

Proceso nº 36690

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No. 271

Bogotá, D. C., dos (02) de agosto de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de debida argumentación de la demanda de casación presentada por el apoderado de JOSÉ LUIS CHAMORRO LÓPEZ, FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO y SANDRA PATRICIA CHAMO-RRO LÓPEZ en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante el cual

confirmó las condenas de siete años de prisión y \$98'834.667 de multa que el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de dicha ciudad le impuso a cada una de las referidas personas, quienes aceptaron cargos por los delitos de captación masiva y habitual de dineros y enriquecimiento ilícito de particulares.

SITUACIÓN FÁCTICA Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los hechos materia de imputación fueron sintetizados por las instancias de la siguiente manera:

"[...] el pasado 25 de noviembre de 2008, [...] en la vía que del municipio de San Gil conduce a la ciudad de Bucaramanga, fueron detenidos tres vehículos que según información de fuente humana anónima suministrada al comando de la Guardia Seccional de Tránsito y Transporte de Santander [...] se movilizaban con una gruesa suma de dinero sustraída de las dependencias de la filial de Proyecciones D.R.F.E., con sede en Túquerres (Nariño), luego de ser objeto de fuertes disturbios generados por los ahorradores que reclamaban por el cese de pagos a raíz del cierre decretado por el Gobierno Nacional.

"[...] al realizar la requisa al automóvil color gris de placas AUV-253, conducido por JOSÉ LUIS CHAMORRO LÓPEZ, se halló en su interior la suma de sesenta y nueve millones de pesos, en tanto que dentro del rodante color negro de placas AUV-291, guiado por FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO, se encontraron cinco millones de pesos, mientras que en el tercer vehículo de color beige, de placas AUV-338, que manejaba SANDRA PATRICIA CHAMORRO LÓPEZ en compañía de Elizabeth Andrea Martínez Osejo y Carlos Fernando Ardila Enciso, se incautó abundante documentación relacionada con el funcionamiento de la firma Proyecciones D.R.F. E.

"[...] se estableció que estas personas eran las encargadas de manejar las sedes de la

firma D.R.F.E. con asiento en los municipios de Ipiales y Túquerres (Nariño), firma respecto de la cual, de conformidad con los registros de la Cámara de Comercio de Pasto, figuraba constituida desde el 16 de junio de 2008 y su objeto social giraba alrededor de la renta de capitales, el cual fue desbordado hacia la captación masiva y habitual, por lo que desde el pasado 11 de noviembre de 2008 la Superintendencia Financiera y de Sociedades dispuso la suspensión inmediata y definitiva de sus labores mediante resolución 1778"1.

2. Debido a ello, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de todos los ocupantes de los vehículos por las conductas punibles de captación masiva y habitual de dineros, 'no reintegro de dineros al público', enriquecimiento ilícito de particulares y concierto para delinquir agravado, de conformidad con lo señalado en los artículos 316, 316-A, 327 y 340 de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con la modificación que a los tipos básicos introdujo el artículo 8 de la Ley 733 de 2002, el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y los artículos 1 y 2 de la Ley 1357 de 2009.

Los imputados no se allanaron a dichos cargos en audiencia.

3. Presentado escrito de acusación por los delitos en comento ante el Juzgado Penal del Circuito de Túquerres, la titular de ese despacho adelantó la audiencia de formulación correspondiente, en cuyo transcurso se declaró incompetente, de suerte que, una vez agotado el trámite ante el superior, el conocimiento del asunto fue asignado a los juzgados especializados.

4. Luego de una serie de impedimentos y traslados administrativos que se sucedieron entre funcionarios de Nariño, Putumayo, Cauca y Valle, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dispuso el cambio de radicación al Juzgado Segundo Especializado de Cali, dada la situación de orden público suscitada

en la región a raíz de la llamada “caída de las pirámides”².

5. Continuada en dicho despacho la formulación de acusación, el representante de la Fiscalía solicitó en esa misma oportunidad la preclusión por los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares, ‘no reintegro de dineros al público’ y concierto para delinquir agravado, petición que fue resuelta por el funcionario en el sentido de aceptarla para los dos últimos y rechazarla para el primero.

