

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado acta N° 458.

Bogotá, D. C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012).

VISTOS

Examina la Sala las bases lógicas y de adecuada fundamentación de la demanda de casación presentada por el defensor de MARISOL MARCIALES FERNÁNDEZ contra la sentencia del 4 de mayo de 2012, mediante la cual el Tribunal Superior de Cúcuta confirmó el fallo proferido el 21 de octubre de 2011 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Adjunto de la misma sede, que condenó a la procesada a las penas principales de 36 meses de prisión y \$11.440.000 de multa, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 48 meses, como autora del delito de abuso de confianza agravado.

HECHOS

Los sentenciadores de instancia declararon probada la siguiente situación fáctica:

MARISOL MARCIALES FERNÁNDEZ, en su condición de representante legal de la sociedad FERNÁNDEZ DE MARCIALES Y MARCIALES & CIA LTDA.” con sede en Cúcuta, se abstuvo de consignar lo recaudado por concepto de aportes patrono-laborales al Sistema de Seguridad Social Integral, correspondiente a los ciclos de julio a

diciembre de 2004 y enero a marzo de 2005.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El trámite de las diligencias estuvo a cargo de la Fiscalía Seccional de Cúcuta, despacho judicial que el 16 de junio de 2005 dispuso la apertura de instrucción penal, ordenando la vinculación a la actuación de MARISOL MARCIALES FERNÁNDEZ.
2. En el curso de la actuación se escuchó en declaración de indagatoria a la implicada, y el 5 de diciembre del precitado año se decretó el cierre de la investigación, calificándose el mérito del sumario el 18 de enero de 2006 con resolución de acusación contra MARISOL MARCIALES FERNÁNDEZ, por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.
3. Por apelación interpuesta por la defensa, la Fiscalía Delegada de segunda instancia confirmó el pliego acusatorio, según providencia del 16 de junio de 2009.
4. Correspondió adelantar la etapa del juicio al Juez Quinto Penal del Circuito de Cúcuta, funcionario que realizó las audiencias preparatoria y pública de juzgamiento. Por redistribución laboral, el fallo de primer grado lo dictó el Juez Adjunto del mencionado despacho judicial, en el cual condenó a la procesada por el delito de abuso de confianza calificado.
5. Por vía de apelación, el Tribunal Superior de la precitada ciudad impartió confirmación a la sentencia de primera instancia.
6. Atendido el sentido de la mencionada providencia, la defensa promovió el recurso extraordinario de casación, el cual sustentó oportunamente.

LA DEMANDA

El impugnante formula un único cargo contra la sentencia del Tribunal Superior, el cual apoya en la causal tercera de casación de la Ley 600 de 2000, esto es, por haberse dictado el fallo en un juicio viciado de nulidad derivada de la afectación del debido proceso, con repercusión grave en el derecho de defensa, dado que el juez de primera instancia varió la calificación jurídica sin acudir al trámite previsto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal.

Sustenta el reproche señalando que de acuerdo con la precitada norma, es factible variar la calificación jurídica cuando se acude al procedimiento allí regulado, y si bien hay algunos casos en los cuales no es necesario aplicar dicho trámite, siendo uno de ellos aquel donde la nueva imputación es más benigna o se revela equivalente en términos punitivos, tal excepción no procede cuando “el tipo penal degradado o equivalente se encuentra en un título del Código Penal diferente del que se hallaba el delito primero por el que originalmente fuera acusado”, pues ello implicará una nueva contextualización normativa y delictual sobre la que jamás existió defensa material.

En ese evento, insiste, la mutación de “elementos normativos”, “descriptivos”, “sujetos”, “verbos rectores” o “bienes jurídicos” requiere la aplicación de la institución regulada en el artículo 404 precitado, pues esa es la única forma de materializar el derecho de contradicción, en particular, con miras a controvertir la nueva tipicidad, incluso mediante la aportación de otras pruebas o para acudir “quizás a algún mecanismo de extinción de la acción penal”.

En el presente caso, sostiene, a pesar de que se acusó a la procesada por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, el juez de primera instancia la condenó por el punible de abuso de confianza calificado, sin acudir al trámite

previsto en el artículo 404, decisión confirmada por el Tribunal con fundamento en varias razones, las cuales el actor controvierte por separado, de la siguiente manera:

Frente al argumento conforme al cual la nueva tipicidad le resulta más favorable al acusado, el libelista replica que ese principio no es de aplicación ilimitada, y es así como la jurisprudencia ha dicho que no es necesario acudir al procedimiento de variación cuando la nueva imputación es más benigna o se revele equivalente en términos punitivos, pero siempre que se trate de un delito ubicado dentro del mismo título y posea elementos estructurales similares. En ese sentido, estima que “si de favorabilidad se trata, lo más favorable sería entonces absolver porque la Fiscalía no logró demostrar el delito por el que se acusó, en vez de completar el trabajo de la Fiscalía y convertirse en juez-acusador variando la calificación jurídica”.

Tampoco estima viable el argumento del precedente jurisprudencial. Al respecto es del criterio que en la sentencia del 20 de junio de 2007 (radicación 23982), citada por el ad quem como soporte de su decisión, se definió un problema jurídico distinto al relativo a la variación de la calificación jurídica cuando se produce una errada adecuación de los hechos. En esa ocasión, añade, se trató la situación del cambio del nomen juris por tránsito legislativo.

Para sustentar la trascendencia del yerro, el casacionista efectúa un cuadro comparativo entre los aspectos que desde el punto de vista defensivo pueden invocarse frente a los delitos de omisión del agente retenedor y abuso de confianza calificado, dependiendo de los elementos descriptivos de cada uno de esos ilícitos, tras lo cual concluye que la procesada MARCIALES FERNÁNDEZ bien pudo dentro del proceso materializar su estrategia defensiva de múltiples maneras, ya fuese controvirtiendo cada una de las estructuras configurativas del tipo penal o acogiéndose a la figura de la indemnización integral prevista para el delito de abuso de confianza calificado, sin que

contara con la oportunidad de hacerlo, pues se le acusó y enjuició por un punible y se le condenó por uno muy diferente.

En tal sentido, pasa a analizar las distintas intervenciones de la defensa en el curso de la actuación, en orden a mostrar que “estuvo enfocada en aspectos pertinentes quizás para el delito de ‘omisión de agente retenedor’, pero inanes en relación a la conducta punible de ‘abuso de confianza calificado’”.

Así, señala que la apelación interpuesta contra la resolución de acusación estuvo centrada en negar el verbo rector de la “no consignación de las tasas o contribuciones públicas recaudadas dentro del término legal”, pero “nunca toca los aspectos defensivos propios de la negación del ‘abuso de confianza calificado’ (vgr. Ausencia de imputación objetiva del comportamiento o del resultado, inexistencia del título traslativo de dominio, falta de apropiación del capital, etc.), dedicándose a estructurar una defensa pertinente pero para la ‘omisión del agente retenedor’”.

En la audiencia pública, agrega, hubo una orfandad absoluta de defensa, pues allí no se hace énfasis en ningún aspecto enriquecedor para el debate jurídico y muchos menos se materializa algún tipo de estrategia defensiva respecto a la comisión del delito de abuso de confianza calificado.

Finalmente, sostiene que en la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia nada se dijo sobre la estructuración típica del abuso de confianza, “atacando la variación de la calificación jurídica realizada por el juez”.

En síntesis, considera que en el curso del proceso no hubo posibilidad de defensa en torno al delito de abuso de confianza calificado, pues nunca se mencionó, ni siquiera tácitamente, de su existencia. Para apoyar su criterio evoca la sentencia de la Corte del 12 de mayo de 2010 (radicación 30291), tras lo cual reseña la defensa que se hubiera podido ejercer en este caso de haberse dado aplicación al artículo 404 de la Ley

600 de 200.

A saber: 1) Preparar en un tiempo razonable la defensa. 2) Solicitar nuevas pruebas. 3) Llevar a cabo una indemnización integral. 4) Finalmente, alegar inexistencia del título traslativo, falta de apropiación de dineros, ausencia de imputación objetiva del comportamiento, ausencia de imputación objetiva del resultado, falta de lesividad frente al bien jurídico del patrimonio económico, apropiación de dinero pero que no pertenecía a empresas de economía mixta y duda frente a la prueba de cualquier de esos elementos configurativos del nuevo tipo penal imputado.

De esa manera, solicitó casar la sentencia impugnada para decretar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la finalización de la audiencia pública, a fin de dar trámite al procedimiento regulado en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La demanda instaurada por el defensor de la procesada MARISOL MARCIALES FERNÁNDEZ será inadmitida, por las siguientes razones:

Los hechos objeto de juzgamiento tuvieron ocurrencia en los años de 2004 y 2005 en la ciudad de Cúcuta, luego a este caso resulta aplicable el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal de 2000, cuya norma establece que la casación ordinaria o común procede respecto de sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales, en procesos seguidos por delitos cuya pena máxima fuese superior a ocho (8) años.

El artículo 250 del Código Penal de 2000, en su redacción original, contempla para el delito de abuso de confianza calificado, por razón del cual se condenó a la acusada, la pena máxima de 6 años¹.

Significa lo anterior que no era del caso aquí acudir a la casación ordinaria o común.

En esas condiciones, correspondía al actor interponer la denominada casación excepcional o discrecional, mecanismo impugnatorio regulado en el inciso final del artículo 205 precitado, debiendo para el efecto expresar el propósito del recurso, es decir, si se trata de buscar el desarrollo de la jurisprudencia o de preservar las garantías fundamentales, cuya carga argumental de todas formas es necesario cumplir, conforme lo tiene precisado la jurisprudencia de esta Sala².

El libelista olvidó la exigencia procesal en mención, limitándose a invocar el recurso por la vía común u ordinaria, creyendo tener pleno acceso a esa modalidad del recurso extraordinario de casación, sin advertir que lo procedente era acudir a la vía excepcional.

Pero, desde luego, no puede pasarse por alto la postura de la Sala, conforme a la cual podría admitirse la impugnación si el demandante, a pesar de no señalarlo expresamente, ofrece razones a través de las cuales se pueda inferir claramente que su intención es fundamentar alguno de los dos motivos que habilitan la casación excepcional³.

En ese sentido, se observa que como en la única censura formulada, el censor aduce la vulneración del debido proceso con repercusión en el derecho de defensa, resulta factible interpretar que su pretensión es propender por la protección de las garantías fundamentales.

Sea como fuere, encuentra la Sala que el actor no cumple las demás exigencias legales indispensables para admitir la demanda, conforme lo establece el inciso final del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, entre las cuales está la de enunciar la causal y formular el cargo, con expresión clara y precisa de sus fundamentos y de las normas que se estiman infringidas, según lo determina el numeral 3º del artículo 212 ibídem, para cuya

satisfacción se requiere, además, seguir las pautas de sustentación que la Corte ha fijado cuando se trata de elaborar una demanda de casación.

Al respecto, se tiene que, aun cuando en el tema de las nulidades, causal de casación seleccionada por el actor, la Sala ha sido flexible frente a la valoración de su fundamentación, de todas maneras exige el cumplimiento de unos presupuestos mínimos, que tienen como propósito posibilitar la comprensión del reparo, en aras de evitarle a la Corte entrar a desentrañar confusas postulaciones, atentatorias del principio de limitación que gobierna el recurso de casación.

Así, se ha dicho que las censuras sustentadas en el mencionado motivo de casación deben contener, como mínimo, la identificación de la irregularidad, la expresión clara de sus fundamentos, el señalamiento de si se trata de un vicio de estructura o garantía, la indicación de la norma o normas violadas, la mención del momento procesal en donde se presentó la anomalía y de las actuaciones afectadas con la misma, así como la motivación de su trascendencia.

Pero sobre el particular es necesario también recordar el criterio reiterado de la Corte acorde con el cual para estructurar en forma adecuada un cargo en casación debe empezarse por respetar el principio de lealtad procesal, pues sólo de esa manera tendrá la Sala serios elementos para abordar su estudio.

Lo anterior no acontece en el presente evento. En efecto, no es cierto que la jurisprudencia tenga dicho, como lo sostiene equivocadamente el impugnante, que es necesario acudir al procedimiento de variación previsto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2000 si la mutación recae sobre un delito ubicado dentro de un título distinto, así la nueva imputación sea más benigna o se revele equivalente en términos punitivos.

Contrariamente, la Sala desde la providencia del 14 de febrero de 20024

viene señalando que “la modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado” y “sólo es procedente para hacer más gravosa la situación del procesado, esto es, en su contra (verbigracia, de homicidio culposo a doloso; de cómplice a coautor)”(resalta la Sala).

Por eso, estableció también la Corte en la remembrada decisión, “si el fiscal estima que el acusado debe ser condenado, pero por una especie delictiva menos grave o que se le debe reconocer una circunstancia específica de atenuación o, en general, que se le debe aminorar la responsabilidad, así lo debe alegar y no proceder a modificar la calificación a su favor”.

Dicho criterio fue reiterado por la Corporación en reciente sentencia⁵ cuando acotó:

“Esto significa que el juzgador debe emitir fallo dentro de los límites de la acusación. No obstante, está autorizado para condenar por una conducta punible distinta a la endilgada en el pliego de cargos⁶

, siempre que el delito por el que se emite el juicio de reproche sea de menor entidad que el asignado en aquél y se respete el núcleo básico de la imputación fáctica, lo que de ninguna manera comporta lesión alguna del principio de congruencia”.

Ahora bien, como se dijo, dentro de las exigencias de fundamentación a cumplir cuando se acude a la causal tercera de casación está la de acreditar la trascendencia de la irregularidad. Al respecto, el impugnante se dedica a reseñar de manera genérica los diversos aspectos que desde el punto de vista defensivo pueden eventualmente invocarse frente a los delitos de omisión del agente retenedor y abuso de confianza calificado, dependiendo de los elementos descriptivos de cada uno de esos ilícitos.

Sin embargo, omitió explicar cuáles de esos tópicos exactamente, atendidas las circunstancias concretas debatidas en el presente caso, podían alegarse en beneficio de la procesada MARCIALES FERNÁNDEZ con la capacidad de variar su situación penal.

En lo único en que recalca es la imposibilidad de optar por las figuras de la indemnización integral o de la conciliación previstas para delitos como el abuso de confianza. Sin embargo, se trata este de un argumento sofístico, pues la verdad es que para el delito de omisión del agente retenedor o recaudador el párrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, modificatorio del párrafo del artículo 402 del Código Penal del mismo año, consagra el beneficio de la no declaratoria de responsabilidad penal en caso de que el agente retenedor o la persona a cargo del impuesto de las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas.

Y es de ver cómo a lo largo de la actuación, aunque desde luego, antes de que se variara la calificación jurídica en el fallo de primer grado, la procesada nunca mostró un interés decidido por extinguir la obligación. Es más, ni siquiera con posterioridad al proferimiento de ese pronunciamiento exteriorizó su intención por acudir a la figura de la indemnización, teniendo en consideración que la misma, conforme criterio de la Corte, puede invocarse hasta antes de decidirse de fondo el recurso de casación o de inadmitirse la respectiva demanda⁷

En consecuencia, por los defectos de fundamentación que exhibe, la Sala inadmitirá la demanda objeto de examen.

Al margen de lo anotado, la Corte no evidencia vulneración de garantías fundamentales que le impongan intervenir oficiosamente, en orden a preservar su intangibilidad.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de MARISOL MARCIALES FERNÁNDEZ.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del estatuto procesal penal, contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO FERNANDO ALBERTO CASTRO
CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ GUSTAVO ENRIQUE MALO
FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JULIO ENRIQUE SOCHA
SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 El precepto también contempla multa, pero para los efectos analizados sólo se tiene en cuenta la privativa de la libertad.

2 Cfr. Auto del 18 de abril de 2007, radicación 26916, entre otros.

3 Cfr. Auto del 18 de noviembre de 2004. Rad. 22082.

4 Radicación 18457.

5 Fallo del 8 de noviembre de 2011, radicación 34495.

6 Sin que se acuda a la figura de la variación de la calificación jurídica prevista en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

7 Cfr. Providencia del 27 de julio de 2011, radicación 34713.