

AUDIENCIA/ FISCAL

La asistencia del correspondiente fiscal a la audiencia pública es obligatoria, conforme a los artículos 128 y 452 del Código de Procedimiento penal. Su intervención es base fundamental del juzgamiento que, como tal, no puede pretermirse (art. 308.2 C. de P.P.), pues resulta inherente al sistema acusatorio instituido en la codificación procesal penal vigente, que exige para la verificación de este trascendental acto del juicio la participación de acusación y defensa, sin que pueda aceptarse que la presencia del agente del Ministerio Público, suple a alguna de ellas.

No debe perderse de vista que la Fiscalía General de la Nación desarrolla un doble papel dentro del proceso: de una parte, es institución judicial encargada, bajo la correspondiente organización jerárquica, funcional y territorial, de la dirección y ejercicio de la acción penal durante la etapa investigativa, y de la otra es un verdadero sujeto procesal dentro de la etapa del juicio. Siendo misión constitucional suya efectuar la investigación de los delitos, acusar y procurar la sanción de los infractores de la ley penal, sin perjuicio del deber que le asiste de averiguar la verdad así esta conduzca a la inocencia del procesado, mal puede aceptarse su inasistencia al debate oral, que sin lugar a dudas queda substancialmente incompleto y socava la estructura del proceso, afectando la validez de la actuación.

Proceso No. 8811

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Aprobado Acta No.82 (Mayo 30/96)

Santafé de Bogotá D.C., junio once (11) de mil novecientos noventa y seis (1996)

V I S T O S:

Resolverá la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado BENJAMIN GALVIS DONOSO contra la sentencia de 27 de mayo de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo, que lo condenó a la pena principal de dos años de prisión y multa de veinte mil pesos y a las “accesorias de Interdicción de Derechos y Funciones Públicas y suspensión de la Patria Potestad si la tuviere (sic), por un período igual al de la pena principal” (f. 630, cdno. ppal.). por hallarlo responsable del delito de peculado por apropiación.

H E C H O S

Benjamín Galvis Donoso, obrando en su condición de Alcalde Municipal de Ortega (Tolima), compró a Tobías Urueña Rivas parte de un lote de terreno ubicado dentro del perímetro urbano de dicha población, en la suma de siete millones de pesos (\$7.000.000) pagadera con dineros del erario municipal, no obstante que meses antes el vendedor había ofrecido en venta el mismo inmueble a Marcelina Oyola por tres millones de pesos; negociación que se perfeccionó mediante escritura pública 692 del 27 de diciembre de 1990 de la Notaría de Ortega, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Guamo el 11 de enero de 1991.

El posible sobreprecio contratado por el entonces Alcalde, dió lugar a la intervención de la Contraloría del Departamento del Tolima y a la iniciación de la presente investigación.

ACONTECER PROCESAL

Por los hechos reseñados, el Juzgado Once de Instrucción Criminal Ambulante de Ibagué, mediante providencia de 18 de junio de 1992, calificó por segunda vez el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del sindicado Benjamín Galvis Donoso por el delito de peculado por apropiación, en detrimento del Tesoro Municipal de Ortega, consistente en el posible apoderamiento del sobreprecio añadido a la compra del lote de terreno, enjuiciamiento que cobró ejecutoria el 9 de julio del citado año, encontrándose el proceso al cuidado de la Fiscalía 14. Unidad Unica de Patrimonio de la ciudad de Ibagué, a donde había pasado por el cambio de competencias originado con el advenimiento del Decreto 2700 de 1991.

Correspondió conocer del juicio al Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo, el que después de vencido el término de traslado para preparación de la audiencia pública, señaló el 28 de septiembre de 1992 para su realización, a partir de las nueve de la mañana, librando las comunicaciones del caso al funcionario que había proferido el pliego de cargos (doctor Carlos Alberto Buitrago Góngora), a la Fiscal Treinta y Siete y al Personero Municipal del Guamo (fs.593 a 597 del expediente).

El Jefe de la Unidad Primera de Patrimonio de Ibagué le hizo saber al Juez Segundo Penal del Circuito del Guamo, que no encontrándose adscrito a la Unidad de Fiscalía de esa población el doctor Buitrago Góngora, debía actuar en la audiencia pública el representante del Ministerio Público (f.598 ibidem).

En la fecha señalada se dió comienzo a la audiencia pública, la que culminó el mismo día, con asistencia del defensor del procesado y el agente del Ministerio Público (fs.602 y ss. ibidem).

El 10 de noviembre siguiente, el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo puso fin a la instancia, condenando al acusado a las penas ya indicadas y al pago en concreto

de los perjuicios causados, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué, mediante el que es objeto del recurso de casación, con la modificaciones de precisar que el pago de los perjuicios causados y el sobreprecio del lote lo haga el procesado dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria del fallo, “so pena de perder la gracia concedida”, y disponer compulsar copias para investigar por separado otros hechos y la conducta de algunas personas, entre ellas otros servidores públicos.

DEMANDA DE CASACION

Con fundamento en las causales primera y tercera de casación, se formulan varios cargos a la sentencia impugnada, a saber:

CAUSAL PRIMERA

Primer Cargo:- Advera el impugnante que de ser cierto, como se afirma en la sentencia recurrida, que el entonces Alcalde Benjamín Galvis Donoso compró para el municipio de Ortega “un lote de terreno que pertenecía al mencionado municipio y por el cual la Tesorería Municipal pagó el altísimo precio de siete millones de pesos”, se habría incurrido en un delito de estafa y no en el de peculado por apropiación.

Luego expresa:

“Se está en presencia de la aplicación indebida de los artículos 133 del Código Penal y 2° de la ley 43 de 1982, porque si el procesado BENJAMIN GALVIS DONOSO, como Alcalde del Municipio de Ortega, mediante la escritura 692 de 27 de diciembre de 1990 de la Notaría de Ortega adquirió para el Municipio un lote de terreno de que era propietario, lo lógico habría sido la aplicación del artículo 356 del Código Penal, porque se estaría en presencia de un delito de estafa, pero el Tribunal fallador habría violado esa norma punitiva porque en la resolución de acusación no se radicó al procesado doctor

BENJAMIN GALVIS DONOSO como autor de una estafa.

La sentencia acusada en sede de casación aplicó indebidamente el artículo 133 del Código Penal, lo mismo que el artículo 2° de la ley 43 de 1982, porque con la adquisición del lote de terreno a que se refiere la escritura 692 de 27 de diciembre de 1992 (sic) de la Notaría de Ortega, el procesado BENJAMIN GALVIS DONOSO no se apropió del precio de siete millones de pesos que pagó el Municipio como precio de esa adquisición. Y no se apropió de esa cantidad porque al proceso se trajeron las cuentas de cobro presentadas por el vendedor TOBIAS URUEÑA RIVAS, lo mismo que las fotocopias de los dos cheques que por tal cantidad giró la Tesorería de Ortega en favor del vendedor...".

Segundo Cargo:-En desarrollo del mismo, afirma el censor que el Tribunal fallador condenó al procesado Galvis Donoso como autor del delito de peculado por apropiación, en cuantía de \$2.490.000.00, pese a que el expediente no arroja prueba alguna demostrativa de que el acusado hubiese recibido de manos del vendedor Tobias Urueña Rivas el sobreprecio indicado.

Hace referencia al hecho de que varios Ediles del municipio de Ortega incurrieron en la mentira de dar por cierto que Urueña Rivas había ofrecido el lote en venta por un precio inferior al convenido con el Alcalde Galvis Donoso y que el antecesor de éste, Pablo Emilio Morales Marroquín, no registró la escritura de compra en menor extensión del mencionado lote de terreno, por lo que se estaría en presencia de un delito de estafa.

CAUSAL TERCERA

Varios cargos se hacen a la sentencia acusada en el marco de ésta causal, los que el recurrente enuncia de la siguiente manera, que se transcribe en atención a su brevedad;

“Primer Cargo:- La investigación penal se inició con fundamento en una

proposición aprobada por diez Ediles del Concejo Municipal de Ortega, proposición que no incluyó la relación detallada de los hechos conocidos por los denunciantes, con lo cual se violó el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal de 1987, vigente para la época en que dictó el auto cabeza de proceso”.

“Segundo Cargo:-En la resolución de acusación se afirma que el Alcalde BENJAMIN GALVIS DONOSO compró para el Municipio de Ortega un lote de terreno que era de propiedad de dicho Municipio, por la suma de siete millones de pesos. Si ello hubiera sido así, el delito imputable al Alcalde sería el de estafa, sin embargo, al doctor BENJAMIN GALVIS DONOSO se le residenció en juicio como autor de un peculado por apropiación”.

“Tercer Cargo:-Durante la audiencia celebrada ante el Juez de primera instancia, dicho funcionario no permitió que el doctor SIMON CASTRO BENITEZ, defensor del procesado doctor GALVIS DONOSO, expusiera la totalidad de los argumentos jurídicos que tenía en favor de su defendido, tal como consta en el acta de audiencia respectiva, lo mismo que en el memorial del defensor doctor CASTRO BENITEZ para el Juez que había cometido tal arbitrariedad”.

“Cuarto Cargo:-La sentencia de segunda instancia, partiendo de la base de que el procesado doctor GALVIS DONOSO había comprado para el Municipio de Ortega un lote de terreno que era de propiedad del Municipio, en lugar de expresar que se estaba en presencia de un delito de estafa, en el caso de que tal afirmación hubiera sido cierta, lo que hizo fue confirmar la sentencia de primera instancia, mediante la cual el doctor GALVIS DONOSO había sido condenado como autor de un delito de peculado por apropiación”.

“Quinto Cargo:-Como la sentencia acusada en sede de casación condenó al doctor BENJAMIN GALVIS DONOSO como autor de un delito de peculado por apropiación en contra del Municipio de Ortega, en lugar de haber revocado la sentencia condenatoria porque

lo que le competía al Municipio de Ortega, si hubiera sido cierto que había pagado un sobreprecio por la compra del lote de terreno a que se refiere la escritura 692 de 27 de diciembre de 1990 de la Notaría de Ortega, era ejercer una acción civil por lesión enorme para solicitar la rescisión de la compra del mencionado lote de terreno”.

Termina solicitando la infirmación del fallo recurrido en el evento de prosperar la causal primera de casación, o la nulidad del proceso, en el supuesto de aparecer demostrado uno cualquiera de los cargos planteados en el marco de la causal tercera.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público representado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se abstiene de emitir concepto sobre los cargos contenidos en la demanda de casación, por advertir la presencia de una irregularidad sustancial invalidante de la actuación a partir del acto de la audiencia pública que necesariamente conlleva la nulidad de lo actuado por quebranto del debido proceso.

Afirma, en efecto, que la inasistencia del Fiscal del Juzgado a la audiencia pública, celebrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal de inspiración acusatoria (Decreto 2700 de 1991), genera irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, por lo cual sugiere a la Corte declarar oficiosamente la nulidad advertida a partir de tal diligencia, inclusive, basado para ello en los siguientes razonamientos:

“La intervención de la Fiscalía en ésta diligencia es categórica. A ella expresa y tajantemente se refiere el art.128 del C. de P.P., acorde con el cual....La asistencia e intervención de la fiscalía durante la audiencia pública es obligatoria”, mandato que es reproducido por el art.452 ibidem, relativo a la tramitación de la etapa del juicio y mas precisamente de la audiencia pública, bajo el siguiente enunciado: ART.452.- Asistencia Obligatoria.Será obligatoria la asistencia del fiscal, el defensor y del procesado si se encuentra privado de la libertad...”.

En el presente asunto, independientemente de que la resolución de acusación se hubiera proferido durante la vigencia del Dto 0050 de 1987, resultaba forzosa la designación de un fiscal a efecto de que interviniera en la audiencia pública, como que dicha disposición procesal resultaba de inmediata e ineludible aplicación. Y no se trataba, como erróneamente lo entendieron los funcionarios de la fiscalía y el propio Juez Segundo Penal del Circuito del Guamo, de confundir la identidad del órgano acusador, con la individualidad del empleado oficial que desempeñaba las funciones de fiscal”.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte acometerá el examen de la demanda y del concepto fiscal, comenzando por aquéllos cargos planteados bajo el ámbito de la causal tercera de casación, porque de prosperar cualquiera de ellos resultaría impertinente ocuparse de los reparos formulados en el marco de la causal primera.

CAUSAL TERCERA

1.- En cuanto al primer cargo ensayado en la demanda bajo esta causal, no haberse incluido en la proposición aprobada por el Concejo Municipal de Ortega, para dar cuenta a la Contraloría del Departamento del Tolima de las irregularidades imputadas al Alcalde BENJAMIN GALVIS DONOSO, la “relación detallada” de los hechos conocidos por los Ediles, no presenta ni siquiera la apariencia de poder generar nulidad del proceso, por ser una hipotética omisión anterior a éste, que de haber tenido alguna transcendencia o generado irregularidad, quedó reducida a la inocuidad en el transcurso del acopio probatorio.

2.- Acerca de la nulidad invocada por supuesto error de adecuación del tipo penal (calificar como peculado por apropiación lo que al decir del recurrente es delito de estafa), a que se alude en los cargos segundo y cuarto, como también se aduce en lo argumentado bajo el rótulo de la causal primera, no se configura porque es ostensible que

los actos delictuosos endilgados al entonces Alcalde BENJAMIN GALVIS DONOSO, fueron realizados directamente dentro de su órbita funcional como ordenador natural del gasto público, en su condición de servidor oficial y no a título personal o particular, quedando rebasada la eventual configuración de un tipo penal común.

3.- Contrariamente a lo que se argumenta en el cargo tercero, una visión retrospectiva de lo acontecido durante la audiencia pública (fs. 602 y Ss. cdno. ppal.), evidencia que el señor defensor del procesado copó la mayor parte del debate oral, durante el cual gozó de todas las prerrogativas inherentes a la defensa de su cliente, recibiendo únicamente del juez la apropiada solicitud de concretar su alegación defensiva a lo conducente.

4.- Finalmente el quinto cargo, por supuesta atipicidad de la conducta imputada al acusado por tratarse, según el impugnante, de un asunto civil que debería resolverse a través de la rescisión del contrato de compraventa del lote de terreno por lesión enorme, y no determinando la comisión del delito de peculado, se muestra no solo huérfano de fundamento tanto fáctico como jurídico, sino totalmente desenfocado pues su marco propio sería la violación de la ley sustancial y no la nulidad del proceso, por referirse no a un error de actividad, sino a un error in judicando.

En consecuencia, no prospera ninguno de los enfoques ensayados en la demanda a título de nulidad.

CASACION OFICIOSA

Corresponde entonces examinar la nulidad planteada por el señor Procurador Delegado, derivada del hecho de que en la audiencia pública celebrada el 28 de septiembre de 1992, no participó Fiscal alguno: "...el señor Fiscal que calificó el mérito del sumario (sic)... no se hizo presente según constancia... en razón de no estar adscrito a este Circuito, razón por la cual en esta vista pública intervendrá el señor representante del Ministerio

Público...”, para el caso el Personero Municipal, quien solicitó “proferir sentencia absolutoria” (fs. 602 y Ss.).

La asistencia del correspondiente Fiscal a la audiencia pública es obligatoria, conforme a los artículos 128 y 452 del Código de Procedimiento Penal. Su intervención es base fundamental del juzgamiento que, como tal, no puede pretermitirse (art.308.2 C. de P.P.), pues resulta inherente

al sistema acusatorio instituido en la codificación procesal penal vigente, que exige para la verificación de este trascendental acto del juicio la participación de acusación y defensa, sin que pueda aceptarse que la presencia del agente del Ministerio Público, suple a alguna de ellas.

En caso similar al presente dijo la Sala que la participación del agente del Ministerio Público en el plenario “no subsanaba la irregularidad sustancial que se generó con la inasistencia del Fiscal que era obligatoria, según el mandato expreso del artículo 452 de la sistemática vigente. Le asiste, pues, razón al recurrente en su pedimento, debiéndose declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia pública, inclusive” (Auto de junio 8/93, 2a. inst. 7950, M.P. doctor Jorge Enrique Valencia M.).

No debe perderse de vista que la Fiscalía General de la Nación desarrolla un doble papel dentro del proceso: de una parte, es institución judicial encargada, bajo la correspondiente organización jerárquica, funcional y territorial, de la dirección y ejercicio de la acción penal durante la etapa investigativa, y de la otra, es un verdadero sujeto procesal dentro de la etapa del juicio. Siendo misión constitucional suya efectuar la investigación de los delitos, acusar y procurar la sanción de los infractores de la ley penal, sin perjuicio del deber que le asiste de averiguar la verdad así esta conduzca a la inocencia del procesado, mal puede aceptarse su inasistencia al debate oral, que sin lugar a dudas queda substancialmente incompleto y socava la estructura del proceso,

afectando la validez de la actuación.

Además, se aprecia que la designación de un Fiscal que concurriera a la audiencia pública seguía siendo imperativa, si se tiene en cuenta que la situación real del proceso al momento de entrar en vigor el Estatuto Procesal Penal vigente, no era la contemplada en su artículo 13 transitorio.

En conclusión, debe decretarse la nulidad de todo lo actuado en este proceso, desde la diligencia de audiencia pública inclusive, para cuya pronta celebración el juez de primera instancia señalará fecha y hora en la oportunidad debida.

Como obvia consecuencia de esta decisión, la Corte no acomete el estudio de los cargos formulados en la demanda de casación bajo la causal primera, porque habiendo prosperado el cargo de nulidad sugerido por el señor Procurador Delegado, resulta inoficioso referirse a aquéllos, por sustracción de materia.

El expediente se devolverá al Juzgado de origen por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para que se proceda cuanto antes a reponer la actuación viciada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO:- DESESTIMAR la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado BENJAMIN GALVIS DONOSO.

SEGUNDO:- CASAR oficiosamente la sentencia impugnada.

TERCERO:- DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado en este proceso, a partir de la diligencia de audiencia pública, inclusive.

CUARTO:- Devolver el proceso al Juzgado de origen, por conducto del Tribunal Superior de Ibagué, a fin de que se rehaga debidamente la actuación anulada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA FABIO ARISTIZABAL HOYOS

Conjuez

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR DIDIMO PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria