

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP901-2015

Radicado N. 43768

Aprobado Acta N° 077

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015).

VISTOS

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Víctor Arturo Bastidas Bastidas contra la sentencia proferida el 4 de febrero de 2014 por el Tribunal Superior de Pereira, por cuyo medio se confirmó la emitida por Juzgado Penal del Circuito Especializado de Manizales, que lo declaró responsable de los delitos de captación masiva y habitual de dineros, lavado de activos, enriquecimiento ilícito de particulares y concierto para delinquir.

HECHOS

Fueron consignados en el fallo de segunda instancia, así:

De acuerdo con lo consignado en el proceso, se desprende que la presente actuación

procesal tuvo su origen en una denuncia formulada en octubre 20 de 2008 por el entonces Secretario de Gobierno del Municipio de esta localidad, Dr. Jhon Diego Molina, quien puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación las presuntas actividades ilícitas desarrolladas en los municipios de Pereira y Dosquebradas por parte de unas sucursales de la Sociedad D.R.F.E – Dinero fácil, rápido y efectivo- encaminadas a la captación de manera masiva y habitual de dineros del público, sin tener los permisos respectivos de las autoridades competentes para llevar a cabo tales actividades financieras.

Según las indagaciones adelantadas por la Policía Judicial, fue posible verificar que el ciudadano Carlos Alfredo Suárez era la persona que fungía como cerebro del esquema piramidal fraguado con el propósito de captar de manera masiva y habitual dineros del público. Dichas labores las inició mediante la constitución del establecimiento de comercio denominado «Proyecciones D.R.F.E inscrito en la Cámara de Comercio de la ciudad de Pasto en septiembre de 2005, con el que desempeñaba la actividad comercial de rentista de capital, inversionista, prestamista y la captación de dineros del público, a cambio de jugosos réditos.

Posteriormente, el 11 de noviembre de 2007 Carlos Alfredo Suárez creó la entidad denominada «Comercializadora D. R.F.E», la que tenía como objeto principal la inversión de los dineros que habían captado del público por intermedio de «Proyecciones D.R.F.E» para darle una apariencia de legalidad a dichas actuaciones llevadas a cabo al margen de la ley, mediante el desempeño de una serie de actividades comerciales, tales como ofrecer a la ciudadanía la venta de electrodomésticos, vehículos, pasajes aéreos, servicios médicos etc.

En el mes de abril del año 2008, en esta parte del territorio nacional, más exactamente en los municipios de Pereira y Dosquebradas, a instancias de Víctor Arturo Bastidas Bastidas, quien fungía como asesor jurídico de D.R.F.E, comenzaron a funcionar dos

agencias o sucursales de «Proyecciones D.R.F.E», las cuales eran administradas por las ciudadanas María Lucía Solarte Muñoz y Margarita Melida Tovar Velzco.

Ante la amenaza que en el sector bancario y financiero había generado el esquema piramidal creado como consecuencia de las actividades adelantadas por Carlos Alfredo Suárez y sus asociados, ello propició una reacción del Gobierno Nacional, el cual por intermedio de la Superintendencia Financiera, decidió intervenir las sedes que «Proyecciones D.R.F.E» y la denominada «Comercializadora D.R.F.E», tenían en las ciudades de Pasto, Cali, Popayán y Santander de Quilichao, para finalmente adoptar la Resolución 1778 de 11 de noviembre de 2008, mediante el cual ordenó el cese de las actividades adelantadas por las sociedades representadas por el señor Carlos Alfredo Suárez.

En lo que respecta a la situación del Sr. Víctor Arturo Bastidas Bastidas, se dice por parte de la Fiscalía que el susodicho, durante el periodo comprendido entre los meses de abril a noviembre de 2008 en un principio fungió como asesor jurídico de las actividades desplegadas por Carlos Alfredo Suárez por intermedio de «Proyecciones D.F.R.E» y la Comercializadora D.F.R.E», percibiendo una modesta remuneración de \$100.000.000, pero luego durante el devenir del tiempo dejó a un lado tales funciones de asesor para involucrarse más a fondo con las actividades llevadas a cabo por parte de Carlos Alfredo Suárez y sus empresas, tanto es así que ante las ausencias de su patrón lo reemplaza en el cargo de gerente, avalaba los negocios efectuados por las sociedades a su cargo, asistía a reuniones, autorizaba los pagos y la constitución de franquicias, tal cual como ocurrió en las ciudades de Pereira y Dosquebradas.

ACTUACION PROCESAL

1. Por los hechos antes citados el 2 de octubre de 2009, la Fiscalía General de la Nación le imputó cargos a Víctor Arturo Bastidas Bastidas como presunto responsable de los delitos de captación masiva y habitual de dineros, en concurso con los punibles de

enriquecimiento ilícito de particulares, lavado de activos agravado y concierto para delinquir con las circunstancias genéricas de agravación previstas en los numerales 1º, 6º y 7º del artículo 58 del Código Penal.

