnatoria de la defensa y el procesado, atinente a la forma como fueron tasados por el a quo los perjuicios materiales.

DE LA CASACIÓN OFICIOSA

Una vez proferida la sentencia de primera instancia, oportunamente la defensa y el mismo procesado, profesional del derecho, interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

Para lo que interesa al objeto de la decisión a tomar aquí, es necesario destacar que en su escrito impugnatorio el defensor reservó un acápite, que rotuló “EXCESO

EN LA ORDEN DE PAGO DE INTERESES”, en el cual controvierte la legalidad o juridicidad de la decisión de cobrar intereses moratorios comerciales, dado que, en su sentir, el mandato otorgado al acusado comporta naturaleza civil.

A su turno, el acusado manifestó su inconformidad con el fallo de condena a través de profuso escrito en el cual, a más de controvertir la prueba de responsabilidad penal estimada por el a quo, advierte, en el literal E) de los temas discutidos, titulado “QUE EL MONTO DE LOS PERJUICIOS A LOS CUALES SE ME SENTENCIÓ, SON EL PRODUCTO DE UN JUICIO IMAGINARIO Y FANTASIOSO, RESULTADO DE UNA BURDA Y OSTENSIBLE DECISIÓN PREVARICADORA DE LA JUZGADORA”, la que estima inadecuada forma de tasar el daño material, para cuyo efecto destinó más de cuatro folios a establecer su criterio, dirigido a demostrar que fueron mal liquidados esos perjuicios.

Expresa, amplia y claramente los apelantes señalaron como motivo de inconformidad el asunto concreto de la liquidación de perjuicios, presentando argumentos fácticos, probatorios y jurídicos dirigidos inequívocamente a que se modificara la decisión del a quo que los estableció en suma determinada.

El fallador de segundo grado, conforme se lee en su sentencia del 25 de enero de 2013, resumió ambos escritos de apelación y respecto del presentado por el defensor, significó, en el numeral 12: “Dice que hubo exceso en la orden de pago de intereses comerciales sobre la supuesta suma de dinero adeudada por su representado en favor de la víctima, señalando que el contrato de mandato objeto de esta investigación, es de carácter civil y los intereses que genera, en cualquier caso, no pueden superar el interés civil legal del 6% anual, tal como lo refiere el artículo 1617 del c.c.”

En torno de lo argumentado por el procesado, se hace en la sentencia de segundo grado un apretado resumen en dos párrafos.

Empero, no obstante contener ambos escritos de apelación acápite específico

destinado a controvertir la manera en la cual el a quo tasó los perjuicios materiales; y evidente que el ad quem conocía suficientemente de ese espectro de discusión, al punto de resumirlo en la providencia, ya después, cuando abordó el examen de los tópicos objeto de impugnación para resolverlos, absolutamente nada dijo sobre el particular, en silencio inexplicable que vulnera ostensiblemente el debido proceso, derecho de defensa y principio de contradicción.

Sobra anotar que si los impugnantes tienen legitimación para ello, actúan dentro del plazo establecido por la ley y presentan argumentos claros y pertinentes con específica pretensión encaminada a revocar o modificar un aspecto de la decisión que los afecta, la segunda instancia corre con la obligación de responder adecuadamente esa postulación, convertida en verdadera garantía para la parte y establecida por la ley expresamente al momento de regular los recursos y el contenido del fallo.

Cuando la decisión judicial deja de considerar un aspecto toral de su objeto, deviene en carente de motivación y obliga de su anulación, dada la trascendencia del vicio.

Acerca de lo anotado, en reciente jurisprudencia, que aborda a despacio el tema, dijo la Sala²:

“Sobre la motivación de las sentencias de tiempo atrás ha precisado la Sala que puede ocurrir alguno de los siguientes vicios: (i) que el fallo carezca totalmente de motivación; (ii) que siendo motivado, sea dilógico o ambivalente; (iii) que su motivación resulte incompleta; o (iv) que la motivación sea solamente aparente o sofística.

Al respecto tiene dicho la Corte:

La “ausencia absoluta de motivación se configura cuando no se precisan las razones de orden probatorio y jurídico que soportan la decisión; la motivación es ambivalente cuando contiene posturas contradictorias que impiden conocer su verdadero sentido; y, será

precaria o incompleta, cuando los motivos que se exponen no alcanzan a traslucir el fundamento del fallo³. La motivación es aparente o sofística, señaló la Sala en otra oportunidad, cuando se desconocen ‘pruebas que objetivamente conducen a conclusiones diversas’, de modo que se socava la estructura fáctica y jurídica del fallo”⁴ (subrayas fuera de texto).

(...)

Como viene de verse, es ostensible que la Sala de Conjuces que conoció en segunda instancia del asunto no tuvo el buen cuidado de identificar los motivos de impugnación propuestos por el defensor de RAÚL PÉREZ contra lo decidido por el a quo, omisión que a la postre le impidió establecer su órbita de competencia funcional como juez ad quem, y por ello, no atinó a responder en debida forma los argumentos allí planteados, de modo que se limitó a confirmar la decisión de primer grado sin ofrecer ponderaciones probatorias, o interpretaciones de la ley, es decir, con absoluta falta de motivación, circunstancia que impone la casación parcial del fallo respecto del mencionado ciudadano.

Es pertinente señalar que no se trata de una motivación precaria o insuficiente, sino de la ausencia total de planteamientos en orden a tener por demostrada la materialidad de los punibles en concurso y la responsabilidad de PÉREZ FLÓREZ, proceder que denota capricho y ostensible arbitrariedad, pues los Conjuces no se adentraron en el estudio de la impugnación propuesta, y tanto menos de las pruebas allegadas al proceso, falencia que en vano trataron suplir al señalar: “Esta Sala de Decisión ha estudiado con detenimiento el voluminoso expediente”, pues huelga decir que, por el contrario, la ausencia de motivación denota la falta de estudio del diligenciamiento.

Ahora, si bien el numeral 1º del artículo 217 de la Ley 600 de 2000 dispone que “si la causal aceptada fuere la primera, la segunda o la de nulidad cuando ésta afecte exclusivamente la sentencia demandada, casará el fallo y dictará el que deba

reemplazarlo” (subrayas fuera de texto), lo cierto es que ya la Colegiatura⁵ ha dilucidado tal temática para concluir que tratándose de la absoluta falta de motivación del fallo de segundo grado, una vez dispuesta su casación por vía de la invalidación, el diligenciamiento debe ser remitido al ad quem, por las siguientes razones:

- (i) “Entrar la Corte a corregir directamente el vicio, dictando el fallo, significaría romper la estructura del proceso penal que impone que cada instancia culmine con la adopción de una sentencia, a menos que ocurran fenómenos de extinción de la acción penal.
- (ii) “De la misma manera que sería inaceptable que la Corte, en un proceso en el que materialmente no haya fallo de segundo grado, suplantara al Ad quem para expedirlo por economía procesal, no puede admitirse que en eventos de absoluta falta de motivación lo haga.
- (iii) “Si frente a situaciones de falta de motivación, es decir, de falta de sentencia, la decisión de la Corte no puede ser otra que constatar el vicio, la orden que se imparta se limitará a que se subsane, sin que sea posible trazar directrices sobre el contenido o el sentido de una decisión inexistente.
- (iv) “Resultaría también un contrasentido o, por lo menos, una inconsecuencia, que para verificar el interés para recurrir en casación se le exija al impugnante haber discutido ante el Ad quem el tema que pretende exponer en sede extraordinaria, como con razón ha sido dicho siempre por la Corte para darle oportunidad al Tribunal de examinar el punto, y se afirme a la par que no es necesario que el Tribunal se pronuncie porque la Corte puede suplir la deficiencia.”

Asimilados los criterios transcritos al caso concreto, lo primero que cabe reseñar es que la omisión advertida en la decisión de segundo grado representa absoluta falta de motivación, pues, se soslayó completamente la controversia propuesta acerca de la

indemnización de perjuicios y su monto, al punto que nada sobre ello se motivó, tal cual se anotó en precedencia.

El tema, así, se dejó sin ninguna respuesta, con grave afectación de las garantías de los apelantes, obligada de condigna decisión nulificante.

No se entiende, al efecto, cómo el funcionario de segunda instancia, pese al contenido expreso de las apelaciones e incluso consciente del tema, al punto de resumir la específica pretensión de ambos impugnantes en torno de la indemnización de perjuicios, en lugar de ocuparse de resolver las cuestiones planteadas, precisamente las que generan su competencia, prefiere divagar ampliamente sobre asuntos completamente impertinentes, ajenos al objeto de discusión, cual se predica de la innecesaria remisión a tratadistas internacionales y su postura dogmática acerca de la responsabilidad, o la auscultación de un inexistente contrato de mutuo.

Sobra anotar que del juez, en estos casos, no se esperan inoficiosas disertaciones académicas o ampulosas citas doctrinarias, cuando ello no es el tema de controversia y ni siquiera el tópico aparece problemático, sino la más modesta pero efectiva labor de resolver adecuadamente las cuestiones planteadas por el apelante, no sea, como aquí sucede, que por el camino de lo superfluo se pierda lo importante y, entonces, cuando la discusión se plantea en el terreno de la prueba de responsabilidad y la forma de decantar el monto de los daños materiales, sobre lo primero bien poco se diga y nada de lo segundo se aborde.

Acorde con lo visto, se casará de oficio el fallo atacado, para efectos de que se rehaga dentro de los lineamientos de debida motivación antes referenciados.

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

RESUELVE

Primero: INADMITIR las demandas de casación presentadas por el acusado FERNANDO LOZANO ÁNGEL y su defensor de confianza, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo: CASAR de oficio el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali. En consecuencia, se decreta la NULIDAD de lo actuado a partir de su expedición, inclusive, para efectos de que se rehaga dentro de las condiciones de adecuada motivación establecidas por la Corte.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Providencias del 6 de marzo de 1996, 2 de agosto de 2000, 14 de marzo de 2007, 15 de mayo de 2008 y 9 de marzo de 2012, Radicados Nos. 11.343, 15.559, 26.093, 29.093 y

38.519, respectivamente.

2 Sentencia del 7 de marzo de 2012, radicado 37047.

3 Auto del 28 de febrero de 2006. Rad. 24783.

4 Sentencia del 22 de mayo de 2003. Rad. 29756.

5 Sentencias del 27 de julio de 2006. Rad. 22329, 13 de septiembre de 2006. Rad. 20611 y 3 de agosto de 2006. Rad. 22485 y del 11 de febrero de 2009. Rad. 29323, entre otras.