

Magistrada Ponente

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

AP1090-2017

Radicación N° 45.543

(Aprobado Acta N° 50)

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

VISTOS

Con el fin de constatar si satisface las condiciones de admisibilidad, la Corte examina la demanda de casación presentada por el defensor de YOLANDA MURCIA ROBAYO, contra la sentencia del 7 de octubre 2014, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

I. HECHOS

El 5 de enero de 2009 se celebró el contrato de prestación de servicios N° 005 entre el municipio de Quipile (Cundinamarca) y Eder Fernando Moya Vargas, por valor de \$12'500.000. En el marco de una investigación fiscal se detectó la ausencia de documentación concerniente al cumplimiento del objeto contractual -inseminación artificial de bovinos- y a la identidad del contratista.

No obstante, para el pago de las prestaciones derivadas del contrato, el 13 de febrero subsiguiente, la administración emitió el cheque N° 0003481 en cuantía de

\$11'287.500. Éste fue fraudulentamente endosado a la jefe de proyectos del municipio, YOLANDA MURCIA ROBAYO, a quien, siguiendo instrucciones de LUIS HERNANDO FORERO AGUILLÓN -alcalde municipal-, se le pagó el importe. El contratista únicamente recibió como pago la suma de \$6'000.000, produciéndose un desfaldo de \$5'287.500.

II. ANTECEDENTES PROCESALES PERTINENTES

En audiencia del 31 de octubre de 2013, ante el Juzgado Penal del Circuito de Facatativá, la Fiscalía acusó a YOLANDA MURCIA ROBAYO como cómplice del delito de peculado por apropiación (arts. 30 inc. 3º y 397 inc. 3º C.P.), en concurso material heterogéneo con falsedad en documento privado, en calidad de determinadora (arts. 30 inc. 2º y 289 ídem).

La acusada optó por ejercer su derecho a ser juzgada públicamente. Concluido el debate y emitido sentido de fallo condenatorio, la jueza dictó la sentencia el 27 de agosto de 2014.

Por estimar acreditada la responsabilidad penal por los delitos arriba mencionados, condenó a la señora MURCIA ROBAYO a las penas de 3 años y 8 meses de prisión, multa en cuantía de 5.32 salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena de prisión. Por otra parte, negó tanto la suspensión de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

Habiendo interpuesto el defensor el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la decisión el 7 de octubre de 2014.

Dentro del término legal, el nuevo defensor de la acusada interpuso el recurso extraordinario de casación y allegó la respectiva demanda, lo que motiva el conocimiento del proceso por la Corte.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Por la vía del art. 181-2 de la Ley 906 de 2004 (en adelante C.P.P.), el censor demanda la nulidad de la actuación, a fin de que se repita el juicio.

En sustento de tal pretensión, alega, la sentencia de segunda instancia fue dictada con violación del debido proceso, por cuanto la acusada fue condenada en un juicio donde se quebrantaron los principios de inmediación y concentración, dado que se infringió la máxima de inamovilidad del juez (art. 454 ídem).

El funcionario judicial que presidió el juicio y ante quien se practicaron las pruebas, prosigue, no fue el mismo que emitió el sentido del fallo y dictó la sentencia condenatoria. La última jueza, destaca, no sólo decidió el caso sin haber presenciado el debate probatorio, sino que se negó a escuchar a la acusada como testigo en su propia causa, vulnerándole el derecho de defensa.

Si bien el art. 146 del C.P.P., añade, preceptúa que los registros sirven para probar lo ocurrido en el juicio oral, ello sólo tiene efectos en el recurso de apelación, sin que pueda suplirse la presencia del juez para dictar la sentencia de primera instancia. Menos cuando, dice, en el presente caso existen registros de audio sin contenido.

Por ello, alega, en consonancia con la jurisprudencia de esta Corte¹ la nueva jueza debió haber acatado el mandato previsto en el art. 454 inc. 3º ídem y repetir el juicio oral, como quiera que se afectó otra prerrogativa fundamental, a saber, el derecho de defensa. Esto, por cuanto la acusada no fue oída en el juicio, pese a su solicitud de aplazamiento de la audiencia, a la que, asevera, no pudo asistir por encontrarse enferma y en licencia de maternidad. Además, afirma, la repetición del juicio no afectaría gravemente los derechos de las víctimas.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1 De acuerdo con el art. 183 del C.P.P., la admisión de la demanda de casación supone su debida presentación. El censor está obligado a consignar de manera precisa y concisa tanto las causales invocadas como sus fundamentos. Ello implica acreditar la afectación de derechos fundamentales y justificar la necesidad del fallo de casación, de cara al cumplimiento de alguno de sus fines (efectividad del derecho material, respeto de las garantías de los intervinientes, reparación de los agravios inferidos a éstos y unificación de la jurisprudencia).

Ese propósito no se consigue de cualquier manera. A voces del art. 184 inc. 2º ídem, el libelo no será admitido cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. Tampoco resulta admisible si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Tales exigencias derivan de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, enraizada en la presunción de acierto y legalidad inherente a los fallos de instancia. A partir de esta presunción, se asigna al censor la carga de acreditar que con la sentencia se causó un agravio, apoyándose para ello en las causales taxativamente consagradas en la ley.

De ahí que la debida sustentación implique desarrollar el ataque con arreglo a los requerimientos formales que impone la causal planteada y la lógica del cargo propuesto. Así mismo, hacerlo con sujeción a los principios de autonomía, no contradicción, coherencia y razón suficiente, para que el alcance de la impugnación se evidencie nítido y la Corte pueda dar a los reproches planteados una respuesta adecuada.

Además, en conexión con la exigencia de acreditación de la afectación de derechos fundamentales, la idoneidad sustancial de la demanda significa que sus cargos

no sólo han de estar debidamente sustentados desde la perspectiva formal. Los reproches deben ser fundados, esto es, tener aptitud para propiciar la invalidación total o parcial de la sentencia, en el entendido que, de no haberse materializado el yerro, otra habría sido la decisión, o mostrarse idóneos para convocar a la Corte a asumir una postura jurisprudencial unificada alrededor del tema debatido, en cuanto logren evidenciar la violación de una norma sustancial o una garantía procesal.

Si la demanda incumple con las aludidas exigencias formales para estudiarla de fondo o se establece de entrada su falta total de idoneidad, de cara a los fines inherentes a la casación, la decisión debe ser la inadmisión.

4.2 De acuerdo con los arts. 181-2 y 457 inc. 1º del C.P.P., en el ámbito de la casación es causal de nulidad el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o la violación de la garantía fundamental a la defensa.

El adecuado planteamiento de la censura por esta vía supone cumplir con las exigencias legales y jurisprudenciales pertinentes. En esa dirección, la Corte ha clarificado que la alegación de nulidades ha de ajustarse a los principios concurrentes de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad (cfr., entre otros, CSJ AP 9 mar. 2011, rad. 32.370 y AP 30 nov. 2011, rad. 37.298).

Bajo tales premisas, salta a la vista la insuficiencia formal y sustancial de los reproches. Como se expondrá a continuación, en relación a los yerros con fundamento en los cuales el demandante solicita la anulación del juicio, la censura contraviene los principios de protección, convalidación y trascendencia. Además, en punto de la supuesta vulneración del derecho de defensa, el reproche se ofrece manifiestamente infundado, incumpléndose entonces con el requisito de acreditación.

4.2.1

Desde la óptica de la protección, la nulidad no puede implorarla quien con su conducta procesal ha dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica. En estrecha conexión, el criterio de convalidación enseña que, aunque se presente una irregularidad, ésta puede sanearse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales.

En el presente asunto, el examen de la actuación refleja que la defensa técnica, por una parte, contribuyó a que no se repitiera el juicio, pese al cambio de juez; por otra, se abstuvo de activar los mecanismos procesales pertinentes, a fin de sanear oportunamente el proceso, frente a la supuesta conculcación de los principios de inmediación y concentración.

Ciertamente, el art. 454 inc. 3º del C.P.P. preceptúa que la audiencia de juicio oral ha de repetirse si, entre otras eventualidades, se debe cambiar al juez en cualquier etapa del juicio.