Al finalizar la diligencia, los procesados Elizabeth Andrea Martínez Osejo, Carlos Fernando Ardila Enciso, JOSÉ LUIS CHAMORRO LÓPEZ, FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO y SANDRA PATRICIA CHAMORRO LÓPEZ manifestaron su deseo de allanarse a los cargos, los dos primeros de manera parcial y los tres últimos por las conductas punibles que permanecían imputadas.

6. Como quiera que a raíz de la preclusión el Tribunal le aprobó el impedimento al funcionario para seguir conociendo del proceso, el seguido contra DÁVALOS GUERRERO y los CHAMORRO LÓPEZ le correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Cali, despacho que como primera medida adelantó una “audiencia de verificación de aprobación del allanamiento”³ [sic], en la cual éstos reiteraron aceptar los cargos por los delitos de captación masiva y habitual de dineros y enriquecimiento ilícito de particulares, a cambio de una rebaja de pena sustancialmente inferior a la que obtendrían en el evento de haberse allanado durante la imputación.

7. Por lo anterior, el juez condenó a JOSÉ LUIS CHAMORRO LÓPEZ, FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO y SANDRA PATRICIA CHAMORRO LÓPEZ por los delitos de captación masiva y habitual de dineros y enriquecimiento ilícito de particulares a sendas penas de siete años de prisión y \$98’834.667 de multa, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y

funciones públicas por un tiempo igual al de la principal y les negó cualquier mecanismo sustitutivo de ejecución de la sanción privativa de la libertad.

8. Recurrida la decisión por la defensa de los procesados en cuanto a la rebaja de la pena, la fijación de la multa y la prisión domiciliaria, el Tribunal Superior de Cali la confirmó en lo que fue objeto de debate.

9. Contra el fallo de segundo grado, el abogado de JOSÉ LUIS CHAMORRO LÓPEZ, FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO y SANDRA PATRICIA CHAMORRO LÓPEZ interpuso el recurso de casación.

LA DEMANDA

1. Primer cargo

Al amparo del numeral 1 del artículo 181 del estatuto procesal penal, propuso el recurrente la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 352 inciso 2º de la Ley 906 de 2004 (que consagra la rebaja de la tercera parte de la pena cuando los preacuerdos se presentan después del escrito de acusación), así como por la falta de aplicación de los artículos 351 inciso 1º, 356 numeral 5 y 367 ibídem (que establecen las disminuciones punitivas en razón de los allanamientos a cargos).

Al respecto, sostuvo que como la figura de los preacuerdos es por naturaleza distinta a la de la aceptación de cargos, no procedía el reconocimiento de la rebaja de la tercera parte en virtud de lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal (tal como lo hizo el Tribunal), sino la rebaja de “hasta la mitad de la pena imponible”, señalada en el inciso 1º del artículo 351 de dicho ordenamiento, pues es la aplicable cuando los allanamientos ocurren entre la formulación de imputación y el inicio de la audiencia preparatoria, momento a

partir del cual la disminución sólo empieza a ser en un tercio, según lo dispone el numeral 5 del artículo 356 ibídem, y en este caso jamás hubo una negociación entre las partes, sino un acto unilateral proveniente de los procesados.

En consecuencia, solicitó a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, redosificar la pena concediendo una rebaja superior a la tercera parte, “ojalá del 50%”⁴, por el allanamiento suscitado.

2. Segundo cargo

Planteó la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 327 del Código Penal (que consagra el delito de enriquecimiento ilícito de particulares) y falta de aplicación de los artículos 653, 654, 655, 656, 2322, 2323 y 2325 del Código Civil (que aluden a la clasificación de los bienes, así como al cuasicontrato de comunidad).

Manifestó acerca del particular que los procesados eran condueños de los \$74'000.000 encontrados en su poder, por lo que su patrimonio creció en proporción a la alícuota sobre la cosa mueble en común, de manera que el incremento ilícito logrado por cada uno ascendió a \$24'666.666 y, debido a ello, pena de multa por la conducta punible de enriquecimiento ilícito de particulares debía equivaler al doble de ese valor, es decir, a los \$49'333.333.

Por lo tanto, solicitó a la Corte casar el fallo objeto del extraordinario recurso y dosificar la sanción pecuniaria en el sentido señalado, sin perjuicio del reconocimiento de la rebaja punitiva que en razón de la aceptación de cargos corresponda.

3. Tercer cargo

Formuló la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 1 de la Ley 750 de 2002 y falta de aplicación de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, entre otras normas de orden legal, constitucional e internacional.

Precisó que las instancias le negaron de forma errada la condición de padre cabeza de familia a FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO tras por considerar que debido a la existencia de parientes distintos al procesado (abuelos, hermano mayor de edad) sus menores hijos no iban a quedar en estado de abandono.

Agregó que los juzgadores tampoco estimaron que el concepto de 'familia nuclear' comprende a personas que viven bajo un mismo techo y no a allegados que no comparten esa comunidad de vida, motivo por el cual DÁVALOS GUERRERO, ante la privación de la libertad de su consorte SANDRA PATRICIA CHAMORRO LÓPEZ, adquirió la calidad de padre cabeza de familia, sin perjuicio de la existencia de los abuelos o de otros parientes mayores de edad.

Agregó que con la entrada en vigencia de los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004 tan sólo se exige probar la condición en comento, tal como lo ha reconocido la Sala en su jurisprudencia.

En consecuencia, solicitó casar el fallo materia de impugnación y concederle a FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto), la casación es un mecanismo de control tanto constitucional como legal que procede contra los fallos proferidos en segunda instancia y que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 ibídem, tiene como propósitos lograr la efectividad del derecho material, el respeto

de las garantías fundamentales, la reparación de los agravios inferidos y la unificación de la jurisprudencia.

Dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, quien acude a la casación tiene que ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos, basados en la razón y en la lógica argumentativa, así como guardar coherencia, precisión y claridad en el sustento de cada uno de los reparos, que debe desarrollar conforme a las causales previstas en el artículo 181 del referido estatuto.

A su vez, el inciso 2º del artículo 184 del ordenamiento procesal señala que no será admitida la demanda “cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”, lo que ocurre si la Corte halla intrascendente el problema propuesto por el recurrente frente a lo debatido en el caso concreto o cuando puede responder a sus planteamientos sin la necesidad de valorar de manera profunda lo ocurrido dentro de la actuación.

2. En el asunto materia de interés, los reproches formulados en el escrito de demanda por el apoderado de JOSÉ LUIS CHAMORRO LÓPEZ, FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO y SANDRA PATRICIA CHAMORRO LÓPEZ pueden ser resueltos sin necesidad alguna de examinar de fondo el expediente. Veamos:

2.1. En relación con el primer cargo, el demandante ni siquiera se molestó por controvertir o refutar la postura sostenida por la Sala en pretérita providencia (y citada textualmente por el Tribunal en el fallo impugnado⁵), según la cual la aceptación unilateral de los cargos únicamente puede presentarse en tres específicas oportunidades: la formulación de imputación (caso en el cual obtiene una disminución de “hasta de la mitad de la pena imponible” –artículo 351 inciso 1º de la Ley 906 de 2004), la audiencia preparatoria (en la

que la rebaja será “hasta en la tercera parte” –artículo 356 numeral 5 ibídem) y, por último, al inicio de la audiencia del juicio oral (razón por la cual “tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte” –artículo 367 inciso 2º):

“[...] la aceptación de los cargos sólo se puede cumplir en el acto de la audiencia de formulación de imputación, en la preparatoria y al inicio del juicio oral, toda vez que el legislador sólo previó dichas oportunidades para que el imputado, o acusado, según el caso, acepte su responsabilidad de manera oral, unilateral, libre, voluntaria y debidamente asistido”⁶.

En este orden de ideas, es irregular la realización de una “audiencia de verificación de aprobación del allanamiento”⁷, como la presentada en este caso. Sin embargo, la Corte también contempló en dicha providencia que, para efectos de la dosificación, no representa agravio alguno para el procesado que la rebaja otorgada corresponda a la tercera parte de la pena, y no a la mitad, en la medida en que la anómala diligencia sea susceptible de ajustarse a la segunda ocasión legal para conceder tal descuento punitivo:

“[...] la Sala censura la actitud del juzgador de primera instancia, consistente en que la audiencia de formulación de acusación la convirtió en una de aceptación de cargos cuando la ley no lo prevé así, según lo estatuido en los artículos 338 y siguientes de la Ley 906 de 2004, dando un trámite que riñe con la sistemática consagrada en la ley.

“[...] No obstante, la Corporación también avizora que el trámite irregular de la audiencia de formulación de acusación no logra resquebrajar la estructura del proceso que imponga la declaratoria de invalidez de lo actuado, máxime cuando la rebaja de pena concedida a los hoy sentenciados se ajusta a la segunda oportunidad en que éstos podían allanarse a los cargos válidamente, esto es, en la audiencia preparatoria, según lo previsto en el artículo 356, numeral 5, de la pluricitada Ley 906 de 2004”⁸.

Por último, el que las instancias se hayan referido como fundamento normativo del descuento al artículo 352 inciso 2º del estatuto procesal penal, y no al artículo 356 numeral 5 ibídem que en un principio era de aplicar, tampoco implicó en el precedente jurisprudencial en comento yerro trascendente alguno, pues “la rebaja de pena [de la tercera parte] dada a los procesados se ajusta a los parámetros normativos reglados en el Código de Procedimiento Penal, no obstante las falencias exhibidas y resaltadas por esta Corporación”⁹.

El reproche, por consiguiente, está destinado al fracaso.

2.2. En lo que al segundo cargo respecta, el demandante se ocupó por acudir a conceptos de derecho civil sobre la comunidad de bienes fungibles cuando el tipo contemplado en el artículo 327 del Código Penal descartaba el presupuesto que él mismo consideró un axioma, según el cual el incremento obtenido en la conducta punible de enriquecimiento ilícito de particulares es sólo aquel que tiene como fin acrecentar el propio patrimonio del sujeto activo.

En efecto, de la simple lectura de la norma en cita, se advierte que la obtención del “incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas” puede ser “para sí o para otro”. Por lo tanto, cuando la disposición consagra la pena de “multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado”, ésta no equivale a la suma que el actor haya conseguido en su particular beneficio, sino al aumento globalmente considerado, así sea para terceros.

En este orden de ideas, si a los procesados se les atribuyó, “en calidad de coautores y a título de dolo”¹⁰ (según los precisos términos del recurrente), la obtención de un incremento patrimonial injustificado en la suma de \$74'000.000, la multa que correspondía imponer a cada uno de ellos ascendía al doble de ese monto, es decir, a

\$148.000.000, que sumados a la sanción pecuniaria por el delito de captación masiva y habitual de dineros, y reconocida la rebaja de la tercera parte por la aceptación de cargos, arrojó como resultado una multa que alcanzaba los \$98'834.667 o, lo que es lo mismo, el guarismo que figura en los fallos de instancia.

El cargo, entonces, carece de vocación de éxito.

2.3. Finalmente, en cuanto al tercer cargo, además de la extrañeza que suscita el hecho de representar judicialmente a la pareja formada por FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO y SANDRA PATRICIA CHAMORRO LÓPEZ en este caso, y sin embargo solicitar la prisión domiciliaria a favor del padre y no de la madre (pues la norma fue instituida en un principio para la mujer cabeza de familia y sólo por extensión en beneficio del interés superior fue reconocido al hombre en la misma situación), el profesional del derecho cuestionó aspectos (como la existencia de otros familiares o la noción estrecha de núcleo familiar) que han sido descartados por la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional para el reconocimiento del derecho.

En efecto, el máximo tribunal en materia de control constitucional, en el fallo que declaró exequible el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 (norma citada por el demandante como fundamento de su pretensión), señaló al respecto lo siguiente:

“[...] el hecho de que el menor esté al cuidado de otro familiar o que en virtud de sus condiciones particulares reciba el sustento de otra fuente o, incluso, habilitado por una edad propicia, se encuentre trabajando y provea lo necesario para su subsistencia, podrían considerarse como circunstancias exceptivas que darían lugar a impedir, según la valoración del juez, que se conceda el sustituto de la detención domiciliaria”¹¹.

Adicionalmente, no sobra precisar que, en reciente providencia, la Corte varió su doctrina, en el sentido de que los artículos 314 y 461 del Código de Procedimiento Penal

no eliminaron el estudio de factores personales del procesado para efectos de conceder o no la detención o prisión domiciliaria (debido a la necesidad de realizar un juicio de ponderación con las circunstancias que estructuran el interés superior del menor), e incluso advirtió en cuanto a la ejecución de la pena privativa de la libertad que tampoco puede entenderse derogadas las exigencias tanto objetivas como subjetivas previstas en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002:

“El numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal no puede ser interpretado de manera aislada en perjuicio del resto del ordenamiento jurídico, pues al operador de la norma no le está permitido dejar inocuos los valores y principios en los que se sustenta los fines de la detención preventiva, instituto para el cual siempre habrá de considerarse circunstancias atinentes a la persona del procesado, incluidas las derivadas de los antecedentes penales que registre.

“En cuanto al reconocimiento de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, los requisitos de orden objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista de la [Constitución Política](#) se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.

“En consecuencia, ya sea por mandato constitucional o específico precepto legal, en ningún caso será posible desligar del análisis para la procedencia de la detención en el lugar de residencia o de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, aquellas condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste”¹².

3. En consecuencia, como la Sala advierte la falta de fundamentos en los reproches, y como tampoco encuentra con ocasión del trámite procesal o del contenido del fallo objeto del recurso violación de los derechos fundamentales de los procesados CHAMORRO LÓPEZ y DÁVALOS GUERRERO, ni la necesidad de garantizar cualquiera de los fines de la casación mediante un pronunciamiento de fondo, no hay razón alguna para superar las falencias que ostenta la demanda y, por lo tanto, ésta no será admitida, tal como está previsto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Teniendo en cuenta que contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia, según lo establece el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es necesario aclarar que la Corte ha precisado la naturaleza y reglas que habrán de observarse para su aplicación de la siguiente manera¹³:

3.1. La insistencia es un mecanismo especial, de naturaleza distinta a los actos de impugnación propiamente dichos, que sólo puede ser promovido por el demandante dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual se decide no admitir la demanda de casación.

3.2. La solicitud de insistencia puede ser elevada ante el Ministerio Público por intermedio de cualquiera de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado el voto frente a la decisión mayoritaria de no admitir, o ante uno de los Magistrados que no participó en la discusión y dejó de suscribir el referido auto.

3.3. Es facultativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a la consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en el que informará al solicitante dentro de un plazo de quince días.

3.4. El auto mediante el cual no se admite la demanda trae como consecuencia la firmeza de la sentencia contra la que se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conduzca a la admisión del escrito.

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

RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación presentada por el abogado de los procesados JOSÉ LUIS CHAMORRO LÓPEZ, FREDY ALBERTO DÁVALOS GUERRERO y SANDRA PATRICIA CHAMORRO LÓPEZ en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con lo decidido.

Notifíquese y cúmplase

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 199-200 y 222 de la carpeta principal.

2 Auto de 10 de febrero de 2010, radicación 33269.

3 Folio 165 de la carpeta principal.

4 Folio 364 ibídem.

5 Cf. folios 304-305 ibídem.

6 Sentencia de 8 de julio de 2009, radicación 31063.

7 Folio 165 de la carpeta principal.

8 Ibídem.

9 Ibídem.

10 Folio 368 de la carpeta principal.

11 Corte Constitucional, sentencia C-154 de 2007.

12 Sentencia de 22 de junio de 2011, radicación 35943.

13 Sentencia de 12 de diciembre de 2005, radicación 24322.