

Proceso No 26579

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No.014

Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil siete (2007).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Mediante sentencia del 21 de agosto del 2003, el Juzgado 2° Penal del Circuito de Bucaramanga declaró al señor Óscar Hernando Valderrama Guevara autor penalmente responsable del concurso de conductas punibles de estafa. Le impuso 36 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, \$ 20.000 de multa, la obligación de indemnizar los perjuicios causados, y le otorgó la condena de ejecución condicional.

Finalmente, ordenó la cancelación de las escrituras públicas del año 1998, números 787, 807 y 1342, de las Notarías 1ª -las dos primeras- y 3ª de Bucaramanga -la última-, y sus respectivas anotaciones en los certificados de la Oficina de Instrumentos Públicos.

El fallo fue recurrido por la apoderada de la parte civil, que reclamó aumento de la sanción y la revocatoria del subrogado penal; y por el defensor, quien solicitó absolucón por atipicidad del comportamiento.

El Tribunal Superior de Florencia (Caquetá), Corporación a la que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le asignó el asunto mediante Acuerdo 3057 del 2005, ratificó la decisión el 20 de abril del 2006.

El nuevo apoderado acudió a la casación, que fue concedida.

Recibido el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la Sala resuelve de fondo.

HECHOS

1. El 6 de febrero de 1998, los esposos José Manuel Rodríguez y Rosaura Pinto de Rodríguez vendieron a Óscar Hernando Valderrama Guevara, representante de la firma “Arquiproyectos Limitada”, el inmueble de la calle 18 A número 32 B - 30 de Bucaramanga. El valor pactado de \$ 20.000.000 sería pagado por éste con la entrega del apartamento 101 del “Edificio Catalunya” que construiría en el lugar, evento que luego de varios aplazamientos finalmente debería ser concretado el 30 de abril del 2000. Valderrama Guevara no cumplió, hipotecó el bien y luego vendió la casa a un tercero.
2. El 31 de julio del mismo año, Valderrama Guevara, de una parte, y Nila Rosa Ortega Ariza y Nelson Hernando Caicedo Ortega, de la otra, suscribieron un contrato, por medio del cual estos compraban el apartamento 201 del edificio mencionado, en cumplimiento de lo cual dieron a aquél, como cuota inicial, \$ 12.940.000, pero el citado ni construyó ni entregó el inmueble, cuya escritura debía ser otorgada el 30 de abril de 1999. El procesado no tenía autorización para realizar la obra e invirtió el dinero en otro proyecto.

ACTUACIÓN PROCESAL

Adelantada la investigación, el 25 de enero del 2002 la fiscalía acusó al vinculado como

autor del delito de estafa previsto en el artículo 356 del Código Penal de 1980. El 30 siguiente adicionó la decisión para imputarle un concurso de conductas punibles de estafa. Esta determinación fue notificada por anotación en estado del 18 de febrero del mismo año.

Luego fueron proferidas las sentencias ya indicadas.

LA DEMANDA

El defensor formula tres cargos. Así los presenta y desarrolla.

Primero. Causal tercera, nulidad. El 12 de abril del 2000, se abrió investigación previa y a pesar del mandato legal del artículo 85 de la Ley 190 de 1995 y de la orden del fiscal delegado para que el acto fuera comunicado, nada de ello se cumplió respecto del imputado, con violación evidente de sus derechos al debido proceso y a la defensa.

Segundo. Causal tercera, nulidad por faltas al debido proceso, porque la situación jurídica del sindicado no fue resuelta, actuación que resultaba imperativa según los mandatos de los artículos 387 y 388 del Decreto 2700 de 1991, entonces vigente, o de los actuales artículos 354 y 357 de la Ley 600 del 2000.

Tercero. Causal primera, segunda parte, violación indirecta del artículo 356 del Decreto 100 de 1980, como consecuencia de un error de hecho, producto, a su vez, de faltas a la sana crítica.

Luego de transcribir los argumentos probatorios de los fallos de instancia, afirma que de la denuncia de Nelson Hernando Caicedo Ortega se desprende que sabía que el apartamento adquirido estaba condicionado a un plazo, pues se supeditaba a la construcción del edificio, luego no fue engañado pues conocía que éste no existía.

Simplemente se trató de una promesa de compraventa, que las dos partes suscribieron sin que contasen con suficiente solvencia económica y cuyo incumplimiento habilitaba el pago de una sanción.

Sobre el pacto suscrito con los esposos Rodríguez Pinto, afirma que de las pruebas allegadas se deduce que el procesado no ejecutó ardid o engaño, pues según la indagatoria no desvirtuada un familiar de aquellos fue quien le ofreció la casa para que construyera el edificio, y si finalmente no realizó la obra, pero hipotecó y vendió la residencia adquirida, ello solamente significa el ejercicio legítimo de actos de señor y dueño.

Lo acaecido, entonces, queda en el campo civil, porque simplemente se incurrió en incumplimiento de contrato, cuya solución estaba prevista en el mismo.

Teoriza sobre los elementos de la estafa, específicamente sobre el embuste, que debe resultar idóneo para producir error en la víctima, porque la simple mentira no es apta para ello, lo que exige del agente especiales condiciones de versatilidad, simpatía, poder de convicción. Agrega que en los casos investigados “está claro” que los denunciantes se despojaron voluntariamente de sus bienes, sin que su consentimiento estuviera viciado de error y, en todo caso, se desconocen los medios que el procesado pudo haber utilizado para engañar.

Reseña y analiza las pruebas para concluir que no indican el ejercicio de ardid y que sólo dan cuenta de contratos privados incumplidos y de la actuación de buena fe de su defendido.

Con base en esos fundamentos, solicita:

(I) Se decrete la nulidad a partir de la resolución de apertura de la investigación, porque no fue notificada.

(II) Se invalide el trámite desde la acusación, porque no fue resuelta la situación jurídica del indagado.

(III) Se absuelva al procesado por atipicidad de su conducta.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Primero. Recomienda no casar la sentencia en los términos demandados. Sus motivos son:

1. El casacionista no demostró la trascendencia de la ausencia de comunicación del acto de apertura, máxime que las pruebas allegadas fueron suficientemente debatidas en la instrucción y el juicio. Por tanto, sería absurdo anular para darle a conocer lo que ya conoce.

En estricto sentido, el artículo 81 de la Ley 190 de 1995 ordena notificar la apertura de la investigación previa, no la formal.

Iniciada la instrucción, se ordenó citar al imputado para indagarlo. Además, investigadores del CTI lo entrevistaron y enteraron del proceso, y en otra investigación, relacionada con hechos similares, ya había sido vinculado, todo lo cual conduce a probar lo intrascendente de la falta del acto de comunicación, pues por diversas vías Valderrama Guevara supo de la existencia del trámite penal, en cuyo desarrollo contó con todas las facultades para ejercer sus derechos: fue notificado de las decisiones; estuvo asistido por su apoderado de confianza, quien interpuso algunos recursos; y, por estrategia, desistió de ellos.

2. La fiscalía realmente cometió una irregularidad, pues, indagado Valderrama Guevara, no resolvió su situación jurídica, no obstante que el artículo 438 del Decreto 2700 de 1991 prohibía cerrar la investigación si previamente no se había agotado esa fase. Pero como tal exigencia no fue recogida por la Ley 600 del 2000, en

cuya vigencia se ordenó la clausura, el yerro fue convalidado.

Además, formalmente el indagado fue dejado en libertad y suscribió diligencia en la que se comprometía a cumplir algunas exigencias, actuación que equivaldría a la medida de aseguramiento de caución, que sería la de recibo por la época y porque con posterioridad se profirió acusación, de donde se infiere que había requisitos para decretarla.

La nulidad reclamada comportaría hacer más gravosa la situación del sindicado, pues se invalidaría desde la etapa de instrucción, para seguidamente imponer medida de aseguramiento, que sería detentiva, imputando un concurso de conductas, con el agravante de la cuantía, cuando éste no fue deducido siquiera en la acusación.

3. El demandante no demostró la vulneración de alguno de los componentes de la sana crítica. Se quedó en la oposición de su personal valoración de la prueba, para oponerla a la de los jueces.

Los fallos demostraron la comisión de los delitos de estafa y el recurrente pretende desvirtuarlos a partir de la modificación de los argumentos del Tribunal, pues éste realmente verificó que hubo engaño, porque pidió y recibió una cuota inicial y una casa, con la promesa de la construcción del edificio "Catalunya", cuando en verdad se dedicó a construcciones diversas y además insistió en que contaba con medios suficientes para la obra y carecía de ellos.

Si bien hubo negocios civiles válidos, ellos fueron el medio para violar el derecho penal, pues constituyeron el artificio para hacerse a los dineros ajenos, como valoró el Ad quem.

Segundo. Solicita la intervención oficiosa de la Sala para que se case el fallo del Tribunal y se excluya la circunstancia de agravación del artículo 372.1 del Código Penal de 1980, deducida por los jueces, pero no imputada en la acusación.

CONSIDERACIONES

Sobre la demanda

La Sala, de común acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, no casará la sentencia en los términos reclamados por el demandante.

Las siguientes son las razones:

La notificación de la existencia de la investigación

El inciso final del artículo 81 de la Ley 190 de 1995, bajo el título de “Garantías procesales”, establece:

En caso de existir imputado o imputados conocidos, de la iniciación de la investigación, se notificará a éste o estos, para que ejerzan su derecho de defensa.

1. Como es obvio, si en la fase preprocesal se debe hacer efectiva la defensa, con mayor razón se debe hacer cuando exista un proceso penal propiamente dicho.

El inciso precedente determina lo siguiente, que si bien hace referencia a la presunción de inocencia, nada obsta para que sea de recibo frente a todas las “garantías procesales” a las que alude la disposición:

“En consecuencia, en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en las etapas de indagación preliminar como en las del proceso” (Subraya la Sala).

Finalmente, del artículo 29 de la Constitución Política deriva que el respeto total de los derechos fundamentales apunta a todas las fases de la investigación y a todo el juicio.

2. Dentro de las investigaciones, inicialmente adelantadas por separado, el 12 de abril del 2000 se dispusieron sendas indagaciones previas, en desarrollo de las cuales el delegado de la fiscalía ordenó “Efectuar las comunicaciones pertinentes sobre apertura de investigación”, con lo cual evidentemente acataba el mandato legal.

No obstante, según las constancias de secretaría del día 14, dentro de las comunicaciones libradas con esa finalidad no se envió ninguna al imputado, circunstancia que objetivamente acreditaría la irregularidad señalada por el casacionista.

3. El yerro no generó lesión alguna para los derechos de la parte defendida. Por consecuencia, su intrascendencia no da lugar a la sanción extrema de la nulidad. Tanto es así, que el recurrente ni siquiera insinúa algún daño a sus intereses.

En efecto, como únicas diligencias aportadas con posterioridad al acto de apertura preliminar, se encuentran la escritura y el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble vendido al procesado, documentos que el sindicado no cuestiona y que son de su autoría. Añádase que a lo largo de la instrucción y el juzgamiento ha fundado su inocencia en ellos, porque, afirma, esas pruebas acreditarían que lo acaecido fue simplemente el incumplimiento de contratos.

Y, luego del aporte de esos elementos de juicio, el 28 de julio del 2000, el fiscal ordenó la vinculación del señor Valderrama Guevara y lo citó para indagatoria, acto que evidentemente fue propicio para que se enterara del proceso que cursaba en su contra.

Emana de lo anterior que a pesar de la informalidad, la fiscalía enteró al imputado de la existencia de la investigación en los inicios de la misma, y que cuando esto sucedió no se habían aportado pruebas de cargo. Al contrario, los dos documentos incorporados eran suficientemente conocidos por él y han sido el soporte de su defensa.

4. El acto de comunicación -no de notificación formal- tiene como finalidad que el

sujeto pasivo de la acción penal conozca del ejercicio de ésta y prepare su defensa.

En esas condiciones, la hipotética informalidad en nada habría incidido en esa situación, circunstancia que descarta la nulidad, toda vez que por diversos medios el señor Valderrama Guevara adquiriría el conocimiento de lo sucedido. Así, por ejemplo, había sido indagado en otras investigaciones por hechos similares; investigadores del CTI lo entrevistaron sobre el asunto; y en su indagatoria, ante pregunta inicial de la fiscalía sobre si sabía del motivo de la diligencia, respondió afirmativamente y expresó que se trataba de problemas “Por uno de los edificios que se proyectaron en la empresa”.

Es claro, entonces, que si el denunciado tenía conocimiento claro y preciso de los cargos, inane resultaría la falencia e inoficiosa sería la nulidad, porque, así, se trataría de una invalidación, por la invalidación misma. Y contraría el sentido común retrotraer el trámite procesal para que se comuniquen hechos del que, antes y ahora, se tenía pleno entendimiento.

La omisión de resolver la situación jurídica

1. El señor Óscar Hernando Valderrama Guevara fue escuchado en indagatoria el 14 de septiembre del 2000, día para el cual regía el Decreto 2700 de 1991, que en su artículo 438, modificado por el artículo 56 de la Ley 81 de 1993, establecía:

En ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del procesado.

Así las cosas, la clausura de la fase investigativa estaba supeditada a que antes fuera resuelta la situación jurídica del sindicado, esto es, a que se le impusiera o no medida de aseguramiento.

Lo anotado significa que la resolución de cierre, sin el agotamiento de ese paso previo,

eventualmente podría vulnerar la estructura básica de un proceso como es debido, o, lo que es lo mismo, generar una irregularidad sustancial.

Desde este punto de vista, es lógico que la ausencia del acto que resolviera situación jurídica, en sí misma, no causaba la nulidad, porque la decisión realmente viciada sería la del acto de clausura que concretaba la falencia, pues solamente al ser proferida ésta se constataba la inexistencia de aquella.

2. En este asunto, la fiscalía ordenó la clausura el 18 de octubre del 2001. Por ende, en esta fecha, bajo los lineamientos del estatuto procesal del 2001, se habría dado origen a la nulidad.

Pero sucede que ya para ese entonces regía la Ley 600 del 2000, que no recogió un mandato similar. Su artículo 393, aplicable de manera inmediata por tratarse de una norma de trámite, únicamente supeditó el cierre de la investigación a la existencia de prueba suficiente para calificar.

Era viable, entonces, el cierre de la investigación sin el cumplimiento de una exigencia que para ese momento ya estaba derogada.

3. Si bien el artículo 354 de la Ley 600 del 2000 ordena resolver la situación jurídica, queda claro que es imperativo exclusivamente para aquellos supuestos en los que sea procedente la detención preventiva, medida que no sería aplicable en este evento, en consideración al delito de estafa investigado, que no se encontraba en la lista del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, que ultractivamente sería admisible por favorabilidad.

4. Asiste la razón al señor Procurador Delegado en cuanto la ausencia de interés jurídico del defensor se constituye en una razón adicional para negar la nulidad pretendida.

Como es cierto, la invalidación se reclama para que se resuelva situación jurídica, acto que con las motivaciones del apoderado implicaría la imposición de la detención preventiva (si hubo mérito para acusar, con mayor fuerza lo habría para detener), lo que se haría por un concurso de estafas agravadas por la cuantía, circunstancia última que no se dedujo en la acusación, pero que sería admisible ante su evidencia.

En esas condiciones, con el pretexto de restablecer una supuesta garantía, finalmente el procesado resultaría perjudicado, lo que deslegitima la causa por la que aboga su representante.

El falso raciocinio

1. En sus extensos análisis, que solamente constituyen su postura personal sobre el alcance que ha debido darse a las pruebas, el impugnante no demostró que los jueces hubieran desconocido las leyes de la ciencia, los principios lógicos o las máximas de la experiencia. Es más, ni siquiera indicó cuál de estos componentes de la sana crítica fue omitido en la valoración judicial.

Quiere decir esto que el defensor no demostró el yerro denunciado. Por el contrario, de sus argumentos y de las apreciaciones de las sentencias, se infiere que la falla no se dio.

2. El casacionista funda sus conclusiones básicamente en la existencia de los contratos, que, en su criterio, demuestran que lo acaecido simplemente fue el incumplimiento de pactos civiles, cuya solución e indemnización escapan al derecho penal y deben ser buscadas en aquella jurisdicción.

Los jueces no omitieron esa circunstancia. Antes bien, con claridad y a espacio partieron de la consideración según la cual el origen de la investigación estuvo centrado en contratos de carácter privado. Por tanto, no incurrieron en error alguno.

Lo que sucede, y en ello no se detiene el recurrente, es que, apoyados en las pruebas logradas y valoradas integralmente, bien entendieron que en este supuesto esos convenios civiles fueron el medio utilizado para recorrer en su integridad los elementos del tipo penal de la estafa.

Así, con fundamento en lo realmente probado dentro del proceso, los creadores de los fallos concluyeron que:

(I) El acusado engañó a los denunciante, porque a los contratos civiles adicionó conductas como afirmar que la casa y el dinero recibidos serían dedicados a construir el edificio, cuando realmente los utilizó en asuntos diversos.

(II) La intención de engañar fue tan evidente que al día siguiente de suscribir la escritura de compra de la casa, la hipotecó, gravamen que amplió posteriormente, para venderla a un tercero el 25 de agosto de 1999, todo lo cual no solo fue ajeno al contrato civil, sino que lo hizo a espaldas de lo prometido, pues el bien debería tener un único destino: construir el edificio.

(III) El procesado hizo víctimas de embuste a los afectados, personas de la tercera edad, prevalido de su condición de constructor reconocido en la región, circunstancia que generaba confianza, unida a la adquisición previa de algunos bienes, en los cuales se respaldó para hacer creer que era serio y cumplido.

(IV) No era aceptable la excusa sobre que la crisis financiera del país generó el incumplimiento, pues los dineros los recibió antes de la misma y la constitución de gravámenes no autorizados sobre el bien adquirido demostraba su afán de apropiación de los dineros ajenos.

(V) Valderrama Guevara no demostró el más mínimo interés para cumplir lo pactado, pues tan pronto recibió el inmueble y los dineros les dio un destino diferente.

(VI) Cuando prometió la construcción y entrega de apartamentos, el acusado ni siquiera había obtenido la licencia de construcción.

En síntesis, así, no se percibe ningún falso raciocinio por parte de los funcionarios judiciales.

Sobre la casación oficiosa

La Sala comparte la postura del Ministerio Público e intervendrá oficiosamente para eliminar la causal de agravación deducida por los jueces, quienes incrementaron en seis (6) meses la sanción porque, dijeron, se estructuraba el requisito del artículo 372.1 del Decreto 100 de 1980, en razón de la cuantía del delito.

Sin embargo, ni la acusación inicial, ni su adición, dedujeron el motivo de mayor punibilidad mencionado, contexto dentro del cual, para respetar la congruencia, los servidores de la justicia estaban obligados, en el juicio y en la sentencia, a acatar esos lineamientos, porque para imputar circunstancias que comporten mayor pena deben estar expresamente deducidas en el escrito de acusación, tanto fáctica, como jurídicamente.

La ejecutoria de la sentencia de casación

Como ya lo ha puntualizado la jurisprudencia de la Corte¹, esta providencia queda en firme el día de su proferimiento, esto es, aquel en que es suscrita, con independencia de su notificación, porque la misma no comporta sustitución de los fallos de instancia. Simplemente introduce una benéfica modificación punitiva, que no muda su sentido.

En virtud 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

1. No casar el fallo impugnado en los términos solicitados por el demandante.
2. Casar, oficiosa y parcialmente, la sentencia del 20 de abril del 2006, proferida por el Tribunal Superior de Florencia, exclusivamente para dejar en 30 meses las penas de prisión y de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas que debe cumplir el señor Óscar Hernando Valderrama Guevara como autor del concurso de conductas punibles de estafa.
3. En lo restante, la providencia del Tribunal permanece vigente.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
PINZÓN

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Confrontar, entre otras, la sentencia del 18 de julio del 2002, radicado 11.766.