

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Magistrado Ponente

AP 823-2014

Radicación No. 38070

(Aprobado acta No. 53)

Bogotá, D. C., veintiséis de febrero de dos mil catorce.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de la acusada CECILIA PAOLA MOLINA JIMÉNEZ.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica, a que se contrae la actuación, fue reseñada por el Tribunal de la manera siguiente:

Según denuncia formuladas en el Municipio de Ocaña, por distintos ciudadanos como: LEIDY JOHANA LOPEZ LEDESMA, ANA EDILMA VERGEL CONTRERAS, PLUTARCO FIDEL ROSERO LÓPEZ Y JASMIN ZULETA VEGA GUERRERO, en este municipio operaba una banda dedicada especialmente a la extorsión denominada LOS RASTROJOS, conformada por personas identificadas como: JUAN CAMILO MELGUIZO, JAVIER HERNANDO SALCEDO PÉREZ “A. EL GRILLO”, LEWIN JOHAN PARADA GUERRERO, CECILIA

PAOLA MOLINA JIMÉNEZ, JORGE ELIÉCER ZAPATA POSADA “A. EL PAISA”, LUIS OVEL CARRILLO RUEDA “A. EL GUICHO”, a los cuales entregó LEIDY JOHANA LÓPEZ LEDESMA, la suma de doscientos mil pesos (\$200.000), ANA EDILMA VERGEL CONTRERAS, la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) y PLUTARCO FIDEL ROSERO LÓPEZ, la suma de cien mil pesos (\$100.000) y varias sumas en recargas en celulares ordenadas por los mismos, dineros que constituían cuotas de las cantidades totales exigidas y parte de cuotas mensuales fijadas a estas personas en su mayoría comerciantes de la ciudad de OCAÑA N.S., solicitadas bajo amenaza contra sus vidas y las de familiares y condiciones de abandonar la ciudad (sic).

2.- El 5 de agosto de 2010, la Fiscalía Especializada con sede en Cúcuta, presentó escrito de acusación en el cual les imputó a los inculados CECILIA PAOLA MOLINA JIMÉNEZ, JORGE ELEAZAR ZAPATA POSADA, LEWIN JOHAN PARADA GUERRERO, JUAN CAMILO MELGUIZO y LUIS OVEL CARRILLO RUEDA, la realización del delito de secuestro extorsivo agravado, con circunstancias de mayor punibilidad, definido por los artículos 169, 170 numerales 2, 6 y 8; y 58.10 del Código Penal de 2000, con las modificaciones punitivas introducidas por la leyes 733 de 2002, 890 de 2004 y 1200 de 2008.

Posteriormente, en escrito presentado el 12 de agosto de 2010, adicionó a la acusación el delito de concierto para delinquir agravado, definido por el artículo 340, inc. 2do, del Código Penal, con las modificaciones punitivas de que tratan las Leyes 733 de 2002, 890 de 2004 y 1121 de 2006.

3.- Ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de Cúcuta, el día 19 de agosto de 2010 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación – en la cual la Fiscalía acusó a los imputados del

referido concurso de delitos-, el día 15 de septiembre siguiente la audiencia preparatoria donde se resolvió sobre la pertinencia y conducencia de practicar las pruebas pedidas por las partes y, posteriormente, los días 2 de noviembre y 2 de diciembre de 2010; 13 y 14 de enero, 9 de febrero, 22 de marzo, 9 y 19 de mayo, 2 y 3 de junio de 2011, el juicio oral. En esta última fecha, se anunció el sentido absolutorio del fallo para LEWIN JOHAN PARADA GUERRERO y LUIS OVEL CARRILLO RUEDA, y condenatorio en contra de JORGE ELEAZAR ZAPATA POSADA, CECILIA PAOLA MOLINA JIMÉNEZ y JUAN CAMILO MELGUIZO.

4.- La sentencia fue proferida el 5 de julio de 2011, y con ella se puso fin a la instancia absolviendo a los acusados LEWIN JOHAN PARADA GUERRERO y LUIS OVEL CARRILLO RUEDA, de los cargos que les fueron formulados, y condenando a los acusados JORGE ELEAZAR ZAPATA POSADA, CECILIA PAOLA MOLINA JIMÉNEZ y JUAN CAMILO MELGUIZO, a las penas principales de treinta (30) años de prisión y multa en cuantía de 5.550 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años, al tiempo que les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, entre otras decisiones, como consecuencia de encontrarlos autores penalmente responsables del concurso de delitos de secuestro extorsivo agravado y concierto para delinquir con fines de ejecutar delitos de extorsión, imputado en la acusación.

5.- Apelada esta determinación por la fiscalía y la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante providencia del 11 de octubre de 2011 decidió revocar la absolución dispuesta por la primera instancia a favor del acusado LUIS OVEL CARRILLO RUEDA a quien condenó como coautor de los delitos imputados en la acusación, a la misma pena individualizada por la primera instancia en relación con los otros acusados, y confirmó en lo demás, al resolver en segunda instancia la impugnación interpuesta.

6.- Contra esta decisión, en oportunidad la defensa interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda¹, sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

LA DEMANDA

Después de resumir los hechos e identificar las partes intervinientes en el trámite y la sentencia materia de impugnación, con apoyo en las causales segunda, primera y tercera de casación, respectivamente, tres cargos postula el recurrente contra la sentencia del Tribunal.

En el primer reparo, formulado al amparo de la causal segunda, el censor denuncia desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de la estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

Con la pretensión de darle desarrollo y demostración, manifiesta que la violación se dio por medio de tres eventos que se presentaron a lo largo del proceso: El primero de ellos lo hace consistir en el hecho de que en la audiencia realizada el 14 de enero de 2011 se dio por terminado el ciclo probatorio de la Fiscalía, <<y por este pronunciamiento la Juez de conocimiento entiende que el Fiscal renuncia a sus otros testigos, entre los que se encontraba el señor PLUTARCO ROSERO LÓPEZ>>, pese a lo cual, en la sesión de del 22 de marzo siguiente, cuando se pretende seguir con la práctica de pruebas de la defensa, la Fiscalía solicitó la comparecencia del mencionado testigo argumentando que se trataba de una prueba sobreviniente, lo cual fue negado por la juzgadora, pero erradamente concede recurso de apelación contra dicha decisión, dando lugar al pronunciamiento del Tribunal, mediante el cual revocó la determinación adoptada y ordenó la práctica de la prueba.

Considera que en el caso concreto, con la determinación adoptada por el Tribunal, se irrespetaron las garantías de los acusados, toda vez que se sorprendió a la

defensa con la práctica de una prueba a la cual había renunciado el Fiscal.

El segundo evento que el libelista pretende hacer valer en pro de su pretensión, lo finca en el hecho de que la juez de conocimiento le concediera a la Fiscalía el recurso de apelación que interpusiera la determinación de despachar negativamente la petición de hacer comparece al testigo PLUTARCO ROSERO LÓPEZ.

Estima que el yerro radicó en haber entendido de manera equivocada la funcionaria que estaba negando una solicitud probatoria y por eso le imprimió el trámite de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, que prevé la apelación contra el auto que niega la práctica de pruebas en el juicio oral, cuando en el caso se trató de una prueba que ya había sido decretada, incluso para ello se había aplazado en 3 oportunidades la continuación del juicio.