En la misma fecha se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

2. El escrito de acusación fue presentado el 30 de octubre de 2009, ante el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Pereira que luego de adelantar el juicio, el 1º de octubre de 2009 profirió sentencia de primera instancia en la que condenó al procesado a las penas de 198 meses de prisión, multa de 11.200 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones pública por un término igual al de la pena de prisión, como autor de los delitos de captación masiva y habitual de dinero, lavado de activos agravado, enriquecimiento ilícito de particulares y concierto para delinquir.

Tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena, como la prisión domiciliaria le fueron negados al acusado.

3. El fallo fue apelado por el defensor de Bastidas Bastidas, recurso que fue resuelto por el Tribunal Superior de Pereira en decisión de 4 de febrero de 2014, a través de la cual confirmó la sentencia de primer grado.

4. Quien representa los intereses del procesado, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de casación cuya admisibilidad es el objeto del actual pronunciamiento.

LA DEMANDA

El censor plantea varios cargos contra la sentencia del Tribunal de Pereira, así:

1. Nulidad – Violación del derecho a la defensa

Al amparo de la causal segunda prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, sostiene que se trasgredió el derecho de defensa del procesado, habida cuenta que el profesional que actuó como vocero de Víctor Bastidas en la audiencia de formulación de imputación, luego, en la audiencia de acusación, pasó a representar a las víctimas y a asumir la defensa de sus propios intereses cuando adujo que él también era perjudicado por haber invertido su dinero en D.R.F.E.

Afirma el casacionista que el abogado, inicialmente vocero, incurrió en un claro conflicto de intereses, pues actuó durante todo el juicio elevando solicitudes en contra del procesado y en favor de las víctimas a quienes pasó a representar, peticiones que en últimas fueron acogidas por el juez de primera instancia al condenar a Víctor Bastidas.

Cita algunas normas del Código de la abogacía y del Código Penal a efectos de descalificar el proceder de su colega quien debe ser sancionado penal y disciplinariamente por la infidelidad a sus deberes profesionales.

Señala el libelista que además de lo reprochable del comportamiento del mentado abogado, tal conducta derivó en la trasgresión al derecho de defensa del procesado.

Califica de abusiva la decisión del juez de conocimiento cuando al ser enterado de la referida circunstancia, no ordenó la investigación contra el abogado, y sí instó al defensor de Bastidas Bastidas a que interpusiera la respectiva denuncia.

Luego de citar decisiones de esta Corte sobre el derecho de defensa, sostiene que el fiscal del caso patrocinó la irregular situación, la cual condujo al desconocimiento de la garantía de la defensa.

Añade que el abogado que inicialmente actuó como vocero del procesado, violó el secreto profesional debido a que el citado profesional le reveló el «iter críminis» a la fiscalía de acuerdo con lo que su cliente le manifestó, información que después fue utilizada en su contra.

Indica que el citado abogado prestó una asistencia equivocada a Bastidas Bastidas, con el fin de que su situación fuera más gravosa, de allí que no lo hubiese asesorado para que aceptara los cargos, pues dicha opción impediría que en su contra se impusiera una «sentencia ejemplarizante» como el mismo profesional del derecho lo solicitó en el alegato de cierre.

Solicita el demandante que se declare la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la audiencia de legalización de captura «para el que procesado pueda actuar por iniciativa propia, voluntariamente o por acuerdo con la fiscalía en la aceptación o negación de los cargos»

1. Nulidad por falta de competencia

Precisa que esta Corporación en auto de 24 de febrero de 2010, fijó la competencia para adelantar el juicio en el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la ciudad de Pereira, por cuanto en dicha sede es donde se encontraban los elementos materiales probatorios, se había adelantado la investigación y se había radicado la acusación.

Se muestra en desacuerdo con lo decidido por el tribunal acerca de la falta de

competencia, cuando con base en la decisión acogida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el juez de segundo grado concluyó que esta era una cuestión ya resuelta y que por razón del principio de preclusión de los actos procesales, no era posible entrar a discutirla nuevamente.

Según el criterio del libelista, teniendo en cuenta que la presunta captación masiva y habitual de dinero se realizó en varias partes del país, a la fiscalía le correspondía demostrar la existencia de tal comportamiento en cada uno de los lugares en los que se ejecutó, carga probatoria que en este caso se incumplió, con lo cual se trasgredieron los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 379 de la Ley 906 de 2004, relativo al principio de inmediación.

Afirma que desde la audiencia de formulación de imputación no se llevaron elementos materiales probatorios que acreditaran que en la ciudad de Pereira se realizaron captaciones masivas y habituales de dinero, como sí aconteció con las realizadas en Pasto, lo cual fue objeto de estipulación probatoria, motivo por el que el juez competente siempre fue el de la capital del departamento de Nariño.

Su petición frente a esta censura es que se declare la nulidad de lo actuado desde la audiencia de legalización de captura.

1. Nulidad por falta de motivación

Manifiesta el casacionista que la sentencia de segunda instancia adolece de una falta absoluta de motivación en la medida en que no se pronunció acerca de los aspectos que fueron objeto de apelación por parte de la defensa.

Luego de citar una serie de normas constitucionales y jurisprudencia de esta Corte,

indica que no se dio respuesta al planteamiento de la defensa acerca de que debía establecerse si el procesado era autor o partícipe de un hecho cometido por los propietarios y representantes de la empresa, motivo por el que tenía que acudir a la figura del actuar por otro y a los delitos de infracción de deber.

Crítica que a su defendido se le hubiera endilgado ser coautor impropio de un hecho que fue ejecutado en su integridad por el dueño de la empresa D.F.R.E. Agrega que como quiera que la captación de dinero masiva se prolongó por más de un año sin que las autoridades intervinieran y que incluso varios funcionarios públicos invirtieron su dinero en la compañía, el comportamiento del procesado carece de dolo, puesto que solo hasta el 21 de octubre de 2008 se le informó que estaba incurso en los delitos por los que posteriormente fue acusado.

Señala que el juez de conocimiento desconoció el principio de congruencia al no tener en cuenta esta fecha como una circunstancia importante para establecer su responsabilidad en los hechos.

Citando el Decreto 3227 de 1982, sobre los elementos del delito de captación masiva y habitual de dineros provenientes del público, afirma que ninguno de ellos se demostró en juicio para achacar esa conducta a Víctor Bastidas Bastidas.

Se muestra inconforme con que al procesado se le hubiera atribuido una coautoría impropia, cuando lo cierto es que él no fue protagonista del concurso delictivo por el que ya se responsabilizó a otras personas.

En seguida cuestiona la condena por el punible de lavado de activos en la medida en que se omitió exponer las razones que sustentan su materialidad; pero también critica que para la fiscalía el verbo rector de dicha conducta fue el de dar apariencia de legalidad al dinero, mientras que para el juez de conocimiento la conducta fue la de ocultar su origen.

Expone los motivos por los cuales el ente acusador no demostró la existencia de dicho comportamiento, señalando cuáles debieron ser los aspectos a acreditar.

Sostiene que en el recurso de apelación se planteó la cosa juzgada derivada de las condenas proferidas a otras personas por estos mismos hechos, sin que el ad quem se pronunciara al respecto, al igual que frente a lo que en la alzada se dijo sobre el delito de concierto para delinquir, esto último debido a que uno de los sujetos con los que presuntamente el acusado se concertó, no fue condenado por este delito.

Solicita que se case la sentencia para que en su lugar se anule el fallo de segunda instancia y se profiera otro nuevo.

1. Nulidad por desconocimiento del principio non bis in ídem.

Para el defensor es imposible el concurso real entre los delitos de captación masiva y habitual de dinero y enriquecimiento ilícito, pues se está sancionando dos veces un mismo hecho, toda vez que «no existe concurso homogéneo cuando hay unidad de propósito en los incrementos patrimoniales», en cuyo soporte cita la casación 37322 de 27 de septiembre de 2012.

Señala que el delito de captación masiva y habitual de dinero contiene el injusto que reprocha el punible de enriquecimiento ilícito al que califica de ser un tipo subordinado, y añade, la finalidad de la captación masiva de dineros del público persigue como propósito el de obtener un provecho patrimonial injustificado.

Bajo este mismo razonamiento, afirma que el delito de lavado de activos también se encuentra inmerso en el de captación masiva y habitual de dineros, mostrándose inconforme con la consideración que en la sentencia expuso el Tribunal sobre el tema.

Con base en este reparo peticiona el libelista que se case la sentencia para que en su lugar se dicte fallo de reemplazo en el que se absuelva al acusado.

1. Nulidad por trasgresión del principio de congruencia

También bajo la égida de la causal segunda de casación sostiene que se desconoció la congruencia entre la acusación y la sentencia, la cual se encuentra prevista en el artículo 448 de Código de Procedimiento Penal de 2004, toda vez que el escrito de acusación no reúne los requisitos que fija el artículo 337 de la misma normatividad, pues se utilizó «un lenguaje oscuro, apareciendo una confusión de ideas extraordinarias» y además no es «pieza objetiva» por atribuirle responsabilidad penal respecto de un hecho que fue cometido por Carlos Alfredo Suárez desde el mes de noviembre de 2007.

Otra de las críticas que hace a la acusación es que se limitó a narrar hechos genéricos y a transcribir los cuatro delitos imputados al procesado, sin especificar cuándo y cómo actuó éste, pues se ocupó en su mayoría de exponer el rol del propietario de la captadora, mencionando en forma tangencial a Víctor Bastidas Bastidas.

Después llama la atención en que la acción del procesado es atípica por cuanto su desempeño dentro de la empresa D.F.R.E fue el de asesor jurídico, sin que él tuviera el control sobre los demás vinculados a estos sucesos.

Aborda el tema del delito de concierto para delinquir, afirmando que no pudo ser condenado como coautor de varios delitos, entre ellos el de concierto para delinquir, pues la coautoría difiere sustancialmente de los elementos del punible contra la seguridad pública y se trata de dos figuras que se excluyen, motivo por el que para el censor se incurre en una incongruencia.

Dentro de este reparo vuelve a retomar sus consideraciones frente al concurso aparente entre los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y captación masiva y habitual de dineros captados del público, así como la falta de sustentación fáctica y probatoria en lo relacionado con el punible de lavado de activos.

A partir de esta censura solicita que se case la sentencia para que la Corte absuelva al acusado, ordenando su libertad inmediata.

1. Violación indirecta de la norma sustancial

Acudiendo a la causal tercera de casación, indica que el juez desconoció las estipulaciones probatorias a las que llegaron fiscalía y defensa, las cuales recayeron sobre varios testimonios que describían las actividades desarrolladas por Carlos Alfredo Suárez y Víctor Arturo Bastidas Bastidas en la empresa D.F.R.E., declarantes que ubican al procesado como asesor jurídico sin poder decisorio, puesto que dicha potestad estaba en cabeza de Carlos Alfredo Suárez.

Sostiene que los falladores de instancia no tuvieron en cuenta que la veracidad de dichos testimonios fue objeto de estipulación y que a su valor se antepuso el poder demostrativo de las «pruebas video vin (sic)» consistentes en otros testimonios que el recurrente refiere, cuya credibilidad demerita por ser testigos indirectos e imprecisos acerca de la función que cumplía el procesado, que en realidad fue la de simple asesor jurídico.

Reitera que el acusado se enteró de las actividades captadoras por parte de Víctor Bastidas solo hasta el 21 de octubre de 2008.

1. Violación directa por falta de aplicación de la norma sustancial

Al amparo de la causal primera, afirma que el Tribunal incurrió en una violación directa de la norma sustancial por falta de aplicación del artículo 16 de la [Constitución Política](#) y 9º inciso 1º del Código Penal.

Luego de hacer una serie de consideraciones acerca del principio según el cual la causalidad no es suficiente para la imputación jurídica del resultado, previsto en el artículo 9º de la norma penal sustancial y de citar jurisprudencia constitucional sobre el derecho a libre desarrollo de la personalidad, afirma que de las varias actuaciones que le atribuyeron los testigos al procesado mientras ejerció como asesor jurídico, ninguna se relaciona con su poder de decisión dentro de la compañía captadora de dinero, lo que imposibilita que sea declarado responsable del delito de captación masiva y habitual de dinero.

Hace una serie de consideraciones en torno a figuras dogmáticas como el principio de confianza, acciones a propio riesgo, prohibición de regreso, competencia de la víctima y riesgo permitido para finalmente concluir que el acusado se dedicó únicamente a prestar su asesoría jurídica al interior de la empresa captadora sin control alguno sobre el recaudo y manejo de los recursos, además de que el cuidado del dinero correspondía a cada uno de sus propietarios.

Añade que como el procesado era el abogado de Carlos Alfredo Suárez, propietario de la empresa D.R.F.E, sus acciones estaban cobijadas por el secreto profesional.

1. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida y exclusión evidente.

En criterio del recurrente se aplicó en forma inapropiada el artículo 323 del Código Penal

que tipifica el delito de lavado de activos, puesto que al consistir dicha conducta en el ocultamiento del origen ilegal del dinero, no se demostró que esta hubiera sido la intención del captador de los recursos, en la medida en que dicha actividad la ejerció de manera abierta y pública, lo cual se extrae de los medios de convicción que fueron objeto de estipulación probatoria que en su mayoría se componen de documentos que dan cuenta de la existencia legal y desempeño financiero de la captadora D.F.R.E.

Como petición común a los reproches de violación a la norma sustancial, el demandante solicita que se case la sentencia del Tribunal de Pereira para que en su lugar se absuelva a Víctor Arturo Bastidas Bastidas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Calificación de la demanda

1. Nulidad

Con relación a la acreditación de la causal de nulidad, si bien la Sala ha dicho que es menos exigente en su demostración que las otras, lo cierto es que impone al demandante proceder con precisión, claridad y nitidez a identificar la clase de irregularidad sustancial que determina la invalidación, plantear sus fundamentos fácticos, indicar los preceptos que considera conculcados y expresar la razón de su quebranto, especificar el límite de la actuación a partir de la cual se produjo el vicio, así como la cobertura de la nulidad.

Igualmente, corresponde al censor evidenciar que procesalmente no existe manera diversa de restablecer el derecho afectado y, lo más importante, comprobar que la anomalía denunciada tuvo injerencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia

contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), dado que este recurso extraordinario no puede fundarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto.

Para al presente asunto, el recurrente plantea cinco cargos de nulidad, cada uno por motivos diferentes, razón por la cual la Sala los estudiará por separado.

1.1 Nulidad por violación al derecho de defensa

Este reparo se fundamenta en que el abogado que en la audiencia preliminar de formulación de imputación actuó como vocero del procesado, luego asumió como víctima y a su vez como abogado de víctimas, situación que para el demandante implicó un desconocimiento del derecho de defensa de Víctor Arturo Bastidas por haber sido representado por un profesional que tenía un interés personal en el proceso y que era opuesto al del acusado.

Asiste razón al demandante en lo que toca al papel de víctima y abogado de víctimas que asumió el abogado que en una fase inicial del proceso ejerció como vocero de Bastidas Bastidas.

No obstante su queja se queda en la mera enunciación, habida cuenta que no demuestra de qué manera se afectó el derecho de defensa del procesado, puesto que la participación del vocero no impidió que el acusado fuera representado por otro abogado que asumió como su defensor de confianza con quien se garantizó su derecho a estar asistido y asesorado por un profesional del derecho.

El libelista no tiene en cuenta que el derecho a la defensa técnica es irrenunciable y que se asegura cuando se permite que el procesado cuente con un abogado que lo oriente sobre su situación jurídica y lo represente durante todo el trámite penal, mientras que la actuación del vocero es ocasional y depende de la voluntad del acusado de querer

designar a otro profesional del derecho para que hable por él complementando la actuación del defensor principal, este último quien es el que por mandato del artículo 121 de la Ley 906, dirige la representación del llamado a responder penalmente.

Pese a que en la exposición de la presente censura, se indica en repetidas ocasiones que se desconoció el derecho a la defensa de Víctor Arturo Bastidas Bastidas, se incumple la carga argumentativa de acreditar de qué forma se vulneró dicha garantía, sin que la afirmación del censor acerca de que el procesado hubiera podido aceptar los cargos desde la primera oportunidad satisfaga dicha obligación, habida cuenta que esa decisión no depende de la actuación del vocero, sino del defensor principal por ser a éste al que corresponde prestar asesoría sobre la conveniencia de tal figura y sus consecuencias. Además ninguna manifestación hizo el procesado a lo largo del proceso que permitiera inferir que su intención desde el inicio de la investigación fue la de allanarse a los cargos, por el contrario siempre alegó su inocencia, incluso con posterioridad a que el vocero pasara a ser reconocido como víctima y como representante de los perjudicados.

Para la Sala es claro que el casacionista no acreditó la trascendencia de la irregularidad que denuncia, pues no demostró que la intervención del vocero, conllevara a que el defensor de confianza se apartara del cumplimiento de sus deberes, que no hubiera podido ejercer su encargo, o que el acusado hubiera carecido de la representación profesional tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte a la hora de acreditar una nulidad por esta vía. Veamos:

Pues bien, para que la censura por violación del derecho de defensa técnica tuviera alguna viabilidad en sede extraordinaria, el demandante debía demostrar que el condenado estuvo en total orfandad defensiva durante el devenir procesal, bien sea por carencia de nombramiento de defensor, por desatención de los deberes del ejercicio profesional o por falta de idoneidad del togado¹, que generaran una situación de

desamparo total, circunstancia que no encuentra acreditada la Sala. (CSJ AP 22 Oct 2014, rad.38044)

Es evidente, que este reproche de nulidad se aparta de los presupuestos de lógica y adecuada fundamentación, pues no se observa que el procesado hubiese carecido de defensa técnica pese a la intervención del vocero.

Ahora bien, cuando el censor señala que fue como consecuencia de la violación al secreto profesional por parte del vocero que la fiscalía logró demostrar en juicio su teoría del caso, además de que tenía que postular tal censura en cargo separado, la senda por la que debió proponer tal reparo tenía que ser la violación indirecta de la norma sustancial derivada de un error de derecho por falso juicio de legalidad por prueba ilícita, demostrando además que fue a partir de la trasgresión a dicha garantía que se obtuvo la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia. Sin embargo eligió la nulidad, olvidando que la invalidación del proceso cuando se verifique la presencia de prueba ilícita solo procede cuando ese medio probatorio ha sido obtenido como consecuencia tortura, ejecución extrajudicial o desaparición forzada, lo cual no es del caso.

Empero, el demandante se limita a hacer afirmaciones carentes de sustento al señalar como soporte de su queja que fue el abogado vocero el que reveló a la fiscalía el “iter criminis”, adicional a que no precisa cuál fue la prueba que se llevó al juicio trasgrediendo el secreto profesional, mucho menos si fue aquella la que sustentó el fallo condenatorio.

Los anteriores motivos son suficientes para inadmitir el presente cargo de nulidad.

1. Nulidad por falta de competencia

Para el censor se configura un vicio de estructura, habida cuenta que el juez que tenía competencia para adelantar el juicio era el del circuito especializado de la ciudad de Pasto y no de Pereira, puesto que los hechos en su mayoría se cometieron en la ciudad de Pasto, motivo por que es en esa localidad donde reposaba la mayor parte de los elementos probatorios.

Debe resaltar la Corte que la discusión que ahora plantea el recurrente y bajo el mismo supuesto de hecho, ya fue resuelta por la misma Corporación en auto de 24 de febrero de 2010, en donde claramente se expuso que el soporte probatorio de la acusación fue acopiado en su gran mayoría en la ciudad de Pereira debido a que fue allí donde se inició la acción penal, dada la denuncia que interpuso el Secretario de Gobierno de la capital risaraldense, motivo por el que una vez iniciada la etapa de juicio quedó establecido que la competencia sí estaba radicada en el juez ante quien la Fiscalía General de la Nación presentó el escrito de acusación.

En ese orden, no es dable que el censor acuda al recurso de casación a reabrir debates que ya fueron resueltos en las instancias, cuando las circunstancias que dieron lugar a la decisión no han variado.

1.3 Nulidad por falta de motivación

Sobre la falta de motivación de la sentencia como causal de nulidad por desconocimiento del debido proceso, esta Corporación ha indicado en qué situaciones se configura tal irregularidad (CSJ SP11 Feb. 2004, rad. 17795):

- a. Cuando carece totalmente de motivación, por omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten la decisión.
- b. Cuando la motivación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación.

c. Cuando la argumentación que contiene es dilógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes, las cuales impiden conocer su verdadero sentido y,

d. Cuando la motivación es aparente y sofística, de modo que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo (este evento debe ser objeto de ataque a través de la causal primera, cuerpo segundo, según la sistemática reglada en la Ley 600 de 2000).

En el asunto objeto de estudio, la presunta falta de motivación de la sentencia de segunda instancia se soporta en el hecho de que el Tribunal no se pronunció sobre los aspectos que fueron motivo de apelación por parte de la defensa.

Sobre el particular cabe decir que adicional a las hipótesis arriba planteadas, también sobreviene la falta de motivación cuando no se responden los argumentos expuestos en la apelación por quebrantarse el derecho de contradicción, cuestión que en la mayoría de los casos debe ser resuelta por vía de la nulidad (CSJ SP 25 Mar 1999 rad. 11279; CSJ SP 10 May 2006 rad. 22082).

La censura acerca de la insuficiente motivación del fallo del Tribunal de Pereira se basa en que el ad quem no se pronunció frente al planteamiento de la defensa de que el procesado no era el dueño o el representante de D.R.F.E y por tanto, no podía incurrir en las conductas por las que se le enjuició.

Observa la Corte que el recurrente no demostró la nulidad que invoca en la medida en que el fallador de segunda instancia sí expuso las razones por las cuales consideró que aun siendo el procesado el asesor jurídico de la empresa D.R.F.E, éste junto con su propietario y representante legal, concurrió a la comisión de los delitos por los que fue acusado.

Es así que en el capítulo 5.2 del fallo como respuesta a la tesis del apelante acerca de la falta de los requisitos que establece el artículo 381 del C.P.P., para proferir un fallo de condena, el Tribunal acogió el testimonio de varios de los empleados de la compañía, según los cuales el procesado era quien cubría las ausencias del representante de D.F.R.E., tomando las riendas de la organización, destacando el grado de confianza que había entre ambos y el papel protagónico del procesado dentro de la organización.

Y como sustento de ello, el fallador de segundo grado pasó a relacionar las declaraciones de las cuales dedujo ese hecho, así como los documentos de los que podía desprenderse la dirección que Bastidas Bastidas asumió en D.R.F.E, más allá del rol de un asesor jurídico, sino como un verdadero integrante de lo que el Tribunal calificó como empresa criminal.

Cosa distinta es que el censor se muestre en desacuerdo con los argumentos que claramente expuso el Tribunal para considerar que el acusado era coautor impropio de los hechos delictivos, criticando la forma como se valoraron los medios de convicción aportados al juicio. En ese orden, la causal de casación apropiada para demostrar esos presuntos errores era la tercera prevista en el artículo 181 del Código Penal y no la segunda de nulidad.

Es tan evidente su inconformidad con las conclusiones acogidas en el fallo, como cuando afirma que el hecho fue cometido en su integridad por el propietario de D.F.R.E, para luego señalar que la conducta del acusado carece de dolo por haber ejercido la empresa su actividad durante varios meses con la tolerancia de las autoridades, lo que para el censor es indicativo de la legalidad de la compañía captadora.

Bajo el presente reparo de nulidad el libelista no pasa de manifestar su simple discrepancia con el criterio del Tribunal, y además de equivocarse de causal, tampoco precisa los motivos por los cuales el fallador se equivocó en la adopción de sus

conclusiones, tarea para la cual tenía que postular otro cargo con base en causal diferente, acudiendo a la trasgresión indirecta de la norma sustancial y demostrar los errores de hecho o de derecho en los que incurrió el ad quem, seleccionando las pruebas que fueron indebidamente apreciadas, haciendo ver cuál fue el yerro en su estimación y su trascendencia en la declaración de justicia contenida en el fallo.

Y vuelve a trasgredir los mínimos lógicos y de coherencia, por cuanto dentro del reparo que anuncia como una nulidad por falta de motivación, alega el desconocimiento al principio de congruencia, pero no basado en la disconsonancia entre la imputación fáctica y jurídica contenida en la acusación y la derivada en la sentencia, sino en que a su parecer la circunstancia de que las autoridades intervinieron en la actividad de la captadora para calificarla de ilegal mucho tiempo después de que venía operando, debe tenerse en cuenta para concluir que el procesado nunca tuvo la intención de trasgredir el orden jurídico.

Dicho planteamiento claramente corresponde a un debate de índole probatorio y no a la proposición de un vicio de estructura por afectación de la congruencia, planteamiento que está basado exclusivamente en el punto de vista del censor, más no en yerros de apreciación probatoria que son los demandables en casación.

Nuevamente propone una cuestión que se aparta de la presunta nulidad por falta de motivación, como lo es la falta de acreditación de la materialidad del delito de captación masiva y habitual de dineros provenientes del público, quedándose en el plano enunciativo en la medida en que no expone los motivos por los cuáles esa conducta no se materializó y cuáles son las pruebas que sustentan tal conclusión, mucho menos la forma en la que el Tribunal desconoció o apreció en forma equivocada los medios de convicción que así lo indicaban.

Y sobre la posible omisión del sentenciador de exponer los motivos por los cuáles debía tenerse por probado el delito de lavado de activos, es de resaltar que el fallador tomó como

base probatoria de este delito y del enriquecimiento ilícito, un dictamen contable que acreditaba el traslado de los dineros que se captaban del público a través de la razón social Proyecciones D.R.F.E, a otra de nombre Comercializadora D.F.R.E, lo cual demostraba el blanqueo del capital, así como el incremento patrimonial derivado de dicha actividad ilícita a favor del propietario y representante legal de D.R.F.E.

En ese orden el Tribunal sí señaló las razones por las que el punible de lavado de activos se tipificaba, aspecto que pone en evidencia la falta de demostración de la nulidad que reclama el casacionista.

En síntesis la diversidad de ideas que componen esta censura, además de ser indebidamente planteadas, no pasan de ser la mera inconformidad del recurrente con las conclusiones del Tribunal, debate que debe darse en las instancias y no en sede extraordinaria, puesto que la discusión aquí tiene que ceñirse a la acreditación de alguna de las causales de casación.

1.4 Nulidad por desconocimiento del principio de non bis in idem

Esta censura se basa en la estimación del demandante acerca de que no puede darse el concurso real entre los delitos de captación masiva y habitual de dinero y enriquecimiento ilícito de particulares, puesto que se cometió una sola acción en la que el propósito fue el incremento de un patrimonio particular a través de la captación de dineros de miles de personas.

Si bien el recurrente acierta en la vía para postular la posible trasgresión del principio de non bis in ídem, yerra al momento de demostrar que la conducta de su defendido está siendo reprochada dos veces, al imponérsele dos penas de prisión por una hecho que solo puede ser sancionado una vez.

En efecto, no tiene en cuenta el censor las reglas del concurso de conductas punibles y

la posibilidad de que con una acción u omisión se incurra en más de un tipo penal al concurrir una múltiple desvaloración penal de la conducta, es decir, la vulneración a más de un bien jurídico.

Adicional a lo anterior se equivoca al plantear que el comportamiento ejecutado por Víctor Arturo Bastidas Bastidas se cometió con unidad de acción, en tanto que el hecho no se cometió en un solo momento sino que se prolongó por varios meses, pudiéndose diferenciar con claridad la ejecución de los actos encaminados a captar el dinero que las personas depositaban en D.F.R.E y aquellos dirigidos a acrecentar el patrimonio particular de su representante legal y propietario, cada uno de los cuales se cometió en diversas épocas y lugares.

Téngase también en cuenta que aunque ambos comportamientos se encuentren incluidos dentro del título décimo del Código Penal, el cual contiene los delitos que atentan contra el orden económico y social, la captación masiva y habitual de dinero es un comportamiento que sanciona las conductas que atentan contra el sistema financiero, concretamente aquellas por las cuales entidades o personas que no hacen parte de dicho sistema obtienen masivamente dinero del público, mientras que el enriquecimiento ilícito de particulares reprocha que se admita al delito como fuente legítima de acrecentamiento patrimonial.

A no dudarlo en el presente caso se presenta un concurso material o real de conductas delictivas más no un concurso ideal, mucho menos aparente como quiere hacerlo ver el libelista, puesto que se realizaron pluralidad de acciones independientes, cada una de las cuales se adecúa a tipos penales disímiles por lesionar diversos bienes jurídicos, siendo ejecutadas por los mismos sujetos y sin que el elemento teleológico que las une (delito medio-delito fin, se captó dinero para acrecentar un patrimonio particular), descarte la múltiple vulneración a bienes jurídicos a través de la realización de conductas delictivas claramente diferenciales.

1.5 Nulidad por desconocimiento al principio de congruencia

Este reparo al igual que los anteriores habrá de inadmitirse, habida cuenta que en la demanda no se plantea una disconsonancia entre la imputación fáctica y jurídica contenida en la acusación y aquella que se estableció en la sentencia, sino una crítica al escrito de acusación, el cual es calificado de impreciso y confuso, aspecto que no puede ser propuesto alegando el desconocimiento al principio de congruencia, pues aunque puede postularse como una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, en nada se relaciona con la mentada garantía.

Y como lo hizo en las demás censuras por nulidad, vuelve a plantear su inconformidad con que a su representado se le hubiera atribuido responsabilidad como coautor impropio de todos los hechos delictivos cometidos a través de la captadora D.R.F.E, lo que como se le indicó, debió postular por la vía de la violación indirecta de la norma sustancial, precisando cuál fue el error de hecho o de derecho en el que incurrió el Tribunal.

La incongruencia del fallo la encamina a calificar como tales los argumentos del sentenciador cuando decidió responsabilizar a Bastidas Bastidas como coautor de todos los delitos por los que fue acusado, afirmación que se basa en sus propios razonamientos, más no en motivos jurídicos o probatorios suficientes para desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que cobija a la sentencia.

1. Violación indirecta de la norma sustancial

El presente reparo se basa en que el Tribunal no tuvo en cuenta unas pruebas que fueron objeto de estipulación probatoria, las cuales daban cuenta de que el procesado solamente prestaba sus servicios de asesoría a la captadora. En esa medida, el recurrente tenía que plantear un error de hecho por falso juicio de existencia por

omisión, identificando cuál fue la prueba desconocida y como de haber sido considerada, la decisión del sentenciador habría sido la de absolver al procesado o derivarle un menor grado de responsabilidad al que corresponde al coautor.

Y contrariando los presupuestos de lógica y adecuada fundamentación del cargo de violación indirecta de la norma sustancial, se dedica a criticar la veracidad de algunos testimonios y el poder demostrativo que les otorgó el fallador, tratando de imponer su personal criterio sobre como debieron apreciarse dichas probanzas, pero apartándose por completo de la carga argumentativa que le corresponde de acreditar cuál fue el vicio de valoración en el que incurrió el Tribunal.

Y al exponer el desconocimiento sobre la ilegalidad de la actividad de la captadora D.R.F.E por parte del acusado y de la cual se enteró solo hasta el 21 de octubre de 2008, tenía que plantear y demostrar en cargo separado, un error en la conducta del procesado como causal de ausencia de responsabilidad, acreditando la violación indirecta de la norma sustancial por cualquiera de sus vías, es decir, identificando el medio probatorio que fue omitido o supuesto (falso juicio de existencia), tergiversado en su contenido (falso juicio de identidad) o apreciado en forma incorrecta de tal manera que con base en él se construyó una conclusión que trasgrede las leyes de la ciencia, los principios de la ciencia o las reglas de la experiencia (falso raciocinio).

Empero, ninguna de tales exigencias cumplió el recurrente al conformarse con simplemente enunciar una indebida valoración de las pruebas sin especificar el error de apreciación que se configura y basando la queja en su criterio particular sobre que unas pruebas resultaban creíbles y otras no, además de presentar en una misma censura varias inconformidades que debieron postularse por separado.

1. Violación directa de la norma sustancial por falta de aplicación

Insistiendo nuevamente en los aspectos que expuso en el recurso de apelación, el demandante propone otra vez que el rol del acusado en D.F.R.E, se limitó al de prestar asesoría jurídica, sin contar en momento alguno con la facultad de disponer de los recursos de la captadora.

Pasa por alto que la violación directa de la norma impone a quien lo demanda mostrarse conforme con las conclusiones acogidas por el fallador, que para el presente caso, ninguna de ellas consiste en aceptar al procesado como alguien totalmente ajeno a la actividad ilegal de D.F.R.E y por tanto, la presunta trasgresión directa de la norma sustancial por exclusión evidente del artículo 9º del Código Penal se encuentra mal formulada, puesto que es palmaria la inconformidad integral del censor con la declaración de justicia de la sentencia del Tribunal Superior de Pereira.

1. Violación directa por aplicación indebida y por exclusión evidente

La misma exposición consignada en el numeral anterior, corresponde para este último cargo, puesto que el mismo se basa en aspectos probatorios atinentes al delito de lavado de activos con base en los cuales el censor concluye que esta conducta no se tipificó.

Si su intención era demostrar que no podía aplicarse el artículo 323 que describe el delito de lavado de activos, tenía que acreditar que de las pruebas no podía adoptarse tal conclusión, acudiendo para ello a la vía indirecta de la ley sustancial y no a la directa, pues como ya se dijo, esto último implica no reñir con la valoración probatoria esgrimida en el fallo.

Como se observa la demanda de casación adolece de varios defectos que necesariamente imponen su inadmisión.

5. De otra parte, del estudio del proceso no se vislumbra violación de derechos fundamentales o garantías de los intervinientes, para ejercer la facultad oficiosa de índole legal que al respecto le asiste a la Sala.

6. En caso de que se acuda al mecanismo de insistencia, deberán seguirse los parámetros fijados en, CSJ AP, 12 dic. de 2005, rad. 24.322.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Víctor Arturo Bastidas Bastidas.

Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase

José Luis Barceló Camacho

José Leonidas Bustos Martínez

Fernando Alberto Castro Caballero

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 Cfr. CSJ., AP de 1º de febrero de 2012, Radicado 38139.