

APELACION-Sustentación

1º. De una atenta lectura y una sana interpretación del inciso final del artículo 196B del C.P.P., que sobre el trámite de la apelación de las sentencias establece: “A quien haya solicitado sustentación oral y no comparezca a la audiencia respectiva sin justificación, se le impondrá sanción de diez a treinta salarios mínimos mensuales legales de multa, mediante providencia motivada contra la cual sólo procede el recurso de reposición” (resalta la Corte), se observa con claridad, muy por el contrario a lo entendido por el ad quem, que al disponer que la apelación de la sentencia “puede” hacerse oralmente o por escrito, está permitiendo al recurrente la facultad de optar por cualquiera de ellas autónomamente, sin que sean excluyentes entre sí por el hecho de ser varios los apelantes, escogiendo unos la primera y otros la segunda.

Son pues, eminentemente procesales, los efectos de la elección que hagan los apelantes frente a la impugnación de la sentencia, ya que si todos optan por la forma escrita, el recurso se concede una vez transcurridos los términos de cinco y seis días a que se refiere el artículo 196 A si se presentaron los correspondientes memoriales, pues de lo contrario debe declararse desierto para aquellos que así no procedieron y conceder los sustentados dentro del término fijado para tal efecto. Pero si cualquiera de varios decide hacerlo oralmente, el Juez debe concederlo inmediatamente y es al superior a quien le compete declarar desierto lo correspondiente a los apelantes orales, como quiera que ante él debe cumplirse con la sustentación en la audiencia señalada para tal fin, siendo para dichos recurrentes obligatorio comparecer y no para los demás. De ahí, que la norma en cita establezca una sanción pecuniaria “para quien haya solicitado sustentación oral y no comparezca a la audiencia respectiva”.

En efecto, el hecho de que cualquiera de los sujetos procesales se decida por la oralidad para exponer su desacuerdo con la sentencia, no implica en manera alguna que quienes optaron por hacerlo mediante escrito queden forzados a asistir a la audiencia de

sustentación y mucho menos, que a pesar de haber presentado su escrito nuevamente tengan que cumplir con dicha carga procesal en la audiencia, porque se llegaría a ritualismos extremos desconocedores de la misma ley en desmedro de las garantías de los sujetos procesales en cuanto a la autonomía que tienen de elaborar sus propias estrategias defensivas e inclusive, el propio derecho de defensa en aquellos casos en que la opción de hacerlo por escrito se deba a evidentes limitaciones físicas, como puede suceder cuando la persona es muda, o económicas cuando ello implique el traslado de una ciudad a otra, o porque la naturaleza de los aspectos atacados demandan un estudio profundo sobre determinados temas, facilitándose su exposición a través de lo escrito.

Lo anterior no implica que cuando se presenta esta mixtura, el término para presentar el escrito quede en el limbo, pues, habrá de presentarse, o bien al momento de interponer el recurso, o hasta el día inmediatamente anterior al que deba llevarse a cabo la audiencia pública de sustentación, siendo desde luego, potestad suya concurrir o no a dicha diligencia, bien para intervenir, caso en el cual se entenderá que la exposición oral es el sustento de la impugnación, pues si concurre y no interviene, es el escrito, por supuesto el fundamento del recurso.

En efecto, en reciente ocasión en que la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este tema, precisó lo siguiente:

“Que pasa con los apelantes ‘no orales’? Deben estos hacer llegar a la segunda instancia sus escritos sustentadores dentro del término que va desde la fijación de la audiencia pública hasta el día inmediatamente anterior a iniciarse ésta, para que dichos escritos tengan la oportunidad de ser conocidos por los sujetos procesales (recurrentes y no recurrentes) y efectivizar así los derechos de réplica o coadyuvancia.

Aquí conviene advertir: si quien ha sustentado por escrito quiere, además concurrir a la audiencia y hacerlo oralmente, únicamente tendrá validez esta clase de

sustentación, y el referido escrito no tendrá valor alguno.

Si el apelante no comparece a la audiencia, obvio que su impugnación se declarará desierta, y las sustentaciones escritas, hechas dentro del término ya indicado, podrá ser controvertidas en el curso de la audiencia". (Auto de julio 15/97, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

2º. Así las cosas, no resulta lógico y mucho menos jurídico pretender que cualquiera de los sujetos procesales, en esta materia, esté facultado por la ley para imponerle a los demás recurrentes, como una obligación, la sustentación oral desconociendo su manifestación de hacerlo por escrito y el cumplimiento que haga de esa exigencia legal, pues aparte de que sería inequitativo, y a la equidad debe propender el Juez, haciendo en todo caso prevalecer lo sustancial sobre lo formal, desconocería el derecho constitucional de la igualdad ante la ley, convirtiendo el principio de la doble instancia en un ejercicio caprichoso, violento y desleal por parte de otro sujeto procesal, puesto que la voluntad de quien quiere actuar oralmente terminaría desconociendo a los demás, a quienes debe reconocérseles iguales derechos, la libertad que la propia ley le confiera para presentar escrito.

Pues, si la ley permitiera que un apelante pudiese condicionar la actuación de los demás, se impondría, necesariamente, la excepción de inconstitucionalidad, dado que la regulación legal de un derecho no puede permitir que se ejercite aún en desmedro del de los demás.

Proceso No. 12214

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 94 (12-08-97)

Santafé de Bogotá D.C., veintiocho de agosto de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS:

Acumuladas las 9 causas que adelante se especificarán y una vez que por cambio de radicación le fue asignado su conocimiento al juzgado 6º. Penal del circuito de Tunja, este Despacho las culminó en primera instancia mediante sentencia del 5 de abril de 1995, por medio de la cual resolvió: condenar a JAIME CORTES ESPINOSA a la pena principal de 72 meses de prisión por el concurso delictual heterogéneo, simultáneo y sucesivo de peculado por apropiación agravado, falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, falsedad en documento privado, interés ilícito en la celebración de contratos, violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y peculado por aplicación oficial diferente, por los que fuera acusado en el proceso No. 1531 por el Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Pitalito; imponiéndole como penas accesorias la interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión del ejercicio de la patria potestad “si la tuviere”, por el mismo tiempo de la sanción privativa de la libertad, y al pago de \$ 65'000.000,00 por concepto de perjuicios materiales a favor del municipio de Pitalito (Huila); absolviéndolo de los cargos que por peculado por apropiación en concurso real y homogéneo, peculado por aplicación oficial diferente, peculado por apropiación agravado y celebración indebida de contratos, por los que fue enjuiciado en los procesos Nos. 1530, 1629, 3191 y 3597 al considerar el a quo que se trataba de “cargos repetidos” en la causa 1531.

Condenar a Jesús Alfonso Ferreira Villegas a la pena principal de 35 meses de prisión por

los delitos de peculado por apropiación, en concurso homogéneo, simultáneo y sucesivo, falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado, también en concurso homogéneo, por los que fuera acusado en la causa No. 1530, reconociéndole rebajas punitivas por confesión y restitución parcial; a las penas accesorias las de interdicción de derechos y funciones públicas y la pérdida de la patria potestad “si la tuviere”, por un tiempo igual al de la sanción principal y al pago de \$65’000.000,00 a título de perjuicios a favor del municipio de Pitalito (Huila); absolviéndolo de los cargos de peculado por apropiación agravado y falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y de peculado por apropiación por los que fue llamado a juicio en las causas Nos. 1531 y 1629, respectivamente, al considerar que se trataba de los “mismos hechos” juzgados en el proceso No. 1530.

Condenar a Helmer Rojas Ramírez a la pena principal de 54 meses de prisión por los delitos de peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo, falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, en concurso homogéneo, simultáneo y sucesivo, interés ilícito en la celebración de contratos y violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, también en concurso, y peculado por aplicación oficial diferente, por los que fue enjuiciado en la causa No.1531; a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad “si la tuviere”, por el mismo lapso de la principal y al pago de \$ 4’417.863 a favor del municipio de Pitalito por concepto de perjuicios materiales; absolviéndolo de los cargos que por peculado por apropiación, prevaricato por omisión y falsedad en documento privado por ocultamiento y peculado por apropiación en cuantía de \$138.000, imputados en las causas Nos.1534, 3609 y 1533, respectivamente, por existir en éstas “cargos repetidos” en la causa No. 1531.

Condenar a Gustavo Cifuentes Correa a 27 meses de prisión por concurso de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado (causa No. 1530); a Ricardo Cortés Mateus y José Lisímaco Lievano

Bonello, a la pena principal de 6 meses de prisión por el delito de receptación (causas Nos. 1530 y 1531, respectivamente); absolviendo a este último por los delitos de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y peculado por apropiación que como cómplice le fueron imputados en la causa No. 1531; a Jairo Cortés Espinosa y José Ricaurte Gallego Ramírez a 1 año de prisión, por los delitos de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo, absolviendo al segundo de ellos por el delito de peculado por apropiación (Causa No. 1531); y a Gilberto Espinosa Ortiz a 6 meses de arresto por el delito de favorecimiento (causa No. 1530).

Absolver de todos los cargos imputados en las diversas acusaciones, a Daniel Díaz Reyes (causas Nos. 1530 y 1629), Alvaro Hernando Gómez Vargas (causas Nos. 1530 y 1629), Jaime Tovar Rojas (causas Nos. 1530, 1531, 1629 y 3609), José Ricardo Villegas López (causa No.1530), Héctor Gómez (causa 1530), Nelson Peña Castro (causa No. 1531) y Nelson Retaviesca Vargas.

Decretar el desembargo de los bienes de los procesados absueltos de todos los cargos.

Esta decisión fue apelada por el defensor de JAIME CORTES ESPINOSA; el procesado HELEMER RORJAS RAMIREZ y la parte civil, y una vez declarado desierto el recurso interpuesto por los dos últimos, por considerar que la sustentación escrita presentada por estos no los eximía de su formulación oral que escogiera el primero, mediante fallo del 21 de enero de 1996, el Tribunal Superior de Tunja resolvió “denegar las pretensiones del impugnante y en su lugar, CONFIRMAR LA PROVIDENCIA DE PRIMER GRADO, en lo que fue motivo de inconformidad”.

Contra la anterior sentencia los apoderados de JAIME CORTES ESPINOSA y los de la parte civil interpusieron recurso de casación, el cual, luego de surtido el de hecho respecto de éste último sujeto procesal, fue concedido por la Corte.

HECHOS:

Elegido Alcalde del municipio de Pitalito (Huila) JAIME CORTES ESPINOSA en 1988, a los pocos meses de desempeñarse en el cargo, hacia el mes de agosto

de 1989, la ciudadanía comenzó a detectar anomalías en el ejercicio de su función, razón por la cual algunos de sus miembros le formularon denuncia penal, como igualmente lo hizo el personero, por cuanto se sabía de las 'comisiones', 'mordidas', 'contratos irregulares', sobrefacturación en las compras a nombre del municipio, pagos efectuados sin el correspondiente sustento documental, aprobación de gastos por fuera del presupuesto, y otros delictivos procederes que se venían observando en esa administración, llegándose al extremo de que los propios funcionarios vendían los diferentes productos adquiridos por el municipio, como si fueran bienes particulares; siéndoles atribuibles estos desafueros al burgomaestre y a sus subalternos, quienes se valían de simulaciones en suministros, contratos, cuentas de cobro ficticias, empresas fantasmas y otra serie de irregularidades para agotar el presupuesto municipal, abocándolo prácticamente a la ruina fiscal.

Las diversas denuncias formuladas, así como de las copias expedidas en varias de las investigaciones que se iban adelantando, dieron origen a los 9 procesos que una vez acumulados concluyeron en las instancias con el fallo ahora recurrido en casación.

ACTUACION PROCESAL:

Con base en la referida denuncia penal formulada el 3 de agosto de 1989 por varios ciudadanos del municipio de Pitalito (Huila), el 6 de septiembre siguiente el Juzgado 1º de Instrucción Criminal de esa misma localidad inició la investigación preliminar, escuchó en versión libre a Helmer Rojas Ramírez y el 8 del mismo mes pasó las diligencias al Juez 12 de Instrucción Criminal, quien luego de declararse impedido, las envió al Juzgado 13, en donde el 30 de octubre de 1989 se profirió auto cabeza de proceso, vinculando mediante indagatoria a Helmer Rojas Ramírez (f. 313) el 31 de octubre, a Jaime Tovar

Rojas (f.322), Ricardo Cortés Mateus (f.331) y Jaime Cortes Espinosa (f.335) el 1º de noviembre, a Jaime Muñoz Valdés (f. 341vto.) y a Nelson Peña Castro(f. 345) el 2 del mismo mes y a Jaime David Saab Molina (f. 366) y Hernán Castro Torres el 7 (f. 369, cdno. 1, paq. 2).

El 10 de noviembre de 1989 se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de Rojas Ramírez por los delitos de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y falsedad en documento privado, en concurso; de Cortés Espinosa por peculado por apropiación, en concurso homogéneo, peculado por aplicación oficial diferente, en concurso homogéneo, violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades y falsedad en documento privado en concurso; de Peña Castro y Tovar Rojas por peculado por apropiación y violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; y de Cortés Mateus por peculado por apropiación; de conminación en contra de Saab Molina y Castro Torres por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades; absteniéndose de imponer medida de aseguramiento a Muñoz Valdés (f. 384, cdno. 1, paq. 2).

Allegada a la investigación diversa prueba pericial obtenida en inspecciones judiciales, y testimonios de diversos ciudadanos de Pitalito, se dispuso la captura de Ricaurte Gallego Ramírez y Jairo Cortés espinosa (f. 619), quienes por no haber sido posible su ubicación, el 5 de febrero de 1990 fueron declarados personas ausentes (f. 619, cdno. 2, paq. 2).

El 6 de marzo de 1990 se presentó voluntariamente José Lisímaco Liévano Bonello (f. 708), a quien luego de escucharlo en indagatoria se le definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (f. 722) por el delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía en concurso con el de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo. El 30 de ese mismo mes se impuso igual medida de aseguramiento a los ausentes Jairo Cortés Espinosa y José Ricaurte Gallego por los

delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado (f. 722, cdno. 2, paq. 2).

El 4 de abril siguiente se escuchó en indagatoria a Jesús Alfonso Ferreira Villegas (f. 779), el siguiente 20 se declaró cerrada la investigación (f.832, cuaderno 2, paquete 2) y el 17 de mayo de 1990 se calificó el mérito probatorio del sumario (f. 921, cdno. 2, paq. 2) con resolución acusatoria en contra de JAIME CORTES ESPINOSA y Helmer Rojas Ramírez, por los delitos de peculado por apropiación agravado, en concurso homogéneo, falsedad en documento privado y falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo, simultáneo y sucesivo, concierto para delinquir, agravado para CORTES ESPINOSA, interés ilícito en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y peculado por destinación oficial diferente, de Jairo Cortés Espinosa y José Ricaurte Gallego Ramírez por los punibles de concierto para delinquir, falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y peculado por apropiación en calidad de cómplices y falsedad ideológica en documento público respecto del último, se José Ricardo Cortés Mateus por el delito de receptación; de Lisímaco Lievano Bonello por los de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y peculado por apropiación en calidad de cómplice; de Jaime Tovar Rojas por peculado culposo, en concurso homogéneo y celebración indebida de contratos en concurso heterogéneo, simultáneo y sucesivo, y de Alfonso Ferreira Villegas por peculado por apropiación y falsedad en documento privado, en concurso heterogéneo.

En la misma decisión se modificó la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta a JAIME CORTES ESPINOSA y HELMER ROJAS RAMIREZ por la de caución prendaria equivalente a 20 salarios mínimos y se resolvió la situación jurídica de Ferreria Villegas, afectándolo con medida detentiva.

Respecto de Jaime Muñoz Valdés, Hernán Castro Torres y Jaime David Saab Molina,

se dictó cesación de procedimiento.

Apelada la anterior decisión por los defensores de Ricardo Cortés, Alfonso Ferreira, Jaime Cortés y Lisímaco Liévano, mediante decisión del 16 de julio de 1990, el Tribunal Superior de Neiva revocó la imputación por concierto para delinquir, y de otra parte, aclaró que la falsedad ideológica por la que se acusó a JAIME CORTES ESPINOSA y HELMER ROJAS RAMIREZ era agravada de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 222 del C.P., confirmando en lo demás la decisión impugnada.

El 10 de agosto de 1990 fue iniciada la etapa del juicio por el Juzgado Unico Superior de Pitalito, en donde una vez constatada la existencia de varios procesos en contra de los allí encausados mediante auto del 22 de agosto del mismo año (f.23, cdno. 3, pag. 2), decretó la acumulación de los siguientes:

El radicado en ese mismo juzgado bajo el No. 1533 en el cual se acusó a Helmer Rojas Ramírez el 4 de julio de 1990, por el delito de peculado por apropiación en cuantía de \$138.000,00 (f. 63, pag. 3).

El No. 1534 también adelantado por ese mismo Despacho y en el que el 2 de marzo de ese año se acusó a Helmer Rojas Ramírez por el delito de peculado en cuantía de 4'419.500 y celebración indebida de contratos, a Nelson Retaviesca Vargas por el delito de peculado por apropiación en calidad de cómplice, a Jaime Cortés Espinosa, Jaime Tovar Rojas y a Nelson Peña Castro como coautores del delito de celebración indebida de contratos, decretando la cesación de procedimiento en favor de Floresmiro Díaz, Ofelia Peña Tovar y Antonio María Puentes Peña y de Helmer Rojas por el delito de falsedad ideológica en documento público. Decisión que habiendo sido apelada por los defensores de Peña Castro, Cortés Espinosa y Tovar Rojas, el 16 de julio de 1990, fue confirmada por el Tribunal Superior de Neiva en cuanto a la imputación que por peculado por apropiación se había formulado contra Rojas Ramírez, modificada respecto de

Retaviesca Vargas, en el sentido de llamarlo a juicio como coautor del delito de peculado por apropiación, aclarando sobre este punible que por haberse restituido lo apropiado una vez iniciada la investigación, la cuantía se establecía en \$347.000,00, y además, procedía la rebaja punitiva de que trata el inciso segundo del artículo 139 del C.P.; y revocada en cuanto a las imputaciones por celebración indebida de contratos formulada contra Rojas Ramírez, Cortés Espinosa, Tovar Rojas y Peña Castro, por los que el juzgado había cesado procedimiento. En lo demás confirmó la decisión apelada. (f.156, paq. 4).

El No. 1530, adelantado por el Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Neiva en el que se profirió resolución acusatoria en contra de Jesús Alfonso Ferreira Villegas, Daniel Díaz Reyes, Alvaro Fernando Gómez Vargas y Jaime Tovar Rojas, por los delitos de peculado por apropiación, en concurso homogéneo, simultáneo y sucesivo, falsedad ideológica en documento público, en concurso homogéneo y falsedad en documento privado también en concurso, al primero como autor y los tres últimos en calidad de cómplices; de José Gustavo Cifuentes Correa por concurso de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, en calidad de cómplice y de falsedad en documento privado; de José Ricardo Villegas López por peculado por apropiación, en calidad de cómplice; de JAIME CORTES ESPINOSA por concurso real, homogéneo y sucesivo de peculado por apropiación, a Héctor Gómez como cómplice de peculado por apropiación y a José Lisímaco Lievano Bonello y Gilberto Espinosa Ortiz como coautores del delito de receptación (f. 830, cdno. 3, paq. 1) . Esta decisión había sido apelada por el defensor de Cifuentes Correa, a quien se le aceptó el desistimiento del recurso mediante auto del 23 de julio de 1990 (f. 900 vto.).

Ahora, por auto del 28 de noviembre de 1990 (f. 144, paquete 5) se decretó la acumulación de la causa No. 1543 adelantada por el Juzgado 2º. Penal Municipal de Pitalito, en la cual el 9 de marzo de 1989 se profirió resolución acusatoria en contra de Nelson Retaviesca Vargas por el delito de hurto agravado (f. 94, cdno, ppal., paq. 5).

Igualado el trámite de los anteriores procesos con la causa No. 1531, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia pública, la que se inició desde el 3 de diciembre de 1990, luego de varias ausencias del defensor de Mario Ricardo Cortés Mateus, a quien se le impusieron las sanciones del caso y se le compulsaron copias para que se le investigara disciplinariamente por esta conducta. Más adelante, uno de los defensores recusó infructuosamente al Juez de conocimiento.

Posteriormente a petición de varios de los defensores de los procesados, mediante auto del 4 de marzo de 1991, la Corte resolvió favorablemente al cambiar la radicación del proceso pasándolo al Distrito Judicial de Neiva al de Tunja.

Habiéndole correspondido la presente actuación al Juzgado 3º Superior de Tunja, éste mediante auto del 2 de enero de 1992 (f. 563, pag. 6), suspendió el trámite de la actuación mientras se lograba la uniformidad procesal con la causa No. 1629 que acumuló a las anteriores y en la cual el Juez 13 de Instrucción Criminal de Neiva, el 30 de octubre de 1991 (f. 515, pag. 6), profirió resolución acusatoria en contra de Jesús Alfonso Ferreira Villegas, JAIME CORTES ESPINOSA, Jaime Tovar Rojas, Daniel Díaz Reyes y Alvaro Gómez Vargas por el delito de peculado por destinación oficial diferente y cesado todo procedimiento en favor de Oscar García y José Ignacio Torres.

Ya en vigencia del decreto 2700 de 1991, el Juzgado 3º. Superior de Tunja tomó la denominación de 6º. Penal del Circuito, y el 14 de enero de 1994 (f. 138, pag. 8) suspendió nuevamente el trámite de los procesos anteriores para acumular la causa No. 3579, en la que el 6 de octubre de 1993 (f. 132, pag. 8), la Fiscalía Seccional No. 24 de Pitalito profirió resolución acusatoria en contra de JAIME CORTES ESPINOSA por celebración indebida de contratos.

Más adelante, el 1º de febrero de 1994 (f. 147, pag. 7), nuevamente suspendió la tramitación de los procesos anteriores y ordenó la acumulación de la causa No. 3591 en la

cual el 30 de noviembre de 1993, la Fiscalía Seccional No. 24 de Pitalito, había proferido resolución acusatoria en contra de JAIME CORTES ESPINOSA por el delito de peculado por apropiación, en concurso homogéneo (f. 122, pag. 7).

Asimismo, mediante auto del 26 de abril de 1994 (f. 317, pag. 9), hubo de suspenderse nuevamente la actuación, debido a la acumulación del proceso No. 3609, también adelantado por la Fiscalía 24 de Pitalito y en el que el 8 de marzo del mismo año, acusó a Helmer Rojas Ramírez por los delitos de prevaricato por omisión y falsedad en documento privado por ocultación y a Jaime Tovar Rojas por el delito de concusión, al tiempo que se cesó el procedimiento en favor de Alvaro Quintero Ruiz y Gabriel Cardona Arboleda.

Mediante auto del 28 de septiembre de 1994, se decretó la cesación de procedimiento, por prescripción de la acción penal, respecto de Nelson Retaviesca Vargas en lo que hace al delito de hurto calificado imputado en la causa No. 1543.

Realizada la audiencia pública, el 5 de abril de 1995, se profirió la sentencia de primera instancia en los términos reseñados anteriormente, contra la cual la parte civil interpuso recurso de apelación el 21 de abril de 1995 (f. 1211, pag. 10), expresando en el mismo escrito impugnatorio las razones de su inconformidad. Como Helmer Rojas Ramírez también había hecho lo propio sin que precisara la forma de sustentación, mediante auto del 20 de abril se le requirió con tal fin, habiendo procedido éste a enviar por escrito la sustentación del recurso el 27 del mismo mes y año. Entre tanto, el 25 de abril el defensor de JAIME CORTES ESPINOSA también expresó que impugnaba el fallo de primer grado, advirtiéndole que expondría oralmente los fundamentos del recurso, razón por la cual por auto del 28 de abril del mismo año, el juzgado concedió las apelaciones interpuestas.

En el trámite de la segunda instancia de la sentencia, el 19 de mayo de 1995, fue

capturado JAIME CORTES ESPINOSA, a quien el Tribunal hizo remitir de la cárcel para que participara en la audiencia de sustentación oral, que finalmente se llevó a cabo el 16 de julio siguiente, previa citación mediante telegrama a los defensores de los demás procesados (f. 65, cdno. del Tribunal), pues a petición del defensor de CORTES ESPINOSA, hubo de aplazarse en 3 oportunidades. Igualmente, Helmer Rojas hizo llegar desde su reclusión en Pitalito un nuevo escrito adicionando la sustentación del recurso por él interpuesto.

No obstante, por auto del 3 de octubre de 1995, el Tribunal Superior de Tunja declaró desierto los recursos de apelación de Helmer Rojas Ramírez y la parte civil, por no haber asistido a la audiencia de sustentación oral del recurso, pues en su criterio el hecho de que el defensor de CORTES ESPINOSA hubiese manifestado su propósito de hacer oralmente su exposición fundamentadora, implicaba necesariamente que los demás recurrentes procedieran de igual manera. En consecuencia, el 21 de enero de 1996, dictó fallo de segunda instancia únicamente resolviendo sobre la apelación de la sentencia de primera instancia que oralmente sustentó el apoderado de JAIME CORTES ESPINOSA, confirmándola.

Contra la decisión del ad quem, interpusieron el recurso extraordinario de casación, tanto el defensor de CORTES ESPINOSA como la parte civil, habiéndosele concedido al primero y negado al segundo por auto del 21 de febrero de 1996 (f. 153, cdno. del Tribunal) pues la declaratoria de desierto del recurso de apelación implicaba, en criterio del Juez Corporativo, que el fallo de segunda instancia no hiciera referencia a los intereses de ese sujeto procesal, decisión contra la cual, aquélla interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de hecho.

Negada la reposición el 12 de marzo del mismo año (f. 170 ibídem), se expidieron las copias solicitadas para sustentar el recurso de hecho, que fue resuelto por la Corte el siguiente 30 de abril, revocando lo pertinente del auto que negó el recurso de casación a la

parte civil, y en su lugar, lo concedió.

Presentadas entonces las respectivas demandas y habiendo rendido concepto el Ministerio Público, el 10 de junio del año en curso ingresó el proceso al Despacho para fallo, razón por la cual procede la Corte a decidir sobre los recursos de casación interpuestos por el defensor de JAIME CORTES ESPINOSA y el apoderado de la parte civil.

LAS DEMANDAS:

1º. Primera Demanda

Cargo Unico

Con sustento en el cuerpo primero de la causal primera de casación, acusa el defensor de JAIME CORTES ESPINOSA el fallo de segunda instancia de violar directamente el artículo 139 del C.P., por interpretación errónea “y por consiguiente, de la falta de aplicación de dicha norma”.

Así, en la demostración del reproche, aduce el censor en primer término que el fallo objeto de este recurso fue “deficiente” en la motivación sobre la negativa para no concederle al procesado la reducción de pena, limitándose – el Tribunal – prácticamente a afirmar la no consignación de la totalidad de lo apropiado, pues con una tal argumentación se le estaría requiriendo al precepto en cita “exigencias que no contempla, como que lo apropiado está constituido no solamente por el valor de los bienes que fueron desposeídos al Estado sino por la liquidación de ese valor con la corrección monetaria e intereses etc., lo que surge como un error en la apreciación y la aplicación de la ley sustancial”.

Y para destacar que reintegro equivale a devolverle al Estado los bienes apropiados, sin que ello esté supeditado a la existencia previa de la liquidación de los perjuicios, reproduce

el contenido del artículo 139 del C.P., explicando su contenido a través de una definición enciclopédica que equipara reintegro con restitución, para concluir, a partir de allí, que reintegrar hace parte de los verbos rectores contenidos en el mencionado artículo, “que como se observa, agrega, equivale con absoluta claridad a devolver, pagar o recuperar, sin que pueda entenderse que esa reintegración requiera de una actualización de los dineros o los bienes, esto es, una liquidación del capital con los perjuicios.”. Por tanto, afirma, tal claridad normativa, no puede desatenderse “so pretexto de consultar su espíritu”, pues ello implicaría desconocer lo previsto en el artículo 27 del C.C, por lo que también considera que el fallo impugnado atentó contra el artículo 228 de la Carta Política.

Luego de citar alguna doctrina sobre el tema objeto del ataque, dice el casacionista que según el fallo de primera instancia a CORTES ESPINOSA se le condenó únicamente por los cargos contenidos en la resolución acusatoria de la causa radicada bajo el No. 1531, que en lo que respecta a la cuantía del delito de peculado por apropiación fue estimada en \$ 8'426.960, deducida por el juez calificador del dictamen pericial, y por ende, “el valor de lo apropiado no puede ser distinto a lo anotado en éste párrafo”.

Para demostrar su afirmación, explica cómo dentro de la misma causa también se enjuició al almacenista Helmer Rojas Ramírez por el mismo punible en comento, pero en cuantía de \$ 4'947.902 por unos bultos de cemento que desaparecieron del Almacén y que en el expediente “obra constancia que HELMER ROJAS pagó los perjuicios a que fue condenado, antes de dictarse sentencia de segunda instancia.”, al igual que ocurrió con Jesús Alfonso Ferreira Villegas, quien por haber consignado parte del valor de lo apropiado recibió rebaja de pena y se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Recuerda entonces, cómo el proceso en el que se condenó a los encausados en mención, “tuvo como base la apropiación por parte de JAIME CORTES ESPINOSA, JESUS ALFONSO

FERREIRA VILLEGAS Y HELMER ROJAS, en asocio de diversas personas, algunos funcionarios oficiales y otros particulares, de la suma total de \$ 14'021.092,00 pesos que fueron extraídos del tesoro público, por la vía de la sobrefacturación, achacada totalmente a JAIME CORTES ESPINOSA, faltante en el Almacén, imputable en su totalidad a HELMER ROJAS, y el cobro de un cheque por parte de JESUS ALFONSO FERREIRA, suma total que fue consignada por todos los acusados antes de la sentencia que estoy acusando.”.

Sobre este asunto, precisa que la esposa de CORTES ESPINOSA, antes de que se proferiera el fallo de segunda instancia consignó en la sección de depósitos judiciales del banco Popular la suma de \$ 8'426.960,00 y por esa razón debe rebajársele la pena hasta en la mitad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 del C.P., pues la no aplicación de dicho precepto impidió que se le concediera el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Acorde con lo expuesto, solicita se case parcialmente el fallo impugnado rebajando hasta la mitad la pena impuesta a CORTES ESPINOSA y que, en consecuencia se le conceda el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia.

2. Segunda Demanda

Al amparo de la causal primera de casación, once cargos propone el apoderado de la parte civil, así:

Cargo Primero

Con base en el cuerpo primero de la causal primera del artículo 220 del C.P.P. propone el demandante esta censura, por violación directa de los artículos 103, 104 y 105 del C.P., por falta de aplicación, en cuanto se refieren a la solidaridad civil para el pago de los perjuicios por parte de los responsables del delito.

Para demostrar el reproche recuerda el contenido de los artículos 2341, 1613 y 1614 del C.C., así como que en la causa No. 1530 fueron acusados 10 funcionarios públicos y varios particulares, precisando que a todos los que finalmente resultaron condenados debió imponérseles la obligación solidaria de pagar los perjuicios, de conformidad con lo previsto en los artículos 1568 a 1580 del C.C., y así no procedió el Juez de primera instancia, causándose perjuicio al municipio de Pitalito, pues los inculcados que “tienen bienes vinculados a las Causas Acumuladas por embargo deben responder por aquellos que no tienen bienes o se insolventaron con ocasión de las investigaciones y solo resultan respondiendo por las condenas en perjuicio particularizadas que contiene la sentencia de primera instancia.”.

La misma apreciación expone sobre la proceso No. 1531, agregando que igual “sucedió en las otras causas especificadas, pero como no hay bienes que respondan de sus vinculados no las tocamos en esta acusación.”.

Solicita en consecuencia, se case parcialmente el fallo impugnado y se disponga que las personas condenadas por los cargos a que se refieren las causas No. 1530 y 1531, deben pagar solidariamente los perjuicios materiales y morales causados con tales ilícitos.

Cargo Segundo

También por violación directa, el casacionista ataca el fallo impugnado de no haber aplicado en el caso concreto los artículos 103, 104, 105 y 106 del C. P., en lo que tiene que ver con el daño moral no susceptible de valoración pecuniaria.

Para demostrar la censura, se refiere al contenido de las disposiciones que cita vulneradas, así como al de los artículos 55 del C.P., 2342, 1613 y 1614 del C.C., destacando que en el presente asunto debe tenerse en consideración que se trata de múltiples delitos cometidos en concurso, que fue el municipio de Pitalito el ofendido y que

sus infractores fueron los propios administradores quienes “esfumaron” el presupuesto municipal que provenía de diferentes préstamos para poner en funcionamiento el Fondo de Desarrollo, creado con el fin de realizar un plan de desarrollo territorial y urbano contratado desde años atrás con la Universidad Nacional, el cual hubo de liquidarse debido al fracaso económico al que lo llevaron los propios servidores que lo dirigían.

En el mismo sentido, aduce, para demostrar el daño moral causado con los delitos cometidos, que muchos de los comerciantes que habían tenido negocios con el municipio dejaron de contratar con él, pues en lo que tiene que ver con las órdenes de compra efectuadas por fuera de los topes presupuestales perdieron sus importes o debieron acudir a las vías judiciales para su recaudo.

Solicita en consecuencia, se case el fallo objeto de ataque y, “dada la falta de condena por daños morales en favor del municipio y en contra de los condenados, sentenciar a todas aquellas personas encausadas que resultaren objeto de condena a pagar al Municipio de Pitalito mil gramos de oro puro”, o su equivalente en moneda nacional al momento del fallo de casación, “por cabeza”.

Cargo Tercero

También con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera de casación formula el censor este reproche, “por violación directa de la ley sustantiva y el sentido del error de hecho”, en lo que respecta a la absolución de que fue objeto José Lisímaco Liévano Bonello por los cargos que por falsedad en documentos en concurso homogéneo y peculado por apropiación agravado en concurso heterogéneo le formuló el Juzgado 13 de Instrucción Criminal del Huila en la causa No. 1531, corrigiendo de inmediato su formulación inicial en el sentido de afirmar que se trata de una violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia, esto es, haber dejado el fallador de apreciar algunas pruebas.

Transcribe enseguida el aparte pertinente del fallo en el que se aduce la necesidad de absolver a éste procesado de dichos cargos por ausencia de prueba que demuestre su responsabilidad, no obstante, agrega el actor, que al folio 20 de la misma sentencia el Juzgado había dicho que le hallaba la razón “al Señor Defensor de LIEVANO BONELLO que había planteado la nulidad de por lo menos una de las dos resoluciones de acusatorias que le hacían cargos a su defendido, por que (sic) contenían iguales cargos en la una que en la otra, con fundamento en lo cual procedía a absolver al encausado para obviar la nulidad.”, lo cual en su criterio, constituye una “dicotomía”, pues los argumentos expuestos para tal absolución se basan simultáneamente en la falta de prueba y en la existencia de una nulidad que dice el fallador evitar con tal decisión, pese a que sí existe prueba para condenar por los cargos a que se refiere la causa No. 1530 y además los hechos allí investigados son diferentes a los de la No. 1531.

Para demostrar sus afirmaciones en lo que atañe a la causa No. 1530, advierte en primer lugar, que en dicho proceso se vinculó mediante indagatoria a Liévano Bonello el 6 de marzo de 1990, habiendo allí confesado su colaboración con el Alcalde en los peculados por apropiación que a aquél se le imputaron, diligencia que fue trasladada como prueba a la causa No. 1531 en donde también se le escuchó en indagatoria el 6 de abril del mismo año, lo cual no significa que los hechos investigados en una y otra fueran los mismos, pues el segundo de los procesos mencionados averiguaba lo sucedido en la Alcaldía y sus dependencias como el Almacén y la Tesorería que además, era encabezada por JAIME CORTES ESPINOSA, mientras que en la primera lo relativo al Fondo de Desarrollo Urbano, en donde el sindicato principal era Alfonso Ferreira Villegas.

Reproduce entonces la “confesión” de Liévano Bonello sobre su ayuda al Alcalde para “‘lavar’ dineros del Municipio, es decir girados – refiriéndose al cobro de cheques – por la Tesorería Municipal y no por la Tesorería del Fondo de desarrollo Urbano de Pitalito”, y en la cual se basó la acusación el proceso No. 1530, concluyendo a partir de allí el quebranto de los artículos 298 y 300 del C.P. y 247 del C.P.P..

Y, en lo que tiene que ver con la causa No. 1531, sobre las imputaciones por falsedad en documento privado, derivadas del endoso de cheques entregados por CORTES ESPINOSA para que los consignara en una de sus cuentas personales del Banco Popular, transcribe el casacionista el aparte pertinente de la resolución acusatoria, refiriendo allí que la prueba de cargo que sirvió para ello fue la propia indagatoria de Liévano Bonello, la cual permite deducir su eficacia probatoria, si se valora de conformidad con los artículos 298 y 300 (ibídem.), máxime si tales confesiones resultan corroboradas con las versiones que Helmer Rojas Ramírez suministró en la de indagatoria y sus posteriores ampliaciones, así como con la prueba documental, lo cual le sirve de sustento para afirmar la vulneración de los preceptos mencionados.

Pretende entonces, se case parcialmente la sentencia condenado a éste procesado por los cargos a que se refiere la causa No. 1531 a la pena principal de 80 meses de prisión y a pagar solidariamente la suma de \$ 60'000.000,00 por perjuicios materiales y 1.000 gramos oros por perjuicios morales, negándosele el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Cargo Cuarto

Este reproche lo propone el actor por violación directa del artículo 9 del C.P., en el sentido de aplicación indebida, respecto de los numerales 8º. 9º y 10º del fallo de primera instancia, confirmado por el de segunda, en lo que tiene que ver con Jesús Alfonso Ferreira Villegas en la causa No.1531, a quien se le absolvió de los cargos allí imputados “por tratarse de los mismos hechos” relacionados en la causa No. 1530.

Discrepa el censor de tal apreciación del juzgador, pues, en su concepto, no es cierto que se trate de los mismos hechos, si se tiene en cuenta que los que motivaron la imputación efectuada en la causa No. 1531, lo fueron por “haber cobrado un cheque por valor de \$646.223, girado por la Tesorería Municipal de Pitalito (dineros del Municipio de

Pitalito, nó (sic) del Fondo de Desarrollo Urbano), en favor del Señor HECTOR PULIDO M., apropiándose del dinero, y luego de haber falsificado su endoso para cobrarlo”, como lo analizó el Juez 13 de Instrucción Criminal en la resolución acusatoria del 17 de mayo de 1990, de la cual transcribe lo pertinente.

Tales hechos, agrega, fueron calificados como peculado por apropiación agravado y falsedad en documentos privados, pues Ferreira Villegas aceptó haber estampado las firmas de endoso que aparecen en el respectivo cheque, ya que “ sus manifestaciones de que lo hizo de buena fe y para entregarle su valor a CORTES ESPINOSA no tienen asidero, por que (sic) él sabía perfectamente lo que estaba pasando en el Municipio, ya que era él personalmente el segundo directivo a bordo del tristemente llamado ‘Robo a Pitalito’”.

Dicha confesión, comenta el casacionista, reúne todos los requisitos del artículo 298, y por ende, debió valorarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 del C.P., como que es corroborada también por la prueba documental aportada a través de los cheques relacionados en la causa No. 1530, que además, tiene que ver con los peculados y falsedades en contra del Fondo de Desarrollo Urbano en connivencia con José Gustavo Cifuentes Correa, de manera tal que ello no implicaba vulneración al principio del non bis in ídem.

Por ello solicita se case parcialmente el fallo recurrido en lo que tiene que ver con la absolucón de Ferreira Villegas por los cargos imputados en la causa No. 1531 por los delitos de peculado por apropiación en concurso con falsedad en documento privado, esto es, condenarlo a la pena principal de 64 meses de prisión, e imponerle solidariamente, como sanción indemnizatoria la suma de \$55'646.223 como perjuicios materiales y 1.000 gramos oro por perjuicios morales, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Cargo Quinto

También por violación directa y por aplicación indebida del artículo 107 del C.P., ataca el casacionista el fallo de segundo grado, pero en este evento referido a la condena en perjuicios impuesta al procesado José Gustavo Cifuentes Correa por los delitos de peculado por apropiación, en calidad de cómplice, falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado por los que se le enjuició en la causa No. 1530.

Precisa, que dicho procesado, de común acuerdo con su amigo Jesús Alfonso Ferreira Villegas, creó dos ferreterías ficticias, la denominada “Amiga” a nombre de Eugenio Arcángel Contreras y la ferretería “Mercy” a nombre de Samuel Correa, habiendo utilizado el nombre de 34 particulares para presentar cotizaciones, cuentas de cobro y recibir los cheques girados por el Fondo de Desarrollo, tal y como lo precisa la correspondiente resolución acusatoria, los cuales encuentran demostración en las versiones de indagatoria de Cifuentes Correa y Ferreira Villegas.

No obstante, como el monto de las defraudaciones de Cifuentes Correa se incluyeron en el avalúo pericial para determinar la defraudación efectuada por Ferreira Villegas, dice, “se debe acudir a la norma supletoria del Artículo 107 del Código Penal y hacer objeto al encausado de la condena de cuatro mil gramos de oro en su equivalente en moneda nacional al momento del fallo de casación, ya que por todas y cada una de las circunstancias considerativas del Inciso Segundo de la misma procede en equidad y justicia imponer el tope máximo de la indemnización”.

Solicita, se case el fallo impugnado en cuanto al numeral 14º de la sentencia de primera instancia, condenando a José Gustavo Cifuentes Correa a pagar solidariamente con las demás personas condenadas, el equivalente a 4.000 gramos oro a favor del municipio de Pitalito, como perjuicios materiales.

Cargo Sexto

Por violación directa, por aplicación indebida de los artículos 9 y 133 del C.P., acusa el casacionista el fallo de segunda instancia, en relación a la absolución de que fue objeto Helmer Rojas Ramírez, por los cargos formulados a Helmer Rojas Ramírez en las causas No. 1533 y 1534, y de los cuales conderó el Juez, se habían “repetido” en la causa No. 1531, por cuya acusación fue condenado.

Como en los otros eventos ya relacionados, para el censor no es cierto que se trate de los mismos cargos y mucho menos que se deriven de los mismos hechos, si se tiene en cuenta que la causa No. 1533 lo fue por la apropiación de unas puertas y ventanas destinadas a la Villa Olímpica de Pitalito en cuantía de \$138.000,00 y la No. 1534 sobre la apropiación de un juego de llantas para volqueta, cometido con la participación de Nelson Retaviesca Vargas, en cuantía de \$ 4'149.500 y además no fueron objeto de acusación en la causa No. 1531, lo cual demuestra con la transcripción del aparte pertinente de la referida acusación.

Concluye, así, que se dejaron de aplicar los artículos 133, 26 y 27 del C.P., solicitando como consecuencia de ello, la casación parcial del fallo impugnado, en el sentido de condenar a Helmer Rojas Ramírez por tales delitos, dejando la misma pena impuesta en las sentencias de instancia y al pago de \$ 8'705.363 a favor del municipio de Pitalito por concepto de perjuicios materiales y 1.000 gramos oro por perjuicios morales.

Cargo Séptimo

Esta censura también la formula el actor por violación directa del artículo 9 del C.P., en el sentido de la aplicación indebida, en lo relativo a la absolución de la que fue objeto JAIME CORTES ESPINOSA de los cargos por los que le llamó a juicio en la causa No. 1530.

Inicia la demostración del reproche transcribiendo el aparte de la sentencia de primera instancia en el que se afirma que absolverá a éste procesado de los cargos contenidos en las causas acumuladas No. 1530, 1629, 3591 y 3579 por existir repetición

en las imputaciones.

Sin embargo, dirige todo su esfuerzo argumentativo a demostrar cómo la causa No. 1530 no contiene repetición de cargos y tampoco hace relación a los mismos hechos investigados en la No. 1531.

Explica que el peculado por apropiación agravado, atribuido en dicha causa hace referencia al cobro de una serie de cheques girados por el Fondo de Desarrollo Urbano de Pitalito, que fue demostrado con los cheques relacionados en el cuaderno No. 2 de documentos de ese proceso, mientras que las imputaciones formuladas en la causa derivada de la reapertura de investigación dentro del mismo, lo fueron por peculado por destinación oficial diferente, pues los hechos en que se sustentaron obedecen al giro de rubros para suministros a iglesias, centros educativos etc., sin respaldo en el presupuesto municipal en cuantía de \$12'583.251, reuniéndose sobre tales delitos las exigencias del artículo 247 del C.P.P. para proferir sentencia de condena.

Por tanto, pide se case parcialmente el fallo atacado, condenando a JAIME CORTES ESPINOSA por los delitos de los que fue acusado en el proceso No. 1530 a la pena principal de 96 meses de prisión y al pago solidario con los demás procesados condenados, de los perjuicios materiales a favor del municipio de Pitalito en cuantía de \$ 97'045.396 y 1.000 gramos oro por perjuicios morales.

Cargo Octavo

Con sustento en el cuerpo primero de la causal primera de casación, ataca el censor la sentencia de segunda instancia de violar directamente y por interpretación errónea los artículos 103, 106 y 107 del C.P. , 55 y 56 del C.P.P. y 1613 y 1614 del C.C., en lo pertinente a las causas acumuladas Nos. 1530 y 1531.

Reproduce a continuación, para la demostración del cargo, las motivaciones del

Tribunal sobre la estimación de los perjuicios causados al municipio de Pitalito con las conductas juzgadas, tasándolas al momento del fallo en unidades UPAC, significando con ello, a juicio del casacionista, la “necesidad de actualizar el valor de los perjuicios materiales, ya que si los morales se tasan en gramos oro, como solicito en diversos cargos de esta demanda, la actualización es automática, por así decirlo, por que (sic) el valor del gramo oro varía día a día”, con lo cual, dice, restringe el campo de aplicación de los preceptos citados, “al no hablarse de indexación sino limitándose a condenar por perjuicios en cuantía de los dineros o apropiados o desviados en 1.989 y sin actualizar tales valores a la fecha de la sentencia, como era imperativo hacerlo”.

Solicita en consecuencia se case el fallo impugnado en el sentido de que las condenas en perjuicios en contra de JAIME CORTES ESPINOSA, Jesús Alfonso Ferreira Villegas, Helmer Rojas Ramírez, José Gustavo Cifuentes Correa, José Lisímaco Liévano Bonello y Héctor Gómez se actualicen por medio de unidades UPAC a la fecha de emisión del fallo definitivo, “sistema al que aludió el H. Tribunal y aplicó en la sentencia de segunda instancia”.

Cargo Noveno

Este cargo lo propone el demandante también por violación directa por falta de aplicación del artículo 247 del C.P.P., 24 y 133 del C.P. respecto de la absolución de que fue objeto Héctor Gómez de los cargos que por peculado por apropiación en calidad de cómplice, se le formularon en la causa No. 1530.

Para demostrar la censura textualiza un aparte de las consideraciones de la resolución acusatoria proferida el 9 de junio de 1990 en dicho proceso en donde el Juez de Instrucción de entonces, refirió que era copartícipe en calidad de cómplice dada la comunicabilidad de las circunstancias con Ferreira Villegas, y que, el Juzgado consideró anfibológica, decidiendo en consecuencia absolverlo para “evitar” una nulidad.

Sobre éste punto enfatiza el casacionista que tal acusación cumple a cabalidad con las exigencias del artículo 442 del C.P.P., pues contiene la calificación jurídica provisional, con estricto señalamiento del capítulo y título correspondiente y además “la presunta contradicción anfibológica en que incurre se presenta en uno de sus apartes considerativos y nó (sic) en uno de sus apartes resolutivos.”.

No obstante, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 23, 24 y 25 del C.P. , agrega que la complicidad es una forma de participación entendida como el término genérico, pues un partícipe bien puede ser autor o cómplice, por tanto si la acusación al partícipe califica su conducta de cómplice no está incurriendo en contradicción alguna y tampoco, concluye, “puede ser válido como lo hace la sentencia de primera instancia, que es procedente absolver para nó (sic) decretar la nulidad”, máxime si ésta no existe, pues lo que procede es pronunciarse de fondo, que como en este caso, sería el fallo de condena, como quiera que existe prueba suficiente para ello.

Se case el fallo impugnado, condenando a Héctor Gómez por el delito de peculado por apropiación en cuantía de \$ 500.000,00, en calidad de cómplice, del que fue acusado en la causa No. 1530, a la pena principal de 20 meses de prisión y al pago de \$ 142.229 por perjuicios materiales y 1.000 gramos oro por perjuicios morales, es la petición de este demandante.

Cargo Décimo

En esta oportunidad acusa el censor el fallo objeto de impugnación, de violar indirectamente y en el sentido del error de hecho por omisión probatoria, respecto de la absolución de que fue objeto Nelson Retaviesca Vargas de los cargos imputados en la resolución acusatoria proferida el 2 de marzo de 1990 por el Juzgado 20 de Instrucción Criminal del Huila, en la causa No. 1534.

A continuación afirma que en dicho proceso se estableció “sin dubitación alguna”, que

Retaviesca Vargas junto con el almacenista del municipio “se presentó a la Bomba Sideral y recibió 10 llantas para llevarlas al Almacén Municipal en una volqueta de propiedad de REMIGIO DIAZ, que había sido previamente contratado por RETAVIESCA VARGAS. Seis de esas llantas las dejó donde FLORESMIRO BAUTISTA y solo cuatro entregó al Almacén, apropiándose indebidamente de esos bienes de propiedad del Municipio de Pitalito, en coautoría con HELMER ROJAS RAMIREZ”, contribuyendo así a la realización del delito de peculado por apropiación en cuantía de \$ 4’066.510, en calidad de cómplice, no obstante que el Tribunal al desatar la segunda instancia de dicha acusación, aclaró que dicho procesado debía responder en calidad de coautor.

Por ello, concluye, se violaron “de manera inmediata” los artículos 247, 282 a 295, 296 a 199 y 300 a 303 del C.P.P. y 133 y 23 del C.P., pues se dejaron de apreciar los testimonios de Marco Antonio Cortés, Ciro Jaime Quiroga, Remigio Díaz y Jesús Antonio Caro Ariza, y las indagatorias y sus consecuentes ampliaciones, de Helmer Rojas Ramírez, Floresmiro Bautista, Antonio María Puentes, Ofelia Peña Tovar, así como las cuentas de cobro y cotizaciones de autoservicio Sideral que fueran presentados al municipio para el pago de las referidas llantas, el indicio de fuga señalado por el juez instructor, la inspección judicial practicada al almacén municipal y el dictamen de peritos, con las cuales se demuestra con “certeza” la responsabilidad penal de este procesado.

Siendo ello así, califica de “incompetente” la valoración probatoria efectuada por el Juez de primera instancia, pues se limita simplemente a manifestar que dicha acusación emerge del hecho de que Retaviesca Vargas ayudó a transportar las llantas, dejando de lado que éste contrató la volqueta, se presentó ante el proveedor del municipio para reclamarlas, llevó cuatro de ellas al municipio y dejó 6 donde Floresmiro Bautista, pero no guardadas, sino como pago de unas que le debía aquél, disponiendo de ellas como si fuera su propio dueño, con lo cual se configura el peculado por apropiación que le fue imputado en el pliego acusatorio.

Solicita, por ende, se case parcialmente el fallo impugnado en el sentido de condenar a Nelson Retaviesca Vargas a la pena principal de 48 meses de prisión, como coautor del delito de peculado pro apropiación de que trata el proceso No. 1534 y al pago de 1.000 gramos oro por perjuicios materiales y morales, respectivamente, en favor del municipio de Pitalito.

Cargo Décimo primero

Esta última censura la hace el casacionista por motivo de la violación directa de la ley por interpretación errónea, refiriéndose al artículo 107 del C.P., en lo que respecta a la sanción indemnizatoria impuesta a Mario Ricardo Cortés Mateus.

Como sustento del reproche, dice el demandante que a dicho procesado se le condenó por el cargo de receptación que se le hizo en la causa No. 1531 el 17 de mayo de 1990, esto es, por recibir los bienes del municipio que Helmer Rojas le entregaba para venderlos en la calle.

Considera, que teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la “desfachatez y desvergüenza con que se actuaba vendiendo los bienes del Municipio”, así como lo expresado por el Tribunal en el fallo de segunda instancia sobre la benignidad de las penas principales y lo pírrica que fue la indemnización de perjuicios, ante la irreparable lesión al municipio sobre su prestigio en el comercio y la banca, que “Como los perjuicios fueron tasados en contra de HELMER ROJAS RAMIREZ, Almacenista del Municipio, la condena para CORTES MATEUS debe hacerse en gramos de oro puro, pero nó (sic) en la cantidad de 20 gramos, como lo hizo la sentencia, sino en una cantidad mínima de mil gramos oro, como perjuicios materiales.”., pues la suma deducida en la sentencia resulta insuficiente para compensar el daño causado.

Solicita se case parcialmente el fallo objeto de este recurso, condenando a Mario Ricardo Cortés Mateus a la pagar como perjuicios materiales en favor del municipio de Pitalito, el

equivalente a 1.000 gramos oro, y a la misma cantidad por perjuicios morales.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL:

1. La Nulidad

No obstante que en primer lugar destaca el Delegado que la demanda presentada por la parte civil “no tiene ningún valor”, porque la sentencia de segunda instancia no se pronunció sobre sus intereses, habida cuenta que el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado fue declarado desierto, razón por la cual los ataques van dirigidos contra esa decisión, sin que en este caso sea predicable el principio de la inescindibilidad de los fallos de primera y segunda instancia, agrega que entiende que al resolver la Corte el recurso de hecho propuesto contra el fallo del ad quem, concediendo el extraordinario de casación “quiso darles la oportunidad para que, mediante el ejercicio del recurso extraordinario de casación se remediara el atentado a las garantías procesales, gravemente alteradas aquí y, en consecuencia, para que la demanda fuera con fundamento en el numeral tercero del art. 220 del C. Penal: ‘ CUANDO LA SENTENCIA SE HAYA DICTADO EN UN JUICIO VICIADO DE NULIDAD’”.

Tal irregularidad la concreta el Delegado en el hecho de que el Tribunal no hubiese aceptado las sustentaciones escritas del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, presentadas tanto por el procesado Helmer Rojas Ramírez como por el apoderado de la parte civil, lo cual derivó en quebranto de los artículos 29 de la carta Política y 304.2 del C.P.P. en detrimento de la lealtad procesal, el principio de igualdad y el derecho a impugnar.

Solicita en consecuencia decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto proferido el 3 de junio de 1995 por el Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual declaró desiertos los recursos de apelación interpuestos por el procesado Helmer Rojas Ramírez y la parte civil.

1. LAS DEMANDAS

A. DEMANDA DE JAIME CORTES ESPINOSA

Impetra el Procurador se desestime este reproche por cuanto el reintegro de la suma de \$ 8'426.960 efectuada por CORTES ESPINOSA en manera alguna puede entenderse como integral, si se tiene en cuenta que el avalúo de los perjuicios ocasionados al municipio de Pitalito estableció que lo apropiado ascendía a \$65'000.000,00 a los que fue condenado en la sentencia objeto de ataque, por lo que evidentemente el precepto aplicable sería el inciso tercero del artículo 139 del C.P y no el segundo.

Además, agrega, el reintegro de los perjuicios no se limita al monto de lo apropiado, sino que ello también comprende el lucro cesante y el daño emergente ya que las disposiciones civiles aplicables en esta materia así lo disponen, por manera que coadyuvar la pretensión del casacionista a más de ilegal se tornaría injusta, pues el principio del restablecimiento del derecho implica que la indemnización sea “plena y concreta”.

Así, luego de referirse al contenido del artículo 1617 del C.C., transcribe jurisprudencia sobre el tema de la indemnización de perjuicios y concluye, en consecuencia, que no se presenta la aludida interpretación errónea del artículo 139 del C.P..

B. DEMANDA DE LA PARTE CIVIL

1. Prescripciones

Previamente a responder la totalidad de cargos propuestos por el apoderado que representa los intereses del municipio de Pitalito, advierte el Delegado que la acción penal para de las algunas conductas juzgadas en este proceso ha prescrito, al haber

transcurrido respecto de los procesados que ostentan la calidad de servidores públicos 6 años y 8 meses desde la ejecutoria de la resolución acusatoria y 5 años para los particulares, así:

En la causa No. 1530, en la que el juzgado 13 de Instrucción Criminal acusó a Héctor Gómez, en calidad de cómplice, por el delito de peculado por apropiación de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 133 del C.P., cuya resolución acusatoria quedó ejecutoriada el 16 de julio de 1990.

En la causa No. 1534, en la que el 16 de julio de 1990 el Tribunal confirmó la acusación del juzgado 20 de Instrucción Criminal en contra de Helmer Rojas Ramírez en calidad de autor y modificó la de Nelson Retaviesca Vargas para que respondiera por el mismo delito, también como autor, dándole aplicación al inciso 2º del artículo 139 del C.P., la acción penal prescribió en el mes de julio de 1995, fecha en la que se cumplieron 5 años después de ejecutoriado el llamamiento a juicio.

En la causa No.1531 los delitos de peculado por aplicación oficial diferente, referidos a la pintura adquirida por el municipio para establecimientos educativos, juntas de acción comunal, parroquias, sindicatos y comités varios, atribuidos a JAIME CORTES ESPINOSA en la resolución acusatoria proferida el 17 de mayo de 1990, que cobró ejecutoria el 16 de julio del mismo año al desatarse el recurso de apelación contra ella interpuesto.

En la causa No. 1629 en relación con los cargos que por el mismo delito se imputaron en contra de JAIME CORTES ESPINOSA, Jesús Alfonso Ferreira Villegas, Jaime Tovar Rojas y Daniel Díaz Reyes en la resolución acusatoria del 30 de octubre de 1991, cuya ejecutoria data del 18 de noviembre de 1991.

En la causa No. 1530 por el delito falsedad en documento privado, en concurso, imputado a José Lisímaco Liévano Bonello, José G. Cifuentes Correa y Jesús A. Villegas en calidad

de cómplice y autores respectivamente, en resolución acusatoria del 17 de julio de 1990.

En la causa No. 1531 en la que por mismo delito, en concurso, fueron acusados en calidad de cómplice José Lisímaco Liévano Bonello y de coautores Jaime y Jairo Cortes Espinosa, Helmer Rojas Ramírez y José Ricaurte Gallego Ramírez, cuya ejecutoria operó el 16 de julio de 1990.

En las causas Nos. 1530 igual sucede con los delitos de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades e interés ilícito en la celebración de contratos por los cuales fueron acusados Helmer Rojas Ramírez; la No. 1531, respecto de JAIME CORTES ESPINOSA.

En la causa No. 1530 respecto del delito de receptación del que fueron acusados Gilberto Espinosa Ortiz y José Lisímaco Liévano Bonello en calidad de coautores, dado que la acusación se encuentra ejecutoriada desde el 16 de julio de 1990.

En consecuencia, solicita declarar la prescripción de la acción penal de los delitos y respecto de los procesados reseñados, ordenando la cesación de procedimiento.

2. Los Cargos

Advierte pues el Delegado, que por razones metodológicas en éste acápite solo se referirá a los 9 cargos propuestos por motivo de la violación directa de la ley, para estudiar posteriormente los dos restantes, que lo son violación indirecta.

Así, respecto del primer cargo, encuentra que le asiste razón al impugnante, pues el Juez desconoció lo previsto en los artículos 1568 y 2344 del C.C. y 105 del C.P. al condenar en perjuicios individualmente y con base en el dictamen pericial a JAIME CORTES ESPINOSA, Helmer Rojas Ramírez y Jesús Alfonso Ferreira Villegas, por lo que solicita a la Sala, casar parcialmente el fallo impugnado respecto de los procesados condenados en

las causas No. 1530 y 1531, advirtiéndole que no procede en este caso condena por perjuicios morales.

Por el contrario, considera sin razón la pretensión formulada en el segundo cargo, ya que ha sido criterio mayoritario en doctrina y jurisprudencia, que la condena en perjuicios morales no procede cuando el perjudicado es una persona jurídica, no obstante que se ha afirmado, dice, “que el juzgador al entrar a decidir sobre el particular, debe analizar cada caso particular, en especial con la esencia y naturaleza del daño no patrimonial alegado”.

Sobre los cargos cuarto y séptimo, destaca como yerros de orden técnico el enunciar la violación directa de la ley, que como tal obligaba al demandante a respetar los hechos y las pruebas en la forma como fueron presentados por el fallador, lo cual no cumple,, pues se aparta de ellos para señalar que los delitos por los que fueron absueltos CORTES ESPINOSA y Ferreira Villegas son distintos a partir de la disparidad de criterios valorativos que solo puede formularse por motivo de la violación indirecta de la ley, haciéndose así desatendibles, y por ende, solicita su desestimación.

El quinto cargo, dice el Procurador, también adolece de defectos técnicos y por tanto debe desestimarse, pues se formula por violación directa por falta de aplicación del artículo 107 del C.P., sin ser cierta tal afirmación porque el fallador si lo tuvo en cuenta y por esa razón condenó a Cifuentes Correa a pagar como perjuicios materiales el equivalente a 50 gramos oro. Por ello, si la inconformidad del casacionista radica en el monto en que fueron tasados debió acudir a la vía indirecta.

Se abstiene de responder el sexto cargo por estar dirigido a cuestionar las absoluciones con las que se cobijó a Helmer Rojas respecto de las causas 1533 y 1534, frente a cuyos delitos prescribió la acción penal.

En términos idénticos a los expuestos en el primer cargo, coadyuva el Delegado la

pretensión que en el octavo hace el demandante, pues se refiere a la condena solidaria al pago de los perjuicios ocasionados con el delito, frente al cual puede el juez “utilizar cualquier sistema” para actualizar el valor de la indemnización a la fecha del fallo, no obstante, reitera, no le asiste razón a la parte civil en lo que tiene que ver con la condena en perjuicios morales. En consecuencia solicita a la Corte, se case parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de actualizar en unidades UPAC la condena en perjuicios impuesta a JAIME CORTES ESPINOSA, Jesús Alfonso Ferreira Villegas, Helmer Rojas Ramírez, José Lisímaco Liévano Bonello y Héctor Gómez.

No responde, por sustracción de materia, el cargo noveno referido a la absolución de Héctor Gómez en la causa No. 1530, por encontrarse prescrita la acción penal respecto del delito de peculado por apropiación – no agravado – que allí se le imputó, lo cual también, dice, es predicable frente al cargo once.

Ahora, en punto de la violación indirecta de la ley, analiza los cargos tercero y décimo, aseverando respecto de éste, en el cual se cuestiona la absolución de Nelson Retaviesca Vargas por el delito de peculado por apropiación, del que fue acusado en calidad de coautor, que se releva de responderlo por encontrarse prescrita la acción penal; y en cuanto al décimo cargo, precisa que en lo relacionado con la absolución de José Lisímaco Liévano Bonello en cuanto a los cargos de receptación y falsedad a que se contrae la causa No. 1530, la acción penal se encuentra prescrita, lo mismo que frente al concurso homogéneo y sucesivo que por falsedad en documento privado se le atribuyó en la causa No. 1531.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con el delito de peculado por apropiación, agravado, a que se refiere la causa No. 1531, le encuentra razón al casacionista, pues al omitir el fallador la valoración de la indagatoria de este procesado, la inspección al Banco Popular donde se verificó el movimiento de la cuenta de Liévano Bonello, transacciones ilícitas que también son afirmadas por Helmer Rojas Ramírez, con las

cuales se demuestra que tuvo una activa participación en la apropiación que de los dineros del municipio hizo CORTES ESPINOSA, incurrió en el yerro sustancial acusado, por lo que solicita se case parcialmente el fallo impugnado para que se condene a Liévano Bonello por el delito de peculado por apropiación agravado, en calidad de cómplice en los términos en que lo hace el demandante, “excepto lo relativo a la condena en perjuicios de orden moral y lógicamente la condena por los delitos en los que se advierte la prescripción de la acción penal, lo que conlleva el ajuste punitivo y la indemnización correspondiente”.

Así luego de insistir en la irregularidad, que considera se configuró en detrimento del debido proceso y del derecho a la defensa al declarar el Tribunal desierto el recurso de apelación interpuesto y sustentado por escrito, tanto por la parte civil como por el procesado Helmer Rojas Ramírez, contra la sentencia de primera instancia, hace varias solicitudes, así:

1º. Por considerar que el a quo incurrió en violación del principio de legalidad de las penas al no imponer pena principal de multa respecto de los delitos contra la administración pública, concretamente por el de peculado por apropiación, solicita se case oficiosa y parcialmente el fallo en relación con los numerales 1, 7, 13, de conformidad con los artículos 228 y 229 del C.P.P..

2º. Por encontrarse prescrita la acción penal respecto de varios de los delitos, solicita casar parcialmente el fallo impugnado, “declarando la nulidad de lo actuado a partir de la fecha referida con anterioridad respecto a tales ilícitos, en las condiciones relacionadas en el acápite de la prescripción (II.B.1) y los cuales se encuentran contemplados en los numerales 1, 2, 7, 8, 13, 14, 19, 21, 24, 29, 34, 39, 40, 45, 46, 47 y 51 de la parte resolutive de la sentencia de primer grado”.

3º. Por no haberse motivado la pena accesoria de suspensión de la patria potestad y

dada su improcedencia por la naturaleza de los ilícitos investigados, solicita también casar el fallo impugnado.

Por lo demás, impetra “no casar la sentencia impugnada por el defensor de Jaime Cortés Espinosa”, casarla parcialmente el fallo impugnado en cuanto a los cargos 1º, 3º, 7º y 8º de la demanda presentada por el apoderado de la parte civil y no casarla respecto de los cargos 4º, 5º, 6º, 9º, 10º y 11º, acceder a las “peticiones oficiosas” y en su lugar, proferir el fallo de reemplazo.

CONSIDERACIONES:

1.Las demandas

A. Demanda de JAIME CORTES ESPINOSA

Cargo único

El casacionista propone esta única censura por motivo de la violación directa de la ley, en el sentido de la errónea interpretación referida al artículo 139 del C.P. que condujo a su falta de aplicación, pues en su criterio el fallador debía rebajar hasta en la mitad la pena impuesta a éste procesado por haber reintegrado el valor de lo apropiado antes de que se proferiera el fallo de segunda instancia.

Debe destacarse en primer lugar que el censor incurre en un flagrante yerro conceptual sobre el contenido teórico del sentido de la interpretación errónea de la ley sustancial en el campo de la violación directa, pues inusitadamente afirma que la equivocada interpretación que hizo el fallador de dicho precepto condujo a su no aplicación, lo cual implica una insalvable contradicción al interior del reproche, ya que en la interpretación errónea se da por descontada la aplicación de la norma al caso concreto, comoquiera que el yerro del fallador consiste en otorgarle un sentido que no le

corresponde.

Así, resultan desacertadas las afirmaciones en cuanto a que la norma no fue aplicada al caso concreto, cosa bien distinta es que al valorarse los supuestos fácticos que conducirían a beneficiar al procesado con la rebaja punitiva a que se refiere el artículo 139 del C.P., no los encontró conformes.

Desatina entonces el actor al pretender estructurar el reproche sobre el entendido de que con la consignación que por \$ 8'426.960 hizo CORTES ESPINOSA previo al trámite de la segunda instancia del fallo de primer grado estuviera restituyendo el valor de lo apropiado, pues de esa manera no apreció el ad quem los hechos y las pruebas con base en las cuales concluyó que la restitución fue parcial y de tal valoración se aparta el censor, siendo que ello es presupuesto indispensable cuando la vía de ataque escogida es la directa.

Por el contrario, para el Tribunal, teniendo en cuenta la resolución acusatoria, el valor de lo apropiado por CORTES ESPINOSA y sus compañeros de ilicitudes, asciende a más de \$25'000.000,00, lo cual encuentra sustentado por el dictamen pericial rendido por el Asesor Económico del Departamento de Planeación de la Gobernación del Huila y con la lista de cheques girados a nombre del municipio, cuyo valor era cobrado a través de terceras personas pero con destino a las cuentas personales del ex alcalde.

Siendo ello así, forzoso es concluir que el libelista equivocó la vía de ataque, pues si lo que pretendía era demostrar la procedencia de la rebaja punitiva de que trata el precepto cuya vulneración denuncia sobre la base de lo que, en su criterio, constituye el valor de lo apropiado por su defendido, ha debido acudir al cuerpo segundo de la causal primera, ya que ello le permitía demostrar a través de las pruebas soporte del fallo que dicha cuantía corresponde exactamente a la consignada.

El cargo no prospera.

A. Demanda de la parte civil

Como lo advierte el Ministerio Público al solicitar oficiosamente la declaratoria de nulidad del fallo impugnado y respecto de la cual se pronunciará la Sala en el acápite final de estas consideraciones, cuando la Corte, por vía del recurso de hecho, concedió el de casación, fue porque “quiso darles la oportunidad (a la parte civil e inclusive al procesado Helmer Rojas Ramírez) para que, mediante el ejercicio del recurso extraordinario de casación, se remediara el atentado a las garantías procesales, gravemente alteradas aquí y, en consecuencia para que la demanda fuera con fundamento en el numeral tercero del art. 220 del C.P.P.” es decir, por haberse proferido el fallo en un juicio viciado de nulidad.

Así, y siendo que la inconformidad de la parte civil se fundamentó en aquella ocasión en la irregularidad en que pudo incurrir el Tribunal cuando le declaró desierto el recurso de apelación que sustentara oportunamente por escrito, es claro, que ante la sui generis situación que respecto de la parte civil y el procesado Rojas Ramírez generó el Tribunal al desatender la sustentación escrita que hicieran estos sujetos procesales del recurso de apelación, y no obstante que el fallo de primer grado no sufrió modificación alguna, el interés de la parte civil como recurrente en casación, en este caso, se veía estrictamente limitado al cuestionamiento de este vicio, como ya tuvo oportunidad la Sala de precisarlo al estudiar esta clase de situaciones, en auto del pasado 5 de agosto con ponencia del Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

Entendió la Corte en aquella oportunidad que si bien, en principio, carece de interés para impugnar extraordinariamente el sujeto procesal que no apeló el fallo de primer grado en señal de anuencia con lo allí decidido, salvo que su situación se vea modificada en la segunda instancia, o que siendo susceptible del grado jurisdiccional de consulta dadas las

facultades plenas del superior para revisar la sentencia cuestionada, también se modifique la situación del no apelante, salvo que dicha garantía le haya sido de alguna manera vulnerada.

De ahí, se agregó que concedido el recurso, en razón a las circunstancias que impidieron o vulneraron el derecho a apelar el fallo de primer grado, no se podrán “proponer cargos distintos del relacionado con el quebrantamiento del derecho a impugnar el fallo, ni siquiera en calidad de subsidiarios, puesto que si el recurso prospera, deberá decretarse la nulidad a partir del momento en que se presentó el vicio; y, si es desestimado, será porque la violación no existió, debiéndose concluir, entonces, que la parte recurrente dejó de impugnar el fallo de primer grado no por falta de garantías procesales, sino porque esa fue su voluntad, razón de suyo suficiente para que los demás cargos no puedan ser examinados.”

Por tanto, como la demanda de casación que ahora ha presentado para sustentar el recurso, en ninguno de los once cargos que formula al fallo impugnado, se ocupa de la dicha irregularidad, lo único que procede es desestimar el libelo por falta de interés para recurrir.

2º. La prescripción

Por cuanto, y como lo afirma el Procurador Delegado, diversas de las acciones penales en este proceso se encuentran prescritas, la Sala a establecerá a continuación en cuáles se ha operado dicho fenómeno para proceder a su declaración. En efecto:

A. En relación con los procesados JAIME CORTES ESPINOSA y Helmer Rojas Ramírez, ex alcalde y almacenista de Pitalito, respectivamente, quienes fueron condenados por los delitos de peculado por apropiación agravado, en concurso homogéneo, falsedad ideológica en documento público agravado, en concurso homogéneo, falsedad en documento privado (art. 221 C.P.), en concurso homogéneo

simultáneo y sucesivo, interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145), violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144) y peculado por destinación oficial diferente (art. 136), por los que fueron enjuiciados en la causa No. 1531, salvo los dos primeros delitos, la acción penal respecto de los demás ha prescrito, pues desde el 16 de julio de 1990, cuando cobró ejecutoria la acusación de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, han transcurrido más de 6 años y 8 meses exigidos por los artículos 82 y 84 del C.P. para que opere este fenómeno en la etapa de la causa cuando se trata de servidores públicos, como también lo viene reconociendo, por mayoría, esta Corporación.

B. Lo mismo ocurre con los delitos que por falsedad ideológica en documento público (art. 219) y falsedad en documento privado (art. 221) se condenó al procesado Jesús Alfonso Ferreira Villegas, Director del Fondo de Desarrollo Urbano de Pitalito, cuya resolución acusatoria se profirió el 19 de junio de 1990, quedando ejecutoriada el 23 de julio del mismo año, dentro de la causa No. 1530, pues el 23 de marzo del año en curso se cumplieron los 6 años y 8 meses ya referidos.

C. Igualmente se encuentra prescrita la acción penal respecto de los delitos de falsedad ideológica en documento público (art. 219) en calidad de cómplice y falsedad en documento privado (art. 221) en calidad de autor, imputadas en la causa No. 1530 por la que fue condenado el particular José Gustavo Cifuentes Correa, pues para el 23 de marzo del año en curso y el 23 de julio de 1995, respectivamente, se cumplieron los 6 años y 8 meses por el primero de los delitos y 5 años, ya que la acusación quedó ejecutoriada el 23 de julio de 1990.

CH. También prescribió la acción penal en cuanto al delito de receptación por el que se acusó y condenó a los particulares José Lisímaco Liévano Bonello y Gilberto Espinosa Ortiz, en la causa No. 1530, pues el 23 de julio de 1995, se cumplieron 5 años después de ejecutoriada la respectiva acusación.

D. El 16 de julio de 1995, prescribió la acción penal en relación con los delitos de falsedad en documento privado por los que se condenó a los particulares Jairo Cortés Espinosa, hermano del alcalde y José Ricaurte Gallego Ramírez y el de receptación imputado a Ricardo Cortés Mateus, según la acusación formulada en tal sentido en la causa No. 1531, cuya ejecutoria operó el 16 de julio de 1990.

E. La acción penal por los delitos de falsedad en documento privado por los cuales se absolvió a José Lisímaco Liévano Bonello en la causa No. 1531, frente al cual propone el demandante en representación de la acción civil el tercer cargo, se encuentra prescrita desde el 16 de julio de 1995, fecha en la cual se cumplieron 5 años desde la ejecutoria de la resolución de acusación.

F. En relación con el peculado por apropiación, imputado en calidad de autor a Nelson Retaviesca Vargas por el Tribunal de Neiva al desatar la segunda instancia de la acusación, con la aclaración de que el monto de lo apropiado era de \$ 347.000, aplicándosele entonces la rebaja punitiva del inciso segundo del artículo 139 del C.P., y frente al cual se propone el cargo décimo, la prescripción de dicha acción ocurrió el 16 de marzo del año en curso, pues la acusación proferida en la causa No. 1534, cobró ejecutoria el 16 de julio de 1990.

G. Igual consideración amerita la acción penal por el delito de peculado en cuantía de \$149.292 por el sobreprecio en la venta de 522 guaduas imputado en la causa No. 1530 y del cual fue absuelto el particular Héctor Gómez, pues el 23 de marzo del año en curso se cumplieron 6 años y ocho meses, después del 23 de julio de 1990, fecha en que cobró ejecutoria la acusación y que es objeto de ataque en el cargo noveno.

H. El 16 de marzo del año en curso, prescribió la acción penal por el delito de falsedad en documento privado, que en concurso se le imputó a Jesús Alfonso Ferreira Villegas, el 17 de mayo de 1990 en la causa No. 1531, adelantada por el

Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Neiva, cuya ejecutoria operó el 16 de marzo del mismo año.

I. El 23 de marzo de este año, también prescribió la acción penal por los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado, por los que el 19 de junio de 1990, el Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Pitalito, acusó a Daniel Díaz Reyes, Tesorero del Fondo de Desarrollo, Alvaro Fernando Gómez Vargas, asistente administrativo del Fondo de Desarrollo y a Jaime Tovar Rojas, contralor del municipio de Pitalito, dentro de la causa No. 1530, dado que dicha decisión cobró ejecutoria desde el 23 de julio de 1990, esto es, han transcurrido más de 6 años y 8 meses desde entonces.

J. El 23 de julio de 1995, igualmente prescribió la acción penal por el delito de encubrimiento que en la referida causa se imputó al particular Gilberto Espinosa Ortiz, fecha en la cual se cumplieron 5 años después de ejecutoriada la acusación.

K. Igualmente, el 16 de marzo de 1997, quedó prescrita la acción penal por los delitos de peculado culposo e interés ilícito en la celebración de contratos, imputados a Jaime Tovar Rojas, en la causa No. 1531, pues como quedó expresado en precedencia, tal decisión se encuentra ejecutoriada desde el 16 de julio de 1990.

L. En la misma fecha, también operó el fenómeno de la prescripción para la acción penal por los delitos de peculado culposo, celebración indebida de contratos e interés ilícito en la celebración de contratos, en concurso homogéneo, simultáneo y sucesivo, por el que en el proceso en comento, se acusó a Nelson Peña Castro.

LI. También prescribió la acción penal por los delitos de peculado por apropiación – simple – y peculado por apropiación atenuado (art. 139, inc. 2º. C.) por el que en las causa No. 1533 y 1534, el 4 de junio de 1990 y el 2 de marzo de 1990, el juzgado 1º de Instrucción Criminal de Pitalito, enjuició a Helmer Rojas Ramírez, comoquiera

que dichas decisiones cobraron ejecutoria el 14 de junio y el 16 de julio de 1990, respectivamente es decir, que el 14 y 16 de febrero y marzo del año en curso, respectivamente se cumplieron 6 años y 8 meses con posterioridad a ello.

Estas prescripciones de la acción penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del C.P. implican también la prescripción de la acción civil, por haberse ejercitado dentro del proceso penal.

3º. Casación oficiosa

Bajo una interpretación restrictiva del artículo 196B del C.P.P., sobre la sustentación y trámite del recurso de apelación, por auto del 3 de octubre de 1995 (f. 93, cdno. del Tribunal) concluyó el ad quem, que no obstante el procesado Helmer Rojas Ramírez y la parte civil haberlo interpuesto y sustentado por escrito oportunamente, la manifestación del defensor de JAIME CORTES ESPINOSA sobre su propósito de exponer oralmente las razones de discrepancia con la sentencia de primer grado, imponía a los demás recurrentes proceder de igual manera, debiendo por tanto concurrir a la audiencia de sustentación oral, “así aparentemente lo hayan hecho por escrito”, razón por la cual los declaró desiertos.

Desafortunada resulta una tal conclusión, pues estando de por medio importantes derechos constitucionales fundamentales de estos sujetos procesales como el de la defensa y el de apelar la sentencia, con lo cual cumplieron de acuerdo a la forma escogida para tal efecto, ni siquiera se detuvo el Juez colegiado en argumentar de manera seria su peculiar decisión, demostrando con ello la ligereza de su proceder y el afán de evitar el estudio de fondo que frente al proceso le implicaba responder las impugnaciones escritas, es francamente censurable.

Ahora bien, siendo que las dudas que eventualmente pudieran surgir en torno a tales disposiciones, y a fin de evitar en un futuro consecuencias procesales tan desafortunadas como las que se imponen en el presente caso, resulta imperativo

hacer las siguientes precisiones:

1º. De una atenta lectura y una sana interpretación del inciso final del artículo 196B del C.P.P., que sobre el trámite de la apelación de las sentencias establece: “A quien haya solicitado sustentación oral y no comparezca a la audiencia respectiva sin justificación, se le impondrá sanción de diez a treinta salarios mínimos mensuales legales de multa, mediante providencia motivada contra la cual sólo procede el recurso de reposición” (resalta la Corte), se observa con claridad, muy por el contrario a lo entendido por el ad quem, que al disponer que la apelación de la sentencia “puede” hacerse oralmente o por escrito, está permitiendo al recurrente la facultad de optar por cualquiera de ellas autónomamente, sin que sean excluyentes entre sí por el hecho de ser varios los apelantes, escogiendo unos la primera y otros la segunda.

Son pues, eminentemente procesales, los efectos de la elección que hagan los apelantes frente a la impugnación de la sentencia, ya que si todos optan por la forma escrita, el recurso se concede una vez transcurridos los términos de cinco y seis días a que se refiere el artículo 196 A si se presentaron los correspondientes memoriales, pues de lo contrario debe declararse desierto para aquellos que así no procedieron y conceder los sustentados dentro del término fijado para tal efecto. Pero si cualquiera de varios decide hacerlo oralmente, el Juez debe concederlo inmediatamente y es al superior a quien le compete declarar desierto lo correspondiente a los apelantes orales, como quiera que ante él debe cumplirse con la sustentación en la audiencia señalada para tal fin, siendo para dichos recurrentes obligatorio comparecer y no para los demás. De ahí, que la norma en cita establezca una sanción pecuniaria “para quien haya solicitado sustentación oral y no comparezca a la audiencia respectiva”.

En efecto, el hecho de que cualquiera de los sujetos procesales se decida por la oralidad para exponer su desacuerdo con la sentencia, no implica en manera alguna que quienes optaron por hacerlo mediante escrito queden forzados a asistir a la audiencia de

sustentación y mucho menos, que a pesar de haber presentado su escrito nuevamente tengan que cumplir con dicha carga procesal en la audiencia, porque se llegaría a ritualismos extremos desconocedores de la misma ley en desmedro de las garantías de los sujetos procesales en cuanto a la autonomía que tienen de elaborar sus propias estrategias defensivas e inclusive, el propio derecho de defensa en aquellos casos en que la opción de hacerlo por escrito se deba a evidentes limitaciones físicas, como puede suceder cuando la persona es muda, o económicas cuando ello implique el traslado de una ciudad a otra, o porque la naturaleza de los aspectos atacados demandan un estudio profundo sobre determinados temas, facilitándose su exposición a través de lo escrito.

Lo anterior no implica que cuando se presenta esta mixtura, el término para presentar el escrito quede en el limbo, pues, habrá de presentarse, o bien al momento de interponer el recurso, o hasta el día inmediatamente anterior al que deba llevarse a cabo la audiencia pública de sustentación, siendo desde luego, potestad suya concurrir o no a dicha diligencia, bien para intervenir, caso en el cual se entenderá que la exposición oral es el sustento de la impugnación, pues si concurre y no interviene, es el escrito, por supuesto el fundamento del recurso.

En efecto, en reciente ocasión en que la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este tema, precisó lo siguiente:

“Que pasa con los apelantes ‘no orales’? Deben estos hacer llegar a la segunda instancia sus escritos sustentadores dentro del término que va desde la fijación de la audiencia pública hasta el día inmediatamente anterior a iniciarse ésta, para que dichos escritos tengan la oportunidad de ser conocidos por los sujetos procesales (recurrentes y no recurrentes) y efectivizar así los derechos de réplica o coadyuvancia.

Aquí conviene advertir: si quien ha sustentado por escrito quiere, además concurrir a la audiencia y hacerlo oralmente, únicamente tendrá validez esta clase de

sustentación, y el referido escrito no tendrá valor alguno.

Si el apelante no comparece a la audiencia, obvio que su impugnación se declarará desierta, y las sustentaciones escritas, hechas dentro del término ya indicado, podrá ser controvertidas en el curso de la audiencia". (Auto de julio 15/97, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

2º. Así las cosas, no resulta lógico y mucho menos jurídico pretender que cualquiera de los sujetos procesales, en esta materia, esté facultado por la ley para imponerle a los demás recurrentes, como una obligación, la sustentación oral desconociendo su manifestación de hacerlo por escrito y el cumplimiento que haga de esa exigencia legal, pues aparte de que sería inequitativo, y a la equidad debe propender el Juez, haciendo en todo caso prevalecer lo sustancial sobre lo formal, desconocería el derecho constitucional de la igualdad ante la ley, convirtiendo el principio de la doble instancia en un ejercicio caprichoso, violento y desleal por parte de otro sujeto procesal, puesto que la voluntad de quien quiere actuar oralmente terminaría desconociendo a los demás, a quienes debe reconocérseles iguales derechos, la libertad que la propia ley le confiera para presentar escrito.

Pues, si la ley permitiera que un apelante pudiese condicionar la actuación de los demás, se impondría, necesariamente, la excepción de inconstitucionalidad, dado que la regulación legal de un derecho no puede permitir que se ejercite aún en desmedro del de los demás.

Por tanto, y con fundamento en el artículo 228 del C.P.P., forzoso es en este caso, como lo solicita el Ministerio Público, declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto proferido por el Tribunal Superior de Tunja el 3 de octubre de 1995, por medio del cual declaró desiertos los recursos de apelación interpuestos y sustentados oportunamente mediante escrito por el procesado Helmer Rojas Ramírez y la parte civil, para que

proceda a dictar la sentencia de segunda instancia conociendo de todos los recursos de apelación.

3º. Finalmente y en relación con las peticiones oficiosas del Procurador Delegado, debe decirse que en lo que tiene que ver con la omisión del Juez de primera instancia de imponer a los condenados por el delito de peculado por apropiación, la pena principal de multa y lo relativo a la imposición de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, la Sala se abstendrá de tomar decisión alguna al respecto, dada la naturaleza y alcances de la nulidad a decretar.

Y, respecto a las declaratorias de nulidad, siendo que la primera se contrae a quitarle validez a todo lo actuado a partir del auto por medio del cual el Tribunal de Tunja declaró desiertos los recursos de apelación interpuestos por el procesado Helmer Rojas Ramírez y la parte civil contra la sentencia de primera instancia, por el ya referido argumento de la carencia de sustentación oral por parte de estos sujetos procesales, como ya se dijo, la Corte encuentra acertado el pedimento; no obstante, en cuanto se refiere a la nulidad que concomitantemente con la anterior impetra para que se invalide todo lo actuado a partir de las fechas en que fue operando la prescripción para cada uno de los diversos delitos en que ello ha sucedido, debe precisar la Sala que una tal solicitud no procede porque encontrándose el proceso aún activo, esto es, que en él no se ha proferido fallo que haga tránsito a cosa juzgada, la única determinación que puede tomar el Juez, en este caso la Corte, es la de declarar la prescripción ya que como es sabido carece de potestad punitiva para decidir en cualquier otro sentido; además resulta contradictoria por cuanto previamente ha solicitado la cesación de procedimiento como consecuencia de las declaraciones de prescripción.

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

RESUELVE:

1º. Desestimar las demandas de casación presentadas por el defensor de JAIME CORTES ESPINOSA y la parte civil.

2º. Casar oficiosamente el fallo impugnado, decretando la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 3 de octubre de 1995 del Tribunal Superior de Tunja, quien deberá proferir sentencia de segunda instancia de conformidad con las apelaciones presentadas por el apoderado de JAIME CORTES ESPINOSA, el procesado Helmer Rojas Ramírez y la parte civil.

3º. Declarar prescritas las acciones penal y civil respecto de los delitos de falsedad en documento privado, interés ilícito en la celebración contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y peculado por aplicación oficial diferente, por los que fueron condenados los procesados JAIME CORTES ESPINOSA y Helmer Rojas Ramírez, en la causa No. 1531; y por los delitos de peculado por apropiación - simple - y peculado por apropiación atenuado, por los que se acusó a éste último en las causas Nos. 1533 y 1534, respectivamente, de los cuales fue absuelto en primera instancia, decretando en consecuencia, la cesación de procedimiento por tales delitos.

4º. Decretar la prescripción de las acciones penal y civil por los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado, por los que fue condenado Jesús Alfonso Ferreira Villegas, de acuerdo con la acusación de la causa 1530; y por los delitos de falsedad en documento privado que en concurso se le imputaron en la causa No. 1531, del que fue absuelto en primera instancia. En consecuencia se decreta la cesación de procedimiento por tales punibles.

5º. Declarar prescritas las acciones penal y civil respecto de los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado por los que fue condenado José Gustavo Cifuentes Correa, de acuerdo con la acusación formulada en

la causa 1530. En consecuencia se decreta la cesación de procedimiento por estos ilícitos.

6º. Declarar prescritas las acciones penal y civil por el delito de receptación por el que fueron condenados José Lisímaco Liévano Bonello, Gilberto Espinosa Ortiz y Ricardo Cortés Mateus por la causa 1530 los dos primeros y la 1531 el tercero y en consecuencia decretar sobre los mismos la cesación de procedimiento.

7º. Declarar prescritas las acciones penal y civil por los delitos de falsedad en documento privado (causa No. 1531) a que fueron condenados Jairo Cortés Espinosa y José Ricaurte Gallego Ramírez, decretando en consecuencia la cesación de procedimiento.

8º. Declarar prescritas las acciones penal y civil por los delitos de falsedad en documento privado, peculado por apropiación – atenuado – de los que fueron absueltos José Lisímaco Liévano Bonello (causa No. 1531), Nelson Retaviesca Vargas (Causa No. 1534) y Héctor Gómez (causa No. 1530), respectivamente. En consecuencia, decretar al respecto la cesación de procedimiento.

9º. Declarar prescritas las acciones penal y civil, por los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad en documento privado imputados en la causa No. 1530 a Daniel Díaz Reyes, Alvaro Fernando Gómez Vargas y a Jaime Tovar Rojas, de los que fueron absueltos en la sentencia de primera instancia. En consecuencia, decretar la cesación de procedimiento respecto de tales procesados.

10º. Declarar prescritas las acciones penal y civil por los delitos de peculado culposo e interés ilícito en la celebración de contratos, por los que se absolvió en primera instancia a Jaime Tovar Rojas (causa No. 1531). En consecuencia, decretar la cesación de procedimiento a su favor.

11º. Declarar prescritas las acciones penal y civil respecto del delito de encubrimiento por el que se enjuició a Gilberto Espinosa Ortiz en la causa No. (1530) y del cual fue absuelto en primera instancia. Por tanto, se decreta a su favor la cesación de procedimiento.

12º. Declarar la prescripción de las acciones penal y civil por los delitos de peculado culposo, celebración indebida de contratos e interés ilícito en la celebración de contratos, respecto del procesado Nelson Peña Castro, y de los cuales fue absuelto en el fallo de primer grado (causa No. 1531). En consecuencia decretar a su favor la cesación de procedimiento.

13º. Abstenerse de resolver sobre las peticiones del Procurador Delegado referidas a la violación del principio de legalidad de las penas, respecto del delito de peculado y a la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta a los condenados por el fallo de primera instancia.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aclaración de Voto

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
MEJIA ESCOBAR

CARLOS E.

DIDIMO PAEZ VELANDIA
PINILLA

NILSON PINILLA

Aclaración de Voto

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

Proceso No. 12214 Aclaración de voto

ACLARACION DE VOTO

No obstante estar de acuerdo con la decisión respecto a la prescripción de la acción penal para los cómplices particulares José Gustavo Cifuentes Correa, acusado del delito de falsedad ideológica en documento público, Héctor Gómez por el de peculado por apropiación no agravado y Nelson Retaviesca Vargas por el mismo delito pero atenuado, por cuanto el término para ello efectivamente se ha cumplido, aunque en mi concepto desde 1995, respetuosamente debo disentir de los criterios interpretativos de la Sala para determinar el momento desde el cual se reconoce este fenómeno, pues, para la mayoría, en estos casos se debe dar aplicación al artículo 82 del C.P., y en mi sentir esta norma no es aplicable por las siguientes razones:

1º. La sentencia en cuestión, mantiene el criterio fijado por la Sala en auto de 9 de agosto de 1.989, respecto del cual salvó voto el Magistrado Lisandro Martínez Zúñiga.

2º. Permaneciendo entonces incólumes aquellos planteamientos, suficientes serían las ideas disidentes de la época para demostrar su inconsistencia, cuando se estimó que se trataba “de una interpretación extensiva y analógica de la Ley Penal: extensiva, porque es una manera de entender la forma amplificadora del tipo sobre la coparticipación

que convierte una situación limitada únicamente al autor en agravación para el coautor. Analógica, ya que termina en una agravación no prevista expresamente por el legislador". Sin embargo, sea del caso, agregar ahora éstas:

a) Para evitar equívocos frente a la referida decisión de 1.989, se deja claro como debe ser- que prescribe es la acción penal y no el delito, pero aun con esta necesaria e importante precisión es evidente que la tesis mayoritaria continúa inconsistente, pues desconoce que la acción penal está dirigida, como manifestación del poder punitivo del Estado, a determinar la responsabilidad o su exclusión, de cada procesado y no indistintamente la de todos los partícipes del delito, ya que su individualidad se lo impide.

b) El hecho que en un proceso se juzgue a varias personas en manera alguna significa que el ejercicio del poder punitivo estatal esté desconociendo la individualidad de la responsabilidad penal, que entre nosotros tiene claro sustento en el inciso segundo del artículo 29 de la Carta Política, de conformidad con el cual el juzgamiento penal deberá hacerse de conformidad con las leyes preexistentes al momento en que el inculcado realice el "acto que se le impute".

c) Ahora, siendo que la prescripción -en forma general- no es nada diverso a la decisión del Estado para no continuar con el ejercicio de la acción penal, parece obvio que esa renuncia a la persecución delictual implica la renuncia al establecimiento del responsable; de ahí que prescriba la acción y no el delito. Por ende, la referida individualidad penal debe abarcar en un Estado de Derecho todo el ejercicio del poder punitivo del Estado y no sólo una parte de él, ya que de no ser así el sistema penal se quebraría por contradictorio.

d) En estas condiciones el fenómeno jurídico de la prescripción también es individual, como sin restricción alguna lo reconoce el artículo 85 del Código Penal al disponer que "Cuando fueren varios los hechos punibles Juzgados en un sólo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada uno de ellos". No

queda duda, por tanto, que los precedentes supuestos teóricos encuentran plena realización en nuestra normatividad positiva, esto es, que la acción penal es individual así en el mismo proceso se investigue una multiplicidad de conductas punibles.

e) No resulta, entonces, jurídicamente convincente el énfasis que se hace en la decisión mayoritaria al dar aplicación al artículo 82 del Código Penal para los cómplices particulares de los delitos que exigen sujeto activo cualificado de orden jurídico, como es el caso del peculado que exige la calidad de servidor público de conformidad con el artículo 133 original del Código Penal y actualmente con Ley 190 de 1995, y en la premisa de que como prescribe es la acción penal y no el delito, éste incremento punitivo puede aplicarse en estos casos, pues como se vio, aun en estas condiciones, ello no es posible.

f) Y no es posible porque si bien, como es una verdad inconcusa, los términos prescriptivos no pueden entenderse como “plazos de pena” sino como lapsos que la ley iguala a las cantidades establecidas para aquella consecuencia jurídico-principal del delito, lo es también, que al disponer el artículo 82 del Código Penal que “El término de prescripción señalado en el artículo 80 aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos”, se está dirigiendo a todos aquellos tipos penales que exigen al sujeto activo ser empleado oficial, o diríamos hoy en día, servidor público, como lo dispone la nueva Carta Política y la referida Ley 190 de 1.995, pues si lo que prescribe es la acción penal y no el delito y esta es individual, no se ve cómo pueda extenderse esta calidad a quien carece de ella, ya que si esto fuere posible, no cabe duda, que la disposición sobraría porque quedaría al arbitrio del juzgador establecer que tipos penales exigen esa cualificación o cuales no, lo cual desde luego, por lo menos en nuestro sistema penal no es posible.

g) Es que, en verdad, no resulta coherente que luego de un importante esfuerzo jurisprudencial y doctrinario se llegue a admitir como tesis predominante en nuestro

medio, que el particular así haya realizado actos materiales de autor en los delitos que exigen sujeto activo cualificado, responda como cómplice precisamente por carecer de esa calidad y para efectos de la prescripción se les contabilice el término prescriptivo como si la tuviesen. Un tal proceder está indicando, necesariamente, que la tesis de la complicidad desaparecería y habría que imputárseles a estas personas nada menos que la autoría delictual, lo cual, desde luego, sería un despropósito.

h) De otra parte, para la Sala Mayoritaria ha sido argumento principalísimo de dicha tesis, que la interpretación que debe dársele al mencionado artículo 82 del Código Penal es la de extender ese término prescriptivo también a los cómplices particulares, por cuanto “es palpable la mayor dificultad en que se encuentra el aparato estatal para descubrir, investigar y juzgar, en breve tiempo, tal clase de ilicitudes”. Y se agrega, que “La ventaja que para el logro de la prescripción obtienen sus partícipes por la mayor dificultad que su modalidad específica genera para su descubrimiento o juzgamiento, es compensada por la ley mediante la extensión racional del término prescriptivo. Y como esa ventaja no se presenta en favor de uno de los partícipes en el hecho, sino en todos, es apenas natural que a todos cubra el mecanismo extensivo que se diseñó para malograr sus efectos”.

Esto puede ser cierto, no obstante, el problema radica en que desafortunadamente la ley limitó la aplicación de ese artículo 82 a los servidores públicos y no a los particulares; de ahí que la tesis mayoritaria no pueda dar una razón jurídico legal para esa extensión y tenga que recurrir a la expresión “es apenas natural” que a todos cubra el mecanismo extensivo que se diseñó para malograr sus efectos, es decir, que es por convicción de lege ferenda que se llega a esa conclusión y no porque la ley lo permita.

i) Entiende, claro está, el suscrito Magistrado que el esfuerzo hermenéutico es interesante fundamentalmente en épocas de corrupción administrativa como la presente, pero, también es evidente que esta clase de interpretaciones lo que

demuestran es la necesidad de una reforma legal en dicho sentido, pues de lo contrario, el principio de seguridad jurídica frente a los destinatarios de la ley penal pierde claridad, más aún cuando por solucionar un problema se genera otro más complicado, como el ya expuesto, en el sentido de que mientras para establecer el grado de participación delictual el partícipe queda como cómplice por no ser servidor público para efectos de la prescripción si lo es y además, se dejan pendientes problemáticas de difícil solución como las que brindaría la casuística al preguntarse que pasaría, por ejemplo, con el término prescriptivo del cómplice particular cuándo el autor -servidor público- fallece en el curso del proceso?; y qué sucedería con el cómplice particular cuando el autor alega y se prueba un error de tipo sobre la referida calidad jurídica?.

Finalmente, la Sala Mayoritaria, reafirma, como lo ha expuesto en fallos anteriores recientes, la tesis objeto del disenso en el fallo de exequibilidad del artículo 82 del Código Penal, coligiendo como lo sostiene la Corte Constitucional que el aumento del término prescriptivo para casos como el presente, se debe a cuestiones de política criminal del Estado, y claro que esto es cierto, pero lo que ocurre es que el Juez Constitucional se refiere a lo largo de la sentencia al servidor público y por ninguna parte a los particulares; por ello, a contrario de lo que se piensa, este fallo está fortaleciendo mi insular interpretación en la Sala. Por esto es que no dudó la Corte Constitucional en la motivación del fallo en recordar los antecedentes del actual artículo 82 en cita, resaltando que en el anteproyecto de Código Penal de 1976 cuando por primera vez se introdujo el tema, la norma se propuso, incrementando el término prescriptivo para los delitos cometidos por los empleados oficiales “en ejercicio de sus funciones”.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Magistrado

Fecha ut supra.

Proceso No. 12214 Aclaración de Voto

ACLARACION DE VOTO

Como los delitos prescritos cuyas penas son inferiores a 5 años, la Sala en la etapa del juicio les incrementó de conformidad con el art. 82 del C.P., aclaro el voto, por las siguientes razones:

“...la tesis que asume la Corte en esta providencia, sostiene que el incremento punitivo del artículo 82 del C.P. debe hacerse tanto en el artículo 80 como en el 84, pues no otra cosa reafirma en el párrafo siguiente: “El asunto es muy sencillo: por mandato legal, el término mínimo de prescripción para casos como el que ocupa la atención de la Sala es de seis (6) años ocho (8) meses, bien sea para la etapa que comprende del momento de la consumación a la ejecutoria de la resolución de acusación; o de ese momento hasta la ejecutoria de la sentencia”. (Subraya, fuera de texto).

“3.- Comparto la afirmación de que “el asunto es muy sencillo”, pero no la solución que se ha dado por la mayoría. Las razones son las siguientes: a).- La legislación colombiana, al referirse a la prescripción de la acción penal en la etapa del sumario, señala una regla que es la contenida en el artículo 80 del C.P., esto es, que tal fenómeno se da “en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco ni excederá de veinte” (si no fuere privativa de la libertad, el término será de cinco años). Y agrega, que para este efecto “se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”. (la subraya, fuera de texto).

“Esas “circunstancias concurrentes” son todas las específicas que atenúan o agravan el delito obviamente aquellas que el propio legislador señaló para los fines exclusivamente

prescriptivos de la acción como son las de los artículos 81 y 82 del C.P. que, en consecuencia, han de ser deducidas en el sumario en cumplimiento de la regla señalada, por ser no sólo circunstancias de “agravación punitiva” cuando de prescripción de la acción se trata, sino además, estar contenidas en preceptos consecutivos.

“b.- La excepción a esta regla tan clara, la trae el artículo 84 Ibídem en forma igualmente inequívoca, esto es, que en el juicio ese término prescriptivo de la acción fijado se reduce a la mitad (“ por el tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80”, dice perentoriamente la norma), sin que pueda ser inferior a cinco años.

“Por manera que ante tal claridad normativa ha de sostenerse sin lugar a la menor duda que el legislador ha querido que el término prescriptivo de la acción en la etapa del juicio sea la mitad del señalado para el sumario, sin que pueda ser inferior a cinco años, o dicho de otra manera, que para encontrar el término prescriptivo de la acción en la etapa del juicio, se debe deducir primero el del sumario para el caso concreto (tomando en cuenta las circunstancias específicas que atenúen o agraven la pena y la de los artículos 81 y 82 del C.P.) y luego se divide por dos.

“c.- La mayoría de la Sala, en la providencia de la cual discrepo, no atendió esta elemental regla con lo cual -y lo digo con sumo respeto- no sólo dedujo doblemente la circunstancia referida en el artículo 82 del C.P., sino que, además, dejó el término prescriptivo de la acción igual tanto para el sumario como para el juicio, cuando el legislador, como se vio, dijo que éste tenía que ser la mitad de aquél.

“La interpretación de la mayoría sería viable, no obstante la contradicción puesta de relieve, si el contenido del artículo 82 hubiese correspondido al epígrafe del mismo, para lo cual tendría que haber dicho, por ejemplo, “El término prescriptivo de la acción se aumenta en una tercera parte en tales eventos...”, o al menos, que hubiesen sido normas posteriores al artículo 84; ahí sí jugaría el incremento tanto en el sumario

como en el juicio. Pero, como eso no es lo que dice la norma, sino que lo deducido en los artículos 80, 81 y 82 se divida en la etapa del juicio por dos, no puedo compartir la tesis mayoritaria que, por lo demás, es una interpretación desfavorable al procesado pues, en mi sentir, la acción está prescrita por tratarse de la etapa del juicio y haber transcurrido cinco años (tope mínimo para todos los eventos, sin excepción alguna), toda vez que la mitad de 6 años y 8 meses (término en que prescribía la acción en el sumario) es inferior al mínimo fijado en el artículo 84 del C.P. “.

Septiembre 18 de 1997.

DIDIMO PAEZ VELANDIA

Magistrado