Anota al respecto que <<la señora Juez nunca negó una prueba, de lo anterior se colige que al momento de concederse el recurso al señor fiscal se le entregó una herramienta jurídica a la cual no tenía derecho y con esto se vulnera el derecho al debido proceso y al derecho de defensa pues se da la desigualdad de armas>>.

El tercer evento, que en opinión del libelista dio lugar a configurar la nulidad que aduce, tuvo lugar en la audiencia de nueve de mayo de 2011, cuando el defensor solicitó la nulidad de lo actuado en relación con la concesión del recurso de apelación a la Fiscalía, pero la Juez de conocimiento despachó negativamente la solicitud y no concedió el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra dicha decisión, con lo cual se le negó a la acusada el derecho a la segunda instancia.

El segundo cargo, que al amparo de la causal primera el libelista formula, lo hace consistir en que los juzgadores incurrieron en violación directa de una norma de derecho sustancial, toda vez que su asistida fue condenada por los delitos de secuestro extorsivo agravado y concierto para delinquir con fines extorsivos, cuando <<el

delito a endilgar era secuestro simple y no el extorsivo>>, conforme se establece de los medios de convicción practicados en el juicio oral.

Con la pretensión de acreditar su aserto, sostiene que

De las pruebas debatidas en juicio se llega al entendimiento que el fin perseguido con la retención víctima (sic) PLUTARCO FIDEL ROSERO LÓPEZ, no era otro que negociar la extorsión, al momento de negarse el señor ROSERO LÓPEZ a realizar el pago es trasladado a un sitio diferente al de su negocio donde se encontraba, para hablar con la persona que había enviado a unos sujetos al cobro de la extorsión, NUNCA SE PERSIGUIÓ BUSCAR UN PAGO POR SU LIBERACIÓN, YA QUE FUERON LAS MISMAS PERSONAS QUE LOS TRASLADARON A ENTREVISTARSE CON LA PERSONA QUE HABÍA ORDENADO LA EXTORSIÓN, LOS QUE LO LLEVARON NUEVAMENTE A SU LUGAR DE TRABAJO, esto se desprende de la entrevista realizada por el señor PLUTARCO FIDEL ROSERO LÓPEZ, ante los funcionarios del Gaula de Ocaña, entrevista ésta que fue incorporada como prueba por la Fiscalía y aceptada como tal por parte de la señora Juez de conocimiento... (sic).

Después de reproducir apartes del aludido medio de convicción, así como de traer a colación jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el delito de secuestro simple, sostiene que en el caso de su asistida <<es claro que el fin que se perseguía con el traslado de la víctima era negociar una extorsión, en sus condiciones de plazos y forma de pago, NUNCA se exigió dinero alguno u otro provecho por su libertad>>.

Concluye sosteniendo que en el entendido de que en el caso de su representado se trató de un secuestro simple, y fue dejado en libertad dentro de los 15 días siguientes al secuestro, tal situación se enmarca dentro de la atenuante prevista en el artículo 171

del Código Penal, solicita que tal atenuante sea tenida en cuenta si llegare a prosperar la causal que aduce.

El tercer cargo es formulado por el demandante con apoyo en la causal tercera de casación para denunciar que en el fallo proferido en contra de su representada, se presentó <<el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia>>.

Sostiene al efecto que en el fallo de primer grado, en referencia al testimonio de ANA EDILIA VERGEL CONTRERAS, se afirma que dicha declarante dijo saber que PAOLA exigía dinero porque le reconoció la voz cuando llamaba telefónicamente para tal fin.

Según el demandante, <<esta manifestación hecha por la señora Juez es falsa>>, ya que en ningún momento la declarante dijo haber sido extorsionada o haber recibido exigencia de dinero de forma directa por parte de la procesada CECILIA PAOLA MOLINA JIMÉNEZ.

Estima que la consideración del juzgador contraría las reglas de la sana crítica, toda vez que lo que la testigo dijo fue que directamente no recibió una exigencia extorsiva por parte de Paola, <<porque ella me mandó fue a Juan Camilo y Juan Camilo fue muy claro en decir que iba de parte de Paola y el Paisa>>. Además, dice, la afirmación de la testigo contraría la lógica y la experiencia, <<pues no es creíble que quien envíe a una persona a realizar una extorsión y se ordene que se presente dando su nombre y más aún cuando se vive a pocas casas de la víctima>> (sic).

Refiere asimismo que la credibilidad del testimonio rendido por Plutarco Fidel Rosero López fue objetada por la defensa de CECILIA PAOLA MOLINA JIMÉNEZ, toda vez que en lo referente a la participación de esta acusada en el supuesto secuestro, suministró dos versiones distintas: una en la entrevista y otra cuando rindió testimonio en el juicio oral.

Anota que cuando al testigo se le dio la oportunidad de aclarar su dicho, no logró explicar la contradicción sobre el lugar exacto en donde se encontraba la acusada al momento de los hechos.

A continuación el libelista alude al testimonio de la acusada dentro del juicio oral, en donde tras renunciar al derecho a guardar silencio dijo haber formado parte de la red de damas de compañía de un taxista apodado <<hígado>>, en cuya labor conoció a JORGE ELIÉCER ZAPATA quien se convirtió en su cliente continuo y le ofreció manutención a cambio de no salir con nadie más.

Según el demandante, este testimonio coincide con lo manifestado por JORGE ELIÉCER, y también con lo dicho por PLUTARCO FIDEL en lo que tiene que ver con el lugar al que fue trasladado a fin de entrevistarse con alias <<Paísa>>, pues aquél dice haber sido llevado a un lugar donde vendían gasolina y CECILIA PAOLA dijo en su relato que conocía a JORGE ELIÉCER en su actividad de vendedor informal de dicho combustible.

Después de invitar a la Corte a que escuche la totalidad de la intervención de CECILIA PAOLA MOLINA en el juicio oral, concluye que

...con la falsa motivación de la señora Juez respecto al dicho de la señora EDILIA VERGEL, la contradicción del señor PLUTARCO FIDEL ROSERO LÓPEZ, respecto a la supuesta participación de mi defendida en su retención y la explicación dada por CECILIA PAOLA MOLINA, en audiencia, que mi prohijada no hizo parte en la comisión de los delitos que se endilgan y que es una víctima de las circunstancias por la relación con el señor JORGE ELIÉCER ZAPATA.

Con fundamento en lo expuesto, solicita a la Corte, de manera principal que se case el fallo ameritado y se decrete la nulidad a partir del momento en que se concedió la

posibilidad a la Fiscalía de practicar el testimonio de Plutarco Rosero López y, subsidiariamente, se absuelva a su defendida de los cargos que le fueron formulados o, de ser el caso, se aplique lo dispuesto por el artículo 171 del Código Penal.

SE CONSIDERA

1.- Tal como ha sido repetidamente dicho por la Corte CSJ AP, 5 Dic 2007, Rad. 28653, en esta ocasión resulta pertinente reiterar que la casación no es instancia adicional a las ordinarias del trámite, y por lo mismo no ha sido concebida como un instrumento que permita la continuación del debate fáctico y jurídico llevado a cabo en un proceso ya culminado, sino que, por su propia naturaleza corresponde a una sede única que parte del supuesto de la terminación del juicio con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia y, además, que ésta no solamente es acertada sino legal, por ajustarse en un todo al ordenamiento jurídico, cuya desvirtuación compete al demandante.

De conformidad con la ley de rito, dicho propósito sólo puede lograrse mediante la presentación de una demanda escrita, en la que se identifique la sentencia recurrida, se acrediten la legitimidad y el interés para recurrir, se expresen con claridad y precisión los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión, y se demuestre la objetiva configuración de uno o varios de los motivos de casación taxativamente previstos por el Código de Procedimiento Penal.

Acorde con los principios que rigen la utilización del instrumento extraordinario de impugnación, en el libelo debe demostrarse igualmente, la necesaria intervención de la Corte para cumplir, en el caso concreto, uno o más de los fines propios del recurso extraordinario, los cuales aparecen previstos por el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal de 2004. De ninguna otra manera podrían ser entendidas las expresiones contenidas en los artículos 181 y 183 ejusdem, según las cuales la

casación resulta procedente contra sentencias de segunda instancia <<cuando afectan derechos o garantías fundamentales>> y que en la demanda se debe señalar <<de manera precisa y concisa>> las causales invocadas y sus fundamentos.

En esta oportunidad debe insistirse en recalcar que en el sistema procesal de que trata la Ley 906 de 2004 no se libera al demandante del deber de cumplir con unos mínimos requisitos de forma y contenido que le permitan superar el necesario juicio de admisibilidad que por ley compete realizar a la Corte. Tanto es esto, que el artículo 184 del mencionado estatuto la faculta para no admitir al trámite aquellas demandas en las cuales se establezca que el impugnante carece de interés, o cuando no se señala el motivo de casación en que apoya la pretensión desquiciatoria contra el fallo de segunda instancia, o cuando en el escrito se dejan de desarrollar clara y precisamente los cargos que a su amparo pretendió formular, <<o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso>>.

Entre los mencionados requisitos establecidos por el original artículo 183 de la Ley 906 de 2004, con la modificación introducida por el artículo 98 de la Ley 1395 de 20102, se destaca que el censor tiene el deber de interponer el recurso dentro de la oportunidad legalmente prevista, esto es dentro de los 5 días siguientes a última notificación de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal, presentar la demanda en un término posterior común de 30 días y la carga de acreditar la existencia de interés para acudir a sede extraordinaria.

El demandante tiene por deber señalar, además, con absoluta precisión la causal o causales que apoyan su pretensión; enunciar, desarrollar y sustentar de manera clara y precisa el cargo o cargos que a su amparo pretenda proponer y; demostrar con la nitidez requerida, que la intervención de la Corte en el asunto particular resulta necesaria para cumplir alguna de las varias finalidades previstas para el recurso, tales

como la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes en el proceso, la reparación de los agravios inferidos a éstos, o la unificación de la jurisprudencia.

En dicho sentido la Sala CSJ AP, 9 Jun 2008, Rad. 29019 tiene establecido que:

La debida sustentación del cargo propuesto implica para el censor, entre otras exigencias, desarrollarlo en forma completa, conforme al principio de sustentación suficiente, de suerte que la demanda se baste a sí misma para lograr la infirmación total o parcial de la sentencia, según el caso, y hacerlo de manera clara y precisa, en términos tales que el alcance de la impugnación surja nítido, para que el juez de casación pueda dar a los reproches planteados adecuada respuesta.

También es exigencia indeclinable demostrar que la intervención de la Corte es necesaria para la realización de los fines de la casación, lo cual significa que la demanda, además de hallarse adecuadamente presentada y debidamente sustentada (idoneidad formal), debe ser fundada (idoneidad sustancial), es decir, estar razonablemente llamada a propiciar la infirmación total o parcial de la sentencia, o un pronunciamiento unificador de la Corte sobre el tema debatido.

A esta conclusión se llega tras consultar el contenido del artículo 184 ejusdem, donde se incluye como causal de no selección de la demanda de casación, el que se advierta fundadamente de su contexto que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades propias del recurso, es decir, que no sea necesario para materializar la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes y la reparación de los agravios inferidos a éstos (artículo 180).

En todo caso, la adecuada sustentación del recurso, sin la cual no es posible acceder a éste, <<exige que el demandante demuestre que el juzgador cometió un error al tomar la decisión, bien de juicio (in iudicando) o de actividad (in procedendo), para cuyo efecto

no basta afirmar que una determinada infracción se cometió, sino que es necesario precisar en qué consistió, qué repercusiones o implicaciones tuvo en la decisión recurrida, qué consecuencias desfavorables se derivaron de ella para la parte impugnante, y por qué la intervención de la Corte es necesaria para el cumplimiento de los fines del recurso>> CSJ AP, 26 Sep 2007, Rad. 28053.

2.- En punto de las causales de procedencia de la casación, previstas por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, asimismo la Corte CSJ AP, 4 May 2006, Rad. 25250 tiene precisado lo siguiente:

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 claras y precisas pautas demostrativas (CSJ AP 24 Nov 2005, Rad. 24.323)

Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia (CSJ AP 24 Nov 2005, Rad. 24530).

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 convicción³, 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.

A más de lo dicho, la Sala CSJ AP, 22 Jun 2006, Rad. 25412 ha dejado indicado:

Supone lo anterior que el demandante debe encaminar sus esfuerzos a demostrar cómo con el trámite procesal o a través del fallo se afectaron derechos o garantías fundamentales para lo cual, en consonancia con el yerro advertido, ha de servirse de la causal de casación pertinente señalándola expresamente e indicando las razones que le asisten para estimar que se encuentra estructurada, sin olvidar que debe indicar, así sea sucintamente, cuál de los fines establecidos para la casación hace necesaria la intervención de la Corte en el particular asunto, según lo previsto en el artículo 180 de esa normatividad, esto es, si ella es indispensable para la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos o la unificación de la jurisprudencia.

Con esos propósitos, resulta de suma utilidad que el actor atienda las directrices desarrolladas por la jurisprudencia sobre la forma para abordar en esta sede el desarrollo de los diferentes motivos de casación pautas que, bien está recordar, no pasan de ser un conjunto de postulados orientados a conseguir que el demandante se sujete a unos mínimos lógicos y de coherencia en la formulación y desarrollo de sus reparos.

Tales directrices tienden, pues, a facilitar la labor del demandante a fin de que resulten completos y entendibles los cargos que propone contra el fallo de segundo grado, exigencia que sigue vigente pues si bien en la nueva lógica del recurso se habilita a la Corte para superar los defectos que el libelo ofrezca, esta última opción demanda del censor un esfuerzo argumentativo a través del cual demuestre ya el probable distanciamiento entre el fallo recurrido y la norma constitucional o legal que debió gobernarlo, ora la vulneración de garantías fundamentales de los intervinientes, bien el tema jurídico que por su relevancia deba ser abordado por la Sala a fin de procurar el desarrollo de la jurisprudencia.

Es decir, siempre será necesario que el demandante elabore una propuesta coherente, comprensible y convincente, por cuyo medio pueda concluirse que sí es indispensable la intervención de la Corte para lograr alguno de los cometidos de la casación, de acuerdo con la índole de la controversia planteada.

3.- Del mismo modo la Corte CSJ AP, 9 May 2007, Rad. 27330 ha dejado establecido que cuando la demanda de casación se dirige a denunciar que el Tribunal incurrió en violación directa de disposiciones de derecho sustancial, por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, compete al censor acoger los hechos y las pruebas, tal cual fueron declarados aquellos y ponderadas éstas por el juzgador, y presentar su disenso en el ámbito del estricto raciocinio jurídico, pues si la discrepancia es con la facticidad y los medios que la establecen, para ello la ley tiene reservada la vía indirecta de violación, por errores de hecho o de derecho en la apreciación

de la prueba.

En tal medida, ha señalado que la aplicación indebida y la interpretación errónea de disposiciones de derecho sustancial, son sentidos distintos de violación a la ley, por ende, basados en supuestos diversos. Conforme ha sido repetidamente dicho por la Sala, la violación directa de la ley sustancial puede llegar a presentarse por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea de un determinado precepto, acogiendo de esta manera el criterio de clasificación trimembre de los sentidos de la violación, que reconoce total autonomía al último de ellos.

Dentro de esta categorización, ha sido entendido que la falta de aplicación de normas de derecho sustancial se presenta cuando el juzgador deja de aplicar al caso la disposición que lo rige; la aplicación indebida tiene lugar cuando aduce una norma equivocada; y, la interpretación errónea consiste en el desacierto en que incurre el fallador cuando habiendo seleccionado adecuadamente la norma que regula el caso sometido a su consideración, decide aplicarla, sólo que con un entendimiento equivocado, sea rebasando, menguando o desfigurando su contenido o alcance.

De esta manera resulta claro que la diferencia de las dos primeras hipótesis de error con la última, radica en que mientras en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el yerro es sólo de hermenéutica, pues se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, llevando con ello a hacerla producir por exceso o defecto consecuencias distintas de las que le corresponden.

Para efectos de precisar el concepto de la violación, resulta intrascendente la motivación que pudo haber llevado al juzgador a la transgresión de la disposición sustancial; lo que realmente cuenta es la decisión que adopte en relación con ella. En este orden de

ideas, si la norma es aplicada debiendo no serlo o inaplicada debiendo serlo, habrá llanamente aplicación indebida o falta de aplicación, según cada caso, independientemente de que al error se haya llegado porque el juzgador se equivoca sobre su existencia, validez, o alcance.

En síntesis, si una determinada norma de derecho sustancial ha sido incorrectamente seleccionada, y este error ha sido determinado por equivocaciones del Juez en la auscultación de su alcance, habrá aplicación indebida o falta de aplicación, pero no errónea interpretación del precepto, puesto que para la estructuración de este último sentido de la violación se requiere que la norma haya sido y deba ser aplicada.

4.- Si de lo que se trata es de denunciar, con apoyo en la causal tercera de casación, que la sentencia del Tribunal incurre en “manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia”, dicho tipo de desacierto corresponde a la forma indirecta de violación a las disposiciones de derecho sustancial, y se configura cuando el sentenciador comete errores en la apreciación de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios o la evidencia física, los cuales pueden ser de hecho o de derecho CSJ AP, 29 Ag 2007, Rad. 26276.

Los primeros, es decir los errores de hecho en la apreciación probatoria, se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio de conocimiento; porque deja de apreciar una prueba, elemento material o evidencia, pese a haber sido válidamente presentada o practicada en el juicio oral, o porque la supone practicada en éste sin haberlo realmente sido y sin embargo le confiere mérito (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente presentada, practicada y controvertida, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen del ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, habiendo sido válidamente practicada la prueba en el juicio

oral, en la sentencia es apreciada en su exacta dimensión fáctica, pero al asignarle su mérito persuasivo se aparta de los criterios técnico-científicos normativamente establecidos para la apreciación de ella, o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

De este modo, cuando el reparo se orienta por el falso juicio de existencia por suposición del medio de conocimiento, compete al casacionista demostrar el yerro con la indicación correspondiente del fallo en donde se aluda a dicho medio que materialmente no fue practicado, presentado o controvertido en el juicio; y si lo es por omisión de ponderar prueba, elemento material o evidencia física válidamente presentada o practicada en la audiencia de juicio oral (falso juicio de existencia por omisión), es su deber concretar la parte pertinente de la audiencia pública en que se presentó la evidencia o el elemento material o se practicó la prueba, e indicar qué objetivamente se establece de ella, cuál mérito le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica y los criterios de valoración normativamente previstos para cada una, y señalar cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio aducido por las partes en el juicio y debidamente controvertido en éste, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto a modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar expresamente qué en concreto dice el medio de prueba, el elemento material probatorio o la evidencia física, según el caso; qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó en su expresión fáctica haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los criterios técnico científicos normativamente establecidos para cada medio en particular (Art. 380 CPP), el casacionista tiene por deber precisar la norma de derecho procesal que fija los criterios de valoración de la prueba cuya ponderación se cuestiona, indicar cuál o cuáles de ellos fueron conculcados en el caso particular y demostrar la incidencia que dicho desacierto tuvo en la parte resolutive del fallo.

Si la denuncia se dirige a patentizar el desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador y cuál mérito persuasivo le fue otorgado; también debe señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error, indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al ameritado.

La Corte no puede dejar de subrayar que cuando se precisa la naturaleza y alcance de los errores originados en la apreciación judicial de las pruebas, como uno de los motivos de invalidación susceptibles de ser invocados en sede de casación, la jurisprudencia CSJ AP, 17 Sep 2003, Rad. 17690 ha sido insistente en señalar que este desacierto no resulta configurado por la sola disparidad de criterios entre la valoración realizada por los jueces y la pretendida por los sujetos procesales, sino de la comprobada y grotesca contradicción entre aquella y las reglas que informan la valoración racional de la prueba.

También ha dicho, en doctrina suficientemente decantada y difundida, que si un contraste de tales características no se presenta, porque los juzgadores, en ejercicio de esta función, han respetado los límites que prescriben las reglas de la sana crítica, será

su criterio, no el de las partes, el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada la sentencia de segunda instancia.

Por esto, ha de reiterarse que inane resulta, por tanto, en sede extraordinaria, pretender desquiciar el andamiaje fáctico-jurídico del fallo impugnado con fundamento en simples apreciaciones subjetivas sobre la forma como el juez de la causa debió enfrentar el proceso de concreción del mérito demostrativo de los elementos de prueba, o el valor que debió habersele asignado a un determinado medio.

No se trata, pues, de presentar discrepancias interpretativas en relación a cómo se aprecian las pruebas por los juzgadores y cómo hubiera querido el demandante que fueran valoradas, pues ello no es posible de plantearlo en sede del recurso extraordinario de casación dada la inocuidad de este tipo de argumentos para derruir la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo. Esto tiene sentido si se considera que dentro de la autonomía de apreciación probatoria la labor del juez al evaluar el caudal probatorio consiste precisamente en definir a qué elementos de juicio les reconoce credibilidad y a cuáles no para llegar a su convencimiento sobre la verdad de lo acaecido, establecer la base fáctica de la sentencia y la declaración del derecho en la parte resolutive del fallo.

Tampoco trata la casación, en cuanto a este motivo se refiere, de presentar argumentos probatorios que puedan ser válidos frente a una hipótesis posible de interpretación, pues lo posible no se identifica con lo cierto, real, claro y manifiesto, ni puede ser utilizado como fundamento para resolver la divergencia apreciativa de los medios entre el juez y las partes. En tal eventualidad prevalece el criterio de aquél siempre y cuando se mantenga dentro de las pautas que rigen la persuasión racional, cuya desvirtuación compete al demandante de manera objetiva, clara y completa con referencia a la totalidad de los medios en que se sustentó el fallo objeto de censura y no combatiendo tan sólo una parte de ellos desde su particular punto de vista, como si el juicio no hubiera concluido con el

proferimiento de la sentencia de segunda instancia.

Los errores de derecho en la apreciación de las pruebas, entrañan, por su parte, la apreciación material del medio de conocimiento por parte del juzgador, quien lo acepta no obstante haber sido aportado al juicio, o practicado o presentado en éste, con violación de las garantías fundamentales o de las formalidades legales para su aducción o práctica; o lo rechaza y deja de ponderar porque a pesar de haber sido objetivamente cumplidas, considera que no las reúne (falso juicio de legalidad).

También, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado al medio de conocimiento en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su trasgresión.

Cada una de estas especies de error, obedece a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria y corresponden a una secuencia de carácter progresivo, así encuentre concreción en un acto históricamente unitario: el fallo judicial de segunda instancia. Por esto no resulta técnicamente correcto que frente a un mismo medio de conocimiento y dentro del mismo cargo, o en otro postulado en el mismo plano, sin indicar la prelación con que la Corte ha de abordar su análisis, se mezclen argumentos referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que ha de regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente la vía de impugnación a que se acoge, señalar el sentido de trasgresión de la ley y, según el caso, concretar el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de conocimiento sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el

mérito atribuido por el juzgador, la incidencia del desacierto cometido en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación concretar la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera lo que se conoce como la proposición jurídica del cargo y la formulación completa de éste.

5.- Y cuando de ataque a la apreciación de la prueba indiciaria se trata, el censor debe informar si la equivocación se cometió respecto de los medios demostrativos de los hechos indicadores, la inferencia lógica, o en el proceso de valoración conjunta al apreciar su articulación, convergencia y concordancia de los varios indicios entre sí, y entre éstos y las restantes pruebas, para llegar a una conclusión fáctica desacertada.

De manera que si el error radica en la apreciación del hecho indicador, dado que necesariamente éste ha de acreditarse con otro medio de prueba de los legalmente establecidos, ineludible resulta postular si el yerro fue de hecho o de derecho, a qué expresión corresponde, y cómo alcanza demostración para el caso.

Si el error se ubica en el proceso de inferencia lógica, ello supone partir de aceptar la validez del medio con el que se acredita el hecho indicador, y demostrar al tiempo que el juzgador en la labor de asignación del mérito suasorio se apartó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de experiencia, haciendo evidente en qué consiste y cual es la operancia correcta de cada uno de ellos, y cómo en concreto esto es desconocido.

O, en otras palabras dicho,

...su demostración impone, entonces, tener que confrontar la forma como los juzgadores apreciaron la prueba que se afirma indebidamente valorada, y demostrar - que no criticar, disentir, o discutir- que sus apreciaciones son arbitrarias o irrazonables

por desconocer los derroteros de la sana crítica –los dictados de la lógica, las máximas de la experiencia, las leyes de la ciencia, se reitera-, y que el desacierto tuvo incidencia trascendente en el contenido o sentido del fallo, luego de dejar establecido que éste no se puede mantener con las restantes premisas de la sentencia, para lo cual el demandante tiene la correlativa carga de explicar por qué la apreciación de los demás elementos probatorios es insuficiente para sostenerla CSJ AP, 10 Ag 2006, Rad. 25527.

Si lo pretendido es denunciar error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de un indicio o un conjunto de ellos, lo primero que debe acreditar el censor es la incorporación material del medio probatorio a juicio y con el cual se evidencia el hecho indicador, la validez de su aducción, qué se establece de él, cuál mérito le corresponde, y luego de realizar el proceso de inferencia lógica a partir de tener acreditado el hecho base, exponer el indicio que se estructura sobre él, el valor correspondiente siguiendo las reglas de experiencia, y su articulación y convergencia con los otros indicios o medios de prueba directos.

Además, dada la naturaleza de este medio de convicción, si el yerro se presenta en la labor de análisis de la convergencia y congruencia entre los distintos indicios y de éstos con los demás medios, o al asignar la fuerza demostrativa en su valoración conjunta, es aspecto que no puede dejarse de precisar en la demanda, concretando el tipo de error cometido, demostrando que la inferencia realizada por el juzgador se distancia de los postulados de la sana crítica, y acreditando que la apreciación probatoria que se propone en su reemplazo, permite llegar a conclusión diversa de aquella a la que arribara el sentenciador, pues no trata la casación de dar lugar a anteponer el particular punto de vista del actor al del fallador, ya que en dicha eventualidad primará siempre éste, en cuanto la sentencia se halla amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, siendo carga del demandante desvirtuarla con la demostración concreta de haberse incurrido en errores determinantes de violación en la declaración del derecho.

Es en este sentido que el demandante debe precisar en qué momento de la construcción indiciaria se produce, si en el hecho indicador, o en la inferencia por violar las reglas de la sana crítica, para lo cual ha de señalar qué en concreto dice el medio demostrativo del hecho indicador, cómo hizo la inferencia el juzgador, en qué consistió el yerro, y qué grado de trascendencia tuvo éste por su repercusión en la parte resolutive del fallo CSJ AP, 10 Mar 2004, Rad. 18328.

La Sala ha convenido en advertir CSJ AP, 31 Mar 2008, Rad. 29249, además, que esta forma de atacar la apreciación de la prueba indiciaria, no solamente garantiza el respeto por su estructura lógica, sino que también facilita la comprensión del cuestionamiento, pues cuando la censura aborda en forma indiscriminada los estados a que se ha hecho referencia, se incurre en contradicción, toda vez que, como se ha dejado dicho, es presupuesto de cada eslabón del cuestionamiento estar conforme con el anterior.

6.- De todos modos, debe insistir la Sala en que de optar el demandante por la vía indirecta para denunciar la violación de normas sustanciales por errores en la apreciación de los medios de conocimiento, la misma naturaleza excepcional que la casación ostenta le impone la necesidad de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia.

Como resulta apenas obvio, esta tarea comprende el deber de realizar un nuevo análisis de los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentados y, por ende, debatidos en el juicio; valorando los medios que fueron omitidos, cercenados o tergiversados, o apreciando acorde con los principios técnico científicos establecidos para cada uno en particular y las reglas de la sana crítica respecto de aquellos en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la

lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y excluyendo del fallo los supuestos o los ilegalmente practicados o aducidos.

Dicha labor no debe ser realizada de manera independiente en la ponderación individual de cada medio, sino en conjunto, esto es, valorando la prueba ameritada en confrontación con lo acreditado por las otras debatidas en juicio y acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas procesales establecidas para cada elemento probatorio en particular y las que aluden al modo integral de valoración.

