

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

AP5093-2014

Radicación N° 43983

(Aprobado Acta N° 280)

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil catorce (2014).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Sala los requisitos de lógica y debida argumentación de la demanda de casación presentada por la defensa del procesado José Fernando Tabares Uribe contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida el 18 de febrero de 2014, por medio de la cual confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de esta ciudad y condenó al procesado como autor del delito de estafa.

HECHOS

El 18 de abril de 2004, Carlos Alberto Rivera López realizó un negocio con José Fernando Tabares Uribe, en el cual recibió un vehículo Chevrolet Alto de placas BNR 635, y dinero en efectivo, entregando a cambio su automóvil Mazda MX 6, modelo 1994, de placas QUP 376, matriculado en Miranda Cauca.

El 8 de enero de 2005, cuando Rivera López se desplazaba en el automotor producto de la negociación a la localidad de Melgar, fue retenido por agentes de la policía quienes informaron que las placas del rodante eran falsas.

## ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con fundamento en la denuncia formulada el 28 de junio de 2005 por el señor Rivera López, la Fiscalía Séptima Local de Bogotá ordenó la apertura de investigación el 20 de septiembre de 2006<sup>1</sup> y en la misma fecha escuchó en indagatoria a José Fernando Tabares Uribe<sup>2</sup>.

El 9 de abril de 2007, la Fiscalía 208 Seccional de la Unidad de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio avocó el conocimiento de las diligencias, en razón a que la cuantía del ilícito sobrepasaba los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época en que sucedieron los hechos<sup>3</sup>.

El 11 de julio de ese año, se llevó a cabo audiencia de conciliación la cual se declaró fracasada porque no hubo acuerdo entre las partes y se dispuso continuar con el trámite<sup>4</sup>.

El cierre de la investigación tuvo lugar el 7 de mayo de 2009 y la calificación del mérito del sumario el 9 de junio siguiente, con resolución acusatoria por el delito de estafa agravada, según lo dispuesto en los artículos 246 y 267-1 del Código Penal<sup>5</sup>, cargo que mantuvo la fiscalía al resolver el recurso de reposición, pero sin la circunstancia de agravación<sup>6</sup>.

La decisión fue confirmada por la Fiscalía 49 delegada ante el Tribunal el 9 de octubre de esa anualidad<sup>7</sup>.

2. Celebradas las audiencias preparatoria<sup>8</sup>, el 26 de agosto de 2011, y

pública, el 9 de abril de 2012<sup>9</sup>, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito Adjunto de Descongestión de Bogotá, en sentencia del 3 de mayo de ese año, condenó a José Fernando Tabares Uribe, como autor de la conducta punible objeto de acusación. Le impuso sesenta (60) meses de prisión, multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de “interdicción de derechos y funciones públicas” por tiempo igual a la sanción privativa de la libertad.

Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria<sup>10</sup>.

3. El Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado, modificó la sentencia del A quo, en el sentido de condenar a Tabares Uribe por el delito de estafa, sin la circunstancia de agravación prevista en el artículo 267.1 del Código Penal. En consecuencia, fijó la pena en treinta y seis (36) meses de prisión, multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la pena principal, con derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En todo lo demás confirmó la decisión<sup>11</sup>.

## LA DEMANDA

El recurrente acude a la casación excepcional, toda vez que la sentencia se dictó en proceso que no podía iniciarse por ausencia de querella, requisito de procesabilidad de la acción penal, desacierto que perjudicó al procesado ante la vulneración de la garantía fundamental al debido proceso que se adelantó «con fundamento en querella presentada de manera extemporánea, y por ende, habiéndose producido la caducidad de la acción penal», omitiéndose, además, la aplicación del artículo 74 de la Ley 906 de 2004.

Cargo único.

Con apoyo en la causal tercera de casación, acusa la sentencia de haber desconocido el debido proceso y el principio de legalidad, «por desconocimiento de la ley favorable que impedía su iniciación», por ausencia de las causales de procesabilidad consagradas en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal de 2000 y que, ante la caducidad de la acción, de conformidad con el artículo 306 ejusdem, conduce a la nulidad total del proceso por falta de competencia de los funcionarios que lo adelantaron.

Explica, en concreto, que el delito de estafa, cuya cuantía no exceda de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es de naturaleza querellable, al tenor de lo normado en el artículo 74 de la Ley 906 del 2004, que se debe aplicar de manera retroactiva para los delitos cometidos con anterioridad al año 2005.

