

Segunda Instancia Rdo. 0008-2020
ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS
Estafa Agravada y Urbanización Ilegal
Sentencia Condenatoria
Apelación

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL
SALA PENAL

Magistrado Ponente
LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA

Aprobado Acta No. 024

San Gil, diez (10) de febrero del dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado **ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS** contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2019 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de San Gil (Santander), por medio de la cual **condenó** a

dicho acusado a la pena principal de 120 meses de prisión y multa de 10.375 salarios mínimos mensuales legales vigentes, como autor responsable de los delitos de Estafa Agravada, en la modalidad de delito masa, y Urbanización Ilegal. Asunto que se revisa de forma prioritaria en atención a la eventual prescripción que pudiera presentarse, frente a una de esas conductas punibles, de no darse esta prelación.

II. HECHOS

Fueron consignados en la sentencia impugnada en los siguientes términos¹:

“El señor ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, representante legal de la Asociación de Vivienda “Altos de Guanentá” del municipio de San Gil y a su vez Presidente de la Junta Directiva, desde comienzos de agosto de 2013, adelantó, desarrolló y promovió la “Urbanización Torres del Dorado” en el municipio de Charalá (Santander), reuniendo a los interesados en varias oportunidades en la casa parroquial, en la casa de la cultura, así como en el lote a urbanizar de la calle 19 No. 15-37 lugar de ubicación, valga redundar, del predio a construir, publicitando la construcción de 200 soluciones de vivienda, apartamentos que se construirían en tres (3) torres o bloques cada una de éstas de cinco (5) pisos o niveles.

Con un costo de cada apartamento de \$42.000.000, de los cuales los interesados se obligaban a pagar \$6.000.000 para la compra del cupo y él como representante legal se comprometía a gestionar el subsidio de vivienda por valor de \$13.000.000 y lo demás ante el Fondo nacional del Ahorro.

¹ Folios 102 y 103 de la Carpeta No. 6

Desde el mes de agosto de 2013, varios interesados en el proyecto consignaron el valor del cupo por \$6.000.000 en la cuenta de Ahorros de Davivienda a nombre de la citada asociación. En efecto, el 17 de septiembre de 2013 radicó el proyecto Torres del Dorado, solicitando licencia de urbanismo y construcción en la oficina de Planeación de Charalá, que le hace observaciones e indica correctivos por realizar y así poder expedir licencia de urbanismo, así radica un nuevo proyecto en el mismo predio, pero para casas, denominado "Altos del Dorado", retirando en marzo 21 de 2014 los documentos de Torres del Dorado.

Así, la Secretaría de Planeación y Proyectos de Charalá expidió un comunicado con destino a la comunidad, poniendo de presente que la Asociación de Vivienda "Altos de Guanentá" que promovía el proyecto de Urbanización "Torres del Dorado" no contaba con licencia de urbanismo, construcción, ni ha radicado los documentos requeridos para su obtención, tampoco cuenta con autorización para la venta de inmuebles en dicho predio, respuestas entregadas en noviembre de 2014 y marzo de 2015.

El 17 de agosto de 2013, se suscriben dos contratos de promesa de compraventa de dos lotes, entre la señora Ilma Rosa Rodríguez y Ramiro González, propietarios de los inmuebles de la calle 19 No. 15A-25 y 15-73 del municipio de Charalá (Santander), promesas que para el 21 de enero de 2014, no se cumplieron; en esta última fecha elaboraron dos nuevas promesas que nunca firmaron por no cumplir con lo pactado. Por último, el 29 de enero de 2014, se suscribió otra promesa y pese a estar firmada por los promitentes y autenticada fue igualmente incumplida por ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS. Así en julio 1° de 2014, se resuelve el contrato de promesa de los predios de la calle 19 No. 15-73 y 15A-25 interior y reciben los promitentes vendedores solo \$30.000.000 como cláusula penal".

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 11 de noviembre del 2015, en audiencia preliminar efectuada por el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pinchote, Santander, se le formuló imputación a ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS por la conducta punible de Estafa Agravada en concurso con Urbanización Ilegal; el imputado no se allanó a cargos. De igual modo, en esa misma fecha, se le impuso a dicho imputado medida de aseguramiento no privativa de la libertad, consistente en presentaciones personales periódicas ante la autoridad que lo requiera².

2. El escrito de acusación se presentó el 13 de enero del 2016³, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito con Funciones de Conocimiento de Charalá (Santander), efectuándose la correspondiente audiencia de formulación de acusación el 30 de marzo del 2016, endilgándole a ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS la calidad de autor del ilícito de Estafa Agravada, en concurso homogéneo y como delito masa, y en concurso heterogéneo con el punible de Urbanización Ilegal, de conformidad con lo normado en los artículos 246 incisos 1 y 3, 247 numeral 1, 318 incisos 1 y 2 y 31 del Código Penal⁴.

3. La vista preparatoria se efectuó el 6 de mayo del 2016, en la cual se verificó que el descubrimiento probatorio realizado por la Fiscalía fue completo; la defensa efectuó lo propio; los sujetos procesales enunciaron las pruebas que pretendían hacer valer en el juicio; las partes indicaron su interés en hacer estipulaciones probatorias, las que, después de un receso, fueron expuestas oralmente por la

² Folios 1 y 2 de la Carpeta No. 3.

³ Folios 1 a 13 de la Carpeta No. 2.

⁴ Folios 52 a 55 de la Carpeta No. 2.

Fiscalía, manifestando el defensor del procesado que, efectivamente, las estipulaciones son como las leyó el Ente Acusador; se presentaron las solicitudes probatorias; y el A Quo profirió el respectivo auto de pruebas, mediante el que decretó y negó algunos de los medios de convicción deprecados por las partes y aceptó las estipulaciones probatorias pactadas por los sujetos procesales, contra esta providencia se interpuso el recurso de apelación por parte de la defensa, únicamente en lo relacionado con la negativa de la prueba documental que fue peticionada por este sujeto procesal⁵.

4. El 21 de septiembre de 2016, esta Corporación confirmó el auto impugnado, proferido el 6 de mayo de ese mismo año por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá con Funciones de Conocimiento⁶.

5. En audiencia pública realizada el 26 de abril de 2017, después de múltiples aplazamientos del inicio del juicio, la nueva titular del Juzgado Promiscuo del Circuito con Funciones de Conocimiento de Charalá (Santander), se declaró impedida para seguir tramitando el presente asunto, en razón a que dicha Funcionaria, cuando se desempeñaba como Juez Segunda Promiscua Municipal de Charalá, practicó una audiencia de Control de Garantías dentro de este proceso⁷. El Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de San Gil, a través de auto calendado el 5 de mayo de esa misma anualidad, aceptó el aludido impedimento y asumió el conocimiento de la actuación, señalando fecha para el juicio⁸.

6. La audiencia de juicio oral se llevó a cabo, en varias sesiones y después de diversos aplazamientos, los días 13 de diciembre de

⁵ Folios 59 a 68 de la Carpeta No. 2

⁶ Folios 12 a 27 de la Carpeta No. 4

⁷ Folios 125 a 126 de la Carpeta No. 2

⁸ Folio 4 de la Carpeta No. 6

2017⁹, 9 de marzo de 2018¹⁰, 4 y 5 de febrero¹¹, 4 de marzo¹², 4 de junio¹³ y 8 de agosto¹⁴ de 2019. En dichas diligencias la Fiscalía expuso su teoría del caso; se incorporaron las estipulaciones probatorias, previa controversia planteada por el nuevo defensor; se practicaron los testimonios decretados; y el Ente Acusador solicitó la condena del procesado, pretensión que fue coadyuvada por la apoderada de víctimas y por el Ministerio Público, por su parte, la defensa deprecó la absolución de su asistido, a la postre, el sentido del fallo y, consecuentemente, la sentencia resultaron de carácter condenatorio¹⁵, decisión que fue apelada por el defensor del enjuiciado¹⁶.

IV. EL FALLO APELADO

Luego de hacer referencia a la imputación fáctica y jurídica; a las alegaciones de las partes; a los elementos estructurales de los delitos de Estafa Agravada, en la modalidad de delito masa, y Urbanización Ilegal; a las estipulaciones probatorias y a las pruebas obrantes en el plenario; el A Quo señaló que los testimonios de JESÚS ACEVEDO LEÓN, CARLOS EDUARDO SANTOS, JANETH GARCÍA GARCÍA y LESBIA MARÍA EUGENIA VARGAS, son creíbles, al ser contestes, responsivas, consistentes y coherentes, además, explicaron detalladamente el desarrollo del proyecto para soluciones de vivienda, en el que primero les prometieron torres de apartamentos y luego casas, pero ninguno de los dos tenía licencia, “*ni para*

⁹ Folios 28 y 29 de la Carpeta No. 6

¹⁰ Folios 40 a 43 de la Carpeta No. 6

¹¹ Folios 87 a 89 de la Carpeta No. 6

¹² Folios 90 y 91 de la Carpeta No. 6

¹³ Folio 94 de la Carpeta No. 6

¹⁴ Folio 95 de la Carpeta No. 6

¹⁵ Folios 102 a 128 de la Carpeta No. 6

¹⁶ Folios 150 a 170 de la Carpeta No. 6

construir, ni para vender, ni para urbanizar, sin que el acusado fuera el propietario del lote donde se llevaría a cabo la urbanización”, tal y como lo explicó ILMA ROSA RODRÍGUEZ GÓMEZ en su declaración en el juicio, quien resaltó que HERNÁNDEZ ARENAS no cumplió con la negociación que acordaron para la compraventa del referido predio y que sólo le abonó \$30.000.000 en septiembre de 2013, por lo que se resolvió el contrato, pero que el acusado seguía citando a la gente, concluyendo el Cognoscente, con base en esta testigo, que el aquí procesado continuó engañando a la comunidad “con el cuento que había un nuevo negocio”.

En cuanto a las pruebas de la defensa, el Juez de conocimiento adujo que el testimonio de OSCAR MAURICIO PICO JIMÉNEZ no le ofrece credibilidad porque fue dubitativo sobre los honorarios que le canceló ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS por su trabajo, nunca dio explicación de la razón de su dicho, ni cómo calculó esos valores y dudó mucho en responder respecto al estudio de suelos, todo lo cual, para el Fallador de primer grado, es indicativo de que este declarante tenía por objeto justificar los presuntos gastos y el destino del dinero recaudado por parte del enjuiciado.

Consideró que el testimonio de DOMINGO RONDÓN tampoco resulta verosímil, puesto que aunque tenía copias magnéticas del proyecto, incurrió en imprecisiones medulares y esenciales en su declaración, como el costo de sus honorarios, lo que, en el sentir del Cognoscente, también evidencia que fue llevado al juicio con el fin de tratar de justificar los presuntos gastos y el destino de los dineros captados ilícitamente.

Argumentó que la declaración de JOSÉ LOZADA CASTELLANOS es ostensiblemente parcializada y mendaz, al afirmar que la iniciativa de la urbanización para soluciones de vivienda en Charalá fue de él, por lo que acudió a ORLANDO HERNÁNDEZ; además, es dubitativo en sus respuestas y se le hicieron muchas preguntas sugestivas, las cuales, pese a que no fueron objetadas, le restan credibilidad a este testigo, por falta de espontaneidad.

Agregó que LOZADA CASTELLANOS en su deponencia aseveró que el cambio de torres a casas se debió a que los asociados lo exigieron, *“sin embargo, la prueba de cargo traída por la fiscalía, nunca se refirió a la causa del cambio del proyecto, todo indica y está probado y lo pudo colegir este juez, que la razón del cambio fue por no cumplir las exigencias de Planeación de Charalá, así lo comunicó esa secretaría de Planeación a la comunidad, luego esto demuestra su abierta parcialidad, por ello tampoco es digno de credibilidad en cuanto a este aspecto”*.

Expuso que la declaración en el juicio del propio acusado no logra desvirtuar la prueba de cargo en su contra y lo estipulado entre las partes, puesto que HERNÁNDEZ ARENAS adujo como motivo del cambio del proyecto de torres a casas lo sucedido en Medellín, lo que, en el sentir del A Quo, no es creíble, toda vez que se demostró plenamente que el proyecto de torres no salió adelante porque no se cumplieron los requisitos en Planeación y por eso no se le otorgó la licencia, siendo esta la razón por la que el procesado modificó el proyecto a casas, sin que para este último proyecto tampoco hubiese obtenido la correspondiente licencia.

Arguyó que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte *“se puede también incurrir en el delito de Estafa, según el cual en esta clase de negocios jurídicos la mentira o el silencio de los contratantes pasa al campo*

penal cuando recae sobre elementos fundamentales del convenio”, como está evidenciado en este caso”.

Resaltó que en el presente asunto se segregó un lote de otro de mayor extensión, sin que se conozca si está desenglobado o no; existe certeza que el aquí enjuiciado no era propietario, ni el poseedor de dicho predio; no tenía licencia de urbanismo; comenzó a recibir dineros, supuestamente para comprar un cupo, sin la licencia y antes de hacer las promesas de compraventa; y no se abrieron cuentas en el Fondo Nacional del Ahorro.

Puntualizó que el procesado se limitó a informarles a las víctimas que gestionaría los subsidios, pero no los ilustró sobre los aspectos legales de los mismos, aunque en las reuniones y en particular a cada uno de los perjudicados les indicó que el proyecto de urbanización se podía hacer realidad como vivienda de interés social, *“pese a que sabían (sic) que en la forma proyectada no era posible, pues no tenía ni el dinero para adquirirlo como lo prometió en la venta, y así seguía instándolos para que estuvieran al día en sus cuotas, manteniéndolos en error, asegurándoles que se iba a finiquitar un negocio con la señora Ilma y su esposo”.*

Añadió que el acusado *“tenía una casa dentro del lote, con planos, con nombres y vallas, con el nombre de Torres del Dorado, publicitaba, llevó ingenieros, arquitectos para medir, hacer trabajos topográficos, el lote estaba cerrado en cerca y en los muros el nombre del proyecto, en la entrada como lo señalaron los testigos, sin que nada de esto fuera real, todo fue una apariencia, fue parte del engaño, del ardid, con detrimento como es obvio económico para estas 14 personas...nunca pudo probar la defensa los destinos de los dineros, ni tampoco se justificaron contablemente”.*

concluyendo que con estos actos se promovió vivienda de interés social.

Reiteró que el procesado aunque sabía que el lote no era de propiedad de la asociación, publicitó y perifoneó el proyecto de urbanización, realizando reuniones engañosas y ocasionando un daño a un grupo plural de personas.

En lo relativo a la Urbanización Ilegal, señaló que es evidente y está probado que HERNÁNDEZ ARENAS adelantó, promocionó, desarrolló, indujo y mantuvo en error, sin contar con las licencias previas de construcción.

Expuso que en este caso no existe igualdad de condiciones entre los contratantes, pues las víctimas son personas de escasos recursos que dependen de sus trabajos, por lo que son la parte débil en la relación contractual.

Agregó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la venta de cosa ajena es válida, siempre y cuando el vendedor en forma leal y sincera informe, desde un principio al comprador, tal situación; pero ello no ocurrió en el presente asunto, en el que el enjuiciado guardó silencio al respecto, *“sólo prometió, dio apariencia de realidad y no tenía la virtud de salir adelante”*; además, ORLANDO HERNÁNDEZ es constructor, se hace pasar por ingeniero y empíricamente ha realizado urbanizaciones y venta de bienes raíces, de tal forma que es conocedor de los alcances de una promesa de compraventa y de cómo se transfiere el dominio de un inmueble, insistiendo en que el acusado le hizo creer a los interesados que había adquirido el predio, pero nunca cumplió las promesas de

compraventa que celebró con ILMA y su esposo, *“todo apunta que no podía o no tenía interés en cumplir lo prometido, el clausulado de las promesas así demuestran”*.

En lo atinente a la dosificación punitiva, el Fallador de instancia indicó que, de conformidad con lo normado en el artículo 246 del Código Penal, el delito de Estafa tiene establecida una sanción de 32 a 144 meses de prisión y multa de 66.66 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, incluido el incremento consagrado en la Ley 890 de 2004, conducta punible agravada por el numeral 1 del artículo 247 del Estatuto Punitivo, quedando entonces la pena a imponer de 64 a 144 meses de prisión y multa de 66.66 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, ubicándose en el primer cuarto punitivo, *“como quiera que el señor ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS carece de antecedentes”* y la Fiscalía no dedujo agravantes de las enlistadas en el artículo 58 del Código Penal, es decir, de 64 a 84 meses de prisión y multa de 66.66 a 425 salarios mínimos legales mensuales vigentes; luego, haciendo alusión a los parámetros previstos en el inciso 3 del artículo 61 ibídem, tasó la pena a imponer por el ilícito de Estafa Agravada en 84 meses de prisión y multa de 122 salarios mínimos legales mensuales vigentes, montos que aumentó en 1/3 parte por la modalidad de delito masa, al tenor de lo normado en el párrafo del artículo 31 del Estatuto Punitivo, quedando, por ende, la pena en 112 meses de prisión y multa de 163 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En lo relativo al punible de Urbanización Ilegal, el artículo 318 ibídem señala una pena de prisión de 48 a 126 meses y multa hasta 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, determinando el primer cuarto punitivo de 48 meses a 67 meses y 15 días de prisión y

multa de 1 a 12.450 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que por este ilícito tasó la pena en 55 meses de prisión y multa de 10.375 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por el concurso heterogéneo entre la Estafa Agravada y la Urbanización Ilegal, de acuerdo con los parámetros del artículo 31 del Código Penal, partió de la pena de prisión tasada para el delito contra el patrimonio económico y de la multa determinada para el segundo ilícito mencionado, por ser las más graves, las cuales aumentó hasta en otro tanto, fijando en definitiva la pena a imponer en 120 meses de prisión y multa de 10.375 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igualmente, le impuso al sentenciado la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la pena de prisión.

De otra parte, le negó al condenado el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, toda vez que no se cumple el requisito objetivo establecido en el artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, pues la pena impuesta es superior a los 4 años.

Tampoco le concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la carcelaria, al considerar que el artículo 38B del Estatuto Punitivo, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, estableció *“como requisitos para acceder a este derecho que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 8 años de prisión o menos, en este orden de ideas este factor objetivo, se supera con la pena impuesta y no se hace acreedor a este sustituto”*.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

El defensor del sentenciado, en primer lugar, planteó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de la acusación, toda vez que, en su particular criterio, como el delito de Estafa no superó los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se debía cumplir y verificar la existencia de la querrela como condición de procesabilidad, dentro del término de caducidad previsto en los artículos 69, 70, 73 y 74 del Código de Procedimiento Penal, aspecto que fue omitido en este asunto tanto por parte la Fiscalía como por los Jueces de Control de Garantías y de Conocimiento, falencia que no se puede subsanar con el acta de conciliación, que si fue incorporada al juicio oral.

Así mismo, deprecó la nulidad del proceso, a partir de la audiencia preparatoria, por falta de defensa técnica, argumentando que esta debe ser real o material, para lo cual debe desplegar actos tendientes a contrarrestar la teoría de la Fiscalía, por lo que esta garantía no se materializa con la sola existencia nominal de un profesional del derecho.

Añadió que al analizarse la audiencia preparatoria efectuada el 6 de mayo de 2016, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Charalá, se evidencia la vulneración a la defensa técnica de ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, pues el defensor de confianza que actuó en la misma no se encontraba calificado para adelantar procesos penales, lo cual generó que no se hubiesen decretado la totalidad de las pruebas solicitadas por la defensa, cercenándose así la posibilidad de contradecir la acusación.

Enunció una serie de documentos que, en su sentir, eran importantes para la adecuada defensa del procesado, pues con ellos se hubiese podido demostrar que: i) las presuntas víctimas eran asociados del proyecto de vivienda y no simples compradores; ii) el éxito del proyecto dependía del cumplimiento de los aportes económicos por parte de las supuestas víctimas; iii) el proyecto fracasó, precisamente, por el incumplimiento de los asociados en el pago de sus aportes; iv) se presentaron todos los documentos necesarios para obtener las licencias de urbanismo y construcción; v) existieron cuantiosos costos económicos para presentar los dos proyectos, inicialmente el de torres y luego el de casas; vi) el proyecto fue real y vii) el dinero se recibió en forma transparente, mediante consignaciones y no en forma personal.

Resaltó que el primer defensor de confianza no descubrió los testimonios de OSCAR MAURICIO PICO JIMÉNEZ y DOMINGO RONDÓN VESGA, los que sí mencionó en la enunciación y *“de pura suerte, finalmente le fueron DECRETADOS como pruebas; demostrando la falta de conocimiento, idoneidad y habilidad en procesos penales”*.

Puntualizó que el aludido defensor, en la enunciación de las pruebas, inició un discurso defensivo, a manera de alegatos de conclusión, razón por la cual fue interrumpido por el Juez y el Procurador, para explicarle que este acto no exigía la argumentación sobre conducencia y pertinencia; además, dicho abogado señaló como pruebas que llevaría a juicio, entre otras, los estatutos de la asociación, levantamiento topográfico y estudios de suelos, los cuales eran de vital importancia para acreditar los derechos, deberes y obligaciones de los testigos de la Fiscalía como asociados del

proyecto, así como para evidenciar la realidad del mismo, pero dichos documentos no fueron inicialmente descubiertos, ni tampoco se argumentó su pertinencia y conducencia, por lo que no fueron decretados.

Adujo que aunque la Fiscalía cometió un error al solicitar la declaración de las 14 supuestas víctimas, pues argumentó su pertinencia de manera general y no individual, el defensor no se opuso al decreto de esas probanzas, sino que, por el contrario afirmó que era conducente, útil y pertinente que se rindieran esas declaraciones para poder conainterrogar, postura que le parece desacertada al apelante, porque, en su concepto, su antecesor debió solicitar que se negaran esas pruebas de la Fiscalía y si necesitaba tales testimonios lo procedente era solicitarlos directamente para poder interrogarlos abiertamente y no limitarse a las reglas del conainterrogatorio.

Expuso que el pluricitado defensor, al solicitar las pruebas documentales de vital importancia para controvertir la acusación, realizó una argumentación de pertinencia generalizada y no individual y tampoco indicó los testigos de acreditación para su incorporación al juicio oral, lo que trajo como consecuencia que el Juez negara dichos medios de convicción, decisión que fue apelada por la defensa, siendo confirmada por esta Corporación.

Cuestionó el hecho de que su antecesor no hubiese solicitado las pruebas documentales relacionadas con la contabilidad de la asociación, con el fin de justificar los gastos económicos de los proyectos, aspecto que echa de menos el Juez en la sentencia recurrida.

Afirmó que, en la audiencia preparatoria, la Fiscalía y el defensor acordaron cuatro estipulaciones, mencionando documentos, nunca hechos, manifestando el Ente Acusador que el respectivo escrito se exhibiría en el juicio oral, es decir que ese mismo día no se elaboró, el cual efectivamente fue presentado en la vista pública del juicio oral, realizada el 13 de diciembre de 2017, pero sin la firma del anterior defensor y el nuevo se abstiene de rubricar; en esa diligencia la Fiscalía indica como estipulaciones hechos probados, reiterando que en la preparatoria no se establecieron hechos, sino que se mencionaron simples documentos; de tal forma que no existió una confección bilateral de las estipulaciones probatorias; además, considera que las referidas estipulaciones implican o contienen la responsabilidad penal de su defendido, puesto que la sentencia condenatoria se fundamentó en ellas, las que, en su sentir, fueron incorporadas de forma unilateral por la Fiscalía.

Por otro lado, respecto al punible de Estafa, arguyó que, según la jurisprudencia española, semejante a la nuestra, el engaño debe ser precedente o concurrente al error, pues el artificio es el que produce el error en el sujeto pasivo, para que este efectúe la disposición patrimonial que origina el perjuicio ajeno, sin embargo, en contraposición a ello, el Cognoscente en el fallo condenatorio sustentó la adecuación típica del referido ilícito en situaciones, hechos y conductas desplegadas por su prohijado con posterioridad a las consignaciones realizadas por las presuntas víctimas.

Manifestó que la sentencia impugnada no está fundada en "*juicios de responsabilidad fincados*" en pruebas que indiquen cuál fue el engaño antecedente o concomitante, a la fecha en que dichas personas

consignaron los dineros, insistiendo en que situaciones posteriores no pueden ser tenidas como ardid para obtener una consignación efectuada en el pasado.

Esbozó que con la prueba practicada en el juicio oral, tanto la de cargo como la de descargo, se concluye que nunca existió engaño, ni artificios, que el proyecto de vivienda que se inició y se trató de ejecutar fue real y que no se configuró la intención delictual.

Indicó que, de conformidad con los testimonios de OSCAR MAURICIO PICO JIMÉNEZ y DOMINGO RONDÓN VESGA, los que no fueron refutados con la prueba de la Fiscalía, quienes expusieron el valor aproximado de sus honorarios, se estableció que el primer proyecto de urbanismo y construcción, esto es, el de torres de apartamentos ocasionó gastos entre 25 y 30 millones de pesos y el segundo, es decir, el de las casas otro costo igual, por lo que en su concepto no existió un provecho ilícito; destacando que el Fallador de primer grado no le otorgó credibilidad a estos declarantes porque no recordaron el valor exacto de sus honorarios, ni los detalles de sus trabajos, sin tener en cuenta que el transcurso del tiempo afecta la memoria, máxime en este caso, en el que los hechos ocurrieron a finales del 2013 y principios de 2014, mientras que rindieron sus testimonios en el año 2019.

Argumentó que como quiera que el A Quo aseguró, en la sentencia apelada, que no existió prueba sobre la causa del cambio de proyecto, resulta discrecional y arbitrario que considere y construya un juicio de responsabilidad sin prueba.

Concluyó que no se recaudó prueba de la existencia de un claro y determinante ánimo inicial de incumplimiento contractual, por el contrario, el incumplimiento ocurrió de buena fe y con posterioridad a la fase de ejecución, por lo que se trata de una cuestión civil.

En cuanto al punible de Urbanización Ilegal, destacó que todos los testigos de la Fiscalía informaron que el lote no sufrió ninguna modificación, es decir, nunca se ejecutó materialmente una conducta dirigida a urbanizar o construir, aduciendo que este ilícito requiere para su configuración de los actos de resultado de urbanización o construcción de bienes, o en otras palabras, a juicio del recurrente, es necesario que se realicen algunas de las obras relacionadas en el artículo 4 del Decreto 1469 de 2010, sin la respectiva licencia, por lo que la simple idea de adelantar, desarrollar y promover no es reprochable penalmente, si no existen actos que impliquen algún tipo de urbanización y construcción sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Agregó que en la audiencia de formulación de acusación no se precisaron cuáles eran las normas que completaban el tipo penal en blanco, esto es, qué requisitos legales regían para el año 2013 en materia de urbanización y construcción de inmuebles.

Explicó que, a la luz del Decreto 1469, el lleno de los requisitos legales consiste en tener autorizada la licencia respectiva, cumpliendo previamente el trámite y los requisitos establecidos en los artículos 15, 16, 21, 22 y 25 de dicha normatividad.

Reiteró que la sola publicidad, oferta comercial, reuniones, consignaciones, promesas de compraventa y no haber adquirido el lote, no constituyen la tipicidad del delito en comento.

Señaló que el A Quo incurrió en un error, al incrementar la tercera parte estipulada en el artículo 31 del Código Penal, por la modalidad de delito masa de la Estafa, partiendo de 84 meses, lo que arroja un aumento de 28 meses, por lo que terminó tasando la pena en 112 meses, cuando debió efectuar el aludido incremento sobre 70 meses, dando como resultado 23 meses y 10 días, por lo que la condena por dicho ilícito sería de 93 meses y 10 días, monto inferior a los 8 años de prisión que exige el numeral 1 del artículo 38B del Código Penal para acceder a la prisión domiciliaria.

Adujo que las penas imponibles en forma individual para la Estafa y la Urbanización Ilegal son inferiores a los 8 años de prisión, sin que el numeral 1 del artículo 38B del Estatuto Punitivo consagre que se debe tener en cuenta la pena definitiva como resultado del concurso de conductas punibles.

En consecuencia, solicitó: i) se declare la nulidad del proceso desde la audiencia de formulación de imputación, o en su defecto, a partir de la preparatoria y por consiguiente, se le otorgue la libertad a su defendido; ii) la revocatoria del fallo impugnado y, por ende, la absolución de su prohijado; y iii) reformar la sentencia condenatoria, en el sentido de concederle la prisión domiciliaria al procesado.

VI. INTERVENCIÓN DE NO RECURRENTES

1. La Fiscalía resaltó que la imputación y la acusación se le realizaron a ORLANDO HERNÁNDEZ por los delitos de Estafa Agravada y Urbanización Ilegal, por lo que al encontrarse el ilícito patrimonial con la circunstancia agravante no es necesario el requisito de la querrela, es decir, no se requiere querrela para iniciar la acción penal por Estafa Agravada, así supere los 10 salarios mínimos y no exceda de 150.

En cuanto a la nulidad por falta de defensa técnica, adujo que son diferentes modos de actuar y diversidad de criterios, pero siempre se le garantizó al procesado el derecho de defensa durante todas las etapas del juicio; que el primer defensor no fue indiferente por la suerte del proceso, ni tampoco evidenció falta de interés por el mismo, sino que tuvo su propia estrategia defensiva, concluyendo que la disparidad de posturas en materia de conducción de una defensa penal no es motivo para invocar la nulidad por violación al derecho de defensa, pues no existe una exclusiva y única forma de ejercerlo.

Puntualizó que las estipulaciones probatorias fueron acordadas con la defensa en la audiencia preparatoria, existiendo consenso al respecto entre las partes, estipulándose hechos y circunstancias con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida.

Argumentó que no es de recibo que el apelante asegure que como el abogado inicial no firmó las estipulaciones, entonces “no hubo acuerdo

bilateral", en razón a que las estipulaciones que la Fiscalía presentó por escrito son idénticas a las que *"habían sido acordadas, mencionadas y aceptadas por la defensa en la audiencia preparatoria... y estas no consagran responsabilidad"*, por lo que el hecho que el nuevo defensor no las aceptara, ni las firmara implica, en su concepto, *"una falta de lealtad procesal, porque no es viable la retractación unilateral"*, pues las etapas son preclusivas y de admitirse dicha retractación se dejaría al Ente Acusador sin la posibilidad de poder demostrar los hechos y circunstancias objeto de las estipulaciones, dado que ya se había concluido la audiencia preparatoria.

Expuso que los argumentos del defensor para negarse a firmar las estipulaciones, fueron objeto del recurso de reposición y se resolvió por el titular del Juzgado jurídicamente tal inconformidad.

Consideró que el acusado obtuvo provecho ilícito para sí, perjudicando a las personas que confiaron en la ejecución del proyecto de vivienda en Charalá; que los engañó *"al pasar como directo propietario del predio en donde se irían a construir las viviendas que ofrecía por diversos y persuasivos medios"* y que la Estafa es Agravada porque ORLANDO HERNÁNDEZ hizo creer a los interesados que el valor de las viviendas sería subsidiado con recursos del Estado *"y que estaba en trámite para su legalización"*; todo lo cual, en el particular criterio de la Fiscalía, se demostró con los testimonios recaudados en el juicio oral.

Explicó que se estructuró la conducta punible de Urbanización Ilegal, puesto que HERNÁNDEZ ARENAS debía contar con el predio o lugar donde iba a desarrollar el proyecto de apartamentos o

casas y obtener las licencias expedidas por el municipio previamente a iniciar las obras de construcción.

Reiteró que el procesado ni siquiera adquirió el lote, pese a que en las promesas de compraventa que suscribió con las víctimas mintió, al afirmar que había comprado el terreno.

En lo relativo a la prisión domiciliaria, adujo que *“se reúne el requisito consagrado en el numeral 1 del artículo 38 B del CP., para su negación; incluso, la fiscalía en el momento de participar en la audiencia contenida en el art. 447 del CPP., “Individualización de la pena y sentencia”, manifestó desconocer el arraigo familiar y social del condenado, requisito que aparece en el numeral 3 del artículo 38 B para conceder la figura que reclama el apelante”*.

Agregó que por los hechos que se le acusó y condenó a HERNÁNDEZ ARENAS son graves y fueron varios los cargos, con un cúmulo de situaciones premeditadas para lograr sus objetivos, con pluralidad de víctimas de escasos recursos, no realizó ningún esfuerzo para aminorar las consecuencias de sus delitos, los que además fueron dolosos.

Por consiguiente, deprecó se confirme en su integridad la sentencia impugnada.

2. El Ministerio Público afirmó que no existe nulidad por violación al debido proceso en aspectos sustanciales, por la falta de control judicial a la condición de procedibilidad de la acción penal, toda vez que ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS fue imputado y acusado por el delito de Estafa Agravada, en la modalidad de delito masa, el

cual no requiere querrela, al no encontrarse enlistado en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, tal como lo señaló la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 18 de mayo de 2016, Radicación No. 44179, Magistrado Ponente: LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA, de la cual citó los correspondientes apartes.

En lo atinente a la nulidad por falta de defensa técnica, argumentó que el censor no indicó cuál era la pertinencia de cada uno de los documentos que dice no fueron decretados por los errores cometidos por el primer defensor, es decir, no especificó qué hecho relevante para su teoría defensiva pretendía demostrar con cada uno de ellos, limitándose a efectuar una sustentación general en ese sentido; al respecto, el Ministerio Público transcribió apartes de las providencias de la Corte Suprema de Justicia del 31 de julio del 2019, radicado 50042, Magistrado Ponente: Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA, y del 29 de agosto de 2018, radicado 49166, Magistrada Ponente: PATRICIA SALAZAR CUELLAR.

Adujo que no se probó la existencia de una Asociación de Vivienda, pues no se allegó documento alguno sobre su constitución, ni libros de contabilidad donde se registraran todos los movimientos de dinero de la misma.

Consideró que no se puede concluir que las estipulaciones probatorias fueron unilaterales por parte de la Fiscalía, dado que, aunque no fueron firmadas por la defensa, nuestro sistema penal acusatorio es esencialmente oral y en la audiencia preparatoria quedó registrado oralmente que tanto la Fiscalía como la Defensa manifestaron que habían acordado 4 estipulaciones probatorias.

Añadió que si se acepta la retractación de las estipulaciones probatorias al momento de su incorporación en el juicio oral, la Fiscalía se quedaría sin la posibilidad de solicitar el decreto de las pruebas tendientes a establecer los hechos que fueron objeto de las estipulaciones.

Expuso que el recurrente no concretó cuáles fueron las situaciones, hechos o conductas realizadas por su prohijado, después de que las víctimas consignaron el dinero, sobre los que el Sentenciador fundamentó la consumación del ilícito de Estafa.

Resaltó que no existe prueba, pues las víctimas no dan cuenta de esta situación, que desde las reuniones de socialización del proyecto de vivienda se les hubiese explicado que harían parte de una asociación y que los aportes que suministraron se invertirían en la compra del lote y la construcción de las viviendas, ni que, en caso de fracasar el proyecto, no se devolverían los dineros.

Puntualizó que los testigos de la defensa dieron cuenta de una serie de gastos en que se incurrió para sacar adelante el proyecto, lo cual impidió que se devolvieran los dineros aportados por las víctimas, pero no existe ningún sustento contable al respecto, ni recibos por estas erogaciones.

Concluyó que sí se configuró el engaño o ardid porque el procesado *“haciendo alarde de su experiencia en otros proyectos de vivienda que decía haber llevado a feliz término promocionó, publicitó un proyecto de vivienda en el municipio de Charalá, para lo cual realizó varias reuniones con personas que con el anhelo de tener una vivienda digna, asistieron y fueron*

convencidas de invertir sus dineros, haciéndoles creer que dicho proyecto de vivienda sería una realidad porque el lote donde se materializaría el mismo ya estaba siendo adquirido por él, e incluso en las promesas de compraventa se afirmó que el lote ya había sido comprado por el procesado, cuando eso no era cierto e incluso cuando la propietaria del terreno desistió de venderlo por los incumplimientos del procesado, este continuaba diciendo que el terreno se iba a adquirir ...”.

Señaló que el cargo por el delito de Urbanización Ilegal consistió en que el acusado promovió el proyecto de vivienda denominado “Torres del Dorado” sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, sin obtener primero las respectivas licencias de urbanización y construcción, siendo precisamente esta circunstancia la que se demostró en la actuación.

Por lo tanto, conceptúa que se debe confirmar el fallo de primera instancia.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Al tenor de lo preceptuado en el artículo 381 de la Ley de Procedimiento Penal, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca de la ocurrencia del delito así como de la responsabilidad penal del acusado.

Ese grado de convicción según se desprende de la citada disposición, debe alcanzarse con fundamento en las pruebas practicadas en el juicio que fueron solicitadas y decretadas legal y oportunamente, obviamente con observancia de los principios de contradicción, inmediación y publicidad. Si a la postre, de los medios de

conocimiento aducidos no se supera la duda razonable, inexorablemente tendrá que absolverse al procesado, porque eso significa que no se pasó de la probabilidad de verdad, que es el grado de conocimiento necesario para acusar, el cual se torna insuficiente al momento de imponer una condena.

En otras palabras, en el estadio propio de la sentencia debe pasarse de una situación de probabilidad, que es la que se declara al formularse acusación en contra de una persona, a un grado de convencimiento que supere toda incertidumbre; pues únicamente de ese modo será posible derruir la presunción de inocencia, que más que una garantía puede considerarse como un derecho fundamental del acusado, con un clarísimo origen constitucional al tenor del artículo 29 de la Carta Política. Por supuesto, el Juzgador sólo podrá basar su decisión en la prueba que, bajo los postulados de publicidad, inmediación y contradicción, haya sido practicada en la audiencia del juicio oral.

2. Igualmente, como bien es sabido, el compromiso del sentenciador al desatar el recurso de apelación está circunscrito a responder los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir

que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales.”¹⁷ (Negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, el Juez de segunda instancia solamente se encuentra facultado para revisar, excepcionalmente, aspectos que no fueron cuestionados por los impugnantes, cuando se encuentren inescindiblemente ligados con la alzada e impliquen la vulneración de los derechos y garantías constitucionales de los sujetos procesales e intervinientes.

Naturalmente, la actividad del Ad Quem también está limitada por la prohibición en el sentido de que no puede desmejorar a la parte que apeló cuando esta ostenta la calidad de apelante único, en lo que se conoce como la prohibición de la reformatio in pejus.

3. Dentro de este contexto y de acuerdo con los reproches planteados por la defensa en la sustentación de la impugnación, deberán resolverse los siguientes problemas jurídicos: i) si resulta procedente decretar la nulidad de lo actuado por no haberse verificado, respecto del ilícito de Estafa, la querrela como presupuesto de procesabilidad; ii) si hay lugar a nulitar el proceso por falta de defensa técnica; iii) establecer si, acorde con el acervo probatorio recaudado en el juicio oral, se encuentran acreditadas, más allá de toda duda, la tipicidad o materialidad de las conductas punibles de Estafa Agravada, en la modalidad de delito masa, y de Urbanización Ilegal y iv) si se le debe conceder al sentenciado el beneficio de la Prisión Domiciliaria como sustitutiva de la carcelaria.

¹⁷ Casación Penal del 11/04/2007. Radicado 26128. M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés.

4. Inicialmente, en atención al principio de prioridad, se examinará lo relacionado con las dos solicitudes de nulidad incoadas por el censor, como quiera que, en caso de resultar procedentes tales reparos, la actuación se retrotraería a la formulación de la imputación o al inicio de la audiencia preparatoria, resultando entonces innecesario el estudio de los restantes cuestionamientos planteados por el apelante, relacionados con la configuración de los delitos endilgados por la Fiscalía, es decir, Estafa Agravada, como delito masa, y Urbanización Ilegal, y con la procedencia de la Prisión Domiciliaria.

5. En primer lugar, tal y como lo afirmaron la Fiscalía y el Ministerio Público en su condición de no recurrentes, resulta ostensiblemente improcedente la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de la acusación, deprecada por el impugnante, al considerar que como el delito de Estafa no superó los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se debía cumplir y verificar la existencia de la querella como condición de procesabilidad de la acción penal; toda vez que, en este asunto no existe duda alguna que ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS fue acusado y posteriormente condenado por el delito de Estafa Agravada, tipificado en el artículo 247 numeral 1 del Código Penal, el cual no requiere de querella como presupuesto de procedibilidad, es decir, es investigable de oficio, por tratarse de un punible autónomo e independiente del punible de Estafa Simple (artículo 246 ibídem) y no encontrarse enlistado expresamente entre los ilícitos consagrados como querellables en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia citada por el Ministerio Público, así¹⁸:

“Dentro del catálogo de delitos que el numeral 2° del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 4° de la Ley 1142 de 2007¹⁹, erige como querellables, se encuentra la estafa en cuantía superior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes y que no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La norma alude expresamente al tipo penal previsto en el artículo 246 del Código Penal.

Aun cuando la estafa atribuida a *KOOP* y *ROJAS VARGAS* se encuentra dentro del margen de la cuantía referida por la disposición procesal en mención, pues, de acuerdo con el fallo de segundo grado, el valor objeto del provecho ilícito ascendió a 44,67 salarios mínimos legales mensuales²⁰, **es lo cierto que, como quedó visto atrás, a los procesados se les enrostró la estafa agravada contemplada en el artículo 247.1 del estatuto punitivo, precepto que no se encuentra incluido dentro del listado relacionado por el numeral 2° del artículo 74 de la Ley 906 de 2004...**

(...) La discusión surgida en torno a si la no inclusión expresa del artículo 247 del Código Penal en el listado antes mencionado implica concluir que el mismo es perseguible de oficio o si, por el contrario, esa omisión conduce a entender que corre la misma suerte de la conducta contemplada en el artículo 246 ibídem, es decir, requiere querrela de parte cuando la cuantía no desborda el límite señalado en el artículo 74 arriba citado, fue zanjada por esta Corporación al pronunciarse sobre tema similar con ocasión del abuso de confianza. Así, en CSJ SP, 15 de sept. de 2010, rad. 31088, expresó:

“(...) Diferente es la situación cuando legislativamente se habla de delitos específicamente agravados o calificados como que en tales eventos sí debe entenderse que aunque se trata de tipos que generalmente conservan el verbo rector del básico, constituyen un delito diverso de éste que permite calificarlos como tipos penales especiales en tanto además de los elementos propios del básico contienen otros nuevos o modifican requisitos del fundamental, de ahí

¹⁸ Sentencia de 18 de mayo de 2016, Radicación No. 44179 (SP6412-2016), Magistrado Ponente: LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

¹⁹ Esta norma se encontraba vigente cuando las víctimas formularon la respectiva denuncia, pues esto último ocurrió el 27 de junio de 2008, mientras la Ley 1142 entró a regir el 28 de junio de 2007.

²⁰ Página 6 del fallo del Tribunal.

que se apliquen con independencia de él; tal es el caso precisamente del abuso de confianza específicamente agravado que preveía el artículo 359 del Código Penal del 80, o el abuso de confianza calificado que señala el artículo 250 de la Ley 599 de 2000.

Tratándose entonces de tipos penales especiales, independientes, su no inclusión en la lista de punibles querellables permite concluir que ellos sí son ilícitos perseguibles de oficio” (subraya la Corte, en esta oportunidad).

De acuerdo con el citado precedente, a diferencia de lo que ocurre con preceptos en los cuales se establecen circunstancias de agravación de carácter genérico como las previstas en el artículo 267 del Código Penal, en cuyo caso la no mención expresa en el sentido de ser delitos querellables no los despoja de esa condición, **la no inclusión en el listado respectivo de tipos penales especiales que agravan o califican de manera concreta un tipo básico hace que estos últimos sean perseguibles de oficio.**

La anterior situación, sin duda, acontece con el artículo 247 del Código Penal, que agrava de manera específica la estafa cuando quiera que concorra alguna de las causales allí previstas. Y lo mismo, huelga señalar, ocurre con los delitos de hurto calificado y agravado previstos en los artículos 240 y 241 del estatuto punitivo, que no requieren querrela para la iniciación de la respectiva acción penal, contrario a lo acaecido con el hurto contemplado en el artículo 239, mencionado expresamente por el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, siempre que la cuantía no exceda de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales, según la modificación que le efectuó el artículo 108 de la Ley 1453 de 2011.

Es preciso enfatizar que **la estafa agravada por alguna de las causales previstas en el artículo 247 del Código Penal no ha estado nunca incluida en el listado contemplado en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, de tal suerte que ni en su redacción original ni en sus posteriores modificaciones se ha establecido el requisito de la querrela para la iniciación de la consiguiente acción penal.**

Por lo anterior, resulta a todas luces irrelevante, se insiste, determinar en este caso si los señores *José César Cubillos Peña* y *José Alirio Villamil Orjuela* formularon o no la denuncia antes de transcurrir seis (6) meses después de la comisión del delito, pues lo cierto es que **el delito atribuido a los procesados no tiene carácter querrelable sino que es perseguible de oficio.**” (Negrillas Fuera de Texto).

Así las cosas, no se accede a la primera nulidad de la actuación pretendida por el defensor del sentenciado.

6. En segundo lugar, corresponde determinar, si como lo adujo el recurrente, en desarrollo de la audiencia preparatoria fue efectivamente quebrantado el derecho de defensa que le asiste al acusado ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, al no contar con un apoderado judicial apto e idóneo para salvaguardar sus intereses procesales en dicha diligencia, acorde con la dinámica propia del sistema acusatorio implementado por la Ley 906 de 2004.

En lo atinente al derecho a la defensa, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado²¹:

*“Esta Corporación²² ha precisado que el derecho de defensa se caracteriza por ser permanente, ser intangible –en tanto es irrenunciable–, por ser una garantía material o real **«en cuanto su ejercicio corresponde a actos positivos de gestión defensiva orientados a refutar la pretensión punitiva del Estado, sin que pueda tratarse de una simple asistencia formal o nominal»**²³.*

De suerte que el desconocimiento de esta prerrogativa indudablemente genera la ineficacia de la actuación y dado su especial carácter de irrenunciable e inalienable, no puede ser convalidable ni subsanable, por lo que la consecuencia directa es la de retrotraer la actuación a fin de sanearla.

Cabe señalar que esta garantía se manifiesta, de una parte, en las actuaciones desplegadas por el mismo procesado en ejercicio de la defensa material y, de otra, con la representación de un profesional del derecho especializado e idóneo «de quien se presume que tiene los conocimientos y la experiencia suficiente para controvertir los cargos del Estado y

²¹ Auto del 17 de septiembre del 2019, radicado 55830 (AP3975-2019), Magistrado Ponente: Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

²² CSJ SP, 19 jul. 2016. Rad. 48371. Cfr. CSJ SP, 11 jul. 2007. Rad. 26827.

²³ CSJ SP 19 jul 2016, Rad. 48731

participar en el desarrollo del proceso»²⁴, por medio de la defensa técnica; la que a diferencia de lo previsto para el sistema inquisitivo regido por la Ley 600 de 2000, no puede ser pasiva, ausente y expectante, sino que está llamada a ser proactiva y suscitar el debate en un espacio regido por la igualdad de armas.

Precisamente, ha sostenido esta Corporación²⁵ que como prerrogativa real o material, el derecho a la defensa y especialmente desde la defensa técnica, se advierte quebrantado cuando: i) hay ausencia absoluta de un profesional del derecho, ii) por la falta de actos positivos de gestión o iii) cuando el profesional del derecho carece de las mínimas habilidades, conocimientos y experticia requerida para actuar en el proceso penal.

En esa misma línea, la Corte Constitucional ha señalado tres presupuestos para tener en cuenta cuando se predica el quebranto del derecho de defensa, en la modalidad de defensa técnica, así:

1. La vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica no puede darse como consecuencia de la utilización de una estrategia de defensa.

2. La ausencia de defensa técnica debe tener repercusiones respecto de otros derechos fundamentales del imputado y debe evaluarse dentro del contexto general del debido proceso y

3. Las deficiencias de la defensa técnica no pueden ser el resultado de la intención de evadir las consecuencias del proceso.” (Negrillas Fuera de Texto)

Dentro de este contexto, la Sala considera que, si bien es cierto, el entonces defensor del aquí procesado, incurrió en algunas inconsistencias en desarrollo de la audiencia preparatoria celebrada el 6 de mayo de 2016, tales como no haber descubierto dos de los testimonios solicitados, iniciar con la sustentación de la pertinencia en la fase de enunciación y varias de sus solicitudes probatorias le fueron negadas por el Juez de conocimiento, por indebida fundamentación de las mismas, decisión que fue confirmada por este Tribunal; en todo caso,

²⁴ CC. C-210 de 2007

²⁵ CSJ SP100-2018

ejerció la defensa técnica de HERNÁNDEZ ARENAS de manera activa y responsable, avizorándose en su actuación una estrategia defensiva clara y plausible, consistente en demostrar la atipicidad de las conductas punibles por las que fue acusado su representado, siendo precisamente esta tesis idéntica a la que plantea en la apelación el actual defensor, con base en las pruebas que fueron recaudadas en el juicio oral por petición del inicial apoderado judicial del sentenciado, cuya labor está siendo cuestionada por el censor.

En efecto, el primer defensor del acusado solicitó, en la oportunidad legalmente establecida para tal fin, la práctica de varios medios de convicción tendientes a respaldar su teoría del caso y pese a que se le negaron varias de las probanzas deprecadas, por lo que interpuso el recurso de apelación contra la inadmisión de las pruebas documentales, siendo confirmada por esta Colegiatura dicha decisión; lo cierto es que sus pretensiones probatorias no fueron absurdas ni tampoco se encontraban del todo alejadas del objeto de debate, situación diferente es que el Juez de conocimiento y este Tribunal no estimaran suficientemente sólida la argumentación presentada para decretar la totalidad de las pruebas peticionadas, lo que no necesariamente implica ineptitud del abogado.

Además, a pesar de las referidas inconsistencias que se presentaron en el trámite de la audiencia preparatoria por parte de la defensa, finalmente se practicaron en el juicio oral, a instancia del primer defensor, los testimonios de OSCAR MAURICIO PICO JIMÉNEZ, JOSÉ LOZADA CASTELLANOS, DOMINGO RONDÓN VESGA y del propio procesado ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, pruebas que, se reitera, le sirvieron de sustento al actual apoderado judicial del sentenciado para impugnar el fallo de primera instancia con el

argumento de que existe atipicidad de los delitos imputados, resultando un verdadero contrasentido que el aquí apelante alegué una presunta falta de defensa técnica por parte de su antecesor y sin embargo, al mismo tiempo pretenda la revocatoria de la sentencia recurrida basado en los medios de convicción incorporados al juicio gracias a la actividad desplegada por aquel y planteando idéntica tesis defensiva, es decir que, de un lado, aduce que la gestión de su colega fue deficiente y negligente y por eso se vulneró el derecho a la defensa del acusado, pero a continuación la considera idónea y eficaz, hasta el punto que con base en esa labor deprecia la absolucón de su prohijado, con lo cual se quebranta el principio de la lógica de la no contradicción, que establece que es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo.

En consecuencia, la actividad defensiva del primer profesional del derecho no puede catalogarse como inepta, descuidada o carente de total conocimiento sobre el procedimiento acusatorio de corte adversarial, implementado en nuestra legislación con la Ley 906 de 2004, de tal forma que con su gestión el procesado no quedó en total indefensión material frente a la acusación, puesto que, gracias a esa labor, fue posible estructurar una estrategia defensiva razonable y se incorporaron algunas pruebas testimoniales idóneas para controvertir la teoría del caso de la Fiscalía.

7. De igual modo, el recurrente cuestionó el hecho de que el primer defensor no se hubiese opuesto al decreto de los 14 testimonios de las supuestas víctimas, solicitados por la Fiscalía, sino que, por el contrario, mostró su conformidad con esas probanzas para poder conainterrogar a dichos declarantes y también le parece desacertado que su antecesor no peticionó las pruebas documentales relacionadas con la contabilidad de la asociación, con el fin de justificar los gastos

económicos de los proyectos; para la Sala estos asertos constituyen una simple inconformidad con la estrategia defensiva asumida por el primer apoderado judicial del procesado, debiéndose resaltar al respecto que tal y como lo advirtió la Corte Suprema en la providencia citada en precedencia, *“el derecho de defensa no se vulnera por la simple divergencia de criterios entre un nuevo abogado y quien actuó con antelación, pues la convicción de haber efectuado un mejor trabajo o contar con una mejor visión del proceso no puede demeritar la labor desarrollada por el profesional del derecho que intervino con antelación, pues ello sería tanto como imponer fórmulas uniformes o plantillas de defensa, lo que a todas luces resulta imposible”*²⁶.

En concordancia con lo anterior, no es dable afirmar, como lo da a entender equivocadamente el impugnante, que la única estrategia válida para controvertir los medios convictivos de la Fiscalía es solicitar la práctica de los mismos como prueba directa de la defensa, toda vez que el conainterrogatorio también constituye una forma idónea y eficaz para ejercer material y efectivamente los derechos de defensa, contradicción y confrontación frente a las probanzas de la contraparte, tal y como ocurrió en el presente asunto, en el que el defensor del procesado conainterrogó a todos los testigos de cargo.

Aunado a ello, tampoco se puede considerar como desidia o falta de pericia por parte del primer defensor la circunstancia de no haber petitionado las pruebas documentales relacionadas con la contabilidad de la asociación, con el fin de justificar los gastos económicos de los proyectos, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de libertad probatoria, consagrado en el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal, y justamente en

²⁶ Auto del 17 de septiembre del 2019, radicado 55830 (AP3975-2019), Magistrado Ponente: Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

aplicación del mismo, debido a la actividad defensiva desplegada por el inicial apoderado judicial del acusado, se solicitaron, decretaron y practicaron los testimonios de OSCAR MAURICIO PICO JIMÉNEZ y DOMINGO RONDÓN VESGA, los que precisamente tenían como propósito acreditar ese tipo de egresos.

8. De otra parte, el censor en la sustentación de la alzada afirmó que también se le había vulnerado el derecho de defensa a su prohijado con las estipulaciones probatorias, toda vez que, en la audiencia preparatoria, la Fiscalía y el defensor acordaron cuatro estipulaciones, mencionando documentos, nunca hechos, mientras que en la vista pública del juicio oral, realizada el 13 de diciembre de 2017, el Ente Acusador presenta el escrito contentivo de las estipulaciones, pero sin la firma del anterior defensor y el nuevo se abstiene de rubricar, además, en esta misma diligencia la Fiscalía indica como estipulaciones hechos probados, no simples documentos como lo anunció en la preparatoria, de tal forma que no existió una confección bilateral de las estipulaciones probatorias; de igual modo, considera que las referidas estipulaciones implican o contienen la responsabilidad penal de su representado.

En lo relativo a las estipulaciones probatorias, el inciso 4 del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal consagra que *“El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales”*.

En concordancia con dicho precepto, el artículo 356 del Estatuto Procesal Penal señala que, en desarrollo de la audiencia preparatoria, el Juez dispondrá, entre otras cosas, *“Que las partes manifiesten si*

tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto. Parágrafo. Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias”.

De igual modo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento señaló:

“De otro lado, sobre las estipulaciones probatorias la Sala también ha hecho algunas precisiones que resultan útiles para la solución del caso sometido a su conocimiento. Puntualmente, ha resaltado que las estipulaciones: (i) deben recaer sobre hechos y no sobre pruebas; (ii) no pueden implicar, en sí mismas, la desestimación de la acusación, ni dejar sin posibilidades de defensa al procesado; (iii) las partes son responsables de su claridad y de su correspondencia con el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las labores del juez como director del proceso; y (iv) por tanto, las partes no pueden obtener provecho indebido de la ambigüedad o ilegalidad de este tipo de acuerdos (CSJSP, 4 dic 2019, Rad. 50696, entre otras)”.²⁷

Por consiguiente, la normatividad vigente sobre la materia no establece expresamente como requisito o presupuesto necesario para su validez que las estipulaciones probatorias deban constar por escrito y que dicho documento sea firmado por las partes, aunque tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁸, generalmente, se consignan en un escrito que suscriben tanto la Fiscalía como la defensa, lo cual es aconsejable y constituye una buena práctica, **pero no es obligatorio**, es decir que las estipulaciones probatorias pueden elevarse por escrito o solamente

²⁷ Casación 53151 de 2020

²⁸ Ver, entre otros, Auto del 13 de junio de 2007, radicación No. 27281, y providencia del 11 de septiembre de 2013, radicación No. 41505, Magistrado Ponente: Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

hacerse de forma verbal, circunstancia que, tal y como lo indicó el Ministerio Público en su intervención como no recurrente, se encuentra en consonancia con la oralidad de la actuación procesal, prevista en el artículo 9 del Código de Procedimiento Penal (norma rectora, obligatoria, prevalente sobre cualquier otra y que debe utilizarse como fundamento de interpretación, conforme al artículo 26 *ibídem*).

Así las cosas, en contraposición a lo argumentado por el impugnante, la falta de la firma, por parte del primer defensor, del escrito contentivo de las estipulaciones probatorias no configura irregularidad o anomalía alguna que implique la nulidad de lo actuado, puesto que tal formalidad no fue prevista expresamente en la Ley y además, en este caso en concreto, en la audiencia preparatoria realizada el 6 de mayo de 2016, después de un receso otorgado para tal fin, la Fiscalía señaló que habían concertado 4 estipulaciones probatorias con la defensa, las cuales allegaría por escrito al juicio, procediendo en seguida a enunciar oralmente el contenido y alcance de cada una de esas estipulaciones, posteriormente y luego del respectivo traslado, el entonces defensor del acusado señaló expresamente que, en efecto, esas eran las estipulaciones probatorias que había pactado con el Ente Acusador y que estaba de acuerdo con las mismas, procediendo, por ende, el Juez de conocimiento a admitir las cuatro estipulaciones probatorias que fueron acordadas por las partes, determinación que quedó debidamente ejecutoriada y en firme.

En este orden de ideas, las aludidas estipulaciones se efectuaron en forma bilateral, tanto por la defensa como por la Fiscalía, y fueron el resultado de un convenio libre, consciente y voluntario entre esos sujetos procesales, lo que evidencia que en este aspecto no se

vulneró el debido proceso, ni se quebrantaron los derechos fundamentales del enjuiciado.

Así mismo, la Colegiatura considera que, también en contraposición a lo alegado por el recurrente, las estipulaciones en comento no implican la aceptación de responsabilidad por parte de ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS en la comisión de las conductas punibles objeto de acusación, es decir, no generó la renuncia a los derechos y garantías constitucionales del procesado, especialmente la de no autoincriminación, toda vez que con las mismas no se pactó el mérito o poder suasorio que se le debía otorgar a cada una de ellas, lo cual devendría en ilegal, puesto que esta es una labor que le corresponde al Juez, en la sentencia, valorando las estipulaciones con base en las reglas de la sana crítica y en conjunto con el acervo probatorio legalmente recaudado en la actuación a fin de establecer si existe convencimiento, más allá de toda duda razonable, sobre la materialidad de los delitos imputados y la responsabilidad del enjuiciado, análisis que efectivamente desplegó el A Quo en el fallo impugnado y en esa medida, las estipulaciones convenidas en el presente caso por las partes, en sí mismas, no conducían irremediablemente a la condena del procesado²⁹.

9. Ahora bien, tal y como lo indicó el impugnante en la sustentación de la alzada, las estipulaciones probatorias pactadas por las partes en la audiencia preparatoria tuvieron como objeto el contenido de varios documentos³⁰, sin que se hubiesen especificado hechos o

²⁹ Sentencia del 29 de abril de 2020, radicado No. 46389, magistrado Ponente: Dr. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.

³⁰ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia con radicado No. 47666 del 15 de junio de 2016 (SP7856-2016), siendo Magistrado Ponente el Dr. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, admitió la posibilidad de que los documentos sean objeto de la estipulación probatoria, tanto su existencia como su contenido. Postura reiterada en Sentencia del 5 de julio de 2017, radicado No. 44932 (SP9621-2017), Magistrada Ponente: Dra. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR; Auto del 10 de agosto de 2017, radicado No. 49512 (AP4884-

circunstancias concretas que se estimaban probados con los mismos, aspecto que fue modificado unilateralmente por la Fiscalía en la audiencia de juicio oral, con la anuencia del Cognoscente, puesto que en esta vista pública el Ente Acusador manifestó expresamente que los acuerdos probatorios recaían sobre determinados hechos.

En efecto, en la preparatoria llevada a cabo el 6 de mayo de 2016, la Fiscal del caso expuso:

“Con la defensa acordamos como estipulaciones probatorias las cuales allegaré por escrito el día del juicio las siguientes:

- *Mencione a 14 personas como testigos de la Fiscalía, ellos se harán presente pero lo estipulado son las 14 promesas de compraventa que realizaron estas 14 personas con ORLANDO HERNÁNDEZ y las respectivas consignaciones efectuadas por estas 14 personas en el banco Davivienda o entregadas personalmente por ellas, de todas maneras, son los dineros entregados como parte de pago de ese lote.*
- *Lo referente al certificado de existencia y representación legal de la asociación que estaba promoviendo el proyecto Torres del Dorado.*
- *Algunos elementos materiales probatorios que mencione con la testigo HILMA ROSA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, esto lo estipulado sobre las 2 promesas de compraventa de fecha agosto 17 de 2013, las 2 promesas de compraventa de fecha 21 de enero de 2014, una promesa de compraventa de fecha 29 de enero de 2014, suscrita por HILMA ROSA RODRÍGUEZ, RAMIRO GONZÁLEZ con ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS y la resolución de la promesa de compraventa de fecha 1 de julio de 2014 suscrita por esta señora, el esposo RAMIRO y el señor ORLANDO HERNÁNDEZ.*
- *Lo referente al ELSA FLOR FERREIRA MENDEZ, cuando mencioné a esta asistente, los elementos que mencioné con ella se estipularon todos: oficio de fecha 7 de noviembre de 2014 emanado del Secretario de Planeación del municipio de Charalá con sus respectivos anexos, esos anexos son un comunicado a la ciudad de fecha 2 de septiembre de 2013, un certificado sobre disponibilidad de servicios públicos de fecha 12 de septiembre de 2013 emanado de*

la oficina de la unidad de servicios públicos domiciliarios de acueducto alcantarillado y aseo del municipio de Charalá y un comunicado a la ciudadanía de fecha 30 de agosto de 2013 emanado por el secretario del despacho de la alcaldía de Charalá, igualmente un oficio de fecha 24 de marzo de 2015 suscrito por el secretario de planeación y proyectos de este municipio, también un oficio suscrito por la secretaría jurídica de la alcaldía de San Gil el 30 de septiembre de 2015 con sus anexos, ese anexo es la resolución de fecha 17 de octubre de 2012, también lo referente a las constancias donde la Fiscalía citaba a las víctimas a diligencia de conciliación y también citando al señor ORLANDO HERNÁNDEZ y el resultado de esta diligencia de fecha 15 de octubre de 2015”

Tal y como se señaló en precedencia, a continuación el Juez le otorgó la palabra al entonces defensor del procesado para que se pronunciara sobre dichas estipulaciones, **quien expresó que efectivamente esas eran las que había pactado con la Fiscalía y que estaba de acuerdo con las mismas, por lo que el Cognoscente, en el auto de pruebas, las admitió en su totalidad, decisión que, se reitera, quedó debidamente ejecutoriada y en firme.**

En la sesión de la audiencia de juicio oral desarrollada el 13 de diciembre de 2017, la Fiscalía relacionó las mismas estipulaciones probatorias que había pactado con la Defensa en la vista pública de la preparatoria, a continuación el Juez de conocimiento manifestó que, de acuerdo con el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia, también se podían estipular elementos de prueba y evidencias, sin embargo, de forma anfibológica, requirió al Ente Acusador para que precisara qué hechos o circunstancias se estaban dando por probados y, por ende, no se iban a debatir en el juicio, suspendiendo la diligencia para tal fin.

En la continuación de la audiencia de juicio oral, efectuada el 9 de marzo de 2018, el Cognoscente le concedió la palabra a la Fiscal para que

concretara lo relacionado con las estipulaciones probatorias, quien precisó que con la primera estipulación se demuestra la pluralidad de personas que realizaron promesas de compraventa con ORLANDO HERNÁNDEZ y que el promitente vendedor se comprometía a gestionar o a tramitar el subsidio de vivienda, pero al comenzar con la explicación del hecho que daba por probado con la segunda estipulación se interrumpió la grabación, por lo que no existe registro de audio de los demás hechos que, conforme a las aclaraciones de la Fiscalía, se tenían por acreditados con las otras tres estipulaciones.

Por su parte, el nuevo defensor del procesado se opuso a la incorporación de las estipulaciones probatorias, argumentando para ello que el escrito que las contenía no se encontraba firmado por su antecesor y que él no las iba a suscribir porque implicaban la responsabilidad de su prohijado, con lo que, por ende, se vulneraban sus derechos y garantías fundamentales.

El Fallador de primer grado negó la pretensión de la defensa y, en esa medida, admitió la incorporación de las 4 estipulaciones presentadas por la Fiscalía, junto con los 126 anexos que las soportan, resaltando que el Ente Investigador en esa diligencia concretó los hechos y circunstancias que se daban por probados así: con la primera estipulación se demuestra *“la pluralidad de personas que realizaron promesas de compraventa con ORLANDO y que el promitente vendedor se compromete a gestionar y a tramitar el subsidio de vivienda”*; con la segunda se acredita *“que el acusado era el presidente de la asociación de vivienda para la fecha en que realizó las 14 promesas de compraventa del inmueble lote urbano de Charalá y que el objeto social de esa asociación era la construcción de vivienda”*; con la tercera se da por probado *“que la mencionada asociación, representada por HERNÁNDEZ ARENAS*

presunto comprador, y la señora ILMA, presunta vendedora, suscribieron varias promesas de compraventa de un predio ubicado en el municipio de Charalá y posteriormente las dos partes resolvieron dichas promesas”; con la cuarta se dio por acreditado “que a HERNÁNDEZ ARENAS, para marzo de 2015, la oficina de planeación y proyectos con sede en Charalá no le había expedido la licencia...”. Contra la referida decisión, el entonces defensor del procesado interpuso el recurso de reposición, el cual le fue resuelto desfavorablemente.

De acuerdo con el anterior recuento, la Fiscalía, en el juicio oral, modificó las estipulaciones probatorias que fueron inicialmente pactadas con el primer defensor en la audiencia preparatoria, oportunidad en la que, claramente, se reitera, las estipulaciones tuvieron por objeto el contenido de varios documentos sin que se especificaran o limitaran a tener por probados solamente algunos de los hechos insertos en esos documentos, mientras que en el juicio la Fiscal determinó hechos o circunstancias concretas que, en su particular criterio, se daban por demostradas con las referidas estipulaciones, variación que, sin duda alguna, se efectuó de forma unilateral por parte del Ente Investigador, es decir, sin el consentimiento o la anuencia del nuevo defensor, el que incluso manifestó expresamente su desacuerdo con las mismas y se negó a firmar el documento en el que se consignaron los hechos que, en el sentir de la Fiscalía, se pretendían demostrar con cada estipulación, sin que estos hubiesen sido explícitamente acordados con el primer defensor en la preparatoria, con lo cual se desconoció la naturaleza bilateral propia de las estipulaciones probatorias.

No obstante, la Corporación considera que esa irregularidad no da lugar a que, en el presente asunto, se decrete la nulidad de lo

actuado, en aplicación de los principios de residualidad³¹ y el de conservación de la actuación procesal, postulados que rigen su declaratoria³², toda vez que dicha anomalía se subsana valorando las estipulaciones probatorias tal y como fueron convenidas por las partes y admitidas por el Juez en la audiencia preparatoria celebrada el 6 de mayo de 2016, es decir, **teniendo por demostrados la totalidad de los hechos contenidos en los documentos materia de las mismas**, estipulaciones que, como se explicó en precedencia, se encuentran ajustadas a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que fueron producto del acuerdo de voluntades, libre de vicios, entre la Fiscalía y la defensa; existe claridad sobre su objeto y con lo convenido no se vulneraron garantías procesales, especialmente la de no autoincriminación.

10. En síntesis, no se accederá a las peticiones de nulidad elevadas por el apelante, puesto que se insiste, i) no se acreditó plenamente que el defensor que intervino en la audiencia preparatoria hubiese asumido una actitud procesal negligente, ni que su labor fuese desplegada con un ostensible desconocimiento del sistema acusatorio o producto de una completa inhabilidad para litigar en derecho penal; ii) el delito de Estafa Agravada no es querellable, de tal forma que resultaba inocuo e innecesario demostrar o verificar que se había agotado ese requisito de procedibilidad; y iii) las estipulaciones probatorias **pactadas por las partes en la audiencia preparatoria** resultan acordes con la Ley y no desconocen los derechos fundamentales del acusado.

11. En cuanto al ilícito de Estafa Agravada en la modalidad de delito masa, la Sala procede a examinar si, en este caso en concreto, su

³¹ La nulidad solamente procede cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular.

³² Con los que se busca limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de la irregularidad.

tipicidad se encuentra plenamente demostrada, más allá de toda duda razonable, con la prueba legalmente recaudada en la actuación, especialmente, en lo relativo al elemento estructural consistente en que los afectados hayan sido inducidos o mantenidos en error mediante artificios o engaños en forma previa a su afectación patrimonial.

11.1. Respecto a la materialidad de la conducta punible de Estafa, el artículo 246 del Código Penal consagra que incurre en la misma *“El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños...”*. Por su parte, el numeral 1 del artículo 247 *ibídem* dispone, como circunstancia específica de agravación punitiva de este delito, el evento en el que *“El medio fraudulento utilizado tenga relación con vivienda de interés social”*.

Sobre la configuración de este tipo penal, la Corte Suprema de Justicia ha precisado³³:

“...los elementos estructurales del delito de estafa, los cuales, como se sabe, son (i) el despliegue de artificios o engaños sobre un tercero; (ii) que por causa directa y consecencial de esos artilugios éste incurra en un error; (iii) que a raíz del error la víctima voluntariamente se desprenda de su patrimonio o de parte de éste, y (iv) que quien desplegó la maquinación artificiosa o fraudulenta logre para sí, o para otro, un beneficio económico correlativo.

Es claro que la ausencia de alguno de esos requisitos impide la adecuación de un determinado suceso en la hipótesis delictiva de estafa, como igual sucederá si los actos previos a la obtención del provecho patrimonial no conducen de manera incuestionable y concatenada, uno al otro, o se presentan en un orden distinto al relacionado, o la cadena causal se rompe, trastoca o invierte,

³³ Sentencia del 7 de junio de 2017, radicado No. 41320 (SP8060-2017), Magistrado Ponente: Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la Corte³⁴” (Negrillas fuera de texto)

Ahora bien, la utilización de artificios o engaños implica que el sujeto activo de la infracción penal despliegue comportamientos que reflejen una imagen o apariencia de verdad que no concuerda con la realidad, con base en la cual el sujeto pasivo padece el error o se mantiene en él, o en otras palabras, esas artimañas o ardides constituyen el mecanismo idóneo, por medio del cual se hace incurrir al afectado en una idea equivocada o en un razonamiento falso sobre lo que efectivamente acontece y que, a su vez, genera un detrimento económico para la víctima, con el consiguiente incremento patrimonial a favor del victimario y/o de un tercero.

Aunado a lo anterior, en lo atinente a los presupuestos necesarios para que se tipifique el delito de Estafa y no solamente un incumplimiento contractual en el marco de un negocio jurídico, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado³⁵:

“Y si bien es cierto, como igual lo ha señalado esta Sala, el contrato como fuente de contraprestaciones de contenido económico, **eventualmente, puede esconder o servir como una modalidad de engaño, habida cuenta que una parte puede inducir en error a la otra frente a cualquiera de los elementos de la respectiva obligación (capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos), con el ánimo de obtener así un provecho patrimonial ilícito con perjuicio correlativo³⁶, también es cierto que ello no ocurre cuando esa lesión y ganancia análogas sobrevienen a raíz del incumplimiento, no precedido de engaño, de las cláusulas inherentes al contrato. En efecto³⁷:**

Situación distinta se presenta cuando no habiendo engaño sobre los elementos del contrato, una de las partes se sustrae a su cumplimiento,

³⁴ Cfr. CSJ. SP. 8 jun. 2006, rad. 24729 y SP3233-2017, 8 de marzo de 2017, rad. 48279.

³⁵ Sentencia del 7 de junio de 2017, radicado No. 41320 (SP8060-2017), Magistrado Ponente: Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

³⁶ Cfr. CSJ. SP. 30 nov. 2006, rad. 21902 y SP 12 sep. 2012, rad. 36824.

³⁷ Cfr. SP3233-2017, 8 mar. 2017, rad. 48279.

lo cual sucede en una fase posterior a la contractual y puede obedecer a varias causas no necesariamente vinculadas al delito de estafa pero sí con consecuencias adversas en el ámbito civil, en tanto no siempre el incumplimiento malicioso o voluntario de una obligación comporta el delito de estafa, puesto que puede estar ausente el ánimo engañoso y fraudulento.

Así lo ha entendido la Corte:

Resulta diáfano que bajo la óptica penal y civil se presenta una acción del contratante al incumplir lo pactado que acarrea perjuicio para el otro, sin embargo, en sede penal el análisis ha de ser cuidadoso ya que no se trata de confirmar el simple nexo causal entre el incumplimiento con el consecuente daño como para predicar el ilícito, **sino que es necesario verificar que la existencia de la inducción en error por la prestación negocial del agente sea a la postre la motivadora de la desposesión patrimonial de la víctima.** (CSJ SP 30 nov 2006, rad. 21902)

Es claro que al incumplir lo pactado el contratante realiza un proceder antijurídico en cuanto el contrato es ley de las partes pero dado el carácter subsidiario y de última ratio del derecho penal, tales incumplimientos no ingresan en la órbita protectora del *ius puniendi* del Estado y en ese orden de ideas, **no se debe confundir el nexo de causalidad (engaño o inducción en error y provecho ilícito) que se debe dar entre los elementos configuradores de la estafa,** con la existente entre el incumplimiento del deudor y el consecuente daño para el acreedor (CSJ SP, 8 oct 2014, rad. 44504). (Resaltados fuera de texto)

11.2. Aterrizando las anteriores premisas legales y jurisprudenciales al presente asunto, este Tribunal considera que, contrario a lo argumentado por el censor en la sustentación de la alzada, de conformidad con el acervo probatorio obrante en la actuación, se encuentra demostrada, más allá de toda duda razonable, la tipicidad del punible de Estafa Agravada, en la modalidad de delito masa, que le fue endilgado al aquí procesado. Veamos:

11.3. En primer lugar, debe resaltarse que la Fiscalía en el acto complejo de la acusación (escrito y formulación oral), en la

imputación jurídica, dio a entender que los artificios y engaños consistieron en que el proyecto *“Urbanización Torres del Dorado”* no tendría éxito porque no contaba con los permisos respectivos, ni tampoco ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS ostentaba los títulos de propiedad del lote donde se realizaría dicha construcción; resaltando que en las promesas de compraventa suscritas por las víctimas con el procesado, se consignó: *“el lote de terreno prometido en venta, fue adquirido por el PROMITENTE VENDEDOR, en un terreno de mayor extensión, por compra que hiciera a los señores ILMA ROSA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ y RAMIRO GONZÁLEZ LÓPEZ”*, afirmación que resultó mentirosa.

Además, el Ente Investigador indicó que incluso después del 1 de julio de 2014, luego de que se resolvió o se dejó sin efectos la compra del inmueble que sería urbanizado, HERNÁNDEZ ARENAS seguía citando a reuniones a los interesados en el proyecto, recibió dineros en el año 2013, en enero y febrero de 2014 y nunca cumplió las promesas de compraventa que suscribió con *“los esposos RODRÍGUEZ”*.

De igual modo, la Fiscalía aseguró que el acusado *“hizo creer a los interesados que el valor de las viviendas sería subsidiado por instituciones del Gobierno Nacional, circunstancia que generó para los interesados el convencimiento de que era la oportunidad para adquirir vivienda, cancelando ellos una parte del precio, otra parte sería con el subsidio y el saldo en cómodas cuotas...”*.

Por su parte, el Cognoscente en el fallo condenatorio deja entrever que los artilugios se configuraron por las siguientes circunstancias: i) los lotes se segregaban de uno de mayor extensión; ii) el procesado y la asociación de vivienda que representaba no eran los propietarios,

ni los poseedores del predio en el que se desarrollaría el proyecto, pero les hizo creer a los interesados que ya se había adquirido; iii) no tenía licencia de urbanismo; iv) ORLANDO HERNÁNDEZ comenzó a recibir dineros antes de hacer las promesas de compraventa; v) no se abrieron cuentas en el Fondo Nacional del Ahorro; vi) *“sobre los subsidios se calló, solamente manifestó que los gestionaría, no hubo ilustración sobre los aspectos legales de estos subsidios”*; vii) el enjuiciado les hizo ver a las víctimas que el proyecto de urbanización se podía hacer realidad como vivienda de interés social, pese a que sabía que en la forma proyectada no era posible, pues no tenía el dinero para ello; viii) continuó manteniendo en error a los interesados, instándolos para que estuvieran al día en sus cuotas y asegurándoles que se iba a finiquitar un negocio con la señora ILMA y su esposo; ix) tenía una casa dentro del lote a construir, con planos, con avisos que contenían el nombre de Torres del Dorado, publicitó y perifoneó el proyecto que iba a urbanizar, llevó ingenieros y arquitectos para medir, hacer trabajos topográficos, *“sin que nada de esto fuera real, todo fue una apariencia”*; y x) se hizo pasar como ingeniero.

11.4. Dentro de este contexto, para la Colegiatura varios de los aspectos considerados como ardides, por parte de la Fiscalía y el A Quo, tales como realizar reuniones con los interesados en el proyecto, recibir anticipos de dinero, suscribir promesas de compraventa, ofrecer facilidades de pago, segregar los lotes de uno de mayor extensión, ofrecer viviendas de interés social, publicitar el proyecto, elaborar planos y efectuar el levantamiento topográfico, en principio, corresponden a las actividades propias de los proyectos de construcción y de urbanización como el que pretendía adelantar el aquí procesado; sin embargo, analizados todos esos actos en conjunto con algunos artificios utilizados por el procesado para

persuadir a los interesados con el fin de que invirtieran en el proyecto, con la consecuente afectación de su patrimonio, así como la forma accidentada en que se pretendió desarrollar el proyecto, es dable inferir razonablemente que ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, desde un inicio, tenía el claro y predeterminado propósito de defraudar a los eventuales compradores o inversores o en otras palabras, no se trató de un simple incumplimiento contractual originado en las vicisitudes propias de este tipo de actividades, sino que la negociación estuvo precedida de engaños.

11.5. En efecto, el acusado les hizo creer erróneamente a los potenciales compradores o inversores que el predio en donde se construiría la urbanización era de su propiedad o de la asociación de vivienda que representaba³⁸, lo cual no correspondía con la realidad, artilugio que generó que las víctimas participaran en el referido proyecto y le entregaran al procesado significativas sumas de dinero, que sin duda alguna les causó una grave afectación a su patrimonio económico.

Al respecto, JESÚS ACEVEDO LEÓN, uno de los perjudicados, en su testimonio en el juicio oral relató que ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS realizó una reunión con la comunidad, en la casa cural del municipio de Charalá, para presentar el proyecto, *“donde dijimos que supuestamente ya era el lote de nosotros, porque ahí estuvimos y se realizaron varias reuniones respecto a la vivienda, a la solución de vivienda... las reuniones, ya la segunda fue donde iba a ser el lote, ya figuraba que iba a ser de nosotros y por lo mismo y tanto allá se realizaron varias reuniones”*.

³⁸ De conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal, expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga, el cual fue incorporado a la actuación mediante la estipulación probatoria No. 2, ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, para la época de los hechos, era el representante legal de la Asociación de Vivienda Altos de Guanenta ASOVIAG.

Resaltó que le preguntó a doña ILMA, la dueña del predio en el que presuntamente se iba a adelantar la construcción, que si ya estaba el negocio de ese inmueble **y ella le dijo que sí, "que ya estaba el lote, que ya era un hecho que se iba a realizar dicho plan ahí", que ella le dijo que el lote lo había comprado don ORLANDO y por ese motivo tomó la decisión de vincularse a esa asociación de vivienda.** Aclaró que había ido con el señor MILTON QUINTERO a hablar con doña ILMA, para cerciorarse que el procesado ya había comprado el predio y ella les comentó que sí, *"según las palabras de ella, dijo que ya era un hecho y que ya quería ver construido el plan de vivienda allá, pues me dio a entender que el lote ya lo había adquirido don ORLANDO"*.

Afirmó que, a finales de junio de 2014, la señora ILMA los citó para una reunión y les informó que el lote ya no iba a ser adquirido por don ORLANDO, *"cosa que era rara, porque nosotros siempre estuvimos pensando que el lote era de don ORLANDO, incluso ahí en la compraventa dice, lote comprado a doña ILMA RODRÍGUEZ DE GONZÁLEZ y a don RAMIRO GONZÁLEZ... nosotros siempre pensamos que el lote se había comprado"*.

Por su parte, ILMA ROSA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, propietaria del inmueble en el que se construiría la urbanización objeto de este pronunciamiento, en su declaración en el juicio aseveró que, durante la época en que estaba realizando la negociación del lote con HERNÁNDEZ ARENAS, algunas personas le preguntaron que si era cierto lo de la venta de ese predio y **ella les explicó que tenían un contrato de compraventa que no se había vencido, pero que él no les había dado plata.**

De igual modo, CARLOS EDUARDO SANTOS SANTOS, otro de los perjudicados, en el juicio señaló que, para empezar, el apartamento valía \$6.000.000=, por lo que sacó un crédito y **el 10 de septiembre de 2013** consignó ese dinero a una cuenta de Davivienda que le suministró el acusado y que después de dicha consignación suscribió la compraventa con ORLANDO HERNÁNDEZ, por lo que quedó más tranquilo, dado que **en ese contrato decía que el lote se lo había comprado el procesado a la señora ILMA ROSA RODRÍGUEZ.**

Añadió que, en otra reunión, el enjuiciado les manifestó que ya no se iban a hacer torres sino casas, por lo que se incrementaba el costo, dependiendo de la ubicación del lote; que en el predio donde se iba a hacer la urbanización, había una casita vieja en la que se encontraba un plano gigante de la urbanización, tal y como iban a quedar las casas, con los parqueaderos, las zonas verdes y en ese plano escogió el lote, **entonces HERNÁNDEZ ARENAS le dijo que debía darle \$4.000.000 por ese inmueble, los cuales le consignó en enero de 2014, para completar \$10.000.000.**

Manifestó que **antes de consignar los \$4.000.000** se encontró al procesado en la alcaldía de Charalá, quien iba saliendo de la oficina de planeación y **le dijo que el proyecto iba marchando muy bien, que precisamente acababa de salir de Planeación, que estaba todo listo, que le faltaba llevar un documento muy sencillo, que tan pronto lo llevara le otorgarían la licencia** y que en aproximadamente 15 días iba a llevar maquinaria para explanar el lote y empezar a hacer el alcantarillado, por lo que CARLOS EDUARDO se fue convencido y le hizo la última consignación el

22 de enero de 2014, a continuación ORLANDO le entregó la otra compraventa debidamente autenticada en la Notaría.

Así mismo, JANETH GARCÍA GARCÍA, otra de las víctimas, en su testimonio en el juicio oral afirmó que **al inicio de la negociación el procesado le manifestó que él había comprado el lote.**

Igualmente, declaró en el juicio LESBIA MARÍA EGUIS VARGAS, quien también resultó afectada con los hechos materia de este proceso y expuso que ella y su esposo le cancelaron a ORLANDO HERNÁNDEZ la suma de \$2.000.000= para apartar el cupo del lote, los cuales le consignaron en el Banco Davivienda, los días 29 de octubre y 6 de noviembre de 2013; **que después de realizar esas consignaciones** firmaron la respectiva promesa de compraventa en la Notaría y que **en esa promesa se establecía que ORLANDO HERNÁNDEZ era el propietario del predio donde se iban a construir los apartamentos.**

11.6. En este orden de ideas, con los testimonios de las aludidas víctimas, los cuales le ofrecen plena credibilidad a la Sala, toda vez que se trata de testigos directos de los hechos materia de su declaración, sus deponencias fueron rendidas en forma clara, coherente, consistente, detallada, sin incurrir en contradicciones sustanciales en sus dichos y sus versiones son coincidentes entre sí, siendo además corroboradas con otros medios de convicción, tales como las 14 promesas de compraventa y los comprobantes de consignación que se incorporaron a la actuación mediante la Estipulación Probatoria No. 1, se encuentra demostrado más allá de toda duda que ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, desde las primeras reuniones que se realizaron para socializar el proyecto de

vivienda, es decir, de forma previa a la consignación de los dineros por concepto de la cuota del lote, indujo en error a los futuros compradores o asociados, haciéndoles creer que el predio a urbanizar era de su propiedad o de la asociación de vivienda que él representaba, lo cual era absolutamente falso o contrario a la realidad, puesto que los verdaderos propietarios y/o poseedores de ese inmueble eran los señores ILMA ROSA RODRÍGUEZ y RAMIRO GONZÁLEZ LÓPEZ, tal y como se acreditó con el testimonio de ILMA ROSA y con las promesas de compraventa suscritas entre ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, como promitente comprador e ILMA ROSA RODRÍGUEZ y RAMIRO GONZÁLEZ LÓPEZ, como promitentes vendedores, incorporadas a la actuación por medio de la estipulación probatoria No. 3.

11.7. Ahora bien, de acuerdo con las 14 promesas de compraventa y los recibos de consignación que fueron incorporados al diligenciamiento a través de la estipulación probatoria No. 1, la mayoría de esos contratos se suscribieron y autenticaron con posterioridad a la entrega de los dineros por concepto del cupo del lote y en esa medida, en principio, se podría plantear que, tal y como lo alegó el censor en la sustentación de la apelación, la inducción en error sobre la propiedad del predio a urbanizar no fue lo que produjo en los interesados en el proyecto su decisión de participar en el mismo y el correlativo desprendimiento de parte de su patrimonio, pues este ocurrió con antelación a dicha maniobra engañosa, es decir, que no existiría nexo causal entre el artificio y la afectación económica de la víctima, lo que impediría que por este aspecto se configure el punible de Estafa.

No obstante lo anterior, en este caso en particular, esa conclusión no es de recibo para la Colegiatura, toda vez que, de una parte, JESÚS ACEVEDO LEÓN y JANETH GARCÍA GARCÍA fueron enfáticos en afirmar en sus testimonios que la artimaña en comento la desplegó el acusado desde el inicio de la presentación o promoción del proyecto urbanístico, de tal forma que la inclusión de esa misma falsedad, que HERNÁNDEZ ARENAS o la asociación de vivienda que representaba eran los dueños de un terreno que realmente no les pertenecía, lo que hace es evidenciar el firme propósito del procesado de seguir manteniendo en error a las víctimas y ninguna incidencia tiene en la tipificación del ilícito de Estafa Agravada, en razón a que independientemente de la inclusión de la cláusula en comento en las promesas de compraventa, ese mismo ardid ya lo había exteriorizado el sentenciado con antelación a que se efectuaran las consignaciones del cupo del lote, siendo esta circunstancia uno de los motivos por los cuales los afectados decidieron participar en el proyecto y pagar los aportes.

Por otro lado, CARLOS EDUARDO SANTOS SANTOS³⁹, ANGELICA MARÍA SANTOS GÓMEZ⁴⁰ y LUZ STELLA GARCÍA GARCÍA⁴¹ suscribieron dos promesas de compraventa con el

³⁹ De acuerdo con el testimonio de CARLOS EDUARDO SANTOS SANTOS y con las promesas de compraventa suscritas por este, así como con los recibos de las consignaciones que efectuó, documentos que fueron incorporados a través de la Estipulación Probatoria No. 1, se tiene que esta víctima suscribió dos promesas de compraventa con el enjuiciado, los días 10 de septiembre de 2013 y 3 de febrero de 2014 y realizó dos consignaciones a la cuenta de Davivienda que le indicó el procesado, la primera el 10 septiembre de 2013 por valor de \$6.000.000= y la segunda el 22 de enero de 2014 por la suma de \$4.000.000=.

⁴⁰ Con las promesas de compraventa suscritas por ANGELICA MARÍA SANTOS GÓMEZ, así como con los recibos de las consignaciones que efectuó, documentos que fueron incorporados a través de la Estipulación Probatoria No. 1, se estableció que esta víctima suscribió dos promesas de compraventa con el enjuiciado, los días 30 de agosto de 2013 y 21 de enero de 2014 y realizó tres consignaciones a la cuenta de Davivienda que le indicó el procesado, la primera el 30 de agosto de 2013 por \$3.000.000=, la segunda el 30 de agosto de 2013 por la suma de \$3.000.000= y la tercera el 13 de enero de 2014 por valor de \$4.000.000=.

⁴¹ Conforme a las promesas de compraventa suscritas por LUZ STELLA GARCÍA GARCÍA, así como con los recibos de las consignaciones que efectuó, documentos que fueron incorporados a través de la Estipulación Probatoria No. 1, se determinó que esta víctima suscribió dos promesas de compraventa con el enjuiciado, los días 24 de septiembre de 2013 y 16 de julio de 2014 y realizó tres consignaciones a la cuenta de Davivienda que le indicó el procesado, la

procesado, consignándose expresamente en dichos documentos que el lote prometido en venta **fue adquirido** por el promitente vendedor, esto es, por ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS en nombre y representación de la Asociación de Vivienda Altos de Guanenta de San Gil y del Proyecto Urbanización Torres del Dorado, en un predio de mayor extensión, **por compra que hiciera** a los señores ILMA ROSA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ y RAMIRO GONZÁLEZ LÓPEZ, aserto que, como se explicó en precedencia, es engañoso o no corresponde con la realidad, y después de la firma de la primera promesa, las citadas víctimas hicieron una nueva consignación en la cuenta de Davivienda que les indicó el procesado, lo que significa que, inclusive, con posterioridad a que HERNÁNDEZ ARENAS incluyó la referida artimaña en las promesas de compraventa, los referidos perjudicados se desprendieron de parte de su patrimonio económico, siendo evidente el nexo causal entre el artificio y el detrimento patrimonial.

Al respecto, JOSÉ LOZADA CASTELLANOS, testigo de la defensa, aseguró en su declaración en el juicio oral que, en las reuniones que se hicieron para socializar el proyecto de vivienda materia de esta actuación, HERNÁNDEZ ARENAS les explicó a los interesados que con sus aportes era que se iba comprar el terreno en el que se construiría la urbanización; enunciado que no es creíble para este Tribunal y por ende, este medio de convicción no ostenta el poder suasorio necesario para dar por probado que el procesado no utilizó como artilugio el hacerles creer equivocadamente a los potenciales compradores o asociados que ya había comprado el referido inmueble, puesto que lo narrado por LOZADA CASTELLANOS fue desvirtuado con los testimonios de las víctimas, tal y como se expuso

primera el 24 de septiembre de 2013 por \$3.000.000=, la segunda el 29 de noviembre de 2013 por la suma de \$1.500.000= y la tercera el 22 de enero de 2014 por valor de \$1.500.000=

en precedencia, y con las 14 promesas de compraventa que el acusado suscribió con los afectados, sin que resulte lógico y razonable que en estos contratos se hubiere incluido una cláusula en la que se afirma expresamente que el aludido predio ya había sido comprado por el sentenciado o por la asociación que representaba, mientras que en las reuniones les informara verbalmente a los interesados que ese mismo lote se compraría con sus aportes.

Sumado a lo anterior, otra situación fáctica claramente indicativa de que HERNÁNDEZ ARENAS siempre tuvo la intención de utilizar maniobras engañosas para inducir o mantener en error a las víctimas y así causarles un perjuicio económico, la constituye lo narrado por CARLOS EDUARDO SANTOS SANTOS en su declaración en el juicio, en el sentido de que **antes de consignar los \$4.000.000** se encontró al procesado quien le aseveró que acababa de salir de la oficina de planeación de la alcaldía de Charalá, **que el proyecto iba marchando muy bien, que únicamente le faltaba llevar un documento muy sencillo y que tan pronto lo llevara le otorgarían la licencia**, lo que le transmitió mayor confianza a CARLOS EDUARDO e hizo la última consignación el 22 de enero de 2014.

Afirmaciones que igualmente resultaron mendaces y que por lo tanto hacían parte de la estratagema desplegada por HERNÁNDEZ ARENAS con el fin de defraudar a sus víctimas, objetivo que efectivamente consiguió, toda vez que para la época en que se encontró con SANTOS SANTOS (enero de 2014) y en contraposición a lo que le comunicó a este, el aquí acusado ya estaba teniendo serias dificultades para la consecución de la respectiva licencia, la que finalmente no pudo obtener; y además, también había incumplido con los pagos pactados en la promesa de compraventa que celebró

para la adquisición del terreno en el que se construiría la urbanización.

Efectivamente, de conformidad con los documentos incorporados mediante la estipulación probatoria No. 4, es decir, los oficios de fecha 7 de noviembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, suscritos por el Ingeniero JAVIER H. PALOMINO GAMBOA, Secretario de Planeación y Proyectos del Municipio de Charalá (Santander), el señor ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, en representación de la firma Altos del Guanentá, el 17 de septiembre de 2013, radicó en la Secretaría de Apoyo a la Gestión Institucional de la Alcaldía de Charalá una solicitud de licencia de urbanismo y construcción del proyecto denominado Torres del Dorado (apartamentos), pero dicha entidad le realizó varias recomendaciones y observaciones, por lo que el enjuiciado, los días 1 de octubre y 3 de diciembre del mismo año, presentó nuevos documentos para la corrección; sin embargo, el 24 de enero de 2014 radicó una nueva petición de licencia para otro proyecto llamado Altos del Dorado (casas) y el 21 de marzo de esa anualidad retiró los documentos del proyecto Torres del Dorado, sin que hubiese realizado más subsanaciones y, por lo tanto, no se le expidió licencia alguna.

Así mismo, con el testimonio en el juicio oral de ILMA ROSA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ y con las promesas de compraventa suscritas entre ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, como promitente comprador e ILMA ROSA RODRÍGUEZ y RAMIRO GONZÁLEZ LÓPEZ, como promitentes vendedores, incorporadas a la actuación por medio de la estipulación probatoria No. 3, se demostró que dichos contratantes pactaron la compra del predio ubicado en la calle 19 Nos. 15-25 y 15-73 del municipio de Charalá

(Santander)⁴², por valor de \$600.000.000=, el cual, inicialmente, se comprometió a pagar HERNÁNDEZ ARENAS de la siguiente manera: i) \$200.000.000= el 17 de septiembre de 2013, ii) \$100.000.000= el 30 de noviembre de 2013 y iii) \$300.000.000= el 30 de enero de 2014, lo cual no fue cumplido por el sentenciado, quien sólo canceló la suma de \$30.000.000=.

11.8. Por consiguiente, en el presente asunto se encuentran plenamente demostrados, más allá de toda duda razonable, los artificios o engaños desplegados por el acusado con el fin de defraudar el patrimonio de las víctimas, configurándose entonces la secuencia concatenada y ordenada entre el engaño, la inducción o mantenimiento en error y el perjuicio económico de las víctimas, así como el nexo causal entre estos elementos, por lo que los reparos planteados en estos aspectos por el impugnante no tienen vocación alguna de prosperidad.

11.9. En concordancia con lo anterior y también en contraposición a lo alegado por el recurrente, la Colegiatura considera que, en este caso en concreto, no se configuró un simple incumplimiento contractual de índole civil, sino que se tipificó el ilícito de Estafa, en razón a que, tal y como se explicó en precedencia, ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, mediante artificios previos, toda vez que les hizo creer falazmente a las víctimas que él o la asociación de vivienda a la que representaba eran los propietarios del fundo en el que supuestamente se ejecutaría el proyecto de vivienda liderado por el sentenciado, es decir, que, con ese ardid previo, el acusado indujo en error a los afectados sobre uno de los elementos esenciales

⁴² En el que supuestamente se construiría el proyecto de vivienda promovido por el procesado.

del contrato de promesa de compraventa que celebró con ellos, esto es, el objeto.

Debiéndose resaltar que las maniobras engañosas desarrolladas por HERNÁNDEZ ARENAS constituyeron uno de los motivos principales por los que las víctimas invirtieron en el proyecto de vivienda promovido por el acusado en el municipio de Charalá (Santander), puesto que de haber conocido que ORLANDO no había adquirido el predio para la construcción de la urbanización y que tampoco contaba con los recursos económicos necesarios para ello, no hubiesen participado en el proyecto, ni mucho menos hubieren desembolsado dinero alguno por ese concepto.

En consecuencia, esta censura tampoco está llamada a tener éxito.

11.10. Adicionalmente, el defensor del procesado, en la sustentación de la alzada, adujo que se encontraba demostrado que el primer proyecto de urbanismo y construcción, esto es, el de torres de apartamentos ocasionó gastos entre 25 y 30 millones de pesos y el segundo, es decir, el de las casas otro costo igual, por lo que en su concepto no existió un provecho ilícito.

Al respecto, OSCAR MAURICIO PICO JIMÉNEZ, en su testimonio en el juicio oral, indicó que es arquitecto; que ejerce su profesión desde el año 2006 hasta la actualidad; que trabajó con ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS en un proyecto para unas torres de apartamentos en el municipio de Charalá (Santander), elaborando el diseño arquitectónico del mismo; que posteriormente hicieron otro proyecto allá mismo porque se generó un cambio, de torres a casas; que para poder hacer su labor el procesado le suministró un

levantamiento o plano topográfico del lote a construir y que por concepto de honorarios de los dos proyectos mencionados cobró \$10.000.000= por cada uno, los cuales le fueron cancelados en su totalidad por ORLANDO HERNÁNDEZ.

Igualmente, DOMINGO RONDÓN VESGA, en su declaración en el juicio, relató que es ingeniero civil desde el año 1993; que elaboró los diseños de tipo estructural para un proyecto de torres de apartamentos en Charalá (Santander); que para tal fin le entregaron un diseño arquitectónico y los estudios de suelos; que el valor de los honorarios por ese diseño estructural fue entre \$12.000.000= o \$15.000.000=, los cuales le fueron cancelados en su totalidad; que después se cambió el proyecto de torres de 5 pisos a casas tipo bifamiliar de 2 pisos, sobre el mismo terreno; que también realizó el diseño estructural del nuevo proyecto, por el que cobró como honorarios, aproximadamente, \$12.000.000=, los que también le pagaron integralmente.

Por su parte, el propio acusado ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, en su testimonio en el juicio oral, señaló que el levantamiento topográfico le valió como \$2.000.000=; que a la señora ILMA ROSA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ se le cancelaron \$30.000.000= por la compraventa del lote⁴³; que el estudio de suelos tuvo un costo de \$4.500.000=; que por el diseño eléctrico canceló, más o menos, \$7.000.000=; que al final solamente salieron 25 personas que invirtieron dinero en el proyecto, pero no todos pagaron completo lo que les correspondía; que hizo la devolución de los siguientes aportes: a EMILSE PORRAS \$3.000.000=, a DORA ISABEL SANTOS \$2.500.000=, a MANUEL JOSÉ BAUTISTA

⁴³ Esta circunstancia fue corroborada por la señora ILMA ROSA en su testimonio en el juicio oral.

\$3.000.000=, a LESBIA MARÍA EGUIS VARGAS \$2.000.000= y a MILTÓN QUINTERO HERRERA \$400.000=, para un total de \$10.900.000=; y que alcanzó a recaudar, por concepto de aportes de los asociados, más o menos, \$100.000.000=.

En este orden de ideas, de acuerdo con los conceptos y valores especificados por los testigos de la defensa, el señor ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS invirtió una suma aproximada de \$90.500.000= en los gastos que le generaron los dos proyectos urbanísticos; aclarándose que aunque el enjuiciado hizo alusión en su testimonio a que había realizado más erogaciones por concepto de pago del salario de la persona que hacía las veces de secretaria del proyecto, del diseño eléctrico del 2 proyecto (el de casas), de viáticos y de papelería, no concretó el monto de estos valores y por consiguiente, los mismos no fueron demostrados en el presente diligenciamiento.

Aunado a lo anterior, HERNÁNDEZ ARENAS en su testimonio afirmó que había realizado la devolución de varios aportes, sin embargo, este aspecto de su declaración no le ofrece ningún tipo de poder demostrativo a la Corporación, toda vez que aunque el acusado aseveró que le había reintegrado \$2.000.000= a LESBIA MARÍA EGUIS VARGAS, como quiera que esta víctima, a la que tal y como ya se explicó en precedencia se le otorga plena verosimilitud, en el juicio testificó que el acusado no le devolvió los aportes a ella y a su esposo, a pesar de habérselos solicitado en 2 oportunidades, precisando que: *“hicimos una carta que creo que se hizo ese mismo 30 de diciembre del 2013, se hizo una carta y se dejó allá en la casa del señor Lozada, porque como la esposa de él era la que hacía las veces de contacto del señor HERNÁNDEZ, allá dejamos la carta **donde solicitamos la***

devolución de los \$2.000.000=; de esa carta no hubo respuesta ni nada, posteriormente yo le di poder a mi esposo y entonces él fue a la oficina del señor HERNÁNDEZ y allá le hizo otra petición de la devolución del dinero, otra oficina que tenía el señor HERNÁNDEZ aquí en San Gil, por la carrera 9, en realidad no conozco casi San Gil pero como que es por la carrera 9, entre 10 y 11, ahí tenía una oficina, allá se le llevó la carta y se le entregó a él personalmente, donde se pedía la devolución del dinero y él dijo que no había problema, que él lo iba devolver, pero que esperaríamos llamada y nos quedamos esperando la llamada...”.

Así mismo, el acusado en su testimonio se limitó a relacionar los valores y los nombres de las personas a las que supuestamente le había devuelto los aportes, sin que explicara de manera concreta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habrían realizado esos reintegros de dinero o en otras palabras sin especificar en dónde, la fecha o época y la forma en que se efectuaron, lo cual también le resta credibilidad a dicho aparte de su deponencia, evidenciando que esas devoluciones no corresponden a la realidad de lo sucedido sino que hacen parte de una estrategia defensiva diseñada con el fin de hacer creer que el sentenciado se gastó más dinero del que recibió por cuenta del pluricitado proyecto urbanístico y que en esa medida no obtuvo ninguna ganancia o beneficio económico derivado del mismo, lo que además resulta contradictorio con otra parte de su versión en la que aseguró que todos los gastos los había asumido con los aportes recibidos y no “con su bolsillo”.

Adicionalmente, las víctimas JESÚS ACEVEDO LEÓN, CARLOS EDUARDO SANTOS SANTOS y JANETH GARCÍA GARCÍA manifestaron en sus testimonios que, una vez se enteraron que el

proyecto había fracasado, le solicitaron al aquí acusado que les devolviera los dineros que habían invertido, a lo que HERNÁNDEZ ARENAS les dijo tajantemente que *“él no le devolvía dinero a nadie”*, que si querían que lo demandaran, pero *“que al que lo demandara no le devolvía su dinero”*, señalando JESÚS ACEVEDO que no tenía conocimiento que el procesado le hubiese devuelto el dinero a alguien; con lo cual se puede inferir razonablemente que, contrario a su dicho, el sentenciado no hizo ninguna devolución de dinero, puesto que esa nunca fue su intención.

Así las cosas, con los testimonios de la defensa se acreditó que ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS invirtió una suma aproximada de \$90.500.000= en los gastos que le generaron los dos proyectos urbanísticos, la cual es inferior a los \$100.000.000= que él mismo admite haber recaudado, de tal forma que, contrario a lo alegado por su defensor, obtuvo un incremento patrimonial de más o menos \$9.500.000=, gracias a los artificios y engaños que empleó para inducir en error a los interesados en el proyecto y que invirtieran en el mismo, propósito que finalmente consiguió; incluso, muy probablemente, ese beneficio económico fue mayor, en atención a que el procesado en su deponencia aceptó que finalmente los inversionistas fueron 25, es decir, más de los 14 que probó la Fiscalía, lo cual es indicativo de que reunió más de \$100.000.000=, puesto que tal y como lo demostró plenamente el Ente Acusador con los recibos de consignación que se incorporaron a través de la Estipulación Probatoria No. 1, el dinero que aportaron las 14 víctimas reconocidas en este diligenciamiento, fue de \$91.000.000=, es decir, que los 11 restantes debieron aportar una cifra muy superior a \$9.000.000=, así no hubiesen aportado en su totalidad los \$6.000.000= que le correspondía a cada uno.

11.11. En síntesis, también se encuentra probado, más allá de toda duda, que el aquí acusado obtuvo un provecho ilícito, a través de ardides, con los que indujo y mantuvo en error a sus víctimas logrando así defraudarlos económicamente, por lo que, se repite, en este caso en concreto, se configuran todos los elementos necesarios para que se tipifique el delito de Estafa Agravada en modalidad de delito masa, sin que sean de recibo las censuras esbozadas en ese sentido por el impugnante.

12. En lo que respecta a la tipicidad del punible de Urbanización Ilegal, la cual también fue cuestionada por el apelante, al tenor de lo preceptuado en el artículo 318 del Código Penal, comete este delito *“El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley... Cuando se trate de personas jurídicas incurrirán en las sanciones previstas en los incisos anteriores sus representantes legales...”*.

Sobre los elementos estructurales de dicho ilícito, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado⁴⁴:

“El bien jurídico tutelado es el Orden Económico y Social. Se trata de un tipo de resultado objetivo, de lesión, de conducta instantánea y pluriofensivo; con sujeto activo indeterminado y como pasivo el conglomerado social, la comunidad. Los verbos rectores de la conducta son alternativos: adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir, cada una de las acciones perfecciona en forma independiente y autónoma el delito.

⁴⁴ Sentencia del 5 de septiembre de 2012, radicado No. 27460, Magistrado Ponente: Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

El objeto material lo constituyen actos-resultado de división, parcelación, urbanización de inmuebles o la construcción de los mismos en forma ilegal” (Negrillas Fuera de Texto).

En lo relativo a esta conducta punible, la Fiscalía acusó a ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, por los verbos rectores de adelantar, desarrollar y promover una urbanización; imputación jurídica que fundamentó en que *“jamás obtuvo permiso por la Oficina de Planeación Municipal de Charalá, para tal urbanización; es decir, no obtuvo la licencia previamente...”*.

Ahora bien, aunque tal y como lo arguyó el apelante, la Fiscalía en el acto complejo de la acusación (escrito y formulación oral) no precisó, como era su deber, cuáles eran las normas concretas que completaban esta infracción penal en blanco, esto es, qué requisitos legales regían para el año 2013 (época de los hechos), en materia de urbanización y construcción de inmuebles, en el sentir de la Colegiatura dicha omisión y falta de técnica por parte del órgano persecutor no genera la nulidad de lo actuado, ni tampoco torna en atípica la conducta desplegada por el procesado, toda vez que, en todo caso, la Fiscalía aludió en la imputación jurídica que el requisito de Ley que se había incumplido por parte de HERNÁNDEZ ARENAS era el de no haber obtenido, previamente al adelantamiento, desarrollo y promoción de la urbanización, la respectiva licencia o permiso ante la Oficina de Planeación Municipal de Charalá, de tal forma que el procesado tenía claros los términos de la acusación, especialmente, la exigencia legal que había pretermitido o soslayado y en esa medida, tuvo la oportunidad de defenderse frente a la totalidad de los cargos que le fueron formulados, hasta el punto que el propio recurrente acepta que, de conformidad con el Decreto 1469 de 2010, el lleno de los requisitos

legales consiste **en tener autorizada la licencia respectiva**, cumpliendo **previamente** el trámite y los presupuestos establecidos en los artículos 15, 16, 21, 22 y 25 de dicha normatividad.

En concordancia con lo anterior, el artículo 99 numeral 1º de la Ley 388 de 1997 consagra que *“Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere licencia expedida por los municipios, los distritos especiales, el Distrito Capital, el departamento especial de San Andrés y Providencia o los curadores urbanos, según sea del caso...”*.

Por su parte, el Decreto No. 1469 de 2010, vigente para la época de los hechos, por el cual se reglamentan, entre otras, las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas, preceptúa en su artículo 1 que: *“Licencia urbanística. Es la autorización previa para adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción y demolición de edificaciones... y para realizar el loteo o subdivisión de predios, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal competente”*, mientras que el artículo 2 establece que son licencias urbanísticas, entre otras, las de urbanización y construcción, las cuales son definidas por los artículos 4 y 7 así: *“Licencia de urbanización. Es la autorización previa para ejecutar en uno o varios predios localizados en suelo urbano, la creación de espacios públicos y privados, así como las vías públicas y la ejecución de obras de infraestructura de servicios públicos domiciliarios que permitan la adecuación, dotación y subdivisión de estos terrenos para la futura construcción de edificaciones con destino a usos urbanos...”* y *“Licencia de construcción... Es la autorización previa para desarrollar edificaciones, áreas de circulación y zonas comunales en uno o varios predios...”*.

Al respecto, es necesario resaltar que las referidas normas son de carácter nacional y, por lo tanto, eran del conocimiento del aquí procesado al momento de cometer los hechos materia de este pronunciamiento, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con los testimonios del propio procesado, de OSCAR MAURICIO PICO JIMÉNEZ y de DOMINGO RONDÓN VESGA, ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS tenía experiencia en el ramo de la construcción y en la ejecución de este tipo de proyectos.

Dentro de este contexto, en el presente caso, con los oficios de fechas 7 de noviembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, suscritos por el Ingeniero JAVIER H. PALOMINO GAMBOA, Secretario de Planeación y Proyectos del Municipio de Charalá (Santander), incorporados mediante la estipulación probatoria No. 4, se demostró que no se expidió licencia de urbanismo y construcción para los proyectos denominados Torres del Dorado (apartamentos) y Altos del Dorado (casas), configurándose así el elemento estructural del tipo penal de Urbanización Ilegal, consistente en *“sin el lleno de los requisitos de ley”*.

En lo atinente a los verbos rectores endilgados por la Fiscalía, este Tribunal considera que ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS desplegó la conducta de **promover** la urbanización de inmuebles o su construcción, sin obtener previamente la respectiva licencia para ello, tal y como se explicó en precedencia; reiterándose que los verbos rectores previstos en el artículo 318 del Código Penal **son alternativos** y no concurrentes, lo que significa que solamente se requiere una de esas acciones para la perpetración o consumación del delito de Urbanización Ilegal.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española **promover** significa *“impulsar el desarrollo o la realización de algo”*. La palabra, como tal, proviene del latín *promovĕre*, que quiere decir *“mover o empujar hacia delante”*, también puede emplearse como fomentar o favorecer la ejecución de una cosa, bien sea iniciándola o bien activándola, si se encontraba paralizada; otra de sus acepciones es promocionar, publicitar o estimular la compra de un producto o servicio⁴⁵.

Así mismo, sobre el verbo rector *“promover”* se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la providencia del 5 de agosto de 2009, radicado 31.105, M. P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés, en la que se dijo lo siguiente:

“En efecto, la Sala ya se ha pronunciado sobre el alcance del verbo rector *promover*, integrante de la conducta punible de urbanización ilegal, descrita en el artículo 318 del Código Penal. Al respecto, ha expresado que **las gestiones encaminadas a anunciar la venta de inmuebles o la entrega de dinero para dicho propósito son comportamientos que se enmarcan dentro de la acción de promover**. Así lo manifestó la Corte:

*“Por otro lado, la celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o la recepción de otras especies valoradas en efectivo, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda (en número no inferior a cinco), no son más que manifestaciones ostensibles, externas y materiales de la conducta de **promover** la urbanización ilegal, con dirección a dividir, parcelar, urbanizar o construir inmuebles sin el lleno de los requisitos legales, porque la promoción no significa nada diferente de iniciar, hacer que principie cierta acción o darle impulso a una cosa o proyecto.”*

“Pero en lo que atañe a la configuración de las conductas rectoras, no hay duda de que fueron recogidas las anteriores y también notoriamente ampliadas en el nuevo texto, pues se pasó de simplemente “anunciar o desarrollar” a las de “adelantar, desarrollar,

⁴⁵ <https://www.significados.com/promover/>

promover (que en cierta acepción significa anunciar), patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir"⁴⁶ (Negrillas Fuera de Texto)

Así las cosas, en contraposición a lo argumentado equivocadamente por el defensor del procesado en la sustentación de la apelación, para que se tipifique la conducta punible de Urbanización Ilegal no es necesaria la modificación o construcción del lote a urbanizar, ni que se realice obra alguna en el mismo, puesto que la acción de promover se comete precisamente con los actos aludidos por el censor, esto es, *"la sola publicidad, oferta comercial, reuniones, consignaciones, promesas de compraventa"*.

Dentro de este contexto, con los testimonios de JESÚS ACEVEDO LEÓN, CARLOS EDUARDO SANTOS SANTOS, JANETH GARCÍA GARCÍA, LESBIA MARÍA EGUIS VARGAS y JOSÉ LOZADA CASTELLANOS, se acreditó que ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, en los años 2013 y 2014, realizó varias reuniones con la comunidad de Charalá (Santander), en el despacho parroquial, la casa de la cultura y en el lote donde se construiría la urbanización, con el fin de socializar y brindar información sobre un proyecto de vivienda que iba a realizar en dicha población, inicialmente de apartamentos (Torres del Dorado) y posteriormente casas (Altos del Dorado), ofreciendo facilidades de pago para acceder a una vivienda dentro de dicho proyecto, además de publicitarlo mediante perifoneo y avisos en el terreno a urbanizar; de igual modo, celebró contratos de promesa de compraventa y recibió anticipos de dinero de aproximadamente 25 personas.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 18 de septiembre de 2001, radicación No. 15988.

En consecuencia, ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS **promovió** los proyectos de vivienda denominados Torres del Dorado (apartamentos) y Altos del Dorado (casas), sin haber obtenido previamente las respectivas licencias de urbanismo y construcción, es decir, sin cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 99 numeral 1 de la Ley 338 de 1997 y en los artículos 1, 2, 4 y 7 del Decreto No. 1469 de 2010, vigente para la época de los hechos, incurriendo así en el delito de Urbanización Ilegal consagrado en el artículo 318 del Código Penal.

13. En conclusión, tal como lo indicó el A Quo en la sentencia cuestionada, al efectuar un análisis individual y en conjunto de las pruebas legalmente recaudadas en el juicio oral, con base en las reglas de la sana crítica (ciencia, lógica y experiencia), se encuentran acreditadas, más allá de toda duda, tanto la materialidad de los punibles de Estafa Agravada, en la modalidad de delito masa, en concurso heterogéneo con Urbanización Ilegal, así como la responsabilidad en la comisión de los mismos por parte de ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS, de tal forma que se confirmara el fallo impugnado.

14. Igualmente, el alzadista cuestionó la dosificación punitiva efectuada por el A Quo, como quiera que, en su particular criterio, debió incrementar la tercera parte estipulada en el artículo 31 del Código Penal, por la modalidad de delito masa de la Estafa, partiendo de 70 meses y no de 84, por lo que dicho aumento equivalía a 23 meses y 10 días, quedando la pena a imponer por este ilícito en 93 meses y 10 días y no en 112 meses como, en su sentir, equivocadamente la tasó el Cognoscente.

Para la Sala este reproche resulta abiertamente improcedente, en razón a que el defensor del procesado, sin ningún tipo de motivación o sustentación, concluyó que la pena a imponer por el delito de Estafa Agravada, dentro del primer cuarto punitivo establecido por el Juez de conocimiento, esto es, de 64 a 84 meses de prisión, en el cual efectivamente debe fijarse la pena, al no concurrir circunstancias genéricas de mayor y/o menor punibilidad (artículos 55 y 58 del Código Penal), era de 70 meses, mientras que el Fallador de primer grado determinó que se debía imponer el máximo de ese primer cuarto, es decir, 84 meses de prisión, decisión que fundamentó, en forma suficiente y adecuada, en los criterios establecidos para ello en el inciso 3 del artículo 61 del Código Penal, tales como la gravedad de la conducta, el daño real causado (porque, para el A Quo, fueron afectadas 14 personas de escasos recursos y por el daño potencial a otros interesados en el proyecto), la naturaleza de la agravante deducida (el fraude recayó sobre vivienda de interés social) y la intensidad del dolo.

Ahora bien, observa la Colegiatura que tanto el Cognoscente como el defensor incurrieron en un error al efectuar el aumento de la 1/3 parte de la pena a imponer por el delito masa, de conformidad con el párrafo del artículo 31 del Código Penal, sobre el monto de la pena ya dosificada, como si se tratara de un fenómeno postdelictual, y no sobre los extremos punitivos consagrados por el legislador para el tipo penal de la Estafa Agravada (artículo 247 C.P.), desconociendo con ello lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 60 ibídem; sin embargo, este yerro no tiene ninguna incidencia sustancial en la sanción penal finalmente impuesta, dado que el incrementar, como lo indica la Ley, la 1/3 parte al mínimo y al máximo de la pena a imponer para la Estafa Agravada, es decir, de 64 a 144 meses, estos

quedarían de 85,33 a 192 meses de prisión, por lo que el primer cuarto punitivo se establece entre 85,33 y 112 meses de prisión, y en esa medida, el máximo de este cuarto, monto que se debe imponer siguiendo los mismos parámetros señalados por el A Quo, resulta equivalente a la pena finalmente tasada en la sentencia de primer grado para el tipo penal en comento.

De igual modo, el Cognoscente cometió otro equívoco en la dosificación de la pena, al fijar la multa en 10.375 salarios mínimos legales mensuales vigentes, toda vez que este monto es el mismo que señaló para el ilícito de Urbanización Ilegal y en esa medida omitió aplicar el incremento por el concurso con el punible de Estafa Agravada, el cual debía realizarse según lo preceptuado en el numeral 4° del artículo 39 del Código Penal en los siguientes términos: *“Acumulación. En caso de concurso de conductas punibles o acumulación de penas, las multas correspondientes a cada una de las infracciones se sumarán, pero el total no podrá exceder del máximo fijado en este artículo para cada clase de multa”*; sin embargo, dicha irregularidad no es susceptible de ser subsanada en esta instancia, debido a la aplicación del principio constitucional de la No Reformatio In Pejus.

15. En cuanto a la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la carcelaria, el Juez de conocimiento le negó este beneficio al sentenciado, al considerar que no se cumplía con el requisito objetivo establecido para tal fin en el numeral 1 del artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, normatividad que se debe aplicar en este asunto con base en el principio de favorabilidad, toda vez que, a juicio del Cognoscente, **la pena impuesta** es superior a los 8 años de prisión.

Por su parte, el censor en la sustentación de la apelación adujo que la misma era procedente puesto que, según su criterio, **la pena impuesta** por el delito de Estafa Agravada sería de 93 meses y 10 días, monto inferior a los 8 años de prisión que exige el numeral 1 del artículo 38B del Código Penal para acceder a la prisión domiciliaria.

Al respecto, se debe aclarar que, en contraposición a lo que en forma desatinada consideran tanto el defensor como el A Quo, la procedencia de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la carcelaria debe examinarse teniendo en cuenta **la pena mínima prevista en la Ley**, es decir, sin efectuar la correspondiente dosificación punitiva, como en forma clara, expresa y sin lugar a equívocos lo estipula el numeral 1 del artículo 38B del Código Penal, **y no con base en la pena finalmente impuesta**, como erróneamente lo entendieron el A Quo y el recurrente.

En consecuencia, es necesario que la Sala se pronuncie sobre la posibilidad de otorgar el mecanismo sustitutivo de la prisión en comento, puesto que, pese a la indebida argumentación en este sentido por el impugnante, se observa que dicho beneficio es procedente y por ende, se debe abordar el punto por tratarse de un asunto inescindiblemente ligado con uno de los temas de la apelación y en aras de salvaguardar los derechos y garantías fundamentales del condenado, especialmente el principio de legalidad.

Bajo este panorama, **resulta procedente la prisión domiciliaria en favor de ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS**, al tenor de lo

preceptuado en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, puesto que:

(i) Los punibles de Estafa Agravada en la modalidad de delito masa y Urbanización Ilegal, objeto de la presente actuación, de acuerdo con la Ley (artículos 31, 246, 247 y 318, respectivamente, del Código Penal), comportan **una pena mínima a imponer** inferior a los 8 años de prisión;

(ii) Dichos ilícitos no se encuentran inmersos dentro de las exclusiones que consagra el inciso 2 del artículo 68A del Estatuto Punitivo, para los cuales está prohibido este beneficio; y

(iii) En cuanto al arraigo familiar y social del condenado, este constituye un criterio objetivo para el otorgamiento de la prisión domiciliaria, consistente en *“el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes”* (SP918 del 3 de febrero de 2016, radicado 46647 y SP 18912 del 15 de noviembre de 2017, radicado 46930).

De igual manera, al tenor de lo preceptuado en el inciso 2 del numeral 3 del artículo 38B del Código Penal, el Juez debe determinar la existencia o inexistencia del arraigo con cualquier medio de prueba, *“sin que necesariamente tengan que ser los practicados o debatidos en el juicio, pues basta que hayan sido allegados a la actuación”* (SP918 del 3 de febrero de 2016, radicado 46647 y SP4439 del 10 de octubre de 2018, radicado 52373).

En este orden de ideas, en contraposición a lo manifestado por la Fiscalía en su intervención como no recurrente, en el sentido que se desconoce el arraigo familiar y social del sentenciado, en el presente diligenciamiento obran la constancia de fecha 9 de octubre de 2015, suscrita por ELSA FLOR FERREIRA MENDEZ Asistente de Fiscal I⁴⁷ y el Escrito de Acusación, documentos según los cuales ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS reside en la Carrera 4 No. 18A-22, apartamento 301, Barrio El Bosque del municipio de San Gil (Santander), de tal forma que en dicho lugar es en el que se encuentra acreditado el arraigo del aquí sentenciado, por tanto, será en ese inmueble donde deberá cumplir domiciliariamente su condena.

Así las cosas, al tenor de lo preceptuado en el artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, se le concederá a ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS la prisión domiciliaria como sustitutiva de la carcelaria, la que se ejecutará en la Carrera 4 No. 18A-22, apartamento 301, Barrio El Bosque del municipio de San Gil (Santander), con el cumplimiento por parte del condenado de las obligaciones previstas en el numeral 4 de la citada norma, lo cual se garantizará mediante caución que se fija en la suma de \$300.000= y con la suscripción de la correspondiente acta de compromiso, comisionando para tal fin al Juzgado de conocimiento; así mismo, de conformidad con el literal b) numeral 4 del referido artículo 38B del Estatuto Punitivo se le concede al aquí sentenciado un plazo de seis meses para que indemnice integralmente a las víctimas del punible objeto del presente pronunciamiento.

⁴⁷ Incorporada mediante la Estipulación Probatoria No. 4.

En el evento en el que el penado incumpla las obligaciones a las que se hizo alusión en el párrafo anterior, se le podrá revocar, mediante decisión motivada el beneficio de la prisión domiciliaria, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 29F de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 31 de la Ley 1709 de 2014.

Así mismo, se deberá oficiar al INPEC para que proceda, a la mayor brevedad posible, a trasladar a **ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.070.624, expedida en San Gil, al inmueble donde cumplirá la prisión domiciliaria otorgada.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, Sala Penal de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada, con la siguiente modificación:

CONCEDER la sustitución de la prisión en establecimiento carcelario por **la domiciliaria** en favor de **ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.070.624, expedida en San Gil, la que se ejecutará en la Carrera 4 No. 18A-22, apartamento 301, Barrio El Bosque del municipio de San Gil (Santander).

Para garantizar el cumplimiento, por parte del sentenciado **ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS**, de las obligaciones consagradas en el numeral 4 del artículo 38B del Código Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, deberá constituir caución por la suma de \$300.000= y suscribir la correspondiente acta de compromiso, comisionando para tal fin al Juzgado de Conocimiento.

Así mismo, de conformidad con el literal b) del numeral 4 del referido artículo 38B del Estatuto Punitivo se le concede a **ORLANDO HERNÁNDEZ ARENAS** un plazo de seis meses para que indemnice integralmente a las víctimas de los punibles materia de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, que deberá interponerse por las causales que señala el artículo 181 de la Ley 906 del 2004, dentro del término previsto en el artículo 183 ibídem, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 del 2010, esto es, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

TERCERO: NOTIFICAR el presente proveído a las partes e intervinientes, a través de sus correspondientes correos electrónicos⁴⁸, o, en su defecto, por medio de cualquier tecnología de la información y la comunicación TIC idónea para tal fin, para lo cual se deberá adjuntar en su integridad esta providencia. Lo anterior teniendo en cuenta la coyuntura generada por la pandemia del covid19 o coronavirus.

⁴⁸ Esta forma de notificación se hará con apoyo en los artículos 28 y 31 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,

Los Magistrados:



LUIS ELVER SÁNCHEZ SIERRA



MARÍA TERESA GARCÍA SANTAMARÍA



NILKA GUISSELA DEL PILAR ORTIZ CADENA



Jonaira Farina Chaves Silva
Secretaria