En el presente caso, la audiencia de juicio oral fue adelantada en varias sesiones por el juez Carlos Armando Linares Bejarano². Éste fue reemplazado por la jueza María Esperanza Castillo Sánchez, quien instaló la continuación del juicio en sesión del 23 de julio de 2014. No obstante, dada la ausencia de la acusada, quien pretendía declarar en su propia causa, suspendió la diligencia, advirtiendo que si aquélla se abstenía nuevamente de comparecer, el juzgado entendería que no era su deseo testificar y continuaría con el juicio³. Reinstalada la audiencia el 8 de agosto subsiguiente, tras verificar la inasistencia de la procesada, la jueza continuó con el juicio. Como la defensa no tenía más pruebas por presentar, dio traslado para los alegatos de conclusión y, seguidamente, dictó sentido de fallo condenatorio⁴.

Bien se ve que, pese al cambio de juez y a la intención de la nueva funcionaria

de continuar con el desarrollo del juicio oral, el defensor no mostró ninguna oposición a ello ni solicitó que el juicio se repitiera. La defensa, entonces, no convocó a la falladora de primera instancia a que, en concreto, analizara el perjuicio que la no repetición del juicio podría causar a los derechos de la acusada y resolviera tal incidente o aspecto sustancial del trámite mediante un auto, susceptible de impugnación (arts. 161-2 y 176 C.P.P.).

Ante la aparición de un nuevo juez, debió la defensa haber planteado el debate correspondiente, poniendo de presente que se daban los presupuestos legales (art. 454 inc. 3º ídem) y jurisprudenciales (CSJ SP 12 dic. 2012, rad. 38.512) para repetir el juicio oral. Empero, guardó silencio y no mostró ninguna oposición, expresando tácitamente su conformidad con la continuación del juicio en tales condiciones.

Y esa ausencia de inconformidad con el proceder de la falladora de primera instancia se ratificó en el ejercicio del derecho de impugnación, convalidando así la irregularidad. Al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, el defensor tampoco planteó la nulidad cuya declaratoria hoy reclama ante la Corte5.

Recapitulando, a la defensa también le es atribuible que la sentencia se hubiera dictado en las circunstancias que hoy cuestiona, por lo que mal podría, haciendo abstracción de su propia incuria, plantearle a la Corte una discusión que en su momento no propuso ante los juzgadores de instancia. Pudiendo hacerlo, se abstuvo de reclamar a la jueza la repetición del juicio, actuando en contravía del criterio de protección, como también dejó pasar la oportunidad de que el Tribunal examinara el asunto en segunda instancia, consintiendo tácitamente la irregularidad (convalidación).

4.2.2 Aunado a lo anterior, según el principio de trascendencia, quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que el vicio afecta las garantías

constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación o del juzgamiento. En materia de casación, este criterio adquiere preponderancia de cara al propósito de desvirtuar la presunción de acierto y legalidad inherente a los fallos de instancia.

En tal virtud, tratándose de nulidades, una alegación suficiente por la vía de dicho recurso extraordinario reclama poner de manifiesto la relevancia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado; esto es, revelar con plausibilidad y suficiencia cómo el sentido de la decisión habría de ser sustancialmente diverso si no se hubiera incurrido en la irregularidad procedimental⁶.

La trascendencia, desde la perspectiva de la casación, tiene que ver con el sentido de la decisión. Por ende, si lo que se cuestiona es el quebrantamiento del principio de inmediación (arts. 16 y 379 del C.P.P.), el cual se materializa en las fases de apreciación y valoración probatoria, el censor está en la obligación de explicar a la Corte, en concreto, de qué manera se vieron afectados tales componentes del examen de las pruebas en la audiencia del juicio oral. Y, consecuentemente, de qué manera ello condujo a la adopción de una decisión injusta.

Al ampliar los componentes de la valoración probatoria, el art. 380 ídem fue más allá de la apreciación en conjunto de las pruebas y el escrutinio de éstas a la luz de las reglas de la sana crítica. La remisión a criterios para cada uno de los medios de prueba desarrolla, en algunos aspectos, el principio de inmediación inherente al esquema procesal penal regulado por la Ley 906 de 2004.

La inamovilidad del juez resulta determinante para ciertos aspectos de la valoración que, al margen del contenido objetivo de la prueba, únicamente tienen sentido si, de la observación de sucesos que tienen lugar en la audiencia de juicio oral, pueden extraerse conclusiones probatorias. Mientras que al tenor de una prueba

testimonial o a la evidencia documental se puede acceder en cualquier momento, consultando los registros u observando el documento, respectivamente, determinados acontecimientos sólo podrán tener impacto en el funcionario judicial si son percibidos en vivo por éste.

Esa lógica es la que sustenta, entre otros criterios relevantes de apreciación, el comportamiento de los testigos o peritos durante la audiencia y los interrogatorios, así como la forma de sus respuestas y personalidad (arts. 404 y 420 C.P.P.). Pues tales aspectos difícilmente puedan consultarse en registros, que limitadamente pueden reproducir el contenido literal de las pruebas, pero que son incapaces de re-crear en su totalidad lo acontecido en la práctica probatoria.

El contenido objetivo de la prueba puede apreciarse sin que la observación de factores circunstanciales en la audiencia tenga mayor trascendencia. Piénsese, por ejemplo, en un documento (art. 432 C.P.P.) o la reproducción, por cualquier medio, de lo que literalmente ha dicho un testigo o perito, cuyo contenido es escrutable en todo momento a la luz de las reglas de la sana crítica.

De suerte que si la censura no muestra la incidencia de una situación cuya observación o apreciación únicamente pudo ser percibida por el juez que presidió la práctica probatoria, el reclamo carece de trascendencia. Si la apreciación y valoración de la prueba no ha de enfocarse en aspectos circunstanciales inherentes al desarrollo de los interrogatorios, más allá de su contenido objetivo, no habría razón para que se repita el juicio. Menos, si de tales aspectos que jamás podría re-crear el nuevo juez consultando los registros no depende la adopción de una decisión sustancialmente diversa.

Al respecto, de manera netamente ilustrativa podría pensarse, entre otras posibilidades, en que la no repetición del juicio es un yerro trascendente cuando en la

valoración de un determinado testimonio incidan comportamientos del testigo que lleven razonablemente al juez a desconfiar de su dicho o cuando, por ejemplo en la audiencia se hayan podido apreciar defectos sensoriales del declarante, que hagan dudar sobre su capacidad de percepción. Tales circunstancias, desde luego, no podrían ser constatadas por un nuevo juzgador acudiendo a los registros.

En el presente caso, el censor de ninguna manera acredita la trascendencia de los yerros desde tal perspectiva. En abstracto, parte de la base de que el cambio de juez entraña el pleno desconocimiento del principio de inmediación, y que por ello, al margen del impacto que tal situación pudiera haber producido en el sentido de la decisión -cuestión sobre el cual nada expone-, ha de repetirse el juicio. La censura omite explicar de qué manera la nueva jueza estuvo en incapacidad de apreciar y valorar aspectos circunstanciales inherentes a la audiencia, que sólo podría haber percibido si hubiera presidido la práctica probatoria y que, por ello, son imposibles de ser advertidos en los registros⁷. Entonces, bajo la óptica de la trascendencia, la censura es claramente insuficiente para demostrar cómo el sentido de la decisión condenatoria habría de ser opuesto si no se hubiera incurrido en la irregularidad procesal.

En todo caso, la Corte ha clarificado que la inamovilidad del juez no es un fin en sí mismo ni un principio absoluto. Tal máxima no se auto justifica, sino que se halla subordinada e instrumentalizada a la realización de otras finalidades procesales, al tiempo que debe ser ponderada con otros factores que también impactan el debido acceso a la administración de justicia (cfr., entre otras, CSJ SP 12 dic. 2012, rad. 38.512 y AP 30 mar. 2016, rad. 45.528).

En esta última decisión, la Sala reiteró que la validez del proceso penal no se explica exclusivamente en el culto instrumental irrestricto de los protocolos con referencia a los cuales ha de adelantarse, por lo que la sola afirmación de que el juez encargado de emitir el fallo -o su sentido- es distinto de aquel encargado de contemplar la práctica

probatoria, no resulta suficiente para generar la anulación del juicio, por tratarse de una consecuencia que, de solicitarse, obliga acreditar grave afectación de derechos o principios fundamentales.

Y tal aspecto pretendió acreditarlo el libelista a partir de asertos inatinentes y carentes de fundamento, como que a la acusada se le violó el derecho de defensa porque se le impidió testificar en su causa. Empero, además de que la continuación del juicio sin la práctica del testimonio de la acusada nada tiene que ver con la eventualidad de repetir el juicio por cambio de juez, no es cierto que la juzgadora, arbitrariamente, se haya negado a escuchar a la procesada como testigo en su propia causa. Una simple consulta de la carpeta que documentó el juicio así permite constatarlo.

Habiéndose instalado la sesión del 23 de julio de 2014, el juicio no se adelantó porque la jueza accedió a la solicitud de aplazamiento elevada por el defensor para que YOLANDA MURCIA ROBAYO pudiera testificar. Allí dispuso requerir a ésta para que compareciera, so pena de que se entendiera que no era su deseo declarar en el juicio. Llegada la continuación de la audiencia, el 8 de agosto subsiguiente, pese a que la acusada confirmó telefónicamente su asistencia⁸, finalmente no compareció. Como no había más pruebas para practicar por solicitud de la defensa, se dio la palabra a las partes para que alegaran de conclusión⁹.

Además, la inasistencia que según el demandante obedeció a que la señora MURCIA ROBAYO se encontraba en licencia de maternidad, es del todo injustificada, como quiera que la licencia se extendió hasta el 9 de julio de 2014¹⁰. Esto muestra que de ninguna manera podría afirmarse que la jueza vulneró el derecho de defensa, en tanto fue la acusada la que mostró renuencia a asistir al juicio.

En conclusión, la solicitud de nulidad tampoco cumple con el deber de acreditar la trascendencia del reputado yerro procedimental ni pone de presente la violación de

garantías fundamentales, aspecto que concurre a la inobservancia de los principios de protección y convalidación. Ello es razón suficiente para inadmitir el libelo, por cuanto el cumplimiento de los requisitos que orientan la declaratoria de nulidades es concurrente, no alternativo.

4.3 Por consiguiente, no habiéndose presentado los reclamos en casación con respeto de los estándares mínimos para su estudio de fondo, la demanda debe ser inadmitida. Además, la Sala no advierte la presencia de supuestos justificantes para superar los defectos del libelo, con el propósito de decidirlo de fondo o emitir un pronunciamiento oficioso en casación, de conformidad con el art. 184 inc. 3º del C.P.P.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de YOLANDA MURCIA ROBAYO.

ADVERTIR que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 184 inc. 2º de la Ley 906 de 2004, contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia, con atención de las reglas definidas jurisprudencialmente por la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Se refiere a CSJ SP 12 dic. 2012, rad. 38.512 y AP 28 may. 2014, rad. 42.340.

2 Cfr. fls. 159 y 182 carpeta del juicio.

3 Cfr. fl. 184 ídem.

4 Cfr. fl. 188 ídem.

5 Cfr. fls. 224-238 ídem.

6 En la misma dirección, cfr. CSJ AP 09/03/11, rad. 32.370.

7 Si bien el demandante insinúa que la jueza no pudo haber accedido a los registros de video de la sesión de audiencia del juicio oral del 9 de abril de 2014, porque el disco está dañado o sin formato, la Sala constata que el disco DVD de esa fecha, que reposa en la carpeta, sí se puede reproducir y corresponde a la práctica de los interrogatorios referidos en el acta respectiva (fls. 157-159 carpeta del juicio).

8 Según constancia secretarial del 30 de julio de 2014 (fl. 186 ídem).

9 Cfr. fl 188 ídem.

10 Cfr. fl. 156 ídem.