

Proceso No 17051

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 40

Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil dos (2.002).

VISTOS:

Decide la Sala sobre la viabilidad de la demanda sustento del recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor del procesado EMIGDIO JOSE JARMA BARROS, contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Juzgado 24 Penal del Circuito de esta ciudad el 25 de noviembre de 1.999, que confirmó la decisión del Juzgado 69 Penal Municipal que lo condenó por el delito de abuso de confianza agravada, fijando la pena principal contra el acusado en 21 meses de prisión.

ANTECEDENTES:

El 9 de noviembre de 1.992, Rodolfo Humberto Camargo Osorio denunció penalmente a EMIGDIO JOSE JARMA BARROS y Galo Ernesto Cubillos, por los delitos de abuso de confianza, estafa y falsedad, narrando a las autoridades que para el mes de enero de 1.985, aquéllos le sugirieron invertir algunos ahorros que tenía como profesor de economía de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, en una cuenta en dólares en un Banco de Panamá, dado que JARMA BARROS viajaba con alguna frecuencia al

vecino país. Fue así como le dio inicialmente US 15.500, con los cuales se abrió en el Banco Nacional de Panamá el Depósito No.8761, suma a la cual hubo de agregar US 8.174 en mayo de 1.986 con el Depósito No. 09327, que luego se abonó al anterior para totalizar con rendimientos US 26.322.41, así como otras sumas que afirmó haberle entregado durante los años siguientes hasta 1.991 (por US 5.300, US 8.500, US 7.800, US 9.500 Y US 9.500). En junio de 1.992, ante las evasivas de JARMA BARROS para darle el Certificado de Renovación del Depósito No. 8761, Camargo Osorio obtuvo una constancia por parte de la entidad Bancaria, de conformidad con la cual así como no existía ninguna cuenta a su nombre, con respaldo en el referido Depósito JARMA BARROS habría obtenido en agosto de 1.986 un préstamo personal por B/S 18.000, que luego amplió a B/S 23.300, cuyos intereses siempre fueron cubiertos con el Depósito de marras. En febrero de 1.990 el Banco cubrió la totalidad de la deuda con los fondos existentes en el Depósito y con el remanente por B/S 9.400.63 abrió una cuenta de ahorros que permaneció sin movimiento desde el 28 de diciembre de ese mismo año con un exiguu saldo de B/S 191.38, acotó finalmente, que en entrevista con JARMA BARROS, éste reconoció no haber depositado en la cuenta suma alguna a partir del año de 1.987.

El 26 de enero de 1.993 una Fiscalía adscrita a la Unidad Sexta de Previas y Permanentes declaró abierta la instrucción, vinculando mediante indagatoria a EMIGDIO JOSE JARMA BARROS y Galo Ernesto Cubillos, remitiendo las diligencias por competencia ante los juzgados penales municipales. Por auto del 7 de mayo posterior, el juzgado 56 de dicha categoría al que correspondieran las diligencias manifestó su negativa a conocer del proceso sobre la base de que el delito concurrente era estafa y no abuso de confianza, conflicto que fue finalmente desatado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá y Cundinamarca el 7 de junio, asignando el asunto a la última autoridad referida.

El 13 de agosto de 1.993, al resolver la situación jurídica de los imputados, el Juzgado 56 Penal Municipal se abstuvo de imponer en su contra medida de aseguramiento

alguna. Una vez enviado el proceso ante la Unidad de Delitos Querellables , el 23 de mayo de 1.995 la Fiscalía 236 Local declaró cerrada la investigación, calificándose su mérito el 31 de agosto posterior con el proferimiento de resolución acusatoria en contra JARMA BARROS por el delito de abuso de confianza agravado por la cuantía, que hubo de concretarse, exclusivamente, en las sumas de US 15.500 y US 8.174. abonadas como fueran al Depósito No. 8761, precluyendo a su turno la instrucción a favor de Cubillos Castellanos.

Tramitada la etapa del juicio, en desarrollo de la cual se ordenaron diversos dictámenes periciales y se resolvieron múltiples peticiones de cesación de todo procedimiento con fundamento en lo previsto por los artículos 32 y 39 del C. De P.P de 1.991 y 80 del Decreto 100 de 1.980, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias en los términos reseñados en precedencia.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Reconociendo que en este caso no procede la casación conforme a los requisitos ordinarios que le son propios, sino la excepcional, el defensor del procesado se refiere expresamente a esta modalidad, observando así mismo que de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 553 de 2.000, en cuya plena vigencia se aportó el libelo, no sólo es necesario sustentar su especial carácter sino además proponer los cargos pertinentes contra el fallo, aspectos en atención a los cuales desarrolla el libelo.

Así, respecto de lo primero, anota que en su criterio la demanda debe ser admitida en protección del debido proceso, por cuanto en este caso se habría vulnerado “el principio de congruencia entre la acusación y la condena, al igual que se le aplicó extraterritorialmente la ley penal colombiana sin el cumplimiento del requisito de la querrela de parte o petición del procurador”, además, agrega, también es viable la casación como una oportunidad propicia para que la Corte delimite la

“competencia entre la Fiscalía y los Juzgados y Corporaciones Jurisdiccionales, fuera de los casos usuales de error en la calificación jurídica de los hechos o de la falta de imputación de causales de agravación, porque es un caso en el que el juzgado de segunda instancia ha dado un significado y alcance a la acusación fáctica distinta de la que originalmente le había señalado la Fiscalía acusadora”, máxime cuando en este caso, según el actor, la segunda instancia habría modificado el momento consumativo del delito.

Bajo estos supuestos, sustenta el censor el primer cargo contra la sentencia, con fundamento en la tercera causal de casación, en cuanto entiende vulnerado el debido proceso en este caso, pues tratándose el hecho materia de juzgamiento de un punible que exige querella, la misma habría sido formulada cuando ya se encontraba caducada, conforme a lo previsto por el artículo 32 del Decreto 2700 de 1.991 y el precepto correspondiente del Decreto 0050 de 1.987, pues reconocido que el hecho ocurrió en la ciudad de Panamá, para efectos de su oportuna interposición, conforme con el artículo 15.4, inciso 2 del C.P anterior, tenía que contarse a partir de su consumación, así se tome como fecha de la misma mayo o agosto de 1.986, cuando se ofreció en garantía el Depósito No. 8761, o cuando el procesado adquirió el crédito por B/S. 18.000 u otro superior por B/S. 23.300, o cuando el Banco panameño se pagó el saldo de este último con la mayoría de los recursos habidos en el referido Depósito, en cualquier caso, la querella sólo se habría instaurado el 11 de noviembre de 1.992, fecha a la cual ya había transcurrido el período de un año, imponiéndose por tanto anular el proceso y ordenar la cesación de todo procedimiento.

A manera de segundo reproche, acusa el actor no estar la sentencia en consonancia con los cargos, toda vez que si bien al momento de ser formulados se precisó que el delito de abuso de confianza se consumó cuando JARMA BARROS dio en garantía el Depósito No. 8761 en mayo o agosto de 1.986, en la sentencia de primer grado se afirma dicho momento para cuando el procesado dejó de pagar el segundo crédito, es decir, en marzo de 1.989, criterio diverso que permitió al juzgador negar la prescripción que en su

oportunidad se solicitara. A su vez, el sentenciador de segunda instancia manifestó que fue un acto inequívoco de consumación del injusto, el momento en que JARMA BARROS omitió pagar al Banco Nacional de Panamá el segundo préstamo personal que había sido garantizado con el Depósito ajeno, siendo claro, por tanto, que no concuerdan las circunstancias de modo y tiempo imputadas por la Fiscalía en la acusación, con dicha precisión de la sentencia.

CONSIDERACIONES:

1. Ciertamente, con la entrada a regir de la Ley 553 de 2.000 y ahora en vigencia de la Ley 599 del mismo año, en lo referente a la modalidad discrecional de la casación, que como se recuerda fue por primera vez adoptada entre nosotros en el último inciso del artículo 218 del Decreto 2700 de 1.991, con posterioridad modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1.993 y ahora por el artículo 205 del Estatuto procesal que nos norma, se observa en la actualidad una simplificación legislativa en el trámite, sin que esto signifique la supresión de los requisitos que le son propios dadas sus particularidades, toda vez que se ha concentrado en un solo acto la interposición motivada y la sustentación de las causales esgrimidas, contrariamente al sistema precedente en el que correspondía a la Corte decidir si concedía el recurso y devolver el proceso para luego de presentada la demanda verificar su idoneidad formal, toda vez que hoy es deber del casacionista destinar un acápite previo a exponer los criterios justificadores de la casación, en el entendido de que por su carácter excepcional sólo puede obedecer a dos finalidades específicas, que como bien se sabe dicen relación con la necesidad de un pronunciamiento de la Corte para desarrollo jurisprudencial o la garantía de los derechos fundamentales de las partes, debiéndose al propio tiempo cumplir por el demandante con los demás requisitos señalados por el artículo 212 ibidem, que inexorablemente deben encaminarse a desarrollar los supuestos inicialmente señalados.

2. Integrado de esta manera el trámite, cuando el expediente llega a la Corte a ella

corresponde estudiar en primer orden el fundamento que explica y justifica el acceso del caso a su conocimiento por esta extraordinaria y excepcional vía y de encontrar mérito en dicha motivación, proceder a verificar la sujeción del libelo a los requisitos inherente a una demanda en forma, cumplimiento de unos y otros que posibilitan la admisión y ajuste de la misma o su necesaria desestimación o rechazo.

3. Atento a los cambios legislativos, en el caso objeto de este pronunciamiento, el defensor de JARMA BARROS ha expuesto en un acápite introductorio de la demanda, las razones que entiende conducen a que se admita la casación, fundadas, aun cuando así no lo expresa con claridad, en la protección de las garantías fundamentales del imputado, que se habrían visto vulneradas por desconocimiento del debido proceso por incongruencia entre la sentencia y la resolución acusatoria, aun cuando también advierte como una “oportunidad propicia” que la Corte se pronuncie sobre la “competencia entre la Fiscalía y Los Juzgados y Corporaciones Jurisdiccionales”, específicamente sobre la concordancia que debe existir entre las referidas decisiones y de otra, por la presunta aplicación extraterritorial de la ley colombiana, sin cumplir con el requisito de la presentación de la querella de parte en tiempo.

4. Pues bien, comenzando por el tema atinente al incumplimiento de la oportuna presentación de la querella, que lo era según el actor dentro del lapso de un año contado a partir de la consumación del delito de abuso de confianza, cuyo supuesto encuentra ineludible habida cuenta que la pena mínima para este punible era inferior a dos años, los hechos objeto de investigación se habrían consumado en el extranjero y esta era una exigencia acorde con lo previsto por el artículo 15 num. 4 del anterior C.P., los argumentos en este sentido manifestados por el demandante, como se verá, resultan equivocados y por ende infructuosa la pretensión de acceder a esta sede.

5. Así, el Código Penal vigente en desarrollo del trámite de este proceso, contemplaba en el Capítulo Unico de su Título II , aquellos preceptos destinados a regular el ámbito

de aplicación extraterritorial de la ley en el espacio, adoptando para el efecto los sistemas real o de defensa, personal y jurisdicción mundial (en términos sustancialmente idénticos a como lo hace la Ley 599 de 2.000). Por el primero de estos sistemas, como bien se sabe, el Estado persigue al infractor independientemente del lugar en donde el hecho fue cometido, siempre y cuando se haya atentado contra bienes o intereses nacionales; a través del segundo la ley patria debe en todos los casos aplicarse a los nacionales y por el último, se salvaguardan bienes e intereses de otros Estados contra atentados de extranjeros.

Específicamente en el numeral 4º del artículo 15 de dicho ordenamiento, como también en los numerales 2 y 3 en los que se recoge el principio o sistema personal o de nacionalidad, se disponía que la ley penal colombiana se aplicará:

“Al nacional que fuera de los casos previstos en los ordinales anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiere sido juzgado en el extranjero.

Si se trata de pena inferior, no se procederá sino por querella de parte o petición del Procurador General de la Nación”.

6. Concretamente, cuando esta norma señala en su parte final que la aplicación de la ley colombiana no procederá por delitos que tengan fijada una pena cuyo mínimo sea inferior a dos años, salvo que medie querella de parte o solicitud de la máxima autoridad del Ministerio Público, está concretando aquellas condiciones que sirven de supuesto objetivo en abstracto para la aplicación de la ley, en el entendido que crea una limitante para la persecución de hechos punibles sucedidos por fuera de nuestro territorio y para la propia promoción de la respectiva acción penal por parte del Estado.

7. Y, si bien hay que reconocer que la intervención de quien tiene legítimo interés

para que se adelanten las pesquisas en estos casos, debe manifestarse formulando la respectiva querella, a menos que se produzca el requerimiento del Procurador General, y que dicha querella configura una típica condición de procedibilidad, en el entendido de que se trata de una causa condicionante del ejercicio o promoción de la acción penal, esto no significa que el legislador haya creado una cláusula general que implícitamente conlleve a la modificación o derogatoria de las normas procesales penales reguladoras de la querella como aquél derecho subjetivo público de carácter personal y condición de “procesabilidad” como la define la ley (artículo 29 del C. de P.P de 1.991 y 31 de la Ley 600 de 2.000), en la medida en que es a las referidas disposiciones a las que corresponde no solamente su específica regulación, definiendo en quien radica la legitimidad para su interposición y término de caducidad, sino además la determinación de aquellos delitos que exigen querella de parte.

Por lo tanto, para efectos de determinar si un delito en concreto exige querella y si su ejercicio es oportuno, esto es, si no ha corrido el término de caducidad, debe verificarse si en la ley procesal o sustantiva, se ha previsto en relación con esa figura típica para el ejercicio de la acción penal este requisito o condición, contándose el lapso para la caducidad desde el momento de la comisión del hecho punible, o si se está frente a casos de tránsito normativo, debiéndose contar el mismo a partir de la vigencia de aquella normatividad que prevé la querella como presupuesto, dentro del período que ella misma señale para su válido ejercicio.

8. Siendo ello así, resulta bastante claro que el hecho punible de abuso de confianza por el que se procedió en este caso, al haberse consumado durante la vigencia del Decreto 0050 de 1.987, independientemente de que haya tenido por lugar de realización el extranjero, lo que sólo imponía la promoción por parte legitimada de la aplicación del derecho colombiano, y en este caso, la propia víctima fue quien instó el patrocinio jurisdiccional por parte de nuestras autoridades, no estando comprendido este delito contra el patrimonio económico por el artículo 25 de dicho ordenamiento dentro de

aquéllos cuya investigación sólo procedía en virtud de querella, como tampoco hacía parte de los casos contemplados en el artículo 4 de la Ley 55 de 1.984, al que la referida norma remitía en forma expresa bajo la misma exigencia, sólo a partir del primero de julio de 1.992, con la entrada a regir del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1.991), en cuyo artículo 33 quedó incluido el punible de abuso de confianza “cuando la cuantía exceda de diez salarios mínimos”, entre aquellos que imperativamente requieren querella para el inicio de la acción penal, siendo consiguientemente con la entrada a regir del precepto que la contempla como condición de procesabilidad, que debe comenzar a contarse el término de caducidad, en el caso sub júdice desde luego, dicho lapso no se habría cumplido, como que la respectiva noticia criminal se presentó en el mes de noviembre de 1.992.

9. Ahora, el segundo de los motivos en que basa el censor la viabilidad de la casación discrecional, que divide en un argumento de nulidad y otro justificador de un pronunciamiento de la jurisprudencia, aun cuando éste último es un aspecto que apenas resulta sucedáneo del primero y que en todo caso carece de fundamentación, tampoco permite reconocer su material justificación en este caso, pues como se verá, estando referido a la falta de congruencia entre el fallo y el pliego acusatorio, parte de una comprensión equivocada de la armonía que desde el punto de vista de la valoración de los hechos correspondía al acusador y al fallador, que desborda por completo el contenido y alcance dado por la doctrina de la Sala a la inconsonancia como hecho atacable en casación.

10. En efecto, durante la vigencia del Decreto 2700 de 1.991, regulador del procedimiento bajo el cual, como ya se advirtió, este asunto fue tramitado, precisó la jurisprudencia que al proferirse la acusación “el instructor debe tener en cuenta el delito que se imputa sin que sea suficiente la simple enunciación del nomen iuris, (nominación genérica contenida en el respectivo capítulo o título del C.P.) sino que además debe contener la precisión de los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, las

circunstancias atenuantes y agravantes modificadoras de la punibilidad y las genéricas cuya naturaleza implique juicios de valor; así mismo las formas de participación y culpabilidad imputadas". De ahí que, "La incongruencia entre una y otra pieza procesal se configura cuando el sentenciador, al proferir el fallo de instancia, desconoce la denominación jurídica que fue atribuida en el pliego de cargos y condena por un delito distinto del contenido en el calificadorio, incluye circunstancias de agravación no deducidas (modificadoras o genéricas valorativas) desconoce atenuantes que allí se reconocieron, varía los hechos que constituyen la imputación mutándolos en su esencia o añadiendo conductas o cambia, para agravar, sus modalidades de participación o las formas de culpabilidad", siendo en todo caso claro que, continúa la Corte, "La calificación que se efectúa en la acusación es provisional y no rígida, lo cual significa que en la sentencia se puede variar el delito, no en cuanto al género delictivo sino respecto de su especie dadas las circunstancias que no se tuvieron en cuenta con antelación o que fueron desvirtuadas con posterioridad y que, muchas veces, llevan a proferir una decisión definitiva distinta a la provisional pronunciada. Por lo tanto, el juzgador puede realizar los ajustes que considere necesarios, siempre y cuando no contrarie el capítulo señalado en la resolución acusatoria, ni el marco fáctico esencial fijado en ella, ni agrave la posición del acusado" (Cas. 10.827, 29 de julio de 1.998 M.P. Dr. Mejía Escobar).

11. Fijado así el alcance que la jurisprudencia le diera a la exigencia de fallo congruente con la acusación, es evidentemente equivocado sostener, como lo hace el libelista, que no obstante existir plena y absoluta identidad entre los hechos que sirvieron de sustento a la imputación jurídica concretada en el pliego acusatorio, que tampoco se afirma no guardar correspondencia y aquellos de conformidad con los cuales se profirieron las sentencias, dicha desarmonía radicaría en la circunstancia de no existir identidad de criterio entre el acusador y los sentenciadores, en cuanto al momento consumativo del delito de abuso de confianza, aspecto que en el caso concreto deviene

intrascendente, desde el punto de vista de la garantía para el ejercicio de la defensa, al no tener ninguna incidencia en los extremos de la acusación, pues ni jurídica ni fácticamente la misma se vio alterada en detrimento del contradictorio.

12. En efecto, en la resolución acusatoria proferida por la Fiscalía 18 Local el 31 de agosto de 1.995, se imputó al procesado el delito de abuso de confianza descrito por el artículo 358 del C. P. vigente, agravado de acuerdo con el artículo 372.1 ibídem, determinándose la adecuación típica de dicho punible en cuanto la apropiación de la suma de dinero que el quejoso le entregara a título precario con miras a ser invertido en un Banco de la ciudad de Panamá, en el hecho de haber dispuesto JARMA BARROS “del depósito constituyendo él mismo como garantía de un préstamo y procediendo a cancelar el mismo con los intereses que generaba este, realizó actos que correspondían al dueño, dispuso de los dineros estableciendo sobre ellos relaciones equivalentes o análogas a las de propietario”, disposición que luego circunscribe a la propia obtención de préstamos y la garantía con el depósito, pero que más adelante reitera, en el sentido de haberse consumado el injusto, cuando solicitó “los préstamos respectivos con el dinero del depósito y luego la cancelación de éstos con dicha suma”, lo que se habría producido entre los meses de agosto de 1.986 o mayo de 1.987.

13. Definiendo el aspecto relativo al momento en que se reputa consumado el delito patrimonial en este asunto, el Juez 69 Penal Municipal precisó en la sentencia que el procesado habría aplicado los dineros propiedad del quejoso que le fueran entregados desde 1.987 “a su préstamo personal No. 72573, es por lo que considera, el despacho, que con ese comportamiento procedió a apropiarse en su provecho de los dineros del depósito que pertenecía al patrimonio” del denunciante.

A su vez, el Juzgado 24 Penal del Circuito al responder al alegato presentado por la defensa, en donde ya se afirmaba inconsonancia entre la acusación y la sentencia de primer grado, recuerda cómo al elevarse solicitud de prescripción de la acción penal, por

auto fechado el 17 de abril de 1.998, ya se habría dejado muy en claro que fueron actos inequívocos de apropiación y consumación, el momento en que JARMA BARROS dejó de pagar al Banco Nacional de Panamá el segundo de los préstamos a él otorgado, cubriéndose el mismo con los dineros del depósito que eran recursos ajenos y que comprometiera en su cancelación al haberlo dejado como garantía del mismo.

De donde, “Entonces – se lee en la sentencia de segundo grado -, la aducida incongruencia o in consonancia entre la acusación y el fallo carece de fundamento y mucho menos que trascienda a irregularidad sustancial que menoscabe el debido proceso y/o el derecho a la defensa, que imponga su invalidación. Pues, con tal criterio de la defensa, se arrimaría al vicioso extremo de negarle al fallador toda flexibilidad frente al pliego acusatorio, sujetándolo rigurosamente a este, a manera de camisa de fuerza, lo cual resulta abiertamente opuesto al espíritu de la citada normatividad que la consagra y gobierna”.

En estas condiciones y dado que en este caso los motivos aducidos como justificantes de la casación discrecional sustentada no concurren y que por lo mismo, la demanda presentada no habría cumplido con este primario requisito en orden a declarar su viabilidad, la misma será inadmitida.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JOSE EMIGDIO JARMAS BARROS con la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado 24 Penal del Circuito de esta ciudad el 25 de noviembre de 1.999.

Contra esta decisión no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 197 del C. de P.P.

Cópiese, devuélvase el expediente al juzgado de origen y cúmplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
POVEDA

JORGE ENRIQUE CÓRDOBA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR
PINILLA

NILSON PINILLA

Teresa Ruíz Núñez

Secretaria