

Proceso n.º 33173

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 98

Bogotá, D. C., siete (7) de abril de dos mil diez (2010)

V I S T O S

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de MANUEL EFRÉN MARTÍNEZ ARCOS contra el fallo del 24 de junio de 2009 por medio del cual el Tribunal Superior de Cali, confirmó la sentencia proferida el 8 de mayo del mismo año por el Juzgado Once Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó a la pena de VEINTICUATRO (24) MESES DE PRISIÓN e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, al hallarlo autor responsable del delito de hurto agravado. Así mismo, en calidad de cómplices condenó a Rosaliano Castillo Hurtado, Gregorio Páez Neira, Jairo de Jesús Rivera, Emperatriz Franco Castañeda y a Luz Adriana Cardona González a la pena de once (11) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico término.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Oscar Vergara Taborda en su condición de apoderado de Bancafé, el 28 de abril de 2000 denunció¹ que la Contraloría Regional de esa entidad en su informe evaluativo

0447 rendido el 4 de octubre de 1999 con ocasión de la auditoría interna llevada a cabo en la sucursal del municipio de Dagua, encontró que los funcionarios habían cometido numerosas irregularidades en las cuentas corrientes, de ahorros y en los créditos, etc., de los clientes de esa oficina, que dieron lugar a la apropiación de dineros en cuantía aproximada a \$181.000.000.

Señala que los empleados de la entidad bancaria MANUEL EFRÉN MARTÍNEZ ARCOS, gerente para esa época, Rosaliano Castillo Hurtado, Gregorio Páez Neira, Jairo de Jesús Rivera, Eduard Iván Durán, Emperatriz Franco y Luz Adriana Cardona González, encargados del manejo y la administración de los bienes se apoderaron de los mismos aprovechando la confianza depositada en ellos por la entidad.

Advierte que en el proceso interno adelantado contra los citados empleados, MARTÍNEZ ARCOS reconoció su participación directa y sindicó a sus demás compañeros de haber participado en los hechos.

Con fundamento en la denuncia instaurada por el abogado Óscar Vergara Taborda, el 23 de mayo de 2000 el Fiscal 155 Seccional de Fiscalía de Dagua declaró la apertura de instrucción contra MANUEL EFRÉN MARTÍNEZ ARCOS y los otros empleados involucrados en los hechos.

El 2 de mayo de 2001, MARTÍNEZ ARCOS fue oído en indagatoria y luego de la ampliación de la misma, el Fiscal 100 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, de Justicia y Otros de la ciudad de Cali, al resolver la situación jurídica² le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación ordenando su captura, como coautor de los delitos de peculado por apropiación en concurso con prevaricato por acción y falsedad en documento privado³.

El 3 de septiembre de 2003 el mismo Fiscal Seccional declara clausurado el ciclo

investigativo y el día 3 de diciembre de ese año, acusa formalmente a MARTÍNEZ ARCOS y a Edward Iván Durán como coautores de los delitos por los cuales había dispuesto su detención preventiva. A los demás vinculados⁴, los acusa como autores del delito de encubrimiento por favorecimiento. El 17 de septiembre de 2004, el Fiscal Octavo Delegado ante el Tribunal de Cali por vía de apelación confirmó la acusación en su integridad.

Al Juez Veintisiete Penal del Circuito de Cali le correspondió adelantar el juicio; en la audiencia preparatoria ninguna de las partes hizo peticiones y llevada a cabo la audiencia pública, dictó sentencia absolutoria a favor de Edward Iván Durán y condenatoria contra los demás acusados, fallo que el Tribunal anulara parcialmente al conocer de la impugnación, ordenando retrotraer la actuación hasta la vista pública para la variación de la calificación jurídica⁵.

En esa diligencia, se calificó la conducta como hurto agravado por las circunstancias relacionadas con la confianza, la participación de dos o más personas y la cuantía - numerales 2 y 10 del artículo 241 y 1 del artículo 267 del Código Penal-. En la sentencia de primera instancia se halló autor responsable de esa conducta a MARTÍNEZ ARCOS y cómplices a los demás partícipes, la cual fue confirmada en su totalidad por el Superior, siendo ésta el objeto de la impugnación extraordinaria.

DE LA DEMANDA

Cargo Único. Se denuncia la violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente del artículo 249 del Código Penal por aplicación indebida de los artículos 239 y 241 del mismo estatuto punitivo.

El demandante considera que el Tribunal erró en la selección de la norma, porque los hechos atribuidos al procesado se ajustan a la descripción típica del abuso de confianza y no a la del hurto agravado por la confianza.

Para sustentar el reproche, acude a lo sostenido por esta Sala en su decisión del 6 de septiembre de 2007 en materia de tipicidad y al auto del 26 de junio de 1997 en el cual se mencionan las diferencias entre ambas conductas, reiteradas en pronunciamientos posteriores que el actor cita⁶ y transcribe parcialmente.

Luego se refiere al abuso de confianza cometido por particulares sobre bienes del Estado y la solución jurídica frente a lo previsto en la ley 599 de 2000, para enseguida citar el antecedente jurisprudencial⁷ de acuerdo con el cual la Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal pidió, que a un empleado de Bancafé que se apropió de dineros de la entidad se le impusiera por favorabilidad la pena prevista para el abuso de confianza calificado, en vez de la prevista para el peculado por extensión.

Conforme con ella, advierte que MARTÍNEZ ARCOS reúne las mismas condiciones para que se le hubiera condenado por esa conducta, en tanto defraudó el patrimonio económico de una entidad que maneja dineros del Estado, a través de las irregularidades mencionadas por la Contraloría Regional del banco en su informe 0447 del 4 de octubre de 1999.

En su criterio, MARTÍNEZ ARCOS como gerente de la entidad tenía una relación con la víctima (el banco) y la cosa (el dinero), siendo este un vínculo jurídico que no “nace tan solo por la relación laboral con la entidad bancaria, sino que surge como consecuencia de la entrega en confianza de un bien” que recibe a título no traslativo de dominio, mientras que el apoderamiento propio del hurto exige “una relación con una situación con acento fáctico que el derecho valora como indeseable”.

Afirma que confrontada la tipicidad de ambos comportamientos se puede concluir que en el abuso de confianza el sujeto activo tiene la cosa en su poder, la cual se desplaza de su dueño al abusatario por título no traslativo de dominio y en su manejo goza de independencia, de modo que el procesado no comete el delito de hurto agravado con la

apropiación de los dineros que previamente el banco le entregó por un título precario reconocido por la misma entidad.

Se refiere a los pormenores que en el juicio condujeron a la modificación de la calificación jurídica, para señalar que en la audiencia pública llamó la atención sobre ella, porque la conducta de hurto se configura con el apoderamiento del bien sin la tenencia legítima, mientras que MARTINEZ ARCOS la tenía por su vínculo con la entidad bancaria, tesis que sin embargo no fue acogida por las instancias.

Finalmente, considera que si el Tribunal hubiera corregido la conducta reprochada habría declarado la extinción de la acción penal por prescripción con atención a la ejecutoria del acto calificadorio. Pide casar la sentencia para modificar la calificación jurídica y ordenar con fundamento en la tipificación correcta, la cesación del procedimiento por prescripción del delito de abuso de confianza.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada en lo Penal resalta que el hurto y el abuso de confianza son conductas tipificadas como delitos contra el patrimonio económico, que según la Corte al mismo tiempo que tienen varios aspectos similares también guardan diferencias, conforme lo señala en su decisión del 17 de septiembre de 2008, radicación 25423, en la cual hace una compilación de las decisiones más relevantes sobre el tema.

El problema jurídico planteado con la demanda tiene que ver si MARTÍNEZ ARCOS contaba con una tenencia legítima sobre los dineros de la oficina que le permitía manejarlos, o si por el contrario pese a la tenencia material de los mismos en razón de su cargo tenía una vinculación jurídica con los bienes, habiéndose aprovechado de su condición de empleado de confianza para apoderarse de ellos.

La acusación se relaciona con el otorgamiento de créditos sin atribuciones, la

autorización de su contabilidad por un valor mayor al aprobado, el reingreso al sistema de cartera de créditos castigados, la desviación de recursos para el pago de obligaciones, la amortización irregular de créditos con cargo a capital de una cuenta nacional, la actualización de obligaciones vencidas de sus familiares y el retiro de dinero de cuentas de ahorro sin autorización de sus clientes, operaciones con las que se apoderó de cuantiosas sumas de dinero.

Se estableció que MARTÍNEZ ARCOS no estaba autorizado para otorgar créditos, realizar operaciones de sobregiro, sobrecanje y remesas, sin importar su monto. Luego manipuló dineros de los clientes o del banco, sin contar con potestad para hacerlo.

La proximidad material que tenía con el objeto sobre el cual recayó la conducta, impide sostener como lo afirma el casacionista que los dineros le fueron entregados al procesado por un título traslativo de dominio que permita estructurar una tenencia legítima; por el contrario, aprovechó el cargo directivo, su condición de empleado de confianza para apropiarse de los dineros en detrimento del banco.

La Delegada comparte las conclusiones de las instancias, en razón a que el encausado no tenía ninguna clase de autonomía, ni siquiera precaria, sobre los dineros apropiados y esta ausencia de vínculo jurídico con el objeto apropiado, es la que marca la diferencia entre el delito de hurto agravado por la confianza y el abuso de confianza.

Concluye que los elementos que las diferencian son evidentes, porque incurrió en apoderamiento al no tener vínculo jurídico con los dineros, con los cuales tuvo una relación material con ocasión de su cargo debida a que los clientes no se lo entregaron o confiaron a título no traslativo de dominio, de modo que tampoco podía disponer de manera autónoma de ellos porque sus propietarios conservaron la facultad de disposición.

Señala que el precedente jurisprudencial citado por el recurrente no aplica a este caso,

porque los supuestos fácticos eran disímiles y el dinero apropiado público, lo cual permitió en virtud del cambio legislativo la variación de la calificación jurídica de la conducta.

Pide no casar la sentencia por el cargo formulado, ya que tampoco vislumbra la violación de garantías que amerite la intervención oficiosa de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ajustada como lo fuera la demanda, la Sala se pronunciará de fondo sobre los reproches propuestos en ella contra la sentencia del Tribunal sin que se ocupe en puntualizar las falencias de técnica que pudiera presentar, pues una declaración de tal naturaleza presupone el cumplimiento de los requisitos mínimos para que se hubiera dispuesto su trámite.

Cargo Único. En la demanda se aduce la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación -exclusión evidente- del artículo 249 del Código Penal que describe la conducta punible de abuso de confianza, originada en la aplicación indebida de los artículos 239 y 241.2 ibídem que tipifican el delito de hurto agravado por la confianza.

Una propuesta de tal naturaleza no resulta novedosa. Desde el Código Penal de 1936, la Corte había encontrado elementos comunes a las conductas de hurto y de abuso de confianza, como también elementos diferenciadores en la forma de la “acción” y en la relación del sujeto con la cosa⁸.

En el hurto el sujeto que no tiene en su poder la cosa mueble ajena se apodera de ella, sustrayéndola o removiéndola del lugar en el que su dueño, poseedor o tenedor la conserva; por el contrario, en el abuso el sujeto se apropia de la cosa mueble ajena que le ha sido voluntariamente entregada, consignada o confiada por un título que lo obliga a restituirla por no trasladar su dominio.

Se admitía que cuando la cosa mueble se hallaba al cuidado del sujeto que la sustrae, éste incurre en hurto agravado por la confianza y no en abuso de confianza, siempre que la relación mediante la cual la tuviera excluyera su depósito o entrega y la obligación de restituirla, por la carencia del título no traslativo de dominio que es lo que finalmente las diferencia.

Ambas conductas, en los códigos penales expedidos después del Código Penal de 1936 9, continúan siendo sustancialmente idénticas en su estructura y elementos típicos, por lo cual las similitudes y diferencias que la doctrina y jurisprudencia han encontrado se mantienen, sólo que ahora se les define desde un punto de vista dogmático jurídico.

De ahí, que frente a dichos delitos tipificados en el Decreto 100 de 1980 se siguiera reconociendo que

“Si hay similitudes entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza, también se presentan notorias diferencias; se emplea un verbo rector distinto; en el hurto el autor carece de poder jurídico sobre la cosa, mientras que en el abuso de confianza la detenta a título no traslativo de dominio; en el primero hay una relación de confianza de carácter personal con el propietario, mientras que en el segundo es indispensable entre ellos un nexo jurídico que los relacione con el bien.”¹⁰.

Así mismo, conforme con las configuraciones típicas, mientras en el abuso de confianza existe un poder o vínculo jurídico con el objeto, el título no traslativo de dominio, que implica la obligación de restituir la cosa confiada o entregada al sujeto, en el hurto agravado se establece una relación de carácter personal -confianza- con el dueño, poseedor o tenedor.

Por eso, se sostiene que en el abuso de confianza

“la cosa ha debido entrar a la órbita del agente “por un título no traslativo de dominio”, vale decir, que en ese delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.”¹¹.

Últimamente las diferencias se afrontan desde una perspectiva que involucra al bien jurídico, a la ontología de la conducta y al sentido normativo de la misma, de acuerdo con la cual el principio de lesividad permite encontrar diversas respuestas punitivas en los delitos contra el patrimonio económico, atendiendo a la gravedad, a la modalidad y a la intensidad del ataque al bien jurídico, que de ninguna manera significa abandonar el concepto de relación del sujeto con la cosa como núcleo diferenciador de ellas.

“Así se puede explicar, mediante una primera aproximación, la razón por la que, pese a su similitud y a proteger un mismo bien jurídico, los delitos de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza terminan distinguiéndose como expresiones de sentido que responden a diversas estructuras ontológicas y a una concreta modalidad de afección, las cuales el legislador extrae de la realidad y las sanciona de manera diversa, como corresponde a sus perfiles óntico y valorativo.

Por eso, nótese que la apropiación, como núcleo rector del tipo penal del abuso de confianza, contiene un juicio de valor que hace énfasis en la relación que surge entre la víctima y los bienes (la mera tradición), mientras que en el hurto, el apoderamiento, si bien también corresponde a una expresión jurídica, mira más a la ontología de la conducta, a una relación fáctica.

Si se quiere, en el abuso de confianza la apropiación tiene explicación en un marcado acento jurídico, pues ella surge como consecuencia de la entrega en confianza de un bien

que se recibe a título no traslativo de dominio, mientras que el apoderamiento en el hurto dice relación con una situación con acento fáctico que el derecho valora como indeseable.” 12.

En síntesis, en el abuso de confianza el sujeto se apropia de la cosa mueble que le fue entregada o confiada por un título que no traslada el dominio que sobre ella tiene su propietario, poseedor o tenedor; en el hurto agravado por la confianza el sujeto se apodera de la cosa mueble respecto de la cual entra o tiene contacto material en razón de la buena fe depositada en él, por su propietario o tenedor.

La confianza en la conducta furtiva agravada puede provenir de una relación laboral, de la amistad, del parentesco o de servicios gratuitos, siendo esencial que esa relación entre el dueño o tenedor y el sujeto sea la que facilite o posibilite el apoderamiento, porque lo que caracteriza al comportamiento es la defraudación de la confianza depositada en él.

Ahora bien, en la sentencia atacada que se tiene como unidad jurídica inescindible junto con el fallo de primera instancia, se precisa que la relación de confianza que existía entre la entidad y los procesados originada en el contrato laboral, de ninguna manera podía identificarse con la confianza generadora de la apropiación en el delito de abuso de confianza, dado que lo determinante en este caso es el vínculo jurídico con el bien, lo cual indica que él y los cómplices carecían de legitimación para tener el dinero.

Se dice que hubo un aprovechamiento de las circunstancias propias de la actividad laboral para llevar a cabo los actos de apoderamiento, derivada de su condición de gerente y de la confianza depositada en él por la entidad bancaria defraudada.

De ese modo, se agrega que los actos mediante los cuales MARTÍNEZ ARCOS y sus cómplices se apoderaron del dinero, relacionados con el otorgamiento de créditos a clientes sin tener atribuciones para concederlos, que fueron negados, nunca se

tramitaron por la oficina encargada o se contabilizaron por un mayor valor; el reingreso al sistema de cartera de la entidad de obligaciones castigadas y la actualización por capital e intereses de obligaciones vencidas a cargo de familiares suyos y de un tercero, no se asemejan a los que mudan la conducta furtiva en abusiva.

En efecto, la Corporación entendió que el gerente simplemente tuvo contacto material con los dineros depositados en la sucursal del mismo banco, pero que jamás le fueron entregados mediante un título no traslativo de dominio, de modo que la conducta se adecua al hurto agravado por la confianza depositada en él por su empleador.

No incurre en equívoco alguno el Tribunal al mantener incólume la calificación jurídica de la conducta punible atribuida a MARTÍNEZ ARCOS y a sus cómplices, porque a aquél tanto el banco como los clientes no le entregaron o le confiaron el dinero, esto es, carecía de la tenencia legítima propia del abuso y sus funciones relacionadas con la administración y el manejo de la sucursal, simplemente le permitían un contacto material con el mismo.

Es decir, que los actos ejecutados para su apoderamiento, posibles por la relación de confianza entre patrono y empleado surgida con ocasión del contrato laboral, descartan que el procesado tuviera la tenencia fiduciaria que permitiera dar por estructurada la conducta que reclama el recurrente. Ni hubo entrega ni tampoco le fueron confiados a título precario los dineros apropiados.

El precedente judicial traído en mención¹³, ninguna relación guarda con la conducta por la cual MARTÍNEZ ARCOS fue hallado responsable penalmente, pues en él se redosifica la pena impuesta a un condenado por el delito de peculado por extensión, conducta punible que en la ley 599 de 2000 se encuentra descrita en su artículo 250 bajo la denominación jurídica de abuso de confianza calificado.

En principio, porque la violación directa de la ley sustancial denunciada se refiere a la

exclusión evidente del artículo 249 del Código Penal que consagra el tipo penal de abuso de confianza simple, sin que en ninguna parte de la demanda se hubiera propuesto la falta de aplicación del artículo 250 del mismo estatuto punitivo, que vinculara a la Sala con la temática abordada en el precedente jurisprudencial que cita.

Adicionalmente, la condena impuesta a MARTÍNEZ ARCOS y a los partícipes por el delito de hurto agravado no se relaciona con el supuesto del peculado por extensión previsto en el artículo 38 del Decreto 100 de 1980 -modificado por la ley 190 de 1995, artículo 20-, que diera lugar a la solución del caso en la forma como fuera resuelto en la decisión mencionada.

Lo anterior, porque como lo advierte la Delegada los supuestos fácticos no son iguales, pues de un lado el dinero proveniente de las finanzas públicas del municipio de Barrancabermeja era consignado en cuentas de ahorro de particulares y no en las oficiales, para luego ser retirado con ayuda del auxiliar de cartera hallado responsable del delito de peculado por extensión -hoy abuso de confianza calificado-, quien de otro lado se apropió de recursos del banco a través de cuentas inactivas de clientes de la misma entidad.

De otro lado, a partir del decreto 1748 de 1991 el Banco Cafetero cambió su naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Estado a la de sociedad de economía mixta, por lo que de acuerdo con las normas de la función pública únicamente son empleados públicos quienes hagan parte de los órganos de dirección y administración del Banco. Por eso, aunque continúa sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, de acuerdo con el artículo 29 de sus estatutos el régimen de personal y las actividades propias del giro ordinario de sus negocios se sujetan a las disposiciones del derecho privado.

De ahí que su vinculación al banco se hiciera a través de un contrato individual de

trabajo y no de una resolución administrativa.

Tal condición se encuentra reconocida en una decisión de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral-, en la que siendo demandado el Banco se indicó que

“...el actor laboró como trabajador oficial desde el 1º de septiembre de 1976, hasta el día 4 de julio de 1994, fecha en la que el régimen de los trabajadores de la entidad demandada paso a ser el de los del sector privado, habida cuenta del cambio de la composición accionaria por la que el Estado dejó de tener en la empresa industrial y comercial”. 14.

En las circunstancias antes dichas, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

NO CASAR el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados, de acuerdo con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Folio 213 cdno 1.

2 Resolución del 11 de mayo de 2003, folios 69 y siguientes cdno 4.

3 Por los mismos delitos ordenó la detención de Edward Iván Durán; de conformidad con lo previsto en el artículo 357 de la ley 600 de 2000, se abstuvo de resolver la situación jurídica de Rosalio Castillo Hurtado, Gregorio Páez Neira, Jairo de Jesús Rivera, Emperatriz Franco Castañeda y Luz Adriana Cardona González, procesados por los delitos de falsedad en documento público y encubrimiento por favorecimiento.

4 Rosalio Castillo Hurtado, Gregorio Páez Neira, Jairo de Jesús Rivera, Emperatriz Franco Castañeda y Luz Adriana Cardona González.

5 En la decisión calendada el 18 de septiembre de 2007, también se dispuso declarar prescrita la acción penal por el delito de falsedad en documento privado, folio 460 y siguientes, cdno 5.

6 Sentencias del 24 de enero de 1997, radicación 22412 y 7 de marzo de 2007, radicación 24793.

7 Se refiere a la decisión del 6 de mayo de 2004, radicación 18995.

8 Sentencia de Casación, 7 de noviembre de 1950, LXVII, pág. 591.

9 Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000.

10 Sentencia de Casación , 20 de mayo de 1986.

11 Sentencia de Casación, 17 de enero de 1984. Además, sentencia de 14 de junio de 1994.

12 Sentencia de Casación, 7 de marzo de 2007, radicación 24793.

13 Sentencia de Casación de 6 de mayo de 2004, radicación 18995.

14 Sentencia 16 de febrero de 2006, radicación 26168.