

Proceso N° 15547

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No. 14

Magistrado Ponente :

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos de febrero del año dos mil.

Se pronuncia la Corte sobre la solicitud de Nulidad presentada dentro del término establecido por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por el procesado doctor ELVER ARANGO CORREA, Representante a la Cámara en la actualidad, contra quien la Fiscalía profirió resolución acusatoria por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación.

Antecedentes.-

1.- Por denuncia presentada por EDGAR PRADO ESCOBAR, se puso en conocimiento de la jurisdicción presuntas irregularidades cometidas en el manejo presupuestal del Municipio de Palmira (Valle), para los años 1991 y 1992, relacionadas con el otorgamiento a entidades privadas de auxilios con cargo al erario, contrariando lo previsto por el artículo 355 de la Constitución Nacional. (fls. 1 y ss. cno. 1).

2.- Por auto proferido el tres de junio de mil novecientos noventa y dos, el JUZGADO DIECINUEVE DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL AMBULANTE (con sede en Cali), abrió investigación y ordenó la vinculación mediante indagatoria entre otros del Dr. ELVER

ARANGO CORREA, quien por la época de los hechos ostentaba la condición de Concejal del Municipio de Palmira (fls. 100 y ss. cno. 1).

3.- Por providencia proferida el veintiocho de enero de mil novecientos noventa y tres, la Fiscalía Seccional Ciento Treinta y Ocho, a donde pasaron las diligencias, definió la situación jurídica, entre otros de este procesado, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento (fls. 597 y ss-1).

4.- En resolución proferida el 8 de febrero de 1995 por las Fiscalías 28 y 55 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública con sede en la ciudad de Cali, SE DECRETO EL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN (fl. 273-4).

5.- Mediante proveído de doce de septiembre de mil novecientos noventa y cinco, la Fiscalía 49 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria contra ELVER ARANGO CORREA, JAIME MOSQUERA HERRERA, JAIRO CHAPARRO, GUSTAVO CATAÑO MORALES, LUIS ALFONSO CASTILLO BEDOYA, LUIS FRANCISCO PINILLA, MIGUEL HUGO ABADIA AVILA y JOSE ALVARO MOSQUERA BOLAÑOS, como cómplices de los delitos de peculado "ejecutados en el marco preciso e inequívoco trazado en el comentado acuerdo 042 del 91".

Respecto de ELVER ARANGO CORREA, decretó medida de aseguramiento de detención preventiva, le concedió la libertad provisional y le prohibió salir del país.

Y, en relación con RUBY TABARES CALERO y FRANCISCO DIEGO CADENA ANTIA, precluyó la instrucción.

También, ordenó compulsar copias "a efectos de investigar por separado la real destinación y ejecución de auxilios decretados y pagados en favor de la Asociación Popular Nuestra Señora del Palmar", de la entidad CORSESPAL, y la Asociación Palmirana de Bienestar Social(fl. 411 y ss-4).

6.- Al momento de notificarse el procesado ELVER ARANGO CORREA manifestó “solicito reposición” (fl. 444-4); en tanto que, aún dentro del término de ejecutoria, su defensor decidió “presentar el libelo de sustentación del recurso de apelación, oportunamente interpuesto por mi defendido al notificársele la resolución de acusación”; al tiempo que otros sujetos procesales manifestaron su deseo de recurrir en apelación.

7.- En memorial presentado el 28 de noviembre de 1995 el defensor del procesado GUSTAVO CATAÑO MORALES desiste del recurso de apelación interpuesto y acompaña constancia en el sentido de que su asistido fue elegido Representante a la Cámara para el período constitucional 1994-1998, tomando posesión el 20 de julio de 1994.

Advierte, en consecuencia, que en virtud del fuero especial consagrado en el artículo 235-3 de la [Constitución Política](#), y a partir de la posesión como Representante a la Cámara, toda la actuación adelantada por la Fiscalía General debe ser declarada nula por falta de competencia (fls. 610 y ss.-4).

8.- Por resolución proferida el 13 de diciembre de 1995, la Fiscalía 89 Especializada en Delitos Contra la Administración Pública, decidió CONCEDER el recurso de apelación interpuesto por los defensores de LUIS ALFONSO CASTILLO, LUIS EDUARDO MENDOZA, ELVER ARANGO CORREA, JOSE ALVARO MOSQUERA BOLAÑOS y MIGUEL HUGO ABADIA AVILA.

En referencia al desistimiento del recurso interpuesto, presentado por el defensor de GUSTAVO CATAÑO MORA, decretó la ruptura de la unidad procesal y ordenó remitir el diligenciamiento a la Corte Suprema atendiendo la condición de congresista del sindicado (fls.680-4).

9.- Por resolución proferida el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco,

la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, consideró que el Fiscal de primera instancia “debió pronunciarse, mediante decisión interlocutoria, sobre la viabilidad o no de declarar la anulación” reclamada por el defensor de GUSTAVO CATAÑO MORALES, lo cual a su modo de ver impide pronunciarse sobre los recursos. De otra parte, sostiene, “el señor Fiscal hizo alusión al desistimiento pero no lo aceptó expresamente, como lo demanda la ley procesal”.