Todo ello en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues, al fin y al cabo, es la demostración de la trasgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal tercera de casación. De otro modo no podría concebirse el trámite extraordinario por errores de apreciación probatoria, si su propósito no se orienta a evidenciar la afectación de derechos o garantías fundamentales debido a la falta de aplicación de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, pese a ser la llamada a regular el caso, o la aplicación indebida de alguna de éstas cuando en realidad no lo rige CSJ AP, 26 Sep 2007, Rad. 28213.

7.- Cabe resaltar, asimismo, como quiera que a la violación del principio in dubio pro reo puede llegarse por incurrir el juzgador en la violación directa o la indirecta de la ley sustancial, resulta importante que el demandante señale clara y precisamente cuál es la vía escogida, a fin de realizar el correspondiente proceso demostrativo.

De este modo, si el juzgador decide condenar pese a encontrar que la prueba válidamente recaudada no ofrece certeza sobre la realización de la conducta o la responsabilidad penal del acusado, sino dudas sobre alguno de dichos aspectos que integran el punible, resulta claro que lo procedente es acudir a la vía directa de violación de que trata la causal primera de casación, por falta de aplicación de la disposición sustancial que

establece el mencionado principio.

Si por el contrario, como resultado de una errónea apreciación probatoria, el juzgador equivocadamente concluye que en el proceso existe certeza sobre la realización de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, y esto lo lleva a proferir una decisión injusta de condena, la vía de ataque adecuada será la indirecta, prevista en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

En cualquiera de estas dos hipótesis, como el motivo de casación a invocar es diverso, debe ser desarrollado de conformidad con los parámetros señalados por la jurisprudencia, atendiendo la causal de casación que corresponda atendiendo la naturaleza del error que se pretenda noticiar, los cuales tienen prevista como una de sus finalidades, la de facilitarle al usuario de la justicia en sede extraordinaria la postulación adecuada del motivo de disenso, para no incurrir en el riesgo de presentar propuestas incoherentes, difusas o contradictorias.

8.- En cuanto tiene que ver con la causal segunda de casación, por <<desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes>>, cuya configuración inexorablemente daría lugar a declarar la nulidad de lo actuado o de parte del trámite procesal, asimismo la Sala CSJ AP, 9 Jun 2008, Rad. 29092 tiene precisado que los motivos de ineficacia de los actos procesales -a que se alude en el Libro III, Título VI, artículos 455 y siguientes de la Ley 906 de 2004-, no son de postulación libre, sino que, por el contrario, se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los hacen operantes.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa

técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en si mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

De manera que en sede de casación, no basta con solamente invocar la existencia de un motivo de ineficacia de lo actuado, sino que compete al demandante precisar el tipo de irregularidad que alega, demostrar su existencia, acreditar cómo su configuración comporta un vicio de garantía o de estructura, y, tal vez lo más importante, demostrar la trascendencia del yerro para afectar la validez del fallo cuestionado.

Tampoco puede olvidarse que si lo que se persigue con la casación es denunciar la presencia de varias irregularidades, cada una de ellas con entidad suficiente para invalidar la actuación o parte de ella, resulta indispensable que se sustenten en capítulos separados y de manera subsidiaria si fueren excluyentes, pues sólo así puede acatarse la exigencia de claridad y precisión en la postulación del ataque y respetarse los principios de autonomía y de no contradicción de los cargos en sede extraordinaria.

9.- Como quiera que el demandante en el presente evento, con la pretensión de cuestionar la legalidad y acierto del fallo de segunda instancia, acude a todas las

causales de casación normativamente establecidas, la Corte se ha visto precisada a realizar este recuento jurisprudencial, con el sólo propósito de destacar cómo en el caso que ahora ocupa su atención, sin dificultad se observa que dichas exigencias básicas no se cumplen a entera cabalidad por la libelista, situación que determina que el libelo no pueda ser admitido al trámite con miras a un pronunciamiento de fondo, en términos que seguidamente pasa a precisarse.

10.- Como se recuerda en el resumen que se hizo de la demanda, el primer cargo, el demandante lo apoya en la causal segunda para denunciar que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad por desconocimiento del debido proceso y la consecuente afectación de las garantías procesales de su representada, <<a partir del momento en que se concedió la posibilidad a la Fiscalía de practicar la prueba consistente en el testimonio del señor PLUTARCO ROSERO LÓPEZ>>.

10.1.- La formulación de esta propuesta no solamente resulta desacertada sino que en su postulación tampoco pone de relieve la eventual trascendencia de un tal desacierto.

En efecto, el demandante no se percata que los vicios en el proceso de formación probatoria, salvo que se trate de una prueba ilícita obtenida por medio de actuaciones que constituyan graves violaciones a los derechos humanos, como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial, deben ser denunciados al amparo de la causal tercera como errores de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de las pruebas, siendo su sanción la exclusión de considerar en el fallo sin afectar el trámite procesal, pues, como párrafos arriba se ha dejado sentado, se trata de un yerro in iudicando y no de uno in procedendo o de garantía.

Con dicho propósito pertinente se ofrece recordar lo indicado sobre el particular por el Tribunal Constitucional CC SC-591-05, 9 Jun 2005

Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vinculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso⁴, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae

consigo un acto de esta naturaleza”.

Sin lugar a dudas resulta inadmisibles que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones.

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible, por el cargo analizado, el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que se declarará la nulidad del proceso, cuando se haya presentado en el juicio la prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial (se destaca).

Pese a la impropiedad en la formulación del reparo, cabe señalar, en todo caso, que el libelista deja su disenso a medio camino, en cuanto que no dedica espacio alguno a rebatir las consideraciones del juzgador de alzada para disponer la práctica del medio probatorio que cuestiona, conforme fue solicitado por la Fiscalía, y al no hacerlo, deja incólume el fallo que inopinadamente pretende recurrir.

Con el sólo propósito de patentizar la sin razón en el planteamiento propuesto por el recurrente, la Sala considera pertinente traer a colación las consideraciones del Tribunal en torno al punto, en las cuales se descarta todo viso de irritualidad en lo atinente a la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta por la Fiscalía, y la regular práctica del medio de convicción aludido por el libelista:

En el presente caso tenemos que el doctor GUIDO ARMANDO PÉREZ FANDIÑO, solicita se tenga como prueba excepcional el testimonio del señor PLUTARCO ROSERO LÓPEZ y se permita su recepción en el juicio.

La Sala para resolver la inconformidad propuesta, debe indicar inicialmente que de acuerdo con el numeral 4 del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el principio rector del artículo 20 ibídem, y tratándose de una decisión que afecta la práctica de una prueba, resulta procedente el recurso de apelación, ya que la situación se presenta en sede de Juicio Oral.

Ahora bien, en relación con lo decidido por la Juez A quo, hay que tener en cuenta que de acuerdo a los principios rectores que rigen el procedimiento penal, el proceso penal busca la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia y “LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL” Artículo 10 del C de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), esto en concordancia con los artículos 26 y 27 de la misma obra procesal, por lo anterior se debe propender porque prevalezca el derecho sustancial; ahora las pruebas tienen como finalidad la señalada en el artículo 372 del C. de P.P., y permiten llegar a la verdad real, tal como lo señala el artículo 375 C.P.P., así mismo las pruebas buscan que el Juez llegue a tener absoluta claridad sobre los hechos, por tanto si bien existe un orden preestablecido para la presentación de las pruebas en el juicio y ese orden por regla general debe respetarse, no es menos cierto que aun cuando hay un momento correspondiente para la práctica de las pruebas, artículo 374 C.P.P. y a su vez el artículo 371 C.P.P., precedente remite al orden señalado en audiencia, preparatoria para la práctica de pruebas, en casos excepcionales como el que acá nos ocupa y por razones de fuerza mayor, no hay razón alguna para que no se altere este orden, máxime si como en el presente caso se evidencia que el testigo no había comparecido por motivos de fuerza mayor, presuntas amenazas, lo cual aparece registrado en las diferentes etapas del juicio; a lo anterior hay que agregar los esfuerzos que hizo la Fiscalía para la presentación de su testigo ante el Estrado Judicial, por lo que la Sala considera que en este caso por vía de excepción se puede alterar el orden preestablecido, ello con el fin de recepcionar el testimonio del señor PLUTARCO FIEL ROSERO LÓPEZ, quien es testigo de la Fiscalía y víctima de la conducta materia de reproche.

Debe decirse por igual que de practicarse la prueba testimonial no se estaría vulnerando derecho alguno de las partes, pues se tiene que el testimonio que ahora se solicita fue debidamente descubierto por el ente persecutor de la acción penal en sede de acusación, igualmente fue enunciado en audiencia preparatoria donde una vez estudiada su pertinencia y admisibilidad, no siendo materia de exclusión o rechazo, fue decretada su práctica por la Juez de conocimiento, por lo que, no existe sorprendimiento alguno para las partes, pues dicha práctica fue oportunamente admitida y ordenada, no obstante en gracia de discusión debe decirse que por igual las partes tendrán la oportunidad, si a bien lo tienen de contrainterrogar al declarante, con lo cual se garantiza el derecho de contradicción (se destaca).

Como ninguna de estas consideraciones resulta rebatida por el recurrente, quien funda su inconformidad tan sólo en el hecho de que la prueba no debió practicarse pese a haber sido oportunamente solicitada y decretada por la Juez de conocimiento, es claro que ningún menoscabo al derecho de defensa, el debido proceso u otra garantía fundamental pudo haberse ocasionado, si se toma en consideración que en el proceso de ordenación del medio de todas maneras los funcionarios judiciales adoptaron las decisiones que estimaron procedentes a efectos de que la fiscalía pudiera contar con los elementos de convicción previamente solicitados, y que la defensa pudiera ejercer el contradictorio.

Con lo dicho resulta manifiesto que desaparece el fundamento del motivo de ineficacia a que se alude en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto no existiría la violación del derecho de defensa o del debido proceso <<en aspectos sustanciales>>, pues, como ha sido visto, entraría a operar el principio de instrumentalidad de las formas, en cuanto se cumplió la finalidad para la cual fue establecida la norma que se alude vulnerada, cual es garantizar el equilibrio de las partes en el acceso a los medios con que la otra cuenta para respaldar sus pretensiones.

Dada entonces la inocuidad del reparo formulado, no cabe más alternativa que inadmitirlo al trámite casacional con miras a un pronunciamiento de fondo.

10.2.- Pero tal vez advirtiendo la impropiedad en que postula sus reparos, el libelista ensaya entonces, también equivocadamente y sin fundamento fáctico o jurídico alguno, la presentación de una segunda censura, esta vez con apoyo en la causal primera, para denunciar que en la sentencia se incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del tipo penal que define el secuestro extorsivo y falta de aplicación del atiente al secuestro simple, así como el no reconocimiento de la diminuyente punitiva prevista en el artículo 171 del Código Penal.

A este respecto cabe señalar que cuando era de esperarse que el libelista a partir de acoger las declaraciones fácticas del fallo así como la ponderación que de la prueba que le sirve de sustento hizo el sentenciador y presentar su discrepancia en el ámbito del estricto raciocinio jurídico como corresponde proceder cuando se denuncia la violación directa de la ley, inopinadamente abandona el enunciado del que dijo partir y se dedica a presentar particulares consideraciones fácticas, para anteponerlas al criterio del Tribunal, lo cual escapa a la lógica del recurso extraordinario, pues así no logra saberse cuál es el verdadero sentido y alcance que pretende darle a su propuesta.

Para que la censura tuviera alguna coherencia, el libelista tenía que partir por demostrar que el sentenciador declaró probado en el juicio oral que la procesada participó en la privación de la libertad contra la voluntad de las víctimas, con propósitos diversos de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que hicieran u omitieran algo o con fines publicitarios o de carácter político, y sin embargo decidió aplicar las consecuencias jurídicas establecidas para el delito de secuestro extorsivo debiendo hacerlo sobre las señaladas para el secuestro simple, nada de lo cual siquiera ensaya, dejando así su reparo en el solo enunciado en cuanto no le da ningún desarrollo y demostración.

A fin de denotar que lo que encontró acreditado el Tribunal, no fueron unas simples privaciones de la libertad de varias personas sin el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad ilícitas, sino que la retención se llevó a cabo bajo amenaza de muerte con el fin de obtener a cambio de su liberación una utilidad económica, plausible se ofrece recordar lo que sobre dicho particular precisó el juzgador de alzada.

Con respecto al punto cuarto argumentado por el recurrente y que titula ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS AL CATALOGAR COMO SECUESTRO EXTORSIVO Y NO SIMPLE, ADEMÁS OMITIÓ EL JUZGADO LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN PUNITIVA DE QUE HABLA EL ART. 171 DEL C.P., puede calificarse este argumento como una ERRÓNEA TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA ILÍCITA CALIFICADA COMO SECUESTRO EXTORSIVO, argumento que según las normas penales contenidas en los artículos 169 y 170 del Código penal, sobre el SECUESTRO EXTORSIVO Y LAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA, podemos comparar y deducir que la conducta ilícita perfeccionada con el actuar de los acusados se adecua típicamente al delito denominado SECUESTRO EXTORSIVO AGRAVADO, pues las víctimas como el señor PLUTARCO FIDEL ROSERO LÓPEZ y ANA EDILIA VERGEL CONTRERAS, fueron retenidas sin su consentimiento y obligados a abordar una moto en la cual fueron llevados ante la presencia del jefe, varias veces el primero de ellos y por espacio de varias horas, donde fueron sometidos a amenazas de muerte y tortura moral con el fin de conseguir una utilidad económica, la cual se materializó por la entrega de sumas de dinero distintas por estas personas como CIEN MIL PESOS y RECARGAS POSTERIORES DE CELULARES por parte de la primera víctima citada y de QUINIENTOS MIL PESOS por parte de la segunda víctima a la cual sometieron a abusos sexuales durante su retención, conductas claramente tipificadas en el artículo 169 del C.P. POR LA RETENCIÓN FÍSICA DE LAS VÍCTIMAS CON EL PROPÓSITO DE EXIGIR POR SU LIBERTAD UN PROVECHO O CUALQUIER UTILIDAD, situación perfectamente sucedida en las acciones cometidas contra las víctimas citadas y además porque en el

inciso final de esta norma se perfecciona las modalidades utilizadas para la retención como fueron LA TEMPORALIDAD Y EL MEDIO DE TRANSPORTE MOTORIZADO UTILIZADO PARA OBTENER EL PROVECHO ECONÓMICO BAJO AMENAZA, de donde se puede ver que esta modalidad de retención no tiene límite temporal mínimo y por lo mismo la libertad concedida bajo amenazas de atentar contra su integridad y las de sus familiares sin haberse renunciado a obtener la finalidad económica propuesta con la aprehensión de las víctimas, por lo mismo estas actuaciones en distintas fechas confirman la intencionalidad dolosa y además el daño causado a las víctimas en sus derechos fundamentales como la libertad y su patrimonio económico y moral.

Estas circunstancias referidas confirman no sólo la tipicidad, sino la antijuridicidad y la culpabilidad como elementos esenciales de este delito, por lo cual no puede considerarse que el a quo erróneamente tipificó esta conducta ilícita y no concedió el atenuante referido por el recurrente y consagrado en el art. 171 del C.P., norma en la cual se dice claramente que ESTE BENEFICIO SE ENCUENTRA CONDICIONADO EN EL SECUESTRO EXTORSIVO A LA NO EFECTIVIDAD DE LOS FINES PREVISTOS, lo cual sí se logró por parte de los coautores quienes efectivamente consiguieron distintas sumas de dinero como pagos previos de parte de las víctimas, fines especiales a los cuales estas personas se comprometieron como miembros de un grupo delincuencial especializado en LA EXTORSIÓN, por lo anterior esta Sala de decisión considera que la tipificación del SECUESTRO EXTORSIVO, por parte del fallador fue perfectamente adecuada a las premisas normativas vigentes en Colombia y no puede por lo mismo darse el beneficio punitivo de rebaja consagrado en el art. 171 del C.P.”.

Si el propósito del libelista era cuestionar las declaraciones fácticas del fallo, a fin de denotar la violación de la ley debido a la aplicación indebida del tipo de secuestro extorsivo y la consecuente falta de aplicación de que define el delito de secuestro simple, no tenía otra opción que acudir a la vía indirecta y demostrar que el desacierto se produjo a consecuencia de incurrir el sentenciador en errores de hecho o de

derecho en la apreciación probatoria, debiendo especificar la clase de desacierto y acreditar su objetiva configuración y trascendencia, dando lugar a modificar los supuestos fácticos del fallo y por ende la parte resolutive del mismo, en sentido sustancialmente distinto y diverso al ameritado, nada de lo cual intenta, dejando su reparo ayuno de desarrollo y demostración, lo que amerita que la Corte no tenga más alternativa que inadmitirlo al trámite casacional.

10.3.- Esta misma situación de desapego a la objetividad que la actuación evidencia, observa la Corte cuando analiza la idoneidad formal y sustancial del tercer cargo que, al amparo de causal tercera, el libelista postula, para denunciar la errada apreciación de las pruebas que determinaron la responsabilidad de la acusada a consecuencia de incurrir en falso juicio de identidad.

Tómese en cuenta que el libelista hace consistir el falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Ana Edilia Vergel Contreras y Plutarco Fidel Rosero López, no en la tergiversación, adición o cercenamiento de sus dichos, para hacerle producir efectos de los cuales objetivamente carecen, sino en el mérito persuasivo que les fue conferido pese a las supuestas contradicciones que casacionista observa, y concluir en una presunta falsa motivación del fallo, para lo cual ha debido acudir a un tipo de error diverso del enunciado, y demostrar, con el rigor exigido en sede extraordinaria, que en la ponderación de los medios el juzgador se apartó de los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia, es decir transgredió la sana crítica y ello dio lugar a la aplicación indebida de las consecuencias jurídicas establecidas para los tipos penales imputados, cuando lo correcto habría sido absolver a su asistida.

El planteamiento de la defensa queda en el solo enunciado s generales sin desarrollo y demostración, en el grado de convicción exigible en esta sede, pues a partir de una unilateral interpretación de los medios pretende descubrir cercenamientos en la actividad

probatoria por parte del juzgador.

La Sala advierte, que en lugar de ajustarse a los derroteros normativamente establecidos para la casación y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte, el casacionista acude al instrumento extraordinario de impugnación como recurso de último momento tan sólo porque no se atendieron los planteamientos de la defensa, expuestos cuando recurrió en apelación, en torno al mérito que, a su criterio, debe conferirse a algunos medios de convicción, distanciándose de tal modo de los lineamientos párrafos arriba referenciados. Pese a los esfuerzos que realiza en orden a sustentar los fundamentos fácticos y jurídicos de la censura, no logra demostrar que el sentenciador hubiere incurrido en los errores de apreciación probatoria que denuncia, ni la trascendencia que ellos tuvieron en la definición del juicio, lo que impide que el cargo que postula, resulte admitido al trámite casacional.

Se observa en últimas, es la divergencia de criterios en el demandante con el sentenciador en torno a la negativa de reconocer la insuficiencia probatoria que posibilitara absolver a la acusada, pero sin llegar a demostrar la concreta y objetiva configuración de desacierto alguno que diera lugar a la casación del fallo, y ello, como resulta apenas obvio, impide que la demanda sea admitida al trámite para el estudio de mérito de los reparos que propone.

Como quiera que las consideraciones de los juzgadores no son objeto de controversia por parte del recurrente, la demanda lejos se halla de poder desvirtuar el fundamento fáctico y jurídico de la sentencia de segunda instancia. Por el contrario, lo que se evidencia en la formulación del reparo no es entonces la denuncia de un concreto error de selección o de interpretación normativa, o la configuración de un vicio de estructura o de garantía, o la existencia de desaciertos en apreciación de la prueba, sino la simple y llana aposición al

cumplimiento de la sentencia tan sólo porque no le resultó favorable a los intereses que representa, pero sin llegar a demostrar la existencia de un específico error de hecho o de derecho, ni cómo un tal desacierto resultó trascendente en la definición del asunto.

11.- En síntesis, la demanda estudiada no cumple las exigencias mínimas de forma y contenido requeridas para su estudio de fondo. Por tanto, se la inadmitirá y se ordenará la devolución del diligenciamiento al Tribunal de origen, de conformidad con lo previsto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, pues no se advierte la necesidad de superar sus defectos de forma y contenido para la realización de los fines de la casación, ni la violación de garantías fundamentales que la Corte esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

12.- Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia por parte del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 184 inciso segundo ejusdem, en la oportunidad, forma y términos precisados por la Corte⁵.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de la acusada CECILIA PAOLA MOLINA JIMÉNEZ, por las razones expuestas en la motivación de este proveído.

Contra esta determinación procede la insistencia en los términos del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal del origen.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fls. 131 y ss. cno. Trib.

2 Ley 1395 de 2010. Art. 98. “El artículo 183 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

“Artículo 183. Oportunidad. El recurso se interpondrá ante el Tribunal dentro de los cinco (5) días siguientes a la última notificación y en un término posterior común de treinta (30) días se presentará la demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos.

Si no se presenta demanda dentro del término señalado se declara desierto el recurso, mediante auto que admite el recurso de reposición”.

3 ib. radicación 24.530

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

5 Casación 24322. Auto de 12 de diciembre de 2005.