

HURTO/ RESOLUCION DE ACUSACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

1.- El hurto solo se agrava por una circunstancia de las previstas en el artículo 351 del Código Penal, que indiscutiblemente trae una penalidad menor a la consagrada para el hurto calificado en el artículo 350 ibídem, careciendo entonces el casacionista de interés para recurrir en este aspecto.

2.- Si bien es cierto que la incongruencia entre la acusación y la sentencia en cuanto aquella deduce aspectos o circunstancias que agravan la situación del procesado, pese a no haber sido imputados en la resolución acusatoria, de alguna manera vulnera el derecho a la defensa por cuanto se estaría sorprendiendo al procesado con una imputación que no hizo parte de aquella respecto de la cual orientó su defensa, debe recordarse, como tantas veces lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, que aunque en principio, tal incongruencia supone una irregularidad subsanable por vía de la nulidad, estando consagrada como causal de casación, debe preferirse su ataque por este motivo.

Cosa bien distinta sería que se estuviera afirmando una errónea calificación jurídica de la infracción, caso en el cual la nulidad devendría por violación al debido proceso.

PROCESO No. 10345

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

APROBADO ACTA No. 65

Santafé de Bogotá D.C., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de MANUEL JOSE SANTODOMINGO POLO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de la cual se confirmó la proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Fundación en la que se condenó a este procesado, a Jesús Reimundo Cano Santiago y a Xiomara Esther Castañeda González a la pena principal de seis (6) años y seis (6) meses de prisión, como coautores de los delitos de hurto agravado, falsedad y destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado.

HECHOS:

En cumplimiento de algunas directivas de la Superintendencia Bancaria, a mediados del año de 1990, el Banco de Bogotá inició sus ajustes contables en las diferentes sucursales del país, encontrando un faltante de \$39' 516. 560 en las cuentas de las dependencias de Aracataca, Pivijay, Bosconia y Fundación.

Por lo anterior, la Contraloría de dicho banco en la Regional de la Costa, inició una investigación interna verificando el cuadro contable a partir del 13 de junio de 1989, en el que se hallaron varias partidas débito que afectaban dichas cuentas, debido a que en forma irregular y utilizando soportes contables falsos se hicieron canjes de cheques, abonos a tarjetas de crédito y abonos a obligaciones, detectándose igualmente la falta de los libros de inspección correspondientes a los meses de noviembre a diciembre de 1989 y algunos documentos que debían soportar consignaciones a cuentas corrientes de la oficina de Fundación, abonos a cobranzas, abonos a cheques de gerencia y

alteraciones en las hojas de ruta hechas por el auxiliar de operaciones de la oficina de Fundación, Manuel José Santodomingo Polo y los empleados Reimundo Cano Santiago y Xiomara Castañeda González.

SINOPSIS PROCESAL:

Con base en la denuncia formulada por Luis Enrique Plazas Motta -gerente local del Banco de Bogotá de Fundación- junto con la documentación anexa, el entonces juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Radicado de Fundación abrió la correspondiente investigación el 14 de marzo de 1991, ordenando la captura de MANUEL JOSE SANTODOMINGO POLO (f. 11).

Ampliada la denuncia y capturado el imputado, fue vinculado mediante indagatoria el 12 de abril de 1991 (f.115) siéndole resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto agravado por la confianza y falsedad en documento privado (f.262).

Contra la anterior decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de reposición que le fue resuelto desfavorablemente, y como fue recurrida subsidiariamente por vía de apelación, el Tribunal confirmó la medida.

Continuada la instrucción por el Juez Primero de Instrucción Criminal Ambulante, practicó abundante prueba testimonial y algunas inspecciones a las oficinas del Banco de Bogotá que resultaron defraudadas y dispuso la captura de Raimundo Cano Santiago y Xiomara Esther Castañeda González, con resultados negativos, motivo por el cual los declaró personas ausentes (f. 80) y les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de hurto agravado por la confianza (f. 124).

Devuelta la actuación al Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Radicado, éste

declaró cerrada la investigación el 23 de septiembre de 1991 (1.991) y el 9 de octubre del mismo año otorgó a SANTODOMINGO POLO la libertad provisional con fundamento en el artículo 439.4 del C.P.P., procediendo a calificar el sumario el 26 de diciembre siguiente con resolución acusatoria en contra de MANUEL JOSE SANTODOMINGO POLO, JESUS RAIMUNDO CANO SANTIAGO y XIOMARA ESTHER CASTAÑEDA GONZALEZ, por los delitos de hurto agravado por la confianza y falsedad en documento privado, a los dos primeros, y por un concurso entre tales delitos y el de destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado a la última, ordenándose, además, la captura de los procesados.

Apelada la anterior decisión por los defensores de los procesados y el apoderado de la parte civil, el 23 de junio de 1992, fue modificado el pliego acusatorio por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el sentido de llamar a juicio a los tres procesados, por un concurso entre los delitos de hurto agravado por la confianza, falsedad en documento privado y destrucción, supresión u ocultamiento de documento privado, por hallar suficientes elementos para predicar una coautoría impropia.

En la etapa del juicio, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Fundación llevó a cabo la audiencia pública, en la que se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y profirió sentencia condenatoria el 12 de mayo de 1993, la que una vez apelada por los defensores de los procesados fue confirmada por el Tribunal de Santa Marta, en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA:

Causal Segunda

Unico Cargo

Por considerar que no guarda congruencia con la acusación, acusa el defensor de

SANTODOMINGO POLO el fallo de segundo grado, pues a los procesados se les condenó, entre otros, por el delito de hurto agravado, pese a que el Tribunal de Santa Marta al resolver la segunda instancia de la acusación, decidió imputar a aquellos el delito de hurto pero calificado.

De otro lado -agrega- una situación así impide ejercer el derecho de defensa “pues ella se centra, se fija en los cargos que se le hacen y naturalmente, por ellos debe ser absuelta, ya que se le acusó por un delito que no cometió” (f. 50 cuaderno original. No. 3), pasando a recordar cómo el Decreto 2700 de 1991, suprimió la posibilidad que el juez varíe la calificación jurídica durante el juicio, como quiera que la acusación le corresponde al Fiscal.

Solicita dictar una sentencia que esté de acuerdo con los cargos formulados en la acusación.

Causal Primera

Luego de transcribir el inciso primero de la causal primera de casación, tres cargos dice formular el casacionista, a saber:

Primer Cargo

En este reproche el censor afirma la violación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, como quiera que, respecto de los diferentes comprobantes que le pusieron de presente al procesado, negó que la firma que allí aparecía era la suya, aspecto, que en su criterio, generó la duda en el investigador, razón por la que le tomó muestras manuscriturales, de conformidad con lo previsto en el artículo 366 ibídem. Sin embargo, como con las mismas no se practicó dictámen grafológico, pues “el denunciante, no creó en el funcionario la certeza o el convencimiento subjetivo sobre la responsabilidad del sindicado la existencia del hecho punible”, debe absolverse al

procesado.

Segundo Cargo

Dice proponerlo como consecuencia del anterior, pues no podía el fallador condenar al procesado sin tener la certeza sobre la ocurrencia del hecho punible o su responsabilidad, razón por la cual se violó el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Tercer Cargo

Advierte el libelista en esta supuesta censura que las primeras personas - empleadas del Banco- que declararon en la investigación lo hicieron por la presión que sobre ellos ejercía el señor Peñuela, y por ello al interrogárseles sobre el cargo que ocupaba SANTODOMINGO manifestaron varios cargos como contador, auxiliar de operaciones, oficial de servicios y secretario, entre otros, todo con el fin de que se considerara a este procesado como empleado de confianza “y evitar la libertad provisional, porque la Juez no tenía otro argumento que asirse para seguir negándosela”, ya que, afirma, en el proceso está probado que hacía mucho tiempo había dejado de ser contador.

Se queja también de la credibilidad que mereció para el juzgador la afirmación del denunciante, “que se fue sin ser investigado”, en cuanto a la desaparición de los libros de inspección de caja, desconociendo, por su parte, que el procesado manifestó que no fue él quien lo sustrajo, puesto que hacía siete meses no trabajaba en el Banco. De ahí que, la inspección practicada al Banco, a su modo de ver, nada prueba en contra de SANTODOMINGO POLO.

Por tanto, concluye, que el Tribunal le dió un valor superior a las tales pruebas, negando el que sí tiene la versión del procesado, incurriendo en un error de derecho y

violando indirectamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita invalidar la sentencia para que se proceda a dictar la de reemplazo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL

1. Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal, la irregularidad denunciada por el casacionista en este acápite, en cuanto a la incongruencia entre la acusación y la sentencia es puramente formal y por ende insustancial, pues de conformidad con el artículo 417-3 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento en que se calificó el sumario, la calificación jurídica provisional solamente implicaba el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente, tal y como se hizo en el caso concreto.

Además, resalta que el auto calificadorio determinó en la parte resolutive que al procesado se le llamaba a juicio, entre otros delitos, por el de hurto agravado, pues no obstante que el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión se refirió al delito de hurto calificado, ello solo obedece a un lapus calami, como quiera que advirtió que compartía los argumentos expuestos por el a-quo frente a este delito en particular.

Cita jurisprudencia al respecto y agrega cómo también alguna parte de la doctrina nacional sostiene que el cambio de adecuación típica no tiene limitación alguna, siempre que se conserven la conducta y el objeto material.

En el caso concreto, el mismo defensor del procesado rebatió durante todo el proceso la circunstancia de agravación, aduciendo que SANTODOMINGO POLO no era empleado de confianza, lo que significa que sí tuvo conocimiento suficiente de los cargos, habiendo ejercido en todo momento, en cuanto a esta imputación, el derecho a la defensa.

Tales irregularidades, en su criterio, no tienen la fuerza que se les atribuye ni tampoco la virtualidad de generar una nulidad como indirecta y concomitantemente lo plantea el recurrente.

2. En forma conjunta responde el Representante del Ministerio Público los tres cargos que por violación indirecta de la ley sustancial, propone el defensor del procesado, destacando el completo desconocimiento del demandante respecto de la técnica de casación, pues no invoca la causal en que se apoya, ni tampoco “la vía y sentido del ataque”, ni las normas quebrantadas.

No obstante, la demanda se caracteriza por la constante inconformidad del casacionista sobre los criterios de fallador, enmarcándose así sus alegaciones en el campo del error de derecho por falso juicio de convicción, que resulta inadmisibile en esta sede a donde arriban los fallos judiciales amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, pues por mandato legal es el juez el que valora racionalmente la prueba.

Asi mismo, los planteamientos del censor constituyen enunciados carentes de respaldo probatorio, pues sus argumentos para desvirtuar la responsabilidad del procesado en la falsificación de documentos se basa en el testimonio de Rosa Pimienta, que ninguna certeza ofrece y por el contrario resulta refutada por otras pruebas.

Igualmente destaca cómo el casacionista hace una mezcla entre el indubio pro reo -que predica de los investigadores- olvidando que “la duda en si no se encuentra en las pruebas de por si, es un estado de la mente frente a una situación” y la violación al derecho de defensa, desconociendo el principio de autonomía de las causales, pues esto último debía formularlo como nulidad, no obstante que la prueba que echa de menos “no fue la única sustento de la condena”.

Concluye entonces que el demandante no demuestra la violación a las reglas de la sana crítica, encontrando, por el contrario la acertada valoración de las pruebas. Solicita

no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES:

Causal Segunda

Unico Cargo

Partiendo de un argumento puramente formal, el defensor del procesado aduce una supuesta incongruencia entre la acusación y la sentencia, sin consultar la realidad del proceso y sin asistirle interés jurídico para ello, pues si bien es cierto que el Tribunal, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, respecto del delito de hurto lo hizo como calificado, no puede afirmarse que la calificación hecha por el Juez de instrucción en cuanto hurto agravado por la confianza haya sido modificada en tal sentido.

En efecto, como lo anotó el Delegado, ello solamente obedece a un lapsus calami, pues el Tribunal fue expreso en manifestar que en lo que tenía que ver con el cargo imputado en la acusación como hurto agravado por la confianza, compartía todos los argumentos expuestos en la primera instancia, sin que ninguna duda o ambigüedad pueda aducirse en cuanto que se matuvo la calificación por este delito.

En efecto, fue la confianza la circunstancia tenida en cuenta por la primera instancia para agravar el hurto, y en esos mismos términos el Tribunal se refirió diciendo que:

“De tal manera que la tesis del juzgado en lo que respecta a la agravación punitiva del hurto calificado es acertada y la resolución de acusación se reformará en el sentido de llamar a juicio a todos los procesados como coautores de los delitos de Falsedad en documento privado y Hurto Calificado, en concurso de hechos punibles” (C. Trib. f.24).

Obsérvese entonces que la calificación a que se refiere el Tribunal no es otra que la circunstancia de agravación, esto es, la confianza, analizada por el Juez de primera instancia. Por tanto, pese a que en la parte resolutive igualmente se mencione el hurto como calificado, no puede ello significar que se haya modificado la calificación jurídica hecha para el hurto agravado, como quiera que dicha decisión fue confirmada y la única reforma que se le hizo consistió en llamar a juicio a todos los procesados y por los mismos delitos, esto es, en calidad de autores.

Siendo ello así, no existe la pretendida incongruencia que entre la acusación y la sentencia proclama el casacionista, pues, la imputación tanto fáctica como jurídica no varió, ni mucho menos puede afirmarse que durante el juicio se haya modificado.

Además, de prosperar el reproche, la situación del procesado se haría más gravosa, como quiera que, de conformidad con el pliego acusatorio, el hurto solo se agrava por una circunstancia de las previstas en el artículo 351 del Código Penal, que indiscutiblemente trae una penalidad menor a la consagrada para el hurto calificado en el artículo 350 ibídem, careciendo entonces el casacionista de interés para recurrir en este aspecto, como se había advertido inicialmente.

Finalmente, no puede la Sala dejar de hacer precisión respecto de algunas afirmaciones hechas en el concepto del Representante del Ministerio Público, pues la confusión que parece tener respecto a la causal segunda y la tercera así lo ameritan.

No es cierto como lo afirma el Delegado que el demandante proponga indirecta y simultáneamente la incongruencia entre la acusación y la sentencia y una nulidad -que no precisa por qué motivo- ya que si se tratare del desconocimiento del derecho de defensa, en la medida en que el demandante dentro de su pretendida argumentación hace mención a que tal situación “impide llevar a cabalidad su defensa”, ello no indica que esté denunciando una nulidad.

En efecto, si bien es cierto que la incongruencia entre la acusación y la sentencia en cuanto aquella deduce aspectos o circunstancias que agravan la situación del procesado, pese a no haber sido imputados en la resolución acusatoria, de alguna manera vulnera el derecho a la defensa por cuanto se estaría sorprendiendo al procesado con una imputación que no hizo parte de aquella respecto de la cual orientó su defensa, debe recordarse, como tantas veces lo ha hecho la jurisprudencia de esta Sala, que aunque en principio, tal incongruencia supone una irregularidad subsanable por vía de la nulidad, estando consagrada como causal de casación, debe preferirse su ataque por este motivo.

Cosa bien distinta sería que se estuviera afirmando una errónea calificación jurídica de la infracción, caso en el cual la nulidad devendría por violación al debido proceso.

El cargo no prospera.

Causal Primera

Teniendo en cuenta que los tres cargos formulados por el casacionista al amparo de esta causal, pretenden sustancialmente lo mismo, la Corte los respondera en forma conjunta.

Si bien el escrito presentado por el casacionista no es un modelo de lo que podría constituir una demanda de casación, y merece todos los reparos técnicos que puedan hacerse por asemejarse más a un escrito propio de las instancias, no comparte la Corte algunos de los enunciados por el Delegado.

Pues bien, no resulta ajustado a la realidad aducir en cuanto a los tres últimos cargos, que no se menciona la causal de casación en que se apoya el demandante, pues en el

capítulo primero denominado “CAUSALES QUE INVOCO” en el literal b) manifiesta el casacionista que se apoyará también en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la sentencia es “violatoria de una norma sustancial”, agregando además que desarrollará en capítulos separados los fundamentos de las causales invocadas.

No obstante, sí le asiste razón al Delegado cuando destaca “un desconocimiento de la técnica” de este recurso, pues, los tres supuestos cargos que cree desarrollar y fundamentar el actor de conformidad con la causal primera, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, constituyen meros reparos valorativos a las conclusiones de los fallos de instancia, que lejos de un verdadero juicio de legalidad contra la sentencia, aparecen como cometarios muy personales y al margen de la naturaleza del motivo aparentemente escogido en la invocación de la causal de casación, como que carecen por completo de los presupuestos de precisión y claridad.

En efecto, podría colegirse, en principio, que los reproches que haría el censor a la sentencia, con base en la causal primera de casación, lo serían por motivo de la violación directa, pues a ello se contrae el inciso 1o. del numeral 1o. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, suponiendo desde luego, en su demostración el respeto a los hechos y las pruebas en la forma en que los presenta el fallador, habida cuenta que el juicio, en este caso, es estrictamente jurídico y necesariamente habrá de recaer sobre la interpretación dada por el Juez a la norma aplicable al caso, o la aplicación indebida o falta de aplicación de la norma que regula el asunto.

Sin embargo, en el texto de la pretendida demostración que dice hacer el demandante de los cargos, que en realidad no formuló, pone en evidencia su interés de sacar adelante sus particulares puntos de vista por encima del de los falladores, desconociendo que si el yerro in iudicando tiene como fundamento la valoración probatoria, necesariamente debe acudir al motivo de la violación indirecta de la ley, en tanto la

existencia de errores de hecho o de derecho obedezcan a falsos juicios de existencia, bien por omisión o suposición o falsos juicios de identidad; o por el contrario a falsos juicios de legalidad o de convicción.

A ninguno de estos presupuestos mínimos de la técnica casacional se acerca el escrito que denomina el impugnante demanda de casación, razón por la cual no puede la Corte entrar a hacer análisis oficiosos del proceso y de la prueba, sin desconocer el principio de taxatividad, pues de hacerlo, desnaturalizaría su esencial función de Juez de Casación para convertirse en tercera instancia.

Así las cosas, se impone el rechazo de los cargos.

Casación Oficiosa

Encuentra la Corte una vulneración de garantías fundamentales de los procesados, que de conformidad con las facultades oficiosas conferidas por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, imponen la casación oficiosa del fallo impugnado.

Tal vulneración se concreta en la improcedencia y absoluta falta de motivación respecto a la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, como que sólo se vino a saber de ella en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, sin que el Tribunal se pronunciara sobre la misma.

Sobre esta sanción estima de importancia la Sala, recordar lo manifestado en otras decisiones, en cuanto aquellas penas accesorias que no son inherentes a la de prisión y que por quedar a la discrecionalidad del fallador lo obligan a exponer las razones por las cuales considera que es procedente y pertinente, atendiendo al delito por el que se condena.

En efecto, en sentencia del 14 de diciembre de 1994, con ponencia del entonces

Magistrado Edgar Saavedra Rojas, se dijo:

“Es evidente, entonces, la absoluta falta de motivación, que como ya se dijo por ese solo hecho haría inválida tal condenación .

Pareciera que los juzgadores hubiesen entendido que la pena de suspensión de la patria potestad se debe dar fatídicamente en todos los casos en que se imponga como sanción principal pena privativa de la libertad, cuando bien se sabe que es una medida restrictiva discrecional, que debe gravar el juez si la considera necesaria y conveniente.” (Expediente No. 8649).

En el caso concreto, debe tenerse en cuenta que no sólo la naturaleza de los delitos por los que se condenó a los procesados, ninguna relación guardan con el ejercicio de la patria potestad, sino que además, en lo que tiene que ver con Raimundo Cano Santiago y Xiomara Esther Castañeda ni siquiera se tiene conocimiento de que tengan hijos, pues han estado evadidos de la justicia, razón por la cual se les investigó y juzgó como ausentes.

Lo anterior obliga a la Corte a proferir la de reemplazo de conformidad con lo previsto en el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, pues únicamente se afecta el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1o. Desestimar la demanda.

2o. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de suprimir de

éste la pena accesoria de la suspensión de la patria potestad impuesta a los procesados en las sentencia de primera de instancia.

3o. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

Notifíquese, Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE E. CORDOBA POVEDA CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria