

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

AP3138-2021

Radicación N°54403

(Acta No.190)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre la admisión de la demanda de casación presentada por la defensa de MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ.

II. HECHOS

Fueron sintetizados de la siguiente forma en la sentencia de segunda instancia:

«Los hechos jurídicamente relevantes ocurrieron el veintitrés (23) de febrero de dos mil diez (2010), cuando MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ, en su condición de Gerente de la sucursal del Banco de Bogotá con sede en el municipio de Chaparral, Tolima, junto con JHON ALEXANDER CRIOLLO CAMPOS, ELIANA YUREIDY SABOGAL PADILLA, JAVIER RAMÍREZ MURILLO y CARLOS ANDRÉS FLÓREZ SÁNCHEZ, empleados adscritos a esta última, de común acuerdo y con división de trabajo, se apoderaron de la suma de setenta y ocho millones de pesos (\$78.000.000.) pertenecientes a la cuentahabiente IDEIDA LUGO OSORIO, los cuales dicha entidad financiera se los depositó como producto de un crédito que le había

sido aprobado.

Para dicho propósito ilícito, aquellos ingresaron a la base de datos del aludido establecimiento bancario, violaron sus mecanismos de seguridad electrónica y utilizaron indebidamente el número tanto de la cédula de ciudadanía de la referida usuaria como el de su cuenta bancaria».

III. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Por los anteriores hechos, el 28 de abril de 2011 ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Chaparral, la Fiscalía General de la Nación imputó a MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ y otros, cargos por los delitos de hurto calificado y agravado, violación de datos personales agravado y concierto para delinquir, descritos en los artículos 239, 240-4, 241-2-10, 267, 269F, 269H y 340 del Código Penal.
2. Presentado el escrito de acusación, el conocimiento de la etapa del juicio correspondió al Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Chaparral, autoridad que el 29 de junio de 2011 llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, en la que la Fiscalía acusó formalmente a MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ por los mismos delitos imputados en audiencia preliminar, atribuyendo igualmente a la procesada en mención y de acuerdo con la imputación fáctica realizada, la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 9º del artículo 58 del Código Penal.
3. Adelantada la audiencia preparatoria y dando inicio al juicio oral, previa advertencia de los derechos que le asisten, al ser interrogada MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ si se declaraba inocente o culpable, ésta aceptó su responsabilidad en los delitos de hurto agravado y violación de datos personales agravado, resaltando – tanto ésta como su defensor – que no aceptaba el calificante atribuido por el punible contra el patrimonio económico, ni el concierto para delinquir (artículo 240 Nr. 4 del Código Penal –superando seguridades electrónicas u otras semejantes-).

ELIANA YUREIDY SABOGAL PADILLA y JHON ALEXANDER CRIOLLO CAMPOS realizaron igual manifestación.

4. Ante los allanamientos parciales y los preacuerdos realizados, procedió el fallador conforme lo postula el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. Terminada la intervención de las partes en tal sentido, de conformidad con el artículo 53 numeral 3º de la Ley 906 de 2004, decretó la ruptura de la unidad procesal, para continuar con el juicio oral y la práctica probatoria, «respecto a la calificante del hurto y respecto al delito de concierto para delinquir».

5. Retomado el juicio oral, el representante de la Fiscalía dijo «renunciar a la presentación de pruebas», por no contar con elementos materiales probatorios y evidencia para demostrar los cargos, ante lo cual, las demás partes también desistieron de su práctica probatoria. De los alegatos finales todos los presentes en audiencia optaron por guardar silencio. A continuación el Juez anunció sentido de fallo absolutorio en relación con la calificante del hurto y el delito de concierto para delinquir. Finalmente citó para audiencia de lectura de sentencia, la cual informó, comprendería tanto los delitos por los que resultaron absueltos los procesados, como aquellos por los cuales existió allanamiento y/o se realizó preacuerdo.

Así, previo a la lectura del fallo, el juzgador anotó no hacer efectiva la ruptura de la unidad procesal, teniendo en cuenta lo acaecido en el juicio oral en relación con los cargos por el delito de concierto para delinquir y el calificante del hurto.

6. El 31 de marzo de 2016 se emitió sentencia, a través de la cual se absolvió a los acusados JHON ALEXANDER CRIOLLO CAMPOS, ELIANA YUREIDY y MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ «de la conducta de concierto para delinquir y de la calificante del artículo 240 numeral 4º del código penal», así como también, «del cargo de violación de datos personales de los artículos 269F y H del código penal por atipicidad de la conducta».

Por el contrario, condenó a estos mismos procesados a la pena de 53 meses 10 días de prisión «como coautores de la conducta delictiva de hurto agravado de los artículos 239 y 241 numerales 2 y 10, 267 numeral 1º del código penal (...)».

A los restantes co-partícipes se les condenó de acuerdo con el preacuerdo efectuado, a “treinta y seis (36) meses de prisión, como coautores de la conducta de hurto agravado».

7. Inconforme con el fallo, el defensor de MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ y el representante de víctimas lo impugnaron.

8. El Tribunal Superior de Ibagué, en decisión de 13 de septiembre de 2018, modificó la sentencia de primera instancia, en el sentido de decretar la preclusión respecto al delito de violación de datos personales por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal y redosificar las penas principal y accesoria impuestas a 118.87 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como consecuencia de la aplicación de la circunstancia genérica de mayor punibilidad del artículo 59 numeral 9 del Código Penal, desatendida por el a-quo, pero debidamente atribuida en la acusación y cuya consideración fué requerida por el representante de víctimas en la alzada. En lo demás confirmó la providencia apelada.

9. Contra esta determinación, el profesional del derecho que representa los intereses de la acusada CERVERA CHÁVEZ presentó recurso de casación.

IV. LA DEMANDA

El censor planteó dos reparos en contra de la sentencia de segundo nivel, ambos por violación directa a la ley sustancial, el primero por «indebida interpretación» del artículo 269 del Código Penal; el segundo, por falta de aplicación del artículo 38B ídem.

Primer cargo

Explica que de conformidad con la norma cuya violación se alega, se tiene derecho a la rebaja punitiva allí establecida, cuando, en palabras del recurrente, «se indemnicen los perjuicios ocasionados al ofendido».

Así, al haber reparado su representada a la víctima «en los términos establecidos, en coordinación con los demás coautores del delito, quienes a su vez optaron por la sentencia anticipada, y la víctima del delito, se configuraron las características y consecuencias de la segunda parte literal del contenido del artículo 269 del Código Penal».

Sin embargo, refiere, el ad-quem negó tal reconocimiento aduciendo que los acusados no han devuelto el dinero ni pagado los respectivos perjuicios causados a la víctima.

Por lo tanto, sostiene el censor, el Tribunal incurrió en indebida interpretación de la norma, al tener en cuenta únicamente la parte inicial del artículo 269 y desconocer el contenido puntual de la segunda parte, a través de la cual se establece la posibilidad de obtener la rebaja punitiva en caso de indemnización de los perjuicios ocasionado al ofendido o perjudicado.

Aunado a lo anterior, afirma que los juzgadores de segunda instancia obviaron la potestad de la víctima de determinar la cuantía de los perjuicios causados ampliamente reconocida en la sentencia C-746 de 1998, lo que igualmente condujo a una errada interpretación del artículo 269 ibídem.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de segunda instancia de violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 38B de la Ley 599 de 2000.

Al respecto argumentó el censor que su representado cumple con los requisitos exigidos por la norma citada, por lo que MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ debe hacerse acreedora al

beneficio de prisión domiciliaria.

En conclusión, el recurrente solicita casar parcialmente la sentencia impugnada, para en su lugar modificarla, reconociendo a favor de su prohijada la rebaja punitiva a que tiene derecho de conformidad con el artículo 269 citado y otorgando el beneficio de la prisión domiciliaria.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En punto del recurso extraordinario de casación, la Corte estima oportuno reiterar, que conforme a los lineamientos del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal de 2004, éste procede como control constitucional y legal de las sentencias proferidas en segunda instancia, cuando se consideran afectados los derechos o garantías fundamentales, de acuerdo con las causales previstas por el legislador.
2. De igual forma, la Sala resalta el contenido del artículo 184, inciso 2, ibídem, de acuerdo con el cual, se inadmitirá la demanda que prescinda de presupuestos, tales como: (i.) interés del demandante, (ii.) desarrollo adecuado de los cargos de sustentación o (iii.) cuando del contexto del libelo presentado, se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso.

Bajo este contexto – sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes – y para asegurar el éxito cuando se acude al recurso de casación, al impugnante le corresponde igualmente, tomar como guía los principios que lo gobiernan. Entre otros:

- Principio de sustentación suficiente, de acuerdo con el cual, el cargo o cargos propuestos en la demanda deben bastar por sí mismos para lograr la desaprobación total o parcial de la sentencia.

- Principio de correspondencia objetiva o corrección material, según el cual, cualquier alegación debe ajustarse rigurosamente a la actuación surtida. Así, se le exige al impugnante fundar su libelo en una referencia fiel o leal de las motivaciones vertidas en las decisiones judiciales.
- Principio de autonomía, el cual exige una específica forma de formulación y demostración del cargo o cargos, en consonancia con la causal aducida y el motivo que le da sustento y, finalmente, el
- Principio de trascendencia, conforme al cual, la censura debe tener la capacidad de fracturar la presunción de legalidad y acierto de la sentencia, debiendo representar las incorrecciones denunciadas verdaderas afectaciones a garantías fundamentales de los sujetos o a la estructura del proceso y no meras falencias sin repercusiones sustanciales.

Precisado lo anterior, corresponde a la Sala verificar si la demanda presentada a nombre de MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ, cumple o no con los presupuestos que hacen posible su admisión.

3. En el caso bajo estudio, el libelista postula la violación directa de la ley.

En sede de este motivo de casación, son inadmisibles las controversias acerca de los hechos y las reglas de producción y valoración probatoria, dado que la discusión debe ser de estricto orden jurídico para acreditar cualesquiera de los siguientes yerros:

- i) Falta de aplicación o exclusión evidente, lo cual suele presentarse cuando el funcionario yerra acerca de la existencia o validez en el tiempo o el espacio de la norma que regula la materia, la ignora o la desconoce y por eso no la considera en el caso específico que la reclama.
- ii) Aplicación indebida, vicio que consiste en una desatinada selección del precepto. En este

sentido, el error se manifiesta por la falsa adecuación de los hechos probados en relación con los supuestos condicionantes de éste, es decir, los sucesos reconocidos en el proceso no coinciden con la respectiva hipótesis normativa.

iii) O, por último, interpretación errónea, caso en el cual el juez selecciona acertadamente la norma que corresponde al suceso en cuestión y efectivamente la aplica, pero al interpretarla le atribuye un sentido jurídico que no tiene, asignándole efectos distintos o contrarios a los que le corresponden, o que no causa.

4. Siguiendo los anteriores lineamientos, la defensa de MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ estima que el fallador aplicó sesgadamente el artículo 269 del Estatuto Penal, al no tener en cuenta que de acuerdo con su texto, la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito, otorga el derecho a la rebaja punitiva de la mitad a las tres cuartas partes.

A fin de evidenciar el yerro alegado por el demandante, el esfuerzo ha de orientarse a constatar el defectuoso entendimiento de la disposición, el sentido erróneo atribuido o la asignación de efectos que no produce, diferentes, contrarios o extraños al precepto legal.

En efecto, en la sesión de audiencia convocada para lectura de fallo, previo a la emisión de la sentencia, la defensa de MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ informó que su representada había efectuado un pago al Banco de Bogotá, sucursal Chaparral-Tolima, por la suma de once millones cuatrocientos mil pesos (\$ 11.400.000.00), cancelados de la siguiente forma: cinco millones de pesos (\$ 5.000.000.00) en efectivo y un cheque para cobro el 16 de abril de 2016, por seis millones cuatrocientos mil pesos (\$ 6.400.000.00). Lo anterior, a título de indemnización. Anexó el abogado defensor documento con membrete del Banco de Bogotá en el que se deja constancia de la recepción del título valor entregado.¹

Concedido el uso de la palabra al apoderado de la víctima, reconoció el pago realizado, mencionando que éste obedecía al acuerdo celebrado entre la entidad bancaria y la

implicada, llevado a cabo en similares condiciones con otros procesados y a las cuales también se accedió, en ejercicio del derecho de disposición que le asiste, renunciando al principio de solidaridad de las obligaciones.²

El juez de primera instancia al sustentar la improcedencia del derecho consagrado en el artículo 269, puntualizó:

«De la lectura que hiciera el señor apoderado de las víctimas, en la sesión de audiencia anterior así como del escrito que ha presentado e incorporado a la carpeta surge de manera muy clara y nítida que no ha existido una indemnización integral de perjuicios, parcialmente han existido unos reintegros, pero esos reintegros no son de la suficiente entidad para considerar que los perjuicios han sido indemnizados integralmente y por ende a ninguno de los acusados se le debía haber cobijado con esa aminorante del artículo 269 del código penal porque se reitera, los perjuicios no han sido indemnizados integralmente, al menos por uno de ellos pues esa indemnización los cobijaría a todos (...)»

Por su parte, el Tribunal estimó que «si bien la víctima tiene autonomía para direccionar en el sentido que mejor le parezca ese tipo de derechos patrimoniales, pues le pertenecen, sea que se deriven de una relación jurídica contractual o de una situación jurídica extracontractual –como la originada en el delito–, ello no significa que su voluntad tenga vocación para modificar las exigencias de orden legal contempladas para que sus victimarios puedan acceder al reconocimiento de un derecho de carácter punitivo. En este caso, recuérdese, de un lado, la restitución del objeto material del delito o su valor, y del otro, la correspondiente indemnización integral por concepto de los perjuicios causados al ofendido». Luego entonces, como los acusados no hicieron devolución del dinero apoderado y mucho menos realizaron el pago de los perjuicios causados, concluyó evidente la falta de estructuración del supuesto de hecho señalado en el canon 269 del Estatuto Punitivo, confirmando así la decisión del a-quo en este aspecto.

Ciertamente, de conformidad con el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, la rebaja punitiva allí consagrada opera siempre y cuando se cumplan tres presupuestos:

- Se restituya el objeto material del delito o su valor y
- Se indemnicen los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado,
- Y ello se realice antes de dictar sentencia de primera o única instancia.

Exigencias que no son alternativas, sino que deben darse de manera concurrente, tal como se extrae del texto y redacción de la ley.

Según lo informado y el documento aducido previamente a la emisión de la sentencia de primera instancia por parte del representante legal de la procesada CERVERA CHÁVEZ, así como también, la manifestación realizada por quien representa los intereses del Banco de Bogotá, es claro que si bien la entidad bancaria afectada da a entender que la suma cancelada la asume como indemnización, lo cierto es que tal emolumento no puede ser confundido con el objeto material del delito o su valor y cuya restitución de igual modo se exige.

Así, objeto material del delito o su valor, corresponde en el presente asunto, de acuerdo con los hechos no controvertidos, a la suma de \$ 78.000.000.00 millones de pesos. Y los perjuicios ocasionados con el delito, acudiendo a la ley civil, comprenden, el daño emergente y lucro cesante, los cuales están en libertad de ser tasados por el y/o los afectados (artículos 1613 y 1614 del Código Civil).

Luego entonces, como se anotó, si bien los perjuicios pueden ser justipreciados por el afectado y aceptados libremente, en el sub-iúdice no se demostró:

* La restitución del objeto material del delito o suma hurtada, como tampoco,

* El pago de perjuicios causados a la también perjudicada con el delito, señora IDEIDA LUGO OSORIO, titular de la cuenta bancaria utilizada para la perpetración del atentado contra el patrimonio económico.

En este orden, es claro que el censor lo que hace, es tomar de la norma, únicamente lo que le favorece a su representada, eludiendo los demás presupuestos exigidos, tachando la decisión de segunda instancia de adolecer de un yerro de interpretación que no existe y que más bien, obedece al incumplimiento de las demás exigencias requeridas por la ley.

Surge patente entonces, que la discusión no se enmarca en la violación directa de la ley, al pretender encubrir el incumplimiento de los demás requerimientos, a través de una inexistente errada interpretación de la norma.

Luego entonces, el cargo propuesto carece de la lógica y trascendencia requeridas, razón suficiente para su inadmisión.

5. Frente al cargo relacionado con la violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 38B del Código Penal, falta el casacionista al principio de correspondencia objetiva o corrección material, pues los enunciados del cargo no se corresponden con los hechos que la fundan.

Así, el recurrente pretende la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria, desatendiendo que tal beneficio le fue otorgado desde la sentencia de primera instancia a su representada,³ aspecto confirmado por el ad-quem en el fallo de segundo grado,⁴ de modo que carece de fundamento un reproche que se funda en la inaplicabilidad de un Instituto Procesal que sí le fue aplicado. Reclamar la concesión de lo que no le ha sido negado –enunciado— es contrario al hecho que lo funda –no concesión de la prisión domiciliaria—, y de esa manera vulnera el principio de correspondencia objetiva o de corrección material.

Por todo lo expuesto, las falencias en las que incurrió el recurrente conducen a inadmitir el

libelo.

6. Para terminar, la Sala observa la posible configuración de vulneración de garantía de incidencia sustancial en lo que tiene que ver con la tasación de las sanciones impuestas. En consecuencia, en aras de cumplir con los fines previstos en el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal y en ejercicio de la facultad extraordinaria consagrada en el artículo 184, inciso 3º, ibídem, que faculta a la Corte para actuar oficiosamente, cuando aun inadmitiendo la demanda de casación advierta la necesidad de hacer efectivo el derecho material, preservar o restaurarlas garantías de los intervinientes o unificar la jurisprudencia por razones distintas a las planteadas en el libelo, se ordenará, que una vez notificada la presente decisión y agotado el procedimiento de insistencia, el expediente retorne al despacho del Magistrado Ponente, a fin de someter a estudio la necesidad de un pronunciamiento oficioso, ante la posible vulneración de garantías fundamentales.

4. De otra parte, se advertirá que contra la decisión de inadmitir la demanda únicamente procede el mecanismo de insistencia establecido en el inciso 2º del artículo anotado, en los términos señalados por la Corte en el auto del 12 de diciembre de 2005, radicado 24322.

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

RESUELVE:

Primero: Inadmitir la demanda de casación presentada por la defensa de MARTHA LILIANA CERVERA CHÁVEZ.

Segundo: Advertir que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, contra esta providencia procede el mecanismo de insistencia.

Tercero: En firme la anterior decisión y cumplido el trámite dispuesto en el numeral que antecede, regresar la actuación al despacho del Magistrado Ponente, a efectos de que la

Sala estudie la necesidad de un pronunciamiento oficioso, ante la posible vulneración de garantías fundamentales

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria.

1 Fl. 37, cuaderno Nr. 13.

2 Cfr. Registro de audiencia de 31 de marzo de 2016, minutos: 00:05:50 (intervención de la defensa) y 00:07:00 (intervención del apoderado de víctimas).

3 Cfr. fl. 65 cuaderno Nr. 13, así como también el numeral Séptimo, tercera frase de la parte resolutive del fallo de primera instancia.