“Se observa además, que al momento de la notificación, el sindicado ELVER ARANGO CORREA” solicitó reposición que jamás fue sustentada, ni tampoco se emitió providencia alguna negando su trámite. Y el defensor, por su parte, presentó un memorial con el cual perseguía sustentar el recurso de apelación interpuesto por el procesado, sin tomar en cuenta que la impugnación del sindicado se orientó por el recurso de reposición, “cuestión ésta que no fue dilucidada en primera instancia”, según se afirmó.

Del mismo modo, LUIS FRANCISCO PINILLA, al momento de notificarse de la resolución acusatoria interpuso recurso de apelación que no sustentó, impugnación que ha debido declararse desierta. Por esto, se abstuvo de conocer de los recursos de apelación impetrados (fls. 687 y ss.4).

10.- El 16 de enero de 1996, la Fiscalía 89 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, se abstuvo de pronunciarse sobre la nulidad impetrada por el defensor de GUSTAVO CATAÑO MORALES, por considerar que dicho pronunciamiento debe hacerlo el juez competente, en este caso la Corte Suprema.

Aceptó el desistimiento de la apelación presentada por el defensor de CATAÑO MORALES.

Concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por los defensores de LUIS E. MENDOZA, LUIS ALFONSO CASTILLO y LUIS F. PINILLA, y los sindicatos MIGUEL HUGO ABADIA y JOSE ALVARO MOSQUERA.

Dijo no declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por LUIS FRANCISCO PINILLA, en virtud a que su defensor lo sustentó en oportunidad legal.

Se abstuvo de conceder el recurso de apelación a que alude y sustenta el defensor de ELVER ARANGO CORREA y no lo declaró desierto por no haber sido interpuesto en término, según expuso.

Argumentó al respecto el acusador “No ocurrió igual cosa con el escrito de ‘sustentación del recurso de apelación’ que presentara el doctor JESUS MARIA COBO ARIZABALETA en representación del acriminado doctor ELVER ARANGO CORREA, habida cuenta de que éste en el Acto de Notificación de la Resolución Acusatoria solicitó ‘reposición’, impugnación que como lo adviera el Superior jamás fue sustentada, luego al no presentarse escrito alguno -motivado exponiendo las razones de hecho y de derecho-, por sustracción de materia no se le imprimió trámite alguno, pues, no se dio ninguna de las circunstancias señaladas en los incisos uno (1) y dos (2) del artículo 200 del C. de P. P. (Modificado por el art.) 28 Ley 81 /93). De consiguiente, ABSTIENESE este Despacho de conceder el Recurso de Apelación al que alude y sustenta el doctor COBO ARIZABALETA no declarándolo desierto, dado que en el término de ejecutoria formal de la resolución no fue interpuesto por su prohijado, resultando por ende improcedente”.

Y, finalmente, ordenó el envío del diligenciamiento al superior “para efectos de que se desaten los recursos interpuestos”. (fls. 698 y ss.-4).

11.- La Fiscalía Delegada ante el Tribunal, por resolución de veinticinco de enero de mil novecientos noventa y seis, devolvió nuevamente el proceso a la primera instancia “para que se proceda como se indicó en la resolución interlocutoria No. 120 de 28 de diciembre de 1995, incluyendo lo de declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el sindicado LUIS FRANCISCO PINILLA, porque el Dr. ARMANDO VIZCAINO, defensor principal, sustentó su propio recurso de apelación, interpuesto al momento de la

notificación personal, mas no el de aquél, pues a pesar de considerarse como una unidad por los intereses comunes, son dos sujetos procesales con iguales derechos” (fls. 702-4).

12.- Por resolución proferida el 31 de enero de 1996, la Fiscalía 89 de la Unidad Especializada en Delitos contra la Administración Pública, declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el sindicado LUIS FRANCISCO PINILLA, por no haberlo sustentado en los términos legales y ordenó el envío del expediente a la segunda instancia (fls. 712 cno. 4).

13.- Por escrito presentado el 19 de febrero de 1996 ante la Fiscalía de primera instancia, el procesado ELVER ARANGO CORREA solicita la NULIDAD de la providencia proferida el 16 de enero de 1996, por: a) no haber declarado desierto el recurso de reposición interpuesto contra la providencia calificatoria; b) negar el recurso de apelación en providencia que no notificó, debiendo haberlo hecho como lo ordena el artículo 186 del C. de P. P; y, c) revocar de oficio la decisión que ya había tomado de conceder el recurso de apelación.

También solicitó declarar la nulidad de la providencia calificatoria, por considerar que en ella no fueron evaluados los medios de prueba que aportó al proceso “y, la mayoría ni siquiera fueron indicados lo cual constituye una violación al derecho de defensa y una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso”.

Dicho proveído también quebranta la unidad procesal por haber vinculado únicamente a ocho Concejales, de los trece necesarios para integrar el quórum; viola igualmente el derecho de defensa y afecta el debido proceso al ordenar compulsar copias para investigar por separado la real destinación y ejecución de auxilios decretados y pagados en favor de la Asociación Popular Nuestra Señora del Palmar, motivada en el hecho de que su tesorero es el doctor ARANGO CORREA, (Pg. 6 de la Resolución de Acusación) y con el fin de establecer la eventual apropiación indebida de auxilios.

Sostiene que la determinación que tilda ilegal, está fundamentada en una prueba ilegal e inconstitucional, dado que la constancia que aparece a folio 43 del cuaderno no. 1, fue expedida por una funcionaria que carecía de facultad certificadora; dicho documento hace alusión a la junta directiva de la entidad para el mes de abril de 1988, sin informar si quienes figuran como sus integrantes tomaron o no posesión de sus cargos. Además, tal medio de prueba fue contradicho con la diligencia de injurada y con documentos que acreditan lo contrario, “presentados oportunamente, circunstancia ésta que ni siquiera fue mencionada en su providencia, haciendo nugatoria mi defensa”.

En esencia, prosigue, en la providencia se ordena iniciar otra investigación por los mismos hechos objeto de este proceso.

Por último, agrega que en la resolución acusatoria se afirma que el procesado aceptó haber aprobado el Acuerdo 42 de 1991, cuando solo admitió haber participado en los debates por haber asistido a las sesiones del Concejo Municipal (fls. 733 y ss.).

14.- En resolución de sustanciación proferida el 23 de febrero de 1996, la Fiscalía 89 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, “referente a la petición de nulidad invocada por el inculpado doctor ELVER ARANGO CORREA debe destacarse que éste pedimento surge en oportunidad extemporánea, debiéndose aplicar aquí el principio de derecho procesal de la preclusión, el cual no permite a esta hora entrar a desatar cuantas peticiones de justicia presenten los sujetos procesales, pues de lo que se trata es de la corrección de algunos actos irregulares precisados por la segunda instancia, previos a la decisión o pronunciamiento suyo por vía de la apelación de la resolución acusatoria. Siendo ello así, ABSTIENESE este Despacho de dar curso a la petición invocada” (fls. 737-4).

15.- Por auto interlocutorio proferido el 23 de febrero de 1996, la Fiscalía de primera

instancia, NEGOTIACIÓN DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD impetrada por el defensor de GUSTAVO CATAÑO MORALES (fls. 738 y ss.-4).

16.- Luego de otra incidencia procesal advertida por la segunda instancia (fls. 763-4), finalmente el 9 de mayo de 1997 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, resolvió la segunda instancia de la providencia calificatoria del sumario así (fl. 798):

1. Confirmar la resolución acusatoria proferida contra LUIS EDUARDO MENDOZA GARCIA.

1. Confirmar la resolución de acusación contra MIGUEL HUGO ABADIA AVILA, LUIS ALFONSO CASTILLO BEDOYA, LUIS FRANCISCO PINILLA y JOSE ALVARO MOSQUERA BOLAÑOS, modificando el proceso de adecuación típica en el sentido de que deben responder como coautores de los delitos de peculado por apropiación, en concurso material homogéneo y sucesivo, conforme al tipo penal de que trata el 133 del C.P. y artículo 26 ejusdem.

1. MODIFICAR el cargo formulado a ELVER ARANGO CORREA, JAIME MOSQUERA HERRERA, JAIRO CHAPARRO Y GUSTAVO CATAÑO MORALES, en el sentido de que deben responder como coautores de los delitos de peculado por apropiación, en concurso material, homogéneo y sucesivo, de conformidad con los arts. 133 y 26 del Código penal.

1. Compulsar copias para la investigación de los Concejales CAMILO BUSTAMANTE

ALVAREZ, JOSE LAUREANO GOMEZ SOTO, LIBARDO LOPEZ RODRIGUEZ, HUMBERTO LOPEZ y EDUARDO RODRIGUEZ CRISPIN “personas que no han sido procesadas habiendo actuado al igual que los demás concejales, en las sesiones en las cuales se decretaron los auxilios en vigencia de la nueva Constitución Nacional”.

Dijo entonces la Fiscalía de segunda instancia:

“Los cargos por peculado por apropiación, contenidos en la providencia calificatoria, hacen referencia, entonces, a los auxilios contenidos en el Acuerdo No. 042 de noviembre 29 de 1991, por medio del cual se expidió el presupuesto de ingresos y egresos del municipio para la vigencia fiscal de 1992 y se dictaron otras disposiciones, por parte del Concejo Municipal de Palmira, auxilios que como es de lógica, en su gran mayoría se pagaron en vigencia de la nueva carta constitucional, para cuyo efecto el alcalde expidió múltiples actos administrativos (resoluciones).

