



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
Magistrado ponente

AP3445-2014

Radicación N° 43746

(Aprobado acta N° 195)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil catorce (2014).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte se pronuncia sobre los presupuestos de lógica y debida fundamentación de la demanda de casación presentada por el defensor de **Gonzalo Hernán López Durán**, contra el fallo del 17 de febrero de 2014, proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el que **revocó parcialmente** la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2013 por el Juzgado Décimo Penal Municipal de la misma ciudad y, en su lugar, lo **condenó** a las penas principales

de 18 meses y 20 días de prisión y multa equivalente a 15.55 salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena principal, tras haberlo declarado responsable de la comisión del delito de **injuria agravada**, en tanto que confirmó la absolución por el delito de calumnia agravada.

II. HECHOS

Con ocasión de la noticia publicada en la página web del diario El País.com.co, titulada: “*Siguen capturas por ‘cartel de becas’ en Emcali*”, el 26 de noviembre de 2008, **Gonzalo Hernán López Durán** insertó, en el blog abierto para comentarios de los usuarios, uno con el siguiente texto: “*Y CON SEMEJANTE RATA COMO ES ESCALANTE QUE HASTA DEL CLUB COLOMBIA Y COMFENALCO LA HAN ECHADO POR MALOS MANEJOS QUE (sic) SE PUEDE ESPERAR... EL LADRÓN DESCUBRIENDO LADRONES? BAH!*”¹, refiriéndose a Gloria Lucía Escalante Manzano², quien se desempeñó como gerente del Club Colombia y de Comfenalco-Seccional Valle, entidades de las que se desvinculó voluntariamente.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

¹ Folio 170 de la carpeta 1.

² Entonces Gerente Administrativa y de Recurso Humano de EMCALI

1. El 8 de octubre de 2010, la Fiscalía 41 Local de Cali imputó a **Gonzalo Hernán López Durán** los delitos de injuria y calumnia agravadas, porque la conducta se cometió utilizando un “*medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva ...*”.

2. El 28 de noviembre de 2010, la Fiscalía acusó a **Gonzalo Hernán López Durán** como autor de los delitos anteriormente mencionados, tipificados en los artículos 220, 221 y 223 del Código Penal.

3. Luego de celebradas las audiencias preparatoria y de juicio oral, fueron proferidas las sentencias antes descritas.

4. Inconforme con la sentencia del Tribunal Superior de Cali, **Gonzalo Hernán López Durán** presentó demanda de casación, por intermedio de su abogado.

IV. DEMANDA DE CASACIÓN

Está compuesta por seis cargos, cuyo contenido se sintetiza de la siguiente manera:

Primer cargo. Violación de la ley sustancial, por falta de aplicación de una norma constitucional

El actor denuncia la violación del artículo 29 de la Carta Política, al considerar que el Tribunal omitió, de

manera grosera, el análisis de los alegatos por él presentados en el trámite de las apelaciones de la Fiscalía y el representante de la víctima, escrito en el cual, entre otros, deprecaba se declararan desiertos tales recursos, por no haber sido sustentados adecuadamente, de donde dedujo que el sentenciador no aplicó los preceptos contenidos en los artículos 178 y 179 de la Ley 906 de 2004, que imponen al recurrente la carga mínima de sustentar debidamente su disenso.

Precisa, sin embargo, que el tema en casación no es sobre el adecuado o inadecuado sustento de los recursos de apelación, sino respecto del desconocimiento, por parte del sentenciador, de los derechos de defensa y contradicción que el artículo 29 Superior garantiza al procesado y que fortalecen los principios de presunción de inocencia y seguridad jurídica.

Alega, igualmente, que los argumentos del Tribunal carecen de desarrollo sobre los recursos de apelación, al punto que se pronunció sobre aspectos que ni siquiera fueron mencionados por los recurrentes, quienes, en todo caso, no presentaron planteamientos uniformes; de ahí que la expresión del *ad quem*, en el sentido de que “*al unísono*” los impugnantes coincidieron en sus apelaciones, es una invención.

Para justificar la relevancia del cargo, sostiene que la omisión denunciada desconoce de manera abierta los principios filosóficos del proceso penal oral acusatorio, basado en un sistema de partes o adversarios que deben

enfrentarse en igualdad de condiciones, en el cual impera el derecho constitucional a controvertir no solo las pruebas, sino también los argumentos de quien acusa. En consecuencia, no podía el Tribunal ajustar a la conveniencia de una de las partes los recursos y, además, desconocer los alegatos de la defensa, porque ello desequilibra las cargas procesales a favor de una de las partes y conlleva no solo el desconocimiento del derecho de defensa, sino también una desazón que en nada contribuye a generar confianza en la Administración de Justicia, de lo cual deviene que la única forma de garantizar los derechos violados por el Tribunal es retrotraer la actuación al momento en que incurrió en la vulneración.

Considera que el error planteado tuvo incidencia en la decisión final, porque esa omisión fue el punto de partida para la edificación de una sentencia fincada en graves yerros, que se evidencian en la suposición de pruebas, el desconocimiento de otras, la valoración fraccionada de alguna y la interpretación desacertada de otras, como lo acreditará en los cargos subsiguientes.

Con base en lo anterior, solicita que se admita la demanda, en aras de unificar la jurisprudencia de la Corte, con la finalidad de esclarecer si el juez de segundo nivel está obligado a responder los alegatos de la defensa.

Segundo cargo. Falso juicio de existencia por suposición probatoria

El censor señala que el Tribunal supuso una causal de agravación punitiva no demostrada en el juicio, por cuanto presumió que un mensaje enviado a través de internet, contentivo de un comentario que fue considerado injurioso, llegó a muchas personas, o que automáticamente se convirtió en la utilización de medios masivos de comunicación social.

Para sustentar su postura se refiere al derecho colectivo a la información y a la libertad de prensa frente a los derechos a la honra y al buen nombre, para sostener que *“no significa que el solo hecho de utilizar el internet para transmitir un mensaje o hacer un comentario, se incurra (sic) en la circunstancia de agravación punitiva que trata el Art. 223 del Código Penal”*, máxime si la única persona que dijo haber leído el mensaje en internet fue la denunciante, en tanto que los demás testigos se enteraron por referencia y con posterioridad al registro y allanamiento llevado a cabo en el Club Colombia de Cali, porque dicho procedimiento desató un escándalo y curiosidad por conocer el motivo de la diligencia.

Añade que el señor Javier Leandro Escobar Cortés, funcionario del diario El País, hizo declaraciones claras y concretas sobre la imposibilidad de establecer cuántas personas leen los comentarios que hacen los ciudadanos en la página virtual del periódico, por cuanto no se trata de una publicación noticiosa, sino de un mensaje posterior y accesorio a la noticia como tal, de donde colige que la Fiscalía nunca demostró que la nota cuestionada hubiera

sido leída tan siquiera por los testigos que comparecieron al juicio.

En consecuencia, como el Tribunal no explicó nada sobre la demostración de la agravante, desconoció los artículos 29 de la Constitución Política y 162, numeral 4°, del Código de Procedimiento Penal, en la medida en que impuso una sanción por el delito de injuria con las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 223 del Código Penal, referente a la utilización de medios de comunicación social u otro medio de divulgación colectiva o de reunión pública, sobre lo cual, además, no hubo pronunciamiento del juzgador de primer grado, quien en su análisis probatorio concluyó que las pruebas debatidas en el juicio no lograron demostrar la autoría en cabeza de **Gonzalo Hernán López Durán**, aunado a que se evidenciaron dos eximentes de responsabilidad, planteamiento que considera más acertado, por lo cual debe ser confirmado.

Concluye que al no haberse acreditado, con elementos de prueba legal y oportunamente allegados al proceso, la divulgación masiva del mensaje, el comportamiento nunca pudo ser ubicado con circunstancias de agravación punitiva, lo cual incide de manera directa en el proceso, porque previo al análisis de responsabilidad correspondía al juez colegiado acreditar las causales de agravación punitiva, de modo que agregar una que no fue demostrada en el juicio, redundaría en la afectación del principio de legalidad e incide directamente en la punición del comportamiento,

afectándose de este modo el derecho fundamental al debido proceso, porque, en esencia, lo que hizo el Tribunal fue extender en el tiempo una “*pena*” (sic) que ya había fenecido, por efectos de la prescripción de la acción penal.

Por las razones expuestas, pide que se “*decrete la nulidad de lo actuado*”, como única forma de subsanar el agravio al debido proceso y efectivizar otros derechos, como el de defensa, por lo cual solicita la intervención de la Corte, a fin de que unifique la jurisprudencia en el sentido de precisar si la agravante de que trata el artículo 223 del Código Penal se corrobora de manera automática con la utilización de internet.

Tercer cargo. Falso juicio de existencia, por cercenamiento de pruebas legalmente allegadas al proceso (sic)

El demandante postula este cargo señalando que el Tribunal cercenó el testimonio de Israel Valenzuela Vargas, Investigador del C.T.I. que realizó las labores técnicas tendientes a establecer la autoría del delito.

Sostiene que el testimonio en cita reviste singular importancia, por cuanto se trata de un perito en sistemas que realizó las pesquisas investigativas de carácter técnico-científico en los sistemas del Club Colombia, para determinar la forma como habían ocurrido los hechos, las trazas dejadas en su paso por las comunicaciones enviadas

a través de internet y los equipos de comunicación involucrados en los hechos, sin que pudiera demostrar la autoría en cabeza de **Gonzalo Hernán López Durán**.

Considera que el testimonio de Valenzuela Vargas no fue valorado en su integridad, olvidando el Tribunal que es *“la prueba técnica del perito en sistemas la que lleva al juez al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre autoría, porque precisamente, la técnica y la ciencia en que se sustenta esta prueba, son axiomáticas y conclusivas en términos técnicos y científicos, lo que desdibuja cualquier otro tipo de interpretación conceptual”*.

De lo expuesto concluye que nunca se demostró en el juicio que **Gonzalo Hernán López** es el autor del mensaje injurioso, como lo consideró el juez de primera instancia con base en el informe rendido por el testigo Valenzuela Vargas y, pese a existir tanta claridad, el Tribunal acude a cercenar el contenido de su testimonio y a solventar la deficiencia probatoria con manifestaciones de oídas, que no ofrecen ninguna certeza.

Así las cosas, con la decisión impugnada se agravó el derecho fundamental al debido proceso, contenido en el artículo 29 Constitucional, en cuanto desconoció el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, que ordena que la sentencia debe fundarse en la prueba debatida en el juicio y que la condena no puede fundarse exclusivamente en prueba de referencia, como ocurrió en este caso, en el que el Tribunal no hizo el examen de autoría de manera adecuada y previa

al fallo de responsabilidad, atropellando el principio de presunción de inocencia y el derecho de defensa.

Cuarto cargo. Falso juicio de existencia por suposición probatoria

Estima el actor que el fallo atacado se funda en un documento que nunca se debatió en el juicio, como lo es el acta de descargos que el señor **Gonzalo Hernán López Durán** rindió dentro de un proceso disciplinario adelantado por el Club Colombia.

Sin embargo, al desarrollar el cargo sostiene que acorde con el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, *“solamente con la prueba de referencia no es posible edificar pliego de cargos (sic) en Sentencia condenatoria”*, razón por la cual la señora juez de primera instancia acertadamente concluyó que *“no se había demostrado la autoría por prueba directa, sino que solamente se hace una analogía por parte de la Fiscalía al relacionar un amigo del procesado con unos hechos que no fueron materia de debate en el juicio”*.

Corolario de lo expuesto, señala que correspondía al juez valorar única y exclusivamente las pruebas debatidas en el juicio y en ese sentido, si bien el señor Carlos José Villaquirán Sarasti hizo mención al acta de descargos y a su contenido, lo cierto es que jamás leyó su texto en su parte pertinente, lo que lo convierte en testigo de oídas, siendo claro, entonces, que se trata de prueba de referencia.

Agrega que el acta de descargos en cita, no solo no se allegó sino que no podía debatirse en juicio, porque las manifestaciones del procesado están amparadas por el mandato constitucional del artículo 33, en concordancia con el artículo 8° de la Ley 906 de 2004, y en estos términos, ningún testigo está facultado para suplantar al acusado en su derecho de no autoincriminación, es decir, nadie puede hablar a nombre del acusado, a menos que voluntariamente éste renuncie a ese derecho suprallegal.

De lo expuesto concluye que el Tribunal supuso una prueba documental que si bien reposa en la carpeta, no se podía valorar al estilo del rito contenido en la Ley 600 de 2000, porque en un sistema penal acusatorio ello es absolutamente inaceptable.

Al postular la trascendencia del cargo, afirma que ante la inexistencia en el juicio de una confesión del procesado sobre la autoría del hecho, queda incólume el principio de presunción de inocencia que le asiste, correspondiendo, entonces, al Estado –a través de la Fiscalía- demostrar, con prueba idónea, *“que lleve al grado de certeza más allá de cualquier duda, que el acusado era el autor, situación que no ocurrió en el juicio como claramente lo demuestran las pruebas”*.

Por las razones expuestas depreca *“la nulidad”* de lo actuado, por violación al debido proceso, en lo que concierne a los derechos de defensa, contradicción y

principio de legalidad, toda vez que no existe otra forma de convalidar el yerro planteado.

Quinto cargo. Falso juicio de existencia por desconocimiento de la prueba

Aduce el recurrente que el Tribunal desconoció las manifestaciones de la querellante, Gloria Lucía Escalante Manzano, cuando adujo: “... *yo estando de directora de Comfenalco en el valle (sic) había un congreso de todos los Directores de Cajas de compensación de Colombia, y se subió el señor ARMANDO GARRIDO a la tarima a decir que cómo se me ocurría a mí estar ahí siendo que yo me había robado las recetas del Club Colombia, delante de todos los Directores de las Cajas de compensación de Colombia*”, incidente que ocurrió cuando trabajaba en Comfenalco. Añade que las necesarias menciones que hizo el *ad quem* al nombre de la quejosa no solventan el desconocimiento total de su dicho, en el cual precisamente se funda la demostración de las causales de ausencia de responsabilidad, como acertadamente lo consideró el juez de primer grado.

Acusa al Tribunal de haber “*pretermitido un fallo justo al omitir el testimonio que se constituye en la prueba pilar de la incriminación, pues se trata de la supuesta víctima, empero, lo que se observa es una especie de premeditación con fundamentos acomodaticios para perfilar una decisión totalmente sesgada, apartada de todo el debate probatorio que no solament (sic) se evidencia al desconocer este testimonio sino otros que fueron valorados en aquellos*

apartes que swe (sic) acomodaban a un fallo condenatorio”, concluyendo que se aprecia en la providencia una escogencia de segmentos probatorios y una argumentación selectiva en contra del orden jurídico y de los intereses del procesado.

Sexto cargo. Falso raciocinio

Sostiene el censor que el Tribunal erró cuando afirmó que las irregularidades que cometió la señora Gloria Lucía Escalante lo fueron en su condición de socia del Club Colombia y no en su calidad de gerente de esa entidad.

El fundamento del *ad quem* contradice la dogmática del delito de injuria, con el cual se protege la honra y el buen nombre del ser humano. Por ello, comparte los planteamientos del fallo de primera instancia, al considerar que son acordes con el reiterado y pacífico criterio de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que los derechos fundamentales en mención dependen del comportamiento exteriorizado por el titular del bien, sin discriminar la calidad específica, cargo o función en que se actúa para acceder al reconocimiento social de su comportamiento, por lo cual no es cierto, como lo sostuvo el Tribunal, que el derecho a la honra y al buen nombre solamente se conserva o se viola si se actúa como gerente y no cuando se actúa como socia de un club, porque eso es tanto como decir que el socio tiene derecho a cometer irregularidades mientras tenga tal condición y, además, pueda ser sancionado por ello, pero eso no desdice de su comportamiento como

persona.

Señala que el agravio incide directamente en el fallo, porque al olvidar que se configuraron las causales de ausencia de responsabilidad, el Tribunal expone una tesis totalmente extraña, en desconocimiento de todas las garantías constitucionales a un juicio y un fallo justos. En consecuencia, solicita a la Corte que unifique la jurisprudencia y, de paso, haga efectivo el derecho material a la seguridad jurídica, porque la postura del Tribunal es desconcertante.

Al término de su demanda, depreca a la Corte que case la sentencia impugnada y emita una de remplazo, absolviendo al señor **Gonzalo Hernán López Durán**.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala *inadmitirá* la demanda, por cuanto no reúne los requisitos de lógica y debida argumentación previstos en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, aunado a que no hay motivo para superar sus defectos con el fin de decidir de fondo, pues no se evidencia violación de los derechos fundamentales del acusado.

1. Consideración previa

De antaño tiene decantado la Sala que el recurso extraordinario de casación no constituye una sede adicional

a las ordinarias previamente agotadas y, por ende, no fue previsto para continuar el debate fáctico o probatorio cumplido en las instancias. Se trata de una sede única, en la que se parte de los supuestos de que la sentencia de segundo grado se ha dictado al término de un juicio adelantado legalmente y de que la decisión en ella contenida se ajusta a derecho.

En consecuencia, compete al actor cumplir los requisitos formales y sustanciales, orientados a desvirtuar, a través de un juicio técnico, las presunciones de acierto y de legalidad que amparan la sentencia de segunda instancia, demostrando que en ella se incurrió en ostensibles y relevantes yerros de hecho o de derecho, o que se profirió en un juicio viciado.

De ahí que el artículo 184 de la Ley 906 de 2004 dispone que no será seleccionada la demanda cuando quien la interpone “*no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso*”.

Igualmente, atendiendo los principios que rigen el recurso extraordinario, el actor debe demostrar la necesidad de la intervención de la Corte, con el propósito de satisfacer los fines de la casación, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes en el proceso o la reparación de los agravios padecidos por las partes.

2. Análisis de los cargos formulados

Observa la Sala que en ninguno de los cargos planteados por el censor se hace algún esfuerzo por satisfacer los presupuestos de lógica y debida argumentación recién aludidos, al punto que ni siquiera cita, de manera concreta y coherente, la causal de casación en la que soporta sus pretensiones.

Igualmente, desconoce los principios de claridad, precisión, no contradicción, autonomía y subsidiaridad de las causales, habida consideración que, de manera difusa, en un mismo contexto y dentro de una misma censura, presenta cargos que se excluyen entre sí, en cuanto apuntan a soluciones distintas. Es así como en los cargos segundo, tercero y cuarto depreca que se case la decisión impugnada y, en consecuencia, se mude la condena por absolución, al tiempo que solicita que se invalide la actuación, para restablecer garantías presuntamente agraviadas, lo que, obviamente, excluye el proferimiento de una sentencia. Del mismo modo, incurre en inadmisibles mezclas argumentativas y conceptuales, al alegar, en el mismo cargo y por las mismas razones, la violación directa e indirecta de la Ley.

Así pues, la demanda bajo análisis es un escrito libre e incoherente, en el que lo que se pretende en realidad es hacer valer la propia valoración probatoria por encima de la del Tribunal, olvidando el memorialista que el simple desacuerdo con la labor apreciativa del juzgador no es motivo que habilite acudir a la casación.

En el marco expuesto, procede la Sala a abordar cada uno de los motivos de inconformidad con el fallo impugnado, en el mismo orden y forma en que fueron presentados.

Primer cargo. Violación de la ley sustancial, por falta de aplicación de una norma constitucional

Al postular el cargo el demandante no precisó si se trataba de una violación directa o indirecta de la Constitución.

En el caso de tratarse de una violación directa, ha sostenido reiteradamente la Corte que, cuando se acude al sentido de vulneración citado en el epígrafe, el cuestionamiento del impugnante es en estricto derecho sobre la aplicación de una o más normas sustantivas. Por ello, debe plegarse tanto a la realidad fáctica declarada en la sentencia, como a la valoración probatoria allí consignada, en tanto que su inconformidad parte de que, admitida la situación fáctica, el juez de segundo grado la ubicó erróneamente en la ley, dándole una solución en el derecho que es equivocada.

Si de violación indirecta se trata, se impone especificar las pruebas valoradas y sobre cada una concretar si hubo errores de derecho o de hecho y el falso juicio en que incurrió el fallador, esto es, si de convicción o legalidad, el primero, o de identidad, existencia o raciocinio, el segundo.

En el asunto examinado, el actor invoca la violación de la Constitución Política por falta de aplicación de su artículo 29, norma que garantiza el respeto irrestricto al derecho fundamental al debido proceso, del cual hace parte el deber, a cargo de los jueces, de ceñir sus actuaciones a las formas propias de cada juicio, en este caso al Código de Procedimiento Penal. En esas condiciones, la queja debió ser presentada, no por vía de la violación de la ley sustancial (causales 1° y 3°), sino por la causal de nulidad.

Al desarrollar el cargo la censura pregona la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, señalando que el Tribunal no se sujetó a las formas legalmente establecidas, en cuanto, por un lado, no se pronunció de manera expresa sobre lo alegado por la defensa al descorrer el traslado para los no apelantes y, por el otro, desbordó su competencia al pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto de la apelación, planteamiento que lo ubica en la segunda causal de casación (sentencia proferida dentro de un proceso nulo), que no fue citada como fundamento de la demanda.

Empero, también en este ataque se sustrae del deber de demostrar tanto la existencia de la irregularidad alegada, como la manera en que la misma habría afectado la estructura del proceso como es debido, o las garantías y derechos fundamentales que le asisten a su representado y cómo, de no haberse incurrido en el pretendido yerro, el fallo impugnado habría sido completamente distinto.

En efecto, para justificar la “*trascendencia*” del error atribuido al juez plural, el censor señala que la omisión invocada tuvo incidencia en la decisión final, porque fue el punto de partida para edificar una sentencia que se cimenta en graves yerros en la valoración probatoria, discurso que evidencia, de manera palmaria, la confusión del libelista, quien indistintamente mezcla planteamientos que se contraponen, si se tiene en cuenta que de existir dislate en la apreciación de la prueba, el mismo no invalidaría la actuación, sino que conduciría a emitir fallo de remplazo.

Ahora bien, para la Sala ninguna de las críticas formuladas por el actor tiene asidero jurídico ni fáctico. Véase:

En relación con la deficiente o incompleta motivación de la sentencia, fundada en que en ella no se dejó plasmado expresamente que el Tribunal daba respuesta al alegato del no recurrente, cabe señalar que el casacionista no puso en evidencia dicho yerro, si se tiene en cuenta que éste se presenta cuando el fallador omite pronunciarse sobre aspectos sustanciales, medulares o trascendentes del debate, pues no se trata de dar prevalencia a la formalidad sobre el derecho sustancial.

Para el caso analizado, el sentenciador de segundo grado se pronunció de fondo sobre todos los aspectos sustanciales que le fueron planteados en el escrito presentado por el defensor para oponerse a las pretensiones de los apelantes, en el que formuló dos peticiones: (i) declarar desiertos los recursos, al considerar que no habían

sido sustentados, y (ii) confirmar la sentencia apelada, en el entendido que la misma se ajustaba a la realidad jurídico procesal.

En cuanto a la primera de las pretensiones, para la Corte es claro que el juez colegiado la denegó, al encontrar que las apelaciones estaban suficientemente sustentadas, partiendo para ello de un breve resumen de lo expuesto por los impugnantes. Que el Tribunal encontró debidamente fundamentadas las apelaciones, surge evidente del hecho de haberlas acogido y emitido fallo de fondo.

Cabe recordar que, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de casación, el de apelación no tiene más formalidades legales que la expresión de los motivos de disenso con el fallo impugnado, sin que sea necesario acudir a una estricta técnica para que el superior jerárquico de quien emitió la decisión pueda pronunciarse, y así ocurrió en este caso, en el que tanto la Fiscalía como el apoderado de la víctima formularon reparos a la sentencia absolutoria, aserto éste que se corrobora con el mismo discurso defensivo³, en el cual el memorialista contravirtió cada uno de los argumentos expuestos por los apelantes, lo que de suyo desvirtúa la acusación en el sentido de que los recursos no fueron sustentados y, además, demuestra que se apreciaron las pretensiones de la defensa, aunque en forma adversa.

En relación con los planteamientos presentados subsidiariamente para soportar la petición confirmatoria del

³ Folios 422 a 421 de la carpeta

fallo, puede verificarse que al dar respuesta a cada uno de los motivos de inconformidad puestos a su consideración por los apelantes (sobre los cuales, se insiste, versó la oposición del no recurrente), el Tribunal rebatió también la postura defensiva, aferrada a las consideraciones del fallador de primera instancia, las cuales encontró alejadas a las pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio, como lo plantearon el apoderado de la víctima y la Fiscalía.

El impugnante acusa al Tribunal de haberse pronunciado sobre aspectos que no fueron mencionados por los apelantes, lo que llevaría a considerar que éste habría desbordado su competencia funcional, en el entendido de que la sustentación del recurso de apelación fija el marco del examen y la decisión del juez de segundo grado, quien, por tanto, no puede pronunciarse sobre asuntos no propuestos, excepto la nulidad (dada su naturaleza oficiosa).

No obstante, el hecho de que el superior jerárquico deba concretar su análisis a los aspectos relevantes de la apelación, no significa que sus fundamentos deban contraerse exclusivamente a reiterar los argumentos del impugnante, en el evento en que los comparta, pues si éstos *“están referidos a discutir los términos y conclusiones a los que arribó el a quo, resulta evidente la relación de necesidad que se produce entre la providencia impugnada, la sustentación de la apelación y la decisión del funcionario judicial de segunda instancia. Por tanto, providencia apelada y recurso, conforman una tensión que debe resolver el*

superior” (CSJ SP, 2 de mayo de 2002, rad. 15262), de donde deriva que es deber del ad quem pronunciarse no solo sobre lo planteado por los recurrentes, sino además respecto de los aspectos que se encuentren inescindiblemente ligados a la apelación.

En el presente caso la Corte advierte lo siguiente: (i) el demandante no hace el menor esfuerzo, como era su deber, por señalar siquiera los aspectos ajenos a los recursos de apelación sobre los cuales el Tribunal se habría pronunciado, quedando su postura en un simple enunciado, huérfano de respaldo, y

(ii) El juez plural no desbordó el ámbito de su competencia, en la medida en que se limitó a examinar los aspectos propuestos por los apelantes y, a partir de ellos, rebatió tanto los planteamientos del juzgador de primera instancia como los de la defensa, cumpliendo así con el deber de motivar la decisión.

En consecuencia, el demandante no demostró el yerro alegado, ni el Tribunal incurrió en él.

Segundo cargo. Falso juicio de existencia por suposición probatoria

El falso juicio de existencia se enmarca dentro de la causal de violación indirecta de la ley sustancial, caso en el cual se parte del supuesto de que el juzgador ha incurrido en errores de hecho en la apreciación de la prueba, bien porque dejó de apreciar un elemento de persuasión a pesar de haber sido válidamente alegado (**falso juicio de**

existencia por omisión), bien porque supone su práctica sin que en efecto lo haya sido y le otorga poder suasorio (**falso juicio de existencia por invención o por suposición**).

Ahora bien, si el demandante dirige el reparo a constatar un **falso juicio de existencia por suposición**, le corresponde demostrar que el fallador incurrió en un error manifiesto, ostensible o protuberante al suponer una prueba que no fue aducida legal y oportunamente al juicio, para lo cual tiene la carga de identificar el aparte del fallo en el que se invoca como sustento ese medio de convicción y, además, acreditar la trascendencia del yerro alegado, precisando cómo de no haberse supuesto la prueba, las conclusiones del fallo habrían dado lugar a una decisión distinta y sustancialmente favorable a sus intereses, de manera que se haga necesario modificar la decisión recurrida.

En el asunto bajo análisis, observa la Sala que en el mismo cargo el libelista alega simultáneamente la violación directa e indirecta de la ley sustancial, vulnerando los principios de claridad, precisión, autonomía de las causales y no contradicción, pues, en primer término, en lugar de identificar el elemento suasorio que, en su criterio, fue supuesto o imaginado por el Tribunal para derivar la existencia de la causal de agravación punitiva prevista en el artículo 223 del Código Penal, opone sus propias consideraciones sobre la interpretación o el alcance dado a

la misma en la sentencia, lo que constituiría violación directa de la ley sustancial.

Expresado en otro giro, al alegar desacierto en la interpretación de una norma jurídica, lo que el recurrente atribuye al Tribunal no es un presunto yerro en la valoración probatoria por falso juicio de existencia, sino un error jurídico en la interpretación que le dio a la agravante en comento, doliéndose de que la misma se le haya deducido a **Gonzalo Hernán López Durán** porque, en su criterio, el sitio web en el que fue publicado el mensaje injurioso no podía ser considerado como un medio de comunicación social, ni uno de divulgación colectiva. En consecuencia, si en esto consistió el agravio denunciado, se estaría ante una violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, que no fue invocada en el libelo introductorio.

No pasa desapercibido para la Sala el hecho de que el mismo demandante reconoce que el comentario en cita fue publicado en la página virtual de un medio de comunicación social de amplia circulación, como lo es el diario El País.com.co, al término de la publicación de una noticia en la que se hizo expresa alusión a la señora Gloria Lucía Escalante, hecho que incluso fue objeto de estipulaciones entre las partes, lo que significa que la defensa ha aceptando la existencia material, al interior del proceso, del elemento de convicción que llevó al Tribunal a endilgar a **Gonzalo Hernán López Durán** la causal de agravación punitiva, desvirtuándose, entonces, la acusación

en el sentido de que el juzgador supuso un medio de prueba que no existía en el proceso.

Tercer cargo. Falso juicio de existencia, por cercenamiento de pruebas legalmente allegadas al proceso

Las mismas confusión y deficiencias argumentativas evidenciadas en los cargos precedentes se advierten en éste, si se tiene en cuenta que cuando se habla de cercenamiento de las pruebas legalmente allegadas al proceso, no se está ante un falso juicio de existencia, como se pregona en la demanda, sino ante un error de hecho derivado del **falso juicio de identidad** en la apreciación de la prueba, que responde a la forma como el juzgador asume la lectura de un medio probatorio, al pasar por alto algo trascendente de lo allí consignado.

Ahora bien, para acreditar el yerro alegado (falso juicio de identidad, no de existencia), debía establecer el contenido del testimonio del señor Israel Valenzuela Vargas y confrontarlo con lo que de él dijo el juzgador colegiado, para comprobar cómo fue cercenado en su expresión material y, lo más importante, demostrar la trascendencia del presunto cercenamiento, vale decir, la repercusión del mismo en la valoración, evidenciando para ello que eliminado el error alegado y realizado un nuevo análisis conjunto de la prueba obrante, las conclusiones del fallo habrían sido total o parcialmente distintas y sustancialmente favorables a sus intereses.

Al emprender la tarea de demostrar el presunto cercenamiento del testimonio de Valenzuela Vargas, si bien el libelista transcribe apartes tanto de lo afirmado por el testigo como de lo aducido por el Tribunal, omite realizar el examen, en conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, de las pruebas legal y oportunamente aducidas al juicio oral, incumpliendo de este modo la carga de acreditar la existencia del yerro y, además, la trascendencia del mismo.

El recurrente se limita a proponer una valoración diferente a la efectuada por el juez plural, a partir del análisis aislado del testimonio en cita, al cual da el alcance de prueba reina, pues en su sentir, el dicho de un perito se impone por sobre los demás medios de prueba, sin que explique el sustento constitucional o legal de la tarifa probatoria que aplica, lo cual, además, debió ser postulado como error de derecho por falso juicio de convicción, en tanto señaló que el concepto debe admitirse sin cuestionamiento alguno, esto es, a modo de una tarifa legal, de donde se le imponía señalar las normas que regulan ese peso probatorio.

Sin embargo, la Sala no evidencia la existencia del error denunciado, teniendo en cuenta que, precisamente, a partir de las consideraciones del a quo, para quien la Fiscalía no probó que el procesado **López Durán** haya sido el autor del documento injurioso, porque el testigo Valencia Vargas dijo no haber encontrado “*rastro de ello*” en el

computador del Club Colombia que le había sido asignado al acusado, sostuvo el sentenciador de segundo grado:

“{T}al afirmación desconoció la valoración que en conjunto debió hacerse a las pruebas allegadas oportunamente a la actuación, al juicio oral, como se explica a continuación:

*“Entre la Fiscalía y la defensa se estipuló como hecho probado que el 26 de noviembre de 2008, se publicó en el Diario EL PAÍS, un blog que decía ‘**siguen capturas por cartel de becas en Emcali**’ y los comentarios de opinión que aparecieron, concretamente, los que dejó el usuario con Nick **“CON MEMORIA”**, en el que escribió: **‘y con semejante rata como Escalante que hasta del Club Colombia y Comfenalco la echaron por malos manejos, qué se puede esperar? El ladrón descubriendo ladrones? Bah!’**”.*

Citó, así mismo, como fundamento de la decisión, la declaración de Carlos José Villaquirán Sarasti, para señalar:

“Este testigo, fue contundente y preciso en indicar que Gonzalo Hernán López Durán había aceptado y/o reconocido ser el autor de esos comentarios (min. 42:16 y s.s. del audio) enviados vía web en contra de la Dra. Gloria Lucía Escalante, que lo había hecho por iniciativa propia, ante los malos manejos (min. 43:19) y actos indebidos en el Club Colombia, lo que le acarreó una sanción disciplinaria de suspensión por un día”.

Finalmente, invocó el ad quem el acta de descargos que hizo *“el señor Gonzalo Hernán López Durán en el Club Colombia, en la cual aceptó ser el autor de uno de los comentarios publicados **y que lo hizo motivado en el momento en que los escribió por su indignación y repudio frente a la ofendida**; comportamiento que realizó de manera personal y voluntaria, de acuerdo con sus propias*

convicciones, desde ‘el equipo de cómputo asignado a mi oficina de sistemas’.

Frente a las consideraciones del Tribunal no demuestra el impugnante ningún yerro en la valoración probatoria (como el alegado cercenamiento del testimonio de Israel Valenzuela Vargas), insistiendo en oponer la suya propia, como si se tratase de un alegato de instancia.

Por último, menciona el recurrente que el Tribunal soportó la decisión impugnada únicamente en prueba de referencia o “*testimonios de oídas*”, aspecto que también fue abordado, de manera más amplia, en el siguiente cargo, por lo cual la Sala omite efectuar aquí un pronunciamiento sobre el mismo.

Cuarto cargo. Falso juicio de existencia, por suposición probatoria

Para sustentar este cargo, el libelista sostiene que el fallo impugnado se funda en un documento que no fue debatido en el juicio, como lo es el acta de descargos que rindió el señor **Gonzalo Hernán López Durán** dentro del proceso disciplinario que le adelantó el Club Colombia, con ocasión del allanamiento llevado a cabo por la Fiscalía.

Sin embargo, al desarrollar el reproche no se ocupa de demostrar el desacierto que atribuye al Tribunal, limitándose a formular algunos reparos a la valoración del testimonio del señor Carlos José Villaquirán Sarasti, al que considera testigo de “*oídas*” o de “*referencia*”, cuyo dicho no

podía ser tenido en cuenta por el fallador para revocar parcialmente la sentencia apelada, postura que se enmarcaría en **un error de derecho por falso juicio de convicción** (si considera que la sentencia se fundó única y exclusivamente en prueba de referencia, pese a existir tarifa legal negativa), o en un **falso raciocinio**, si es que el testigo no merecía credibilidad.

En relación con el alegado falso juicio de existencia por suposición probatoria, advierte la Corte que el acta contentiva de los descargos presentados por el señor **Gonzalo Hernán López Durán** ante el comité disciplinario del Club Colombia, fue introducida legal y oportunamente al juicio oral por la señora Ángela María Echeverri, Jefe de Recursos Humanos, quien a petición de la Fiscalía la leyó en su integridad; así mismo, fue autenticada, en lo pertinente, por el señor Carlos José Villaquirán Sarasti, uno de los firmantes, luego es indiscutible que fue introducida y debatida en juicio, de donde deviene claro que el planteamiento examinado no es más que un alegato para prolongar las instancias ordinarias.

En lo que refiere a que el fallo se fundó en “*prueba de referencia*” o “*testimonio de oídas*”, valga precisar que el censor utiliza indistinta y equivocadamente conceptos que no son asimilables y, en consecuencia, puede estar invocando dos casuales de casación que se excluyen entre sí, esto es, la violación directa e indirecta de la ley.

En efecto, “*se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio*” (artículo 437 de la Ley 906 de 2004); en tanto que testigo de oídas es aquel que narra lo que otra persona le relató, esto es, acredita la existencia del relato que una persona le hizo sobre unos hechos.

Si lo alegado es que el fallo se sustentó en prueba de referencia (**falso juicio de convicción**), no le asiste razón al censor, teniendo en cuenta que la declaración del señor Carlos José Villaquirán Sarasti fue escuchada y controvertida en el juicio oral, luego no reúne las exigencias normativas para tenerlo como prueba de referencia. En ese sentido, el Tribunal estaba facultado para citarlo como uno de los medios de convicción -no el único- para fundamentar el fallo.

Ahora, si el cuestionamiento es porque se trata de un testimonio de oídas, tal ataque revelaría un descontento con la credibilidad que le dio el Tribunal al señor Villaquirán Sarasti (lo que configuraría un **falso raciocinio**), caso en el cual era deber del casacionista demostrar que al valorar este medio suasorio se desatendieron las reglas de la sana crítica, pero así no lo hizo al formular el cargo.

Además, sostiene el censor que el dicho de **López Durán** no podía ser llevado al juicio por los testigos que lo oyeron reconocer la autoría del mensaje injurioso, porque *“ningún testigo está facultado para suplantar al acusado en su derecho de no autoincriminación”*, sin que exponga el fundamento jurídico de tal pretensión, la cual parte de un supuesto errado, si se tiene en cuenta que el artículo 33 de la Constitución Política lo que dispone es que el procesado no puede ser **obligado** a declarar contra sí mismo, pero no que sus manifestaciones ante terceros, expresadas de manera libre y voluntaria, no puedan ser llevadas al juicio por quienes las escucharon de manera directa, como ha ocurrido en este caso.

Así las cosas, considera la Sala que la postura del casacionista no evidencia ningún desatino del Tribunal, quien, por lo demás, no dio carácter de confesión al dicho del acusado, conocido en el proceso a través de prueba documental y testimonial legalmente aducida al juicio.

Quinto cargo. Falso juicio de existencia por desconocimiento de la prueba

Afirma en este cargo el impugnante que el Tribunal desconoció tanto el testimonio de la señora Gloria Lucía Escalante como la carta de renuncia por ella presentada el 19 de noviembre de 2007, en los que manifestó que cuando trabajaba en Comfenalco llegaban cobardes anónimos en los que desprestigiaban su paso por la gerencia del Club Colombia, aunado a que el señor Armando Garrido se subió

a una tarima a hablar mal de ella, de modo que es claro que las causales de ausencia de responsabilidad aducidas por el juez de primera instancia estaban más que probadas.

Contrario a lo que se sostiene en la demanda, el Tribunal tuvo en cuenta el testimonio de la señora Escalante Manzano, pues, en primer término, hubo de partir de la querrela por ella presentada ante funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, para edificar el fallo. El hecho de que no se citen por el sentenciador aspectos puntuales del testimonio, sino que haya efectuado un análisis global de lo declarado en conjunto con las demás pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio, no significa que el Tribunal no haya cumplido con la carga objetiva de verificación y examen del acervo probatorio que le corresponde, por mandato constitucional.

En segundo término, el juez plural se pronunció de manera expresa sobre las causales eximentes de responsabilidad invocadas por el juez de primera instancia para absolver al procesado, en particular la referente a “*la prueba de la veracidad de las imputaciones*”, prevista en el artículo 224 del Código Penal, señalando para el efecto lo siguiente:

*“Para la Magistratura, tal afirmación no es de recibo porque no es cierto que en la Resolución No. No. (sic) 6 del 13 de septiembre de 2007, la Junta Directiva del Club Colombia haya considerado algún tema que tenga relación con el comentario publicado por el procesado en la página web del diario EL PAIS (sic). En esa oportunidad se le impuso a la Dra. Gloria Lucía Escalante -**como socia y no como Gerente**-, una sanción*

*disciplinaria consistente en un año de suspensión en el ejercicio de sus derechos **como socia** porque, se insiste, se tuvo conocimiento que ella, cuando se había retirado del Club Colombia y laboraba en Comfenalco, pretendió obtener, de parte de funcionarios que desempeñaban labores de confianza y manejo en el Club, información reservada e indispensable para la ejecución de sus fines corporativos.*

*“El aquí procesado nada probó en relación con **la veracidad de las imputaciones que elevó**. Esa situación no fue acreditada en la presente actuación, por el contrario, es la misma falladora quien indica que la sanción impuesta a la Dra. Escalante lo fue por actos considerados no muy éticos por la Junta Directiva del Club Colombia” (negrillas y mayúsculas originales del texto, subraya la Sala).*

En el marco precedente, lo consignado en este cargo no solo carece de soporte fáctico sino que evidencia que lo buscado por el recurrente es abrir de nuevo el debate probatorio, para que se valore la prueba según sus intereses, lo que no es propio de la casación.

Resáltese que, finalmente, la defensa señala que la queja apunta a que el Tribunal valoró los testimonios en aquellos apartes que se acomodaban a un fallo condenatorio, lo cual descartaría el falso juicio postulado, pues si hubo cercenamiento, debió postularlo como falso juicio de identidad por cercenamiento.

Sexto cargo. Falso raciocinio

El falso raciocinio se configura cuando el juzgador desconoce los postulados de la sana crítica al apreciar el medio de prueba. En este caso el demandante tiene la carga de demostrar cuál postulado de la lógica, de las leyes de la ciencia o alguna máxima de la experiencia ignorada y, correlativamente, indicar cuál es la regla apropiada que debe aplicarse y de qué manera. Así mismo, debe acreditar la trascendencia del error alegado, indicando cuál debe ser la correcta apreciación del medio suasorio, poniendo de manifiesto que de haber sido valorado correctamente, la decisión habría sido completamente distinta.

En el asunto examinado, el impugnante no pone en evidencia ningún yerro en la valoración efectuada por el Tribunal, a punto que ni siquiera menciona la regla de la sana crítica presuntamente desconocida en la emisión del fallo recurrido, olvidando que la simple discrepancia de criterios no constituye yerro demandable en casación.

En efecto, lo que pretende el libelista es crear una nueva oportunidad para debatir sus tesis, que fueron superadas por la segunda instancia, intentando derrumbar la sentencia del Tribunal por la vía común de anteponer su criterio, desbordando así el marco del recurso de casación.

En síntesis, al carecer la demanda presentada del sustento conceptual y argumentativo propio de esta sede, conforme se indicó en precedencia, será **inadmitida**, además porque del estudio de la actuación no se observa

violación de derechos fundamentales o garantías de los sujetos procesales que den lugar a superar sus defectos en orden a una determinación de fondo, ni se percibe de su contexto que se precise de un fallo para cumplir con alguna de las finalidades del recurso (Artículo 184 de la Ley 906 de 2004).

Debe recordarse que contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, conforme a los lineamientos precisados por la Sala en la providencia del 12 de diciembre de 2005, rad. 24322.

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

VI. RESUELVE

1. **INADMITIR** la demanda de casación presentada por el defensor de **Gonzalo Hernán López Durán**, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

2. Contra la anterior determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos precisados en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria