

Proceso N° 12100

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Sustanciador.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Aprobado Acta N° 188

Santafé de Bogotá, D.C., Noviembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en favor del procesado ÉDGAR ACOSTA RIVERA contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que confirmó la condena impuesta por fraude procesal y tentativa de estafa agravada.

HECHOS:

En Ibagué, Marco Tulio Gómez giró los cheques 8576192 y 8574552 del Banco de Bogotá, por \$ 748.400 y \$ 3'830.722 para ser cobrados el 28 de agosto y 24 de septiembre de 1990, con el fin de cubrir a Auto Japonés S. A. el precio de una camioneta que había adquirido, títulos que fueron impagados por insuficiencia de fondos, pero el 5 de diciembre siguiente el deudor pagó \$ 4'200.000 en dinero efectivo.

-

La compañía había endosado en procuración los dos cheques a ÉDGAR ACOSTA RIVERA,

que dio poder a un abogado quien el 24 de octubre de 1990 y 17 de enero de 1991 formuló demandas ejecutivas en los Juzgados Promiscuo Municipal y Civil del Circuito de Lérída, a pesar de que antes de esta fecha el endosatario ya sabía de la extinción de la obligación.

#### ANTECEDENTES PROCESALES:

El Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Lérída abrió investigación, oyó en indagatoria a Iván Humberto Barrios y a ÉDGAR ACOSTA RIVERA y el 10 de diciembre de 1992, la Fiscalía 40 Seccional de esa localidad ordenó su detención preventiva. Cerrada la instrucción el 22 de noviembre de 1993 a aquél le fue precluida la actuación y contra éste se profirió resolución de acusación por fraude procesal y tentativa de estafa agravada (ls. 340 y Ss. cd 1), providencia que apelada por el apoderado de la parte civil y el defensor de ÉDGAR ACOSTA RIVERA, adquirió firmeza el 26 de mayo de 1994 cuando fue confirmada por el ad quem.

Correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Lérída adelantar el juicio y realizada la audiencia pública, el 4 de diciembre de 1995 condenó al procesado a 16 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, multa de \$ 2.000 y al pago de los perjuicios, decisión recurrida por el defensor y el 7 de marzo de 1996 confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué mediante sentencia que es ahora objeto del recurso de casación.

#### DEMANDA:

Al amparo de las causales tercera y primera de casación son formulados los cargos al fallo impugnado, así:

CARGO PRIMERO: El recurrente indica que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad “por error en la denominación jurídica y calificación equivocada que se

dio al mérito del sumario”.

Dice que fue proferida resolución de acusación por fraude procesal y tentativa de estafa, tomando los mismos hechos para la doble adecuación típica, cuando no se subsumen en ninguno de los dos tipos, porque no existe una sola prueba que apunte a establecer que su representado, por cualquier medio fraudulento, indujera en error al Juez Promiscuo Municipal de Lérida para obtener resolución contraria a la ley, o que induciendo o manteniendo en error, por medio de artificios o engaños, lograra provecho ilícito. Las inspecciones judiciales a los procesos ejecutivos, el recibo de pago de la obligación, la versión del abogado Gerley Portela y la del procesado demuestran que los procesos ejecutivos se iniciaron en octubre de 1990, antes del 5 de diciembre del mismo año, fecha en que Marco Tulio Gómez pagó la suma acordada con Auto Japonés.

Expresa que la resolución de acusación por fraude procesal es infundada, pues a pesar de que el procesado fue demandante en los procesos ejecutivos, no realizó ninguna de las conductas descritas en los arts. 182 y 356 del Código Penal debido a que él como endosatario en propiedad instauró los ejecutivos cuando no se había efectuado el pago en mención.

Señala que con el documento obrante en el folio 137, está probado que el sindicato fue informado del pago de la acreencia, con excepción de los honorarios profesionales, el 31 de enero de 1992, o sea, un año después de su extinción. Igualmente está demostrado que el procesado únicamente requería los honorarios profesionales por la cobranza de los cheques, lo cual no fue incluido en el arreglo con Auto Japonés ni pagados por Marco Tulio Gómez. El simple ejercicio de un derecho, como cobrar los honorarios, no puede constituir delito porque el hecho está justificado, según el ordinal 3º del art. 29 ibídem.

Anota que el error sobre la denominación jurídica en la calificación del sumario es

irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y genera nulidad, de acuerdo con los arts. 29 de la Carta y 304-1-2 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo anterior, solicita sea casado el fallo impugnado y se declare la nulidad de la providencia que calificó el sumario.

SEGUNDO CARGO: El impugnante expresa que la sentencia viola indirectamente la ley sustancial, por error de hecho debido a falso juicio de existencia al suponer que obraba la prueba de la ocurrencia de los delitos de fraude procesal y tentativa de estafa, a lo cual llegó por no tener en su valor probatorio la versión del sindicado y no haber valorado las inspecciones judiciales a los procesos ejecutivos. Tampoco se tuvo en cuenta el documento del 21 de enero de 1992, en donde se comunica al acusado de la cancelación de la obligación con excepción de los honorarios del abogado ni la declaración de Gerley Portela.

Manifiesta que dicho error llevó al Tribunal a confirmar el fallo de primer grado y de no haber incurrido en ello, necesariamente habría absuelto, al advertir que con la presentación de las demandas no se cometió delito, sino que se realizó el hecho en legítimo ejercicio de un derecho y después agrega que en ejercicio de una actividad lícita.

Señala que como consecuencia de ese yerro de hecho fueron inaplicados los arts. 29-3, 35, 36 del Código Penal, 81 de la ley 190 de 1995 y 247 del Código de Procedimiento Penal, pues se penó al procesado por un delito que no realizó con dolo debido que al momento de demandar no sabía del pago citado y persiguió, una vez enterado de ello, recaudar los honorarios del abogado. Se condenó así por una especie de responsabilidad objetiva.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia y absolver a su representado.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

PRIMER CARGO: El Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que el reproche debe desestimarse por errores de técnica. Aunque el recurrente expresa que en la resolución de acusación se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción, no señala el tipo penal correcto en que debe enmarcarse el comportamiento endilgado.

El demandante incurre en una insalvable contradicción al expresar que el hecho está justificado, lo cual conduciría a una supuesta absolución mientras que la nulidad planteada llevaría a la invalidez de la resolución acusatoria para que se califique de nuevo el sumario.

CARGO SEGUNDO: El Procurador Delegado considera que este reproche también debe ser rechazado por infundado.

Anota que las pruebas que el censor dice fueron ignoradas no sufrieron esa anomalía sino que fueron consideradas por el fallador. En la sentencia de primera instancia se indica que la demanda por el cheque de \$3'830.922 fue presentada el 17 de enero de 1991, cuando el ejecutado ya había pagado la obligación el 5 de diciembre de 1990 y las pruebas revelan que el sindicato tuvo conocimiento de esa cancelación mucho antes del 31 de enero de 1992, como las cartas del 9 y 16 de septiembre de 1991. El Representante del Ministerio Público acota que sin embargo, el procesado ni su abogado comunicaron tal novedad a los juzgados que adelantaban los ejecutivos.

Dice que el casacionista en el fondo contrapone su personal criterio a la valoración que de los medios de convicción efectuó el fallador, lo cual no es de recibo en sede del recurso extraordinario.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

CARGO PRIMERO: El censor aduce que la sentencia recurrida fue proferida en un proceso viciado de nulidad, por error en la denominación jurídica del hecho punible, con lo cual se afectó el debido proceso.

Corresponde al demandante demostrar que los sucesos que el juzgador dio por establecidos o que emergen de las pruebas recopiladas fueron enmarcados en un tipo penal que no les corresponde sino en otro, con precisión sobre cuál debió ser en definitiva la correcta denominación del delito; sin embargo, a ello se sustrajo porque durante la presentación del cargo ni en su desarrollo expresa en qué precepto, distinto del señalado en la resolución de acusación, encaja la conducta del acusado.

No cumplió con ese requisito en razón a que en principio está alegando la atipicidad de ese comportamiento, lo que significa que la formulación del reproche no guarda armonía con la fundamentación y si esta es la base de su planteamiento ha debido acudir a la causal primera de casación porque de prosperar la censura no habría lugar a la nulidad sino a la absolución.

No basta con presentar el cargo al amparo de la causal tercera de casación, sino que además el desliz debe demostrarse de conformidad con la técnica de la primera, por lo que ha de precisarse si la violación de la norma sustancial fue directa o indirecta y, en este último evento, si se trató de error de hecho o de derecho y el falso juicio determinante, así como su incidencia en la validez del proceso.

Pero, el recurrente tampoco cumple con esas exigencias y ni siquiera intentó hacer referencia a alguno de esos aspectos, no se preocupó por expresar si acudía a la vía directa o a la indirecta y aunque se inmiscuye con las pruebas, no menciona yerro de hecho o de derecho y menos hace alusión a algún falso juicio de identidad o existencia de legalidad o convicción.

En contradicción con el planteo inicial da a entender que el sindicado no obró con dolo

porque los procesos ejecutivos fueron iniciados antes de tener conocimiento de la extinción de la obligación por pago. Esto implica que la conducta es típica y fue perfectamente encajada en la descripción general y abstracta contenida en la ley, con lo cual el impugnante reconoce que no concurre el anunciado yerro en la calificación jurídica y ha debido formular el cargo por la causal primera de casación, pues al igual que en la crítica precedente no habría que anular el proceso sino absolver.

Lo mismo debe pregonarse de lo que expone últimamente dentro de este reproche con relación a que su representado obró en ejercicio de un derecho, según el ordinal 3° del art. 29 del Código Penal, al cobrar unos honorarios, pues parte de la base de que el comportamiento es típico pero no antijurídico, sin que se esté imputando un yerro en la denominación jurídica de la conducta realizada y como no se endilga una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, la censura tenía que presentarse por la causal primera.

En consecuencia, el cargo no prospera.

CARGO SEGUNDO: El impugnante aduce violación indirecta de la ley sustancial originada en error de hecho determinado en un falso juicio de existencia por omisión, que llevó a la falta de aplicación del art. 29-3 del Código Penal, con relación a la tentativa de estafa y el fraude procesal. Sin embargo, no habrá un pronunciamiento sobre el reproche en lo que tiene que ver con el delito contra la administración de justicia porque prescribió como se precisará más adelante.

Lo primero que el censor anuncia es la suposición de prueba que llevó a tener por demostrada la tentativa de estafa y se quedó en la mera afirmación porque no concretó y desarrolló este aspecto, no especificó cuál fue la inspección judicial, el documento, etc., aparentemente imaginados por el juzgador y que constituiría el falso juicio de existencia alegado.

Lo segundo a que hace referencia es no haber sido tenidos en cuenta varios medios de convicción, pero ello no fue así como se observa en la sentencia de primera instancia, que constituye unidad inescindible con el fallo de segundo grado en todo aquello que fue confirmado, en donde se indica.

“Iván Humberto Bamos Caicedo, gerente de Auto Japonés S. A., declaró que “el 5 de diciembre de 1990, el señor Marco Tulio Gómez canceló la obligación.... que de este arreglo le fue informado a EDGAR ACOSTA, no solo verbalmente por él sino por los demás funcionarios del departamento de cartera, habiéndosele comunicado por escrito de la cancelación de la obligación, el día 31 de enero de 1992..

EDGAR ACOSTA ... expresa que ... sólo se enteró por comunicación escrita, cuando la empresa Auto Japonés el día 31 de enero de 1992 le informó sobre la cancelación de la obligación hecha el 5 de diciembre de

1990..

Para dilucidar estas dos versiones se practicaron y agregaron varias pruebas como documental y testimonial que indican claramente que EDGAR ACOSTA RIVERA tuvo conocimiento de la cancelación de la obligación por parte de Marco Tulio Gómez a excepción de los honorarios. Así lo expresa Marta Liliana Moncada y Esperanza Urueña, empleadas de cartera de Auto Japonés, quienes son enfáticas en afirmar, que a EDGAR ACOSTA se le comunicó verbalmente sobre la cancelación de la obligación, el mismo día del arreglo cuando visitó las oficinas de la entidad ...

Así las cosas y de acuerdo con las pruebas allegadas legalmente nos indican que EDGAR ACOSTA RIVERA tuvo conocimiento de la obligación cancelada por Marco Tulio Gómez, mucho antes del 31 de diciembre de 1992, hecho confirmado según los oficios de rendición de cuentas de los procesos que habla entregado a la firma Auto Japón de fecha septiembre 9/91 y del 16 del mismo mes y año ... no comunicando esta novedad a los

juzgados donde se tramitaban los procesos ejecutivos, ni al abogado a quien le había conferido poder para adelantar los procesos, como lo expresó el Dr Portela Cortés

Vista la actuación adelantada ante el Juzgado Civil del Circuito de Lérida, de simple lógica se deduce que EDGAR ACOSTA actuó de mala fe, sí se tiene en cuenta que ... teniendo pleno conocimiento de que Marco Tulio Gómez había cancelado la obligación, dejó continuar con el trámite el proceso ejecutivo, induciendo en error también al apoderado Portela Torres, cuando mediante memorial solicitó el embargo de cuentas, remanentes de otros procesos y bienes del ejecutado .. De igual manera sucedió con el proceso ejecutivo tramitado en el Juzgado Promiscuo Municipal de esa Localidad ... donde se ejecutaron acciones posteriores al 5 de diciembre de 1990... como la solicitud del 23 de enero de 1991, cuando se solicitó el embargo y secuestro de la camioneta Mazda... de placas JR 5749”.

Se aprecia que el juzgador tuvo en cuenta los medios de convicción que el recurrente equivocadamente dice fueron ignorados. Resumió la indagatoria del sindicado y al compararla con las restantes pruebas consideró que estaba desvirtuado que tan solo el 31 de enero de 1992 se enteró la extinción de la obligación mencionada, sino que ese conocimiento lo adquirió el 5 de diciembre de 1990, el mismo día del pago, según lo dijo Esperanza Urueña. No obstante el 17 de enero de 1991 fue presentada la demanda en el Juzgado Civil del Circuito de Lérida y no le avisó a su apoderado judicial ni hizo saber esa situación a tal despacho ni al Juzgado Promiscuo Municipal, sino que por el contrario por intermedio del apoderado solicitó nuevas medidas cautelares.

De ahí que no fueron ignoradas las inspecciones judiciales practicadas a los “procesos ejecutivos”, ni la comunicación del 31 de enero de 1992, ni la declaración del abogado Gerley Portela, ni la indagatoria del procesado, pues fueron examinadas específica y globalmente para señalar que no se le imputaba haberse instaurado la acción ejecutiva en el Juzgado Promiscuo Municipal de Lérida el 24 de octubre de 1990, sino haber

omitido informar que la deuda había sido pagada según el conocimiento adquirido el 5 de diciembre siguiente.

No se presentan los falso juicios de existencia por omisión que alega el recurrente y que formuló para aducir que no se había reconocido que su representado obro' en legítimo ejercicio de un derecho y que en otros apartes del libelo denomina como ejercicio de una actividad lícita. Sin embargo, incongruentemente el desarrollo del cargo tiende a hacer ver que el sindicato supuestamente no obró con dolo al no tener conocimiento de la extinción de la obligación antes de promover las acciones ejecutivas, con lo cual está reconociendo que la conducta es antijurídica y no concurre la causal de justificación que menciona.

El ejercicio de un derecho ya lo había alegado en la apelación y el Tribunal se pronunció indicando que el sindicato no había actuado en tal situación<sup>1</sup> pues los honorarios corren por cuenta de quien contrató al abogado o del beneficiario de los cheques, no podía exigirse al girador el pago de una acreencia de la que no era deudor y las acciones ejecutivas no comprendían ese aspecto que previamente debe aparecer como una obligación clara, expresa y exigible para poder efectuar su cobro judicial y, en el caso concreto no se sabía cuál era su monto. Además, ese valor era muy inferior al de los títulos emitidos y, sin embargo, el acusado persiguió una suma igual a la de los cheques por medio de la acción cambiaria.

Así entonces, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

No obstante haber sido desechados los reproches no prescritos, se cae en la cuenta que ha prescrito una de las acciones penales de que trata el proceso, debido al tiempo transcurrido hasta el momento y contado desde la ejecutoria de la resolución de acusación.

No sobra transcribir lo dispuesto en el inciso primero del artículo 80 del Código de Penal:

“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para ese efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”

A su turno, el artículo 84 ejusdem. determina:

“Interrupción del término prescriptivo de la acción. La interrupción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado.

Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. En este caso el término no podrá ser inferior a cinco (5) años.”

La pena máxima establecida en el Código Penal para el fraude procesal es de 5 años de prisión, según el artículo 182, lo que significa que ese es el término de prescripción en este caso.

La resolución de acusación proferida contra ÉDGAR ACOSTA RIVERA quedó ejecutoriada el 26 de mayo de 1994, con lo cual se interrumpió la prescripción de dicha acción penal, circunstancia que lleva a que corra de nuevo por un término igual a la mitad del lapso señalado en el artículo 80 del Código Penal, pero que no puede ser inferior a 5 años.

Desde la ejecutoria de la resolución de acusación han transcurrido más de 5 años, lapso señalado en los mencionados artículos 80 y 84, sin que el proceso hubiere fenecido mediante decisión que haga tránsito a cosa juzgada. En estas condiciones, doblegado por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, situación que se consolidó el 26 de mayo de 1999, se impone así declararlo al tenor del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, situación que impide la prosecución de la acción penal por haber

quedado extinguida en lo concerniente a ese delito de fraude procesal exclusivamente.

Lo anterior conlleva a que se deba tasar la pena de la tentativa de estafa agravada, pues el a quo tomó como base el fraude procesal al tener establecida la pena más grave. Ha de seguirse los parámetros que al respecto trazó el Juzgado Penal del Circuito de Lérida que consideró se debía imponer el mínimo, pero sin necesidad de dosificar la multa porque la fijó definitivamente en dos mil pesos. Por eso, se partirá de 12 meses de prisión, según el art. 356 del Código Penal, aumentados en un tercera parte (4 meses) de conformidad con el art. 372, lo cual arroja un resultado de 16 meses de prisión, disminuidos en la mitad (8 meses) de acuerdo con el art. 22 ibídem, para un total de 8 meses de prisión, sin olvidar que la interdicción de derechos y funciones públicas es por lapso igual a la pena principal.

A mérito de lo expuesto y oído el concepto del Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad

#### RESUELVE:

Primero. DECLARAR PRESCRITA LA ACCIÓN PENAL adelantada contra ÉDGAR ACOSTA RIVERA por fraude procesal.

Segundo. En consecuencia, ORDENAR LA CESACIÓN DEL PROCESO seguido contra dicho sindicado por el delito en mención.

Tercero. DECLARAR que la pena principal impuesta a ÉDGAR ACOSTA RIVERA por tentativa de estafa agravada es de ocho meses de prisión, dos mil pesos de multa e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Y,

Cuarto. NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

YESID RAMIREZ BASTIDAS

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria