

Proceso N° 10093

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. MARIO MANTILLA NOUGUES

Aprobado Acta N° 172

Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil (2000)

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público y por el Fiscal 158 Seccional, contra el fallo de fecha enero 20 de 1994 mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia proferida por el Juzgado 61 Penal del Circuito de esa misma ciudad contra los procesados LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS, OSWALDO VARGAS ANGULO y JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA, con la modificación el sentido de condenar a los dos primeros, en calidad de cómplices responsables del delito de peculado por apropiación, a la pena principal de treinta y dos (32) y veinticuatro (24) meses de prisión, respectivamente, además de la sanción pecuniaria correspondiente.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. Se inició la investigación al conocerse sobre el retiro de la zona aduanera de la Compañía Colombiana Automotriz C.C.A. (Mazda), de material obsoleto y con declaración de abandono a favor del Estado que por disposición legal estaba destinado

al Fondo Rotatorio de Aduanas; información con fundamento en la cual el 6 de enero de 1989 se adelantó un operativo por agentes de la División de Investigaciones de la Aduana, Patrulla Lince, encontrando que el comerciante LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS, propietario del establecimiento de razón social “Direcciones Colombia”, ubicado en la carrera 18 # 7-A-47 de esta ciudad, había adquirido de JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA, almacenista supernumerario de esa dependencia oficial y radicado en el aludido depósito, una buena parte de la mercancía que se encontraba en las bodegas situadas en la carreras 22 N°8-33 y 18 No.7A-08.

Como en el curso de la maniobra los detectives aduaneros privaron de la libertad al mencionado BAQUERO CONTRERAS, su esposa se comunicó con las autoridades policiales para denunciar un supuesto secuestro, denuncia que dio lugar a la intervención posterior de los agentes de la DIJIN. La acción subsiguiente se desarrolló simultáneamente por los dos grupos de investigadores y culminó con la retención del comerciante BAQUERO CONTRERAS y del empleado de la Aduana JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA.

2. La apertura del sumario fue decretada por el entonces Juzgado 29 de Instrucción Criminal, despacho que dispuso la práctica de las diligencias pertinentes, entre ellas, la vinculación mediante indagatoria de los aprehendidos LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS y JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA.

Sin embargo, como este despacho encontró que por la naturaleza de los hechos el conocimiento correspondía a la justicia penal aduanera, la competencia fue asumida finalmente por el Juzgado 6° de instrucción de esa jurisdicción, que mediante auto de enero 13 de 1989 profirió medida de aseguramiento de caución prendaria contra JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA por el delito de contrabando por sustracción, y de conminación respecto de LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS, a quien endilgó el punible de contrabando interno; decisión modificada en providencia de fecha febrero 4

de ese mismo año, en el sentido de afectar al mencionado BECERRA AYALA con detención preventiva por los delitos de contrabando por sustracción y peculado por apropiación.

En calidad de procesados fueron luego vinculados OSWALDO VARGAS ANGULO y SAMUEL ESTUPIÑAN BERDUGO, a quienes se les resolvió su situación jurídica el 20 de mayo de 1989; al primero con detención preventiva en calidad de cómplice de los delitos de contrabando y peculado, mientras que tratándose del segundo el Juzgado se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.

Clausurada la investigación y surtido el traslado para alegar, el Juzgado calificó el mérito del sumario mediante providencia datada el 6 de junio de 1990 (fls. 844 a 867). En ella elevó acusación contra JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA y OSWALDO VARGAS ANGULO, en calidad de autor y cómplice, respectivamente, de los delitos de contrabando por sustracción y peculado por apropiación; tratándose del sindicado LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS, sorprendido en la detentación del material decomisado que no había sido objeto de la nacionalización correspondiente, por ese hecho le dedujo la autoría en el punible de contrabando interno descrito en el artículo 23 del Estatuto Penal Aduanero; y finalmente, SAMUEL ESTUPIÑAN BERDUGO fue favorecido con cesación de todo procedimiento.

Al resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado VARGAS ANGULO contra esta determinación, el Juzgado 6º de Instrucción Penal Aduanero declaró la nulidad de la resolución de acusación, y cuando se disponía a rehacer el trámite invalidado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1750 de 1991 por medio del cual se adoptaron las medidas legislativas que determinaron la despenalización del contrabando, en consecuencia, el referido despacho en auto del 8 de noviembre de 1991 decretó la cesación de todo procedimiento “a favor de los sindicados SANTIAGO BECERRA AYALA, OSWALDO VERGAS ANGULO, LUIS EDUARDO B AQUERO CONTRERAS

y SAMUEL ESTUPIÑAN BERDUGO, de conformidad al artículo 34 del C. de P.P., por el CONTRABANDO". En esa misma providencia dispuso el envío del expediente al Juzgado 29 de Instrucción Criminal, despacho que conoció inicialmente de las diligencias, para la continuidad de los trámites legales a que hubiera lugar (negrillas fuera de texto, fls. 928 y 929).

El Juzgado 29 de Instrucción Criminal asumió el conocimiento, y en auto de fecha mayo 7 de 1992 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA y OSWALDO VARGAS ANGULO como presuntos autor y cómplice, respectivamente, del delito de peculado por apropiación; favoreció a SAMUEL ESTUPIÑAN con cese de procedimiento; y respecto del acriminado LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS, ordenó estar a lo ya resuelto por el Juzgado 6º de Instrucción Penal Aduanero en la reseñada providencia del 8 de noviembre de 1991, cuando ordenó cesar todo procedimiento por el delito de contrabando (fls. 950 a 979).

Como el defensor de VARGAS ANGULO recurrió en reposición y apelación, esta última con carácter subsidiario, negada la primera el Juzgado de Instrucción concedió la alzada ante el respectivo superior jerárquico (fls. 992 a 994), impugnación decidida por la Fiscalía ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca en virtud de la nueva organización judicial, que en resolución del 12 de abril de 1993 modificó la calificación impartida por el a quo al elevar acusación contra los indagados JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA, OSWALDO VARGAS AREVALO y LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS como coautores y determinador, respectivamente, del delito de peculado por apropiación en cuantía superior a los quinientos mil pesos (fls. 25 a 40 cdno. Fiscalía ante el Tribunal).

La etapa de la causa se adelantó bajo el control del Juzgado 61 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que luego de celebrar la correspondiente

audiencia pública emitió el fallo de condena por el delito imputado en la providencia calificatoria, en el que derivó a los acusados la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, además de multa en cuantía de veinte mil pesos (\$20.000).

Recurrida la sentencia de primera instancia, el Tribunal la confirmó luego de desestimar la nulidad planteada por el Ministerio Público, pero modificándola en el sentido de fijar la pena principal al procesado LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS en treinta y dos (32) meses de prisión y multa de \$13.000, y a OSWALDO VARGAS ANGULO la de veinticuatro (24) meses de prisión, además de la pecuniaria de \$ 10.000, como cómplices del punible de peculado por apropiación (fls. 20 a 41 cdno. Tribunal Superior).

Contra este fallo interpusieron el recurso extraordinario de casación los defensores de los procesados VARGAS y BAQUERO CONTRERAS, la Procuradora Doce Delegada en lo Penal y el Fiscal 158 de la Unidad Especializada de delitos contra la Administración Pública, pero como la defensora del primero no presentó la correspondiente demanda, en tanto que el apoderado de BAQUERO CONTRERAS lo hizo extemporáneamente, sólo se dio curso a las impugnaciones del Ministerio Público y de la Fiscalía.

LAS DEMANDAS

1. La Procuradora delegada ante el juzgador ad quem solicita que se case parcialmente el fallo, dado que el procesado LUIS EDUARDO BAQUERO CONTRERAS fue condenado por una conducta que había sido objeto de precedente cesación de procedimiento en la extinta jurisdicción penal aduanera.

Indica en sustento de esa pretensión formulada al amparo de la causal tercera del artículo 220 del estatuto penal adjetivo, que declarada la

nulidad de la calificación originalmente impartida por el Juzgado 6º de Instrucción Penal Aduanero, en la reposición posterior del trámite ese mismo despacho con asidero en las normas expedidas para ese entonces y que despenalizaron el delito de contrabando, favoreció al mencionado con la cesación de todo procedimiento por ese hecho punible. De ahí entonces, según colige, que el envío del expediente para la continuidad del proceso dispuesto en esa misma decisión, lo fue solo respecto de los restantes sindicados.

En ese orden de ideas encuentra que al someterse al acriminado BAQUERO CONTRERAS a nuevo juzgamiento se vulneró el principio del non bis in idem y, por lo tanto, que la actuación surtida en su contra en estas diligencias está afectada de nulidad.

2. Por su parte el Fiscal 158 delegado para los delitos contra la Administración Pública formula dos cargos contra el fallo del juzgador ad quem.

El primero lo eleva al amparo de la causal 1ª, cuerpo 1º, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, al imputar a la sentencia impugnada la violación directa de la ley sustancial, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 15 del Código de Procedimiento Penal, 9º del Código Penal y 29 de la Constitución Política, que condujo a su vez a la

falta de aplicación de “claros preceptos de orden constitucional y legal en referencia de la cosa juzgada y del non bis in idem”.

En el desarrollo de la censura indica que el sindicado BAQUERO CONTRERAS fue vinculado por el delito de contrabando interno, por razón del cual se le dictó medida cautelar, asimismo, que la actuación prosiguió hasta la vigencia del Decreto 1750 de 1991, cuando fue favorecido con la cesación de todo procedimiento a través de providencia que hizo tránsito a cosa juzgada, por tanto inmutable e

irreformable y que impedía su nuevo juzgamiento.

El demandante precisa que en virtud de esa comprensión el funcionario que asumió con posterioridad el control de las diligencias marginó por completo del proceso al citado BAQUERO CONTRERAS; sin embargo, que el Fiscal Delegado ante el Tribunal generó el problema aquí planteado, al proferir en su contra la resolución de acusación por el delito de peculado por apropiación, perdiendo de vista que la discrepancia en el caso de autos era de simple adecuación típica.

Advierte que la conducta objeto del cese de procedimiento fue la misma por razón de la cual se le elevó la ulterior acusación por el punible contra la administración pública; decisión en la que simplemente se excluyó la subsunción del peculado en el delito de contrabando con desconocimiento de la firmeza de esa primera providencia, donde con acierto o no se pregonó una tesis contraria. En síntesis, procesarse nuevamente a BAQUERO CONTRERAS se conculcó el principio del non bis in idem y, por ende, las disposiciones sustanciales que la regulan.

A partir de tales premisas la Fiscalía solicita que se case parcialmente la sentencia recurrida, esto es, en lo atinente a la responsabilidad penal declarada respecto del sindicado BAQUERO CONTRERAS con sus consecuencias complementarias, para disponerse en su lugar que el auto de cesación de procedimiento con el cual fue favorecido mantiene toda su vigencia y obligatoriedad.

El segundo cargo lo formula el demandante con carácter subsidiario y apoyo en la causal 3ª del citado artículo 220 del estatuto penal adjetivo, por cuanto estima que la sentencia impugnada se profirió en una actuación viciada de nulidad ante el desconocimiento de los derechos al debido proceso y a la defensa.

La sustentación del reproche parte aquí también de la afirmada transgresión del postulado del non bis in idem, en el entendido que una vez extinguida

la acción penal por alguna de las causas generadoras de dicho fenómeno, no resulta posible revivir el trámite así fenecido sino en las hipótesis previstas para la acción de revisión, ninguna de las cuales se configuró tratándose del acriminado BAQUERO CONTRERAS.

Por lo anterior, solicita que se case la sentencia en forma parcial y la consecuente declaratoria de nulidad de lo actuado para que la autoridad competente proceda a dictar la preclusión de la instrucción.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal describió el traslado de rigor previniendo sobre la existencia en el presente proceso de providencia con efectos de cosa juzgada que impedía continuar el trámite al tenor de los artículos 9º y 15 de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, respectivamente; asimismo, que la denominación jurídica de la conducta en el ámbito del derecho no tiene ninguna incidencia frente a dicho principio, en virtud del cual el Estado pierde la potestad para investigar a una persona por un hecho que ya ha sido objeto de juzgamiento.

Trasladados esos conceptos al caso de autos encuentra que el comportamiento investigado fue único y consistente en la sustracción de elementos CKD de la bodega de la Mazda en esta ciudad con simultánea

evasión de los impuestos correspondientes; acto material que recibió dos valoraciones típicas: la del contrabando por sustracción, y el peculado por apropiación, de manera que ante el cese de procedimiento decretado en su oportunidad por la jurisdicción aduanera se cumplieron las condiciones que determinan la aplicación en el caso examinado del principio de la cosa juzgada, a pesar de la

referencia en esa decisión, exclusivamente, al delito de contrabando.

Aduce que la pretensión de evitar la impunidad del peculado, que es un delito concurrente, en manera alguna resulta viable si se tiene en cuenta que la adecuación típica efectuada en concurso de hechos punibles constituye un mero desdoblamiento de un mismo hecho; y finalmente, que esa situación por razón de la cual no procedía la continuidad del proceso tratándose de BAQUERO CONTRERAS se predica también de los restantes sindicados, en consecuencia, de conformidad con el artículo 228 del estatuto procesal penal solicita que se case la sentencia impugnada respecto de todos los encausados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Conviene aclarar de antemano, que a pesar del tiempo transcurrido desde la firmeza de la resolución acusatoria la acción penal en manera alguna se ha extinguido en este asunto. En efecto, de acuerdo con los artículos 80, 81 y 84 del Código Penal la prescripción no opera en la etapa de la causa antes del término de cinco años incrementado en una tercera parte, cuando se trata de infracción cometida por servidor público en el ejercicio de sus funciones; situación configurada en las presentes diligencias en las que se imputa a los procesados el delito de peculado por apropiación, y donde dicho lapso a la fecha no ha sido superado como se establece del simple cotejo cronológico.

No sobra añadir que este es el entendimiento que la Corte precisó para las normas citadas, cuando en reciente pronunciamiento concluyó en torno a su interpretación, reiterando por demás el criterio asentado de tiempo atrás en la materia:

“No se discute que el término prescriptivo de la acción penal para los delitos

sancionados con pena privativa de la libertad menor de cinco (5) años, o que tengan adscrita una sanción de naturaleza distinta, es de cinco años contados a partir de su consumación si no existe resolución de acusación debidamente ejecutoriada, o a partir de dicho momento en caso contrario, como lo sostiene el Procurador en su escrito; y, que en el caso sub judice, dicho término se consolidó el 3 de junio último (artículos 80 y 84 del Código Penal).

“Empero, la Delegada omitió tomar en cuenta que el procesado es servidor público, y que el término de prescripción de los delitos cometidos dentro del

país en ejercicio de sus funciones, del cargo, o con ocasión de ellos, debe aumentarse en una tercera parte, conforme a lo establecido en el artículo 82 ejusdem, trátase de la fase instructiva o del juzgamiento, como ha sido sostenido por la jurisprudencia de la Sala en reiterados pronunciamientos (Cfr. Casación de abril 20/99, Magistrado Ponente doctor Páez Velandia, y Auto de septiembre 21/99, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll, entre otros)”.

Es cierto además que el impugnante es un particular a quien finalmente se le atribuye la calidad de cómplice en ese delito contra la Administración Pública del que fue autor el también sindicado JOSE SANTIAGO BECERRA AYALA, sin embargo, tal circunstancia carece de influjo en el cómputo de la prescripción de acuerdo con el criterio acogido de antaño por la Sala, que frente a esa temática y en varios pronunciamientos, entre ellos el de fecha abril 26 de 1995, con ponencia del H. M. Dr. Mejía Escobar indicó:

“Contrariamente al pensamiento del recurrente, el término prescriptivo afecta a todos los copartícipes, puesto que la norma -artículo 82 del Código Penal- no dice que el lapso extintivo del ius puniendi se aumentará únicamente para el empleado oficial que ha cometido un delito de responsabilidad. Lo que el precepto legal extiende, es el término

para la prescripción de la acción penal, cuando el delito hubiere sido cometido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, afectando a todas las personas que hubieren tomado parte en la ejecución del hecho punible, sin que interese si se tiene o no dicha calidad.

“En tal hipótesis la voluntad de la ley se encamina a que el Estado retenga la

facultad para investigar el delito por más tiempo, en razón a que la condición de empleado oficial puede obstruir el descubrimiento del comportamiento ilícito, perturba la investigación, posibilita el ocultamiento o destrucción de las pruebas indispensables para su esclarecimiento, y todas estas ventajas lo favorecen no solamente a él como sujeto investido de la cualificación jurídica de empleado oficial, sino también a todos sus copartícipes, pues éstos resultarían amparados con la impunidad de aquél...”.

2. En cuanto a las demandas oportunamente presentadas, la Sala debe precisar con miras a deslindar la materia del consecuente análisis, que el primer cargo imputado por la Fiscalía al fallo de segundo grado al amparo de la causal 1º, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, se sustrae con evidencia a un pronunciamiento de fondo, no sólo por haber equivocado el censor la vía del ataque, sino también porque la impugnación se redujo en últimas a un solo cargo de idéntico sentido y argumentación.

Ciertamente, tal sujeto procesal invocando la violación directa de la ley sustancial por la aplicación indebida de las normas alusivas al principio del non bis in idem, en esencia y a través del desarrollo de la censura endilgó al sentenciador ad quem, no un error de lógica jurídica que es el propio de un reproche de dicho talante, sino un vicio de actividad a través del cual se conculcó, conforme adujo, el derecho a un debido proceso, que de encontrar demostración en el caso examinado

conduciría a la declaratoria de nulidad de

lo actuado, razón por la cual su certera proposición se enmarcaba dentro de la causal tercera del mencionado precepto.

3. Pero al margen de dicha falencia no puede perderse de vista que esa comprensión no fue ajena del todo al impugnante, pues a través de raciocinios similares a los expuestos para fundamentar el comentado reproche por violación directa de la ley sustancial, con apoyo precisamente en la causal tercera de casación, aunque soslayando la evidente prioridad que revestía la misma, afirmó que la sentencia atacada había sido proferida en una actuación viciada de nulidad, precisamente, por el menoscabo del mencionado principio del non bis in idem y, por ende, de la garantía fundamental a un debido proceso; cargo al que se concreta entonces la demanda, respecto del cual coincide el recurso propuesto por el agente del Ministerio Público, según quedó reseñado en oportunidad, y que corresponde examinar en esta sede.

En la respuesta a dicha censura resulta imperioso resaltar que la instrucción se contrajo a unos mismos y únicos sucesos delictivos, independientemente del número de partícipes en su comisión; asimismo, que en el proceso fueron interrogados todos los vinculados sobre esos acontecimientos, teniendo por igual la oportunidad de enterarse del objeto de las diligencias, con tanta amplitud, que el funcionario a cargo del sumario definió la situación provisional de los indagados en varias y sucesivas providencias en las que predicó, finalmente, la configuración en concurso de hechos punibles de los delitos de contrabando en dos de sus modalidades y el peculado por apropiación, aunque sin derivar idéntico compromiso a todos los sindicados, pues a BAQUERO CONTRERAS lo estimó ajeno a ese ilícito contra la administración pública.

Tratándose de dicho acriminado, conviene enfatizar, en manera

alguna predicó el instructor de entonces, en la medida de aseguramiento o en la determinación calificatoria anulada, la subsunción en el delito de contrabando de su eventual participación en la apropiación de los bienes del Estado, como afirmó el Fiscal impugnante e insinúo el Ministerio Público ante el juzgador ad quem.

Ahora bien, en ese estado de la actuación entró en vigencia el Decreto 1750 de 1991 que despenalizó el delito de contrabando, considerado a partir de entonces como una conducta de índole contravencional de idéntica denominación jurídica - artículo 1º, literal a)-, o bajo la de “infracciones especiales” - literal b -; estatuto que en su artículo 6º reguló lo atinente al concurso de las contravenciones allí descritas con los delitos en los siguientes términos:

“Comisión de hechos punibles. Cuando para la comisión de una de las infracciones aduaneras se haya realizado hecho punible, se compulsarán copias a la jurisdicción penal ordinaria, para lo de su competencia.”

Así las cosas, en reflexión que disipa la confusión generada en el presente asunto, tan claro precepto jamás podía significar que el delito de peculado por apropiación cometido al tiempo o previamente al contrabando quedó integrado o cobijado en la contravención, pues un entendimiento de ese talante además de mortificar el sentido común y el de justicia, resulta extraño a la norma que brindó asidero a la declaratoria de prescripción del comportamiento convertido en ese ordenamiento, se insiste, en una contravención.

Más aún y con idéntico sentido, se tiene que el Juzgado de Instrucción Penal aduanero, con estricto apego a esas sobrevenidas regulaciones legales, en la providencia del 8 de noviembre de 1991 declaró extinguida la acción penal por el contrabando, exclusivamente; de ahí, que de manera simultánea ordenara remitir la actuación a los jueces ordinarios, que no podía ser sino para la

continuidad del trámite respecto del ilícito contra la administración pública originalmente objeto de paralela investigación.

En ese orden de ideas, la competencia asumida con posterioridad a ese pronunciamiento por el Juzgado 29 de Instrucción Criminal de Bogotá, así como la decisión de calificar el mérito del sumario en desarrollo de ella se ofrecen inobjetables, y por esa mismas razones, se muestra igualmente exenta de reparos la providencia de la Fiscalía de segunda instancia en cuanto examinó la situación de los procesados BECERRA AYALA, VARGAS ANGULO y BAQUERO CONTRERAS, para elevarles acusación por el delito de peculado por apropiación en calidad de coautores y determinador, respectivamente.

En estas condiciones, el cargo de nulidad formulado en las dos demandas allegadas en manera alguna prospera al no encontrarse demostrado el afirmado vicio de un doble juzgamiento.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Salvamento de voto

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

No hay firma

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

No hay firma

MARIO MANTILLA NOUGUES
PINZON

ALVARO O. PEREZ

NILSON PINILLA PINILLA
NUÑEZ

TERESA RUIZ

Secretaria