

Proceso n.º 32411

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado acta N° 152

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil diez (2010)

V I S T O S

La Corte decide respecto del cumplimiento de los presupuestos de lógica y debida argumentación de la demanda de casación presentada por la defensora de JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ, en contra del fallo de segundo grado proferido el 25 de agosto de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

H E C H O S

Fueron sintetizados por el juzgador de primer grado en la audiencia de individualización de la pena y proferimiento del fallo, así:

“La conducta del aquí procesado JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ se subsume en las previsiones del concierto para delinquir, estafa y falsedad en documento privado al haberse concertado con Edwin Rivas Sánchez, el otrora gerente de la entidad financiera BBVA y con Sandra Amalia Castellanos Arias, presunta contadora, para acreditar ante la institución financiera documentación espuria, conteniendo información para la

concesión de créditos de libre inversión a plurales personas que no la ostentaban, muy principalmente acreditando ser rentistas de capital, poseyendo automotores vinculados a la empresa Transponte Limitada de la cual era gerente JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ, créditos en total de 54 que fueron otorgados con mediación de tal empresa de transporte, siendo gerente JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ.”

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Por razón de los hechos narrados, previa orden de captura expedida por el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías en audiencia preliminar reservada del 27 de septiembre de 2007, el Juez Cuarto Penal Municipal de Garantías, en audiencia del 2 de octubre siguiente legalizó la privación de la libertad de JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ, le formuló imputación por las conductas punibles de concierto para delinquir, falsedad en documento privado, uso de documento público falso y estafa (artículos 340, 289, 291 y 247 del Código Penal), al tiempo que lo afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, sin que el procesado se allanara a la imputación formulada.

2. El escrito de acusación fue radicado por la Fiscal 142 Seccional de Palmira el 1º de noviembre de 2007. La actuación fue asignada al Juez 3º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad; dicho funcionario celebró audiencia de formulación de acusación el 12 de diciembre de 2007. En dicha diligencia, la fiscalía, de manera concordante con el escrito de acusación, imputó a OREJUELA VÁSQUEZ las conductas punibles de concierto para delinquir, falsedad en documento privado y estafa agravada por la cuantía (artículo 340 del Código Penal, modificado por la Ley 733 de 2002, y artículos 289 y 246 del mismo Estatuto, en asocio con el 14 de la Ley 890 de 2004). En la misma audiencia se fijó la fecha para la audiencia preparatoria, la

cual tuvo lugar el 23 de enero de 2008.

3. La audiencia del juicio oral se desarrolló en sendas sesiones del 26 de febrero, 3 de marzo, 7, 8, 9 de abril, 20 y 22 de mayo de 2008; en esta última, el juez anunció el sentido condenatorio del fallo, mientras que el incidente de reparación integral se celebró en audiencias que tuvieron lugar los días 6 y 18 de junio y 18 de agosto de 2008. La audiencia de individualización de pena y proferimiento del fallo se realizó el 25 de agosto siguiente, previo pronunciamiento de los intervinientes respecto del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

En dicha diligencia, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento, condenó a JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ a las penas principales de 5 años de prisión y multa equivalente a 66,6 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, por los delitos de concierto para delinquir, falsedad en documento privado y estafa en concurso heterogéneo (artículo 340 del Código Penal, modificado por la Ley 733 de 2002 y artículos 289 y 246 del mismo Estatuto, en asocio con el 14 de la Ley 890 de 2004), al tiempo que lo condenó al pago de los perjuicios ocasionados por las conductas punibles, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le concedió la prisión domiciliaria.

4. La decisión fue apelada por el defensor del procesado y confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Buga, a través de decisión del 30 de abril de 2009.

Inconforme con la decisión del Tribunal, la nueva apoderada de OREJUELA VÁSQUEZ interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó oportunamente la correspondiente demanda.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La defensora del procesado propone cuatro cargos, así: el primero de nulidad, la cual hace consistir en la violación al debido proceso por yerros en el descubriendo de la prueba por parte de la fiscalía.

A través del segundo, reprocha la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 340 y 289 del Código Penal, pues –según dice– los hechos que se tipificaron como concierto para delinquir no corresponden a esa denominación sino a la coautoría de estafa, mientras que el punible contra la fe pública forma parte de los elementos del delito contra el patrimonio.

El tercer cargo, orientado también como violación directa de la ley sustancial, pretende que, por favorabilidad en la coexistencia de normas, se descarte el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, toda vez que para el 2007, año en que ocurrieron los hechos del proceso, había territorios del país donde aún no estaba vigente la aludida norma.

Por medio del último cargo, la recurrente pregona, una vez más, la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 246 del Código Penal (estafa), pues la conducta del procesado no corresponde a dicho delito sino a un incumplimiento de contrato.

Sus argumentos son los siguientes:

Primer cargo (principal): nulidad por indebido descubrimiento probatorio por parte de la fiscalía.

Al tenor de la segunda causal de casación que describe el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 y conforme el principio de prioridad, la impugnante aduce la violación al debido proceso y al derecho de defensa de conformidad con los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 457 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

En demostración de la censura, sostiene que durante la audiencia preparatoria la fiscalía puso de manifiesto una gran cantidad de pruebas que pretendía hacer valer en la audiencia del juicio oral, las cuales no fueron descubiertas en la debida oportunidad, motivo por el cual no pudieron ser controvertidas.

El acusador -dice la recurrente- se limitó a entregar una relación de las pruebas documentales y a anunciar que éstas se encontraban bajo la custodia del CTI “en un lugar seguro y oculto” de la ciudad de Yumbo (Valle), con lo que no hizo el descubrimiento probatorio de la manera debida, esto es, entregando a la defensa copia de los documentos. No obstante lo anterior, el juez tomó en consideración dichas pruebas para demostrar la materialidad de los delitos y la responsabilidad del procesado.

La irregularidad pregonada atenta contra los principios de la igualdad de armas, imparcialidad del juez e inmediación, pues las partes solamente pueden hacer valer las pruebas que sean oportunamente descubiertas y deben disponer de las mismas posibilidades defensivas, mientras que el funcionario judicial no puede ordenar de oficio la práctica probatoria y solamente puede apreciar las que hayan sido legalmente arrimadas al proceso, debidamente anunciadas y descubiertas en la audiencia preparatoria, como así lo prescribe el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, sin que sea admisible que, como lo afirmó el ad-quem, dicha omisión pueda ser convalidada por el defensor.

Sostiene la impugnante que la nulidad recae, entonces, sobre las sentencias de instancia por haberse fundado la de primer grado en la prueba que no fue descubierta por quien tenía el deber de hacerlo, y haber avalado la del ad-quem el razonamiento del a-quo.

Con fundamento en los anteriores argumentos, la defensora solicita a la Sala que decrete la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria a efecto de que se retrotraiga la actuación y se subsane la irregularidad planteada.

Segundo cargo: violación directa de la ley sustancial.

A través del la causal de casación de que trata el numeral 1º del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la demandante sostiene que el fallador aplicó indebidamente los artículo 340 y 289 del Código Penal, pues los hechos demostrados permiten inferir, por una parte, que no existió el concierto para delinquir sino una coautoría en el delito de estafa y, por la otra, que la falsedad en documento privado es un elemento de la misma conducta punible contra el patrimonio.

La libelista precisa que “el aspecto material del reato se encuentra debidamente probado en el expediente y frente a ello la defensa no eleva discusión al respecto”. Y agrega: “los hechos aceptados en la decisión de condena y la valoración probatoria acogida por las pruebas lleva a determinar que en realidad no se tipificó un delito de concierto para delinquir sino que ese concierto o acuerdo de voluntades entre las personas involucradas corresponde a la figura de la coautoría”. Así, tras citar jurisprudencia de la Sala, sostiene que “los hechos y las pruebas llevarían a determinar que mi defendido y demás personas involucradas en el reato concurrieron a un acuerdo de voluntades, pero única y exclusivamente para defraudar las arcas de la entidad bancaria, aprovechando la coyuntura que les ofrecía la ubicación del señor Edwin Rivas Sánchez”.

En apoyo de su tesis, la impugnante dice que la coautoría requiere de la concurrencia de al menos dos voluntades con dominio del hecho y aporte relevante, lo cual coincide con el hecho que aquí tiene lugar toda vez que varias personas pactaron la comisión de una estafa en contra del Banco BBVA, “ello ante la inexistencia de una bien organizada empresa criminal que tuviera como ‘objeto social’ la defraudación de entidades financieras”.

Lo propio -insiste- cabe decir respecto del delito de falsedad en documento

privado, pues, según los hechos y las pruebas valoradas por la sentencia, la conducta contra le fe pública no fue otra cosa que el medio engañoso que configuró el delito de estafa. Es así que “todo indicaría que estaríamos frente a la figura de un concurso aparente de tipos penales entre el delito de estafa y la falsedad en documento privado”. Lo anterior –sostiene-, por cuanto “merced a estas constancias relacionadas con la afiliación de unos rodantes a la empresa de transportes que gerencia [JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ] se burlaron los controles de la entidad crediticia y se pudo materializar el delito contra las arcas del Banco BBVA”.

Por las razones precedentes, solicita a la Corte que case el fallo y, en consecuencia, descarte los cargos por concierto para delinquir y falsedad en documento privado y redosifique la pena.

Tercer cargo: violación directa de la ley sustancial.

La recurrente se apoya en la misma causal de casación que orienta el cargo precedente para reprochar, esta vez, que el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Explica, en apoyo de su postura, que para la época en que los hechos tuvieron ocurrencia (año 2007), en una parte del territorio nacional no había entrado a regir el sistema acusatorio; de manera que por razón de la favorabilidad que opera ante la coexistencia de normas, lo procedente habría sido aplicar la Ley 599 de 2000, sin el incremento punitivo previsto en la Ley 890 de 2004.

Por lo anterior, la libelista pide a la Corporación que restablezca la garantía de la favorabilidad penal y proceda a la redosificación de la pena.

Cuarto cargo: violación directa de la ley sustancial.

Una vez más, a través de la causal de violación directa de la ley sustancial, la libelista denuncia que el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 246 del Código

Penal, toda vez que “una secuencia fáctica y valoración probatoria” conduce a excluir la comisión del delito de estafa y predicar, en su lugar, el incumplimiento de una obligación civil.

Lo anterior, sostiene, porque el delito de estafa reclama la existencia de maniobras engañosas que generen error en la víctima, circunstancia que no se configura en este caso, pues el objeto de los bancos es precisamente financiar personas naturales o jurídicas que demuestren una capacidad económica para pagar los créditos.

En concordancia con ello, los declarantes que comparecieron al juicio señalaron que personalmente acudieron a la sede del Banco BBVA de Palmira y fue así que, gracias a la documentación presentada, obtuvieron el desembolso pretendido; así lo demostró el informe de auditoría de la firma McLaren. Por otra parte, la garantía de esas obligaciones venía dada por las constancias de afiliación de unos vehículos a la empresa de transporte gerenciada por JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ, vehículos que el banco afectado reconoce y cuyo valor oscilaba entre los 50 y 90 millones de pesos, de manera que –infiere la recurrente- las obligaciones se hallaban plenamente respaldadas y los pagos de los créditos regularizados, por lo que –afirma- el delito de estafa “adolece(sic) de asidero lógico y probatorio”.

Insiste en que “si como se deja visto se verificaron una pluralidad de desembolsos de créditos, y los pagos de los mismos se estaban surtiendo de acuerdo a los lazos pactados por las partes, es evidente que no estamos frente a una estafa, sino a una relación contractual del derecho civil”.

En conclusión, indica, los hechos y las pruebas reconocidos en las diversas instancias apuntan a que se trata de una relación contractual.

Con fundamento en las anteriores consideraciones solicita a la Corte que case el fallo y, en su lugar, decrete la cesación de procedimiento a favor del procesado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Sea lo primero advertir que a la Sala le asiste competencia para resolver sobre los requisitos de admisibilidad de la demanda de casación, conforme la competencia que fija el artículo 32-1 de la Ley 906 de 2004, en asocio con el inciso 1º del artículo 184 del mismo Estatuto.
2. Ahora bien, en el nuevo el sistema procesal, la casación se concibe como un medio de control constitucional y legal que procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia con ocasión de los procesos, a través de los cuales se investigan y juzgan comportamientos punibles, cuando las decisiones proferidas, o bien el trámite surtido, afectan derechos o garantías procesales. Por lo mismo, ha de concluirse que este recurso extraordinario es consecuencia natural de la función que ejerce la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, según lo determina el artículo 235 de la Carta, y, por ende, guardiana de los fines primordiales contemplados en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

De acuerdo con la Ley 906 de 2004, para que la demanda sea admitida, el libelista debe acreditar el interés que le asiste para recurrir a esta sede extraordinaria, así como la afectación de derechos o garantías fundamentales; para ello, deberá formular y desarrollar los correspondientes cargos y, por supuesto, demostrar la necesidad de intervención de la Corte para lograr algunos de los fines establecidos para la casación, según lo previsto en el artículo 180 de esa normatividad, es decir, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia, propósitos que, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte, son los mismos del proceso penal, lo que explica que las causales de casación tengan un diseño dirigido a lograr esos fines.

Por lo tanto, “el recurso extraordinario de casación no puede ser

interpretado sólo desde, por y para las causales, sino también desde sus fines, con lo cual adquiere una axiología mayor vinculada con los propósitos del proceso penal y con el modelo de Estado en el que él se inscribe.”

“En otros términos, las causales determinan la forma en que procede denunciar la ilegalidad o inconstitucionalidad del fallo y de conducir el debate en sede extraordinaria, pero ellas no son un fin en sí mismo para la viabilidad del recurso, pues éste debe determinarse por la manifiesta configuración de uno o varios de los motivos normativamente establecidos para lograr el desquiciamiento de la decisión impugnada.”

“Claro que por razón de esto no puede llegar a entenderse que el recurso haya sido morigerado en extremo, al punto de quedar librado a la simple voluntad de las partes, sin referencia a ningún parámetro legal, y que se convierta en una fórmula abierta para controvertir sin mas las decisiones judiciales según el albedrío del casacionista, lo cual repugna a la noción de debido proceso constitucional, pues la admisibilidad al trámite y la prosperidad de la pretensión queda condicionada a la demostración del interés en el censor, la correcta selección de las causales, la coherencia de los cargos que a su amparo pretenda aducir, y la debida fundamentación fáctica y jurídica de éstos, además de la necesidad de acreditar cómo con su estudio se cumplirán uno o varios de los fines de la casación”¹.

En consecuencia, el recurso extraordinario no es un instrumento que permita continuar el debate fáctico y jurídico llevado a cabo en el agotado proceso y, por lo tanto, no es procedente realizar toda clase de cuestionamientos a manera de instancia adicional a las ordinarias del trámite, sino que debe ser un escrito claro, lógico, coherente y sistemático en el que, al tenor de los motivos expresa y taxativamente señalados en la ley, se denuncian errores, bien sea de juicio o de procedimiento en que haya podido incurrir el sentenciador, procediendo a demostrarlos dialécticamente y evidenciado su

trascendencia, para de esa manera concluir que la sentencia no resulta acorde con el ordenamiento jurídico, cuya desvirtuación – reitera la Sala- compete al libelista.

3. Cotejado el contenido de la demanda objeto de estudio frente a la realidad procesal y a los presupuestos anteriormente reseñados, desde ya la Corte anticipa su postura en el sentido de que habrá de inadmitirla, en la medida en que el cargo principal de nulidad fundado en la violación al debido proceso y al derecho de defensa, vicios que la libelista hace consistir en el indebido descubrimiento de la evidencia documental por parte de la fiscalía, la Corporación encuentra que la censura así formulada desconoce que la realidad procesal muestra a las claras que la prueba fue debidamente descubierta y dada a conocer por el ente acusador, y que la defensa, en su momento - y gracias a la libertad de gestión que naturalmente le asiste- no manifestó interés alguno por hacer uso de ella, y tuvo la oportunidad de controvertirla en su momento. Y en lo referente a los cargos subsidiarios de violación directa de la ley sustancial los razonamientos que los sustentan carecen de trascendencia para acreditar el yerro que pregonan.

Véanse más a fondo los anteriores asertos:

4. A través del cargo de nulidad, la recurrente reprocha que la fiscalía no descubrió la prueba documental a la defensa (las 54 carpetas con los soportes originales de los créditos) y que, en su lugar, se limitó a hacer una relación de ella y a precisar que se hallaba ubicada en una sede localizada en la ciudad de Yumbo, al cuidado del CTI.

En contraste, la actuación procesal surtida demuestra que la fiscalía, así como el interviniente en representación de las víctimas y el juez de conocimiento garantizaron al defensor el acceso a la evidencia documental que extraña.

Así consta en el registro sonoro de la audiencia de formulación de acusación y, de manera más resumida, en el acta correspondiente que obra en la carpeta principal (fl. 66). Allí aparece cómo la fiscalía manifestó su intención de hacer valer como prueba el testimonio de los investigadores de campo quienes, a su vez, habrían de introducir los documentos relativos a los créditos, es decir las ya mencionadas 54 carpetas.

Así mismo, se escucha en el registro que el representante de las víctimas ofreció a la defensa copia de los documentos que se encontraban bajo custodia del CTI en Yumbo, sin que la defensa hiciera comentario alguno frente al descubrimiento realizado por el fiscal, o bien frente al ofrecimiento del apoderado de las víctimas. Así se expresó la fiscal en la audiencia de formulación de acusación:

“... de la misma manera [solicito se tenga como prueba] el informe del investigador de campo de 25 de octubre de 2007, relacionado con los 59 créditos otorgados por intermediación de JOSÉ TOMAS OREJUELA y/o Transpornorte, en visita adelantada por el investigador del CTI de PuertoTejada Alba Lucía Solís Ramírez, quien lo introducirá y de quien igualmente la Fiscalía precisa sea escuchada en testimonio... informe de investigador de campo de noviembre 19 de 2007 acerca de la múltiple documentación proporcionada por el BBVA relacionada con los créditos investigados, lo suscribe Tito León Aguirre quien lo introducirá y de quien se solicita sea escuchado en testimonio... informe de investigador de campo de noviembre 26 del año cursante mediante el cual se informa de la obtención de las 109 carpetas de los créditos investigados en documentos originales, lo introduce Adriano Parra del Cuerpo Técnico de Investigación de Palmira” (minuto 18).

Corrido el traslado al defensor y al procesado de la petición probatoria del fiscal, aquellos guardaron silencio. Enseguida, el representante de las víctimas recavó en la necesidad de dar a conocer a la defensa la documentación aludida:

“... yo quisiera consignar, o mejor que la fiscalía relacionara la evidencia que se encuentra en Yumbo; nosotros poseemos en este momento un inventario de la evidencia documental que está en Yumbo, que sirvió de soporte para efectos de los informes que el señor fiscal ha enunciado. Yo entiendo perfectamente que la intención es ingresar tales documentos con los investigadores en el juicio oral, pero sí creo oportuno que la defensa conozca el inventario de la relación de la evidencia que posee la fiscalía en este momento en los almacenes de Yumbo, para el efecto de que pueda dirigirse allá en el período del descubrimiento y pueda constatar cuál es la documentación que sirvió de soporte a los informes. Y lo segundo, porque yo entiendo que el acto de descubrimiento es un acto complejo que inicia con el acto de acusación y termina con la audiencia preparatoria... yo creo que es importante en este espacio que en la audiencia preparatoria traigamos la evidencia documental del almacén de Yumbo para efectos de proceder de conformidad con el artículo 426 numeral 2. Mi solicitud, entonces su señoría, se la concreto. Uno: que podamos hacer una relación, un inventario de la evidencia que sirve de soporte para las investigaciones de campo; yo poseo en este momento el inventario de toda la evidencia que está en el almacén de Yumbo, no tengo el más mínimo inconveniente de pasárselo a la defensa para que pueda corroborar en este período de descubrimiento qué es lo que hay en el almacén, yo perfectamente puedo pasarle este documento; segunda solicitud: que esa evidencia se traiga, haga parte, de la audiencia preparatoria, a efecto de acudir a lo estipulado en el numeral dos del artículo 426, para efecto del reconocimiento de parte...”

Ante dicha petición, el Juez de conocimiento repuso:

“La relación de inventario de evidencia se introduce a través de la fiscalía y se hará traslado para conocimiento a las partes, como parte integral del escrito de acusación; entonces, nos dirá el representante de las víctimas cómo va a hacer el traslado de esa información a las demás partes, si por copias...”

El representante de las víctimas, entonces, aclaró la siguiente al cuestionamiento del juez:

“Sí, su señoría, si quiere le menciono, es un documento de 55 páginas, elaborado por la firma Maclarens Investigaciones que presentó un informe preliminar de investigación dentro de la etapa preprocesal. Este documento bien puedo entregárselo a la defensa, ahora al Ministerio Público y a la Fiscalía se lo entrego cuando pueda tomar otra copia al respecto, en este documento están relacionadas las entrevistas que pudimos cotejar, las otras sí están relacionadas por parte de la fiscalía... dentro de las 109 carpetas que menciona el señor fiscal está relacionado caso por caso de los diferentes trámites que se fueron haciendo, nosotros tenemos aquí la siguiente relación que no la voy a mencionar una a una, salvo que Usted opine una cosa diferente porque creo que es la evidencia que está allá, el señor defensor puede corroborar el inventario y en caso de que algo de lo que esté aquí mencionado no esté en los depósitos de Yumbo, pues en la audiencia preparatoria bien podemos dilucidarlo por la solicitud que pido que se traiga la evidencia acá... entonces su señoría me permito hacerle entrega en 55 páginas en documento informal a la defensa del inventario de la evidencia que se encuentra en el almacén de evidencia en Yumbo y estamos conformes que este inventario haga parte del descubrimiento probatorio y del caudal de evidencia que ingresará al juicio, permiso Señor Juez ”.

Por su parte, el funcionario judicial agregó:

“Bien puede hacerlo..., presento este descubrimiento para que haga parte de la acusación” (minuto 35-47).

Enseguida, el Juez de la causa requirió a la defensa para que formulara su solicitud de descubrimiento de prueba, requerimiento frente al cual guardó silencio en estos términos: “por el momento ninguno, señor juez”. El funcionario judicial le insistió al defensor sobre la posibilidad de pedir copias de los elementos materiales probatorios de

la fiscalía, o la de controvertir la inimputabilidad, a lo cual el apoderado reiteró su desinterés: “la defensa no considera pertinente hacer ningún examen de inimputabilidad con respecto al acusado” (1 hr, 23’).

Ahora bien, en la audiencia preparatoria del 23 de enero de 2008 el juez de conocimiento decretó la práctica de las pruebas testimoniales y documentales requeridas por la fiscalía, al tiempo que el defensor del procesado dijo no tener observación alguna respecto del descubrimiento probatorio realizado por la fiscalía en la audiencia de formulación de acusación y, más aún, precisó que no tenía elemento probatorio que descubrir en la diligencia (minutos 8-9). Una vez más, el apoderado de las víctimas insistió en la relación de la prueba documental a efecto de que la fiscalía la hiciera valer como prueba en el juicio (minuto 17-24) y fue así que hizo relación de todas y cada una de las carpetas en las que constan los créditos investigados.

A su turno, el apoderado del enjuiciado enunció las pruebas testimoniales que pretendía hacer valer en el juicio. Y, respecto de las documentales (minuto 47-56), mencionó las siguientes: dos declaraciones extrajuicio, certificaciones suscritas por numerosos ciudadanos del municipio de Puerto Tejada, constancias firmadas por el representante del Fondo de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana sobre vinculación del procesado, certificación suscrita por el gerente de Trans Riopalo, certificación de la secretaria del Concejo Municipal de Puerto Tejada respecto del cumplimiento de sus obligaciones por parte del enjuiciado, documentos suscritos por los presidentes de las Juntas de Acción Comunal de los barrios Santa Helena y La Ceiba del mismo municipio, y otros documentos provenientes de las Centrales Eléctricas del Cauca, Fondo Nacional del Ahorro, Programa Midas de USAID, Empresa de Transportes Río Cauca y Banco BBVA. Por último, requirió que el BBVA allegara la documentación referente a los 54 créditos avalados por la firma Transpronorte Ltda (minuto 59).

Concluido lo anterior, el funcionario judicial corrió traslado a los intervinientes a efecto

de que se pronunciaran sobre la exhibición de elementos materiales probatorios, sin que el defensor hiciera comentario alguno en tal sentido. Por su parte, el representante de la víctima solicitó al juez le concediera un término razonable al defensor para que conociera la evidencia que en su momento se hallaba en la sede del CTI ubicada en el Municipio de Yumbo, petición frente a la cual el director de la diligencia respondió que la carga probatoria, así como su descubrimiento, le corresponde a la fiscalía, dada la naturaleza adversarial del proceso de tendencia acusatoria.

Enseguida, requeridos los todos intervinientes para precisar su solicitud probatoria, el defensor del procesado formuló y justificó su petición de práctica de prueba testimonial, y pidió que el BBVA allegara al proceso los extractos bancarios o movimientos realizados en las cuentas de Transpornado, o en la personal del procesado, entre enero y septiembre de 2007 (minuto 45 al 61, segundo archivo del CD correspondiente).

Así las cosas, el juez de la causa dispuso la práctica de las pruebas solicitadas por la fiscalía, al tiempo que denegó, por impertinentes, las testimoniales relativas a los negocios celebrados por el procesado y la designación de perito solicitadas por la defensa.

Ahora bien, respecto de la petición de prueba documental formulada por el defensor, el juez la apreció como una solicitud de exhibición y, comoquiera que el apoderado de las víctimas manifestó su imposibilidad de tener acceso a ella para suministrarla a la defensa -por cuanto, según dijo, los documentos se hallaban en poder de la fiscalía- el funcionario judicial puntualizó lo siguiente:

“Se informa a la defensa que a dicha documentación puede tener acceso mediante una solicitud y una acreditación, de defensor en este caso, para que pueda incluso hasta adquirir algunas copias de dicho material probatorio, ordenando a la fiscalía permitir el

acceso a la defensa a dicha documentación, con el respeto de la cadena de custodia” (1hr 44´ minutos).

Por último, en la audiencia de juicio oral, en su sesión del 8 de abril de 2008, el juez de conocimiento preguntó al defensor si tenía conocimiento de los documentos constitutivos del soporte del informe contable rendido por el perito del CTI Tito León Aguirre García; y, aún cuando el aludido interviniente respondió de manera negativa, la fiscalía lo desmintió inmediatamente al exhibir y enseñar al juez de conocimiento la autorización expedida al apoderado suplente para obtener copia de toda la documentación que en algún momento reposó en la sede del Municipio de Yumbo del CTI, constante aquella en 109 carpetas, autorización que el defensor principal admitió que en realidad sí conocía.

Ante lo evidenciado, el director de la vista pública exhortó al togado para atenerse a la verdad en el asunto así abordado, y concluyó en que la documentación si fue conocida oportunamente por la defensa del enjuiciado y, en consecuencia, fue introducida por el perito contable Tito León Aguirre² (minutos 17 al 29 y 44 del primer archivo del CD que contiene la audiencia pública en su sesión del 8 de abril de 2008).

El detallado recuento procesal precedente deja ver a las claras, por una parte, el desinterés del defensor del procesado por conocer las carpetas que contienen la documentación referente a los créditos investigados, aún cuando los demás intervinientes y el juez de la causa manifestaron su intención de dársela a conocer y permitirle el acceso a ella. Más aún, la actuación procesal muestra cómo la defensa recibió la autorización para acceder a la documentación que extraña, no obstante lo cual -de forma por demás desleal con el proceso, tal como lo hizo ver el director de la audiencia- pretendió negar ese conocimiento.

Así las cosas, surge nítido de la actuación procesal que a la defensa -pese a su

desinterés y su conformidad con el descubrimiento probatorio por parte de la fiscalía- se le garantizó el acceso a la evidencia física, con lo cual se materializó a su favor los principios rectores de la publicidad, inmediación e igualdad de armas. Véase, además, que el acceso de la documentación al proceso fue legal y oportunamente dispuesto, y se introdujo a través del perito contable del CTI, con la controversia que efectivamente realizó la defensa en su momento (así consta en el tercer archivo del CD que contiene la sesión de audiencia del 8 de abril de 2008 y en la sesión del 9 de abril de mismo año). Más aún, no obstante que el juez de conocimiento advirtió que a la documentación tuvo oportuno acceso la defensa, con todo accedió a la suspensión de la audiencia del juicio oral al efecto de que el apoderado judicial del procesado dispusiera de un término adicional para estudiar la documentación.

Es necesario precisar que dada la naturaleza adversarial del sistema acusatorio el director del juicio debe asegurar a todos los intervinientes el acceso a la evidencia que ha de ser introducida en el juicio a fin de ser tenida como prueba; es así como se materializa una de las aristas del principio de igualdad de armas. Pero la garantía no puede avanzar hacia asegurar el uso que el interviniente pueda hacer -o no- de la evidencia, pues eso hace parte de autonomía que la asiste para orientar su propia gestión defensiva.

En conclusión, el argumento que desarrolla el cargo de nulidad, comoquiera que desconoce la realidad procesal, deviene en intrascendente, motivo por el cual no será admitido a esta sede extraordinaria.

5. A través del segundo cargo, orientado por la vía de la violación directa de la ley sustancial, la casacionista sostiene, en síntesis, que “los hechos aceptados en la decisión de condena y la valoración probatoria acogida por las pruebas lleva a determinar que en realidad no se tipificó un delito de concierto para delinquir sino que ese concierto o acuerdo de voluntades entre las personas involucradas corresponde a la figura de la coautoría” en delito de estafa, al tiempo que aduce que el delito de falsedad no se

configura, pues dicha conducta no es otra cosa que el mecanismo engañoso que tipifica la estafa.

La vía de censura que escoge la recurrente le permite a la Corte precisar, como de tiempo atrás lo ha decantado su jurisprudencia, que la violación directa de la ley sustancial se relaciona con la equivocación en que incurre el juzgador de manera inmediata, es decir, sin mediar un yerro en la apreciación de la prueba, al realizar el juicio de derecho, es decir, al aplicar la normatividad que corresponde a los hechos materia de juzgamiento.

La equivocación aludida se manifiesta a través de tres variaciones, así: la primera, denominada falta de aplicación o exclusión evidente, se presenta cuando no se aplica la norma que corresponde porque el juez yerra acerca de su existencia; a través de la segunda, denominada aplicación indebida, el sentenciador efectúa una falsa adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la disposición; en la última, conocida como interpretación errónea de la ley, los procesos de selección y adecuación al caso en cuestión son correctos pero, al interpretar el precepto, el juez le atribuye un sentido que no tiene, o bien le asigna efectos distintos o contrarios a su contenido.

Así mismo, ha señalado la jurisprudencia de la Corte, de manera reiterada, que cuando se invoca el cuerpo primero de la causal primera de casación, esto es, violación directa de la ley sustancial, el libelista no puede discutir la valoración de la prueba realizada por el sentenciador ni cuestionar la declaración de los hechos consignada en el fallo, pues toda su actividad debe estar dirigida exclusivamente a demostrar la equivocación en que incurrió el Tribunal al aplicar o al inaplicar la normatividad al caso concreto, así como el perjuicio irrogado por razón del yerro.

Ponderados los presupuestos anteriores frente al argumento que desarrolla la censura, la Sala encuentra que el discurso incurre en violación al principio de autonomía de

las causales pues, no obstante que pregona la violación directa de la ley sustancial y asegura que admite las conclusiones probatorias, termina por proponer un desacuerdo con la apreciación formulada por el juzgador.

En efecto, la censora sustenta su razonamiento en que los falladores de instancia se apoyaron en las conductas desplegadas por cada uno de los partícipes en las conductas punibles, esto es, el procesado JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ como representante legal de la empresa Transpornorte Ltda., Edwin Rivas Sánchez, Gerente del Banco BBVA de Palmira y la supuesta contadora Sandra Amalia Castellanos Arias para inferir de allí los elementos del concierto para delinquir.

En contraste, la demandante se limita a argumentar, con apoyo en la cita descontextualizada de un fallo de esta Corporación que se refiere al comportamiento punible de terrorismo, que “los hechos y las pruebas llevarían a determinar que mi defendido y demás personas involucradas en el reato concurrieron en un acuerdo de voluntades, pero únicamente para defraudar las arcas de la entidad bancaria”, afirmación con la que -como ya se advirtió- no pasa de cuestionar la apreciación probatoria del fallador, mientras que simultáneamente omite el análisis estrictamente jurídico de la figura que estima indebidamente aplicada, para luego sí enseñar a la Sala de qué manera resulta ostensible que no se cumplen sus presupuestos.

Lo anterior permite concluir que la casacionista omite la debida y suficiente argumentación del cargo, lo cual es más que suficiente para disponer su inadmisión; no obstante lo anterior, la Sala -a riesgo de transgredir el principio de limitación- encuentra -no sin dificultad- que del sustento del segundo cargo de la demanda parece inferirse que, por cuanto las conductas punibles desarrolladas tenían por objeto defraudar al Banco BBVA con sede en Palmira, ello impediría acreditar la indeterminación de las entidades delictivas, presupuesto del punible de que trata el artículo 340 del Código Penal.

Al respecto, la Corporación anota que –de haber interpretado de forma acertada el precario argumento del cargo- en ello no le asiste razón a la togada, comoquiera que dicha postura confunde la determinación de los fines del concierto –en este caso, la defraudación a la entidad bancaria- con la indeterminación de los comportamientos delictivos con los cuales habría de lograrse el propósito. Al respecto, la Sala se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Como el ser humano dirige su comportamiento hacia la conquista de las metas o fines que se propone, en casi todos los casos habrá un propósito final identificable; sin embargo, porque el fin último sea individualizable no se desvirtúa la existencia del concierto para delinquir, siempre que (...) para llegar a ese cometido se acepte la comisión de cuantos ilícitos indeterminados fuesen necesarios. En este evento, el concierto para delinquir no se predica a juzgar por la finalidad, pues, se insiste, es un delito de mero peligro, sino en consideración a los medios para conseguirla”.³

En la decisión citada, la Sala precisa, además, las diferencias entre el concierto para delinquir y la figura de la coautoría, que es en lo que radica el yerro del razonamiento que sustenta el cargo. Así se precisó:

“Así, se concluye que la coautoría es una modalidad de coparticipación criminal cuyo influjo se proyecta en la responsabilidad penal y la comunicabilidad de circunstancias, pero que nada tiene que ver con la tipicidad de los delitos que cometen los partícipes.

Del texto penal que describe el concierto para delinquir se extractan sus elementos estructurales, algunos coincidentes con los rasgos que caracterizan a la coautoría, pero otros permiten diferenciarlo en todo caso de ésta, y cuya concurrencia tratándose de la conducta reprochada a los integrantes de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes surge de hechos que la Sala encontró demostrados en lo cursado de la presente investigación y que fueron expuestos en las motivaciones que anteceden al

consignar el análisis de los medios de convicción legalmente recaudados a esta fase del proceso.

Tanto en el concierto para delinquir como en la coautoría y las demás formas de participación de varias personas en la comisión del delito se requiere de un número plural de agentes, pero contrario a lo que acontece en éstas últimas, donde esa concurrencia es puramente eventual, tratándose del concierto tiene el carácter de necesario, sin que la norma que lo tipificaba al momento de su comisión, como lo tipifica ahora, exija un número específico de concertados.

En el concierto, la acción incriminada consiste en asociarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades con permanencia en el tiempo. En la coautoría ese arreglo voluntario puede ser momentáneo u ocasional; pues la comisión del ilícito constituye la consecuencia de un querer colectivo que se manifiesta en la decisión y realización conjunta de la acción típica determinada de antemano en toda su especificidad, bien concurriendo cada uno de los plurales agentes a realizar de manera integral y simultánea el comportamiento reprimido en la ley -coautoría propia-, o mediante una división de trabajo con un control compartido del hecho o con su codominio, de manera que cada coautor al brindar un aporte objetivo a la ejecución del delito realiza la voluntad colectiva.”

Por su parte, el juzgador de segundo grado concluyó así la existencia del concierto para delinquir:

“Se establece que el juez de la causa, a pesar de la deficiencia en el manejo de la prueba por parte de la fiscalía, tuvo a su disposición todos los factores probatorios para concretar ese grado de certeza requerido para condenar. Este grado de conocimiento requerido para definir en derecho establece que se dio esa conjunción de voluntades para sacar ilícitamente del patrimonio del Banco BBVA dineros destinados a créditos

específicos para ser trasladados mediante engaño y utilizando documentos falsos al patrimonio de particulares.”

Fue de esta manera como las instancias hallaron demostrada la concertación de voluntades encaminada a la obtención de un fin delictivo en concreto, a través de la comisión de punibles en verdad indeterminados, pues no se conocía de antemano la identidad de cada uno de los numerosos ciudadanos que tomaron los créditos, el monto total de la defraudación, la época o fecha de cada uno de los créditos, o bien la cantidad y contenido de las conductas punibles contra la fe pública que deberían involucrarse para obtener el resultado querido.

No obstante, reitera la Corporación, la censura, por los motivos antes precisados, no atina a demostrar de qué manera el fallador aplicó indebidamente el artículo 340 del Código Penal, motivo por el cual el segundo cargo habrá de ser inadmitido.

Por último, en lo referente al argumento que trae la casacionista en el segundo cargo, según el cual el fallador aplicó indebidamente el artículo 289 del Código Penal que contempla el comportamiento punible de falsedad en documento privado por cuanto dicha conducta se entiende incluida dentro del punible de estafa y, por lo tanto, no es un delito autónomo, basta recordar aquí que la Sala ha sostenido de tiempo atrás que la estafa, como comportamiento que afecta el bien jurídico del patrimonio económico, bien puede concursar con otras conductas punibles que, a su vez, constituyen la maniobra engañosa que exige el tipo. De manera reiterada, la Corporación lo ha señalado en estos términos:

“Y en cuanto a que tampoco podía imputarse el delito de falsedad documental porque la acción estaba dirigida a la apropiación de los dineros de “Banagrario”, careciendo de un dolo específico para adulterar documentos, es palmaria la equivocada comprensión del concepto de acción final, la cual no excluye que en la ejecución de actos orientados

a la realización de determinado comportamiento típico y antijurídico, con cada uno de aquellos, el sujeto agente con conocimiento y voluntad, incurra en otras conductas igualmente sancionadas como punibles en el ordenamiento penal sustantivo.

En el presente evento, la situación fáctica debatida ilustra la ocurrencia o configuración de un concurso material heterogéneo de conductas punibles, y desde tal perspectiva fue acertada la atribución de cargos, y posterior condena, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, ambas en modalidad continuada.” (Rad. 24184 del 23 de septiembre de 2008)

Una vez más, la postura de la censora obedece la confusión entre el delito complejo y los delitos conexos, distinción que en la misma decisión la Corte precisó así:

“De otra parte, son igualmente infructuosas las afirmaciones del censor acerca de la configuración de un “concurso aparente de tipos” entre el peculado por apropiación y la falsedad en documento privado, con base en que se trató de un delito “único o complejo”, pues tal figura únicamente se presenta,

“...en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de éste o como circunstancia de agravación punitiva⁴. Los hechos apreciados aisladamente, si ello fuere posible, constituiría por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario, el complejo, el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos y situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos; el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, pues de no ser así se violaría el principio non bis in ídem⁵.

“... [N]o debe confundirse el delito complejo con los delitos conexos. El primero supone

que las distintas conductas estructuran un sólo hecho punible y los segundos la configuración de varios, jurídicamente autónomos, pero conexos ideológica, consecuencial u ocasionalmente⁶. Además, la noción de delito complejo supone algo más que un delito pluriofensivo o de ofensa múltiple. El primero implica que la estructura de un tipo reúne en una unidad dos o más tipos. El segundo no necesariamente exige un delito complejo, sino sólo una pluralidad de bienes jurídicos afectados.”⁷

Es claro entonces que no puede predicarse el concurso aparente de tipos que pregonan la libelista, pues de la estructura del tipo penal correspondiente a la conducta punible de estafa no se desprende que la maniobra engañosa en él prevista deba consistir necesariamente en un comportamiento contra la fe pública o en cualquier otra conducta punible; más aún, el engaño puede materializarse en una conducta penalmente irrelevante; en otras palabras, la descripción típica del delito de estafa no contiene en su materialidad otra conducta punible, motivo por el cual puede concursar con el delito que eventualmente se configure en el mecanismo engañoso.

En conclusión, el argumento que desarrolla el segundo cargo resulta intrascendente para acreditar la violación directa de la ley sustancial, razón por la cual el cargo será inadmitido por la Sala.

6. A través del tercer cargo, la demandante estima que el fallador no debió individualizar la pena a partir del incremento punitivo fijado por la Ley 890 de 2004, pues para la época de los hechos en una parte del territorio nacional aún no entraba en vigencia el sistema acusatorio. Estima, entonces, que por el principio de favorabilidad se debe redosificar la pena, excluyendo el incremento punitivo contenido en la referida Ley 890.

Sea lo primero advertir que a la impugnante no le asiste interés para traer a esta sede el reproche que presenta en este cargo, pues desconoce el principio de unidad temática

que debe existir entre las razones de la impugnación del fallo de primer grado y los motivos aducidos en sede extraordinaria de casación. Significa lo anterior que el interviniente deja ver su acuerdo con aquellos puntos del fallo que no hayan sido objeto de recurso ordinario, de manera tal que no le está dado denunciar por la vía extraordinaria aquello sobre lo cual el juzgador ad-quem no tuvo oportunidad de pronunciarse. Así lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación:

“... el interés jurídico que debe ostentar quien lo invoca... se manifiesta en la legitimidad, oportunidad y procedencia de la impugnación, pero además en la existencia de identidad temática entre los motivos que suscitaron el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y aquellos por los cuales se interpone la casación.”

“En este último aspecto el interés jurídico se reafirma en la idea de haberse brindado la oportunidad al juzgador de segunda instancia, en este caso el Tribunal Superior, de estudiar los puntos que se proponen como fundamento del ataque en casación, porque de no hacerse esa omisión se interpreta como una muestra de conformidad con la decisión adoptada en primera instancia.”

“Repetidamente, la jurisprudencia de la Sala ha sido enfática en exigir la demostración de la existencia de unidad temática entre lo que fue materia de discusión en las instancias con lo que se denuncia en casación, como presupuesto básico para la procedencia del recurso; así lo ha precisado:

“Carece de interés jurídico para recurrir en casación el procesado que, teniendo la oportunidad, no hubiere apelado la sentencia condenatoria de primera instancia, puesto que tal actitud comporta la aceptación del contenido material del fallo.”

“El silencio de los sujetos procesales que han tenido la oportunidad de apelar, materializado en no ejercitar dentro del término legal ese derecho, o en impugnar sólo por algunos motivos, comporta la correlativa aceptación de lo decidido por el Juez, en

todo, o en los puntos no cuestionados.

“Si ello ocurre, el principio de preclusión de los actos procesales concatenados que conforman la unidad lógico jurídica del proceso penal, impide que por fuera de la oportunidad que confiere la ley se intente censurar lo decidido por el Juez. Admitir lo contrario sería tanto como atentar contra el principio de la seguridad jurídica y, en determinadas condiciones, contra la inamovilidad de las decisiones de mérito.

“Debe existir identidad temática, de materia, conceptual o sustancial entre los motivos de disenso que se ponen en conocimiento del Tribunal Superior a través del recurso de apelación, y los cargos que más tarde se someten a consideración de la Corte en casación.

“La anterior línea jurisprudencial, que ahora se reitera, puede confrontarse, entre otras, en las siguientes sentencias: 16 de julio de 2001 (radicación 15488), 12 de diciembre de 2002 (radicación 17176), 27 de agosto de 2003 (radicación 16198) y 28 de noviembre de 2005 (Radicación 19840). De igual manera, en los siguientes autos: 8 de septiembre de 2004 (radicación 12584), 13 de abril de 2005 (radicación 22947) y 21 de marzo de 2006 (radicación 24686).”⁸

No obstante, aún cuando la Sala pasara por alto la anterior falencia -por sí misma suficiente para inadmitir el cargo- de todos modos advierte que la irregularidad que se reclama carece de materialidad, pues para el año 2007 -época de ocurrencia de los hechos- el sistema acusatorio, y de contera la Ley 890 de 2004, se hallaba vigente en el Distrito Judicial de Buga, conforme lo dispone el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal de 2004.

En tal sentido, recuérdese que la Corte Constitucional declaró que la implementación gradual del sistema acusatorio en el territorio nacional no viola los principios de igualdad y favorabilidad. Así se pronunció:

“Desde luego que para la Corte es claro que el principio de igualdad y el vigor y aplicación plenos del nuevo sistema resultan inexcusables en cada uno de los Territorios o Distritos Judiciales en los que ese sistema ya opera, en desarrollo de la norma demandada.

Y la norma demandada no vulnera el artículo 29 superior porque, como ya se indicó, una sana hermenéutica constitucional conduce a que la aplicación gradual de ese sistema no contraría sino que armonice con el principio de favorabilidad. Por ello, siempre que se trate de situaciones específicas, susceptibles de identificarse no obstante la mutación del régimen procesal, es posible que, de resultar ello más favorable, las normas del nuevo régimen se apliquen de manera retroactiva a procesos por delitos cometidos antes de su entrada en vigencia y de su aplicación progresiva.

En estas condiciones, la Corte ha resuelto el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones: La aplicación progresiva del Acto Legislativo 03 de 2002 en los distintos distritos judiciales del país, no vulnera los derechos de igualdad y debido proceso consagrados en los artículos 13 y 29 de la Carta Política. Por ese motivo, el artículo 530 de la Ley 906 de 2004 no vulnera la Constitución y debe ser declarado exequible.”⁹

Así mismo, esta Sala ha precisado que los incrementos punitivos fijados en la Ley 890 de 2004 “rigen en cada distrito judicial a partir del momento en que entre a operar el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004”¹⁰.

De manera que no existe irregularidad alguna en la aplicación del incremento punitivo que establece la Ley 890 de 2004 en la individualización de la pena contenida en la sentencia. Dicha decisión advirtió que de las tres conductas punibles que concursan la más gravosa es la correspondiente al concierto para delinquir, la cual tiene prevista una pena que oscila entre un mínimo de 4 y un máximo de 9 años de prisión, como efectivamente ocurre

al aplicar el incremento punitivo ya mencionado.

Son suficientes las anteriores precisiones para concluir en que el argumento que sustenta el tercer cargo de la demanda es del todo intrascendente para demostrar la violación directa de la ley sustancial que pregona la recurrente, motivo por el cual será inadmitido a esta sede extraordinaria.

7. Finalmente, por medio del cuarto cargo, la casacionista, una vez más, invoca la aplicación indebida del artículo 246 del Código Penal (estafa), toda vez que “una secuencia fáctica y valoración probatoria” conduce a excluir la comisión del delito de estafa y predicar, en su lugar, el incumplimiento de una obligación civil. Lo anterior –explica-, porque el delito de estafa reclama la existencia de maniobras engañosas que generen error en la víctima, circunstancia que no se configura en este caso, pues el objeto de los bancos es financiar personas naturales o jurídicas que demuestren una capacidad económica para pagar los créditos.

Ante todo, es preciso advertir que, tal como tiene lugar en el cargo anterior, la impugnante carece de interés para esgrimir el reproche que aquí formula, debido al evidente desconocimiento de la unidad temática que debe existir entre los motivos de impugnación de la sentencia por la vía ordinaria con aquel que se reclama en sede de casación.

En todo caso, aún cuando la Corporación entrara al estudio del reproche, encuentra que la tesis de la apoderada del procesado es desafortunada, toda vez que surge nítido que en el caso presente la conducta de JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ transgredió bienes jurídicos protegidos penalmente, en particular el patrimonio del banco defraudado, así como la fe y la seguridad pública. No de otra manera cabe concluir, si se considera que las certificaciones espurias suscritas por OREJUELA VÁSQUEZ, en las cuales hacía constar –sin que ello correspondiera a la realidad- que personas naturales tenían

vehículos afiliados a la empresa de transporte de la cual aquél era representante legal, para así demostrar una inexistente solvencia y respaldar el crédito solicitado al Banco BBVA, procedimiento con el cual el representante de la empresa de transporte, el gerente de la sucursal financiera y la presunta contadora cobraban un porcentaje del crédito al beneficiario.

Interpretar los hechos anteriores demostrados en el proceso, así como lo reclama la libelista, como si solamente fuesen el incumplimiento de una mera obligación civil desconoce el alcance de la conducta desplegada por el procesado y, en todo caso, contradice los claros criterios que la Sala ha fijado y reiterado de largo tiempo atrás sobre la tesis que aquí defiende la impugnante:

“(…) la Corte ha reiterado que hay eventos en que el negocio jurídico constituye el medio más idóneo para hacer incurrir a la víctima en error y, por consiguiente, vulnerar el bien jurídico tutelado del patrimonio económico, pues a través de este acto se le da visos de legalidad a un acuerdo de voluntades que está regido para una de las partes en la obtención de un provecho ilícito. Es así como en decisión del 10 de agosto de 2000, se dijo:

“...en que nada impide y por el contrario es un mecanismo inductivo en error para la comisión de esta delincuencia contra el patrimonio económico de muy frecuente empleo, que el agente se valga como medio de engaño de la celebración de negocios jurídicos, típicos o atípicos, que si bien como es natural entender están respaldados en normas de derecho o en todo caso son admitidas en la cotidiana práctica comercial, se utilizan para viciar el consentimiento de la víctima, conforme bien lo pone de presente el Procurador Delegado aconteció en este proceso, pues si bien como lo alega el libelista, en principio las partes involucradas en el contrato de compraventa lo suscribieron libremente, es esta una circunstancia aparente si se tiene en cuenta que nada distinto perseguía el timador con su celebración, que obtener un provecho, que en efecto se ha calificado ilícito, en la

medida en que para dicho cometido no solo se valió de una impostura económica y moral, sino que primó en sus actos posteriores el deseo de hacer suyo el inmueble objeto del acto negocial a sabiendas y sobre esa base de no cancelar ningún emolumento como contraprestación...”¹¹.

En providencia del 29 de agosto de 2002, se reiteró:

“...la permisibilidad de un contrato lícito no descarta la existencia de artificios o engaños, pues nada impide que la inducción o el mantenimiento en error tengan origen precisamente en la aparente sinceridad y legalidad de que se revista ese acuerdo de voluntades. Por eso, ha reiterado la Sala que el contrato en muchos casos resulta utilizado como medio idóneo para ocultar el verdadero ánimo de defraudar. Así por ejemplo en decisión de agosto 5 de 1992 con ponencia del magistrado Juan Manuel Torres Fresneda se dijo que:

‘...lejos de excluir el artículo 356 del Código Penal los contratos como medio de artificio o engaños que utilizados por el timador como simple apariencia de obligarse pueden generar error esencial en el ofendido, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la posibilidad de su empleo como parte de los medios defraudatorios, destacando justamente en aquellos la sutileza del ardid y su no infrecuente uso, al punto de sostener que:

“... pasan al campo penal la mentira o el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, por ejemplo, la existencia de una contraprestación, porque esta es la causa misma del acto o contrato según el derecho civil.

“ Si una parte engaña a la otra, por ejemplo, sobre su capacidad de pagar, haciéndole creer que la tiene cuando, en realidad, carece de ella, bien sea de modo absoluto o en forma que, de saber su situación, la otra no hubiera contratado, o cuando calla estando obligado a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una

mentira lícitos, sino plenamente delictuosos...” (Sentencia de casación del 23 de junio de 1982).¹²

Finalmente, entre otras, en sentencia del 12 de junio de 2003, se insistió:

“Es verdad que en ocasiones ‘... pasan al campo penal la mentira o el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, por ejemplo, la existencia de una contraprestación, porque es la causa misma del acto o contrato según el derecho civil’, pero la actividad inductora en error no se reduce sólo a no decir la verdad sino que la mentira o el silencio hacen parte de una compleja situación vivencial, a la que nada hay que añadir para que se produzca el efecto patrimonial deseado por el timador. Es, por decirlo de otra forma, el aprovechamiento de las circunstancias concretas en que se establece o permanece una relación social, personal o comercial específica, que le dan respaldo y hacen creíble la mentira.

“Téngase en cuenta que para la tipificación del delito de estafa no se requiere únicamente que se induzca o mantenga a otro en error sino que además se precisa que a este estado se llegue ‘por medio de artificios o engaños’ (artículo 356 del Código Penal de 1980, que corresponde al 246 del actual estatuto). Tal la razón para que se le califique como ‘delito de inteligencia para lograr el engaño’, como en alguna oportunidad lo recordó la Sala.

“Pero ciertamente, como lo señala la Delegada en su estudio, haciendo eco a la teoría de la imputación objetiva, ‘se considera que no todo engaño que pudiera concebirse causal respecto del resultado perjudicial permite la imputación del resultado a la conducta del autor, pues, de acuerdo con el argumento victimológico, la víctima debe acudir a los mecanismos de autotutela exigibles, porque será entonces punible el comportamiento capaz de sobrepasar la barrera de contención que supone la actitud diligente del perjudicado¹³’. 14

Se sigue de lo anterior, entonces, que no existe violación de la ley sustancial por la aplicación del artículo 289 del Código Penal que consagra la conducta punible de estafa. De allí que el razonamiento con el que la recurrente sustenta el último cargo de la demanda carezca de trascendencia y de debida y suficiente argumentación para acreditar la violación directa que denuncia, razón por la cual será inadmitido.

Acotación final.

8. Habida cuenta que contra la decisión de inadmitir la demanda de casación presentada a nombre del procesado JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 186 de la Ley 906 de 2004, es necesario precisar que como dicha legislación no regula el trámite a seguir para que se aplique el referido instituto procesal, la Sala ha definido las reglas que habrán de seguirse para su aplicación¹⁵, como sigue:

a) La insistencia es un mecanismo especial que sólo puede ser promovido por el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia por cuyo medio la Sala decida no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que ésta reconsidere lo decidido. También podrá ser provocado oficiosamente dentro del mismo término por alguno de los Delegados del Ministerio Público para la Casación Penal –siempre que el recurso no hubiera sido interpuesto por el Procurador Judicial–, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia inadmisoria.

b) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

c) Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del

Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de quince (15) días.

d) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

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

R E S U E L V E:

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora de JOSÉ TOMAS OREJUELA VÁSQUEZ.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 Casación 24026 del 20 de octubre de 2005, casación 24610 del 12 de diciembre de 2005, entre otras.

2 El juez de la causa hizo este pronunciamiento: “Voy a preguntarle a la defensa si usted conoce ese recibido de su abogado asistente”; el defensor responde: -“sí su señoría”. Entonces, se exhorta a la defensa respecto de las declaraciones fidedignas que debe hacer respecto a estas situaciones, pues aquí se prueba que evidentemente dicha documentación usted la tiene en su poder”.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia del 23 de septiembre de 2003, radicación No. 17089.

4 Sentencia de 15 de septiembre de 1983, radicación 22415.

5 Sentencias de 4 de octubre de 1968 y 3 de septiembre de 1971, citadas por Luis Carlos Pérez, Derecho penal. Partes general y especial, Tomo V, Bogotá, Editorial Temis, 1986, p. 209-210.

6 Sentencias de 4 de febrero de 1999, Rad. N° 11837 y 27 de agosto de 1999, Rad. N° 13433, entre otras.

7 Sentencias de 25 de julio de 2007 y 9 de abril de 2008, radicaciones N° 27383 y 22548, respectivamente.

8 Cfr. Sentencia del 11 de abril de 2007, con referencia 26297.

9 Corte Constitucional, sentencia C-801 del 2 de agosto de 2005.

10 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de marzo de 2007, radicación No. 26065.

11 Radicación No. 13247.

12 Rad. 15248. La decisión del 23 de junio de 1982, a su vez fue reiterada por la Corte en la sentencia del 15 de septiembre de 2004, Radicación No. 20559

13 Radicación No. 171968.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de abril de 2004, radicación No. 21908.

15 Providencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 24322.