“Es asunto axiomático que el Concejo del Municipio de Palmira expidió el Acuerdo No. 042, contentivo del presupuesto de ingresos y egresos para la vigencia fiscal de 1992 y allí bajo el código 9110-04 se incluyó para la alcaldía municipal el rubro de “auxilios”, el que a su vez se subdividió en 16 numerales discriminativos de las entidades a las cuales estos se adjudicarían y los montos límites correspondientes, sumando una cuantía total de ciento ochenta y nueve millones doscientos sesenta mil pesos (\$ 189.260.000.00). En efecto, se señalaron los siguientes auxilios, con indicación de los valores que se citan:

4.- AUXILIOS	189.260
01 Auxilios Educativos, Utiles Escolares y	
Material didáctico	10.000
02 Auxilio Fomento Cultural y Efemérides	10.000

03	Auxilio Fomento, Deportes y Actividades Cívicas	10.000
04	Auxilios Varios para entidades sin ánimo de lucro y personas de escasos recursos económicos	8.000
05	Emergencias, Calamidades Públicas y Prevención de catástrofes	5.000
06	Reforestación Hoya Hidrográfica	3.000
07	Auxilio Junta de Deportes	12.000
08	Auxilio Casa de la Cultura	12.000
09	Auxilio Leprosos Palmiranos Agua de Dios	360
10	Auxilio Cabildos Verdes (Funcionamiento)	2.400
11	Bomberos Corregimiento de Rozo	2.000
12	Univalle-Palmira	30.000
13	Recrear	24.000
14	Comité Derechos Humanos	500
15	Bomberos Palmira	60.000
16	Auxilios Catedral de Palmira	1.000

“Establecido este rubro presupuestal para la dependencia de la Alcaldía Municipal, el señor Alcalde de la época, Abogado LUIS EDUARDO MENDOZA GARCIA, emitió pluralidad de resoluciones asignando auxilios a diferentes instituciones y personas naturales, resaltándose, entre otros, LA PARROQUIA NUESTRA SEÑORA DE LOURDES, JUNTA DEFENSORA DE LOS ANIMALES, JUNTA COMUNAL VEREDA LOS PILES, LICEO FEMENINO, DEFENSA CIVIL DE PALMIRA, CHAOLIN TSU KEMPO y/o MARIA EDILIA JAIMES, JUNTA COMUNAL VEREDA EL ARENILLO, GRUPO No. 2 COMPARTIR DE LA CORPORACION 3ª EDAD, CLUB DEPORTIVO NUEVA VIDA, PARROQUIA SAN PEDRO Y SAN PABLO, INSPECCION DE POLICIA BOLO LA ITALIA, FUNDACION UNIVERSIDAD DEL VALLE -SEDE PALMIRA-, CORPORACION PALMIRANA PARA LA RECREACION POPULAR ‘RECREAR’, CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE PALMIRA, JUNTA MUNICIPAL DE DEPORTES, JUNTA DE ACCION COMUNAL CORREGIMIENTO DE GUAYABAL, ASOCIACION SORDOS DE PALMIRA, JUNTA DE ACCION COMUNAL CORREGIMIENTO DE ANAIME, VOLUNTARIAS VICENTINAS DE LA CARIDAD, CAMARA JUNIOR DE COLOMBIA -CAPITULO PALMASECA-, CLUB DE LEONES DE PALMIRA CENTRO MONARCA, JUNTA DE ACCION COMUNAL BRISAS DEL BOLO, CRUZ ROJA COLOMBIANA, JUNTA DE ACCION COMUNAL BARRIO SESQUICENTENARIO, JUNTA DE ACCION COMUNAL DEL BARRIO LAS DELICIAS, COLJUCIVALLE CAPITULO DE PALMIRA, SANATORIO DE AGUA DE DIOS, CENTRO DOCENTE JOSE MARIA VIVAS BALCAZAR, JUNTA DE ACCION COMUNAL URBANIZACION LOS SAMANES, JUNTA DE ACCION COMUNAL DE LA VEREDA LA NEVERA, JUNTA DE ACCION COMUNAL BARRIO SAN JOSE, FUNDACION PARA EL MINUSVALIDO PALMIRANO JUNFUNDMIPAL, CASA DE LA CULTURA RICARDO NIETO DE PALMIRA, ESCUELA NACIONAL DEL DEPORTE, UNIVERSIDAD DEL QUINDIO CREARD BUGA, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SECCIONAL DE MANIZALES, JUNTA DE ACCION COMUNAL DEL CORREGIMIENTO DE ZAMORANO”.

“Debe connotarse que aunque en los actos administrativos se señalaban como beneficiarias a las instituciones relacionadas, muchos de los auxilios eran destinados,

según las partes resolutivas de los mismos, directamente a personas naturales, de tal manera que aquellas eran simplemente utilizadas como puentes para que el dinero del municipio llegara a éstos. La palabra “a favor” que precede a la institución aparentemente beneficiada con el auxilio, no era más que una manera de disfrazar la real destinación”.

“Pueden citarse como ejemplos los siguientes: Mediante resolución No. 070 se concedió un auxilio mensual a favor del SANATORIO DE AGUA DE DIOS DE CUNDINAMARCA, por valor de treinta mil pesos, con destino a los señores JOSE DIDIER MARIN HERRERA y BETSABE SANCHEZ AGRINO, por ser oriundos del municipio de Palmira y por estar recibiendo asistencia médica en ese centro. . . “

“. . . Los ejemplos citados -con fundamento en la prueba documental- dejan clara constancia de que los auxilios decretados y pagados se hacían aparecer como girados a favor de instituciones o corporaciones, pero realmente beneficiaban a personas naturales. En otras palabras: las instituciones no recibían ningún beneficio sino las personas naturales indicadas en las resoluciones. La prueba documental, los plurales testimonios, incluso de los mismos beneficiados y las propias exégesis de los sindicatos, constituyen evidencia irrefutable del aserto. Cualquier disquisición al respecto es simple batología”.

“Lo cierto y probado, desde otra óptica, es que tanto el decreto como el pago de auxilios en vigencia de la Nueva Constitución Nacional, en franca opugnación con el artículo 355 de la Carta, son aspectos tan apodícticamente establecidos que nadie los ha puesto en duda. Las argumentaciones defensivas son de otros matices”.

17.- El juicio correspondió tramitarlo al Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira (fl. 879-4), en donde se corrió el traslado previsto por el artículo 446 del C. de P.P..

18.- En escrito presentado el 28 de agosto de 1997, a más de algunas pretensiones probatorias, dice el procesado Dr. ELVER ARANGO CORREA:

“Como quiera que el Ad quem no estudió mi caso por ‘no haberse sustentado la apelación oportunamente’ (afirmación errada porque la apelación sí se sustentó oportunamente como puede verificarse en el expediente) y el a-quo se abstuvo de dar trámite a mis peticiones de nulidad, considero que siguen vigentes las peticiones que formulara a folios 2919, 2920, 2921 y 2922, ante la fragilidad jurídica del auto que aparece a folio 2923 del que sería conveniente examinar, como causal diferente o hecho posterior que viola mi derecho a la defensa y afecta el debido proceso, si se notificó o no correctamente” (fls. 881 y ss-4).

19.- Posteriormente, por escrito presentado el 29 de agosto, solicitó el recaudo de otras pruebas (fl. 888).

20.- Vencido el término de traslado (fl. 895), por auto proferido el 27 de noviembre de 1997, el Juzgado se pronunció sobre las pruebas solicitadas ordenando el recaudo de algunas, al tiempo que negó otras, sin referirse a la solicitud de nulidad formulada por el procesado Dr. ELVER ARANGO CORREA (fls. 897-4).

21.- Por auto proferido el 18 de diciembre de 1998, el juzgado fijó fecha para llevar a cabo la audiencia pública, el día 29 de enero “del año en curso” (sic) (fl. 400).

22.- Ante la manifestación hecha por el defensor, en el sentido de que el doctor ELVER ARANGO CORREA desde el 20 de julio de 1998 se desempeña como Representante a la Cámara, por auto proferido el 1º de febrero de 1999, el Juzgado de conocimiento ordena compulsar copias del expediente para enviarlo a la Sala de Casación Penal de la Corte, juez natural de los miembros del congreso. (fl. 428).

23.- Por auto de doce de marzo de 1999, la Corte ordenó devolver el diligenciamiento al juzgado de origen para que procediera a la actualización del expediente (fls. 4 y ss. cno. Corte).

24.- Por auto de abril 21 de 1999, se ordenó comunicar al Procurador Delegado y al defensor del procesado que el referido proceso se encuentra en esta Corporación. Además, se dispuso acreditar la condición de congresista del implicado y la conversión del título de depósito judicial presentado por éste (fl. 9 y ss. cno. Corte).

25.- A folios 16 y ss.- obran las constancias del Congreso sobre que el Dr. ELVER ARANGO CORREA tomó posesión del cargo el 20 de julio de 1998 y es miembro de la Comisión Séptima Constitucional Permanente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por ostentar el Dr. ARANGO CORREA la condición de congresista, la Corte es competente para juzgarlo por los hechos punibles que se le imputen, conforme lo dispone el artículo 235-3 de la Carta Política.

El recuento procesal hecho en el acápite de antecedentes de este proveído, en orden a destacar que contra el doctor ARANGO CORREA la Fiscalía profirió resolución de acusación por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado, por hechos acaecidos cuando se desempeñaba como Concejal del Municipio de Palmira, y cuya calificación del mérito probatorio del sumario se produjo en época anterior a su posesión como miembro del Congreso de la República, con lo cual se establece que para la fecha del citado pronunciamiento la Corte carecía de competencia para conocer del presente asunto, la cual, estaba radicada en la Fiscalía, a tenor del artículo 67 del C. de P. P.

Es de advertirse, además, que la referida resolución de acusación se encuentra ejecutoriada, dado que respecto de ella se surtió el pronunciamiento de la segunda

instancia, para resolver los recursos que, habiendo sido interpuestos en oportunidad, fueron concedidos por la Fiscalía encargada de la instrucción del proceso.

Por tanto, según la etapa procesal por la que atraviesa la actuación, el paso siguiente en el rito debería ser el señalamiento de la fecha y hora para llevar a cabo la vista pública, si no fuera porque se observa que el Juzgado, hasta ahora a cargo del juicio, respecto del Dr. Arango, omitió pronunciarse sobre la solicitud de nulidad de lo actuado, por él elevada, siendo pertinente, entonces, que la Corte entre a resolver el punto antes de continuar con la etapa subsiguiente en el rito, a fin de, si es del caso, purgar el trámite de eventuales irregularidades que puedan viciarlo, y mantener incólume el debido proceso, conforme lo establece el artículo 13 del Estatuto Procesal Penal.

Durante el término previsto por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, junto con sus pretensiones probatorias para el juicio, las cuales ya fueron resueltas, el doctor ARANGO CORREA reclama la invalidación de lo actuado por transgresión del debido proceso y el derecho de defensa, aduciendo que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali no estudió su caso 'por no haberse sustentado la apelación oportunamente', y porque la Fiscalía de primera instancia no dio trámite a su petición de nulidad presentada en escrito que corre a folios 733 y ss.-4, petición ésta, fundada en considerar irregular la falta de vinculación de otras personas que pudieren resultar comprometidas en el hecho materia de investigación, pues con dicha omisión a su criterio se quebró la unidad procesal; también, que en la providencia calificatoria el organismo acusador no evaluó los medios de prueba por él aportados; y, finalmente, que el derecho de defensa se afectó al ordenar la expedición de copias para investigar separadamente el destino y ejecución de auxilios otorgados a la Asociación Nuestra Señora del Palmar.

En respuesta a lo planteado, ha de comenzar por decir la Corte, que el ordenamiento procesal penal vigente, contrario a la regulación mantenida en estatutos anteriores, se

ocupa del tema relacionado con los motivos de invalidación de los actos procesales, reconociendo la operancia de los principios de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia y residualidad.

De acuerdo con ellos, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

En este caso, de una parte, en el mismo memorial en el que se solicita el recaudo de pruebas durante el juicio -con lo cual se da a entender que el trámite hasta ese momento llevado a cabo no ofrece motivo de invalidación alguno, pues no tendría sentido ejercer la controversia probatoria en un juicio cuya constitución se halla afectada de irregularidades sustanciales-, sugiere al mismo tiempo (ya que la invocación no es expresa), que el trámite surtido con posterioridad a la providencia calificatoria de primera instancia, igualmente adolece de nulidad.

Y, de otra, refiere indistintamente violaciones al debido proceso y el derecho de defensa, sin ubicar la protesta en uno de estos dos motivos específicos de invalidación, los cuales ameritan concreción y demostración autónoma, en razón a corresponder a

motivos de invalidación normativamente diferenciados.

En este sentido, repetidamente la jurisprudencia ha dado en sostener que cuando se aduce violación del debido proceso, se debe comprobar la existencia de irregularidad sustancial que afecte la estructura del sistema que lo inspira. Por ejemplo; falta de apertura de investigación, no vinculación del procesado, no definición de la situación jurídica o ausencia de la decisión de cierre de la investigación; desconocimiento de la etapa de investigación y/o de juzgamiento; dentro del juicio: de la fase probatoria y/o de debate oral; de formulación de cargos o sentencia, o la posibilidad de recurrir en segunda instancia.

En cuanto hace a la violación del derecho de defensa, ha sido dicho asimismo, que es de cargo de quien la alegue determinar la actuación que estima lesiva de esta garantía fundamental, indicar las normas que fueron violadas, y dejar establecido cómo el vicio repercute negativamente en la validez del rito llevado a cabo.

En el aludido memorial, al afirmarse que la Fiscalía de segunda instancia no estudió el caso por no haberse concedido el recurso de apelación que se dice oportunamente fue interpuesto contra la resolución acusatoria, se da en suponer que el motivo invalidatorio aducido es la violación del debido proceso por haberse negado la posibilidad de acudir a una segunda instancia. No obstante este enunciado, se incumple el derrotero ampliamente trazado por la jurisprudencia y la doctrina en orden a demostrar la configuración del motivo de nulidad propuesto, pues de un lado, el supuesto fáctico de que se parte no tiene correspondencia en la actuación, y, de otro, aún en el evento de que ello hubiere sido acreditado en el sentido de haberse negado el derecho a una segunda instancia, la propuesta falla en cuanto hace al cumplimiento de los principios de trascendencia y residualidad ya vistos.

Si bien es cierto en la referida providencia la Fiscalía Delegada ante el Tribunal no se

ocupó expresamente de responder cada uno de los planteamientos expuestos en favor del doctor ARANGO, por considerar superado el asunto referente a la oportunidad y forma de interposición de la apelación, también lo es que en ejercicio de la facultad de revisión integral de la providencia calificatoria que por virtud de la apelación la ley otorga a la segunda instancia, introdujo modificaciones al pliego enjuiciatorio proferido en la primera, aclarando que el doctor ARANGO CORREA debería responder en juicio criminal como coautor del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación, en vez de la complicidad que por el mismo delito le había sido imputada en la calificación del mérito probatorio del sumario realizada por la Fiscalía Seccional, lo cual es indicativo de que respecto de este procesado sí hubo pronunciamiento en la segunda instancia, y demuestra que ningún asidero posee la tesis que propugne por sostener lo contrario.

Esta amplia facultad revisora radicada en cabeza de los funcionarios de segunda instancia, ha sido dicho por la jurisprudencia, no encuentra limitación en la prohibición constitucional de la reforma peyorativa, pues “las previsiones de la Carta Política y del Código de Procedimiento penal sobre la prohibición de agravación en perjuicio del procesado cuando es el único recurrente sólo se refieren a las sentencias, jamás a los autos interlocutorios así contengan éstos la resolución acusatoria” (Sent. Cas. Nov. 23/94. M. P. Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA Rad. 8950).

Y si no hubo una respuesta concreta respecto de los motivos de inconformidad expuestos en favor del Dr. Arango Correa, ello obedeció entre otras cosas a la contradicción en que se observa incurrieron procesado y defensor al ejercitar los instrumentos para controvertir las decisiones judiciales lo cual determinó la ausencia de pronunciamiento expreso en la segunda instancia, que ahora se aduce como motivo de anulación.

Podría decirse válidamente que en este caso se incumple el principio de protección que orienta las nulidades, pues la actuación evidencia que con su conducta, quien ahora alega el vicio, y del mismo modo quien ejerce la defensa técnica, pudieron haber dado lugar a la producción de la actuación que se tilda de irregular, ya que en el acto de notificación de la resolución acusatoria el procesado manifestó interponer el recurso de reposición; y, el defensor, por su parte, sin aclarar el punto, dijo sustentar el recurso de apelación interpuesto por su cliente, con lo cual no se hizo otra cosa que dejar en la indefinición el mecanismo de impugnación a que se pretendía acudir.

Y, si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, “cuando existan peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán éstas últimas”, en cuyo acatamiento la Fiscalía ha debido tramitar el recurso de apelación, y que al no hacerse de modo expreso, como correspondería en respeto por las pretensiones de prevalencia de la defensa técnica, se incurrió en irritualidad, es lo cierto que la garantía de acceder a la segunda instancia, independientemente del sentido adverso de la decisión, se mantuvo incólume, dado precisamente que, como ya ha sido visto, hubo pronunciamiento expreso sobre la forma de participación en el delito por cuya realización se acusa al doctor ARANGO CORREA, lo que indica que sí se estudió el caso.

Adicional a esto, aún en el supuesto de que pudiera reconocerse relevancia a la situación expuesta por el Doctor Arango, es decir que no se le resolvió el recurso de apelación oportuna y legalmente interpuesto contra la providencia calificatoria, no tendría ello ninguna incidencia en la validez del proceso que en la actualidad se surte ante la Corte, toda vez que ni aún que procediere declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto que negó el recurso de alzada contra la resolución acusatoria emitida en primera instancia, para en su lugar concederlo, una tal irritualidad no podría ser corregida, pues, al haber cambiado la naturaleza del proceso, y obligadamente tener que adecuarse al especialmente establecido para el juzgamiento de los altos dignatarios del Estado, por

virtud del fuero constitucional que los cobija, e “implicando el trámite foral un juzgamiento en única instancia por parte del órgano límite de la jurisdicción ordinaria” el sistema no tiene establecido en una autoridad superior la competencia para revisar las providencias que en ejercicio del mandato constitucional adopte la Corte, conforme ha sido precisado por la jurisprudencia (Auto Unica Inst. Julio 17/98. R. 9736).

En este orden, es de reiterarse lo expuesto por esta Corporación en relación al trámite a seguir en los procesos contra los miembros del congreso, pues por razón del fuero constitucional que los ampara “desde el momento de su posesión, la disciplina del proceso es aquella que rige para los asuntos que adelanta la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de sus funciones de investigación y Juzgamiento. Esto es, proceso inquisitivo y de única instancia” y destacando al tiempo, que ante el hecho de la posesión como congresista, y estando en curso un proceso iniciado con antelación a ella, “en tal situación, la Corte no puede hacer otra cosa que asumir el asunto en el estado en que lo encuentra y amoldarlo al rito que compone el debido proceso de los asuntos que aquí se tramitan, sin que pueda desconocer todos aquellos actos procesales que ocurrieron antes de su conocimiento, en tanto hayan sido adelantados con competencia” (Auto Unica Inst. Sept. 29/99. Rad. 15608) .

Otra de las razones que se exponen en aras de lograr la prosperidad de la pretensión invalidatoria, consiste en aducir que la fiscalía no dio trámite a la solicitud de nulidad “ante la fragilidad jurídica del auto que aparece a folio 2923 del que sería conveniente examinar, como causal diferente o hecho posterior que viola mi derecho a la defensa y afecta el debido proceso, si se notificó o no correctamente”, con lo que, en primer lugar, se da a entender que la nulidad se pide por no compartir el contenido y fundamento de la decisión, caso en el cual es el recurso, no la nulidad, el instrumento adecuado que el procedimiento establece para su controversia.

Y, en segundo término, se sugiere que la pretensión anulatoria se formula por la forma

como la citada providencia se puso en conocimiento de los sujetos intervinientes, sin tomar en cuenta que, salvo contadas excepciones, la ley no tiene establecida formalidad especial para dar a conocer las decisiones adoptadas mediante autos o resoluciones de sustanciación, como la que fue tomada en la providencia que menciona.

Con todo, ha de decir la Corte que la Fiscalía de primera instancia sí se pronunció sobre la nulidad invocada, sólo que en términos que el peticionario no comparte. No otra cosa ha de entenderse cuando en la resolución proferida el 23 de febrero de 1996, la Fiscalía 89 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública precisó que: “referente a la petición de nulidad invocada por el inculpado doctor ELVER ARANGO CORREA debe destacarse que éste pedimento surge en oportunidad extemporánea, debiéndose aplicar aquí el principio de derecho procesal de la preclusión, el cual no permite a esta hora entrar a desatar cuantas peticiones de justicia presenten los sujetos procesales, pues de lo que se trata es de la corrección de algunos actos irregulares precisados por la segunda instancia, previos a la decisión o pronunciamiento suyo por vía de la apelación de la resolución acusatoria. Siendo ello así, ABSTIENESE este Despacho de dar curso a la petición invocada” (fls. 737-4), lo cual descarta de antemano la afirmación de no haberse dado respuesta a la pretensión, y, de contera, la transgresión a la garantía que denuncia.

Y dado que la pregonada nulidad también se funda en el hecho de que los funcionarios de instrucción hubieren otorgado a los medios de convicción allegados al informativo un mérito probatorio distinto al que aspiraba les fuera reconocido cuando los adujo, al respecto es de resaltarse que ello precisamente es consecuencia de la función valorativa asignada por la ley a los juzgadores y propia de la labor de administrar justicia, con lo cual, por supuesto, no se incurre en ningún motivo de invalidación de los que el estatuto procesal prevé. No obstante esto, merece ser destacado que la actuación subsiguiente es una nueva oportunidad procesal que la ley confiere a las partes para ejercer el derecho a la controversia probatoria y jurídica.

Al cuestionamiento hecho por no haberse vinculado durante la instrucción a otras personas que pudieran resultar comprometidas en el hecho materia de investigación, ha de darse respuesta, de una parte, que la responsabilidad en materia penal es personal e individual, y, de otra, que en el proceso figura la decisión del acusador de primer grado relativa a la orden de expedir copias para la eventual investigación de algunos funcionarios, cuya conducta la fiscalía instructora relaciona con el hecho materia de averiguación, pero aún no vinculados al proceso, con lo cual desaparece la inquietud que en ese sentido se postula.

Y, en cuanto tiene que ver con el reproche por haberse dispuesto adelantar por separado la averiguación penal relacionada con los auxilios destinados a la Asociación Popular Nuestra Señora del Palmar, es de decirse que el mismo carece de fundamento, pues en la providencia calificatoria se delimitó el aspecto fáctico del pronunciamiento, al circunscribirlo a lo relacionado con la aprobación por el Concejo Municipal de Palmira del Acuerdo 42 de 1991, no a la distribución o pago de auxilios con cargo a vigencias fiscales anteriores o posteriores y, en el evento que menciona el libelista, el auxilio otorgado lo fue en desarrollo del Acuerdo 12 expedido en el mes de diciembre de 1990, respecto del cual si se observó la posibilidad de haberse realizado algún tipo penal, resultaba imperativo disponer la expedición de copias, en aplicación del artículo 25 del C. de P. P. como así fue decidido.

Así las cosas, al quedar descartado que la irregularidad que se persigue denunciar afecta garantías constitucionales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, no queda más opción que denegar la pretensión invalidatoria presentada por el procesado Doctor ELVER ARANGO CORREA.

En firme esta determinación, deberán volver las diligencias al Despacho para

proveer sobre el trámite a seguir.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE:

PRIMERO. DENEGAR LA NULIDAD solicitada por el procesado doctor ELVER ARANGO CORREA.

SEGUNDO. EN FIRME esta determinación, vuelvan las diligencias al Despacho para disponer la actuación a seguir.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A, GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria