

Proceso n.º 36650

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No 406.

Bogotá D.C., noviembre diecisiete (17) de dos mil once (2011).

VISTOS

Procede la Sala a decidir de fondo el recurso extraordinario de casación interpuesto 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, por cuyo medio condenó al mencionado por los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, cohecho por dar u ofrecer, estafa agravada, en concurso homogéneo y sucesivo, y falsedad en documento privado.

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 y, 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 en 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 el 3 de junio ulterior.

Clausurada la instrucción, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca calificó el mérito del sumario el 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.

Apelado 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, el cual surtió las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento, a cuyo término dictó fallo por medio del cual condenó al procesado a las penas principales de ciento setenta (170) meses de prisión y quinientos ochenta y dos (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, este último 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, al tiempo que le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y el sustituto de la prisión domiciliaria.

Contra la anterior determinación, la defensa interpuso recurso de apelación, sobre el cual se pronunció el Tribunal Superior de la misma sede el 13 de enero del año en curso, impartándole confirmación.

En desacuerdo con la sentencia del ad quem, el defensor interpuso recurso

extraordinario de casación allegando en tiempo el libelo correspondiente, del cual se ocupó la Sala en el proveído del pasado 3 de agosto inadmitiendo los cargos primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo y admitiendo únicamente los cargos quinto y sexto.

Surtido el traslado de rigor, emitió concepto el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, quien deprecó casar parcialmente el fallo impugnado.

LA DEMANDA

Como quiera que en la decisión del pasado 3 de agosto, por medio de la cual se calificó la demanda, la Sala únicamente admitió los cargos quinto y sexto, la síntesis de su contenido se limitará a ellos.

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

Aduce el defensor de RODRIGO DÍAZ SENDOYA que la resolución de acusación atribuyó a su prohijado 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 esta Colegiatura 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.

Sexto cargo. Incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia en relación con el delito de falsedad en documento privado:

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.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Sobre el quinto cargo:

Indica que, contrario a lo afirmado por el libelista, “el funcionario instructor al

momento de calificar el mérito probatorio del sumario cumplió a cabalidad con las mencionadas orientaciones de claridad y concreción en la formulación de las causales de agravación punitiva que se pretendía deducir en contra del sindicado respecto del delito de estafa”.

Lo anterior, por cuanto si bien en la parte resolutive sólo se hace referencia a la imputación como autor de un concurso material homogéneo sucesivo de estafas, en las motivaciones de la providencia, en el capítulo de “calificación jurídica” se hace referencia al delito de estafa agravado por la cuantía, amén de que en el cuerpo de la providencia hizo precisiones, cuyo contenido transcribe, “sobre los hechos constitutivos de los punibles de estafa ejecutados en concurso, y expresamente sobre la cuantía de los mismos”.

Por su parte, prosigue, el juzgador a quo, atendiendo los derroteros de la providencia calificatoria, “de manera expresa mencionó los eventos constitutivos del punible de estafa indicando la cuantía de cada uno de tales comportamientos, para finalmente condenar por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de estafa agravados por la cuantía”.

En tales condiciones, culmina indicando que como la agravante fue deducida “tanto fáctica, como jurídicamente” en la acusación y acorde con ella se falló en las dos instancias, no le asiste razón al censor y, por lo mismo, el reparo no está llamado a prosperar.

Sobre el sexto cargo:

Comienza por destacar que “el concurso delictivo requiere ineludiblemente no sólo de la individualización probatoria, sino también y sobre todo, la deducción formal de un cargo por cada uno de los hechos incriminados”.

Igualmente advierte que en los casos de concurso no es suficiente con predicar su existencia, sino que es menester determinar con exhaustividad “la facticidad y calificación de cada uno de los hechos que se imputan como delitos concurrentes, en razón a que la imputación de un concurso real de delitos es también un problema de la correspondencia con acciones independientes que van referidas al supuesto de hecho de cada tipo individual en que adquieren significación”.

Lo expuesto, aduce, no se verificó en el escrito de acusación porque ninguna referencia se hizo a la estructuración del delito de falsedad en documento privado ejecutado en concurso homogéneo y sucesivo y, por el contrario, expresó “que se procedía por el delito de falsedad en documento privado”.

Y si bien, continúa, al inicio de la argumentación se refirió de forma indiscriminada a la falsedad originada en la apertura de la cuenta bancaria y a los cheques girados contra ella, “seguidamente separa cada uno de estos comportamientos, para concretar la falsedad en documento privado” en los términos que opta por transcribir, como así también lo expresa en su parte resolutive.

Contrariando la acusación, sostiene, en el fallo de primer grado, confirmado por el Tribunal, se condenó al procesado por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de falsedad en documento privado. En consecuencia, considera, la dosificación punitiva realizada por el a quo y avalada por su superior fue equivocada y trascendente.

Con fundamento en lo expuesto, solicita casar parcialmente el fallo impugnado “para preservar los principios de congruencia entre acusación y fallo, y elimine el incremento deducido con ocasión de la concurrencia de delitos de falsedad en documento privado”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sobre la particular temática planteada por el casacionista, y que parcialmente avala la

representación del Ministerio Público, relacionada con el principio de congruencia, también denominado como de correlación¹, resulta pertinente recordar que en la acusación deben ser precisados los aspectos fácticos y jurídicos de la conducta punible por la cual se procede, parámetros a los cuales indefectiblemente se ha de sujetar el sentenciador a efectos de no incurrir en vulneración de este apotegma, que hace parte de la noción amplia de debido proceso, entendido como el plexo de garantías de que gozan los diversos sujetos procesales e intervinientes que participan en el proceso penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho².

El desconocimiento de este principio, mucho se ha dicho por esta Sala, no sólo comporta vulneración de la estructura del proceso, sino que además afecta el derecho a la defensa, por cuanto el sujeto pasivo de la acción penal resulta sorprendido en la sentencia con imputaciones fácticas y/o jurídicas respecto de las cuales no ha tenido oportunidad de controversia.

Por consiguiente, la incongruencia, entendida desde la doble perspectiva de garantía y postulado estructural del proceso, implica que el fallo debe guardar armonía con las conductas punibles atribuidas en el acto de acusación³.

Dicha imputación, de otro lado, debe ser mixta, esto es, fáctica y jurídica, “porque sólo de esta manera podría garantizarse el derecho de defensa y el principio acusatorio, el cual tiene entre sus proyecciones esenciales la comunicación de la acusación al procesado, la que no puede quedar reducida a la simple notificación sobre la existencia del pliego de cargos formulado en su contra, sino que es perentorio informar por el delegado de la Fiscalía sobre la denominación de las conductas imputadas en forma precisa que se le permita la plena comprensión en rededor de sus alcances y consecuencias, garantía que no se logra, sino a través de la conexión entre las imputaciones fáctica y jurídica”⁴ (subraya fuera de texto).

La Sala ha puntualizado en cuanto al primer concepto, es decir, al de imputación fáctica, que se contrae al deber de precisar los hechos constitutivos de la conducta típica objeto de investigación, valga aclarar, el conjunto de circunstancias espacio temporales y modales que la configuran; mientras el de imputación jurídica se relaciona con la determinación, también clara y concreta, del delito cometido, o especie delictiva que se endilga⁵.

De otra parte, en cuanto a las eventualidades procesales que pueden acarrear vulneración del principio de congruencia, se han tenido por tales, Vg. cuando el fallo introduce nuevas conductas punibles, agrega circunstancias específicas de agravación o de mayor punibilidad, desconoce las específicas de atenuación o de menor punibilidad tenidas en cuenta al momento de calificar o hace más gravosa la forma de intervención en el delito, en cuyo caso se impone un nuevo fallo que se sujete al marco fáctico y jurídico de la acusación.

Sobre la imposibilidad de que el sentenciador torne más gravosa la situación de un acusado, se ha indicado:

“los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación”⁶ (subrayas fuera de texto).

Ahora, si bien el principio de congruencia impide al juez, cuando dicta el fallo, modificar completamente la denominación jurídica de los hechos, ello no es óbice para degradar la

conducta en favor del procesado; por ejemplo, tomando en cuenta circunstancias que redunden en beneficio del procesado, atenuantes específicas o genéricas, o incluso condene por una ilicitud más leve, siempre y cuando no se afecten los derechos de los demás intervinientes⁷.

Efectuadas las anteriores acotaciones, necesarias para delimitar la cobertura del principio de congruencia, se adentrará la Sala en los planteamientos contenidos en las censuras admitidas, ambas relacionadas con el desconocimiento de este postulado, lo cual impone la inicial revisión de los términos de la resolución de acusación (en este caso, de primera y segunda instancia) para hacer de ver si en realidad no se dedujo debidamente la circunstancia agravante de la cuantía del delito de estafa y el concurso homogéneo de falsedades en documento privado, tras lo cual se entrará a verificar si en verdad, como lo esboza el recurrente, fueron consideradas en el fallo (también de primera y segunda instancia), en cuyo caso se aplicará el mecanismo de enmienda pertinente.

Como metodología, se comenzará por la imputación de la circunstancia agravante de la cuantía para el delito patrimonial (quinto cargo) y después se analizará lo concerniente al concurso homogéneo de falsedades en documento privado (sexto cargo).

i. Imputación de la circunstancia de agravación punitiva del delito de estafa correspondiente a la cuantía:

No cabe duda alguna, como así lo hace notar el Procurador Delegado, que dicha agravante fue correctamente imputada, tanto jurídica como fácticamente, en las resoluciones de acusación de primera y segunda instancia.

Sobre el primer aspecto, esto es, en cuanto a la imputación jurídica de esta específica circunstancia, se señaló expresamente en el proveído calificadorio de primer

grado, lo siguiente:

“la pluralidad de conductas por la que debe responder social y penalmente el señor RODRIGO DÍAZ SENDOYA por ser relevantes son: estafa agravada (conducta cometida en concurso material homogéneo y sucesivo de estafas) por la reiteración y la cuantía... como se trata de una pluralidad de conductas, tipificadas en diversos cánones del Código Penal, DÍAZ SENDOYA debe responder ‘por un concurso heterogéneo y sucesivo de delitos’. En el acápite calificación jurídica (sic) haré claridad sobre este tópico...”⁸ (subraya fuera de texto).

Pero antes de ese capítulo, al compendiar los alegatos precalificatorios de los diversos sujetos procesales, refirió nuevamente a la circunstancia de agravación, en los siguientes términos:

“en lo medular y neurágico del análisis de la prueba se llega a la misma conclusión que hay mérito probatorio para acusar a DÍAZ SENDOYA..., por existir lógica convicción: tanto en la ocurrencia de los hechos, como en la responsabilidad de los sindicatos; por eso se llamará a juicio por los delitos de: estafas agravada (sic), homogénea y sucesiva”⁹ (subraya fuera de texto).

Más adelante, en el capítulo anunciado de la calificación jurídica, en donde, además, señala las normas jurídicas pertinentes, precisó:

“Los tipos penales endilgados...se encuentran consagrados en el libro segundo, parte especial, concretamente en: el título VII, delitos contra el patrimonio económico, capítulo III. De la estafa, artículo 246, agravada por la cuantía, según voces del artículo 267-1...”¹⁰ (subraya fuera de texto).

Acto seguido, transcribió las anteriores preceptivas, y particularmente el numeral 1° del artículo 267 alusivo a la circunstancia genérica de agravación del delito de estafa por la cuantía¹¹.

Luego, al analizar individualmente la responsabilidad de DÍAZ SENDOYA, persistió en la misma calificación incluyendo la agravante del delito patrimonial, de la siguiente forma:

“Como se viene sosteniendo una de las tantas conductas penales cometidas por DÍAZ SENDOYA es el delito de estafa, cometidas (sic) en concurso material y homogéneo y sucesivo de estafas agravadas por la reiteración de la conducta y cuantía de lo apropiado como se demostrará con la cantidad de dinero ilícitamente apropiado a FRESENIUS MEDICAL CARE...”¹²(subraya fuera de texto).

Calificación que resultaba consecuente con la imputación fáctica que le dio sustento, según pasa a verse:

“La prueba recopilada en la instrucción indica que DÍAZ SENDOYA se apoderó indebidamente de dineros de la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE en cuantía aproximada de diez mil millones de pesos (\$ 10.000.000,00) y los distribuyó: una parte a Guillermo fino Serrano a manera de comisiones por el pago de cartera morosa y asegurar el pago del contrato 110 de marzo de 2002, celebrado entre el ISS y FMC, otra parte a Claudia Hernández Mendoza, quien colaboró en el actuar delictivo y el dinero restante lo conservó para su propio beneficio personal o de terceras personas.

Como quiera que el dinero que RODRIGO DÍAZ SENDOYA entregó a Guillermo Fino Serrano y a Claudia Hernández era parte de una suma mayor de la que él mismo se había apoderado en detrimento de los intereses económicos de FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA, es conveniente y oportuno señalar las pruebas que demuestran la forma como RODRIGO DÍAZ SENDOYA engañó a sus superiores para despojar a la empresa para

la cual trabajaba, de una cantidad de dinero cercana a los diez mil millones de pesos (\$ 10.000.000,00), en actos que se considera constitutivos del delito de estafa agravado dada la cuantía de la apropiación”¹³ (subrayas fuera de texto).

Posteriormente, el instructor discriminó uno a uno los actos constitutivos del delito de estafa por parte de DÍAZ SENDOYA con el señalamiento y especificación de la cuantía, así: (i) la ilícita apropiación de dineros de FRESENIUS MEDICAL CARE, a través de la devolución de los que le eran descontados por concepto de retención en la fuente¹⁴; (ii) indebido cobro de honorarios por la venta de productos Kabi y Hemocare¹⁵; (iii) aplicación de la tasa más alta del año para liquidar su salario¹⁶; (iv) adquisición de la acción del Metropolitan Club con dineros de la empresa para su uso exclusivo¹⁷; (v) malversación de los dineros que le fueron adjudicados para gastos de representación con fines personales¹⁸; (vi) contratación indebida de vuelos charter¹⁹; (vii) compra irregular de un inmueble a su nombre²⁰; (viii) pago de una indemnización a Marcelo Villalba²¹; (ix) pago no autorizado de un bono a su favor²²; (x) compra de un vehículo Toyota de placas BDX-00623; (xi) venta de la camioneta Ford Explorer de placas CIL-09024; (xii) cubrimiento de sobregiros de la cuenta del Banco de Bogotá²⁵ y (xiii) apertura de la cuenta No. 16533710-6 del Banco de Bogotá²⁶.

Queda claro, de acuerdo con el recuento anterior, que el calificador de primer grado cumplió a cabalidad con el imperativo de imputar de forma jurídica y fáctica la circunstancia de agravación de la cuantía del delito de estafa, que luego ratificó el fiscal de segunda instancia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra dicho proveído, aun cuando en la parte resolutive omitiera, debido a un lapsus o error involuntario, referir al delito patrimonial, de la siguiente manera:

“CONFIRMAR la resolución materia de apelación, por medio de la cual el fiscal.. acusó a los sindicados RODRIGO DÍAZ SENDOYA y ..., al primero a título de autor de las conductas

punibles de cohecho por dar u ofrecer; determinador de interés indebido en la celebración de contrato; autor de falsedad en documento privado y autor de un concurso material homogéneo y sucesivo de falsedades personales, todos en concurso heterogéneo y sucesivo de delitos”²⁷.

Sin embargo, este yerro consistente en no haber mencionado el delito de estafa, y desde luego tampoco la agravante, en la parte resolutive del proveído, realmente carece de incidencia en cuanto deviene evidente la voluntad de confirmar la providencia impugnada también sobre se aspecto (la imputación del delito de estafa agravada, en concurso material y homogéneo), como así dimana de la misma expresión consignada en la parte inicial del numeral de la parte resolutive que se viene de transcribir, en el sentido de “confirmar la resolución materia de apelación”, y porque a esa misma conclusión se llega tras la lectura de la providencia, como se extrae de los siguientes apartes, empezando por la síntesis elaborada de la providencia impugnada:

“Hecho lo que viene de precisarse, el a quo entra a la calificación jurídica de las conductas punibles que se enrostrarán a los sindicatos, ubicándolas dentro del respectivo título y capítulo, como señalando la norma del Código Penal que estima vulneradas, conductas que no son otras que la estafa, falsedad en documento privado, falsedad personal, cohecho por dar u ofrecer, interés indebido en la celebración de contratos, con sus respectivas circunstancias de agravación”²⁸ (subraya fuera de texto).

Y luego, cuando aborda, ya en la parte considerativa, el tema de la nulidad propuesta por uno de los recurrentes, al señalar que:

“Vistas así las cosas, con meridana claridad, al momento de leer la decisión, no sólo los encartados sino también su abogados estuvieron en condiciones de entender, por ejemplo, que DÍAZ SENDOYA y ..., deberían responder en juicio el primero, como autor

de un concurso material homogéneo y sucesivo de estafas...”²⁹ (subraya fuera de texto).

También lo dejó claro con posterioridad, en el mismo apartado, al advertir que:

“Por otra parte, debe puntualizarse que existe concurso material, homogéneo y sucesivo de estafas y falsedades, entre ellas las presuntamente cometidas por DÍAZ SENDOYA en documento público y personales”³⁰ (subraya fuera de texto).

De modo que, la omisión de mencionar el delito de estafa y su agravante en la parte resolutive de esta determinación se debió a un simple lapsus u omisión involuntaria del funcionario.

En tales casos, además, lo dicho en la parte considerativa prevalece o complementa la resolutive, pues al respecto tiene sentado la Sala que la “significación de lo decidido se encuentra profusamente desarrollada en la parte considerativa, motivo por el cual, ante falencias de entendimiento, claridad o yerros en la parte resolutive, se impone acudir a las motivaciones y consideraciones expuestas para desentrañar el alcance de un tal proveído”³¹.

De cualquier modo ha de dejarse en claro que la obligación de imputar jurídica y fácticamente un delito surge frente al acto complejo de acusación, integrado, si es el caso, por las acusaciones de primera y segunda instancia o su variación durante la audiencia pública de juzgamiento³² y que no siempre la de segundo grado se ocupa del tema en cuanto su competencia está circunscrita a los asuntos impugnados y a aquellos que le resulten inescindiblemente vinculados, a tenor de lo normado en el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, bajo cuya égida se adelanta esta actuación.

A propósito del trámite de audiencia pública, señálese que en su desarrollo el fiscal

asignado insistió en la imputación de la agravante en cuestión cuando, al concluir su exposición, manifestó lo siguiente:

“..no cabe duda entonces que el señor DÍAZ SENDOYA a través como variadas acciones (sic) a (sic) incurrido en delitos los que en su momento le imputara cargos la fiscalía a cargo (sic) de la investigación en cuanto a que incurrió en estafa agravada por la cuantía...”³³ (subraya fuera de texto).

Por lo expuesto queda demostrado, contrariamente al planteamiento contenido en el reparo objeto de estudio, que el fallador de primer grado no quebrantó el postulado de congruencia al deducir la circunstancia de agravación del delito de estafa contenida en el numeral 1° del artículo 267 del C.P.³⁴, tema que no fue objeto de discusión por el ad quem.

i. Imputación del concurso homogéneo de falsedades en documento privado:

A diferencia de lo ocurrido con la circunstancia de agravación punitiva del delito de estafa analizada en precedencia, en la resolución de acusación, tanto de primera como de segunda instancia, como así también lo destaca el Procurador Delegado, no se imputó jurídicamente el concurso homogéneo de falsedades en documento privado, restringiéndose a su mera imputación fáctica, lo cual no es suficiente para garantizar el principio de congruencia y el derecho de defensa³⁵.

Al respecto, comiéndose por indicar que en la resolución acusatoria de primer grado cada vez que se abordó la calificación jurídica de las conductas por las cuales se radicaba en juicio al procesado RODRIGO DÍAZ SENDOYA, se hizo hincapié en que dicha forma concursal operaba respecto del delito de falsedad personal –delito por el cual el mencionado luego fue absuelto por el juzgador de primer grado, en decisión

avalada por el Tribunal- sin que se hubiere destacado lo mismo frente al delito de falsedad en documento privado.

En efecto, véase cómo en la parte inicial de dicha providencia se señaló:

“la pluralidad de conductas por la que debe responder social y penalmente el señor RODRIGO DÍAZ SENDOYA por ser relevantes son:...falsedad en documento privado y falsedad personal (conducta cometida en concurso material homogéneo y sucesivo de falsedades personales, por su reiteración). Como se trata de una pluralidad de conductas, tipificadas en diversos cánones del Código Penal, DÍAZ SENDOYA debe responder ‘por un concurso heterogéneo y sucesivo de delitos’. En el acápite calificación jurídica (sic) haré claridad sobre este tópico...”³⁶ (subrayas fuera de texto).

Después, el instructor utilizó una fórmula similar cuando adujo:

“...del análisis de la prueba se llega a la misma conclusión que hay mérito probatorio para acusar a DÍAZ SENDOYA..., por existir lógica convicción: tanto en la ocurrencia de los hechos, como en la responsabilidad de los sindicatos; por eso se llamará a juicio por los delitos de: ...falsedad en documento privado y falsedad personal, homogénea y sucesiva³⁷ (subraya fuera de texto).

Pero lo más concluyente al respecto es que en el apartado concerniente al delito de falsedad en documento privado³⁸, el instructor no hizo ninguna referencia a que este reato procedía bajo la modalidad concursal homogénea, como sí lo hizo cuando abordó el análisis del delito de falsedad personal, en los siguientes términos:

“Este último comportamiento de DÍAZ SENDOYA se enmarca indudablemente dentro de la descripción típica que del delito de falsead personal hace el artículo 296 del Código Penal. En concurso material homogéneo de falsedades personales, así se

determinará en la parte resolutive de este proveído”³⁹(subraya fuera de texto).

En correspondencia total con ese anuncio, en la parte resolutive, dicho funcionario declaró lo siguiente:

“Primero. ACUSAR a RODRIGO DÍAZ SENDOYA como autor de un concurso material y homogéneo de estafas...autor de falsedad en documento privado y como autor de un concurso material homogéneo y sucesivo de falsedades personales...”⁴⁰(subraya fuera de texto).

Se sigue de lo expuesto que al considerar esa modalidad concursal el a quo, sin que de ello se ocupara el Tribunal, infringió el principio de congruencia que debe existir entre acusación y fallo y, correlativamente, como ya se dijo, el derecho de defensa. En esa medida, en acápite posterior se procederá a la enmienda respectiva.

(iii) Casación oficiosa:

Son dos los aspectos sobre los cuales la Corte encuentra necesaria su intervención oficiosa para salvaguardar las garantías fundamentales atendiendo a la prerrogativa que le otorga el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, en cuanto constitutivas de quebranto al principio de legalidad de la pena.

En primer lugar, porque el a quo, en decisión que no ameritó objeción alguna del Tribunal, al realizar el proceso de dosificación punitiva individual de cada una de la conductas concurrentes con el objeto de determinar la más grave, conforme a lo establecido en el artículo 31 del Código Penal, las incrementó por razón del concurso homogéneo, particularmente así lo hizo en relación con los delitos de estafa agravada y falsedad en documento (en cuanto a esta última, como ya se vio en el apartado anterior, de forma indebida en tanto dicho concurso no fue imputado jurídicamente en la

acusación), dejando de lado que este aumento debe realizarse luego de tomar como base de dosificación la pena correspondiente al delito más grave y no antes.

De cualquier forma este yerro no resulta incidente, no sólo porque a la final el a quo no seleccionó el delito más grave conforme a esa ponderación, en cuyo caso habría optado por la estafa agravada por la cuantía, pues a los cincuenta y cinco (55) meses le agregó veinte (20) más por razón del concurso homogéneo para un total de setenta y cinco (75) que superaban los setenta (70) meses correspondientes al punible de interés indebido en la celebración de contratos finalmente seleccionado como el más grave, sino porque el incremento por razón del concurso lo aplicó sobre este último quantum por una sola vez de acuerdo con la pauta legal.

Sin embargo, y en segundo lugar, en este paso también se equivocó, y aquí sí con efectos trascendentes, porque no acató el procedimiento legal establecido a continuación en la misma preceptiva.

Ciertamente, de acuerdo con el inciso primero del referido artículo 31 del Código Penal, en los casos de concurso se establecerá la pena más grave según su naturaleza, “aumentada hasta en otro tanto sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

Es decir que son dos las pautas legales a seguir una vez se ha determinado cual es el delito más grave. De una parte: (i) incrementar esa pena “hasta en otro tanto” y (ii) que esa cantidad, en ningún caso puede superar la suma aritmética que corresponde a cada una de las conductas concurrentes. Sin embargo, el fallador de primer grado, con el beneplácito del Tribunal, sólo tuvo en cuenta el segundo hito e hizo caso omiso del primero.

En efecto, pese a determinar correctamente la pena de setenta (70) meses

de prisión para el delito más grave (interés ilícito en la celebración de contrato), aumentó dicho guarismo en cien (100) meses por razón del concurso de los otros hechos punibles, obteniendo como resultado ciento setenta (170) meses, cuando el límite impuesto por la citada norma de hasta otro tanto solamente lo autorizaba para efectuar un incremento máximo de otros setenta (70) meses.

Lo anterior porque, como lo tiene pacíficamente señalado la jurisprudencia de esta Corporación, el otro tanto a que se refiere el artículo 31 del Código Penal corresponde al doble de la pena a imponer para el delito base o más grave, atendidas las circunstancias propias del mismo. En efecto:

“En conclusión, es la pena individualizada de cada uno de los delitos en concurso la que conduce a determinar la base de construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto por los respectivos tipos penales”⁴¹.

En tales condiciones, resulta evidente que el juzgador vulneró el principio de legalidad de la pena, situación que, junto con la violación del postulado de incongruencia por imponer el concurso homogéneo para el delito de falsedad en documento privado no deducido correctamente en la acusación postulado en la demanda y avalado por el Ministerio Público, ameritan corrección.

Ahora bien, antes de implementar la correlativa restauración es necesario precisar que aun cuando el fallador aplicó ese mismo procedimiento equivocado para fijar la pena principal de multa, en este caso no quebrantó el principio de legalidad de la pena, en tanto para ello no tomó la sanción más grave, que en este caso no correspondía al delito contra la Administración Pública (85 salarios mínimos legales mensuales), como erróneamente así lo estimó, sino, de acuerdo con sus propios parámetros, al de la estafa (420 salarios mínimos legales mensuales), cuyo incremento a quinientos ochenta y dos (582) salarios

mínimos, en virtud del concurso de delitos, está dentro de las lindes señaladas del artículo 31 del Código Penal. En ese orden de ideas, esta pena se mantendrá incólume.

(iv) Redosificación de la pena:

Previamente a acometer esta labor, se dejará en claro que un nuevo proceso de dosificación de la pena con sujeción al principio de legalidad, respetando las pautas sentadas en el fallo, repara la vulneración del principio de incongruencia por la atribución del concurso homogéneo de falsedades en documento privado no deducida correctamente en el pliego de cargos.

En efecto, si como bien lo señaló el a quo el delito más grave de los concurrentes es el de interés ilícito en la celebración de contratos, cuya pena fijó en setenta (70) meses de prisión, por encima de la que corresponde, de acuerdo a su tasación, a la de los delitos de estafa agravada con una sanción de cincuenta y cinco (55) meses (descontando los 20 meses indebidamente aumentados por cuenta del concurso homogéneo), cohecho por dar u ofrecer, establecida en cuarenta (40) meses, y falsedad en documento privado con veinte (20) meses (descontando los 15 meses incorrectamente aumentados por cuenta del concurso homogéneo, tanto porque vulnera el principio de congruencia, como porque no era el momento para su aplicación), es este el monto que debe incrementarse hasta en otro tanto, esto es, a lo sumo por otros setenta (70) meses.

Y precisamente bajo la consideración de que son múltiples las conductas que concurren, especialmente la gran cantidad de estafas en concurso homogéneo, material y sucesivo y que debe suprimirse el concurso de la misma naturaleza respecto de la falsedad en documento privado, la Sala estima prudente incrementar dicho guarismo en cincuenta (50) meses, para un total de imponer a RODRIGO DÍAZ SENDOYA de ciento veinte (120) meses de prisión. En el mismo lapso se impone la pena de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En consecuencia, la Corte casará parcialmente la sentencia, para fijar las penas en los montos referidos.

Aclárese, eso sí, que la determinación aquí adoptada no altera lo resuelto por las instancias en torno a lo decidido respecto del subrogado penal de la condena de ejecución condicional ni respecto del sustituto de la prisión domiciliaria, por no satisfacer el primero el factor objetivo contemplado en el numeral 1° del artículo 63 y por mantenerse inalterables los argumentos expuestos por el a quo para negar el segundo ante el incumplimiento de los condicionamientos de orden subjetivo previstos en el 38 ibídem que imponen la necesidad de tratamiento intramural al procesado.

Los demás pronunciamientos del fallo, se mantendrán incólumes.

Por 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

1. CASAR PARCIALMENTE el fallo objeto de impugnación, por razón del cargo sexto de la demanda presentada por el defensor del procesado RODRIGO DÍAZ SENDOYA.
2. CASAR OFICIOSA y parcialmente el fallo de segundo grado por vulneración del principio de legalidad de la pena, conforme a lo expuesto en la parte motiva.
3. IMPONER, como consecuencia de lo anterior, en contra de RODRIGO DÍAZ SENDOYA las penas principales de ciento veinte (120) meses de prisión e inhabilitación en el

ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

4. PRECISAR que esta determinación no afecta lo resuelto por las instancias en relación con la pena pecuniaria, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional ni en torno a la prisión domiciliaria.

5. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Comisión de servicio

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBÁÑEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

Permiso

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Así, por ejemplo, recibe esa denominación en “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, Teresa Armenta Deu, señalando que “la sentencia no puede condenar por un hecho punible distinto del que fue objeto de acusación, ni a sujeto diferente de aquel a quien se imputó y posteriormente se acusó, según la delimitación formal de la acusación en los escritos de calificación o acusación...”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 56-57.

2 Cfr. Sentencia de mayo 4 de 2011, rad. 31091.

3 Artículo 337, ibídem.

4 Sentencia del 28 de febrero de 2007, rad. 26087.

5 Sentencias de 24 de abril y 29 de octubre de 2003, rads. 17346 y 19138, respectivamente.

6 Sentencia del 25 de abril de 2007, rad. 26309

7 Sentencia del 27 de julio de 2007, rad. 26468

8 Pág. 4 de la resolución de acusación de primera instancia.

9 Pág. 11 ibídem.

10 Pág. 13 ib.

11 Pág. 14 ib.

12 Pág. 15 ib.

13 Págs. 15-16 ib.

14 Pág. 17 ib.

15 Pág. 18 ib.

16 Pág. 24 ib.

17 Pág. 25 ib.

18 Pág. 26 ib.

19 Pág. 30 ib.

20 Pág. 34 ib.

21 Pág. 42 ib.

22 Pág. 44 ib.

23 Pág. 48 ib.

24 Pág. 49 ib.

25 Pág. 51 ib.

26 Pág. 53 ib.

27 Pág. 33 de la resolución acusatoria de segundo grado.

28 Pág. 4 ib.

29 Pág. 17 ib.

30 Pág. 26 ib.

31 Sentencia del 3 de abril de 2008, rad. 23682.

32 Auto de 14 de febrero de 2002, rad. 14857.

33 Fol. 196 del c.o. No. 18.

34 Esta circunstancia de agravación fue tomada en cuenta al momento de dosificar la pena, según puede apreciarse en la pág. 33 del fallo de primer grado.

35 En ese sentido, cfr., entre muchas, decisiones de 22 de junio, rad. 36734 y de 23 de marzo, rad. 35802, ambas de 2011.

36 Pág. 4 de la resolución de acusación de primera instancia.

37 Pág. 11 ibídem.

38 A partir de la pág. 59 ib.

39 Pág. 65 íb.

40 Pág. 92 ib.

41 Sentencia del 7 de octubre de 1998, rad. 10987. En el mismo sentido, sentencias del 24 de abril de 2003, rad. 18856 y del 15 de mayo de 2003, rad. 15619.