

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP5299-2019

Radicación n.º 55992

(Aprobado acta n.º 322)

Bogotá, D.C., cuatro (04) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte examina si hay lugar a admitir la demanda de casación presentada por el defensor contractual de Jaime Hermida Artunduaga y Javier Mauricio Vargas Silva contra la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bogotá.

HECHOS

Así se consignaron en el fallo impugnado, según fueron narrados por el mismo juez colegiado en providencia anterior:

De acuerdo con lo señalado por la fiscalía en el escrito de acusación, se tiene que JAIME HERMIDA ARTUNDUAGA, en su calidad de representante legal de la sociedad HELYARCO Ltda., y JAVIER MAURICIO VARGAS SILVA en calidad de representante legal de las sociedades HABITARTE COLOMBIA S.A., CONCRETA S.A. y CONSTRUCTORA LA CABRERA, simularon la ejecución de los proyectos inmobiliarios Colibrí Santafé y Koala Salitre Reservado, dentro de los cuales se habría[n] presentado numerosas maniobras fraudulentas que desembocaron en

el incumplimiento total y/o parcial frente a los compradores e inversores de tales proyectos habitacionales.

Así, la supuesta organización delincuencial denominada “Colibrí y Koala”, promocionó la venta de apartamentos dentro de dos proyectos inmobiliarios a desarrollarse en igual número de extensiones de tierra en la ciudad de Bogotá, cuya propiedad no se hallaba en cabeza de quienes usufructuaban y promocionaban el proyecto. El primero es de la fiduciaria BNC S.A., como vocera del patrimonio autónomo Calle 183 FIDUBNC S.A., mientras que el segundo es de propiedad de la fiduciaria FIDUCENTRAL; proyectos que debían desarrollarse a través de las sociedades HELYARCO Ltda. y HABITARTE COLOMBIA S.A., las cuales tenían por objeto la construcción y entrega -con acabados-, de dos urbanizaciones integradas por unidades habitacionales tipo apartamento.

En el trámite de la investigación, se pudo constatar que los miembros de la junta directiva de HABITARTE COLOMBIA S.A., son los mismos que componen la junta directiva de CONCRETA S.A. Así, el representante legal de CONCRETA S.A., JAIME HERMIDA ARTUNDUAGA, es el mismo representante legal de HELYARCO S.A.S., mientras que el representante legal de CONSTRUCTURA CABRERA S.A.S., JAVIER MAURICIO SILVA VARGAS, es miembro de las juntas directivas de CONCRETA S.A. y HABITARTE COLOMBIA S.A.

En el caso del proyecto Colibrí Santafé, y luego de varias maniobras engañosas, para inicios del año 2014, JAIME HERMIDA ARTUNDUAGA emite un número de comunicados dirigidos a los compradores de los proyectos en cuestión, en los que les informa la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución del proyecto, lo que condujo a múltiples y afanosas solicitudes de devolución de los recursos pagados por estos frente a los cuales se presentan numerosos acuerdos de pago.

Sin embargo, 5 años después de la presunta oferta, las sociedades antes aludidas no les han devuelto los dineros a aproximadamente 414 que creyeron haber adquirido apartamentos

dentro del proyecto en mención.

Situación similar se presentó en el proyecto inmobiliaria Koala Salitre Reservado.¹

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El Juzgado 38 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, en audiencia del 5 de octubre de 2015, imprimió legalidad al allanamiento y registro de dos inmuebles ubicados en la ciudad, así como a la captura de Jaime Hermida Artunduaga y Javier Mauricio Vargas Silva.

Ante el mismo despacho, en sesión del día siguiente, la Fiscalía imputó a los nombrados los delitos de estafa agravada modalidad masa, en concurso homogéneo (dos); urbanización ilegal; fraude procesal, en concurso homogéneo (dos); falsedad en documento privado, en concurso homogéneo (dos); enriquecimiento ilícito de particulares y concierto para delinquir, conforme a los artículos 246, 276-1, 318, 453, 289, 327, 340 y 31 del Código Penal, cargos que fueron aceptados por aquéllos.

En seguida, el Juez les impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión².

2. Atendiendo los términos del allanamiento, el escrito de acusación se radicó el 6 de enero de 2016³.

3. Para la consiguiente verificación del allanamiento, el Juzgado 53 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la capital del país, autoridad a quien correspondió el asunto, citó para el 1º de junio de 2016. Sin embargo, en esa calenda los inculcados manifestaron retractarse y reclamaron la nulidad de lo actuado⁴, asuntos que fueron resueltos negativamente por el Juez en auto del 29 de junio siguiente⁵, y su decisión ratificada por el Tribunal Superior el 5 de septiembre posterior⁶.

Solo hasta el 18 de julio de 2017, después de varios intentos, se impartió aprobación a la aceptación de cargos y se corrió el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004⁷.

4. El 16 de abril de 2018 el Juzgado dictó sentencia⁸ y condenó a los procesados, como coautores de los delitos admitidos, a 114 meses de prisión, 51.696 salarios mínimos legales mensuales vigentes (s.m.l.m.v.) de multa y 46 meses, 24 días de «interdicción de derechos y funciones públicas»⁹. Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹⁰.

5. El defensor de confianza de los inculcados y un apoderado de víctimas recurrieron la determinación.

6. En fallo del 7 de marzo de 2019, el Tribunal Superior de Bogotá revocó parcialmente la providencia objeto de alzada para, en su lugar, absolver a los acusados del injusto de enriquecimiento ilícito de particulares; modificó las penas impuestas y las dejó en 87 meses y 15 días de prisión, 2.811.76 s.m.l.m.v. de multa y «privación para el ejercicio de derechos y funciones públicas» por tiempo igual a la privativa de libertad y confirmó en lo demás¹¹.

Mediante proveído del 22 de marzo ulterior, la colegiatura, tras advertir un error en la operación aritmética, corrigió el monto de la multa, que determinó en 4.217.6 s.m.l.m.v.¹²

7. La defensa interpuso y sustentó el recurso de casación.

LA DEMANDA

El abogado relaciona brevemente los sujetos procesales e intervinientes, identifica la sentencia impugnada, reproduce la situación fáctica, sintetiza la actuación procesal, destaca que el interés para recurrir se revela porque sus cuestionamientos se asimilan a los expuestos en la apelación, y manifiesta que con la casación pretende la reparación del agravio infligido a sus representados porque el allanamiento a cargos obedeció a que no

contaron con una adecuada defensa técnica, lo que les impidió advertir «que esa senda del consenso no era la correcta al menos con evidencia frente a los delitos de falsedad, fraude procesal, urbanización ilegal y demostrada en lo que hace al enriquecimiento ilícito de particulares». Aclara que con los cargos subsidiarios busca la efectividad del derecho sustancial y la reparación del daño causado a sus protegidos.

Así postula sus reproches:

1. Cargo principal

Causal segunda. Se violentó el debido proceso, en concreto, las garantías de sus prohijados porque carecieron de una «debida y suficiente» defensa técnica.

La falta de asistencia profesional se reflejó en la audiencia de imputación, cuando, al requerir asesoramiento, el abogado que los representaba los condujo a aceptar los cargos.

La censura se orienta a las «imputaciones por falsedad en documento privado, fraude procesal y urbanización ilegal, toda vez que, a partir de las labores adelantadas por el actor, se pudo establecer que quien lo antecedió actuó de manera apresurada, sin voluntad crítica, pues inadvirtió que ese allanamiento era irrazonable e injusto. No dispuso de tiempo para informar a los acusados, adecuada y completamente, sobre la naturaleza del acto y los elementos aducidos frente a cada hipótesis delictiva, situación que fue delatada por ellos en la audiencia de retractación cuando adujeron que solamente los instó a aceptar y les prometió detención domiciliaria en «las semanas siguientes».

Su predecesor solo contempló la posibilidad de allanamiento y no exploró el escenario, en tanto que, de haberlo hecho, habría advertido lo improcedente de su determinación. Su actuación no fue seria ni idónea, pues, frente a la legalización de captura y la imposición de la medida intramural, se limitó a hacer acotaciones inapropiadas.

El Juez singular terminó impidiendo que el nuevo defensor hiciera observaciones al escrito de acusación y limitó el completo descubrimiento de los elementos materiales probatorios.

El profesional anterior debió entrevistarse con los procesados y cotejar sus dichos con «los elementos materiales aducidos en imputación y solicitud de medida de aseguramiento», proceder que le habría permitido avizorar varios yerros, como la vulneración del principio non bis in idem, por la atribución conjunta del enriquecimiento ilícito de particulares y la estafa, o la tipificación de la falsedad en documento privado, los fraudes procesales y la urbanización ilegal, toda vez que éstos se sustentaron en un informe técnico «sin descubrimiento alguno», que daba cuenta del avance de obra en un 0.06% y de la supuesta falta de radicación de documentos del mal llamado proyecto Colibrí, el que no existe como tal, sino que hace parte del denominado ARGO II Etapa.

Ese informe técnico podía ser contradicho por otros elementos que el libelista recopiló y que confirman que: el porcentaje de obra fue mayor; se erró al considerar la existencia de dos proyectos independientes, cuando en realidad eran dos etapas de uno mismo, y la licencia no es la aducida por el ente acusador. Por consiguiente, no existió el mínimo probatorio razonable.

Luego de hacer un recuento de lo que debió probarse con los documentos que -dice- acompañó y relacionó en sus impugnaciones anteriores, ofrece detalles de cómo se adelantó el proyecto ARGO 183, conocido como Colibrí, y explica que había concluido la primera etapa y avanzado en la segunda.

Para demostrar el delito de urbanización ilegal, la Fiscalía se basó en la resolución 875/2015 de la Secretaria Distrital del Hábitat, pero ese acto administrativo tiene varias glosas y los procesados no lo conocieron ni pudieron recurrirlo por estar privados de su libertad.

La actual defensa no convalidó la irregularidad denunciada porque promovió la retractación y reclamó la nulidad, pero su solicitud no fue atendida por los falladores. Por ende, el

camino para corregirla no puede ser otro que rehacer la actuación y garantizar un debido asesoramiento.

Así las cosas, la Corte debe declarar la nulidad parcial de lo actuado desde la manifestación de allanamiento de sus representados a los cargos de falsedad en documento privado, fraude procesal y urbanización ilegal, y dictar sentencia de reemplazo para readecuar la pena, determinación que sería un llamamiento a la Fiscalía para que no infle las imputaciones.

Adicionalmente, por el abandono de la defensa, la prosperidad del cargo propuesto debería conllevar la nulidad de todas las imputaciones, lo que deja al leal saber y entender de la Sala.

2. Cargos subsidiarios

2.1. Primero – causal tercera. Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho derivado de un falso juicio de convicción

Se infringieron los cánones 376, 379, 381 y 402 de la Ley 906 de 2004.

Las serias mutaciones de la verdad, tanto en la imputación como en el escrito de acusación, se fundaron en la existencia de un informe técnico del C.T.I. suscrito por María Luz López Aristizábal, pero ese elemento no le fue descubierto, aunque, al finalizar la audiencia, el Fiscal se acercó calladamente al juez y le entregó el medio magnético. Tratándose de allanamientos, la exhibición de los medios de conocimiento es útil para que el juez profiera sentencia, y para que el imputado conozca las pruebas que se invocan en su contra.

Si bien el a quo, en la sentencia que le anuló el Tribunal, hizo referencia a ese informe, lo cierto es que en la dictada después no lo mencionó, tal vez por no recaer en un falso juicio de legalidad. Empero, la condena por las falsedades y los fraudes procesales, las soportó en

otro, el del investigador de campo FPJ-11 del 25 de septiembre de 2015, que da cuenta sobre un supuesto mantenimiento en engaño de la Curaduría Urbana por las acreditaciones de avance carentes de verdad, sin embargo, ello «no está acreditado en el informe de investigador mismo sino, obviamente referido al informe técnico de MARIA LUZ LOPEZ ARISTIZABAL».

El yerro reside en que esos informes de investigador son prueba de referencia y no se demostró «la imposibilidad de comparecencia del testigo directo», por lo que debieron ser cobijados por la tarifa legal negativa del precepto 381 del estatuto adjetivo penal.

Solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia para absolver a los procesados por las conductas de falsedad y fraude procesal y emitir nuevo fallo en el que redosifique la pena por los reatos que subsisten.

2.2. Segundo – causal tercera. Violación indirecta por error de hecho consistente en falso juicio de existencia.

A partir del informe FPJ-11 del 25 de septiembre de 2015, los falladores llegaron al convencimiento de una de las falsedades y del fraude procesal. Como anexo a aquél obraba la entrevista de la Curadora Urbana Ana María Cadena Tobón, que emitió la resolución de prórroga 12-3-0951, la cual no fue estimada en su totalidad, pues obviaron el aparte en el que ella manifestó que para aprobar la prórroga de la licencia no requería certificación sobre avance porcentual sino del inicio de obra.

Así las cosas, la construcción ya había empezado y ese era el requisito para la prórroga, reglada en el artículo 47 del Decreto 1469 de 2010. De haber considerado el segmento aludido, la conclusión sería la falta de acreditación de la falsedad relacionado con ese puntual aspecto, y por allí del fraude procesal o, por lo menos, se descartaría su antijuridicidad material.

Reclama a la Corporación casar parcialmente el fallo y en su lugar absolver a los acusados por los cargos de falsedad en documento privado y fraude procesal, para luego ajustar las penas.

CONSIDERACIONES

1. La demanda de casación, por dirigirse a cuestionar una sentencia de segunda instancia, que goza de la doble presunción de acierto y legalidad, debe cumplir con unos requisitos mínimos que le permitan a la Corte entender (i) la falla judicial denunciada; (ii) la afectación que por causa de ella sufrió el sujeto en favor de quien se impugna; (iii) cómo, de no haber tenido ocurrencia, el sentido de la decisión objetada sería totalmente diverso y favorable a sus intereses y (iv) por qué se requiere de su intervención para cumplir con alguno de los propósitos del recurso extraordinario -la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías, la reparación de los agravios y la unificación de la jurisprudencia¹³-.

Adicional a lo expuesto, es imprescindible que el demandante se encuentre legitimado para proponer las censuras¹⁴.

2. Con apoyo en lo expuesto, surge incontrovertible que en esta oportunidad el impugnante carece de interés para formular sus ataques, toda vez que, tal como se dejó consignado en el acápite de la actuación procesal, Jaime Hermida Artunduaga y Javier Mauricio Vargas Silva admitieron los cargos que en la audiencia de imputación les endilgó la Fiscalía -estafa agravada modalidad masa, en concurso homogéneo (dos); urbanización ilegal; fraude procesal, en concurso homogéneo (dos); falsedad en documento privado, en concurso homogéneo (dos); enriquecimiento ilícito de particulares y concierto para delinquir-.

Por manera que alegar en este estadio procesal irregularidades por razón de los informes, los estudios técnicos y/o las entrevistas que se tuvieron como base para la imputación y posterior acusación, bajo el argumento que no contienen un soporte fáctico real o que ellos no reflejan la verdadera situación de los proyectos y que, por ende, los acusados no serían

penalmente responsables de algunos de los punibles atribuidos, implica desconocimiento flagrante del principio de no retractación, consecuente con el allanamiento hecho.

3. La Sala ha sido consistente en sostener (CSJ SP 20 oct. 2005, rad. 24026) que cuando una persona a quien se le imputa la comisión de una conducta punible admite su responsabilidad de manera libre, consciente, espontánea e informada sobre las consecuencias que ello entraña, ese acto impide toda impugnación que busque deshacer los efectos de la aceptación¹⁵.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, modificado por el 69 de la Ley 1453 de 2011, la aceptación de la imputación por parte del indiciado no admite retractación, salvo que aquél o su defensor acrediten un vicio del consentimiento o violación de garantías fundamentales (cfr. CSJ SP 13 feb. de 2013, rad. 39.707 y CSJ SP 13 feb. 2013, rad. 40053), lo que se echa de menos en esta ocasión.

4. En el cargo principal, el recurrente alegó trasgresión de garantías porque sus representados carecieron de una adecuada defensa técnica, agravio que -dijo- lo legitima para acudir en casación.

Al respecto, vale la pena subrayar que ese punto fue examinado con detalle por los jueces de primera y segunda instancia cuando resolvieron sobre la retractación manifestada en la audiencia de individualización de pena, y determinaron que a Hermida Artunduaga y Vargas Silva se les respetaron todos sus derechos. De manera que si la sentencia que se discute se encuentra acorde con los cargos admitidos y no se evidencia infracción de garantías, la mencionada afrenta no existe.

Lo que emerge ostensible es que las presuntas fallas defensivas, de las que se ocupa el actor, no son más que un pretexto para repudiar la aceptación de cargos, con clara lesión del principio de irretractabilidad que rige en estos casos, habida cuenta que, como bien lo acotó el Tribunal y lo constató la Sala, la manifestación de los inculcados fue libre,

consciente y voluntaria y contaron con una previa asesoría de su defensor.

5. Téngase en cuenta que el Juez 53 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá¹⁶, luego de examinar los registros contentivos de la audiencia de imputación, determinó que esa diligencia estuvo rodeada de todas las garantías constitucionales, en la medida que la Fiscalía comunicó, con claridad y suficiencia, los hechos jurídicamente relevantes, las conductas punibles atribuidas y las penas previstas para cada una; al tiempo que el funcionario judicial que ejerció el control de garantías les explicó con detalle todas las consecuencias de aceptar cargos, los interrogó en punto de si entendían las consecuencias del acto y los indagó sobre sus facultades mentales.

Concluyó la judicatura que no existió vicio en el conocimiento de los inculcados y que su manifestación fue libre, consciente, espontánea y debidamente asesorada por el profesional que abanderó sus intereses, quien reclamó un receso para aconsejarlos.

El Tribunal Superior, al resolver la alzada, ratificó esa determinación¹⁷ reiterando que no hubo trasgresión del derecho a la defensa técnica y que los procesados fueron plenamente conscientes de su decisión porque, no solo recibieron información precisa y completa por parte del delegado de la Fiscalía y del director de la audiencia, sino que tuvieron la oportunidad de conversar en privado con su abogado. Así lo consignó:

Adicionalmente, la defensa técnica de los aquí imputados solicitó un receso para ahondar en la posibilidad de allanarse a los cargos, los beneficios y consecuencias que ello conllevaría, y las distintas opciones con que contaban los procesados, petición que fue concedida por lo que [el Juez] solo procedió a verificar la decisión de los imputados, una vez agotado dicho lapso en el cual pudieron hablar a solas con su defensa técnica.¹⁸

Vale la pena puntualizar que, frente a las anteriores consideraciones judiciales, el letrado no hizo glosa en la demanda de casación y tampoco exhibió alguna situación desemejante a lo esgrimido durante esa etapa procesal que permitiera evidenciar vicio del consentimiento o

atropello de garantías fundamentales.

6. La Corte, tras inspeccionar los registros audiovisuales de las sesiones respectivas, pudo cotejar que la descripción hecha por las instancias está acorde con lo acaecido, y solo cabría agregar que, aunque el intervalo pedido por la defensa fue de quince minutos¹⁹ y el Juez así lo otorgó, consta que la diligencia se suspendió a las 4:55 p.m. y se reanudó a las 5 y 5520, lo que refleja un tiempo considerablemente mayor al demandado por la bancada defensiva.

7. Ahora, aduce el jurista que las garantías de sus clientes se quebrantaron porque no se acreditó la tipicidad de las conductas punibles endilgadas y se inadvirtió la vulneración del principio non bis in idem.

En lo que respecta con la falta de tipicidad, el letrado solo aseguró que ella se evidencia con los elementos materiales que él recopiló, con lo cual pasó por alto que en un proceso abreviado no hay lugar al debate probatorio que pretende, y que en este tipo de actuaciones no se puede hablar de pruebas, entendiendo por ellas las practicadas y controvertidas en un juicio público, pues el conocimiento que el juez requiere para condenar se alcanza a partir del material con el cual la Fiscalía contó para imputar. Así mismo, dejó de lado que es justamente después de escuchar la intervención del ente acusador y, atendiendo los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida que soportan el acto de comunicación, que el procesado decide aceptar los cargos.

8. Por consiguiente, pretender ahora discutir que existen documentos que dejan entrever un avance mayor de obra o que la licencia estaba acorde con las normas, resulta abiertamente desacertado, máxime cuando el a quo, avalado por el Tribunal, adelantó un sensato juicio de tipicidad, analizando el basto legajo incorporado por el representante de la Fiscalía a la actuación, dentro del cual -lo dejaron señalado los falladores- reposan informes, copias de la

actuación adelantada por la Secretaría Distrital del Hábitat de la Alcaldía de Bogotá y denuncias contra las sociedades comerciales Helyarco S.A., Habitarte Colombia S.A., Concreta S.A. y Constructora La Cabrera S.A., representadas por los procesados, elementos, todos, que dan cuenta de las anomalías que se suscitaron en los proyectos Colibrí Santafé o Argo 183 y Koala Salitre Reservado, para cuya construcción decidieron unirse los inculpatos.

Téngase en cuenta que allí se puso de presente que: nunca culminaron las obras, hicieron doble venta de apartamentos, no devolvieron los dineros a los compradores y éstos, aunque acudieron a las instalaciones de esas firmas, encontraron cerradas las oficinas.

Fue así como el ad quem, avalando las consideraciones del a quo, determinó que se materializaron los delitos de: (i) estafa en masa, porque los procesados se valieron de distintas estrategias engañosas para llamar la atención de un gran número de personas a efectos de que invirtieran en los dos proyectos y, para dar viso de legalidad, los hicieron firmar contratos que serían manejados por fiduciarias, aunque estas entidades, tras verificar el incumplimiento de las constructoras, reintegraron solo parte del dinero a los compradores, porque el restante fue a parar al bolsillo de los procesados; (ii) falsedad en documento privado, tras verificar el contenido mendaz de los documentos que certificaron el avance de obra, ajeno a la realidad; (iii) fraude procesal, en la medida en que en dos oportunidades los acusados indujeron en error a la Curaduría Urbana 3 para lograr licencias de construcción; (iv) concierto para delinquir, porque se acreditó que Hermida Artunduaga y Vargas Silva hicieron parte de una organización criminal dedicada a promocionar proyectos inmobiliarios ilegales, y (v) urbanización ilegal, por promover y recibir recursos de un proyecto sin radicar los documentos legalmente exigidos, proceder que, incluso, dio lugar a la sanción impuesta por la Secretaría del Hábitat.

En relación con el reato de enriquecimiento ilícito de particulares, la colegiatura decidió suprimirlo porque, pese a ser aceptado por los procesados, no obra elemento que permita

soportarlo²¹, razonamiento que, por sí mismo, no demuestra ausencia de defensa técnica.

9. Ahora bien, en el primer cargo subsidiario, el discurso del actor se margina por completo del contenido del falso juicio de convicción. Ello porque esa no es la vía para discutir falencias en el descubrimiento probatorio, a la vez que dejó de lado que, por razón de la terminación anticipada del proceso, resulta abiertamente impertinente alegar que la Fiscalía no descubrió los elementos materiales probatorios o que la sentencia se soportó en prueba de referencia, en la medida que el procedimiento de descubrimiento hace parte, en estricto sentido, del juicio oral, escenario propio para practicar las pruebas con apoyo en los principios de inmediación, contradicción y confrontación.

La Corte ha sostenido que, tratándose del allanamiento a cargos en la etapa temprana de la actuación penal, la Fiscalía tiene el deber de suministrar los elementos materiales probatorios sobre los cuales sustentó la imputación, no solo para que el juez adelante la valoración necesaria a efectos de determinar la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado, sino para que el procesado y su defensor conozcan las pruebas que se invocan en su contra, proceder que dista del descubrimiento probatorio, en tanto no tienen la opción, como ocurre en el procedimiento ordinario, de controvertirlos ni criticarlos. Al respecto, en CSJ SP9379-2017, rad. 45495, la Sala precisó:

4.1.4 Ahora bien, tratándose de aceptaciones de cargos en la formulación de imputación, la incorporación de los elementos materiales probatorios habrá de ser concomitante a la presentación del escrito contentivo de la misma -que se entiende equivalente a la acusación (art. 293 C.P.P.)- ante el juez de conocimiento. Ello, conforme al mandato previsto en el art. 142-2 ídem, según el cual es deber del fiscal suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e información de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado. Éste, al tenor del art. 125-3 ídem, además, tiene derecho a que su defensor, en el evento de una

acusación, conozca todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.

En esos términos, la incorporación de los medios de conocimiento a la actuación no sólo es presupuesto material para que el juez pueda dictar sentencia condenatoria, si la valoración de aquéllos junto a la aceptación de culpabilidad acredita la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal del acusado (art. 9º del C.P. y 381 del C.P.P.), sino que es necesaria a fin de garantizar el derecho de todo imputado a conocer las pruebas que se invocan en su contra (art. 8 lit. j del C.P.P.).

4.1.5 No obstante, la prerrogativa de conocimiento de las “pruebas”, en eventos de aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, no significa que la defensa -tanto material como técnica- esté habilitada para controvertirlas. Por una parte, debido a que, como se expresó con antelación (supra num. 4.1.2), la renuncia al juicio entraña el desistimiento a la actividad²² y contradicción probatorias; por otra, en la medida en que el cuestionamiento de las premisas fácticas que, habiendo sido aceptadas como ciertas, fundamentan la decisión condenatoria, tácitamente se estaría presentando una retractación del allanamiento, lo cual -salvo eventualidades de vicios en el consentimiento o conculcación de garantías- está proscrito legalmente.

Una vez aceptado, reitérase, el allanamiento es irretractable. Por consiguiente, la declaratoria de responsabilidad penal en él fundamentada no se puede confrontar, entre otras posibilidades, por la vía del ejercicio de los recursos, a fin de lograr una absolución mediante críticas probatorias tendientes a modificar los enunciados que, haciendo parte de la imputación fáctica, fueron admitidos por el imputado que se allana, pues ello atenta contra el principio de irretractabilidad.

(...)

Recapitulando, la resolución de los problemas planteados en la censura ha de abordarse a la luz de las siguientes premisas: i) en la imputación no hay descubrimiento ni incorporación de elementos materiales probatorios, como tampoco ninguna forma de actividad y contradicción probatoria; ii) es con la presentación del registro de la imputación con allanamiento -que equivale al escrito de acusación-, ante el juez de conocimiento, que el fiscal debe aportar los medios de prueba que, junto a la aceptación de culpabilidad, han de ser valorados por el juez para fundamentar su decisión; iii) el control judicial aplicable al allanamiento se limita a verificar que la admisión de responsabilidad no esté afectada por vicios del consentimiento y que no se hayan vulnerado garantías fundamentales; iv) aceptado el allanamiento -por haberse constatado la inexistencia de vicios o afectación de garantías- no es dable retractarse de él expresa ni tácitamente; v) la renuncia al juicio mediante la aceptación de culpabilidad implica desistir de la actividad y contradicción probatorias; vi) por la vía de los recursos no es dable plantear controversias dirigidas a modificar los enunciados de hecho que constituyen la imputación -fáctica- aceptada por el imputado y vii) a fin de materializar la protección del debido proceso -en su componente de legalidad- el juez puede absolver si hay imposibilidad objetiva de que los hechos satisfagan las categorías sustanciales necesarias para predicar la responsabilidad penal (at. 9 inc. 1º C.P.).

10. Con todo, la Sala pudo verificar que la Fiscalía cumplió no solo con formular una imputación completa en lo que atañe al componente fáctico y jurídico, sino que la misma se soportó en un profuso conjunto de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que acompañó luego con el escrito de acusación y que sirvió de sustento al juez para emitir la sentencia. Así mismo, con el registro de audio de la audiencia de verificación de allanamiento, constató que el ente persecutor entregó al defensor, en oportunidad anterior, el legajo respectivo -35 cuadernos aproximadamente, según lo mencionó esa misma bancada en la diligencia²³-. No había lugar al descubrimiento que ahora reclama el libelista.

11. Finalmente, en lo que respecta con el falso juicio de existencia delatado por el impugnante en el segundo cargo subsidiario, habrá de decirse que cuando el juez deja de considerar un segmento de la prueba, no se configura ese yerro, sino un falso juicio de identidad, caso en el cual le correspondía revelar qué era lo que objetivamente expresaba el elemento y cómo el juzgador, al examinarlo, varió su contenido, su literalidad, ya porque lo parceló o lo tergiversó. De igual manera, tenía que exponer cómo el desacierto condujo indefectiblemente a proferir una decisión contraria al ordenamiento y lesiva de los derechos o garantías del acusado, lo que lo obliga a realizar un ejercicio dialéctico encaminado a demostrar cómo, al apreciar ese elemento, sin el yerro descrito, en conjunto con las demás y con sujeción a los postulados de la sana crítica, la conclusión jurídica que se imponía era diversa y favorable a sus intereses.

Nada de ello hizo el jurista, quien en su escueto discurso pasó inadvertido que las críticas residieron en que, justamente, los avances de obra que los acusados quisieron exhibir ante la Curadora eran inexistentes y que tuvieron como único propósito ganar tiempo para continuar con las maniobras engañosas en disfavor de las víctimas.

12. Por las razones precedentes, la demanda será inadmitida y la Corte no advierte la necesidad de superar los defectos para penetrar en el fondo del asunto.

Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 y concordante con las reglas definidas por la Sala en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, precisadas en AP3481-201424, es procedente la insistencia.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por la defensa de Jaime Hermida Artunduaga y Javier Mauricio Vargas Silva contra la sentencia dictada en segunda instancia

por el Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Folios 28 y 29 del cuaderno del Tribunal #2.
- 2 Registro de video en disco compacto y acta en folios 51 a 53 de la carpeta #2.
- 3 Folios 62 a 113 Id.
- 4 Acta en folios 44 a 47 de la carpeta #3.
- 5 Folios 63 a 70 Id.

- 6 Folios 81 a 102 Id.
- 7 Acta en folios 200 y 201 Id.
- 8 Luego de que el Tribunal anulara el fallo condenatorio del 21 de septiembre de 2017, por falta de valoración de los elementos materiales probatorios (folios 235 a 251 del cuaderno #3 y 12 a 31 del cuaderno del Tribunal #1).
- 9 El Juez les reconoció una rebaja del 40% por el allanamiento a cargos.
- 10 Folios 11 a 38 de la carpeta #5.
- 11 Folios 28 a 62 del cuaderno del Tribunal #2.
- 12 Folio 64 Id.
- 13 Artículo 180 de la Ley 906 de 2004.
- 14 Artículo 182 Id.
- 15 Fallo de casación del 20 de octubre de 2005 (radicado 24.026).
- 16 Auto del 29 de junio de 2016 (folios 63 a 70 de la carpeta #3).
- 17 Auto del 5 de septiembre siguiente Id.
- 18 Página 18 Id.
- 19 Récord 01:41:27 del primer registro.
- 20 Inicio del segundo registro.
- 21 Página 29 del fallo de segundo grado.

22 [cita inserta en el texto transcrito] Sobre ese particular, mediante el AP 27 jun. 2012, rad. 38.911, la Sala clarificó, en un caso donde tardíamente se acreditó que el procesado se encontraba en estado de inimputabilidad al momento de cometer los delitos, que el principio de irretractabilidad que gobierna las aceptaciones de culpabilidad imposibilita formular reparos respecto a la práctica de pruebas y el consecuente adelantamiento de un juicio, pues la esencia de esa aceptación unilateral de voluntad o de la bilateral propia del acuerdo es que, a cambio de la reducción de pena u otros beneficios procesales, el imputado y su defensor renuncian a controvertir ese tipo de aspectos.

23 Registro 06:09 del disco contentivo de la sesión del 18 de julio de 2017.

24 Radicado 42597.