

Proceso No 24202

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado Acta No. 069

Bogotá D. C., nueve (09) de mayo de dos mil siete (2007).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala de fondo sobre la posibilidad de casar oficiosamente la sentencia del 25 de abril de 2.005, proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, que confirmó el fallo condenatorio del 10 de agosto del 2004, por medio del cual el Juzgado 3º Penal del Circuito de Villavicencio declaró responsable al ciudadano ALFONSO ORJUELA RAMÍREZ como autor del delito de estafa agravada y lo sometió a la penas de 7.6 años de prisión, multa de \$ 750.000 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo de tiempo de la pena privativa de la libertad, a la vez que le impuso la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

En el año de 1.996, el procesado, como representante legal de la sociedad comercial SEDA Ltda, ofertó un plan urbanístico en la ciudad de Villavicencio, con el que captó dineros de centenares de personas interesadas en el proyecto de vivienda, por un valor superior a \$ 1.900´000.000.

La mora en el traspaso y entrega de los lotes, hizo que algunos de los adjudicatarios solicitaran la devolución de su dinero. Sin embargo, el procesado evadió esos requerimientos y desapareció del ámbito de sus negocios. Los afectados promovieron denuncias en su contra.

El 2 de mayo del 2003, la Fiscalía 14 Seccional de Villavicencio le profirió resolución de acusación por estafa agravada y captación masiva de dineros.

La decisión fue recurrida por la defensa.

El 13 de julio del 2003, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Villavicencio confirmó la acusación por el delito de estafa agravada y revocó la segunda imputación.

El Juzgado 3º Penal del Circuito de Villavicencio lo condenó como se dijo antes. La defensa interpuso recurso de apelación y el Tribunal de Villavicencio ratificó el fallo.

Oportunamente se interpuso y sustentó recurso de casación.

El asunto fue remitido a la Corte.

## CASACIÓN OFICIOSA

Mediante auto del 30 de marzo del 2006, la Corte inadmitió la demanda porque no se ajustaba a las exigencias lógicas y argumentativas exigidas por la ley. No obstante, observó una probable vulneración a la garantía fundamental de la favorabilidad en la determinación judicial de la pena. Por ello dio traslado al Ministerio Público para que conceptuara sobre el punto en cuestión.

## EL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Procurador Primero Delegado para la Casación Penal solicita a la Corte casar el

fallo de segundo grado a partir de los siguientes razonamientos.

Siguiendo la pauta de la Sala en varias decisiones, deduce que el juicio de favorabilidad sobre los sistemas de individualización de la pena no surge a priori del examen sobre las normas, sino que reclama un ejercicio de dosificación luego del cual se estima cuál es más benevolente al condenado.

Bajo el anterior predicado, dosificó hipotéticamente la pena imponible al procesado, siguiendo los parámetros del sistema de cuartos y comparando el resultado con la pena fijada por el juzgador.

El ejercicio le indicó que como la fiscalía no imputó ninguna causal de agravación de las previstas en el artículo 58 de la ley 599 del 2000, el operador jurídico debió individualizar la pena dentro del cuarto mínimo, lo cual significa que no podía ser mayor a 60 meses de prisión -5 años-.

Sobre la pena principal de multa, consideró que deben ser aplicadas las disposiciones del decreto 100 de 1980, pues bajo las normas de la ley 599 de 2000 alcanzaría los sesenta millones trescientos noventa y seis mil dieciocho pesos con setenta y cinco centavos - \$60'396.018. 75-, cantidad que resulta superior a la impuesta en aplicación de las normas sustantivas anteriores.

Solicita se case la sentencia en punto de la pena privativa de la libertad y en lo demás permanezca incólume el fallo de segundo grado.

## CONSIDERACIONES

La Sala casará parcialmente y de oficio la sentencia, por las siguientes razones.

1. La Corte advirtió al momento de calificar la demanda de casación, que si bien el libelo no

se ajustaba a las exigencias lógico argumentativas para su admisión, existía un error judicial en la determinación judicial de la pena, yerro que debía ser enmendado de oficio para preservar las garantías fundamentales, concretamente el postulado de la favorabilidad.

2. El estudio del asunto indica que se deben contrastar los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad fijados en el capítulo segundo de la ley 599 de 2.000 y los aplicados a la sanción impuesta, los que corresponden a las reglas sobre el particular del artículo 61 del decreto ley 100 de 1.980, en virtud de que la conducta delictiva ocurrió en vigencia del Código Penal anterior.

3. La sanción impuesta se determinó con los criterios fijados en el estatuto derogado. El artículo 61 decía:

Criterios para fijar la pena. Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

Desde el otro extremo, la ley 599 de 2000 pauta la determinación de la pena de la siguiente manera:

Artículo 60.- Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas...

Artículo 61.- Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

(...)

4. Examinada la condena a través de las normas referidas se nota que se vulneró la garantía fundamental de la benignidad en la determinación judicial de las penas de prisión y de multa, conclusión que deviene del ejercicio de dosificación punitiva con el sistema de cuartos vigente, aplicado a la pena imponible para el delito de estafa agravada en el Código Penal de 1.980.

Obsérvese.

El artículo 356 dice:

Estafa. El que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno a diez años y multa de un mil a quinientos mil pesos.

El artículo 372, explica:

Circunstancias genéricas de agravación. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando el hecho se cometa:

1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

(...)

Conforme a las normas transcritas, el ámbito de movilidad del juez para imponer la pena de prisión era de 1.4 y 15 años de prisión.

La multa oscilaría entre \$ 1.333 y \$ 750.000.

Teniendo en cuenta el extremo mínimo de la sanción privativa de la libertad<sup>1</sup>, la norma aplicable es la del Código Penal anterior, porque la misma infracción en la ley 599 de 2000, es más gravosa desde esta misma consideración:

Fíjese la atención.

Artículo. 246. Estafa. El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

Artículo. 267. Circunstancias de agravación. Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:

1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que siendo inferior, haya ocasionado grave daño a la víctima, atendida su situación económica.

(...)

Por tanto, el juicio de favorabilidad reside en el sistema cuantitativo de individualización de la pena de prisión y no en la calidad de la pena misma, respecto de la cual no se desprenden discusiones de benevolencia punitiva.

5. El sistema de individualización de la pena anterior confería al sentenciador un amplio margen de movilidad para la tasación de la sanción, pues sobre unos topes mínimos y máximos se fijaba la sanción teniendo en cuenta la gravedad del hecho, la modalidad de la conducta y la personalidad del agente.

De conformidad con los artículos 61 y 67 ejusdem, la limitación de ese radio de acción se circunscribía a que solo se podía imponer el máximo cuando concurrieran exclusivamente circunstancias genéricas de agravación, y el mínimo si existían solamente circunstancias de atenuación.

Como los juzgadores estimaron que contra el procesado no confluían circunstancias de agravación punitiva, se dosificó la pena privativa de la libertad conforme a los parámetros del artículo 61 ibídem, fijándola en siete años y seis meses de prisión.

El ejercicio aritmético de aplicar el sistema de cuartos de la ley 600 de 2000 al ámbito de punibilidad de la sanción privativa de la libertad imponible al procesado, por el delito de estafa agravada en el código anterior, indica que el juzgador no podía exceder el cuarto mínimo, porque no concurren agravantes genéricos, y los específicos ya fueron valorados previamente en la estimación de los extremos mínimos y máximos.

La no presencia de agravantes en el nuevo sistema de cuartos es una limitante para el juez sentenciador porque únicamente se puede mover dentro del primer cuarto. Entretanto, en el Código de 1980, la no existencia de agravantes limitaba sólo cuando concurrían elementos de atenuación. Aquí reside el argumento de favorabilidad en la nueva normativa.

6. Al aplicar el sistema de cuartos a la sanción privativa de la libertad para el delito de estafa agravada del estatuto pretérito, el primer cuarto se movería en la franja de dieciséis a ciento ochenta meses de prisión, luego de aplicar la tercera parte sobre el mínimo y la mitad sobre el máximo del tipo básico, de conformidad con sus artículos 356 y 372.

La situación es esta:

Primer cuarto

Segundo cuarto

Tercer cuarto

Cuarto cuarto

Desde 16 meses hasta 57 meses

Desde 57.1

hasta 98.1

Desde 98.1 hasta 139 meses

Desde 139.1 hasta 180 meses

El parámetro indica que la pena de prisión imponible al procesado no puede ser inferior a

dieciséis meses ni superior a cincuenta y siete meses.

El artículo 61.3 de la ley 599 de 2000 dispone que establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Tanto en la acusación como en las sentencias de primer y segundo grados se ponderó contra el procesado la pluralidad de personas que resultaron afectadas con el falso proyecto de vivienda, circunstancia de la que se infiere la gravedad del daño real causado, razón por la cual la pena deberá llegar al máximo del primer cuarto, no sólo por el perjuicio al patrimonio económico, sino porque si la vivienda, dentro del ordenamiento jurídico interno, es un derecho social y económico, consagrado en la Carta Política de 1.991, que reclama protección especial, la estafa que genera expectativas sobre este derecho, ofrece un reproche social que se debe reflejar en la sanción.

Las razones expuestas indican que la pena de prisión impuesta de 90 meses, excede el cuarto mínimo. Por tanto, la Sala resarcirá la garantía vulnerada y fijará la pena privativa de la libertad en 57 meses de prisión, reajustando en la misma cantidad la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

La multa

Se observa que de igual modo es más favorable al procesado la pena fijada en el código penal de 1980, la que se estimaba en pesos colombianos; en sentido diferente, hoy se cuantifica en salarios mensuales vigentes, lo que incorpora una categoría de indexación y actualidad que afecta ostensiblemente la multa.

Sin embargo, con el mismo criterio desarrollado anteriormente, al referente punitivo se le aplicará el sistema de cuartos, luego de lo cual se optará por el extremo máximo del cuarto mínimo.

El ejercicio indica que el ámbito de punibilidad para la pena de multa oscila entre \$ 1.333 y \$ 750.000. El marco de movilidad se obtiene de restar el mínimo al máximo y dividirlo por cuatro, lo que es igual a \$ 187.167.

Conforme al resultado, el cuarto mínimo para esta pena en el estatuto derogado se estima en una franja de \$ 1.333 a \$ 188.499.

Atendiendo a las mismas consideraciones de gradualidad de la pena de prisión en el extremo máximo del cuarto mínimo, la multa será de \$188.499, lo que demanda un reajuste, por favorabilidad, a la fijada en la sentencia de segundo grado.

El señor Procurador Delegado en lo penal conceptuó que debía casarse la sentencia respecto de la pena de prisión, pero que la multa permaneciera incólume. El ejercicio de aplicar el sistema de cuartos a la pena de multa devela que igualmente se vulneró la garantía de la favorabilidad penal, por lo que en ese sentido la Sala se pronunciará.

En ese contexto se efectuarán los reajustes a las sanciones impuestas por el Ad-quem.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la Ley,

#### RESUELVE

1. CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia producida por el Tribunal Superior de Villavicencio.
2. Fijar como penas, prisión de cincuenta y siete (57) meses, interdicción del ejercicio de

derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y multa de \$ 188. 499.

3. Mantener las demás determinaciones tomadas en el fallo.

Notifíquese y Cúmplase

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aclaración de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque venía salvando mi voto en relación con las decisiones de la Sala mayoritaria que, como sucede en el presente caso, a pesar de inadmitir la demanda de casación, ordena el trámite oficioso del extraordinario recurso, por las razones que con amplitud expliqué, entre muchos otros, en el salvamento parcial de voto al auto del 30 de marzo 2006, aquí obrante, hoy, al reexaminar el asunto bajo la perspectiva del nuevo Código de Procedimiento Penal, advierto que la posibilidad de “superar los defectos de la demanda” para realizar pronunciamiento de fondo por posible vulneración a garantía fundamental,

resulta completamente viable, pues así se prevé en el artículo 184, inciso tercero, de la Ley 906 de 2004, a raíz precisamente de los fines de la casación, cuales son “la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a éstos y la unificación de la jurisprudencia” (artículo 180 ibídem), para lo cual ha de tenerse en cuenta la fundamentación que en la demanda se haga de los mismos, la posición del impugnante dentro del proceso y la índole de la controversia planteada, todo lo cual permite, itero, la posibilidad de superar los defectos de la demanda.

Y aun cuando la aludida ley solamente se aplica a los delitos cometidos a partir de su vigencia (artículo 533), no es menos cierto que al consagrar la misma una mayor posibilidad de acceso a la casación, ha de tenerse en cuenta en virtud al principio constitucional de acceso a la administración de justicia (artículo 229).

Es por lo someramente consignado que replanteo mi posición frente al tema en cuestión, para admitir de ahora en adelante que en aquellos casos regidos por la Ley 600 de 2000, la Corte puede de manera oficiosa corregir el yerro conculcador de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso, pese a la ineptitud de la demanda.

Sin embargo, debo señalar sobre esto último que al advertirse la posible vulneración a garantía fundamental, resulta innecesario el traslado de la actuación a la Procuraduría General de la Nación para la emisión de concepto sobre el particular, ya que esto sólo es procedente cuando la demanda satisface los requisitos formales (artículo 213, Ley 600 de 2000), pues el concepto debe versar sobre los cargos admitidos, motivo por el cual al no haberse aceptado ninguno resulta innecesario el traslado, por lo que lo procedente era pronunciarse inmediatamente sobre el punto en la misma providencia inadmisoria de la demanda, para de esta manera dar aplicación al principio de pronta y cumplida administración de justicia, consagrado en el artículo 4º de la Ley 270 de 1996.

En torno a este tema, cabe agregar que cuando la Corte entra a proferir una sentencia de casación, es porque se ha observado el debido proceso propio del medio de impugnación extraordinario. Así, ha debido interponerse contra el fallo de segunda instancia dentro del término oportuno, el tribunal lo concedió, la demanda fue presentada en el término de traslado para el efecto, se tuvo que haber corrido, así mismo, el traslado para los no recurrentes; de igual modo, llegada la actuación a esta Corporación, se examinó la demanda, se declaró ajustada y ordenó el traslado al Procurador Delegado para que conceptuara sobre el mérito de la misma.

De esa forma, digo, la Corte regularmente asume de plano la competencia que tiene como Tribunal de casación para emitir la sentencia que sea del caso de acuerdo con los términos planteados en la demanda. Por ministerio de la Ley tal competencia se puede extender a aspectos no tratados en la demanda, cuando quiera que encuentre un motivo de nulidad o afectación a las garantías de los sujetos procesales (artículo 216).

No han sido pocos los casos en los que la Corte se ha visto precisada, después de haberse surtido el comentado trámite, a casar de oficio una sentencia de segundo grado al advertir la presencia de cualquiera de esas eventualidades, incluso, sin que el agente del Ministerio Público la hubiera detectado al rendir su concepto.

Entonces, si así ha procedido, es decir, si ha casado de oficio sin contar ni conocer la opinión del Procurador Delegado sobre un aspecto que sólo emergió a ojos de la Corte al momento de dictar la sentencia de casación, no encuentro razón atendible para que al estudiar si la demanda de casación reúne los requisitos de admisibilidad y después de inadmitirla ante la carencia de tales requisitos, se dé lugar a un trámite que la ley no prevé.

En otras palabras, si según el artículo 216 de la Ley 600 de 2000 el presupuesto para casar de oficio es que la Corte perciba que la sentencia se profirió dentro de un juicio

viciado de nulidad o porque la misma atenta de manera ostensible contra las garantías fundamentales, es decir, si ya advirtió la falla al examinar preliminarmente la demanda que se va a inadmitir, pregunto ¿para qué traslado al Ministerio Público?

Creo, al contrario, que frente a esa circunstancia, el sentido del artículo en cita consiste en habilitar la competencia de la Corte para que profiera sentencia de oficio por fuera de los derroteros de la demanda, bien sea coetáneamente con la inadmisión de ésta o después de agotado el debido trámite casacional si es que el libelo llegó a ser admitido.

Por último, debo ser enfático en que el ejercicio de la facultad oficiosa que la ley le otorga a la Corte para casar una sentencia de segunda instancia si percibe alguna de las condiciones señaladas en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, no abre paso a una tercera instancia, ni se asimila a un ámbito de plena jurisdicción, a modo de consulta, como para que pueda estimarse que tiene la gracia de decidir sobre todos los aspectos fácticos o jurídicos tratados en el fallo o examinar el completo andamiaje procesal.

En tal evento, el legislador estatuyó un plus de protección a las garantías fundamentales al asignarle a la Corte la misión de reparar ostensibles agravios a la estructura del proceso o las garantías debidas a los sujetos procesales, por manera que su campo de acción no es ilimitado sino el apenas necesario para introducir el correctivo que sea del caso.

En cuanto sentencia de casación la que así produzca, desde luego, como cualquier otra de la misma naturaleza, también debe propender por el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley le asignan a esa sede extraordinaria: hacer efectivos el derecho material y las garantías de las personas que intervienen en la actuación penal, la unificación de la jurisprudencia nacional y la reparación de los agravios inferidos a las partes con el fallo.

No son más, pero tampoco menos, los límites que tiene la Corte en el ejercicio de la

atribución que tiene de casar de oficio la sentencia. La ineludible e imperativa observancia de ellos garantizará que la casación no pierda su naturaleza de instituto procesal extraordinario, que se desarrolla por fuera de las instancias, técnico y especializado, y que no mute en simple escenario para revivir controversias ya agotadas o para prolongar, en desmedro de la celeridad que debe observar la administración de justicia, la discusión de asuntos resueltos en una sentencia judicial que se presume acertada y emitida con arreglo al ordenamiento jurídico.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Magistrado

Fecha ut supra.

1 Del cual se parte siempre que se debe dosificar la pena.