

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MAGISTRADO PONENTE

AP936-2015

Radicación nº 44852

(Aprobado en acta nº 77)

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

Decide la Corte si es admisible la demanda de casación presentada por el defensor de Alba Milena Ocampo Herrera, contra la sentencia del 20 de junio de 2014 proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cali, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 12 Penal del Circuito de la misma ciudad, que la condenó como autora del delito de hurto agravado por la confianza.

HECHOS

Así fueron narrados en la sentencia de segunda instancia:

“Surgen a partir de la denuncia penal instaurada el 7 de abril de 2006 por el señor Javier Alejandro Ospina Silvestre, apoderado judicial de la sociedad Modatex Ltda., en

contra de la señora Alba Milena Ocampo Herrera, quien se desempeñaba como auxiliar de cartera de la empresa en mención, labor en la que le correspondió recibir dineros en efectivo y cheques de los clientes, elaborar consignaciones en los bancos, asentar en los cuadernos los ingresos e informar a contabilidad para realizar el respectivo recibo de caja, actividades para las cuales contaba con la confianza suficiente.

“Informó el denunciante que el día 27 de septiembre de 2005 la señora Liliana Torres de Asuf, Gerente, empezó a notar inconsistencias en el manejo de la cartera como eran faltantes en lo pagado por los clientes, pues muchos de los dineros no ingresaron a las arcas de la empresa, siendo entregados por el mensajero de la sociedad a la denunciada, quien posterior a que se le reclamara no volvió a trabajar, siendo su modo de operar el apropiarse de los dineros producto del recaudo de cartera y cubrirlos con cheques o emitiendo paz y salvos irreales.”

ACTUACION PROCESAL

1.- El 12 de abril de 2006, la Fiscalía 84 Seccional de Cali abrió investigación penal contra Alba Milena Ocampo Herrera, por la presunta comisión de los delitos de hurto agravado por la confianza y falsedad en documento privado, y el 27 de junio del mismo año la escuchó en diligencia de indagatoria.

2.- El 19 de noviembre de 2010, la Fiscalía 50 Seccional de Cali, calificó el mérito de la investigación, acusando a Alba Milena Ocampo Herrera por la posible comisión del delito de hurto agravado por la confianza y con preclusión respecto del delito de falsedad en documento privado, decisión que quedó en firme el 14 de enero de 2011.

3.- El juicio le correspondió inicialmente al Juzgado 6 Penal del Circuito, autoridad que tramitó la causa que fue concluida por el Juzgado 12 Penal de la misma especialidad, con la sentencia proferida el 17 de febrero de 2014, mediante la cual condenó a la acusada a la pena principal de 28 meses de prisión como autora del delito de

hurto calificado, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal.

La pena se suspendió condicionalmente por un periodo de prueba de 24 meses.

4.- El 20 de junio de 2014, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali confirmó la decisión que fue apelada por la defensa. Dentro de la instancia legal, el defensor de la sindicada recurrió en casación.

DEMANDA DE CASACION

Con fundamento en la causal tercera de casación, formula un cargo principal contra la sentencia, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por afectación del derecho de defensa (numeral 3 del artículo 207 de la Ley 600 de 2000).

Señala que antes de decretarse el cierre de investigación, la defensa le solicitó al ente investigador que obtuviera los títulos valores que se dice fueron adulterados por la sindicada y cobrados por el mensajero de la empresa, para someterlos a los exámenes grafológicos pertinentes, petición que la fiscalía aceptó, pero cuya práctica, ante la clausura de la instrucción, fue diferida a la fase del juicio, pese a la insistencia del defensor para que se practicaran los exámenes de los expertos antes de concluir esa etapa procesal.

En su criterio, la prueba pericial, que tampoco se practicó en el juicio, era esencial para demostrar que la procesada no suscribió los títulos valores que las entidades financieras en las cuales se consignaron devolvieron sin pago, de manera que al no haberse aportado al proceso los documentos y practicarse los exámenes grafológicos para demostrar la probable falsedad, se vulneró su derecho a la prueba, y especialmente el principio de investigación integral, conforme al cual, la fiscalía debe averiguar con igual celo tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado (artículo 234 de la

Ley 600 de 2000).

En su opinión, la trascendencia del vicio es inocultable, pues si bien se decretaron, aportaron y practicaron pruebas testimoniales y documentales tendientes a establecer la autoría y responsabilidad de la señora Alba Milena Ocampo Herrera, no se incorporaron al proceso los títulos valores solicitados y por lo tanto no se realizaron los exámenes técnicos sobre ellos, indispensables para establecer si la procesada suscribió esos documentos, y para definir si fue autora del delito de hurto agravado, cuya constatación no se puede establecer sin la prueba mencionada.

Insiste que la prueba solicitada era fundamental para determinar la responsabilidad de la sindicada pues era la única directa, ya que las “testimoniales base de la sentencia son indirectas o de referencia”, y en orden a acreditar dicha trascendencia hace una narración de las fases del proceso, con el fin de reiterar que solicitó en el curso de la investigación la prueba que no se practicó en el curso de la instrucción y en el juicio, por cuanto la empresa afectada no aportó los documentos o títulos valores que en su oportunidad solicitó.

Después de referirse al principio de investigación integral, asevera que Sandra Córdoba Cuenta y Oscar Marino Barrera se refieren a aspectos contables y a la devolución de cheques, más no afirman que la acusada hubiese elaborado títulos valores y se hubiera apropiado de dineros de la empresa en donde trabajaba, conducta que en su opinión tampoco se puede establecer con la prueba pericial practicada por agentes del CTI.

Por todo ello, reitera que era indispensable obtener los documentos que solicitó y practicar la prueba grafológica, con la cual a su juicio se podía establecer el supuesto de hecho y la responsabilidad de la sindicada.

Alude nuevamente a la importancia de la prueba que echa de menos, y con apoyo en

los principios de investigación integral, necesidad de prueba, imparcialidad, y apreciación de la misma, concluye que la fiscalía no llevó al juez el conocimiento de los supuestos fácticos sobre los cuales debe sustentar su decisión, por lo cual la sentencia se apoyó en las afirmaciones del denunciante, quien sostuvo que la acusada se apropió de dineros de la empresa empleando títulos valores sin respaldo en efectivo, lo cual puede ser el fundamento de una cuenta por cobrar, pero no de un delito.

Por lo tanto, el Tribunal ha debido decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual la fiscalía cerró la investigación penal y ordenar la práctica de la prueba, con el fin de restaurar las garantías quebrantadas.

En el segundo cargo subsidiario con fundamento en la causal primera de casación por infracción directa de la ley sustancial (numeral 1º, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000), denuncia la aplicación indebida de los artículos 239 y 241 numeral 2º de la Ley 599 de 2000, y la falta de aplicación del artículo 249 del Código Penal.

Después de referirse a aspectos técnicos de la causal que invoca, señala que el Tribunal realizó un indebido proceso de subsunción al adecuar la conducta al tipo penal que describe el hurto agravado por la confianza (artículos 239 y 241 numeral 2º de la Ley 599 de 2000), en lugar de hacerlo en el de abuso de confianza, que recoge de manera perfecta la conducta que se imputa a la procesada (artículo 249 idem).

Citando a autorizados tratadistas discurre ampliamente acerca de la diferencia entre los delitos de hurto agravado por la confianza y abuso de confianza, analiza su estructura, los verbos rectores que describen dichos comportamientos y la manera como el autor de la conducta entra en contacto con el bien objeto de apropiación, para concluir que en este caso el proceso de subsunción de la conducta al tipo penal ha debido realizarse en relación con el artículo 249 de la Ley 599 de 2000, pues en su criterio, la autora entró en disposición del bien por un título no traslativo de dominio.

En el propósito de sustentar la trascendencia del error de juicio que demanda, se apoya en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal y cita las decisiones del 26 de junio de 1997, 24 de enero y 7 de marzo de 2007¹, con el fin de señalar la indebida aplicación de los artículos 239 y 241 numeral 2º, del Código Penal, y demandar la adjudicación del artículo 249 de la misma obra, que estima es la correcta.

De aceptar su tesis, solicita que la Corte dicte el fallo de reemplazo de acuerdo con la correcta adecuación típica que demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primero. La casación, según lo tiene establecido la Sala de Casación Penal, es un recurso extraordinario que procede, en términos del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, contra las sentencias de segunda instancia proferidas en procesos adelantados por delitos sancionados con pena de prisión cuyo máximo excede de ocho años, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad, e incluso por conductas punibles que tienen asignada una pena inferior, a condición de que el recurso propicie el desarrollo de la jurisprudencia o la defensa de garantías fundamentales.

Por la pena asignada para el delito por el cual se procede, la demanda no requiere de formalidades distintas a las que se exigen para la presentación de la demanda normal, pero sí del cumplimiento de las indicadas en el artículo 212 de la ley citada, y entre ellas, la identificación de los sujetos procesales, una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal, la enunciación de la causal invocada y la sustentación coherente y autosuficiente de los cargos, en orden a persuadir a la Corte de la necesidad de revisar el fallo de segunda instancia para verificar si fue emitido o no conforme a la Constitución y la ley.

En ese orden, la Sala debe rechazar la demanda cuando no cumple con las exigencias formales y sustanciales que el recurso impone, bien sea porque no posee la

aptitud de realizar las finalidades del recurso (artículo 206 de la Ley 600 de 2000) o por carecer de interés para acceder al mismo, o por no seleccionar la causal ni sustentar el cargo que formula contra la sentencia de segundo grado, temas que la Sala solamente puede pasar por alto cuando observa la necesidad de ocuparse del recurso para restaurar garantías quebrantadas en el trámite.

Segundo. Las anotaciones anteriores permiten indicar que la demanda no puede admitirse en orden a tramitar el recurso extraordinario, pues su contenido dista de ser una exposición en la cual se sustenten los cargos con la claridad, precisión y coherencia que el recurso extraordinario exige.

En efecto:

En el cargo principal que formula con apoyo en la causal tercera de casación, tendiente a asegurar la efectividad de las garantías debidas a quienes intervienen en la actuación penal, como propósito del recurso extraordinario (artículo 206 de la Ley 600 de 2000), el impugnante pretende que se acepte a trámite la censura que conllevaría a la Sala a decretar la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de investigación, sobre la base de no haberse practicado en la instrucción y el juicio, pruebas que fueron decretadas por la fiscalía antes del cierre de investigación.

Pues bien:

La relativa libertad para denunciar la infracción al derecho de defensa no excusa al defensor de la necesidad de indicar, en casos como el presente en donde se demanda la falta de práctica de pruebas, la trascendencia del medio que se echa de menos y la importancia e incidencia del mismo en la demostración de la inocencia del procesado.

Desde un punto de vista meramente objetivo se puede pensar que para demandar

la infracción al derecho de defensa por no haberse practicado una prueba que fue decretada en la instrucción y el juicio, basta con verificar materialmente la omisión probatoria; sin embargo, desde el punto de vista del principio de sustentación suficiente, esa constatación es insignificante si no se respalda en el análisis del proceso y la sentencia, en sus fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos y en particular en la relación de necesidad entre la prueba no practicada y la definición de la autoría y de la responsabilidad, con el fin de demostrar que dicho medio era sustancial en orden a definir de manera diferente el caso juzgado.

En ese orden, la unidad jurídica inescindible de las sentencias de primer y segundo grado, y el principio de crítica vinculante, le imponían al demandante la carga de señalar cuáles fueron los medios de prueba y la apreciación que el juzgador hizo de los mismos, para demostrar la importancia de la prueba no practicada y su importancia en la resolución del conflicto, hasta el punto que no haberla incorporado al juicio implica un menoscabo del derecho de defensa. Empero, en la sustentación del cargo se omite esa necesaria referencia y hábilmente se destaca la ausencia de la prueba desde el punto de vista fáctico, pero sin detenerse en el análisis sistemático de los medios probatorios y de los fundamentos de la decisión, con el fin de acreditar una trascendencia que se ofrece incipiente y precaria en su fundamentación.

Al respecto, el demandante no indicó que en el proceso se estableció, para solo citar un ejemplo, que Yesid Garzón o Confecciones Garditex, hizo un pago en efectivo por valor de \$ 4.663.870 pesos, los cuales la procesada pretendió justificar consignando un cheque que según se comprobó, correspondía a una chequera hurtada a la firma Thomas de la Rue, y que ese mismo sistema lo utilizó para cubrir otros pagos, como el que hizo Gustavo Loaiza por valor de \$ 13.300.535 pesos, que igualmente fueron cubiertos con un cheque correspondiente a la misma chequera robada a la firma mencionada, y con la declaración de Jorge Armando Erazo, persona encargada de recibir el dinero y entregárselos en efectivo a la

acusada, de lo cual se infiere que la prueba no practicada no era esencial para poner en duda el modus operandi y la efectiva apropiación de los recursos ajenos.

Ante esa realidad es evidente que al sustentar el cargo el demandante no ofreció una información completa del proceso y eludiendo la necesaria sujeción a lo decidido en las instancias, pretende acreditar sin brindar una información acabada del trámite, la configuración de un motivo de nulidad francamente intrascendente, hasta el punto de que con ese propósito omite señalar que al calificar la investigación, la fiscalía precluyó la investigación penal contra la sindicada por la comisión del delito de falsedad, precisamente en relación con los títulos que la defensa pidió incorporar al proceso (fs. 217 cuaderno 1), razón demás para demostrar la absoluta trivialidad del cargo y la insustancialidad del reproche.

Por esas razones, formales y materiales, el cargo se inadmitirá.

Tercero. En cuanto al segundo cargo, la Corte tiene establecido que cuando la demanda de casación se dirige a denunciar que el Tribunal incurrió en violación directa de normas de derecho sustancial (en este caso por aplicación indebida de los artículos 239 y 241, 2, y por falta de aplicación del artículo 249 de la Ley 599 de 2000), el censor debe acoger los supuestos fácticos y las pruebas, tal cual fueron declarados aquellos y ponderadas éstas por el juzgador, y presentar su disenso en el ámbito del estricto raciocinio jurídico, pues si para discrepar se acude a la facticidad y los medios que la establecen, para ello la ley tiene reservada la vía indirecta de violación, por errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba (CSJ AP, del 9 de mayo de 2007, Radicado 27330).

En ese margen, la Sala ha señalado que la aplicación indebida y la interpretación errónea de disposiciones de derecho sustancial, corresponden a sentidos distintos de violación con supuestos diversos. Conforme lo ha reiterado, la violación directa de

la ley sustancial puede presentarse por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea de un determinado precepto.

En ese modelo, la falta de aplicación de normas de derecho sustancial se presenta cuando el juzgador deja de aplicar al caso la disposición que lo rige; la aplicación indebida cuando se aduce una norma equivocada, y la interpretación errónea cuando se selecciona adecuadamente la norma que regula el caso sometido a su consideración, pero se le confiere un sentido equivocado, rebasando, menguando o desfigurando su contenido o alcance. De otro modo, mientras en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, en la interpretación errónea el yerro es de hermenéutica, pues se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que jurídicamente no es el correcto.

Pues bien:

El hecho de que el procesado, al sustentar los cargos por infracción directa de la ley, no pueda controvertir los hechos declarados en las instancias ni la apreciación de las pruebas que hizo el juzgador, eso no significa que no deba referirse a ellos para demostrar la indebida aplicación de la ley, y en tal razón, la sola alusión a la estructura de los delitos de abuso de confianza y hurto agravado por la confianza, y a sus diferencias típicas, son insuficientes para acreditar la necesidad de revisar la legalidad del fallo.

Según se sostuvo en la sentencia de segunda instancia, la adecuación típica tuvo en cuenta “la confianza a ella depositada a razón de su cargo, por parte de los directivos de Modatex Ltda”, y descartó que la causa esencial del apoderamiento fuera la entrega a título no traslativo de dominio, al señalar que la procesada “carecía de algún título sobre los dineros

que se apoderó, aun cuando conservaba el vínculo de la confianza depositada en ella por parte de los directivos de la sociedad, en su condición de auxiliar de cartera.”

Desde ese punto de vista esencialmente fáctico en el cual se acentúa la confianza como circunstancia determinante de la apropiación, el Tribunal concluyó, como lo ha señalado desde antiguo la más autorizada jurisprudencia de la Sala, que en el abuso de confianza la relación del sujeto activo con el bien que se le entrega a título no traslativo de dominio le confiere un poder precario que el ordenamiento jurídico reconoce, mientras que en el hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el bien con el cual entra en contacto, no por una relación jurídica, sino por la confianza depositada en el autor por su propietario, poseedor o tenedor (CSJ. SP, radicado 22.412 del 24 de enero de 2007 y 24.793 del 7 de marzo del mismo año).

Desde ese punto de vista, al no referirse al supuesto fáctico que el tribunal declaró probado, el censor no logra poner en duda la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia y no logra acreditar una razón válida para poner en tela de juicio la articulación que hizo el Tribunal entre la conducta y el tipo penal finalmente seleccionado, de manera que el cargo, tal como fue propuesto, se erige en una reflexión sobre dos tipos penales, pero sin relación con el supuesto fáctico que fue declarado por el Tribunal.

Cuarto. Así las cosas, los insuperables defectos de técnica y adecuada argumentación de la censura y de la demanda toda, conducen a su inadmisión, y asimismo, porque materialmente no observa la Sala que en el trámite se hayan conculcado garantías fundamentales que deba oficiosamente preservar.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Inadmitir la demanda de casación presentada en representación de la procesada Alba Milena Ocampo Herrera contra el fallo de segunda instancia indicado en esta decisión, contra la cual no procede ningún recurso.

Vuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y 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 En su orden, radicados 13.139, 22.412 y 24.793.