

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Proceso No 30182

Bogotá, D.C., septiembre ocho (08) de dos mil ocho (2008).

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 255

VISTOS

La Sala resuelve la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ* contra el fallo dictado el 14 de febrero de 2008 por el Tribunal Superior de Barranquilla, confirmatorio del dictado el 12 de septiembre de 2007 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, a través del cual fue condenado por el delito de estafa agravada.

HECHOS

El 5 de agosto de 1993, en la ciudad de Barranquilla, *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ* en nombre de Shulim & Roy Ltda., prometió en venta a la firma Cure Delgado & Cía. S. en C., representada por *Alfredo Elías Cure Gómez*, el apartamento 202 del edificio Panorámico ubicado en la Diagonal 91 No. 4-20 de Bogotá, cuyo precio se pactó en noventa millones de pesos, treinta de los cuales se pagaron al momento de celebrar ese contrato y el saldo se entregaría el 29 de diciembre siguiente al suscribir la escritura pública.

A su vez, cuando los compradores procedieron al respectivo registro, constataron la existencia de una hipoteca sobre dicho inmueble, a pesar de haberse estipulado en la promesa de compraventa y en la escritura pública que el bien se transfería libre de todo gravamen.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en esa información, la Fiscalía Tercera Seccional de Barranquilla declaró abierta la instrucción y vinculó mediante indagatoria a *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ* y, una vez admitió la demanda de constitución de parte civil, le resolvió su situación jurídica provisional absteniéndose de imponerle medida, decisión que fue revocada por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de la misma ciudad, quien dispuso asegurarlo con caución prendaria por el delito de estafa.

Clausurada la investigación, el 30 de julio de 2002 la Fiscalía Cuarenta y Cinco Seccional de Barranquilla calificó el sumario con resolución de acusación en contra del procesado por el delito de estafa agravada por la cuantía, determinación que si bien apeló el defensor, no sustentó oportunamente, por lo tanto, con proveído del 11 de septiembre siguiente el recurso se declaró “*desierto*” y, en consecuencia, la convocatoria a juicio quedó en firme el día 23 del mismo mes y año.

La etapa de la causa correspondió adelantarla al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, donde evacuadas las audiencias preparatoria y pública se dictó sentencia el 12 de septiembre de 2007 condenando a *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ* a las penas principales de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por aquel término, tras hallarlo autor responsable de la conducta punible por la cual se lo acusó.

Igualmente, le impuso la obligación de pagar por concepto de perjuicios una suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de dos (2) años.

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de Barranquilla, con decisión del 14 de febrero de 2008, lo confirmó en su totalidad, razón por la cual el impugnante interpuso recurso de casación y un nuevo apoderado presentó en tiempo el respectivo libelo.

LA DEMANDA

Está formada por cuatro cargos. El primero denuncia la sentencia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad; el segundo y el cuarto discuten la violación directa de la ley de carácter sustancial y, el tercero, pregona la existencia de errores de apreciación probatoria. En virtud de ellas pide casar el fallo.

Con el propósito de conjurar repeticiones innecesarias, a medida que se sintetice en forma independiente el contenido de cada una de las censuras, se expresará si satisfacen o no los requisitos de lógica y debida argumentación exigidos para acceder al recurso extraordinario.

1. Primer cargo: Nulidad por violación al debido proceso y al derecho de defensa en la diligencia de indagatoria.

Al amparo de la causal tercera de casación se alega la invalidez de la sentencia por cuanto al inculcado en la injurada no se le interrogó ni imputó la conducta punible deducida en el fallo de condena, a pesar de lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política.

En ese sentido se estiman omitidas las formas propias del juicio, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 338 del Código de Procedimiento Penal, al procesado en la indagatoria se le *“interrogará sobre los hechos que originaron su vinculación”*.

Agrega que al acriminado en la injurada *“no se le hizo cargo de manera clara y concreta”* sobre el ilícito de estafa agravada, pues *“todo el interrogatorio giró alrededor de la negociación que hizo de un inmueble ubicado en Bogotá con el señor Alfredo Cure”*.

Igualmente, pone de presente que la Corte viene señalando que si bien *“no es obligación encuadrar jurídicamente la conducta denunciada”*, debe preguntársele al procesado *“sobre los hechos constitutivos de la conducta punible que se le está atribuyendo”*, sin que en este caso hubiera ocurrido así frente al delito de estafa, por cuanto *“no se le interrogó acerca de que hubiese inducido o mantenido al comprador en error respecto del inmueble prometido en venta, o que hubiese utilizado artificios o engaños en contra del mismo con el fin de obtener provecho ilícito”*.

Una vez recuerda que la indagatoria es un medio de defensa, advierte que como en el caso particular el procesado *“fue interrogado de manera deficiente y no se le hizo saber de manera concreta el cargo referente al delito de estafa agravada”*, se le vulneró el debido proceso y el derecho de defensa.

De otra parte, con apoyo en criterio de autoridad, estima trascendente la omisión comentada, pues *“no preguntar en la indagatoria por todos los cargos o hacerlo de manera deficiente”* constituye grave violación al derecho de defensa, por cuanto ese es el escenario ofrecido por el Estado para conocer la imputación a fin de ejercer la defensa técnica de manera eficaz.

Añade que al inculcado no se le interrogó sobre el elemento subjetivo relativo a *“la obtención de provecho ilícito para el sujeto activo o para un tercero en perjuicio ajeno”* contenido en el artículo 356 del Código Penal de 1980 y, por lo tanto, estima que de habersele preguntado al respecto habría podido demostrar, con prueba testimonial y documental, que el inmueble se entregó *“al día en impuestos, servicios y administración”*, así como el conocimiento del comprador sobre la hipoteca, por consiguiente, en su concepto, lo procedente era desatar la impugnación contra el fallo anulando la actuación y no confirmando la condena.

Para concluir, sostiene que tales irregularidades están consagradas en los numerales 2º y 3º del artículo 306 de la Ley 600 de 2000, las cuales sólo pueden subsanarse invalidando lo actuado desde la indagatoria o, en su defecto, a partir del cierre de la investigación, a fin de formular al inculpado el cargo por el delito de estafa agravada.

Consideraciones de la Sala

Cuando se acude a la causal tercera de casación, como ocurre en el caso particular, el demandante debe precisar la especie de irregularidad sustantiva generadora de la invalidación, los fundamentos fácticos y las normas vulneradas, con indicación de los motivos del quebranto.

Igualmente, le corresponde determinar el tramo de la actuación a partir del cual surte efectos el defecto y su cobertura exacta, pero también, ha de indicar cómo procesalmente no hay manera distinta de restaurar el derecho afectado e, ineludiblemente, debe acreditar que la irregularidad denunciada produce una secuela negativa y esencial en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado, pues el recurso extraordinario no puede sustentarse en especulaciones, conjeturas, posturas contrarias a la realidad procesal o en aspectos incapaces de producir un verdadero quebranto de derechos fundamentales.

Ahora, si bien la Corporación ha sido flexible frente a los requisitos de lógica y adecuada argumentación en relación con las censuras orientadas a obtener la nulidad de la actuación, por cuanto no exige el cumplimiento de rígidas fórmulas para su sustentación, de todas maneras ha establecido esas exigencias mínimas en aras de conservar la naturaleza extraordinaria del recurso de casación.

No obstante, en este asunto se observa cómo el demandante incumple ese mínimo de requisitos, por cuanto con el propósito de sacar adelante su postulación, desconoce la normatividad aplicable y la realidad procesal.

En efecto, si bien es deber del impugnante identificar las normas vulneradas y en el *sub judice* menciona el inciso tercero del artículo 338 del Código de Procedimiento Penal para sustentar el cargo, de una parte, se olvida que la diligencia de indagatoria se surtió en vigencia del Decreto 2700 de 1991, el cual, en su artículo 360, establecía que el interrogatorio se reducía a los hechos que originaban la vinculación del inculpado.

De otro lado, el actor no logra mostrar a la Sala el defecto denunciado, por cuanto su mismo recuento sobre la forma como se desarrolló la injurada desvirtúa la presunta irregularidad, pues reconoce habersele interrogado al acusado sobre el aspecto fáctico que dio lugar a su vinculación.

Así las cosas, su reparo evidentemente no consulta el principio de trascendencia. No obstante, si el ánimo del demandante era mostrar la violación, tanto del debido proceso como del derecho de defensa a consecuencia de no preguntarle al inculcado por los hechos, en gracia de discusión le correspondía expresar las limitaciones defensivas que experimentó el procesado a consecuencia de la supuesta irregularidad denunciada, sin embargo, con base en su particular visión, lo que revela es un esfuerzo de última hora para provocar la repetición de la actuación a efectos de introducir un conjunto de pruebas, las cuales ni precisa y tampoco indica de qué manera radical y favorable modificarían la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado.

Esta postura, si se revisa con cuidado, en realidad denota una presunta falta de actividad defensiva, de tal manera que teniendo en cuenta que el derecho de defensa es intangible, por lo cual los errores del apoderado judicial no pueden afectar al procesado, llevan a señalar que correspondía al casacionista alegar, a través de un cargo cuya postulación y demostración es bien diversa a la ensayada en la censura bajo estudio, cómo a raíz de esos nuevos elementos de convicción se transformarían sustancialmente las conclusiones del fallo opugnado.

Adicionalmente, se observa que el libelista tampoco especifica la cobertura del presunto vicio *in procedendo* discutido, por cuanto propone dos alternativas, desconociendo el carácter rogado del recurso

de casación, independientemente de los deberes constitucionales y legales que corresponden a la Sala, quien ha de velar por el respeto de las garantías fundamentales de los intervinientes en el proceso.

En consecuencia, el descuido por los requisitos de lógica y adecuada argumentación advertidos, conducen a decretar la inadmisión de la censura.

2. Segundo cargo: violación directa por aplicación indebida de los artículos 246 y 267 del Código Penal y exclusión evidente del artículo 6º *ibídem*.

Con fundamento en la causal primera, cuerpo inicial, el actor pregona del Tribunal haber errado al adecuar los hechos procesalmente probados a la norma donde se consagra el delito de estafa, lo cual condujo a un fallo de responsabilidad a pesar de estarse frente a una conducta atípica.

Advierte que en el caso particular el Juez Colegiado dio por acreditada la ocurrencia de todos los elementos del delito de estafa agravada, al darle a los artículos 246 y 267 —numeral 1º— de la Ley 599 de 2000 “*un contenido y alcance que desborda su marco de aplicación, extendiendo sus efectos a unos hechos que no se subsumen en la descripción abstracta que hizo el legislador*”.

En su concepto, en el *sub judice* “*se advierte que entre el procesado SHUSTER BENÍTEZ y Cure Delgado y Cía. Ltda. (sic) existió una transacción de carácter civil respecto de la compraventa de un inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá, la cual se perfeccionó con el otorgamiento de la respectiva escritura pública, la que fue debidamente registrada*” y, en la promesa, se estipuló que el vendedor garantizaba la ausencia de gravámenes sobre el bien, sin embargo, saldría a su saneamiento de acuerdo con la ley.

Una vez recuerda que en el pasado los contratantes habían tenido relaciones comerciales y de amistad e, igualmente, admite la existencia de la hipoteca, señala que el Tribunal sustentó el fallo en que tanto en la promesa de compraventa como en la escritura pública se guardó silencio sobre el gravamen en cuestión, deduciendo, a partir de ello, la existencia de la inducción en error, lo cual determinó que el comprador se desprendiera de parte de su patrimonio con el correlativo provecho ilícito del vendedor.

Expone además que si bien el Juez Colegiado se apoyó en un fallo de la Sala, ignoró que en el mismo se hizo alusión a tenerse en cuenta, para configurar el delito de estafa, el hecho de que no todo engaño permite la imputación del resultado, pues la víctima debe acudir a los mecanismos de autotutela exigibles, por lo cual sólo es “*punible el comportamiento capaz de sobrepasar la barrera de contención que supone la actitud diligente del perjudicado*”.

En su criterio, si la segunda instancia hubiera tenido en cuenta la totalidad de la referida decisión, habría concluido que la conducta imputada al procesado no configura el delito de estafa.

Sobre el particular agrega que de acuerdo con lo demostrado en el proceso, el señor *Alfredo Elías Cure Gómez*, “*no fue prudente, como que no acudió a los mecanismos de autotutela exigibles de acuerdo con su formación como ganadero, comerciante y abogado y las costumbres sociales, máxime que no consultó en la Oficina de Registro en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, el cual tenía a su alcance para*

conocer con certeza la situación jurídica del inmueble que le estaba comprando a SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ”.

En su sentir, no se configuró ninguno de los elementos de la estafa, pues el comprador recibió el inmueble en la fecha acordada, con los impuestos, administración y servicios al día, la escritura fue debidamente registrada y, a pesar de no haber cancelado la totalidad del precio, ha disfrutado del bien sin soportar perjuicio alguno, incluso lo puede enajenar.

Por lo tanto, tal como se presentó la transacción, *“se trató de un asunto de naturaleza puramente civil cuyo cumplimiento o resolución del contrato debe adelantarse ante la jurisdicción civil, con la consiguiente indemnización de perjuicios”.*

En consecuencia, pide casar la sentencia y absolver al procesado por el delito de estafa.

Consideraciones de la Sala

Si bien en el caso particular el casacionista en principio no discute los hechos declarados en la sentencia y se refiere a las pruebas con el propósito de evidenciar la existencia de una obligación civil derivada del incumplimiento de un contrato de compraventa, a partir de lo cual, fundado en decisión de la Sala, acude al argumento de que no todo engaño permite la imputación del resultado por cuanto corresponde a la víctima activar los mecanismos de autotutela para conjurarlo, situación que en su concepto se presentó aquí; ignora a su vez que los presupuestos del pronunciamiento mencionado difieren de los presentados en este asunto y, por tal motivo, el ataque carece de trascendencia.

En efecto, en el caso que recoge la decisión a la cual hace mención el actor, el negocio jurídico se realizó en la misma ciudad donde estaba ubicado el bien y, por ello, uno de los argumentos utilizados a favor del procesado fue que el ofendido podía consultar la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, no obstante, en el *sub judice* el asunto es diverso, por cuanto mientras la transacción se llevó a cabo en su totalidad en Barranquilla, el inmueble se localizaba en Bogotá, lo que le impidió al comprador consultar fácilmente el folio de matrícula inmobiliaria, tal como lo refiere la primera instancia con fundamento en el dicho reiterado del denunciante.

Además, como el mismo demandante lo reconoce expresamente, antes del contrato de compraventa el procesado y la víctima tuvieron tratos comerciales y de amistad, situación que contribuye a evidenciar la idoneidad del medio utilizado para viciar la voluntad del sujeto pasivo, pues éste, alimentado por la confianza inspirada en la familiaridad prodigada por el inculpado, cedió a la actitud maliciosa del vendedor, quien ocultó la existencia de una hipoteca abierta sobre el inmueble prometido en venta, la cual, según precisó el Juez Unipersonal, ascendía a \$530.469.816, razón que llevó al Tribunal a afirmar que si el denunciante hubiera conocido las condiciones del bien, ni siquiera habría agotado la fase inicial de dicha transacción.

En estas condiciones, como señala la decisión socorrida por el actor, *“la mentira o el silencio hacen parte de una compleja situación vivencial, a la que nada hay que añadir para que se produzca el efecto patrimonial deseado por el timador. Es, por decirlo de otra forma, el aprovechamiento de las circunstancias concretas en que se establece o permanece una relación social, personal o comercial específica, que le dan respaldo y hacen creíble la mentira”.*

De otra parte, acorde con lo sostenido por el Juez Unipersonal, se si estuviera frente a un negocio puramente civil según lo interpreta la defensa y, por tal motivo, su asistido podía salir al saneamiento del bien enajenado como lo asegura, no resulta atendible esta postura si se recuerda que la hipoteca ascendía a \$530.469.816 y con el producto de la venta del bien pretendía cancelarla, de donde se sigue que el acusado jamás tuvo la intención que postula su apoderado judicial y sí por el contrario decididamente estuvo inclinado a engañar al comprador, para lo cual se esmeró en tener al día impuestos, servicios y administración a fin de no despertar reservas.

Incluso, una decisión más reciente de la Sala sobre el particular tampoco conduce a una conclusión distinta, por cuanto allí igualmente se hace relación a la posibilidad de tener un fácil acceso a la situación jurídica del bien y aquí, como se dijo, no era factible, amén de tratarse de un asunto que data de 1993, época para la cual las condiciones en materia de acceso a la información era bien diversas a las actuales.

Igualmente, en la citada decisión de la Sala se afirma que *“donde se juzgan hechos basados en las relaciones sociales, no pueden establecerse reglas rígidas sino tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso para determinar si la actitud reticente de una de las partes contratantes al ocultar la existencia de un gravamen o una medida cautelar tiene o no idoneidad para inducir en error”* y, por lo tanto, se hace necesario *“considerar aspectos tales como el nivel intelectual del sujeto pasivo de la conducta, su pericia en asuntos de la naturaleza de la cual se trata, sus experiencias, el medio social en donde se desenvuelve y las herramientas jurídicas brindadas por el Estado para su protección”*, de tal manera que en el caso particular, es de concluir que a pesar de las calidades de la víctima, no le fue posible utilizar tales herramientas en razón de la distancia, circunstancia de la cual era consciente el procesado, quien no solo sacó ventaja de la situación sino que también utilizó la confianza del ofendido por precedentes tratos comerciales y de amistad.

Además, contrario al caso analizado por la Sala en esa ocasión, aquí no se trataba de una persona experimentada en transacciones como la que dio origen a esta acción penal.

Así las cosas, en el *sub judice* vendedor y comprador no estaban en un plano de equilibrio frente al conocimiento de los alcances, vicisitudes y consecuencias de la transacción que celebraron.

De otro lado, fiel reflejo de las fisuras argumentativas de la tesis del censor lo constituye el hecho de sostener, de manera contradictoria, que simplemente se estaba ante una negociación civil y no frente a un delito de estafa y, por ende, no se había presentado ningún perjuicio para el denunciante; sin embargo, acto seguido, estima que podía acudir a la jurisdicción civil, entre otras cosas, para buscar la *“indemnización de perjuicios”*.

En consecuencia, el cargo se inadmite.

3. Tercer cargo: violación indirecta por error de hecho derivado de falso juicio de existencia por omisión respecto del contrato del 29 de diciembre de 1993.

Con apoyo en la causal primera, cuerpo segundo, alega haberse dejado de valorar el contrato de carácter privado celebrado el 29 de diciembre de 1993 entre *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ*, quien actuaba a nombre de *Shulim & Roy Ltda.*, y *Alfredo Elías Cure Gómez*, que lo hacía en representación de *Cure Delgado & Cía. S. en C.*

Luego de recordar el contenido de ese documento, pone de presente que el Juez Unipersonal le dedujo responsabilidad al procesado bajo el argumento de haber engañado al comprador tras ocultarle la existencia de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, por cuanto la promesa de compraventa y la escritura pública se suscribieron en Barranquilla y el inmueble estaba ubicado en Bogotá, lo cual le dificultó a la víctima la obtención del certificado de tradición, pero además, ésta confió en la buena fe de su amigo *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ*.

El Tribunal, por su parte, afirmó que a pesar de la existencia de la adición al contrato de promesa de compraventa, el comprador *“no advirtió en su momento que sobre el inmueble objeto de discusión existía un gravamen”*, además, *“Lo que se valora probatoriamente aquí es el silencio que llevó a que se perfeccionara el negocio jurídico”*.

Por tanto, el actor sostiene que ninguna de las instancias tuvo en cuenta el contrato celebrado el 29 de diciembre de 1993, en el cual las partes pactaron que el comprador entregaría el saldo *“una vez reciba los documentos legales que amparen la liberación del inmueble”*.

Así las cosas, el impugnante concluye que el comprador tenía conocimiento de la hipoteca, tal como lo aseguró el acusado en su indagatoria, por lo cual se trató de *“un asunto puramente civil a cuya jurisdicción debe recurrir el denunciante”* y, en consecuencia, la conducta del procesado no puede subsumirse en el delito de estafa, pues si aquél sabía del gravamen, no se evidencia la intención de engañarlo para inducirlo en error y obtener un provecho ilícito, por ese motivo, la omisión de la prueba anotada fue fundamental para poder emitir juicio de responsabilidad en contra del acusado.

En consecuencia, pide casar la sentencia y absolver al procesado por el delito de estafa.

Consideraciones de la Sala

La postulación de un reproche a través de la violación indirecta de la ley sustancial donde se denuncian errores de hecho por falso juicio de existencia por omisión, no sólo exige la individualización de la prueba ignorada por el juzgador sino también la acreditación de la incidencia del defecto contemplativo, valga decir, expresar de manera argumentada porqué la no valoración del elemento de persuasión influyó de modo esencial en la declaración de justicia contenida en el fallo, una vez confrontado el resto de los medios de conocimiento en los que éste se sustentó, tras lo cual es menester ofrecer con claridad y precisión las razones orientadas a explicar cómo en concreto se quebrantó la norma sustancial, sin que en desarrollo de esta tarea sea de recibo la exposición de visiones personales.

No obstante lo anterior, el libelista prefiere apartarse de la realidad procesal con el propósito de obtener éxito en su gestión.

En este sentido, desconoce que la prueba señalada como omitida fue identificada y valorada expresamente en el fallo, pues de ello da cuenta el mismo recuento realizado por el impugnante, quien recuerda cómo el Tribunal sostuvo que a pesar de la existencia de la adición al contrato de compraventa, el comprador no advirtió, *“en su momento”*, que existía un gravamen sobre el inmueble.

Al respecto inicialmente conviene recordar, con apoyo en el principio de unidad jurídica inescindible, que el Juzgador *a quo* expresó:

“...el asunto bajo examen nos plantea el problema jurídico que debe ser abordado en esta instancia, [el cual] consiste en establecer si realmente se puede hablar de la existencia de un delito de estafa cuando el vendedor enajena un inmueble que soporta un gravamen de hipoteca, manifestando en el respectivo documento de venta que este se haya libre de todo gravamen y el comprador accede a la negociación convencido de que no existe ningún inconveniente en el negocio que realiza, descubriendo posteriormente que existía tal gravamen sobre el inmueble comprado.

Según las pruebas documentales allegadas al informativo y la declaración jurada del perjudicado Alfredo Cure Gómez en la audiencia pública, aparece plenamente demostrada la tipicidad de la conducta endilgada al encartado, cual es la estafa, puesto que en la promesa de compraventa y en la escritura de venta se guardó silencio sobre el gravamen hipotecario que pesaba sobre el inmueble objeto de negociación, induciendo en error al comprador... engaño que determinó que éste se desprendiera de unos bienes de su patrimonio, obteniendo, a su vez, provecho ilícito el vendedor” (Subraya fuera de texto).

Más adelante expresó el Juez Unipersonal:

“También el ofendido Cure Gómez, bajo juramento ante este despacho afirmó que en ningún momento tuvo conocimiento de algún gravamen, como bien el mismo contrato lo señala y lo pone en condición de transparencia y buena fe. Como se puede apreciar, la víctima insiste en forma enfática en que no tuvo conocimiento de la existencia de gravamen alguno sobre el inmueble objeto del negocio, ya que estaba confiado en la buena fe del vendedor...”

Luego agrega la primera instancia:

“Como se puede observar, en el caso sub examine aparece con suma claridad la maniobra engañosa desplegada por el encartado, consistente en que el vendedor ocultó en los documentos relativos a la negociación la existencia del gravamen hipotecario...” (Subraya fuera de texto).

Igualmente, la segunda instancia manifestó sobre el punto que se viene tratando lo siguiente:

“Se encuentra de acuerdo esta Colegiatura con lo sostenido por el a quo amparado en las pruebas documentales y en la declaración jurada del señor Cure Gómez en audiencia pública, respecto de que se encuentra demostrada la tipicidad de la conducta endilgada al encartado”

(...)

...de manera palmaria se evidencia en esta vista procesal que el señor SALOMÓN SHUSTER, tanto en la etapa de negociación precontractual como en su etapa final contractual de perfeccionamiento..., muy a pesar de que existió una adición de la promesa de contrato, no advirtió en su momento que sobre el inmueble objeto de discusión existía un gravamen...” (Subraya fuera de texto).

Ahora, al respecto se observa que en la promesa de compraventa suscrita el 5 de agosto de 1993 simplemente se mencionaron las obligaciones generales del vendedor, pues se expresó que se obligaba a *“traspasar en propiedad los inmuebles objeto de este contrato libre de toda clase de gravámenes, pleitos pendientes, demandas civiles”*

A su vez, en la escritura pública del 29 de diciembre siguiente a través de la cual se perfeccionaba el referido contrato se consignó que el objeto de la venta se hallaba *“libre de toda clase de gravámenes, pleitos pendientes, demandas civiles”*.

Finalmente, en el documento denunciado como omitido se manifestó que el procesado se compromete a librar *“de toda clase de gravámenes, pleitos pendientes, demandas civiles y se obliga en todo caso a salir al saneamiento de la venta conforme la ley”*.

Así las cosas, es claro que en ninguno de los documentos suscritos por las partes se dio a conocer la existencia del gravamen hipotecario, tal como lo señala el Tribunal.

Por tanto, lo que se evidencia es que el actor con el propósito de sacar adelante su postura interpreta el documento que pregonaba como ignorado, pues a partir de su texto extrae la existencia de la hipoteca, cuando en forma alguna en él, como acaba de verse, se menciona dicho gravamen.

Lo anterior sería suficiente para poner de presente el desconocimiento del principio de trascendencia, no obstante, igual se repara que el impugnante omitió enfrentar el contenido de la prueba supuestamente omitida con el resto de los medios de convicción obrantes en el proceso.

De otra parte, no sobra reiterar que como el recurso de casación es un medio técnico jurídico extraordinario de impugnación, mal puede abordarse ofreciendo visiones personales como lo hace el actor, quien sencillamente selecciona de forma unilateral una prueba documental y el dicho procesado, a lo cual le da pleno crédito y, a su vez, le niega capacidad demostrativa a la versión del denunciante y a los demás documentos, a partir de lo cual predica el éxito de la tesis propuesta en el cargo, incluso ignorando la prueba indiciaria referida en el fallo.

En síntesis, ante la falta de lógica y adecuada argumentación del cargo, igualmente se inadmite.

4. Cuarto cargo: violación directa por aplicación indebida de los artículos 61 , 246 y 267 de la Ley 599 de 2000 y exclusión evidente de los artículos 6º, 67, 356 y 372 del Decreto Ley 100 de 1980.

Señala que el Tribunal erró al aplicar las normas del Código Penal de 2000, por cuanto la pena resulta más alta que al resolver el caso con fundamento en las disposiciones del estatuto de 1980.

Igualmente, sostiene que el Juez Colegiado se equivocó al aplicar el inciso 1º del artículo 61 del actual Estatuto Punitivo, pues esta norma no estaba vigente para la época de los hechos y, por lo tanto, al dividir la pena en cuartos tal procedimiento resultó más gravoso para el procesado.

A su vez, como al enjuiciado se le reconoció la circunstancia de menor punibilidad relativa a la carencia de antecedentes penales, se le debió aplicar la pena mínima de conformidad con el artículo 67 del Código Penal de 1980.

Además, afirma que *“también se deberán rebajar los perjuicios a la suma de dinero que recibió el procesado por la transacción del inmueble, o sea la suma de setenta millones de pesos, que fue lo que realmente recibió, sin intereses por cuanto el comprador ha detentado la posesión del inmueble, usufructo que deberá reintegrarlo al vendedor”*.

En consecuencia, pide casar la sentencia y se rebajen las penas principales y accesorias, así como los perjuicios.

Consideraciones de la Corte

La admisión de un cargo está supeditada al cumplimiento de un mínimo de requisitos de lógica y adecuada sustentación que en este caso no se encuentran satisfechos, por cuanto se evidencia la presencia

de varias inconsistencias que conspiran definitivamente contra esa posibilidad, pues de entrada se identifica la mezcla inadecuada de causales de carácter penal y civil.

En efecto, de manera pacífica se ha sostenido, con fundamento en el artículo 208 del Código de Procedimiento Penal, que cuando el reparo tenga por objeto lo relativo a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, es preciso hacerlo teniendo en cuenta las causales y la cuantía establecidas en las normas que regulan el recurso de casación civil, sin atender a la pena señalada para el delito por el cual se procede.

No acometer el ataque de la sentencia de la manera advertida, cuando es precisamente la indemnización de perjuicios lo que se discute, implica el desconocimiento del principio de autonomía, según el cual, cada causal tiene una forma específica de formulación y desarrollo.

Pero no sólo la inapropiada mezcla de causales conspira contra la presentación adecuada de la censura, sino que también se desconoció, conforme acaba de precisarse, que las censuras relativas a los perjuicios deben cumplir el requisito de la cuantía y aquí desde luego no se alcanza a satisfacer, si se tiene en cuenta que el valor de la resolución desfavorable debe ser de 425 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época en que surja el interés para recurrir, de acuerdo con lo previsto en el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, mientras en el *sub lite* apenas asciende a poco más de cuarenta salarios básicos, visto el sentido del cargo.

Además, como el reparo pregona la violación directa de la ley de carácter sustancial, mal podía el censor, en orden a dar sustento a su tesis sobre la reducción de los perjuicios, discutir las conclusiones de Tribunal en materia probatoria.

De otra parte, en cuanto hace al sector del cargo relativo a los aspectos de naturaleza penal, igualmente se observan inconsistencias, pues discute haberse errado en el proceso de determinación de la pena por dos aspectos, uno referido a las normas que recogen el delito de estafa agravada por la cuantía y otro concerniente a la dosificación de la pena.

En cuanto hace a lo primero, se limita a señalar las normas que tanto en el estatuto anterior como en el actual penalizan la conducta por la cual se procedió.

Ahora, frente a la dosificación de la pena, ningún predicado ofrece a la Sala para poder determinar por qué se habría incurrido en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, pues escasamente señala que el empleo de esta norma sería más gravoso.

Incluso un argumento de ese talante, en gracia de discusión, se refiere a la trascendencia de la aplicación de la norma, mas en modo alguno estaría expresando los motivos por los cuales se habría incurrido en su aplicación indebida.

Igualmente, tampoco atina a explicar, cuál la razón para imponer la pena mínima con fundamento en el artículo 67 del Código Penal de 1980 y, a su vez, prescindir de los criterios prevenidos en el artículo 61 de ese mismo estatuto.

Así las cosas, la inadecuada mezcla de causales de casación y la falta de una debida sustentación de la censura imponen su inadmisión.

Casación oficiosa

En ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, observa la Sala el eventual desconocimiento de garantías fundamentales en relación con el procesado *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ*, en particular respecto del principio de favorabilidad al imponerle las penas principales y accesorias.

Se conoce que al enjuiciado en la resolución de acusación se le imputó el delito de estafa, según se dijo en esa oportunidad, de conformidad con lo consagrado en el artículo 246 de la Ley 599 de 2000. Además, se le dedujo la circunstancia de agravación contenida en el numeral 1º del artículo 267 *ibídem*, es decir, en razón de la cuantía.

A su vez, en la sentencia de primera instancia, al momento de fijar la pena, se procedió de acuerdo con las disposiciones anotadas y lo propio hizo el Tribunal, pues al negar la petición de prescripción de la acción penal deprecada por la defensa al apelar el fallo, tuvo en cuenta la misma normatividad para calcularla.

De otra parte, como se recordará, los hechos que dieron lugar a este proceso tuvieron ocurrencia en el año de 1993, época para la cual estaba vigente el Decreto Ley 100 de 1980, donde, en su artículo 356, se penalizaba el delito de estafa y, en el numeral 1º de su artículo 372, se consagraba la circunstancia de agravación por la cuantía.

Ahora, de acuerdo con lo consagrado desde la misma Constitución Política en su artículo 29, *“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*.

Por igual, está pacíficamente aceptado que en materia penal la ley se aplica para las conductas cometidas bajo su vigencia, no obstante, esta regla encuentra su excepción en razón del principio de favorabilidad, el cual admite dos posibilidades: la retroactividad y la ultractividad.

En el primer evento, la disposición se utiliza en relación con hechos sucedidos antes de entrar a regir y, en la segunda contingencia, la aplicación del precepto tiene lugar cuando ha dejado de estar vigente respecto de situaciones verificadas cuando imperaba; alternativas que es del caso precisar, se utilizan si reportan un beneficio al procesado.

De lo anterior se sigue que la aplicación del principio de favorabilidad de la ley penal envuelve una sucesión de leyes en el tiempo, donde una norma es sustituida por otra, o también puede darse una coexistencia de disposiciones pertenecientes a distintos ordenamientos con identidad en la materia que regulan.

Finalmente, si bien estas son unas reglas generales, el proceso de determinación de la ley penal más favorable debe realizarse frente a cada caso concreto.

Así las cosas, en el *sub judice* se observa que en efecto se presentó una sucesión de leyes en el tiempo, pues entre la fecha de los hechos y hoy han regido el Decreto Ley 100 de 1980 y la Ley 599 de 2000, en consecuencia, es preciso establecer si como fruto de ello es necesario dar aplicación al principio de favorabilidad y, por tal motivo, entrar a modificar las penas impuestas al procesado.

Con ese propósito se impone recordar que el Código Penal de 1980 establecía para el delito de estafa, en su artículo 356, una pena de *“prisión de uno (1) a diez (10) años y multa de un mil a quinientos mil pesos”*.

Por su parte, el artículo 372 del mismo ordenamiento disponía que las penas, entre otros, para el delito de estafa, se aumentaban *“de una tercera parte a la mitad”* cuando el hecho se cometiera *“Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien mil pesos”*.

Ahora, el actual Estatuto Punitivo, en su artículo 246, sanciona el delito en cuestión con una pena de *“prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*.

A su vez, el artículo 267 del mismo ordenamiento prevé que las penas, entre otros ilícitos, para la estafa, *“se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa: 1. Sobre una cosa cuyo valor fuere superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*.

Conviene aclarar que la circunstancia de agravación en atención a la cuantía se incrementa en las mismas proporciones en ambos ordenamientos, pero difiere en relación con el valor de la cosa, aspecto que frente al caso particular no tiene ninguna incidencia, si se recuerda que el precio del inmueble sobre el cual se llevó a cabo la defraudación fue de noventa millones, los cuales llevados a salarios básicos de la época de los hechos (1993), de acuerdo con el Decreto 2061 de 1992, equivalían a 1104.15 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Entonces, de la confrontación de la pena de prisión establecida en el Decreto Ley 100 de 1980 y en la Ley 599 de 2000 para el delito de estafa agravada, se observa que si bien en la última legislación se disminuyó el extremo punitivo máximo, igualmente se aumentó en el mínimo, situación que conduce a revisar frente

al caso concreto, a qué límite se acercó más la sanción impuesta, pues establecido ello se hace posible determinar el estatuto más favorable.

Revisada la forma como se individualizó la sanción y visto que sólo se incrementó en cuatro (4) meses el mínimo, es claro que el Juzgador Unipersonal —pues el Tribunal guardó silencio al respecto—, fijó la pena más cerca del extremo menor, por lo tanto, la normatividad más favorable en este caso está contenida en el Decreto Ley 100 de 1980 y no en la Ley 599 de 2000, la cual se aplicó indebidamente.

De esa manera, corresponde establecer la proporción exacta de esos cuatro (4) meses incrementados a la pena mínima pero teniendo como referente la legislación más favorable, en este caso, el Código Penal 1980, para lo cual debe precisarse su porcentaje dentro del cuarto mínimo dentro del cual se ubicó la pena, con sujeción al criterio fijado por los Juzgadores, como se procederá a continuación:

Pues bien, el primer cuarto de movilidad, de conformidad con la Ley 599 de 2000, en el caso concreto va de treinta y dos (32) a sesenta (60) meses de prisión, de manera que su rango de movilidad es de veintiocho (28) meses, por lo que el incremento de cuatro (4) meses representa un porcentaje de 12,5%.

Con el Código Penal de 1980 el cuarto mínimo de movilidad va de dieciséis (16) a cincuenta y siete (57) meses de prisión, cuyo rango de movilidad es de cuarenta y un (41) meses, de modo que el porcentaje de 12,5% equivale a dos (2) meses.

Entonces, como la pena mínima de prisión al aplicar el Código Penal de 1980 es de dieciséis (16) meses, al sumarle el aumento recién establecido se tiene una privación definitiva de la libertad de dieciocho (18) meses.

De otra parte, como en ambos estatutos punitivos el delito de estafa también tiene la pena principal la multa y en el caso particular la misma al ser tasada con fundamento en la Ley 599 de 2000 se fijó en el mínimo legal, conservando ese mismo criterio debe individualizarse con base en el Decreto Ley 100 de 1980 y, por lo tanto, se entiende fijada en mil pesos (\$1.000).

En cuanto hace a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas, se fija en el mismo término de la privativa de la libertad, de acuerdo con la pauta fijada por el Juzgador Unipersonal.

Así las cosas, la Corte procederá a corregir el error cometido en la sentencia al dosificar las penas con fundamento en la Ley 599 de 2000, con lo cual se desconoció el principio de favorabilidad.

Conviene señalar que la Sala procederá de inmediato a restablecer la garantía fundamental afectada, en aplicación del criterio adoptado en decisión del 12 de septiembre de 2007, cuando recogió el anterior según el cual una vez identificada la violación del derecho esencial se hacía un traslado previo al Ministerio Público para que emitiera concepto sobre el particular.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ* por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

2. CASAR oficiosa y parcialmente la sentencia y, en consecuencia, imponer a *SALOMÓN SHUSTER BENÍTEZ* las penas principales de prisión por dieciocho (18) meses y multa de mil pesos (\$1.000), así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad.

3. DECLARAR que los restantes ordenamientos de la sentencia impugnada se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO JOSÉ IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUÍS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Comisión de servicio

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

Cfr. folios 203 y 206 del cuaderno No. 2.

Sentencia del 12 de junio de 2003, Radicado No. 17196.

Cfr. Sentencia del 10 de junio de 2008, Radicado No. 28693

Radicado 28693.

Cfr. Sentencia del 29 de octubre de 2003, Radicado No. 15768.

Cfr. Radicado No. 26967.