

Proceso nº 36650

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado acta N° 273.

Bogotá, D. C., tres (3) de agosto de dos mil once (2011).

VISTOS

Estudia la Sala lo relacionado con la admisibilidad de la demanda presentada por el defensor de RODRIGO DÍAZ SENDOYA contra la sentencia del 13 de enero de 2011 mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo proferido el 4 de mayo de 2010 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma sede, que condenó al procesado a las penas principales de 170 meses de prisión y 582 salarios mínimos legales mensuales de multa, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término determinado para la pena privativa de la libertad, como responsable de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, cohecho por dar u ofrecer, estafa agravada y falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y sucesivo, el primero cometido a título de determinador y los restantes en calidad de autor. En la misma decisión, el juzgado lo absolvió por el punible de falsedad personal.

HECHOS

Los juzgadores de instancia declararon probada la siguiente situación fáctica:

Con ocasión de la suscripción del contrato No. 110 de fecha 20 de marzo de 2002 entre el Instituto del Seguro Social -ISS-, y la compañía FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., RODRIGO DÍAZ SENDOYA, representante legal de la empresa contratista, entregó a Guillermo Fino Serrano, Presidente de la referida EPS, una comisión ilegal por valor superior a los \$40.000.000.000, que DÍAZ SENDOYA consignó en la cuenta No. 165337106 del Banco de Bogotá Sucursal Avenida El Dorado de esta ciudad, abierta en forma irregular y a través de la cual éste giró varios cheques a favor de algunas personas, entre ellas, Laura Gómez y Pedro José Herrera Roca.

RODRIGO DÍAZ SENDOYA, igualmente, realizó sucesivas conductas constitutivas de engaño y en perjuicio de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., obteniendo provecho ilícito. Tales comportamientos consistieron en la no devolución de los dineros que le eran descontados por concepto de retención en la fuente; cobro de honorarios por la venta de productos KABI y HEMOCARE; liquidación de su salario con base en la tasa de cambio más alta del año, pago no autorizado de un bono a su favor e indebida cancelación de una indemnización a un trabajador; compra de acciones de Metropolitan Club para su uso particular; utilización indebida de gastos de representación para fines personales; abusiva contratación de vuelos charter; adquisición de bienes inmuebles y muebles que ponía a su nombre, pero pagaba con dineros de la empresa; fraudulenta apertura y manejo de la cuenta antes reseñada; reparto de comisiones por el pago que el ISS hizo a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A. de algunas cuentas atrasadas; finalmente, pago de extorsiones inexistentes con dinero de la misma compañía.

ACTUACIÓN PROCESAL

Iniciada la investigación, se vinculó a la misma, entre otros, a Guillermo Fino Serrano y RODRIGO DÍAZ SENDOYA. En su oportunidad, el instructor decretó el cierre de

la instrucción respecto del primero, continuándose la actuación por separado. En el curso de esta última se escuchó mediante indagatoria a DÍAZ SENDOYA, a quien se le resolvió la situación jurídica mediante decisión del 16 de abril de 2005 con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de estafa, confirmada en segunda instancia con providencia del 3 de junio de 2005.

Clausurada la instrucción, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca calificó el mérito del sumario con proveído del 30 de junio de 2006, profiriendo resolución de acusación contra RODRIGO DÍAZ SENDOYA, a título de determinador en el delito de interés indebido en la celebración de contrato y autor en los punibles de cohecho por dar y ofrecer, falsedad en documento privado, estafa y falsedad personal, los dos últimos en concurso homogéneo y sucesivo.

Apelada por la defensa, el pliego acusatorio obtuvo confirmación de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 27 de diciembre de 2006.

El trámite del juicio correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad, cuyo titular llevó a cabo las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, tras lo cual puso fin a la instancia con la sentencia que el Tribunal Superior de la misma sede confirmó en virtud de la apelación interpuesta por la defensa, sujeto procesal que luego acudió al recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El actor formula siete cargos, los tres primeros con fundamento en la causal tercera de casación, el cuarto y séptimo con apoyo en la causal primera, cuerpo primero y el quinto y sexto con respaldo en la causal segunda, todos de la Ley 600 de 2000.

Por razones de método y con el fin de evitar repeticiones innecesarias, en el acápite subsiguiente la Sala realizará el resumen, en lo pertinente, de cada una de las demandas y

de inmediato ofrecerá la respuesta respectiva, agrupando aquellas censuras que tengan similitud argumentativa.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Previamente, debe anotarse que en escrito presentado ante esta Corporación el defensor del procesado “solicita” a los Magistrados MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS, JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN y JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA declararse impedidos por considerar que se encuentran incursos en la causal prevista en el numeral 4º del artículo 94 de la Ley 600 de 2000, en cuanto participaron en el proferimiento de la sentencia de casación dictada dentro del proceso seguido contra Guillermo Fino Serrano, actuación de la cual se derivó la que es ahora objeto de conocimiento de la Corte y en cuya decisión comprometieron su criterio frente a la responsabilidad de RODRIGO DÍAZ SENDOYA.

Al respecto, la Sala en forma unánime no encuentra viable la petición de la defensa no sólo porque el mecanismo utilizado por ese sujeto procesal, semejante a una “invitación”, dirigida a que los Magistrados se declaren impedidos, no existe legalmente, sino porque la jurisprudencia de la Corte, en forma inveterada, tiene dicho que la causal de inhibición en mención sólo se configura cuando se actúa extraprocesalmente, no así si el criterio se expresa en ejercicio de las funciones, como ocurre en el presente caso, pues lo contrario “entrañaría el absurdo de que la facultad que la ley otorga al juez para cumplir su actividad judicial a la vez lo inhabilita para intervenir en otros asuntos de su competencia, procedimiento que ni la ley autoriza ni la lógica justifica”¹.

Primer cargo. Nulidad por violación del debido proceso por desconocimiento del

principio de imparcialidad:

Considera que la actuación se encuentra viciada de nulidad desde las acusaciones de primera y segunda instancia, porque el fiscal que profirió la primera de esas decisiones copió integralmente el alegato de conclusión presentado por el apoderado de la parte civil, traicionando “su obligación de imparcialidad y todas las expectativas que tanto la sociedad como la defensa y la misma parte civil teníamos en su decisión”, amén de violar “principios, derechos y garantías fundamentales” e incurrir en un delito contra los derechos morales de autor.

Según el actor, el deber de imparcialidad de la Fiscalía es mucho más trascendental en la sistemática de la Ley 600 de 2000, pues en ella durante la investigación dicho órgano estatal es un verdadero juez, al punto que tiene facultades para disponer autónomamente de la libertad y de los bienes del procesado.

Para respaldar la postulación el censor efectúa un cuadro comparativo en el que relaciona las páginas de la resolución de acusación en donde se copiaron los argumentos expuestos en el alegato de la parte civil, destacando cómo entre los temas reproducidos indebidamente están aquellos cruciales para ese sujeto procesal como los hechos denunciados como estafa, cohecho por dar u ofrecer e interés indebido en la celebración de contratos.

Concluyó señalando que cuando el fiscal de primera instancia convirtió la alegación precalificatoria del representante de la parte civil en la acusación formal del Estado, se comportó como un particular y no como un servidor judicial, desconociendo así el derecho de defensa a saber por qué se acusaba al procesado, por qué no se compartían sus argumentos y por qué los de la contraparte merecían toda aceptación.

Segundo cargo. Nulidad por violación del debido proceso en su expresión de la presunción de inocencia:

Estima que la actuación está también afectada de invalidez desde las resoluciones de acusación de primera y segunda instancia, porque cuando el fiscal decidió copiar el alegato del apoderado de la parte civil, creyendo que revelaba la realidad probatoria del sumario, olvidó que el procesado estaba amparado por el principio de la presunción de inocencia, la cual sólo podía desvirtuar emprendiendo el análisis de la prueba y de los problemas jurídicos planteados, desprovisto de cualquier interés y consultando el criterio del defensor, quien pretendía demostrar la necesidad de mantener incólume dicha presunción que, incluso, opera al momento de calificar el mérito del sumario.

Tras citar aparte jurisprudencial conforme al cual la presunción de inocencia se aplica en estadios anteriores a la sentencia, termina insistiendo en que la reproducción del alegato del apoderado de la parte civil implicó el desconocimiento flagrante de la aludida garantía fundamental.

Tercer cargo. Nulidad por violación del debido proceso en su expresión del principio de igualdad:

Una vez más señala que en el proceso concurre irregularidad en las acusaciones de primera y segunda instancia, en esta ocasión por conculcarse el principio de igualdad, pues la Fiscalía con su particular manera de calificar el sumario olvidó que todos los sujetos procesales tienen derecho a saber las razones del por qué se comparten o no sus alegatos, según así lo establece el artículo 398 del Código de Procedimiento penal.

Luego de evocar decisión de la Corte Constitucional atinente al principio de no discriminación, el demandante reitera la afirmación acorde con la cual el fiscal acusador vulneró el principio de igualdad, pues no suministró los motivos por los cuales juzgó innecesario ocuparse del alegato de la defensa y compartir en exclusiva y en su totalidad los del apoderado de la parte civil.

Consideraciones de la Sala:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000, hay lugar a inadmitir la demanda cuando el actor no cumple los presupuestos contemplados en el artículo 212 ibídem.

Como es sabido, los requisitos establecidos en la norma última citada, particularmente el incluido en el numeral 3º de esa disposición, tienen como fin evitar que la casación se convierta en una tercera instancia.

Para que ello no ocurra la sustentación del libelo, por tanto, debe efectuarse de manera lógica y coherente en orden a facilitar su adecuada comprensión y porque solamente de esa manera tendrá capacidad para desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña la sentencia. Esos propósitos se obtienen no sólo enunciando debidamente la causal y el cargo formulado, con indicación en forma clara y precisa de sus fundamentos y de las normas que se estiman infringidas, sino cumpliendo los lineamientos que la Corte, en su decantada jurisprudencia, ha establecido frente a cada uno de los motivos de casación previstos en la ley.

Así, cuando se acude a la nulidad corresponde precisar el vicio y su naturaleza, explicando si es de garantía o de estructura, indicar las normas violadas, mencionar el momento procesal en que se presentó la irregularidad y las actuaciones afectadas con la misma, así como expresar la trascendencia de la anomalía con respecto al fallo, en orden a acreditar que su corrección solamente se lograría mediante el remedio extremo de la nulidad.

Más aún, en punto de la trascendencia, es su deber exponer de manera fundada el perjuicio sufrido por el procesado con el vicio y la manera como se afectaron sus

garantías o las bases fundamentales de la instrucción o del juzgamiento.

En el caso materia de análisis, la Sala echa de menos en los tres primeros cargos formulados por el actor la demostración de la trascendencia de la irregularidad allí denunciada, pues aun cuando aduce que el fiscal de primera instancia se limitó a transcribir el alegato presentado por el apoderado de la parte civil, vulnerando los principios de imparcialidad, presunción de inocencia e igualdad, lo cierto es que no acreditó la forma como la actuación de dicho funcionario impidió el ejercicio adecuado del derecho de defensa, como tampoco que la providencia, tal cual quedó confeccionada, acusa parcial o totalmente una debida motivación.

Al respecto se observa cómo el demandante se circunscribe a aludir en forma genérica que el fiscal a quo no se ocupó de los alegatos de la defensa, sin indicar exactamente respecto de cuáles argumentos expresados por ese sujeto procesal no hubo pronunciamiento del funcionario acusador en su extensa decisión ni acreditar que tal omisión no fue corregida por el Fiscal ad quem.

Más aún, la afirmación según la cual el funcionario de primer grado se valió inconsultamente de los alegatos del apoderado de la parte civil para sustentar la acusación no resulta cierta, pues en ese pronunciamiento el fiscal fue claro en explicar que hacía suyas tales alegaciones por coincidir con su criterio, modo de motivar las decisiones que, por lo demás, cae dentro de la órbita de la autonomía de los funcionarios judiciales, según así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 cuando declaró inexecutable la prohibición de transcribir en las providencias las diligencias, decisiones o conceptos obrantes en el proceso, conforme se establecía en el texto original del artículo 55 del proyecto que se convirtió en la Ley 270 de dicha anualidad.

Se sigue de lo expuesto que los tres primeros reparos no satisfacen los presupuestos

de adecuada y lógica sustentación exigidos en esta sede extraordinaria, razón por la cual serán inadmitidos.

Cuarto cargo. Violación directa por aplicación indebida del artículo 31 del Código Penal:

En criterio del libelista, los catorce hechos en los cuales resultaron afectadas tres empresas y que sirvieron de fundamento a los falladores para estructurar un concurso homogéneo de estafas, en realidad constituyen un único delito.

Para sustentar la postulación el actor transcribe en extenso la sentencia del 3 de diciembre de 1996 proferida por esta Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se prohijó la tesis del delito unitario en la estafa cuando existe acción única y pluralidad de actos ejecutivos que recaen en diversos sujetos pasivos.

Considera que las circunstancias analizadas en el precedente citado se presentan en este caso, pues se trató de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos y con un solo resultado económico.

Pidió, en consecuencia, casar la sentencia para absolver al acusado del concurso homogéneo de estafa imputado, excluyendo consecuentemente el incremento efectuado por razón de dicho concurso.

Consideraciones de la Sala:

Conforme reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación, constituye también condición para acceder al recurso extraordinario de casación la existencia de interés jurídico, de tal manera que su ausencia conduce a la irremediable inadmisión de la demanda.

La jurisprudencia de la Sala tiene por sentado que una de las formas mediante las cuales se satisface ese interés es la presencia de unidad temática entre lo argumentado en la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia y lo planteado en la impugnación extraordinaria. En efecto:

“Bajo el concepto de “unidad temática”, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que al sujeto procesal que muestra su inconformidad con la sentencia del Tribunal le asiste interés jurídico, esto es, se encuentra legitimado en la causa por la que aboga, siempre y cuando el tema propuesto en sede de casación haya sido planteado, para su corrección, a través del recurso de apelación, lógicamente respecto del fallo de primer grado.

La regla tiene excepciones, porque si el agravio para la parte nace de la sentencia del Ad quem, o si la postulación apunta a la nulidad del trámite, o si en la primera instancia se imposibilitó el ejercicio del derecho de impugnación, no se puede imponer esa carga porque, en tales supuestos, surge incontrastable que la única vía habilitada para lograr el restablecimiento del derecho es la de la casación”².

En el asunto sometido a decisión, surge evidente la ausencia de interés jurídico del demandante cuando en sede de casación plantea la inexistencia de concurso homogéneo en el caso del delito de estafa, pues ese tópico no lo expuso en el memorial sustentatorio de la apelación.

Como, según lo visto, no existe identidad temática entre lo sustentado en la alzada y el aspecto que comprende el fundamento de la impugnación extraordinaria, la Sala inadmitirá, por ausencia de interés, el cuarto cargo de la demanda objeto de examen, teniendo en cuenta, además, que no se presenta en este evento ninguna de las excepciones al principio de unidad temática reconocidas por la jurisprudencia de la Sala, pues ni el posible agravio nació en la sentencia de segunda instancia, ni la postulación

se encamina a obtener la nulidad del trámite, ni al casacionista se le imposibilitó el ejercicio del derecho de impugnación.

Quinto cargo. Incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia en relación con la estafa:

Aduce que la resolución de acusación atribuyó al procesado el delito de estafa sin considerar la agravación relativa a la cuantía, a pesar de lo cual la sentencia dedujo ese fundamento de mayor punibilidad.

En su sentir, si bien en el pliego acusatorio la Fiscalía, al presentar los hechos, señaló que los mismos son constitutivos de estafa agravada, se trató de una afirmación tangencial que, por lo demás, no corresponde con lo decidido en la parte resolutive, en la cual se acusó por “un concurso material homogéneo y sucesivo de estafas”. Además, añade, esa referencia no encuentra respaldo argumentativo en la parte motiva, pues se limitó a describir allí las conductas consideradas como estafa, pero no especificó, respecto de cada una de ellas, si es agravada y por qué, o en qué consistía la agravación.

Evocando sentencia de la Corte Suprema relacionada con el tema, concluye que la inconsonancia advertida vulnera el debido proceso y el derecho de defensa, por cuya razón solicitó casar parcialmente la sentencia para excluir la agravación considerada en el fallo.

Consideraciones de la Sala:

Este cargo cumple los requisitos de forma exigidos para su estudio de fondo, razón por la cual la Corte lo admitirá.

Sexto cargo. Incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia por los

delitos contra la fe pública:

Pone de presente que la Fiscalía acusó al procesado por el delito de falsedad en documento privado basado en los hechos relacionados con la apertura de la cuenta corriente del Banco de Bogotá, en tanto le atribuyó el punible de falsedad personal por razón de la emisión y cobro de cheques contra esa cuenta bancaria. Es decir, sostiene, solamente contempló la modalidad concursal en lo relacionado con la segunda de dichas conductas ilícitas.

No obstante, señala, en el fallo de primera instancia, en decisión no modificada por el Tribunal, el a quo absolvió al acusado por razón del concurso homogéneo de falsedad personal, pero lo condenó por el delito de falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

En su criterio, por tanto, la sentencia vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del acusado, al incluir la modalidad concursal no contemplada en la acusación para la falsedad en documento privado. Solicitó de esa manera casar el fallo para corregir dicha anomalía.

Consideraciones de la Sala:

Esta censura también cumple los requisitos de forma exigidos para su estudio de fondo, por cuyo motivo la Corte, igualmente, lo admitirá.

Séptimo cargo. Violación directa por aplicación indebida del artículo 407 del Código Penal:

Para el impugnante, los hechos demostrados en este proceso, concordantes con los acreditados en el que se siguió en contra de Guillermo Fino Serrano, conforme la sentencia condenatoria proferida contra éste por la Corte el 8 de julio de 2009, algunos

de cuyos apartes reproduce, consistieron en que el prenombrado, a través de Claudia Hernández Mendoza, solicitó o exigió dinero a RODRIGO DÍAZ SENDOYA como condición del pago de una deuda pendiente y del anticipo del contrato 110.

Tales episodios, en su opinión, no se acomodan en la descripción típica del cohecho por dar u ofrecer, sino en la de la concusión. Para sustentar su criterio, con cita jurisprudencial de esta Corporación, analiza por separado los elementos configuradores de esas dos conductas punibles, concluyendo que el fallador violó la ley sustancial cuando condenó a DÍAZ SENDOYA por el delito de cohecho por dar u ofrecer, a pesar de aparecer demostrada en el plenario la existencia del ilícito de concusión.

En tales condiciones, solicitó casar la sentencia para, en su reemplazo, absolver al procesado por el primero de los referidos punibles.

Consideraciones de la Sala:

Cuando se acude a la violación directa de la ley sustancial le está vedado al actor desconocer los hechos declarados probados por el sentenciador, así como controvertir el mérito probatorio asignado en el fallo a las pruebas incorporadas a la actuación. En tal virtud, le corresponde al impugnante presentar una discusión netamente jurídica orientada a demostrar que el juzgador aplicó indebidamente una norma sustancial, la dejó de aplicar o la interpretó erróneamente.

Tal carga argumentativa no la cumplió el libelista en este reproche, pues lo sustenta sobre la base de predicar la demostración de la exigencia dineraria por parte de Guillermo Fino Serrano al aquí acusado, cuando ese aspecto lo desestimó expresamente el fallador de segundo grado, dando por acreditada, contrariamente, la existencia entre los aludidos de un acuerdo delincencial. Obsérvese el análisis del Tribunal al respecto:

“A similar conclusión conduce el escrito obrante a folio 204 del cuaderno de copias número 1, pues en él se aprecia la repartición de la suma de \$4.400.897.305.00 entre los referidos sindicados. De tal forma, que las pruebas documentales anteriormente mencionadas permiten infirmar la argüida “exigencia” que supuestamente le hiciera FINO SERRANO a RODRIGO DÍAZ SENDOYA, en tanto éste se atribuía un porcentaje aproximado del 15% del valor de los pagos que efectuó el I.S.S. a FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA S.A., pues la meticulosa repartición del producto del delito desvirtúa la existencia del punible de concusión y, por el contrario, se convierte en un fuerte indicio del delito de cohecho por dar y ofrecer pues permite deducir la existencia de un acuerdo entre el particular, DÍAZ SENDOYA y el funcionario público, FINO SERRANO”3

Baste lo anterior para concluir que el último cargo tampoco satisface las exigencias de fundamentación inherentes al motivo de casación seleccionado, razón suficiente para inadmitirlo.

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

RESUELVE

1.- INADMITIR los cargos primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo de la demanda instaurada por el defensor de RODRIGO DÍAZ SENDOYA, conforme a las razones expresadas en la presente decisión.

2.- ADMITIR la demanda de casación presentada por el mismo sujeto procesal, únicamente en cuanto respecta a los cargos quinto y sexto.

En consecuencia, se ordena remitir la actuación a la Procuraduría Delegada para que emita concepto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Contra este proveído no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

JOSÉ	LUIS	BARCELÓ	CAMACHO	JOSÉ	LEONIDAS
	BUSTOS	MARTÍNEZ			

FERNANDO	ALBERTO	CASTRO	CABALLERO	SIGIFREDO	ESPINOSA
PÉREZ					

Permiso

ALFREDO	GÓMEZ	QUINTERO	MARÍA	DEL	ROSARIO	GONZÁLEZ	DE
LEMONS							

AUGUSTO J.	IBÁÑEZ	GUZMÁN	JULIO	ENRIQUE	SOCHA
SALAMANCA					

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Providencias del 3 de septiembre de 2002, radicación 19756, del 18 de octubre de 2005, radicado 24346 y del 7 de abril de 2010, radicación 32777, entre otras.

2 Sentencia del 28 de septiembre de 2006. Rad. 23638.

3 Página 18 del fallo del Tribunal.