

Proceso No 35.440

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA N°. 36

Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil once (2011).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Sala las bases jurídicas y lógicas de la demanda de casación presentada por el defensor de ISMAEL VENEGAS SARMIENTO contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2010 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena impartida el 8 de mayo de 2009 por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad, al hallarlo penalmente responsable del delito de estafa agravada continuada, en calidad de autor y revocó la proferida contra MARÍA ISABEL CASAS DE VENEGAS y MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS por el mismo punible.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. En el año 1996 ISMAEL VENEGAS SARMIENTO inició un negocio de compraventa de divisas -dólares- consistente en recibir pesos colombianos a la tasa del día

correspondiente y pagar dólares meses después -entre dos y cuatro- al precio actualizado, negocio que dependiendo de la fluctuación de dicha moneda podía arrojar ganancias o pérdidas para el inversionista y que en algunas ocasiones representaba el pago de unos intereses corrientes.

En este tipo de transacción incursionaron MARIANA SARMIENTO DÍAZ, JORGE BRAVO RESTREPO, MARÍA MÓNICA SARMIENTO DE MORALES, RICARDO ISAZA RUGET, LUCÍA CADAVID OSSA, DIANA PATRICIA BERNAL SANTIAGO, ILDER SAIT ALI VEGA, SARA BERNAL, MESÍAS ÁLVAREZ PÉREZ, EDWIN PAZ GARCÍA, DORIS AGUILERA RODRÍGUEZ y JORGE ENRIQUE OSORIO REYES, pues VENEGAS SARMIENTO había ganado su confianza toda vez que en ocasiones anteriores les había vendido dólares a una tasa favorable y aquél se mostraba como un hombre honesto y devoto de Dios, al punto que con su familia había creado una Fundación denominada “Comunidad Católica Abejitas de Jesús” y estaba por recibirse de diácono.

Sin embargo, en el 2003, luego de que hubiera percibido la suma de \$384.388.000 de varios de sus clientes, quienes le entregaron dinero en cuantía que osciló entre \$3.000.0000 y \$60.000.000 producto de sus ahorros, cesantías y hasta de la venta de un apartamento, cuya entrega fue respaldada con títulos valores, VENEGAS SARMIENTO fue requerido para obtener la devolución de lo invertido pero giró y libró varios cheques y letras de cambio, respectivamente, con cargo a cuentas bancarias canceladas o sin fondos.

Posteriormente y después de que por todos los medios evadiera el pago de las sumas debidas, el 30 de junio de 2003 huyó a Miami -Estados Unidos- en compañía de su esposa -MARÍA ISABEL CASAS SÁNCHEZ- quien para esa época era fiscal y su hija -MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS-, estudiante de derecho-, lugar donde fue localizado por algunos de los perjudicados.

2. De manera independiente varios de los ofendidos denunciaron los hechos, correspondiendo la instrucción a varias Fiscalías Seccionales de la ciudad de Bogotá (86, 93, 113, 134, 183 y 221) pero como quiera que el 26 de julio de 2004 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal asignó el conocimiento del asunto a la Fiscalía 86 Seccional de la misma ciudad, la cual había declarado abierta la investigación en resolución del 13 de enero de 2004 y ordenado la vinculación mediante indagatoria de ISMAEL VENEGAS SARMIENTO¹, el 7 de septiembre del mismo año², ella acumuló las actuaciones adelantadas por aquellas y ordenó vincular mediante indagatoria a MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS, LUIS NÉSTOR SARMIENTO CIFUENTES, ABEL LEMUS GONZÁLEZ y MARÍA GUERRERO.

3. El 3 de enero de 2005 se declaró persona ausente a ISMAEL VENEGAS SARMIENTO³. Lo propio ocurrió respecto de MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS el 1 de marzo siguiente⁴.

4. Mediante resolución del 1º de febrero de 2005 se resolvió la situación jurídica de ISMAEL VENEGAS SARMIENTO con medida de aseguramiento de detención preventiva en calidad de autor responsable del delito de estafa⁵, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal en resolución del 23 de marzo del mismo año⁶.

5. Igual decisión se profirió el 29 de marzo siguiente respecto de MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS pero frente a LUIS NÉSTOR SARMIENTO CIFUENTES, MARÍA ENERIA GUERRERO RAMOS y, ABEL LEMUS GONZÁLEZ se abstuvo de imponer la aludida medida⁷.

6. Por resolución de 14 de febrero de 2006, se dispuso la vinculación mediante declaración de persona ausente de MARÍA ISABEL CASAS DE VENEGAS como coautora del delito de estafa agravada en concurso homogéneo y sucesivo.⁸

7. Una vez la Fiscalía 141 Seccional de Bogotá asumió la carga laboral de su homóloga 86, el 11 de septiembre de 2006 clausuró el ciclo instructivo⁹.

8. El mérito del sumario se calificó con resolución de acusación del 24 de enero de 2007¹⁰ en contra de ISMAEL VENEGAS SARMIENTO en calidad de autor del delito de estafa. De igual manera, precluyó la investigación a favor de MARÍA ISABEL CASAS SÁNCHEZ, MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS, MARÍA ENERIA GUERRERO RAMOS, LUIS NÉSTOR SARMIENTO y ABEL LEMUS GONZÁLEZ.

Recurrida la decisión fue modificada el 1º de junio de 2007 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior en el sentido de acusar a VENEGAS SARMIENTO como autor del punible de estafa agravada continuada y a MARÍA ISABEL CASAS SÁNCHEZ y MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS como coautoras del mismo reato¹¹.

9. El juicio correspondió al Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que avocó el conocimiento del asunto el 14 de septiembre de ese año¹².

10. La audiencia preparatoria se surtió el 22 y 23 de noviembre de 2007¹³ y la pública de juzgamiento se llevó a cabo en varias sesiones celebradas el 4 y 25 de marzo de 2008¹⁴.

11. Mediante sentencia del 8 de mayo de 2009¹⁵ ISMAEL VENEGAS SARMIENTO, MARÍA ISABEL CASAS DE VENEGAS y MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS fueron condenados como coautores responsables de los punibles de estafa agravada continuada, a la pena principal de setenta (70) meses de prisión y multa de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción principal y al pago de perjuicios materiales a favor de las víctimas en cuantía de \$294.161.570. Del mismo modo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

12. Inconforme con el fallo de primera instancia, el defensor de los procesados interpuso recurso de apelación contra aquél, y el 9 de julio de 2010 fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, respecto a la responsabilidad penal atribuida a

ISMAEL VENEGAS SARMIENTO y modificado frente a la endilgada a MARÍA ISABEL CASAS DE VENEGAS y MARÍA ISABEL VENEGAS CASAS quienes fueron absueltas del cargo imputado¹⁶.

13. La defensa técnica interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación¹⁷.

14. El apoderado de la parte civil en calidad de sujeto procesal no recurrente presentó alegatos de oposición al recurso de casación¹⁸.

15. El asunto fue remitido a la Corte.

LA DEMANDA

Una vez el demandante identificó los sujetos procesales y la sentencia impugnada, realizó una síntesis de los hechos objeto de juzgamiento y de la actuación procesal.

El interés para recurrir lo cifró en la necesidad de obtener la protección de los derechos fundamentales y unificar la jurisprudencia en punto de los criterios que respecto a los delitos de estafa y captación masiva y habitual de dineros se encuentra enfrentados.

Cargo primero.

Invocando la causal primera, cuerpo segundo del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 postuló la violación indirecta de la ley sustancial por “errores de hecho en la apreciación de las pruebas”, pero el primer cargo lo propuso con arreglo a la causal tercera y solicitó la nulidad de la sentencia de segundo grado “por contener errores in iudicando (sic) en la denominación del NOMEN IURIS”.

Explicó que pese a que el Tribunal admitió que su prohijado realizó una captación masiva de fondos, sin estar autorizado para ello, lo condenó por el delito de estafa agravada -artículo 246 del Código Penal- cuyo bien jurídico tutelado es el patrimonio económico,

cuando ha debido hacerlo por el punible de captación masiva y habitual de dineros, previsto en el capítulo X de los delitos contra el orden económico y social –artículo 316 ibídem-, el cual tiene como “finalidad” proteger el sistema financiero.

Como el Ad quem se equivocó en el nomen iuris incurrió en violación del debido proceso “por falta de adecuación típica de la conducta”.

Para el censor se quebrantaron “las reglas de la lógica y la comprensión jurídica”, errores que impedían la emisión de sentencia de fondo.

Dado que atribuye a la Fiscalía haber acudido a un título y capítulo ajenos a la conducta desplegada por el enjuiciado afirma que la nulidad se debe declarar desde la resolución de acusación del 24 de enero de 2007.

Luego de enunciar los elementos integrantes de los referidos tipos penales aduce que sólo el relativo al provecho está probado en el comportamiento realizado por su defendido; no ocurre así con el de las maniobras fraudulentas capaces de inducir en error, ni la “cronología previa de artificio-error-” y el “encadenamiento causal inequívoco entre estos dos aspectos” necesarios para que se tipifique el injusto de estafa. En cambio, el verbo rector del reato de captación masiva y habitual de dineros se realizó y por consiguiente, existe certeza sobre su comisión.

Tampoco se incurrió en el delito de estafa –dice el actor- porque “si la materialización de la conducta se generó siete años atrás como mínimo” no podría argüirse que el comportamiento de VENEGAS SARMIENTO era doloso toda vez que no existe “dolo futuro”. Al respecto, anota que las transacciones realizadas durante ese período fueron de buena fe conforme a las reglas civiles y comerciales, lo que le impidió advertir que “hacia el futuro quedaría incursos (sic) en la normatividad penal”.

Seguidamente, el censor asegura que el Tribunal cometió “errores de hecho por falsos juicios de existencia” por omisión que habrían recaído sobre la prueba testimonial. Los siguientes son los argumentos del libelista frente a cada uno de los testimonios.

i) MARIANA ISABEL FAUSTINA SARMIENTO DÍAZ: las declaraciones de esta dama señalan que la negociación de divisas fue múltiple desde 1996. No existió entonces estafa porque los pagos se hicieron cumplidamente en los términos del contrato entre las partes y conforme a la sana crítica y las “reglas de la lógica” no hubo artificios ni engaños.

Para la testigo no existía “oscuridad, falta de claridad, error o engaño” frente al negocio celebrado con VENEGAS SARMIENTO pues ella sabía que “[l]a compra de dólares era a un futuro pactado” y que corría el riesgo de la fluctuación de la moneda.”

Constituye “máxima de la experiencia” aquélla que indica que “no obstante que la declarante afirma que tenía plena confianza en Ismael, este solo hecho no le permitía negociar sin tomar las previsiones del caso, que eran obtener las referencias comerciales, solicitarle extractos bancarios, los balances expedidos por contador público o revisor fiscal y si llevaba libros de contabilidad, hacer averiguaciones en instrumentos públicos para establecer la propiedad de inmuebles”.

Cuando las sumas invertidas son “importantes”, enseñan las máximas de la experiencia y el sentido común que es necesario tomar previsiones.

De acuerdo con la “persuasión racional” el delito de estafa no se configura cuando se trata de operaciones de carácter civil.

ii) JORGE BRAVO RESTREPO: el testigo asegura que el procesado actuaba con honestidad

y en estricto cumplimiento de las obligaciones contraídas, entonces conforme a las leyes de la lógica se debe deducir que el comportamiento de VENEGAS SARMIENTO no es el de un “hombre estafador”. “La regla de la experiencia enseña que si una persona obra éticamente por un largo periodo o durante toda su vida, cumpliendo con sus obligaciones y máxime cuando todos perciben que su espíritu está enriquecido por dones especialísimo (sic), es porque se trata de una persona con meritos (sic) y de bien obrar y no de un estafador”.

iii) JORGE ENRIQUE OSORIO REYES: el declarante dijo que conocía a perfección el negocio y sus riesgos y que las transacciones eran voluntarias. Si el incumplimiento posterior provino de “circunstancias insalvables” -como lo afirman otros testigos-, comporta una transgresión de las leyes de la lógica estimar que el procesado está incurso en el delito de estafa, pues “las negociaciones están amparadas por obligaciones de dar” reguladas en los artículos 1495 y 1496 del Código Civil.

Como el contrato entre el testigo y el procesado fue voluntario y tampoco existió error, fuerza o dolo -artículos 1502 y 1508 ibídem- no se configura el delito de estafa.

Es así como las “leyes de la ciencia” descritas en el referido Estatuto permiten colegir que se trató de obligaciones civiles.

El mercado de divisas es legal en Colombia salvo las limitaciones impuestas por el Estatuto Financiero y los decretos 2920 de 1982 y 1981 de 1988 respecto al número de captaciones.

iv) MARÍA ISABEL BERTHA FORNAGUERA CARULLA: la testigo dio cuenta acerca del cumplimiento de los pagos en las fechas estipuladas a lo largo de seis años. Esta aseveración a la luz de la sana crítica y las reglas de la lógica demuestra que la conducta del implicado “no encasilla dentro de las normas del Código Penal”.

Así mismo, el aparte donde la declarante manifiesta que no fue presionada para comprar los dólares y que accedió al negocio porque el precio era atractivo y tenía una relación de confianza con el enjuiciado, descarta las maniobras engañosas.

v) LUCÍA CADAVID OSSA: De haberse valorado este testimonio –y otros, no dice cuáles– conforme a la sana crítica se habría aceptado que los negocios se desarrollaron “satisfactoriamente para ambas partes”, por un período de tiempo, lo que descarta el “ardid o mentira”.

De igual manera, la “sana lógica” indica que la “desgracia (...) tuvo que sobrevenir de un hecho extraño a la personalidad del implicado debido presuntamente a las negociaciones inauditas o absurdas de cobrar el más bajo previo y pagar al precio más alto y con beneficios extendidos en el tiempo” de tal forma que los contratistas quedaron en una situación privilegiada al obtener altos rendimientos mientras que el procesado “tuvo que huir acosado por las deudas y la ruina”.

Sobre el particular, las “leyes de la lógica” informan que “el que no gana, pierde y que en los negocios debe establecerse un punto de equilibrio, para que sean viables económicamente; cuando se rompe, el fracaso es inminente y estas conductas son humanamente comprensibles”.

De ese modo, constituye regla de la experiencia aquella que dice que “los comerciantes en sus negocios siempre están buscando la utilidad alta”.

vi) MARÍA ADELA VENEGAS SARMIENTO: la hermana del acriminado alude al “don especial” que recibió de su hermano. Las leyes de la experiencia indican que “si a una persona, especialmente desde su remota infancia le siembran caminos de perfección, lo que patentizas (sic) es que su mentor o formador siempre fue creyente y su religiosidad ha sido permanente en todos los tiempos de manera que la

organización religiosa no la creó para realizar estafas, sino con el fin de hacer meritos (sic) para su diaconado.”

Para ella los factores por los que sobrevino la crisis económica fueron la subida del dólar, los altos intereses de los préstamos y el hurto del capital de dinero. De acuerdo con ello, se puede predicar a la luz de la sana crítica, las leyes de la lógica y de la persuasión que “un cúmulo de pérdidas monetarias como las anotadas, irremediablemente producen resultados catastróficos que levan a la quiebra del negocio y a la consecuente iliquidez e incumplimiento”.

vii) BERNARDO KUAN RICACHA: Según lo afirma el testigo la quiebra del enjuiciado se produjo por el pago de altos intereses, el atraco a sus mensajeros en el año 2002 y la deuda impaga por un alto valor por parte de un “señor Ferrucho”. Así mismo, en los oficios religiosos no observó alguna asociación con el negocio de cambio de divisas.

Opera la regla de experiencia según la cual “estos aconteceres no son extraños en la vida de los negocios porque dada la situación desarreglada que se vive en nuestra Nación donde abundan y suceden a cada momento atracos callejeros, asaltantes de bancos, fleteros, no es extraño que igualmente a Ismael le hubieran (sic) sucedido, en primer lugar el atraco a los mensajeros”.

Tampoco es extraño conforme a la experiencia que el “señor Ferrucho” no le haya cancelado a VENEGAS SARMIENTO las acreencias.

viii) DORIS AGUILERA RODRÍGUEZ: La sentencia mencionó “una mínima expresión” de su declaración, por lo cual no existe error de identidad sino de existencia.

De acuerdo con su dicho, ella obtenía intereses demasiado altos durante los años en que el costo de vida era menor. De lo anterior, se infiere que los otros contratistas recibían “cantidades de dinero menores o mayores de utilidades”. La lógica indica

que una “persona acorralada por estas circunstancias financieramente tiene que quebrar”.

Para el libelista una apreciación en conjunto de las pruebas permite concluir que i) por muchos años VENEGAS SARMIENTO fue cumplido en sus negocios, ii) las inversiones de los denunciantes fueron voluntarias conociendo los riesgos de la compraventa de divisas a futuro, iii) el procesado no se valió de su condición de “hombre devoto” para engañar a los contratistas, máxime cuando está probado que el grupo de oración nació después de que se dieran las relaciones comerciales, iv) la “carrera del diaconado” pertenece al fuero interno del enjuiciado –las pruebas relacionadas con este aspecto no fueron valoradas (declaraciones de los sacerdotes ALIRIO LÓPEZ AGUILERA y ALBERTO JOSÉ OJALVO PUERTO y una certificación de la Arquidiócesis de Bogotá), v) no se valoró el certificado de antecedentes judiciales ni el testimonio de HÉCTOR MARIO REYES AVELLANEDA el cual “denota un ánimo persecutorio porque no es posible que se recurra a estratagemas innobles para perjudicar a una persona” y vi) son inconducentes los “documentos emanados de la ciudad de Miami” ya que no dicen nada de la vida del acriminado.

El defecto es trascendente porque “desvirtúa” la existencia de artificios o engaños, como elemento estructural del tipo penal de estafa.

Segundo cargo.

Igualmente, por la ruta de la violación indirecta de la ley sustancial “por errores de hecho en la apreciación de la prueba” el censor imputa al Tribunal un falso raciocinio derivado de construir un “hermoso panegírico” cuando se refirió a la personalidad espiritual de ISMAEL VENEGAS SARMIENTO y concluyó que era un medio para ganar la confianza de sus víctimas.

Según lo asegura el recurrente el Ad quem quebrantó las leyes de la “sana crítica

junto con la lógica” porque si el procesado era un “comerciante que ejerció esta actividad durante muchos años” debió deducir que era una persona de bien que realizaba un ejercicio sano de su actividad y no, un estafador.

Agregó que el error denunciado es evidente porque se concluyó que pese a que las personas ofendidas contaban con una “alta inteligencia” -abogados, administradores de empresa, docentes, etc.-, fueron estafados.

Se transgredieron las leyes de la experiencia como quiera que las personas manejan su dinero con prudencia para lo cual buscan bancos, corporaciones y cajas de ahorro, cooperativas, bolsas de valores, etc. y no lo entregan sin cerciorarse del respaldo económico del contratante.

Afirma el demandante que “engaño hubiera sido que Ismael hubiera soportado con balances ficticios una situación de mucha solvencia o engaños de ese tipo que no aparecen en el proceso”.

Además, dice que constituye ley de la experiencia aquella que indica que los profesionales “tienen el conocimiento pleno de las conductas que están realizando y si se aventuran en operaciones de riesgo, no es por engaño, sino movidos por la ambición de obtener exorbitantes ganancias”.

También se habrían vulnerado los “principios de la ciencia jurídica” porque los tratadistas del derecho penal enseñan cómo se conoce a un estafador, condición que no puede predicarse de su prohijado porque es un ser digno e intachable.

Tampoco existe nexo causal entre la conducta de cumplimiento en el negocio de cambio de divisas y la referida crisis que generó la quiebra pues “se trata de viejos clientes y no (sic) nuevos incautos como en falso raciocinio lo asevera el Tribunal”.

En consecuencia, se inaplicaron los artículos 232 y 238 -no especifica de qué estatuto-.

Concluye que este error es trascendente porque se formularon cargos contra su prohijado “por una insolvencia total e intelectual en el estudio del proceso y desarrollo de la sentencia de segunda instancia.”

Solicitó casar el fallo impugnado.

LOS ARGUMENTOS DEL NO RECURRENTE

El apoderado de la parte civil pide se desestime la demanda de casación porque debió proponerse por la vía discrecional, toda vez que el delito de estafa no excede los ocho (8) años de prisión y sin embargo, el demandante no formuló ningún argumento en orden a obtener el desarrollo de la jurisprudencia o la violación de derechos fundamentales.

Así mismo, para el togado el censor faltó a la técnica porque los dos cargos formulados son uno solo y su separación constituye una “tautología”.

Después de citar jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia solicitó rechazar in limine el libelo y subsidiariamente, desestimarla en una decisión de fondo.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa. Sobre la procedencia del recurso de casación por la vía ordinaria.

Atendiendo que para el apoderado de la parte civil la demanda debería ser rechazada por cuanto a su juicio el censor debió acudir a la casación discrecional y no a la ordinaria, en tanto el delito por el que se procede no tiene pena superior que exceda los ocho (8) de prisión exigidos por el artículo 205 de la Ley 600 de 2000, oportuno se ofrece dilucidar que no le asiste razón porque el extremo punitivo que ha de ser considerado a efecto

de establecer la procedencia del recurso por los senderos ordinario o discrecional es aquél que resulte de la conducta punible entendida esta como el tipo penal con todas sus circunstancias modificadoras.

Es así como en el caso que nos ocupa, al procesado se le elevaron cargos por el delito de estafa -sancionada con pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años (artículos 246 del Código Penal)- agravada por la cuantía -de una tercera parte a la mitad (artículo 267-1 ibídem)- y continuada -aumentada en una tercera parte (artículo 31 parágrafo ibídem)-, adecuación típica que como es obvio, comporta un incremento en la sanción penal del comportamiento básico que establece un límite máximo de dieciséis (16) años.

Siendo ello así, es claro que la ruta por la que procede el recurso es -como acertadamente la escogió el casacionista- la ordinaria y no la discrecional.

2. Inadmisión de la demanda de casación.

De conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal del 2000, la Sala inadmitirá la demanda, porque no reúne los presupuestos ni cumple con las exigencias mínimas previstas en el artículo 212 del mismo Estatuto.

Bien sabido es, que en orden a destruir la doble presunción de acierto y legalidad que reposa sobre el fallo de segundo grado, el recurso extraordinario de casación debe ser elaborado respetando las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley y la jurisprudencia, según se trate de cada una de las causales establecidas en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

En ese sentido, la censura se debe soportar en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación, no contradicción y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia como si

se tratara de un escrito de libre formulación. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de suficiencia y trascendencia.

El libelo que se examina no acata estas previsiones. Estas son las razones:

2.1. Cargo primero.

Cuando de impetrar el recurso de casación se trata, antes de entrar a examinar las bases lógico jurídicas de la demanda de casación corresponde verificar que conservando la misma unidad temática, esto es, iguales similares o conexos motivos de disenso -salvo que se trate de la violación de garantías fundamentales- se haya impetrado a su vez el recurso de apelación contra aquélla o que no habiendo ejercido el derecho a impugnarla, otro sujeto procesal lo haya promovido generando una decisión que entrañe una situación jurídica desfavorable para quien no la recurrió.

Así mismo, aunque no se exige absoluta congruencia entre las razones de la apelación y las de la demanda de casación debe existir correspondencia entre las pretensiones.

En este caso, el recurrente carece de interés para recurrir en casación toda vez que verificado el fallo de segundo nivel se advierte que ningún reparo orientado a denunciar el error de juicio en la calificación jurídica formuló la defensa en el recurso de apelación, el cual por el contrario, únicamente se destinó a controvertir la prueba de cargo en orden a desvirtuar la responsabilidad penal del acusado respecto del delito de estafa.

En efecto, según se lee en la sentencia de segunda instancia la pretensión de la defensa en la impugnación del fallo de primer grado estuvo orientada a obtener la absolución del enjuiciado respecto del delito de estafa, mientras que la de la demanda de casación es procurar la declaración de nulidad de la actuación para que el procesado sea investigado por el delito de captación masiva y habitual de dineros.

Claramente, el censor inadvirtió que para recurrir en casación debe existir sincronía temática entre los argumentos de la pretensión de la alzada con las causales y cargos que fundamentan el recurso de casación, pues debe recordarse que la impugnación extraordinaria no es una instancia y sólo está destinada a efectuar un control de legalidad y constitucionalidad sobre el fallo.

Y es que, como es obvio, si el Tribunal no se pronunció sobre el punto debatido porque la parte apelante no se ocupó del asunto en el recurso de apelación, mal podría la Corte invadir la esfera decisoria del Ad quem, salvo que se trate de proteger garantías fundamentales, caso en el cual estaría habilitada para emitir el pronunciamiento de rigor.

En el asunto examinado, tanto el núcleo de argumentación como la pretensión formulada en la apelación son distintos de los presentados en sede de casación y como quiera que aquéllos no fueron objeto de inconformidad en la alzada no pudieron ser tema de debate en la instancia.

Sin embargo, con desconocimiento del principio de preclusión, a través del recurso de casación, el censor elabora una nueva hipótesis jurídica que deduce de la sentencia dictada por el juez colegiado cuando se refiere a la captación de dinero del público sin autorización legal por parte de VENEGAS SARMIENTO, pero que apenas es un argumento de dicha autoridad judicial para demostrar los artificios y engaños empleados por VENEGAS SARMIENTO para defraudar a los compradores de dólares y no para imputarle el delito de captación masiva y habitual de dineros.

En verdad, se tiene que con el objeto de adquirir la legitimación para incorporar en sede de casación un nuevo tema de debate, el demandante pareciera aprovechar la referida mención del Tribunal acerca de la captación de dinero y de esta manera, figurarse un error en la denominación jurídica de la conducta, cuando la referencia a ese hecho por el

Ad quem es apenas enunciativo de las maniobras engañosas desplegadas por el encausado para obtener el provecho ilícito.

De otro lado, cuando de probar un error en la calificación jurídica se trata, la Sala tiene suficientemente decantado que se debe postular a través de la causal tercera (nulidad) pero con la metodología de la causal primera, para lo cual le corresponde al casacionista demostrar que incurrió en violación directa o indirecta de la ley sustancial.

El censor, en cambio, en una proposición inversa a la técnica, postuló el cargo por el sendero de la causal primera -violación indirecta de la ley sustancial-, lo desarrolló en un primer aparte conforme a la causal tercera -nulidad-, para luego, terminar de argumentar el disenso con arreglo a la causal primera: indirecta en la modalidad de falso juicio de existencia.

Es nítido el desatino del defensor quien exhibe una confusión técnico jurídica que lo lleva a desconocer que al postular el cargo conforme a la causal primera estaba impedido para soportarlo de acuerdo con los lineamientos de la causal tercera, pues las consecuencias jurídicas de una y otra causal son excluyentes en tanto la primera procura la emisión de fallo de reemplazo mientras que la segunda, busca la declaración de invalidez de la actuación desde el momento en que se produjo la irregularidad sustancial.

En efecto, el actor inició el reproche argumentando que se incurrió en nulidad porque el fallo violó el debido proceso al atribuir a la conducta de su representado un nomen iuris -estafa agravada- distinto al que presuntamente correspondía -captación masiva y habitual de dinero- y seguidamente afirmó como si se tratara de la demostración de un falso raciocinio que se quebrantaron “las reglas de la lógica y la comprensión jurídica”, para terminar dedicándose a formular sucesivos falsos juicios de existencia por omisión.

Es evidente, la desatención de la argumentación jurídica casacional en tanto en la demostración del cargo combinó diferentes tipos de censura, los que conforme al postulado de autonomía no admiten ser formulados simultáneamente.

Nótese que no en vano se ha dicho que en los eventos de error en la denominación jurídica de la infracción, la proposición debe formularse por la vía de la causal tercera, atendiendo que en principio, constituiría un error de estructura con vocación de afectar el proceso debido, pero su demostración debe hacerse de acuerdo con la causal primera porque aquél defecto sería consecuencia de un error de juicio en la adecuación típica que comportaría una equivocación en la escogencia del precepto llamado a regular el asunto -violación directa- o en la apreciación de los medios de prueba -violación indirecta-.

Con todo, también advierte la Sala que los fundamentos de derecho empleados por el censor para demostrar la nulidad son completamente ajenos a la argumentación de este tipo de censura donde se debe demostrar, bien el quebrantamiento de la estructura del proceso o la violación de las garantías constitucionales conforme a las causales taxativas de nulidad previstas en la ley penal. Nótese que, aquí el aparte correspondiente se asemeja más a un reparo por la vía directa por aplicación indebida del artículo 246 del Código Penal e inaplicación del artículo 316 ibídem, propuesta que en todo caso no fue intentada.

Y es que conforme al principio de limitación que rige el recurso extraordinario, la Corte no puede suplir el defecto argumentativo para alterar el orden de postulación y desarrollo del cargo y entender que lo pretendido era formular el disenso conforme a la causal tercera y estructurarlo de acuerdo con la metodología de la primera.

En todo caso, es de advertir que si éste fuera el caso, tampoco el demandante respetó los criterios formales para demostrar la violación indirecta de la ley sustancial.

Obsérvese que si bien el actor pretendía demostrar numerosos errores de hecho por

falso juicio de existencia por omisión, para lo cual era de su resorte demostrar que la prueba echada de menos en la demanda no había sido considerada por la autoridad judicial pese a su materialidad objetiva en el expediente, dejó de lado esa tarea, para dedicarse a crear amparado en presuntas leyes de la sana crítica, raciocinios propios que sólo ofrecen una apreciación particular del caudal probatorio.

El defecto argumentativo cobra mayor relevancia cuando se observa que el yerro de existencia denunciado carece de idoneidad sustancial en la medida que contrario a lo argüido por el demandante todos y cada uno de los testimonios supuestamente no considerados en el fallo reprobado fueron apreciados por los juzgadores bien en sentencia de segunda instancia, en la de primer grado -con la cual aquélla conforma un solo cuerpo por virtud del principio de inescindibilidad en tanto una y otra providencia tienen el mismo sentido de decisión-, o en ambas.

Es así como se comprueba que los testimonios de JORGE BRAVO RESTREPO¹⁹, MARIANA ISABEL FAUSTINA SARMIENTO DÍAZ²⁰, JORGE ENRIQUE OSORIO REYES²¹, MARÍA ISABEL BERTHA FORNAGUERA CARULLA²² y, DORIS AGUILERA RODRÍGUEZ²³ fueron expresamente considerados por el Tribunal en el fallo de 9 de julio de 2010, si bien no con la amplitud ambicionada por la censura, sí dando aplicación al principio de apreciación de las pruebas en conjunto descrito en el artículo 238 de la Ley 600 de 2000.

Las mismas declaraciones y la de BERNARDO KUAN RICACHA²⁴, esta vez con especial énfasis y amplitud, fueron asimismo valorados por el juzgador de primer nivel en la sentencia del 9 de julio del mismo año.

Como quiera que el reproche casacional se fundó en una hipótesis falsa, esto es, que la prueba testimonial había sido omitida, pero está acreditado que ella sí fue valorada es nítido que ninguna vocación de admisión tiene este cargo.

Ahora, si lo pretendido era denunciar que dichos testimonios no fueran apreciados en su integridad o faltando a su literalidad, el camino que debió seguirse era el del error de hecho por falso juicio de identidad en cualquiera de sus modalidades -tergiversación, adición o supresión-, según fuera el caso.

Aduce el censor que respecto del testimonio de DORIS AGUILERA RODRÍGUEZ el Tribunal hizo una “mínima expresión” lo que a su juicio implica que omitió la prueba. Esta lectura es desacertada porque cuando el medio de convicción se analiza pero su contenido se mutila no es el falso juicio de existencia por omisión el ataque a emprender sino el falso juicio de identidad por cercenamiento.

Ahora, en punto de trascendencia, el censor no acreditó que los testimonios de ALIRIO LÓPEZ AGUILERA y ALBERTO JOSÉ OJALVO PUERTO fueran relevantes para variar el sentido de la decisión condenatoria, pues frente a ellos se limitó a manifestar que servirían para acreditar que la “carrera del diaconado” pertenece al fuero interno del acusado, cuestión que no es objeto de discusión para los fines del proceso.

Igual irrelevancia comporta la ausencia de valoración del testimonio de HÉCTOR MARIO REYES AVELLANEDA si se considera que es el mismo demandante quien afirma que su dicho “denota un ánimo persecutorio porque no es posible que se recurra a estratagemas innobles para perjudicar a una persona”, luego, que esta declaración fuera valorada por los juzgadores antes que favorecer los intereses de su prohijado, constituiría un ejercicio perjudicial de la defensa, en tanto el dicho del deponente haría las veces de prueba de cargo.

La censura así concebida debe ser inadmitida.

2.2. Segundo cargo.

La concreción de un error de hecho por falso raciocinio requiere la demostración de un

ejercicio valorativo del funcionario judicial trasgresor de los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, de los principios de la sana crítica como método de apreciación.

Con tal fin, el libelista debe señalar con exactitud el medio de prueba sobre el que recae el yerro, identificar aquello que expresamente dice y se deduce de él, el mérito persuasivo otorgado al mismo por el juzgador, indicar y desarrollar con exactitud la regla lógica, la ley de la ciencia o la máxima de la experiencia o del sentido común aplicada indebidamente por el juzgador al realizar el proceso valorativo de los medios de prueba, así como la que apropiadamente le debió servir de apoyo, la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada o interpretada y finalmente, demostrar que de no haberse incurrido en el defecto, el sentido de la decisión adversa habría sido sustancialmente opuesto.

El examen de la demanda enseña que el libelista no cumplió con las fases argumentativas recién precisadas.

En verdad, además que no precisó los medios de prueba sobre los que habría recaído el yerro, ni indicó lo que expresamente dice y se deduce de él y el valor otorgado al mismo por el sentenciador, se observa que el recurrente construyó las que a su juicio son las leyes de la sana crítica que debieron aplicarse por el Tribunal, pero no identificó las empleadas erradamente por el cuerpo colegiado, limitándose a citar un aparte de la providencia cuestionada en la que el sentenciador no invocó alguna concreta regla de la experiencia, postulado de la lógica o ley de la ciencia, sino que aludió a hechos probados en la actuación, tales como el acreditado cumplimiento por años de los términos contractuales, el reputado conocimiento de sus condiciones personales –“responsable hombre de familia, filantrópico y religioso, respetable abogado, avezado comerciante”-, la capacitación profesional y nivel cultural de las víctimas, etc..

Constituye un hecho y no un juicio la consideración del Tribunal según la cual pese a que las personas ofendidas contaban con un gran intelecto –abogados, administradores de empresa, docentes, etc.- fueron estafados, luego, ninguna censura en este sentido cabría enfilarse hacia el fallo impugnado.

Finalmente, pertinente se ofrece precisar que si bien en el curso normal de los negocios las personas que asumen riesgos financieros pueden concebir la pérdida o ganancia de utilidades dependiendo de las condiciones del mercado, justamente por la prudencia a la que hace referencia el libelista nadie invertiría su capital en un negocio jurídico para perderlo íntegramente a manos de la parte a la que lo confían.

Por manera que, no hay lugar a admitir el cargo examinado.

Finalmente, como la revisión del expediente permite inferir que no se ha incurrido en notorias causales de nulidad ni en flagrantes violaciones de derechos fundamentales, la Corporación no puede penetrar de oficio al fondo del asunto.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por ISMAEL VENEGAS SARMIENTO, contra la sentencia del 9 de julio de 2010, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. folio 88 del cuaderno original No. 1 del sumario.

2 Cfr. folios 198-201 ibídem.

3 Cfr. folios 7-10 del cuaderno original No. 2 del sumario.

4 Cfr. folio 200 ibídem.

5 Cfr. folios 33-39 ibídem.

6 Cfr. folios 10 a 17 del cuaderno original de segunda instancia.

7 Cfr. folios 220-224 del cuaderno original No. 2 del sumario.

8 Cfr. folios 205-208 del cuaderno original No. 3 del sumario.

9 Cfr. folio 259 ibídem.

10 Cfr. folios 36-81 del cuaderno original No. 4 del sumario.

11 Cfr. folios 62-85 del cuaderno original de segunda instancia.

12 Cfr. folio 5 del cuaderno original No. 1 de la causa..

13 Cfr. folio 70-85 ibídem.

14 Cfr. folios 95-118 y 131-142 ibídem.

15 Cfr. folios 193-213 ibídem.

16 Cfr. folios 17-48 del cuaderno del Tribunal.

17 Cfr. folios 77-125 ibídem

18 Cfr. folios 128-138 ibídem.

19 Cfr. folios 40 del cuaderno del Tribunal y 200 del cuaderno No.1 de la causa.

20 Cfr. folios 41 del cuaderno del Tribunal y 200 del cuaderno No.1 de la causa.

21 folios 41 del cuaderno del Tribunal y 203 del cuaderno No.1 de la causa.

22 Ibídem.

23 Cfr. folios 32 del cuaderno del Tribunal y 202 del cuaderno No.1 de la causa.

24 Cfr. folio 199 del cuaderno No. 1 de la causa.