

Proceso No 22641

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 77

Bogotá, D. C., veintisiete de julio de dos mil seis.

VISTOS

Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 23 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de la misma ciudad, y en virtud del cual los procesados JORGE IVÁN ORTEGA MONTOYA y Gloria Maria Otero Gutiérrez quedaron condenados a la pena principal de 24 meses de prisión y multa por \$50.000, y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad y un días más y la inhabilitación para el ejercicio de la industria de la construcción por un lapso de 6 meses.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De los hechos se tuvo conocimiento a través de las denunciadas formuladas los días 21 y 22 de marzo de 2001, por Luis Javier Chica Duque y Luis Fernando Gaviria Londoño, respectivamente, contra JORGE IVÁN ORTEGA MONTOYA y Gloria María Otero Gutiérrez, a quienes imputaron maniobras engañosas para inducirlos a firmar sendos contratos de

asociación con la empresa constructora Globo Ltda, representada por el primero de los citados, destinados a la adquisición de vivienda, específicamente, un apartamento, un parqueadero y un cuarto útil, para cada uno de los contratantes, en el edificio que según el documento contractual suscrito el 17 de enero de 1998, se construiría en el lote de terreno ubicado en la calle 10 D No. 30ª -235 de la ciudad de Medellín.

Para tales efectos, Luis Javier Chica Duque entregó al representante legal de la empresa promotora del proyecto la suma de \$45.262.500, mientras que Luis Fernando Gaviria Londoño entregó \$37.000.000, dineros que de acuerdo con la invitación que la firma constructora hizo al público, serían controlados a través de la Fiduciaria Alianza.

No obstante, después del desembolso de los dineros, se supo que ni antes, ni durante, ni después de la adhesión de los citados socios intervino ninguna sociedad fiduciaria destinada a administrar los dineros y por tanto la constitución de un patrimonio autónomo, según se había hecho creer, resultó una falacia.

Además de la intervención de la fiduciaria, se hizo creer a los aportantes que los dineros entregados sólo se utilizarían en la medida en que se hubiesen vendido la totalidad de los cupos para la construcción del edificio de tal forma que se les indicó la posibilidad de desistir del proyecto con la consecuente devolución de sus dineros, lo cual tampoco ocurrió, pues los dineros fueron inmediatamente aplicados a la adquisición del lote de terreno donde se construiría el edificio, momento para el cual no se había logrado el punto de equilibrio necesario, lo cual trajo como consecuencia el incumplimiento posterior de la constructora con la representante legal de los dueños del lote de terreno, quien resultó demandando a la promotora.

Igualmente, en las minutas del contrato se hizo figurar como promotores del “proyecto asociativo” a la sociedad Globo Ltda. y a la señora Beatriz Urquijo como propietaria del

lote de terreno, cuando la misma no ostentaba esa condición por cuanto el terreno pertenecía a sus dos menores hijas, y lo principal, que la misma nunca asumió la calidad de promotora del proyecto de vivienda como se hizo creer.

Lo cierto es que al final de cuentas, Luis Javier Chica Duque y Luis Fernando Gaviria Londoño nunca recibieron las unidades de vivienda pactadas porque el plan nunca se pudo llevar a efecto y tampoco se les devolvió el dinero entregado.

La investigación por tales hechos fue abierta formalmente mediante resolución del 8 de mayo de 2001, en la cual se ordenó la vinculación mediante indagatoria de JORGE IVÁN ORTEGA MONTOYA, a quien se le recibió indagatoria el 5 de junio siguiente.

El 18 de abril de 2002 se cerró la investigación y se calificó el sumario con resolución de acusación contra ORTEGA MONTOYA y Gloria Maria Otero Gutiérrez, por el delito de estafa, en concurso material y homogéneo, conforme al artículo 356 del decreto 100 de 1980, con la circunstancia agravante prevista en el artículo 372 numeral 1° ídem. La acusación quedó ejecutoriada 25 de julio de 2002.

El conocimiento del juicio estuvo a cargo del Juzgado 24 Penal del Circuito de Medellín, despacho que después del trámite pertinente profirió sentencia de primera instancia el 18 de septiembre de 2003, condenando a ORTEGA MONTOYA a las penas arriba especificadas como coautor del delito de estafa agravada por la cuantía, en la modalidad de delito masa o colectivo.

La anterior decisión fue apelada por los defensores de los procesados y confirmada en todas sus partes por el Tribunal de Medellín, mediante fallo del 23 de enero de 2004, que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Un único cargo al amparo de la causal primera de casación propone el defensor del procesado JORGE IVÁN ORTEGA MONTOYA contra el fallo impugnado, por violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso juicio de identidad, “debido a la producción de una tergiversación del contenido de la prueba” relacionada con la conducta de su defendido, que llevó a pregonar la existencia del engaño en las condiciones reales de la oferta en la construcción de viviendas mediante el sistema de proyecto asociativo.

Sostiene que las tres premisas utilizadas por el fallador para fundar la responsabilidad penal no demuestran la ejecución de una conducta dolosa orientada a “despatrimonializar” a los señores José Fernando Gaviria Londoño, Javier Chica y otros, pues la naturaleza propia del negocio jurídico que se llevó a cabo conlleva la asunción de un riesgo, al tiempo que la aceptación del contenido implícito de la convención, la destinación de los abonos y la forma como habría de solucionarse los conflictos, impiden considerar la intención de engañar.

En orden a fundamentar su pretensión, el casacionista toma el desarrollo realizado por el fallo para calificar la conducta de su defendido como estafa, frente a cada una de cuyas premisas presenta el siguiente discurso:

a) Frente al aspecto identificado en la sentencia como “intervención de una entidad fiduciaria”, afirma que el fallador de segunda instancia consideró que la entidad fiduciaria debía estar desde el primer momento del proyecto de vivienda que se construiría mediante contrato asociativo. No obstante, dice, de un lado el Tribunal no menciona la norma en que fundamenta esta exigencia; y de otro, el modelo seleccionado para la construcción permitía que la financiación se hiciera con los aportes de los socios de la copropiedad y en el futuro con entidad bancaria, de ahorro y vivienda

u otro patrimonio destinado al proyecto de construcción de vivienda.

Con base en ello, sostiene que a ORTEGA MONTTOYA no se le puede imputar el delito de estafa porque él hizo los esfuerzos necesarios para conseguir la intervención de personas jurídicas y entidades financieras con capacidad económica para terminar el proyecto, lo cual no fue posible por razones ajenas a él y que la intervención de la fiduciaria era una situación prevista para el futuro, condicionada a la reunión de un porcentaje de socios con los que se pudiera hacer realidad el objeto de la convención, según se deduce de la indagatoria rendida por Gloria María Otero Gutiérrez.

El demandante descarta la creación del fideicomiso al momento de la iniciación del proyecto de vivienda como un ingrediente esencial para que se configure la estafa, pues la constitución del respaldo económico era una situación que podía o no presentarse como se deduce del acta del 4 de mayo de 1998 en sus numerales 2, 3 y 4.

Sostiene que la tergiversación y distorsión de la prueba se evidencia aún más al revisar el testimonio del ingeniero civil Carlos Eduardo Mejía Gutiérrez, quien dijo que “ese fue el pacto que se hizo en el momento, que los dineros se iban a recibir como cuota inicial para cubrir ese 30% y la fiduciaria era para cubrir el restante 70%”, de donde asegura que los intervinientes conocían la necesidad de que a futuro se esquematizara el fideicomiso, no al momento del aporte, “lo que al no encontrar el respaldo de las entidades financieras y bancos dio al traste con la idea de construir”.

b) Frente al aspecto indicado en la sentencia como “gastos de los dineros recibidos”, argumenta que existió una tergiversación de la prueba de la conducta de su defendido, pues todas las contingencias, problemas e inconvenientes suscitados en la realización del proyecto asociativo, se congregan como acciones del procesado en orden a estafar a los denunciantes, cuando lo cierto es que algunos eventos de esa actividad económica

fueron consecuencia de fuerza mayor o imprevistos derivados de la crisis financiera nacional.

Según el demandante, la evidencia procesal demuestra que el gasto del dinero recibido como aporte al proyecto no integra los actos de la presunta estafa, pues la indagatoria de Gloria Maria Otero Gutiérrez en vez de consolidar el presunto delito, lo que demuestra es la existencia de una responsabilidad civil ajena por completo a los cauces penales.

Así, cita las explicaciones ofrecidas por la citada procesada en cuanto a que “con la mayor parte del dinero, se hizo un acuerdo con la dueña del lote donde ella recibía el dinero y unos apartamentos prácticamente se le dio todo el dinero...”, de donde infiere que en vez de demostrar la estafa, la declaración de Otero indica que la conducta de ORTEGA estaba dirigida a cumplir con la expectativa de los denunciantes de obtener la construcción del inmueble contratado.

Aduce que la estafa se hubiera consolidado si con posterioridad a la recaudación de los dineros los promotores “ni siquiera hubiesen procedido a estructurar hacia el futuro la creación verdadera de los apartamentos”, pero ello no fue así, porque “a) el lote existe, b) fue integrado al proyecto, c) los planos se elaboraron, d) se solicitaron algunas licencias, d) se inició la excavación”, todo lo cual implicaba una serie de gastos que en el modelo asociativo de construcción, y con la condición de crear el fideicomiso con un mayor nivel de participación societaria, descartaban el engaño en los socios, quienes efectuaron una proyección en el tiempo de utilidades a pesar del atraso en la financiación de la obra, lo cual los llevó a esperar entre dos a tres años para formular la querrela respectiva.

En respaldo de su afirmación, cita la declaración del ingeniero Carlos Eduardo Mejía Gutiérrez, que en la audiencia pública afirmó que: “el dinero lo recibía directamente

la constructora y con esos dineros se recibía una tercera parte de la obra, porque apenas ya esta el 30% del avance de la obra empiezan a desembolsar los créditos. Ese fue el pacto que se hizo en el momento que los dineros se iban a recibir como cuota inicial eran para cubrir ese 30% y la fiduciaria era para cubrir el 70% prácticamente”.

Sostiene que la distorsión del contenido fáctico de la prueba es de tal magnitud que toda la actuación de ORTEGA MONTOYA es considerada como expresiva de la intención de estafar, cuando aspectos imprevistos y situaciones complejas incidieron para imposibilitar el cumplimiento del objeto de la reunión de socios en un proyecto de construcción de vivienda.

Agrega que “las personas que ingresaron en calidad de socios al proyecto San Lorenzo de la Loma, estaban enteradas que estaban en una expectativa al ingresar la (sic) proyecto, que era algo aleatorio para el evento de que no ocurriera eso que medidas adoptaban para la devolución de los dineros”

Concluye en este aparte de la demanda que el tribunal identifica comportamientos propios del riesgo de la inversión y la forma como se pretendió cumplir el objeto societario, como estructurantes de una presunta estafa, pero que en su manera de entender lo ocurrido con el proyecto fue “un imprevisto de mayúsculas consecuencias económicas que impidió la finalización del proyecto constructor de vivienda”.

c) Frente al tercer aspecto analizado por el tribunal bajo el acápite de “calidad y capacidad de los contratantes”, el censor indica que existe un error de hecho e indebida aplicación de la norma sustancial por las siguientes razones:

La primera, porque el Tribunal señala falta de capacidad del procesado, en tanto que el censor estima que está probado que proyectos anteriores llevados a cabo por ORTEGA MONTOYA fueron exitosos en tanto los asociados obtuvieron la solución de vivienda que pagaron.

La segunda, porque el Tribunal observa que la presencia de la propietaria del inmueble, Beatriz Urquijo, a título de promotora, era una parte más del engaño, en tanto que el censor afirma que la participación de Urquijo era una garantía más para la materialización del contrato asociativo, como quiera que era propietaria del lote a la que se adeudaba todavía una parte del precio que sería, a su vez, pagadero con dos apartamentos que se construirían en el futuro. Por lo tanto, su intervención era legítima y ajena a maniobra engañosa, ya que ingresaba como propietaria del lote, en la misma medida que otros lo hacían trabajando en el proyecto o por adquisición de cuotas mediante aportes.

Sostiene que la problemática desencadenada entre Beatriz Urquijo y la constructora Globo, no puede desnaturalizar la idea fundamental en el sentido de que el proyecto asociativo se llevara a cabo.

Finalmente, concluye el censor que no se estructuraron los requisitos del delito endilgado porque no existe causalidad, ya que el daño sufrido por los querellantes ocurrió por circunstancias diferentes; la tipicidad, no existió porque no hubo engaño ya que los denunciados eran profesionales que tuvieron tiempo para investigar y consultar; respecto al dolo, las ejecuciones del procesado se encaminaron a materializar el proyecto y nunca a engañar a los socios. Por lo tanto, insiste, no se materializa la estafa porque los elementos del tipo se encuentran “radicados en situaciones que son del resorte exclusivo de la dinámica del negocio de la construcción en el sistema de la asociación”.

Por último, el recurrente plantea una casación oficiosa por la vía de la causal tercera para lo cual alega que dentro del proceso se presentó la caducidad de la querrela para el delito de estafa, toda vez que las denuncias se presentaron tres años después de ocurrido el hecho punible que, según él, acaeció en 1997.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En primer término se refiere la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal a la petición de nulidad por caducidad de la querella que se afirma como requisito de procedibilidad para la acción penal en el delito de estafa.

Al respecto señala que frente a esa pretensión era deber del demandante presentar el cargo en debida forma, esto es, invocar la causal, sustentarla y hacer el juicio de trascendencia de la misma, todo lo cual omitió el libelista de marras, ya que se limitó a la escueta petición sin fundamentación alguna.

De todas formas considera que la petición debe ser despachada desfavorablemente, de un lado, porque el delito de estafa cuya cuantía no exceda de 150 salarios mínimos legales vigentes (C. P. art. 246 inc. 3º) es querellable sólo a partir de la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, esto es, la Ley 906 de 2004 que rige para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero del año 2005, conforme a su artículo 533. Y como quiera que las normas procesales son de aplicación inmediata, no cabe extender requisitos de procedibilidad para hechos cometidos con antelación.

Pero si en gracia de discusión se admitiera la aplicación retroactiva del artículo 74 de la Ley 906, toda vez que los ordenamientos procesales penales anteriores no establecían la querella para el delito de estafa, los hechos ilícitos aquí investigados superaron con holgura el límite de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de comisión del delito, atendiendo la cuantía de los dineros objeto de las denuncias formuladas por Chica Duque y Gaviria.

En cuanto al planteamiento del único cargo al amparo de la causal primera de casación, parte segunda, por violación indirecta, la Procuradora encuentra que aunque el libelista parece tener claro el problema teórico de definición del error de hecho por falso juicio de identidad, al momento de plasmar su argumentación omite el análisis necesario y evita la confrontación requerida para la demostración del cargo, quedándose en

afirmaciones genéricas sobre la inocencia de su defendido, por lo que considera que su petición no está llamada a prosperar.

Así, frente a la inconformidad del censor porque el tribunal consideró que la entidad fiduciaria debía estar desde el inicio del proyecto de construcción, echando de menos la mención de la norma que así obligaba al procesado, destaca que el demandante no identifica debidamente cuál es la prueba sobre la que recae el yerro por falso juicio de identidad, ya por distorsión, cercenamiento o adición con lo cual deja que sea la Corte la que concluya al respecto, labor que está vedada al máximo tribunal en virtud del principio de limitación que opera en casación.

Y aunque para eliminar el fundamento de que el fideicomiso debía estar constituido al momento de la iniciación del proyecto de vivienda como un ingrediente esencial para que se configurara la estafa, el demandante citó el testimonio del ingeniero civil Carlos Eduardo Mejía Gutiérrez, para deducir de allí que los intervinientes conocían la necesidad de que a futuro se esquematizara el fideicomiso, encuentra la Delegada que a partir de esa cita el censor no hace confrontación alguna con lo dicho en la sentencia para demostrar el yerro del tribunal en la valoración objetiva de esa declaración, lo cual no era posible puesto que ese testimonio no fue citado por el tribunal como argumento de la sentencia.

Recuerda que el engaño de que fueron víctimas los denunciante por parte de ORTEGA MONTOYA, se dedujo de los anexos entregados por el denunciante Chica, tales como la oferta o propuesta de negocio firmada por los contratantes, y la descripción del proyecto asociativo en patrimonio autónomo y otras actas de reuniones entre los interesados, documentos en los cuales el procesado, en su calidad de promotor, se compromete a constituir el patrimonio autónomo con la Fiduciaria Alianza, por lo que no es una norma de carácter legal la que invoca el tribunal, sino un pacto de orden contractual entre los obligados, según la cual los dineros serían manejados a través de una fiducia a cargo

de una entidad vigilada por la superintendencia bancaria, tal como se lee en los documentos citados por la sentencia.

Frente al supuesto falso juicio de identidad en relación con las consideraciones alrededor de los gastos de los dineros recibidos, advierte la Procuradora que el censor omite señalar el medio probatorio sobre el cual recayó, lo cual hace que su ataque carezca de posibilidad de éxito.

Para la Delegada, lo que pretende el libelista es reabrir el debate probatorio para dejar sentado que la conducta del procesado no puede juzgarse como estafa porque se enmarcó en los riesgos propios de la actividad económica sujeta a fuerza mayor o imprevistos como la crisis financiera, pero sin llegar a señalar en la apreciación de esa prueba un error por parte del juzgador.

La cita que trae el censor sobre lo dicho por Gloria Maria Otero Gutiérrez, para inferir de la misma que la conducta de ORTEGA estaba dirigida a cumplir con la expectativa de los denunciantes de obtener la construcción del inmueble contratado, también fue realizada por el tribunal, sin que la Delegada observe distorsión o mutilación alguna en la contemplación objetiva que de ella hizo el tribunal.

Lo que observa es que a partir de la injurada de Otero Gutiérrez, el sentenciador dedujo que los gastos realizados se hicieron de manera indebida, en tanto ORTEGA debía esperar a la consolidación de la venta de los cupos del proyecto, lo cual no se había logrado, y el lote ya debía hacer parte como cuota de los promotores y no podía el dinero de los denunciantes destinarse al pago de su precio, argumentación frente a la cual el demandante no demuestra un falso raciocinio del fallador, si lo que pretendía era atacar esa inferencia.

La misma crítica trae la Delegada frente a la cita que hace el censor del testimonio del ingeniero Carlos Eduardo Mejía Gutiérrez, rendido en la audiencia pública, sobre la forma

como se recibían los dineros destinados al proyecto y de qué manera se invertirían, pues tal declaración no fue contemplada en la sentencia atacada y, entonces, mal podría ser objeto de un falso juicio de identidad que requiere, para que se estructure, que el fallador haya incluido la prueba como objeto de valoración y que haya distorsionado, de algún modo, su contenido.

Frente al tercer punto que es analizado por el tribunal bajo el acápite de “calidad y capacidad de los contratantes”, a cuyo análisis se opone el censor aduciendo que existe un error de hecho e indebida aplicación de la norma sustancial, la Delegada no encuentra concretado el yerro de hecho que se dice fue cometido en la sentencia, pues el libelista se limita a tratar de convencer sobre la ausencia de engaño en la transacción realizada por el sindicato y los denunciantes, olvidando que en sede de casación sólo puede dirigir un ataque por una equivocación clara y demostrable en la sentencia, que, además, haya trascendido a la parte resolutive.

Concluye señalando que el cargo formulado no está llamado a prosperar, motivo por el cual solicita que no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sobre la petición de nulidad por caducidad de la querella

Asiste razón a la Procuradora Delegada cuando critica que en este punto el demandante se haya limitado a hacer una escueta petición ayuna de argumentación en todo sentido, cuando era su deber fundamentar en debida forma un cargo en casación a través del cual le demostrara a la Corte no sólo la ocurrencia del yerro argüido, sino además su trascendencia, pues no obstante las facultades oficiosas que le confiere a la Corte el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 para declarar nulidades de oficio, cuando así lo encuentre probado, o para casar la sentencia recurrida ante la ostensible violación de garantías fundamentales a los sujetos procesales, la naturaleza rogada de la casación

exige del demandante el estricto cumplimiento de una serie de requisitos lógico-jurídicos, ya que se trata de un recurso reglado en el que la libertad argumentativa, propia de las instancias, no tiene cabida, sino que siempre debe respetar el mínimo de la formalidad impuesta en la propia ley para acceder a la sede extraordinaria, en la medida en que se trata de desvirtuar la legalidad de un fallo con el que se puso fin a las instancias ordinarias.

No obstante, la petición de nulidad por caducidad de la querella debe ser despachada desfavorablemente por las razones que con acierto cita la Procuradora en su concepto.

En primer lugar, porque a la luz del Código de Procedimiento Penal que rige este caso (Ley 600 de 2000), el delito de estafa sólo es querellable cuando la cuantía no exceda de 10 salarios mínimos legales mensuales (artículo 35), cuantía que se elevó a 150 salarios mínimos en la Ley 906 de 2004 que sólo rige para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2005 en ciertos territorios del país, con las salvedades pertinentes sobre las normas con contenido sustancial favorable.

En este caso, la cuantía del dinero objeto material del delito de estafa de que fueron víctimas los denunciados Luis Javier Chica Duque y Luz Ángela Uribe Vélez asciende a las sumas de \$45.622.500 y \$37.000.000, respectivamente, lo cual significa que en cada caso la cuantía de lo obtenido ascendió a 223.8 y 181.5 salarios mínimos mensuales, considerando que para la época de los hechos el salario mínimo vigente estaba fijado por el Decreto 3106 de 1997 en \$203.826, como lo recuerda la Delegada.

Por lo tanto, ni a la luz del Código de Procedimiento Penal que rige el caso, ni a la luz del nuevo sistema procesal penal, más favorable en ese sentido, procede el estudio de los eventuales efectos de un requisito de procedibilidad que nunca operó para el caso.

Por tanto, la inusitada petición no tiene vocación de prosperidad.

2. Sobre el único cargo por violación indirecta

Como quedó reseñado en el resumen de la demanda, en un solo cargo el defensor de JORGE IVÁN ORTEGA MONTOYA acusa la sentencia del Tribunal de haber incurrido en falsos juicios de identidad en la valoración probatoria de la conducta desarrollada por su representado y de su responsabilidad en el delito de estafa.

No obstante, contrastados los argumentos del censor con los contenidos en el fallo demandado, de entrada advierte la Sala, que los reparos elevados carecen del fundamento necesario para su viabilidad, pues lo que pretendió enrostrar como errores de hecho en la apreciación de las pruebas, termina por convertirse en simples desacuerdos con la manera como el sentenciador valoró las pruebas que lo llevaron a la condena del citado ORTEGA MONTOYA.

Como lo recuerda la Procuradora en su concepto, el error de hecho por falso juicio de identidad sólo es viable invocarlo cuando quiera que el juzgador, al apreciar una prueba distorsiona su contenido objetivo o lo cercena, poniéndola a decir lo que ella materialmente no dice. La demostración de un yerro de esta naturaleza, implica que el demandante debe acreditar no solamente la incongruencia de la prueba entre lo apreciado por los falladores y lo que ella materialmente revela, sino la incidencia de ese desacierto en la decisión objetada y obviamente su desacuerdo con la ley.

Pero no constituye distorsión de un medio de prueba la discrepancia que el demandante tenga con respecto al mérito probatorio otorgado por el fallador a un determinado elemento de convicción, pues de acuerdo con el sistema de evaluación probatoria que rige en el país, el juzgador es libre de apreciar las pruebas dentro de los parámetros de la sana crítica.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, razón le asiste a la Procuradora Delegada al señalar que los errores de hecho por falso juicio de identidad que plantea el actor frente a los tres elementos analizados por el fallador para calificar la conducta del procesado como estafa, carecen de un fundamento acorde a la naturaleza del yerro argüido, pues en modo alguno acreditó que el Tribunal distorsionó o tergiversó el contenido objetivo de las probanzas en que basó sus inferencias, y menos que a estas les haya dado un sentido o alcance que no tienen.

Es así como en la primera parte de su cuestionamiento a la sentencia, el demandante critica que el tribunal haya considerado que la entidad fiduciaria debió intervenir desde el inicio del proyecto de construcción y echa de menos la mención de la norma que así obligaba al procesado, cuando según la prueba la intervención de la misma estaba prevista hacia futuro, esto es, cuando ya se iniciara la construcción.

Pero como lo destaca la Procuradora, este cuestionamiento se queda en el mero enunciado porque el demandante no especificó la prueba o pruebas sobre las cuales recayó el falso juicio de identidad, pues aunque cita el testimonio del ingeniero civil Carlos Eduardo Mejía Gutiérrez, en cuanto dijo que “ese fue el pacto que se hizo en el momento, que los dineros se iban a recibir como cuota inicial para cubrir ese 30% y la fiduciaria era para cubrir el restante 70%”, a partir de allí no menciona la forma en que el mismo pudo ser distorsionado, cercenado o adicionado, limitándose a señalar que de esa afirmación se infería que los intervinientes conocían que a futuro se esquematizaría el fideicomiso, no al momento del aporte, pero no dice si ese testimonio fue valorado por el fallador y menos la forma en que asumió esa valoración.

En este punto, es pertinente recordar para mejor ilustración, que con base en la prueba obrante el tribunal coligió la existencia de tres aspectos esenciales que llevaron a los denunciantes a aceptar el contrato de asociación destinado a la adquisición de vivienda propuesto por ORTEGA, elementos sobre los cuales giraron precisamente las maniobras

engañosas estructurantes del delito de estafa, concretados así:

- a. Falsa intervención de una entidad fiduciaria para el control y manejo de los dineros entregados por los aportantes;
- b. Indebida utilización de los dineros entregados por los aportantes antes de que se hubiera llegado al punto de equilibrio necesario en la venta de los cupos exigidos para iniciar el gasto.
- c. Falsa intervención de un “promotor” propietario del lote de terreno donde se habrían de construir las unidades de vivienda ofrecidas.

Como lo ilustra la Procuradora, el engaño sobre el primer aspecto lo dedujo el tribunal de los documentos anexos entregados por el denunciante Chica, tales como la oferta o propuesta de negocio firmada por los promotores y aceptantes del plan de asociación, incluido ORTEGA MONTOYA, y la descripción del proyecto asociativo en patrimonio autónomo y otras actas de reuniones entre los interesados, documentos en los cuales el procesado, en su calidad de promotor, se compromete a constituir el patrimonio autónomo con la Fiduciaria Alianza, como signo de seriedad y en especial de garantía del negocio, porque de acuerdo con los contenidos de algunos de tales documentos, los recursos entregados iban a ser administrados correctamente por esa entidad, lo cual resultó ser una falacia, porque, “...ni antes, ni durante, ni después, intervino ninguna sociedad fiduciaria”, como se concluyó en el fallo demandado.

Por lo tanto, la real intervención de una entidad fiduciaria como uno de los condicionamientos del negocio, no es una conclusión que debía depender de una norma legal que así lo dispusiera, como lo pretende el demandante, sino que ello hizo parte del pacto de orden contractual suscrito entre los promotores y aceptantes del plan de

asociación, pacto según el cual los dineros serían manejados a través de una fiducia a cargo de una entidad vigilada por la superintendencia bancaria, como igualmente se reseña por la Procuradora después de observar algunos de los documentos citados en la sentencia.

Ahora, el defensor pretende excusar el comportamiento del procesado alegando que el mismo hizo las gestiones necesarias para obtener la financiación económica para el proyecto, y que si no lo pudo conseguir fue por razones ajenas a su voluntad, argumentación en la cual deja de lado que lo que se reprocha a ORTEGA MONTOYA es que haya engañado a los denunciantes sobre el manejo de los dineros entregados, porque estos nunca se depositaron a cargo de una entidad fiduciaria hasta la efectiva iniciación de la obra, como se había pactado, y que, en lugar de eso, ORTEGA MONTOYA los haya invertido en la compra del lote y el pago de otros menesteres antes de la adjudicación total de los 20 cupos de que constaba el proyecto.

Precisamente, frente a los gastos de los dineros recibidos, el demandante advierte la concurrencia de otro error de hecho por falso juicio de identidad, pero aquí tampoco especifica el medio probatorio sobre el cual recayó, pues aunque alude a la indagatoria de Gloria María Otero Gutiérrez, de la cual critica que el fallador haya consolidado una presunta estafa a pesar de que de ella se deducía una responsabilidad civil ajena por completo a los cauces penales, omite señalar cuál fue el análisis que de esta versión hizo el juzgador y de qué manera se consolidó la distorsión, tergiversación o cercenamiento material de la prueba.

En realidad, como lo advierte la Delegada en su concepto, lo que pretende el libelista en este aspecto de su censura es reabrir el debate probatorio para dejar sentado que la conducta del procesado no puede juzgarse como estafa porque se enmarcó en los riesgos propios de la actividad económica sujeta a fuerza mayor o imprevistos como la crisis financiera.

Véase cómo el defensor se limita a citar lo dicho por Otero Gutiérrez, en cuanto explicó que “con la mayor parte del dinero, se hizo un acuerdo con la dueña del lote donde ella recibía el dinero y unos apartamentos prácticamente se le dio todo el dinero...”, para deducir de allí que en vez de demostrar la estafa, el dicho de esta procesada indica que la conducta de ORTEGA MONTOYA estaba dirigida a cumplir con la expectativa de los denunciantes de obtener la construcción del inmueble contratado.

Sin embargo, al revisar el fallo demandado se observa que el tribunal también trajo la cita textual de la indagatoria de Otero, a partir de la cual dedujo que los gastos realizados con el dinero entregado por los denunciantes se hizo de manera indebida, primero por el tiempo en que se realizaron y, segundo, por la destinación que se dio al mismo, pues de acuerdo con las cláusulas de la oferta, los promotores del plan de vivienda, entre ellos ORTEGA MONTOYA, debían esperar el punto de equilibrio que se consolidaba con la venta mayoritaria de los cupos del proyecto, lo cual no se había logrado, y además el dinero no podía destinarse al pago del lote, pues se suponía que éste pertenecía a uno de los promotores, sin que en este aspecto, como también lo concluye la Procuradora Tercera Delegada, se observe distorsión o mutilación alguna en la contemplación objetiva de la versión ofrecida por la procesada Gloria María Otero Gutiérrez.

Si lo que quería atacar el demandante, era la inferencia del tribunal a partir del dicho de Otero para llegar a la conclusión de que los gastos realizados no correspondieron a lo pactado y previsto con antelación y que en ello radicó el engaño para configurar el delito de estafa, ha debido entonces acudir a la vía del falso raciocinio para demostrar que en esa inferencia el fallador vulneró las reglas de la lógica, la experiencia o la ciencia, lo cual de ninguna manera se asume por el censor.

El demandante sostiene que como el dinero pagado por los denunciantes a ORTEGA se

destinó a pagar el predio donde se ubicaría el inmueble, los planos y licencias respectivas y, adicionalmente, la iniciación de la excavación, ello desvirtúa la estafa, dado que el modelo asociativo de construcción adoptado tanto por el procesado como por sus denunciante suponía asumir un riesgo financiero que todos aceptaron, argumentación en cuyo respaldo cita nuevamente la declaración rendida en la audiencia pública por el ingeniero Carlos Eduardo Mejía Gutiérrez, sobre la forma como se recibían los dineros destinados al proyecto y de qué manera se invertirían.

Pero aquí lo único que hace es insistir en su oposición a la valoración probatoria asumida por el fallador, que de acuerdo con lo dicho, encontró probado con los documentos incorporados al instructivo, que los promotores del contrato de asociación destinado a la adquisición de vivienda hicieron creer a los aceptantes que los dineros entregados para ese fin serían manejados bajo el estricto control de una entidad fiduciaria, y que no serían gastados hasta que estuvieran vendidos la totalidad de los cupos, de tal forma que en caso de que ello no se lograra los aceptantes podían desistir del proyecto y obtener la devolución de su dinero, según lo dedujo con absoluta lógica el tribunal de la siguiente cláusula contenida en la minuta de formalización del negocio en cuestión:

“Es condición necesaria para el visto bueno definitivo de los diseños e inicio de las obras el que se hayan adjudicado la totalidad de los cupos, para lo cual los promotores tendrán plazo hasta el 1 de abril de 1998; si en esa no han adjudicado todos los cupos, se convocará a los que hayan adquirido cupo para votar si se amplía el plazo o se desiste del proyecto”

Ante la contundencia de esa prueba, el tribunal no le dio importancia alguna al testimonio del ingeniero Carlos Eduardo Mejía Gutiérrez, el que como lo recaba la Procuradora Delegada ni siquiera fue citado en el fallo demandado, por lo que el mismo no podía ser objeto de un falso juicio de identidad, pues para ello se requería que el

fallador lo hubiera valorado y que hubiera distorsionado, de algún modo, su contenido.

Finamente, frente a las reflexiones que trae el tribunal en el acápite bajo el cual analizó la calidad y capacidad de los contratantes, el censor indica que existe un error de hecho e indebida aplicación de la norma sustancial porque el fallador, de un lado, señaló una falta de capacidad del procesado, en tanto que el censor estima que está probado que proyectos anteriores llevados a cabo por ORTEGA MONTOYA fueron exitosos porque los asociados obtuvieron la solución de vivienda que pagaron; y de otro, porque se dedujo que la presencia de la supuesta propietaria del inmueble, Beatriz Urquijo, a título de promotora era una parte del engaño, conclusión a la que se opone el censor aduciendo que la participación de Urquijo era una garantía más para la materialización del contrato asociativo, como quiera que era propietaria del lote a la que se adeudaba todavía una parte del precio que sería, a su vez, pagadero con dos apartamentos que se construirían en el futuro.

Aquí, como lo advierte la Delegada, el demandante no concreta el supuesto yerro de hecho cometido en la sentencia, si por falso juicio de existencia, por falso juicio de identidad o falso raciocinio. Nuevamente se limita a tratar de convencer sobre la ausencia de engaño en la oferta realizada por el procesado, con una clara pretensión de confrontar su opinión personal con la del fallador, propósito que es inadmisibile en casación porque la Corte no interviene como tercera instancia sino como garante de la constitucionalidad y legalidad, cuyo quebranto en el fallo atacado, en perjuicio de la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a los sujetos que intervienen en la actuación penal, debe demostrar en forma clara y precisa el demandante.

Fácil se colige que de espaldas al auténtico contenido de la sentencia, el demandante asume su propia posición frente a una circunstancia que el fallador calificó como parte del ardid llevado a cabo por los procesados con el propósito de obtener un provecho ilícito, a saber, la presentación de la señora Beatriz Urquijo como dueña del lote de

terreno donde se habría de construir el edificio objeto del proyecto asociativo y promotora del mismo, cuando de acuerdo con varios de los documentos allegados al expediente, la citada sólo era la representante legal de los dos menores a nombre de quienes figuraba la propiedad del predio y que además nunca adquirió la calidad de promotora del proyecto de vivienda, hechos frente a los cuales reflexionó así el fallador de segunda instancia:

“Desde la perspectiva de los futuros adquirientes la participación del dueño del terreno constituía un argumento de seriedad del proyecto, pues nadie intervendría en semejante inversión, sino es con la certeza de que el constructor es el dueño del inmueble. Pero lo que se descubrió es una estratagema distante totalmente con lo pactado, pues sus dineros, se repiten que debían ir a la fiduciaria, donde se iba a sujetar a la venta de la totalidad de proporciones de la obra, fueron utilizados ‘en su mayor proporción’ en la adquisición de la propiedad por parte de la sociedad GLOBO LTDA. Se engañó al colocar un promotor inexistente, y por esta vía sus dineros fueron destinados a una transacción no autorizada.”

Razonamiento frente al cual el censor no intentó una controversia seria sobre la violación de las reglas de la experiencia o de la lógica asumidas por el fallador, sentido en el cual tendría que llegar a mostrar lo absurdo de las reflexiones judiciales, porque no basta el mero desacuerdo subjetivo, pues lo que se busca en sede de casación es proteger la legalidad sustancial y formal de las sentencias, y no de propiciar una cadena interminable de valoraciones.

En consecuencia, no prospera la censura.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN
DE BARÓN

MARINA PULIDO

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

IMPEDIDO

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria