

Proceso No 27112

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 69

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado OSCAR DARÍO ATUESTA BARRERA contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Valledupar el 10 de octubre de 2006, confirmatorio del dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, mediante el cual lo condenó, conjuntamente con Emiro José Álvarez Arroyo, como coautores penalmente responsables del delito de estafa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El Sindicato Nacional de la Salud y la Seguridad Social “SINDESS” mediante Resolución 001 de 5 de julio de 1997 intervino fiscal y administrativamente su Seccional del Departamento del Cesar suspendiendo al Presidente y Vicepresidente, OSCAR DARÍO ATUESTA BARRERA y José Alonso Flórez, respectivamente, además, congeló los recursos, cuentas bancarias y títulos valores que estuvieran a nombre de esa sección.

Posteriormente, a través de la Resolución 001 de 31 de enero de 1998 la Asamblea Nacional extraordinaria de dicho sindicato ordenó la expulsión de OSCAR DARÍO ATUESTA, José Alonso Flórez y Edgar Álvarez Cañizares miembros de la junta directiva seccional ante el retiro de más de veinte millones de pesos (\$20.000.000,00) del Banco Popular, a sabiendas de que las cuentas bancarias estaban intervenidas.

Así mismo, OSCAR DARÍO ATUESTA, fungiendo como Presidente de la Seccional del Sindicato, calidad que no ostentaba por su expulsión, mediante escritura pública 2015 del 24 de julio de 1998, transfirió a título de venta por la suma de quince millones doscientos cuarenta y ocho mil novecientos veinticuatro mil pesos (\$15.248.924,00) el inmueble de propiedad de "SINDESS", ubicado en la carrera 14 N° 13-Bis 36 de barrio obrero de Valledupar, al Sindicato Departamental de Empleados de la Salud del Cesar "SIDESC", organización que había constituido el 8 de enero de 1998.

Abierta formal investigación por la Fiscalía General de la Nación, se vinculó mediante indagatoria a OSCAR DARÍO ATUESTA, Emiro José Álvarez Arroyo, José Alonso Flórez y Edgar Álvarez Cañizares y su situación jurídica se resolvió el 4 de diciembre de 2000 con caución prendaria como presuntos responsables del delito de estafa. Igual medida se impuso a los dos primeros procesados por el delito de falsedad en documento privado, no obstante, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar, mediante proveído del 4 de mayo de 2001 revocó ésta última manteniendo únicamente la impuesta en relación con el bien jurídico de carácter patrimonial.

Clausurado el ciclo instructivo, el mérito del sumario se calificó el 19 de julio de 2001 con resolución de acusación en contra de los cuatro procesados por el ilícito de estafa, previsto en el artículo 356 del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980), decisión que luego de haberse surtido la notificación mediante fijación del respectivo estado, adquirió firmeza el 8 de agosto de 2001 al no haber sido objeto de impugnación.

La fase del juzgamiento la adelantó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, despacho que luego de adelantar la vista pública, mediante fallo de 14 de octubre de 2003 condenó a OSCAR DARÍO ATUESTA BARRERA y Emiro José Álvarez Arroyo como coautores del delito de estafa, —sin estimar la causal de agravación por la cuantía por no haber sido imputada en la acusación por parte de la Fiscalía—, a las penas principales de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de doscientos mil pesos (\$200.000,00), así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el igual término de la sanción privativa de la libertad. En la misma decisión se absolvió a Edgar Álvarez Cañizares y José Alonso Flórez del cargo formulado.

Inconforme el defensor de los inculcados contra quienes se profirió la condena recurrió la anterior decisión. El Tribunal Superior de Valledupar por auto de 15 de junio de 2006 accedió a otra petición del mismo sujeto procesal y en aplicación del principio de favorabilidad revocó la medida de aseguramiento de caución prendaria impuesta a los procesados al no haber sido contemplada en la normatividad adjetiva de las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004. Luego, mediante fallo de 10 de octubre de 2006, al estimar que la cuantía del punible de estafa superaba ampliamente el equivalente a 18.83 salarios mínimos legales mensuales y que era predicable la circunstancia de agravación contemplada en el numeral 1° del artículo 372 del anterior Código Penal, no accedió a la petición de declarar la prescripción de la acción penal elevada por el defensor de ATUESTA BARRERA, en tanto que confirmó la condena.

Este último apoderado impugnó extraordinariamente el fallo, con el fin de estudiar el libelo demandatorio el expediente ingresó al despacho del Magistrado ponente de la Sala de Casación el 14 de marzo de 2007 y mediante providencia del 29 siguiente se admitió, motivo por el cual la Procuraduría allegó el respectivo concepto.

LA DEMANDA

De manera preliminar y sin que constituya un cargo, el recurrente solicita a la Sala la declaración de prescripción de la acción penal derivada del delito de estafa por haber transcurrido, desde la ejecutoria de la resolución de acusación, un tiempo superior a los cinco años luego de refutar al Tribunal por incluir la circunstancia agravante relacionada con la cuantía del punible sin atender el principio de favorabilidad y sin considerar que al ser su defendido apelante único, no se podía agravar su situación jurídica.

Seguidamente, formula un cargo al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, en razón al error fáctico debido a la distorsión de algunos hechos y por otorgar a las probanzas un alcance objetivo que no tienen.

Estima el libelista que fue ilegal la expulsión que ordenó la Asamblea General del Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, del Presidente y Vicepresidente de la Seccional del Cesar, pues no contó con la aprobación de la mayoría absoluta de los asociados, según lo dispone el artículo 398 del Código Sustantivo del Trabajo, además, debía acreditarse con la copia del acta de la reunión respectiva, sin que fuera dable acudir a otros medios probatorios para ello.

De la misma manera, considera que el Tribunal valoró equivocadamente el artículo 35, numeral 9°, de los estatutos del sindicato que faculta a la Junta Directiva para intervenir fiscal y administrativamente a las Subdirectivas Departamentales, Seccionales y/o Comité, sólo por el término improrrogable de seis meses, de ahí que la actuación de ATUESTA BARRERA estuvo ajustada a derecho, porque la intervención de la Seccional ordenada el 5 de julio de 1997 se extendía hasta el 5 de enero de 1998, sin que la nueva orden de intervención del 1° de enero de 1998 tuviera algún soporte, por lo que al recobrar la Junta Directiva sus poderes, podía su defendido firmar la escritura pública N° 2015 el 24 de julio de 1998.

En consecuencia, pide a la Sala casar el fallo.

ALEGATO DE OPOSICIÓN

El apoderado del Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, "SINDESS" reconocido como actor civil, se opone a la pretensión del demandante ante los errores de técnica del libelo y la sinrazón de su postura.

En primer lugar, asevera que la prescripción de la acción penal no se ajusta a alguna de las causales de casación legalmente previstas, además, el término para que opere tal figura jurídica no ha transcurrido porque se trata de una estafa agravada.

Defiende la decisión judicial que negó la prescripción de la acción penal, por tener en cuenta que la resolución de acusación se adoptó antes de entrar a regir la Ley 599 de 2000, por ello, la norma aplicable era el artículo 356 del Decreto Ley 100 de 1980, con la circunstancia de agravación prevista en el numeral 1° del artículo 372 del mismo ordenamiento, la cual en su criterio si fue imputada fácticamente.

Aduce que de existir la prescripción de la acción penal el libelista debió enmarcarla dentro de las causales de la acción de revisión, en tanto que la presentación por la vía del recurso extraordinario deja ver que su finalidad es simplemente dilatar el curso del proceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, tras advertir que la solicitud de prescripción de la acción penal formulada por el defensor obedece a un simple acto de postulación, tema que debió presentar a través de un cargo de casación autónomo por nulidad al evidenciarse el vicio in iudicando por cuanto se cuestionaría la legitimidad del juicio, insta a la Sala para que bien de oficio o conforme con los argumentos del recurrente,

case el fallo una vez declare su nulidad y decrete la cesación de procedimiento, porque es claro que la acción penal derivada del delito de estafa está prescrita.

Pone de manifiesto que expresamente en el fallo de primer grado se indicó que, so pena de quebrantar el principio de congruencia que debe guardar la sentencia con la acusación, no se podía considerar la circunstancia de agravación por la cuantía para el delito de estafa al no haber sido deducida por la Fiscalía en la resolución de acusación.

Agrega que de acoger la preceptiva del anterior Código Penal que fue tomada en cuenta por el fallador para dosificar la pena, o aún la prevista en la nueva normatividad que disminuye la pena máxima del delito en comento de diez (10) a ocho (8) años, —que sería la más favorable para efectos de la prescripción—, la extinción de la acción penal habría ocurrido en agosto del año 2006, dado que transcurrió desde la ejecutoria de la resolución de acusación, adiada el 19 de julio de 2001, un tiempo superior a los cinco años, como mínimo requerido legalmente para que opere dicho fenómeno jurídico en la fase del juicio.

En este orden, critica la postura del Tribunal que negó la solicitud del apelante para decretar la prescripción con el argumento de que se estaba frente a un atentado contra el patrimonio económico cuya cuantía superaba el equivalente a 18.83 salarios mínimos legales mensuales vigentes, conforme con la exequibilidad condicionada del artículo 372, numeral 1° del Código Penal establecida en la sentencia C-070 de 1996 de la Corte Constitucional.

Tilda de vano el esfuerzo del ad quem para negar la prescripción de la acción penal que ocurrió durante el tiempo que por casi tres años permaneció el expediente en esa Corporación, porque independientemente de la discusión acerca de considerar incluida la circunstancia agravante en la acusación, aún si fuera una realidad en la calificación, el

juez de primer grado la desestimó expresamente.

Advierte también que pese a la consideración del Tribunal acerca de la intensidad punitiva aludida, confirmó el fallo sin modificar la pena fijada por el a quo “tal vez porque entendió que de hacerlo infringía el principio de la prohibición de la reforma peyorativa en vista de que los procesados fueron los únicos apelantes, y por esta misma razón le estaba vedado considerar la agravante aunque sólo fuera para efectos de contabilizar el término de prescripción de la acción penal, pues en uno y otro caso la decisión resultaba perjudicial al interés jurídico de ellos”.

Para el Procurador, lo anterior hace innecesario el estudio del cargo por violación indirecta de la ley sustancial postulado por el demandante ya que ante la prescripción de la acción penal, la jurisdicción sólo puede declararla y no dictar sentencia absolutoria por la única razón de ser más favorable al acusado.

Agrega que si no se comparte la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción para cuando se dictó la sentencia de segunda instancia, en todo caso el reproche no está llamado a prosperar, por cuanto no se ajusta a un adecuado y debido desarrollo, máxime que carece de claridad y precisión argumentativa.

Por lo tanto, solicita a la Sala casar el fallo objeto de impugnación y disponer la improseguibilidad del procedimiento por prescripción de la acción penal del delito de estafa simple por el cual se condenó, solución que en su parecer debe cobijar a los otros procesados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tal y como lo sugiere el Procurador Delegado en su concepto, la Sala advierte la necesidad de acudir a la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, ante el error manifiesto del Tribunal Superior de Valledupar para negar la ocurrencia de la

prescripción de la acción penal derivada del delito de estafa.

Efectivamente, ante el acto de postulación que hace el demandante, ya que no desarrolla el tema de la prescripción de la acción penal como un cargo contra el fallo de segundo grado, la Sala se ocupará del análisis de la prescripción de la acción penal, lo que hace innecesario, y se abstendrá del estudio del reproche que por violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria formula el libelista.

El fenómeno de la prescripción de la acción penal, según lo normado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (art. 80 del anterior Código Penal), opera durante la etapa instructiva si transcurre un término igual al máximo de la sanción privativa de la libertad establecida en la ley, pero en ningún caso en un lapso inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20) años.

Igualmente, conforme con el artículo 86 del nuevo Código Penal

(art. 84 del anterior), el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y comienza a contarse nuevamente por un tiempo igual a la mitad del establecido para la etapa de instrucción, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10) años.

De acuerdo con la resolución de acusación y el fallo de primer grado, el recurrente fue acusado y condenado por el delito de estafa, sin hacer expresa mención a circunstancias de mayor rigor punitivo.

Así, el juez de primera instancia, en total apego y consonancia con la resolución de acusación, para el proceso de dosificación punitiva optó por razón de favorabilidad por el artículo 356 del anterior Código Penal (Decreto-Ley 100 de 1980) vigente para la época de los hechos y ubicó los límites punitivos entre 12 meses (un año) y 120 meses de prisión (diez años) y multa de un mil (\$1.000,00) a quinientos mil pesos (\$500.000,00), dejando

de lado lo normado en el artículo 267 de la Ley 599 de 2000 que establece el marco entre dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta mil (50.000) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes que resultaba más gravoso para el enjuiciado.

De manera expresa consideró que no se podía agravar la pena por la cuantía “toda vez que la Fiscalía no la dedujo dentro del cuerpo de la resolución de acusación y no sufrió variación durante el desarrollo de la audiencia pública y por tratarse de una circunstancia de agravación específica no puede tenerse en cuenta, so pena de quebrantar el principio de la congruencia que debe guardar la sentencia con la resolución de acusación”

Por lo tanto, ubicado dentro del primer cuarto punitivo, entre doce (12) meses a treinta y nueve (39) meses le impuso a OSCAR DARÍO ATUESTA BARRERA y a Emiro José Álvarez Arroyo, la pena de treinta y seis (36) meses de prisión y fijó la multa en doscientos mil pesos (\$200.000,00).

Por su parte, el defensor de ATUESTA BARRERA instó al Tribunal Superior de Valledupar en el trámite del recurso de apelación contra el fallo para que declarara la prescripción de la acción penal del delito de estafa, no obstante, éste la negó al considerar que:

“Ahora bien en forma por demás ligera y sin reparo de la sustancia de la acusación y sin olvidar que estamos frente a conductas que atentan contra el patrimonio económico, podría pensarse que la acción aquí prescribió el día 24 de agosto de este año (2006) por transcurrir cinco (5) años desde la ejecutoria de la acusación que viene siendo la mitad de los diez (10) años para la Estada sin agravación. Pero ocurre que ab initio de este proceso penal, se tenía y hoy se tiene conocimiento de que estamos frente a un atentado contra el patrimonio económico del Sindess, bajo la factura de la Estafa,

que se pregona para la época de los hechos -1998- en cuantía muy superior a el equivalente a 18.83 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con la exequibilidad condicionada contenida en la sentencia C-070 de febrero 22 de 1996 de la Corte Constitucional y relativa al numeral primero del artículo 372 de la codificación penal derogada -sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos.- que guardaba relación con las circunstancias genéricas de agravación y que era consustancial o común para todos los delitos contra el patrimonio económico”.

Pese a que el ad quem reconoció que el proveído acusatorio no era claro o puntual respecto a la causal de agravación punitiva basada en la cuantía de la infracción, estimó que de la lectura de un aparte del mismo en el que se hace mención a los comportamientos relacionados con el retiro de los fondos bancarios y a la enajenación del bien inmueble ella dimanaba fáctica y jurídicamente.

Se valió también de otros argumentos para sustentar su negativa: i) por lo preceptuado en el artículo 295 del Decreto 2700 de 1991, que delimita la competencia por el factor de la cuantía de acuerdo con el avalúo de bienes que fije el perjudicado, ii) por las manifestaciones que la Fiscalía realizó en el desarrollo de la audiencia pública cuando anotó que el monto del ilícito se encuentra por el orden de los veintidós millones de pesos (\$22.000.000,00) y iii) porque en la providencia de segundo grado de la medida de aseguramiento se refirió a la maniobra de recaudar los aportes y traspasar el bien inmueble a otra organización sindical.

En este orden, como lo hace ver el Procurador Delegado, el Tribunal acudió a una serie de razones sin algún peso jurídico, todo para negar el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal que ocurrió en esa Corporación previamente a la emisión del fallo de segundo grado.

No queda así duda que la posición del juzgador colegiado al considerar una

circunstancia de agravación punitiva, no solo contrarió la congruencia que debe tener la sentencia con la resolución de acusación, sino que principalmente, desconoció que el a quo de manera expresa la había marginado precisamente por no haber sido imputada en el acusatorio.

Tal inclusión aparejó la reforma peyorativa en contra del procesado, si bien no se tradujo en un incremento de pena, sí se evidencia en la negativa a la declaración de prescripción de la acción que redundó en la ilegalidad del fallo de segunda instancia, decisión que no se podía dictar ante la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo.

Contrario a la consideración del apoderado de la parte civil en su alegato de oposición, como se trata de un delito de estafa en el cual no resulta aplicable la circunstancia agravante basada en la cuantía, sea que se tenga en cuenta el Código Penal vigente que disminuye la pena máxima de diez (10) a ocho (8) años, o la anterior normatividad, como la resolución de acusación del 19 de julio de 2001 adquirió firmeza el 8 de agosto de 2001 al no haber sido objeto de impugnación, es evidente que de acuerdo con el máximo monto punitivo el término de prescripción de la acción en la fase del fase procesal de juicio corresponde al mínimo legal de los cinco años (5) años y por lo tanto, ello ocurrió el 9 de agosto de 2006, cuando el expediente se encontraba en el Tribunal Superior de Valledupar pendiente por definir el recurso de apelación formulado contra el fallo de primer grado.

Por manera que, corresponde a la Sala restablecer oficiosamente el daño causado, por ello dispondrá casar el fallo al marginar la circunstancia de agravación basada en la cuantía (Artículo 372 numeral 1° del Decreto-Ley 100 de 1980) que predicó el juez plural, y en consecuencia, declarar la aludida prescripción de la acción penal con la consecuente

cesación del procedimiento adelantado en contra de OSCAR DARÍO ATUESTA BARRERA.

En virtud de lo normado en el artículo 229 de la Ley 600 de 2000 esta decisión se hará extensiva a los procesados no recurrentes, Emiro José Álvarez Arroyo, José Alonso Flórez y Edgar Álvarez Cañizares.

De la misma manera, se deberá declarar prescrita la acción civil que adelantó el Sindicato Nacional de la Salud y Seguridad Social, "SINDESS" dentro del proceso penal.

El juez de primera instancia procederá a la cancelación de los compromisos adquiridos por los procesados en razón de este diligenciamiento, así como los registros y anotaciones originados por el mismo.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

1. ABSTENERSE de considerar el cargo formulado en la demanda presentada por el defensor OSCAR DARÍO ATUESTA BARRERA.
2. CASAR DE OFICIO el fallo de segundo grado emitido por el Tribunal Superior de Valledupar en contra de OSCAR DARÍO ATUESTA BARRERA al marginar del delito de estafa la circunstancia de agravación por la cuantía prevista en el artículo 372 de Decreto Ley 100 de 1980.
3. DECLARAR prescrita la acción penal derivada del delito de estafa por el cual se acusó al procesado OSCAR DARÍO ATUESTA BARRERA, según las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

4. ORDENAR, en consecuencia, la cesación de procedimiento en favor del citado enjuiciado.
5. HACER extensiva esta decisión a los procesados no recurrentes: Emiro José Álvarez Arroyo, José Alonso Flórez y Edgar Álvarez Cañizares.
6. DECLARAR igualmente prescrita la acción civil que se adelantó dentro del proceso penal.
7. PRECISAR que corresponde al juez de primera instancia proceder a la cancelación tanto los compromisos adquiridos por los procesados en razón de este diligenciamiento, como los registros y anotaciones originas por el mismo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