En el desarrollo de la censura, recuerda que en contra de su asistido se dictó resolución de acusación por el delito de estafa y la estimación del perjuicio patrimonial fue por la suma de veintinueve millones de pesos (\$29.000.000.00), que equivalen a 81 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2004, época en que ocurrieron los hechos.

En virtud del principio de favorabilidad, tanto el canon 73 como el 74 de la referida normativa, han debido ser aplicados de manera retroactiva a hechos ocurridos con anterioridad a su expedición, vale decir, 31 de agosto de 2004, «pero con efectos procesales inmediatos, sobre situaciones no consolidadas procesalmente, que pudieran (sic) reclamaran permanencia y eficacia por efecto del principio de preclusión procesal».

Refiere el actor que si el señor Carlos Alberto Rivera López presentó la denuncia el 28 de junio de 2005, es decir, en un término superior a los seis (6) meses que disponía para formular querrela, conforme a las normas acabadas de citar, las cuales se encontraban vigentes, es claro que aquella deviene extemporánea y conduce a la extinción

de la acción penal, todo ello, en virtud de lo dispuesto en los artículos 34 y 39 de la Ley 600 de 2000 y 73 y 74 de la Ley 906 de 2004.

A continuación, ilustra in extenso con jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, sobre el principio de favorabilidad de la ley penal, reitera los fundamentos del cargo, al cabo de lo cual solicita se case la sentencia recurrida y, en su lugar, se disponga la cesación de procedimiento a favor de José Fernando Tabares Uribe, y se ordene, en restablecimiento de sus derechos afectados, la entrega del vehículo marca Mazda MX, de placas QUP 376.

## CONSIDERACIONES

1. Cuando se invoca la casación discrecional, prevista en el tercer inciso del artículo 205 del Código Penal del año 2000, es imperativo acreditar, así sea de manera sucinta, pero concreta y suficiente, que se hace necesaria la intervención de la Corte para la protección de los derechos fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia y, además, elaborar una demanda que se ajuste a los requisitos de lógica y debida argumentación previstos en la ley.

Con ese propósito, el demandante tiene la obligación de exponer los motivos y alcances de la impugnación, en orden a demostrar que el libelo cumple con esa especial exigencia, para evidenciar que el asunto amerita el trámite extraordinario. De manera que, si se trata del primero, debe elaborar una argumentación lógica que evidencie el desacierto, bien porque se alteró la estructura del proceso, o se desconoció algún derecho fundamental, con señalamiento de las normas constitucionales vulneradas y la manera como se manifiesta en la sentencia.

Si se trata de obtener el desarrollo de la jurisprudencia, el interesado debe acreditar que determinado tema precisa de la intervención interpretativa de la Sala, bien sea para unificar posturas conceptuales o criterios jurisprudenciales contradictorios o

desactualizados o examinar un asunto novedoso que requiere de la Corte fijar una postura con criterio de autoridad, enseñando a la vez su utilidad para la resolución del caso.

De cualquier modo, el razonamiento que exhiba debe guardar correspondencia con los cargos formulados contra la sentencia.

2. Es cierto que en el sub exámine se hacía necesario acudir al mecanismo por la vía excepcional, dado que la pena privativa de la libertad para el delito de estafa no excede de ocho (8) años, pero la solicitud no aparece debidamente fundamentada cuando el recurrente simplemente aduce que pretende la salvaguarda de los derechos fundamentales de su defendido, toda vez que la sentencia se dictó en proceso que no podía iniciarse por ausencia de querella, como requisito de procesabilidad de la acción penal.

Lo anterior, como se verá, obedece a que el supuesto desacierto no deriva de una situación irregular acaecida en la actuación, sino de la pretensión de hacer valer una alternativa defensiva y, en cierta forma, novedosa, porque no fue planteada en iguales términos en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Esa postura, si bien puede constituir falta de interés para recurrir, dado que uno de los presupuestos para acudir a esta sede extraordinaria es que exista identidad temática entre los motivos de la alzada y los que se plantean en sede de casación, no opera frente a reclamos que se afianzan en la posible violación de garantías fundamentales, como ocurre en este caso.

3. En ese sentido, la Sala se anticipa a señalar que la demanda formulada no se ajusta a las exigencias técnico formales, en cuanto al desarrollo de la censura invocada y su demostración.

3.1. En punto de la causal de nulidad, invocada en el único cargo, el demandante

tiene el compromiso de precisar los motivos por los cuales se debe invalidar la actuación, esgrimir en forma razonada los fundamentos de la censura e indicar el momento procesal a partir del cual se presentó la irregularidad, así como su trascendencia en la parte dispositiva del fallo recurrido, de tal manera que no existe otra forma de remediar la afectación.

3.2. El defensor del procesado, en forma por demás confusa, asegura que se vulneró el debido proceso y el principio de legalidad, «por desconocimiento de la ley favorable que impedía su iniciación», básicamente, porque el delito de estafa, cuya cuantía no exceda de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es de naturaleza querellable conforme al artículo 74 de la Ley 906 del 2004, normativa que -asegura- se debe aplicar en forma retroactiva para los delitos cometidos con anterioridad al año 2005.

En realidad, esa alegación no pone de presente el surgimiento de una irregularidad sustancial con capacidad de anular el rito, porque la predicada violación de garantías fundamentales no deriva de un supuesto normativo o jurídico, sino de una interpretación subjetiva en cuanto a las normas que regulan el instituto de la querella, tanto en la Ley 600 de 2000, como en la Ley 906 de 2004.

De esa manera, el actor deja de atender que la casación no constituye un espacio para oponerse a los juicios de los juzgadores y que la nulidad no opera con el solo enunciado de alguna situación irregular ni por razones de pura forma.

4. Lo anterior no obsta para advertir, que la propuesta del demandante ha sido definida de tiempo atrás por la jurisprudencia de la Sala, concluyendo al respecto que si un asunto se inició debidamente bajo los lineamientos de la Ley 600 de 2000, no es posible reclamar la aplicación retroactiva del artículo 74 consagrado en la normativa procesal del año 2004.

4.1. En efecto, la Sala, en CSJ AP, 23 may.2007, rad. 26831, comenzó por puntualizar que la querella tiene especial relevancia en cuatro (4) momentos específicos, pero su operatividad por virtud del principio de favorabilidad, no es predicable de todos ellos.

En tal sentido, señaló:

“Primero, cuando el perjudicado (o quienes se encuentran legalmente autorizados para representarlo) pone en conocimiento de las autoridades la conducta por cuyo medio resultó lesionado o puesto en peligro el bien jurídico del cual es titular, caso en el cual el Estado asume las correspondientes labores de investigación, acusación y juzgamiento, pues tal ha sido la voluntad del querellante.

Segundo, cuando aquel desiste por escrito de la querella en cualquier estado de la actuación, antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia (artículo 37 de la Ley 600 de 2000).

Tercero, cuando se impone extinguir la acción penal por indemnización integral respecto de los delitos que admiten desistimiento, entre los cuales se encuentran los querellables (artículo 42 ejusdem).

Cuarto, cuando opera el instituto de la conciliación, el cual es procedente respecto de delitos que admitan desistimiento o indemnización integral (artículo 41 ejusdem)”.

De conformidad con las anteriores precisiones, observa la Sala que de los referidos cuatro momentos o situaciones procesales en los que cobra especial operatividad la querella, en tratándose de aquellas situaciones de las que el proceso se inició por denuncia u oficio bajo la égida de una legislación que no exigía querella, pero ulteriormente una nueva normatividad dispuso que tal delito necesitaba tal condición de procesabilidad, la aplicación del principio de favorabilidad sólo es viable respecto de los tres últimos, esto es, tratándose de los institutos extintivos de la acción penal (desistimiento,

reparación integral y conciliación seguida de desistimiento), no ocurre lo mismo en relación al primero de dichos momentos procesales” (subrayas fuera de texto).

Igualmente, allí dejó sentado que si en vigencia del Código de Procedimiento Penal del año 2000 el delito se investigaba por denuncia, informe u oficiosamente, no surge para el afectado la obligación de manifestar su interés en que se continúe con la actuación, bajo la consideración de haber pasado a ser querellable, con la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio contenido en la normativa procesal del año 2004:

Lo anterior es así, pues la Sala encuentra que si el legislador no establece la querella como presupuesto para el ejercicio de la acción penal derivada de la conducta punible, una vez el Estado tiene conocimiento por denuncia, informe u oficiosamente de la comisión del delito, tiene la obligación de adelantar el correspondiente trámite procesal hasta sus últimas consecuencias, sin que el advenimiento de una ley posterior que exija la referida condición de procesabilidad resulte aplicable retroactivamente en virtud del principio de favorabilidad, pues es claro que en tales situaciones la puesta en marcha del aparato jurisdiccional en ejercicio del ius puniendi ya se consolidó, quedando a salvo, desde luego, la posibilidad de que se acuda a alguno de los referidos mecanismos de extinción de la acción penal, para cuya aplicación si operaría la aplicación favorable de una norma posterior con efectos retroactivos.

En apoyo de lo expuesto se observa que exigir al sujeto pasivo de la conducta delictiva que dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la ley posterior, por cuyo medio se dispuso de la ya citada condición de procesabilidad para el delito por el cual se procede, haga explícito dentro de la actuación su interés en que el Estado continúe con la investigación, a fin de que no opere la caducidad de la querella, corresponde a una carga para la víctima que va más allá de lo dispuesto por el legislador, quien si así lo hubiera querido, lo habría plasmado en la mencionada normatividad”.(negrillas fuera de texto).

4.2. El anterior criterio ha sido reiterado entre otros, en CSJ AP, 15 may. 2008, rad. 26831, CSJ AP, 31 mar. 2008, rad. 28151, CSJ AP 2 dic. 2008, rad. 24768.y, recientemente, en el trámite de una acción de revisión<sup>12</sup>, se pronunció en idéntico sentido:

Dentro de dicho marco, cuando el accionante demanda la omisión de la querella, como requisito de procesabilidad de la acción penal, pero reconociendo que la misma se inició válidamente, de forma oficiosa, según lo previsto en la Ley 600 de 2000, la cual no contemplaba dicho supuesto, no hace cosa distinta a reclamar que se le dé efectos retroactivos a la última normatividad con un criterio que no resulta de recibo, pues una vez que el aparato jurisdiccional ha sido puesto en marcha bajo los requisitos que los preceptos reguladores exigen para los delitos no querellables, no es en virtud de las nuevas disposiciones que deben adicionarse presupuestos a partir de los cuales, por su omisión, operaría causal de extinción de la acción penal.

Por ello, es pertinente clarificar que cuando la ley no señala como condición de procesabilidad la conciliación en relación con algunas conductas punibles -entre ellas la de utilización indebida de información oficial privilegiado-, este requisito no puede a posteriori, en virtud de una norma sobreviniente, ser incluido para exigir, o sancionar la omisión del cumplimiento de la conciliación, como que los supuestos que la hacen viable sólo deben ser apreciados en el momento en que la querella es ejercida.

Ahora bien, es cierto que la jurisprudencia<sup>13</sup> de la Sala ha admitido que la determinación de si un delito ostenta o no carácter de querellable concierne a un asunto con efectos sustanciales, en cuanto abre la posibilidad de acceder a variadas formas de obtener la extinción de la acción penal, tales como el desistimiento expresado por el querellante, la indemnización integral y la conciliación, y que bajo esa óptica se entiende que es viable aplicar el principio de favorabilidad.

Pero también lo es que esta Colegiatura ha dejado claro que frente a aquellas situaciones en las que el proceso se inició por denuncia u oficio, al amparo de una legislación que no exigía querella, pero ulteriormente una nueva norma dispone que el adelantamiento de la correspondiente acción debe sujetarse a la existencia de la querella, ello sólo es posible respecto de tres momentos o situaciones procesales en los que aquella cobra especial operatividad, esto es, tratándose de las formas en que procede la extinción de la acción penal por razón del desistimiento de su desistimiento, reparación integral y conciliación seguida de desistimiento, situaciones que no fueron planteadas por el accionante, y a las que, en gracia a discusión, difícilmente podría acceder el organismo estatal impositivo perjudicado, dada la naturaleza del bien jurídico afectado.

De tal suerte que si la actuación se inició con estricto acatamiento de la normativa procesal vigente para la época (Código de Procedimiento Penal de 2000), esto es, cuando la acción penal por el delito de utilización indebida de información oficial privilegiada podía ser adelantada de oficio, no resulta acertado, ni siquiera invocando el principio constitucional de favorabilidad, desconocer que en relación con lo actuado en pretérita oportunidad no operaba la novedosa exigencia y, por tanto, la actuación siempre se surtió válidamente.

5. Descendiendo al asunto de la especie, se tiene que si bien el delito de estafa que no supera la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes requiere, en la actualidad, querella para el ejercicio de la acción penal, lo cierto es que los hechos por los cuales se investigó, juzgó y condenó a José Fernando tabares Uribe ocurrieron el 18 de abril de 2004, esto es, en vigencia de la Ley 600 de 2000, cuya actuación no precisaba de aquel requisito conforme a lo previsto en el canon 35, en razón a que la cuantía superaba los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes para esa anualidad, según quedó definido en las instancias.

Al respecto, dijo el Tribunal:

El impugnante considera que la cuantía sólo asciende a la suma de \$2.500.000, que sería el saldo faltante para que su prohijado cancelara íntegramente el Mazda; ello quizás sería así si se tratara verdaderamente de un negocio civil y el contrato, en lugar de constituir fuente del engaño, recogiera la real voluntad de las partes. Por el contrario, no pueden desconocerse las manifestaciones que bajo juramento realizó el señor CARLOS ALBERTO RIVERA LÓPEZ, persona defraudada en su patrimonio económico, quien como tal es el más autorizado para fijar la cuantía de la ilicitud pues acompañó sus dichos con medios probatorios que le otorgan plena credibilidad. Él señaló que corresponde a \$29'000.000, más \$6'000.000 por concepto de los perjuicios irrogados con la infracción, por tanto no es exigible querella, dado que el salario mínimo legal mensual para el año 2004 correspondía a \$358.000.

En todo caso, aún si se acogiera el monto de la negociación plasmado en el contrato de compraventa, es decir, \$14.000.000, como lo plantea el recurrente, la cuantía del delito jamás podría ser inferior a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2004, si se tiene en cuenta que el señor RIVERA LÓPEZ informó que TABARES sólo le entregó \$4.500.000. Por consiguiente aún bajo dicha óptica la defraudación correspondería a un monto muy superior al que alude el recurrente<sup>14</sup>.

5.1. Adicionalmente, la pretensión del libelista no se extiende a ninguna de las formas que, de acuerdo a las doctrina jurisprudencial recién aludida, hace posible la aplicación favorable del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, esto es, el desistimiento, la indemnización integral y la conciliación, ni del expediente emerge la ocurrencia de alguna de ellas.

5.2. Por último, la Sala considera necesario precisar que si el actor pretendía la aplicación del artículo 73 ejusdem, por presunta extemporaneidad de la denuncia formulada por el señor Rivera López, omitió considerar que el término de seis (6) meses para la presentación de una querella, cuando el ofendido no ha tenido conocimiento de la

ocurrencia del delito por razones de fuerza mayor o caso fortuito, se cuenta desde el momento en que éstas desaparezcan.

En el hipotético evento de operar, en este caso, el requisito de procesabilidad, sería desacertado contabilizar el lapso de caducidad a partir del 18 de abril de 2004, fecha de realización del negocio que motivó actuación, si se tiene en cuenta que el ofendido solo se enteró de la defraudación hasta el día 8 de enero de 2005<sup>15</sup>, cuando miembros de la Policía Nacional le solicitaron una revisión del vehículo que le había entregado el procesado y le informaron que presentaba placas falsas y los sistemas de identificación adulterados.

Por manera que, aun así, la presentación de la queja tampoco sería extemporánea, pues ella se realizó antes de vencer el término para ello.

6. Lo anteriores razonamientos son suficientes para concluir en la inadmisión de la demanda ante la indebida postulación y fundamentación del cargo y, como tampoco la Sala advierte flagrantes violaciones de derechos fundamentales, ni causales de nulidad, no surge la necesidad de pronunciarse de oficio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

**RESUELVE**

**INADMITIR** la demanda examinada.

En consecuencia, se ordena devolver la actuación al Tribunal de origen

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 37 Cuaderno de instrucción.

2 Folios 44 a 48 lb.

3 Folios 122 a 124 lb.

4 Folio 133 lb.

5 Folios 141 a 150 lb.

6 Folios 162 a 165 lb.

7 Folios 4 a 13 Cuaderno segunda instancia.

8 Folios 8 a 19 Cuaderno de la causa.

9 Folios 36 a 45 lb.

10 Folios 49 a 65 lb.

11 Folios 3 a 26 Cuaderno del Tribunal.

12 CSJ AP,04 sep 2013, rad.36078.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de mayo de 2008, rad. 26.831, entre otras, reiterada en sentencia del 2 de diciembre de 2008, rad. 24768.

14 Folios 12 y 13 Cuaderno del Tribunal.

15 Folio 2 Cuaderno de anexos.