

Proceso No 31431

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMAN

Aprobado Acta No. 120

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil nueve (2009).

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el apoderado del procesado Silvio García Hurtado, contra la sentencia dictada el 6 de octubre de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual confirmó la proferida el 21 de noviembre de 2005 por el Juzgado 7° Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a García Hurtado por el delito de hurto agravado.

HECHOS.

Los hechos se desprenden de la denuncia interpuesta el 22 de febrero de 2001 por Miguel Jerónimo Gómez Quintero en su calidad de representante legal de la COOPERATIVA DE TRABAJADORES FERROVIARIOS DE EMPRESAS CONEXAS O SIMILARES Y JUBILADOS DE ELLAS –“COOTRAFER”, en la cual refirió que entre los años de 1998 y 1999 el señor Silvio García Hurtado (Presidente del Consejo de Administración de la Cooperativa) y otro, se apropiaron de unos dineros (\$ 40.000.000) girando cheques a su favor y utilizando como intermediario para el cambio de los mismos al señor Samuel Patiño.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

1. La Fiscalía inició investigación formal por estos hechos, vinculó a Silvio García Hurtado al proceso mediante indagatoria, y el 7 de abril de 2004 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación por el delito de hurto agravado por la confianza¹, decisión que cobró ejecutoria el 12 de mayo de 2004².

2. El 21 de noviembre de 2005, el Juzgado 7° Penal del Circuito de Cali condenó al procesado a la pena principal privativa de la libertad de 24 meses de prisión, a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal y al pago por perjuicios materiales por el valor de \$ 20.985.012, como autor responsable del delito imputado en la acusación³.

3. Apelado el fallo por el apoderado del señor Silvio García Hurtado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali lo confirmó el 6 de octubre de 2008⁴. Inconforme con esta decisión, el apoderado recurre en casación.

LA DEMANDA.

Con fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor formula dos cargos para atacar la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali por “falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucionalidad o legal llamada a regular el caso”.

Primer Cargo: Violación de la ley sustancial, artículo 349 del Código Penal, por aplicación indebida.

Estima el censor que los jueces de instancia se equivocaron al tipificar la conducta

desplegada por el señor Silvio García Hurtado en el delito de hurto agravado, cuando los hechos están encaminados a un abuso de confianza.

Para demostrar su ataque, el censor comparó los elementos constitutivos que integran los dos delitos, para concluir que, el apoderamiento de los dineros, ocurrió tras la entrega de los mismos a la Cooperativa, a título no traslativo de dominio, por parte de los asociados.

Estima el censor que no se puede hablar de apoderamiento sino de apropiación, pues “obró la voluntad” de los ahorradores y de los asociados en la entrega de unas ganancias producto de la venta de calzado a las directivas de la entidad afectada para que las administraran discrecionalmente, bajo las pautas de los reglamentos internos que la regían. Situación que no se acomoda al delito de hurto agravado por el cual fue condenado el procesado, por cuanto este tipo penal se caracteriza por no mediar la voluntad del propietario y/o poseedor del bien.

Nunca se demostró la desviación en el manejo de los dineros por parte del procesado. Además, la responsabilidad en manejo de los dineros era una función compartida con otras personas que ejercían labores de control; concretamente la junta de vigilancia, el revisor fiscal y el contador general.

Solicita el defensor casar la sentencia de segundo grado y declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia para que se ordene rehacer el proceso desde la calificación del mérito del sumario.

Segundo Cargo: reprocha el recurrente las sentencias de primera y segunda instancia por haber sido proferidas en un juicio viciado de nulidad, para lo cual invoca los artículos 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000 y 180 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

La censura gira en torno a la violación del principio de investigación integral y el derecho a la defensa, en las etapas de investigación y juzgamiento, debido a que los funcionarios judiciales no buscaron “con igual celo” lo desfavorable como lo que pudiese favorecer al procesado.

Manifiesta que en el curso del proceso se debieron decretar de oficio la práctica de todas, y cada una, las pruebas testimoniales solicitadas, entre ellas, la del contador, el revisor fiscal, la tesorera, los integrantes de la junta de vigilancia y los demás miembros del consejo de administración, quienes debieron declarar bajo juramento sobre los hechos investigados, porque desde el inicio del proceso fueron mencionados y porque conocían de cerca el funcionamiento de la entidad perjudicada.

No se entiende por qué no se arrimo a las diligencias el manual de funciones y el reglamento interno de la Cooperativa; más parece que la investigación se dejó a medias, teniendo los jueces todos los medios al alcance para citar a las personas que podían dar claridad respecto a la captación de dineros, los intereses cobrados, números de asociados, funciones de cada uno de los involucrados y, todas las demás, que se desprendan de las anteriores.

De haberse tenido en cuenta todas las declaraciones, se hubiera determinado (i) que la responsabilidad no era penal sino administrativa; (ii) que la defraudación venía de fechas anteriores; y, (iii) que al procesado no le correspondía el manejo de los dineros, sólo era un simple firmante.

Finaliza el cargo solicitando casar la sentencia del Tribunal y declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y en su lugar, dictar la de reemplazo absolviendo al acusado de los cargos formulados en la resolución de acusación.

ALEGACIONES DEL NO RECORRENTE

El apoderado de la parte civil solicita no casar la sentencia de segundo grado ni decretar la nulidad del fallo de primera instancia, sino por el contrario confirmarlas y declarar responsable al señor Silvio García Hurtado por el delito de hurto agravado.

En relación con el primer cargo afirma que el recurrente hace una dicotomía del ilícito, especulando sobre los verbos rectores del hurto y del abuso de confianza, que en el primero es “apoderar” acompañado de la voluntad y en el segundo es “apropiar”, también acompañado de la voluntad, lo cual es un contrasentido. El defensor no tiene en cuenta que la circunstancia de agravación punitiva para el hurto fue la contemplada en el numeral 2° del artículo 241 del Código Penal “Aprovechando la confianza depositada por el dueño, poseedor o tenedor de la cosa en el agente”. Sostiene además que el procesado fue un agente al cual se le confió la administración de la Cooperativa en su calidad de Presidente del Consejo de Administración.

Sobre el segundo cargo, argumenta que el recurrente cree que llevando a declarar a un buen número de testigos, la suerte del señor Silvio García Hurtado hubiese sido distinta. Si el procesado era inocente, desde un principio hubiera dado la cara al proceso.

CONSIDERACIONES

1. La competencia.

De conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000, la Sala inadmitirá la demanda porque no reúne las condiciones de procedibilidad previstas en el artículo 212 del mismo Estatuto.

2. El caso en concreto.

Las siguientes son las falencias que ofrece la demanda presentada por el defensor

del procesado Silvio García Hurtado:

2.1. Examinado el expediente se observa que el proceso se adelantó en vigencia de la Ley 600 de 2000, razón por la cual la presentación de la demanda de casación debió ceñirse a las disposiciones especiales consagradas en la misma legislación, y no por la Ley 906 de 2004, como ocurre en el presente caso.

2.2. El demandante olvidó que en la técnica de casación rige el principio de prioridad, según el cual, al proponer varias causales debe seleccionar primero la que posee un mayor alcance, y las restantes tendrá que plantearlas como subsidiarias; a su vez, no le es viable mezclar simultáneamente y dentro del mismo cargo varias censuras por nulidad en igualdad de condiciones, pues allí también tiene la obligación de disponer un orden de preferencias al que debe sujetarse la Corte cuando realice el examen de fondo de la sentencia, de acuerdo al principio de limitación que rige este trámite.

Así mismo, insistentemente ha puntualizado la Sala que, las nulidades ostentan un carácter preferente en relación con las demás causales de casación, que conlleva a su invocación como principal, condición que también debe observarse al pretender postular diversas situaciones bajo esta causal, lo que obliga a señalar primero el vicio que mayor irradiación haya tenido en el proceso y, después, como es apenas lógico, progresivamente los de menor cobertura o alcance.

En efecto, el censor debió proponer la nulidad como ataque principal y la violación directa de la ley sustancial como ataque subsidiario. Además, entremezcla dos censuras dentro de un mismo cargo para solicitar la nulidad de la sentencia de primera instancia y la absolución del procesado, lo cual es un contrasentido.

3. Los cargos de la demanda.

En acopio del principio de prioridad, se abordará el estudio de los cargos invirtiendo su

presentación, para comenzar por la solicitud de nulidad y terminar con el reproche por violación directa de la ley sustancial:

3.1. “Cargo Segundo”. En el marco de la causal tercera de casación del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, pretende el defensor que se anule el fallo de primera instancia alegando supuesta vulneración al principio de investigación integral y al derecho de defensa del procesado Silvio García Hurtado, con fundamento en que el Fiscal que dirigió la instrucción y el Juez de la causa se mostraron despectivos en la búsqueda de la prueba, pues se concentraron en unas pocas para convenir en la responsabilidad de aquel, en lugar de intentar con igual celo allegar los medios probatorios que pudiesen favorecerlo.

Si bien la causal tercera de casación, vale decir cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, aparentemente no exige en su redacción formas específicas de discernir en cuanto su proposición y desarrollo, la demanda no es un escrito de libre confección, pues, igual que en las otras causales, debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos, de modo que se entiendan con claridad y precisión los motivos de la nulidad, las irregularidades sustanciales alegadas, la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías de los sujetos procesales, y la transcendencia de tales defectos en el fallo.

Específicamente, si la supuesta nulidad tiene origen en la violación del principio de investigación integral, no es suficiente que el demandante indique las pruebas que no se practicaron, o las citas no verificadas; sino que le corresponde explicar razonadamente que tales medios de convicción eran procedentes, conducentes, factibles de realizar; y además, tiene el deber de indicar a la Corte su transcendencia en el fallo, en el sentido de demostrar que las pruebas omitidas tenían entidad para descartar o atenuar la responsabilidad del procesado.

Cada uno de estos aspectos debe abordarse separadamente debido a que su

comprobación implica desarrollo y sustentación específicos, como lo ha sostenido la Corte en diversos pronunciamientos:

“Además, si la nulidad está referida a la violación del principio de investigación integral, no basta enumerar las pruebas supuestamente omitidas, sino que es preciso señalar su fuente, conducencia, pertinencia y utilidad, amén de su incidencia favorable a los intereses del procesado frente a las conclusiones del fallo, puesto que, como también lo ha señalado la Sala, la no práctica de determinada diligencia no constituye, per se, quebrantamiento de la garantía fundamental que se reputa violada, como quiera que el funcionario judicial, dentro la órbita del Art. 334 del C. de P. Penal y conjugando los criterios de economía, celeridad y racionalidad, está facultado para decretar, bien de oficio ora a petición de los sujetos procesales, solamente la práctica de las pruebas que sean de interés para la investigación, procurando siempre el mejor conocimiento de la verdad real. Por consiguiente, la omisión de diligencias inconsecuentes, dilatorias, inútiles o superfluas, no constituyen menoscabo de los derechos a la defensa o al debido proceso.”⁵ -Negrillas y subrayado fuera de texto-.

En cuanto al compromiso del derecho de defensa del implicado, derivado de la supuesta parcialidad de los funcionarios judiciales, es necesario que el demandante explique con claridad y con arraigo en el contenido del expediente, en qué aspectos se concretó la vulneración, si le fue impedido el acceso a la justicia, si se obstaculizó su facultad de controvertir, si le negaron sistemáticamente las pruebas solicitadas, si se desconoció la garantía de la impugnación, etc., posibilidades que en todo caso deben demostrarse con clara alusión a la trascendencia negativa respecto de las prerrogativas esenciales del procesado.

Es indispensable que el demandante individualice las decisiones que materializan la falta de equilibrio en la investigación o en el juzgamiento, que en cada caso identifique los argumentos que las sustentan, y que exponga los parámetros bajo los cuales dichas

determinaciones sí reflejarían el acatamiento al principio de la investigación integral.

Cuando se denuncia parcialidad en la búsqueda de la prueba, como aquí ocurre, se debe deslindar claramente si este defecto ocurre por acción o por omisión. En el primer evento, será preciso demostrar que de antemano las pruebas decretadas estaban preconcebidas a verificar circunstancias en contra del procesado y no la verdad real. En el segundo caso, el demandante tiene el deber de explicar por qué considera que la omisión fue negligente o malintencionada.

En todas la hipótesis le corresponde indicar al menos sumariamente cuál sería el contenido material de las pruebas que extraña, para brindar la oportunidad a la Sala de confrontar aquellos elementos de convicción con las motivaciones del fallo y, así, concluir si en realidad se han vulnerado las garantías fundamentales del procesado por causas atribuibles a los funcionarios judiciales.

Trasladando esos lineamientos al presente asunto, se verifica que, aunque el censor denuncia parcialidad de los funcionarios judiciales en la búsqueda de la prueba, tal aserto no pasó de constituir una postura subjetiva de la defensa, planteada de manera informal, bajo suposiciones y con distanciamiento de la técnica casacional. De ahí que la protesta por la ausencia de los testimonios (contador, el revisor fiscal, la tesorera, los integrantes de la junta de vigilancia, de los demás miembros del consejo de administración de la Cooperativa, entre otros), fuera cimentada en especulaciones acerca de lo que hubiesen podido declarar, sin demostrar la trascendencia de estas pruebas frente al restante acopio probatorio, ni respecto del análisis que de todos los medios de convicción se hizo en el fallo. Tales defectos sustanciales conspiran contra la técnica en la formulación del cargo.

3.2. “Cargo Primero”. El censor cuestiona la tipificación de la conducta a través de la

violación directa de la ley sustancial, con el argumento de que el comportamiento desplegado por el procesado se adecuaba en el delito de abuso de confianza y no en el hurto agravado, en el sentido de que existió una apropiación de dineros donde medió la voluntad de los propietarios, circunstancias que no se presentan en el delito por el cual fue condenado.

Pues bien. Ha sido criterio reiterado de la Corte que para poder acceder en casación es necesario que el impugnante haya apelado el fallo de primer grado, y que exista identidad temática entre las pretensiones de la apelación y de la casación. De no cumplirse estas condiciones, carecerá de interés para recurrir, pues se entiende que su silencio implica aceptación del contenido material del fallo y renuncia al interés que eventualmente pudo haber tenido para impugnarlo, además de que la impugnación carecería de objeto, en cuanto estaría dirigida a cuestionar aspectos que el Tribunal no tuvo la oportunidad de analizar⁶.

Sentadas estas premisas, se concluye que en relación con reparo (tipicidad de la conducta) el casacionista carece de interés para recurrir en casación, por ausencia de identidad temática entre los aspectos de la apelación de la sentencia de primer grado y los de la casación, dado que en la primera instancia, se hizo referencia a una atipicidad de la conducta por considerar que no existió apoderamiento sino “préstamos de dinero”, exigibles dentro de la jurisdicción civil, y en la segunda, se cuestionó a la responsabilidad penal con la intención de adecuarla en otro tipo penal, siendo el primer aspecto sobre el cual recayó el pronunciamiento del Tribunal⁷.

Por mejor decir, ante el Tribunal el defensor pregonó la atipicidad de la conducta al considerarla como simple obligación civil, jamás postuló la tipicidad alternativa de un abuso de confianza, luego, en este aspecto cardinal, la sentencia no pudo generar agravio como el que ahora plantea bajo distinta argumentación dialéctica -abuso de confianza y no hurto- de donde surge su ilegitimidad para introducir un nuevo esquema

argumentativo, que el Tribunal no tuvo la oportunidad de conocer.

Visto, entonces, que por el cargo primero el casacionista carece de interés y que, en el segundo no cumple las exigencias mínimas de fundamentación requeridas para su estudio de fondo, la Corte inadmitirá la demanda estudiada y ordenará la devolución al proceso a la oficina de origen, no advirtiendo violaciones a garantías fundamentales que esté en el deber de proteger de manera oficiosa.

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

RESUELVE:

Inadmitir la demanda de casación presentada por el apoderado del señor Silvio García Hurtado.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Comisión de servicio

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folios 115-123 Cuaderno Original No 1.

2 Folio 128 Idem.

3 Folios 179-196 Idem.

4 Folios 263-279 Cuaderno Original No 2.

5 Casación 19526 Auto del 10 de abril de 2003.

6 Casación 24686 de 21 de marzo de 2006, Casación 20886 de 8 de julio de 2004, Casación 22834 de 6 de abril de 2005, entre otras.

7 Folio 11-13 sentencia segunda instancia.