

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION/ REFORMATIO IN PEJUS

4 1.- El artículo 473 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, disponía que vencido el término de reapertura, deberá ser cerrada la investigación y fenecido el traslado a las partes, el juez “decretará la cesación del procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación”. Es decir, no bastaba el simple transcurso del tiempo ni la invariabilidad probatoria para que operara la cesación del proceso porque era indispensable una nueva valoración de la prueba y que no existiera mérito para acusar. Imposible determinar la ausencia de fundamentos para proferir resolución de acusación sin analizar la prueba obrante en el sumario, así no se hubiera recaudado ninguna durante la reapertura.

2.- La no prohibición de la reformatio in pejus, sufrió modificación sustancial con la promulgación de la Constitución Nacional de 1991 (artículo 31) en cuanto no permite la agravación punitiva cuando el condenado sea apelante único y el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del Código de Procedimiento Penal vigente, que otorga competencia al superior para revisar en vía de apelación únicamente los aspectos impugnados, reforma inspirada en el principio según el cual quien apela a una instancia superior tiene por finalidad la de mejorar su situación jurídica, más no empeorarla.

PROCESO No. 10052

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

MARIO MANTILLA NOUGUES

Aprobado Acta No.120

Santafé de Bogotá D.C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y siete (1997).

VISTOS:

Superadas múltiples incidencias propiciadas por el procesado NARCISO SALUSTIO IBARRA FERNANDEZ y su defensor, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el primero de ellos, contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto de 15 de julio de 1994, que lo condenó por los delitos de peculado por apropiación y falsedad de documentos, en concurso.

HECHOS

Por los meses de enero y febrero de 1986, siendo Secretario de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, agencia de Sibundoy (Putumayo), el individuo NARCISO SALUSTIO IBARRA FERNANDEZ, se hicieron tres giros telegráficos con destino a la Sucursal de la misma entidad en Samaniego (Nariño), los cuales fueron abonados a las cuentas corrientes y de ahorros que el nombrado NARCISO SALUSTIO había abierto en ésta última población; estableciéndose que los giros fueron elaborados apócrifamente por él, apropiándose ilícitamente de esa manera de la suma de cuarenta y siete millones de pesos (\$47.000.000.00).

TRAMITE PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy, a ella se vinculó mediante indagatoria al nombrado IBARRA FERNANDEZ, y a los directores encargado y titular de la oficina de la Caja Agraria en Samaniego JAIME ERNESTO MERA BACCA Y HORACIO ARQUIMEDES MELO MONDRÓÑERO, como también al padre y hermanos del primero de ellos, cerrada la instrucción fue calificada el 19 de abril de 1989

por el Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Mocoa con reapertura de la investigación por el término de sesenta días, de acuerdo al artículo 473 del Decreto 050 de 1987 entonces vigente.

Meses después, el 22 de junio de 1990 el mismo Juzgado calificó por segunda vez el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de NARCISO SALUSTIO IBARRA FERNANDEZ por los delitos de falsedad en documento público en concurso con estafa; contra JAIME ERNESTO MERA BACCA Y HORACIO ARQUIMEDES MELO MONDROÑERO por peculado culposo y contra SEGUNDO JUAN IBARRA ROSERO, MARIANITA DE JESUS Y LEOVAR ULPIANO IBARRA FERNANDEZ como cómplices del delito de estafa; enjuiciamiento reformado por el Tribunal Superior de Pasto mediante el suyo de 5 de abril de 1991 (fs. 1126 y ss. del expediente) en el sentido de acusar a NARCISO SALUSTIO IBARRA FERNANDEZ por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, realizados en concurso; revocó la resolución de acusación que pesaba contra el padre y hermanos de aquél, confirmándo la decisión en los demás puntos.

Celebrada audiencia pública, correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Mocoa (Putumayo) poner fin a la instancia condenando a NARCISO SALUSTIO IBARRA FERNANDEZ a la pena principal de 14 años de prisión y multa de seiscientos mil pesos, interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de diez años y al pago en concreto de los perjuicios causados en favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Condenó además a JAIME ERNESTO MERA BACCA Y HORACIO ARQUIMEDES MELO MONDROÑERO a la pena principal de un año y seis meses de arresto y multa de veinte y diez mil pesos respectivamente, otorgándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional. Apelado el fallo por IBARRA FERNANDEZ y su defensor fue reformado por el Tribunal Superior de Pasto, decisión que es objeto del recurso de casación. Rebajó el Tribunal la pena a 7 años 6 meses de prisión para IBARRA FERNANDEZ por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos privados, y rebajó a 8 meses, 10 días

de arresto la correspondiente a JAIME ERNESTO MERA BACCA, confirmando la sentencia en los demás puntos.

DEMANDA DE CASACION

Con fundamento en la causal tercera de casación se formulan dos cargos a la sentencia impugnada, el uno como principal y el otro como subsidiario, a saber:

Cargo Principal:-

Nulidad de la actuación por la comprobada existencia de una irregularidad sustancial violatoria del debido proceso y el derecho a la defensa, consistente en haberse calificado por segunda vez el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado NARCISO SALUSTIO IBARRA FERNANDEZ, después de transcurridos doscientos setenta días contados a partir de la providencia que ordenó la reapertura de la investigación por el improrrogable término de sesenta días, conforme al artículo 473 del decreto 050 de 1987 entonces vigente, sin haberse practicado ninguna de las pruebas decretadas, cuando lo indicado hubiese sido cesar procedimiento en su favor, de acuerdo al criterio dominante de la Corte sobre el particular, consignado en algunas decisiones cuyos principales apartes reproduce el impugnante.

Luego expresa:

“En el caso la reapertura se produjo el 19 de abril de 1989 (f.665), y en el perentorio término de los sesenta días siguientes no se produjo ninguna prueba por lo que era imperioso cesar procedimiento, una vez cerrada la investigación por contener esa norma Artículo 473 C.P.P. un derecho y no se procedió de esa manera por lo que se menoscabó gravemente la estructura del proceso de esa época y se perjudicó en forma tan grave el derecho de defensa que de no ser por esa arbitrariedad de cerrar la investigación cuando quiso el Instructor Narciso Ibarra Fernández estuviera (sic) absuelto

y de esa manera perjudicó y socabó la estructura del proceso inaplicando una norma sustancial por contener un derecho y afectando en forma grave al procesado, que de no ser por esa grave falla hoy no estaría condenado”.

Solicita en consecuencia casar la sentencia recurrida y declarar la nulidad del proceso a partir del auto de 30 de agosto de 1988 que declaró tardamente cerrada la investigación, absolviendo al procesado.

Cargo Subsidiario:-

Nulidad del juicio por violación del principio de ejecutoria de las providencias judiciales puesto que el Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación interpuesto por los procesados JAIME MERA BACCA Y HORACIO MELO MONDROÑERO contra la resolución de acusación proferida por el Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Mocoa el 22 de junio de 1990 por peculado culposo “decidió en detrimento de la defensa de Narciso Salustio Ibarra Fernández reformar la resolución de acusación para acusarlo de falsedad documental y peculado y no de falsedad documental y estafa como lo hizo la providencia de primera instancia”; pese a no ser sujeto procesal apelante.

Afirma el censor que el Tribunal podía revisar integralmente la situación jurídica de los apelantes “PERO NO PODIA REVISAR LA SITUACION JURIDICA DE LOS NO APELANTES porque había adquirido ejecutoria la providencia de primera instancia..”

Y agrega que dicho proceder vulneró gravemente la estructura del debido proceso y afectó el derecho a la defensa de IBARRA FERNANDEZ pues de haber persistido la acusación por falsedad y estafa no hubiese sido condenado por peculado, siendo absuelto por la estafa por no configurarse dicho delito; irregularidad que generó la nulidad del proceso la que debe ser declarada a partir de la resolución de acusación dictada por el Tribunal el 5 de abril de 1991.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se opone a la pretensión anulatoria del censor porque ninguno de los cargos formulados a la sentencia está llamado a prosperar.

Respecto al cargo principal de nulidad por haberse demorado el nuevo cierre de la investigación más allá del término de reapertura y no haberse evacuado las pruebas decretadas expresa que:

“la situación presentada en éste caso no deja de ser una irregularidad que no es de tal entidad como para invalidar la actuación o para que se afecte el debido proceso, más bien, el hecho de que se haya prolongado el término previsto para la práctica de pruebas en la reapertura de investigación, es una garantía mayor para el procesado que no redundaría en el derecho de defensa en el evento de que con tales probanzas se hubiere demostrado su inocencia, pero como ocurrió todo lo contrario, de ahí se desprende la inconformidad del actor..”

Aludió antes a la importancia de las pruebas decretadas durante la reapertura de la investigación, la dificultad de su recaudo y la intrascendencia de la irregularidad denunciada.

En cuanto al cargo subsidiario de nulidad por violación del principio de ejecutoria de las resoluciones judiciales manifestó que “no comparte los planteamientos del demandante en el sentido de que para los no apelantes ya se encontraba en firme el primer proveído, pues desde el mismo instante en que uno solo de los procesados impugne la decisión, ésta providencia que es una sola para todos, conserva su unidad jurídica, que no se rompe ni desconoce por el hecho de que uno de ellos no haya interpuesto los recursos que le otorga la ley y otros si,..”

Agrega que el artículo 538 del ordenamiento procesal penal vigente para la época de

proferirse la providencia de segunda instancia, atribuía competencia al juez o tribunal ad-quem para decidir sin ninguna limitación sobre la providencia impugnada; es decir, que no existía limitación para la reformatio in pejus, enfatizando que el término de ejecutoria de autos y sentencias es común para todos los sujetos procesales no existiendo ejecutorias parciales o sectorizadas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo Principal

Asiste razón al señor Procurador Delegado que descarta la

nulidad del proceso por haberse calificado por segunda vez el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado recurrente NARCISO SALUSTIO IBARRA FERNANDEZ, excediéndose el término de reapertura de la investigación y dejado de recaudar las pruebas decretadas, pues dicha irregularidad procesal carece de la connotación requerida para invalidar la actuación por desconocimiento del debido proceso o afectación del derecho a la defensa.

Efectivamente, la considerable mora en clausurarse por segunda vez el ciclo instructivo para calificarse en definitiva el mérito del sumario, como lo preveía el artículo 473 del decreto 050 de 1987, en cierto modo tolerada por los sujetos procesales intervinientes, podía considerarse en determinadas circunstancias como falta de carácter disciplinario contra el funcionario moroso, pero en ningún caso generar nulidad de la actuación.

El debido proceso no resultó vulnerado o sufrió menoscabo porque en su tramitación se produjo una segunda calificación del sumario, que era la formalidad contemplada para estos casos por el artículo 473 ya mencionado. Cosa diferente es que la nueva calificación no sea ahora del agrado del defensor del procesado recurrente, quien en la

debida oportunidad procesal la consintió, al no haberla protestado a través de los medios de impugnación consagrados en la ley.

La cesación de procedimiento por dudas, consagrada en el inciso segundo del artículo 473, duramente criticada por su nocividad e inconveniencia, solo resultaba viable cuando al momento de la segunda calificación no existiera mérito probatorio para formular resolución de acusación, pues existiendo éste, se imponía la formulación de cargos sin que el acusado pudiese alegar la aplicación de dicha medida desconociendo la realidad probatoria pues en tal caso la calificación se haría contrariando esa realidad procesal.

En el hipotético evento de retrotraerse el proceso a partir del segundo cierre de la investigación, como propone el demandante, no podría cesarse procedimiento en favor de su asistido por existir prueba concluyente que lo compromete como el autor de los hechos investigados, tal como puntualizó el funcionario instructor en la providencia calificatoria no protestada por la defensa.

Ya la Corte ha tenido oportunidad de referirse en varias ocasiones a situaciones como la planteada. En providencia del 28 de junio de 1995 dijo:

“No siendo el derecho una ciencia exacta como las matemáticas, se pueden exponer interpretaciones varias sobre las normas aplicables o sobre los medios de convicción y que cuando se presentan cambios de los funcionarios en un determinado despacho, como es apenas obvio quien llega al mismo, no queda comprometido con los criterios sostenidos por su antecesor; e incluso aunque se tratara del mismo funcionario que realiza las dos calificaciones es perfectamente posible que en la segunda ocasión advierte hechos y circunstancias no vislumbradas en la primera oportunidad que lo llevan a cambiar el criterio expresado en el calificadorio inicial, sin que por ello se pueda afirmar como se hace por el censor que se vulnera el debido proceso. Lo contrario sería concluir que si se incurrió y un yerro en la primera decisión, el funcionario estaba en la obligación de

persistir en él, lo que evidentemente no es razonable ni lógico” (M.P. doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS).

El artículo 473 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, disponía que vencido el término de reapertura, deberá ser cerrada la investigación y fenecido el traslado a las partes, el juez “decretará la cesación del procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación”. Es decir, no bastaba el simple transcurso del tiempo ni la invariabilidad probatoria para que operara la cesación del proceso porque era indispensable una nueva valoración de la prueba y que no existiera mérito para acusar. Imposible determinar la ausencia de fundamentos para proferir resolución de acusación sin analizar la prueba obrante en el sumario, así no se hubiera recaudado ninguna durante la reapertura.

Precisamente eso fue lo que hizo el instructor, valorar la prueba como lo ordenaba la norma. Valoración que lo llevó a concluir la presencia de elementos probatorios para dictar resolución acusatoria. Simplemente dio aplicación a la ley y la inconformidad con la forma como fue calificada por segunda vez la conducta endilgada al procesado IBARRA FERNANDEZ no es error in procedendo que pueda afectar la validez de la actuación.

De lo dicho se colige que el cargo de nulidad enrostrado al sentenciador es infundado pues no se advierte que en la hipótesis planteada por el impugnante hubiese sufrido mengua o quebranto el debido proceso adelantado con estricta sujeción al procedimiento previsto en el decreto 050 de 1987, ni mucho menos que el derecho a la defensa del procesado hubiese sido conculcado, ya que por el contrario, éste gozó a plenitud de todas las prerrogativas inherentes a dicha garantía.

No prospera el cargo formulado.

Cargo Subsidiario

El 5 de abril de 1991, fecha en la que el Tribunal Superior de Pasto reformó la resolución de acusación proferida por el Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Mocoa, acusó a NARCISO SALUSTIO IBARRA FERNANDEZ por los delitos de peculado por apropiación y falsedad documental en concurso, regía el artículo 538 del decreto 050 de 1987 que decía:

“Competencia del superior: - El recurso de apelación otorga competencia al Juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada”.

Quiere ello significar que la modificación del pliego de cargos formulados al procesado IBARRA FERNANDEZ se consolidó en vigencia de la norma citada que otorgaba competencia al superior para decidir sin limitación alguna la apelación, por lo que el reproche a la sentencia es totalmente injusto.

La no prohibición de la reformatio in pejus, sufrió modificación sustancial con la promulgación de la Constitución Nacional de 1991 (artículo 31) en cuanto no permite la agravación punitiva cuando el condenado sea apelante único y el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del Código de Procedimiento Penal vigente, que otorga competencia al superior para revisar en vía de apelación únicamente los aspectos impugnados, reforma inspirada en el principio según el cual quien apela a una instancia superior tiene por finalidad la de mejorar su situación jurídica, más no empeorarla.

Tampoco prospera la impugnación.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

NO FIRMO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

NO FIRMO

JORGE E. CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

MARIO MANTILLA NOUGUES

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria