

Proceso N° 15988

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 143

Bogotá, D. C., dieciocho de septiembre de dos mil uno.

VISTOS

Por medio de sentencia fechada el 1° de diciembre de 1999, el Tribunal Superior de Armenia confirmó la condena impuesta en primera instancia a los procesados ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ y EULISES RAMÍREZ ARBOLEDA, como autores de violación a la Ley 66 de 1968, modificada por el Decreto Legislativo 2610 de 1979, decisión proferida dentro de las causas acumuladas que se relacionaron con las urbanizaciones denominadas “Villa Carolina o Rojas Pinilla III etapa” de la ciudad de Armenia y “Guaduales III y IV etapa” del municipio de Calarcá en el departamento del Quindío.

En relación con el mencionado fallo de segunda instancia, ha interpuesto y sustentado casación el defensor común de ambos acusados y, como quiera que cuenta el concepto previo del Procurador Segundo Delegado para la Casación (E), la Corte resolverá lo pertinente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Por tratarse de causas acumuladas, se hará una reseña separada para mayor claridad. Así:

I. CASO “VILLA CAROLINA O ROJAS PINILLA III ETAPA”

En el mes de mayo del año de 1994, los ciudadanos Henry Roncancio Echeverry, Sara Violeta Santa Parra, Nelson Restrepo Salazar, Rocío Valencia, Aimer Osorio, Gustavo Contreras y José Duván Arce Pineda, por sentirse afectados, denunciaron que en el año de 1989 la señora ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ, en su condición de directora del movimiento político ANAPO y representante legal de FUNDESQUIN (Fundación de Desempleados del Quindío), convocó a sus seguidores para que se inscribieran en el plan de vivienda denominado “Urbanización Villa Carolina o Rojas Pinilla III etapa”, efecto para el cual cada aspirante debía consignar una cuota inicial de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) en la cuenta bancaria que la entidad tenía en UCONAL, conseguir diez (10) personas que votaran por los candidatos del movimiento, recibir fichas de control, asistir a las reuniones semanales y aportar trabajo durante varios días de la semana en los terrenos donde se construiría el complejo habitacional, todo lo cual hizo la sindicada sin el previo registro y permiso de la autoridad administrativa competente. Según la promesa hecha a los aspirantes, además de la cuota inicial consignada por cada interesado, se conseguiría un subsidio de \$ 600.000.00 para cada uno con el INURBE, y por otra parte, la fundación o el señor Mario Gómez Ramírez, en caso de que resultara elegido como gobernador del departamento, harían un aporte de \$ 400.000.00 para cada beneficiario.

No obstante lo pactado, y a pesar de que el candidato señalado ganó las elecciones a la gobernación, pasados cuatro años y medio a la fecha de la denuncia, ni les habían entregado lote, vivienda o escritura alguna.

A partir del año de 1992, el señor EULISES RAMÍREZ ARBOLEDA fungió como

representante legal de la fundación y también desde entonces la cuota inicial señalada fue elevada a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00).

1. Dispuesta inicialmente una investigación previa, después quedó formalizada la apertura de instrucción y fueron vinculados mediante indagatoria ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ y EULISES RAMÍREZ ARBOLEDA, en su condición de gestores de la entidad, pero sólo en relación con la primera se produjo medida de aseguramiento de detención preventiva, como autora de violación a la Ley 66 de 1968, modificada por el Decreto 2610 de 1989 (Cuaderno 4, f. 1283 y Cuaderno 5, f. 1520).

2. De acuerdo con resolución del 14 de septiembre de 1995, la Fiscalía acusó a la procesada BUITRAGO PÉREZ por la infracción señalada en la situación jurídica, pero precluyó la investigación a su favor respecto de la hipótesis de falsedad en documentos. En relación con el sindicado RAMÍREZ ARBOLEDA, dentro de la misma decisión, fue precluida la instrucción por todos los cargos previstos (C. 5, f. 1743).

3. El defensor de la acusada inicialmente propuso el recurso de apelación, pero el 10 de octubre siguiente renunció a la impugnación (C. 5, fs. 1790 y 1792).

4. Asumido el conocimiento para el juicio por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia, el funcionario decretó algunas pruebas y se negaron otras, pero después ordenó la acumulación del proceso con la causa que se adelantaba en relación con los mismos acusados en el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad (f. 1896).

II. CASO “GUADUALES III Y IV ETAPA”

Desde el año de 1990, la entidad FUNDESQUIN, entonces representada legalmente por la señora ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ, sin el previo registro y permiso de la autoridad, anunció al público el plan de vivienda denominado “GUADUALES III y IV

ETAPA”, proyectado en el municipio de Calarcá (Quindío), y a partir de entonces se dedicó a recaudar dineros de quienes se afiliaron al programa y por ello debían consignar en una cuenta abierta por la institución en UCONAL. Estas actividades fueron realizadas por la señora BUITRAGO PÉREZ hasta el mes de febrero de 1992, fecha en la cual fue sustituida en el cargo por el ciudadano EULISES RAMÍREZ ARBOLEDA, quien continuó la misma tarea, a pesar del desconocimiento de las exigencias legales.

1. En principio, la Fiscalía cumplió actos de investigación previa, pero posteriormente abrió formalmente la averiguación para vincular, por medio de indagatoria, a los imputados BUITRAGO PÉREZ y RAMÍREZ ARBOLEDA, a quienes también afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva, como autores del delito de “captación ilegal de fondos” señalado en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979 (C. 6, fs. 1907, 2093, 2224, 2234 y C. 7, f. 2298).

2. Por medio de resolución del 7 de marzo de 1996, la Fiscalía instructora amplió la cobertura de la medida de aseguramiento al delito de estafa (C. 7, f. 2379).

3. Llevada a cabo una conciliación para el pago de los perjuicios derivados del hecho punible de estafa, y cumplida en el tiempo otorgado los términos de la misma, la Fiscalía precluyó anticipadamente la investigación por dicha infracción, según resolución del 6 de junio de 1996 (C. 7, f. 2565 y C. 8, f. 2635).

4. Debidamente sustanciada la providencia de cierre de investigación, el instructor calificó su mérito y dictó resolución acusatoria en contra de ambos vinculados, fechada el 3 de septiembre de 1996, como autores de la “conducta consistente en anunciar y desarrollar las actividades de que trata la ley 66 de 1968 y el decreto 2610 de 1979, sin tener el registro ni el permiso para ello...”, decisión que quedó ejecutoriada el 23 de septiembre del mismo año (C. 8, fs. 2666 y 2680vto.).

5. Avocó el conocimiento el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia, pero

después remitió el expediente al Juzgado Tercero de la misma categoría para efectos de acumulación (C. 8, fs. 2687 y 2692).

6. Cumplida la audiencia pública ya dentro de las causas acumuladas, el juez dictó sentencia de primer grado el 22 de mayo de 1998, por medio de la cual condenó a los acusados ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ y EULISES RAMÍREZ ARBOLEDA a las penas principales de treinta y dos (32) y veinticuatro (24) meses de prisión, respectivamente, la primera como autora de un concurso de hechos punibles de violación a la ley 66 de 1968, y el segundo como responsable de un delito de la misma naturaleza, cometidos en perjuicio del orden económico y social. De igual manera, ambos procesados recibieron la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo y fueron beneficiados con la condena de ejecución condicional. En cuanto a la señora BUITRAGO PÉREZ, adicionalmente fue condenada al pago de los perjuicios en cuantía equivalente a 267.9689 UPAC, los de orden material, y a 15 gramos de oro, los morales (C. 8, f. 2870).

7. Interpuesto el recurso de apelación por el defensor de ambos procesados, alega, en primer lugar, que si bien admite la tipicidad de la conducta, le parece que ella no es materialmente antijurídica, porque, atendido que el bien jurídico tutelado es el orden económico y social, la insignificancia jurídica del comportamiento resulta visible porque los planes de vivienda finalmente fueron realizados; mientras que la culpabilidad tampoco se vislumbra porque los acusados siempre actuaron de buena fe, convencidos de que obraban dentro del marco legal, por medio de manifestaciones de voluntad siempre dirigidas a ejecutar y cumplir los programas habitacionales.

En segundo lugar, el apelante planteó la nulidad de la actuación por falta de competencia, dado que con la vigencia de la ley 308 de 1996 el delito pasó a ser querellable y, por ende, de conocimiento de los jueces municipales. En virtud de este fenómeno, habría que considerar que los afectados presentaron la querella un año después,

en contravía del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal de 1991, lo cual significaría que operada la caducidad se imponía la cesación de procedimiento a favor de sus representados.

8. El Tribunal Superior de Armenia dictó sentencia de segundo grado el 1° de diciembre de 1998, por medio del cual confirmó integralmente el fallo de primera instancia, dado que la conducta de enajenación, traducida en el recaudo de dineros para ofrecer soluciones de vivienda sin el cumplimiento de los requisitos legales, no quedó contemplada en la ley 308 de 1996, y en tal sentido ésta no habría derogado lo pertinente de la ley 66 de 1968 y el decreto 2610 de 1979. En este orden de ideas, la acción imputada a los procesados no es querellable y sigue siendo de competencia de los jueces de circuito (C. 9, f. 3099).

CONTENIDO DE LAS DEMANDAS

El defensor de ambos sentenciados presentó sendas demandas de casación, pero fácil es advertir que los libelos tienen idéntico contenido y, en razón de ello, la Corte hará una única recensión y también será único el estudio de las mismas.

Con base en la causal tercera de casación, prevista hoy en el numeral 3° del artículo 207 del Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), el demandante arguye que se ha dictado sentencia dentro de un juicio viciado de nulidad, en vista de que, a partir del 5 de agosto de 1996, fecha de vigencia de la Ley 308 de 1996, la competencia para instruir el caso correspondía a los fiscales locales y el juzgamiento a los jueces penales municipales, dado que la mencionada ley introdujo el artículo 367A como nueva norma del Código Penal de 1980, relacionada con el “Urbanizador ilegal”, y así, de conformidad con el artículo 369 del mismo estatuto, el delito resultaba querellable y cambiaba entonces la competencia del nivel del circuito al nivel municipal, como lo disponía el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

Aporta en sustento de la censura los siguientes argumentos:

1. En materia de tipificación de conductas objetivas o externas, verbos rectores y penalidad, la ley 308 de 1996 subrogó todas las disposiciones dispersas, concretamente el artículo 11 de la Ley 66 de 1968, modificado por el artículo 6° del Decreto 2610 de 1979, aunque otras normas, como la del artículo 2° de la mencionada ley -reformado por el mismo decreto-, no sufrieron el efecto modificador de la ley 308.

2. La Corte Constitucional aporta un ingrediente de interpretación de la nueva norma cuando en la sentencia C-157 de 1997, que revisó la constitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la ley 308 de 1996, expone que el nuevo delito atinente al urbanizador ilegal tiene su fundamento en la necesidad de protección de la comunidad, tantas veces afectada por conductas de personas inescrupulosas que, so pretexto de adelantar programas de vivienda, recaudan dineros sin control y de manera masiva.

3. Dentro de dicho proceso de hermenéutica, la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad de la exigencia de querrela para promover la acción penal en el delito de urbanizador ilegal, también señaló que en esa infracción estaba comprometido el interés estatal en la planeación urbanística y la regulación del suelo, así como en la vigilancia y control de las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda (sentencia C-658 de 1997).

4. Constituye una vía de hecho la activación de una norma evidentemente inaplicable en este caso, porque había sido modificado el artículo 6° del decreto 2610 de 1979 (defecto sustantivo), y además porque la entrada en vigor de la ley 308 de 1996, en lugar de aquel precepto, significaba que la sentencia la dictó un órgano judicial absolutamente incompetente (defecto orgánico).

5. No obstante que el artículo 2° de la ley 308 de 1996 consagra una pena más

severa que la del artículo 6° del decreto 2610 de 1979, lo cierto es que resultaba más favorable por la posibilidad de aplicar retroactivamente el artículo 369 del Código Penal de 1980, relativo a la querella, así como por haber operado la caducidad de la misma, en vista de que los afectados la habrían presentado extemporáneamente.

6. El Tribunal ha declarado que no son incompatibles las normas pertinentes de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979 con las de la Ley 308 de 1996, porque las primeras tutelan el interés económico y social del Estado para gobernar lo relacionado con las normas de urbanismo, mientras que la segunda lo hace frente al patrimonio económico. Sin embargo, el censor estima que la Corporación ha interpretado restrictivamente la nueva normatividad, en la medida en que no tuvo en cuenta el segundo aparte del artículo 2° que alude a “su construcción sin el lleno de los requisitos legales”; amén de todo lo postulado en los mencionados fallos de constitucionalidad.

7. Seguidamente, el actor hace un estudio de los principios que orientan las nulidades, conforme con el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal de 1991, para señalar que la incompetencia constituye una irregularidad insubsanable; que la falta de aplicación de las nuevas normas no le permitió a sus defendidos acceder a la figura de la caducidad por aplicación retroactiva favorable; que el yerro no puede imputarse a los procesados ni al defensor, supuesto que fue alegada en su momento y además se carecía de un desarrollo jurisprudencial sobre la materia; que no ha habido consentimiento expreso de los acusados para convalidar la irregularidad y tampoco sería posible hacerlo en relación con la falta de competencia; que la casación se erige en el único recurso que le queda para rogar la corrección de la irregularidad; y, finalmente, que la anomalía está expresamente prevista como causal de nulidad en el numeral 1° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal de 1991.

Como conclusión, el actor pide que la Corte case el fallo recurrido y, en su lugar, que anule la actuación a partir del 5 de agosto de 1996, mediante la indicación del

estado en el cual queda el proceso y la disposición del envío al competente.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

1. El Procurador Delegado plantea, en primer lugar, que la acción está prescrita en el caso de la urbanización “Villa Carolina o Rojas Pinilla III Etapa”. Explica que la Fiscalía calificó el mérito sumarial en dicho proceso el 14 de septiembre de 1995, el defensor interpuso el recurso de apelación y, no obstante que el 10 de octubre del mismo año el profesional renunció a la impugnación, el fiscal no hizo pronunciamiento formal alguno sobre la última manifestación, y sólo mediante constancia secretarial fue enviado el expediente a los jueces del circuito de Armenia por competencia.

Con todo, ante la falta de decisión judicial que aceptara la renuncia al recurso de apelación, el Procurador estima que la resolución acusatoria quedó ejecutoriada en la fecha en que el defensor desistió de la impugnación, esto es, el 10 de octubre de 1995. De modo que, en la indicada fecha, quedó interrumpida la prescripción conforme con el artículo 84 del Código Penal de 1980 y, como quiera que la ley 66 de 1968 y el decreto 2610 de 1979 contemplan una pena máxima de seis (6) años, empezó a correr un nuevo término de prescripción igual a la mitad (3 años), en todo caso no inferior a 5 años.

Así las cosas, desde el 10 de octubre de 1995 hasta ahora ya han corrido más de cinco (5) años y resulta imperativa la declaratoria de prescripción. Por otra parte, tampoco pueden aplicarse los postulados de la ley 553 de 2000, por medio de la cual fue reformada la casación, porque en razón de la favorabilidad se impone la aplicación de la norma anterior y, además, el artículo 18 transitorio de la mencionada ley prevé que ella se aplicará a los procesos en que la casación se interponga a partir de su vigencia y ésta fue fijada el 15 de enero de 2000.

Aunque se concediera razón al casacionista, en el sentido de que rige la ley 308 de 1996 y no las normas anteriores, de todas maneras la acción estaría prescrita porque el

estatuto invocado prevé una sanción máxima de siete (7) años de prisión y, en ese orden de ideas, interrumpida la prescripción comenzaría a correr por cinco (5) años.

2. En cuanto al cargo de nulidad relativo a la segunda causa, única que pervive jurídicamente, el Procurador advierte que para entonces se echaban de menos pronunciamientos de la Corte Constitucional o de la Corte Suprema sobre la vigencia simultánea o la derogatoria tácita producida entre la ley 66 de 1968 y el decreto 2610 de 1979, por un lado, y la ley 308 de 1979, que introdujo el artículo 367A en el Código Penal de 1980, por el otro, pues sólo eran conocidas las sentencias C-157 y C-658 de 1997, la primera de las cuales aduce que era exequible la introducción del delito de “Urbanizador ilegal”, mientras que la segunda determina que no afecta la Carta Fundamental el hecho de que el nuevo hecho punible haya quedado como querellable. Sin embargo, en el primer fallo de constitucionalidad quedó establecido que cualquier supuesta contradicción, derogatoria expresa o tácita entre las leyes sucesivas, no podía definirse en un proceso de constitucionalidad sino que incumbía definirla a los operadores jurídicos encargados de interpretar y aplicar la ley.

2.1 De todas maneras, ocurre que la sentencia de casación de 18 de febrero de 2000, adoptada con ponencia del magistrado Fernando Arboleda Ripoll, había declarado la posibilidad del concurso material entre el delito previsto en el artículo 11 de la ley 66 de 1968 (modificado por el artículo 6° del decreto 2610 de 1979) y el hecho punible de estafa tipificado en el artículo 356 del Código Penal de 1980, manifestación que, según el criterio del Ministerio Público, tácitamente avalaba la vigencia de las primeras normas.

2.2 Aunque el artículo 367A del Código Penal de 1980 utiliza la expresión “sin el lleno de los requisitos de ley”, que comprendería la falta de registro y de permiso plasmadas en la ley 66 de 1968 y el decreto 2610 de 1979, lo cierto es que entre los diez (10) verbos rectores de la primera disposición no quedó incluida la conducta de anunciar o desarrollar la transferencia de dominio, la celebración de promesas de venta o el recibo

de anticipos de dinero sin el debido registro y permiso, cuando las unidades habitacionales fueren cinco o más. En efecto, la nueva norma se ocupó de otros verbos rectores frente a la división, parcelación, urbanización y construcción de inmuebles, mas en el mundo de lo real sería posible que se presentaren anuncios de transferencia de dominio, promesas de compraventa o recaudos de dinero para tales fines, sin que materialmente los responsables hayan llegado a la división, parcelación, urbanización o construcción.

2.3 Si el propósito de la ley 308 de 1996 hubiera sido el de subrogar o abrogar integralmente la legislación precedente, sin duda describe todas las posibilidades comportamentales verificables, lo que no sucedió de cara a conductas como la de enajenación, transferencia de dominio o recepción de anticipos de dinero, cuando no haya actos materiales de construcción, división, parcelación o urbanización, que entonces siguieron reguladas en la ley anterior. De modo que, según lo piensa el Procurador, cuando el imputado anuncia o desarrolla la enajenación de unidades habitacionales, siempre que éstas sean cinco o más, o haya celebrado promesas de venta, reciba anticipos o emplee cualquier otro sistema que implique recepción de dineros, sin interesar que lleguen a realizarse los actos materiales de construcción, urbanización, división o parcelación, tienen aplicabilidad plena la ley 66 y su decreto modificatorio, pues dichas conductas no fueron contempladas en el artículo 2° de la ley 308 de 1996.

2.4 En el caso del proyecto urbanístico “Guaduales III y IV”, único en el que está vigente la acción penal, a los procesados se reprocha la conducta consistente en que, como representantes legales de FUNDESQUIN, anunciaron el plan de vivienda y recibieron anticipos de dineros, sin contar con los requisitos de registro y permiso de la autoridad competente. Como las soluciones habitacionales no se habían puesto en marcha hasta llegar a una real división, parcelación, urbanización o construcción de terrenos, sin importar que más adelante se hayan ejecutado, el Procurador considera que la conducta no está tipificada en el artículo 367A sino que continúa en la ley 66 de 1968

y el decreto de modificación, pues el objeto jurídico no es el de proteger simplemente el patrimonio económico, como en el primer precepto, sino que preserva las eventuales puestas en peligro del orden económico y social, que se ve afectado cuando comienzan esas actividades sin el cumplimiento de los requisitos legales, razón por la cual para nada interfiere que el proyecto finalmente se haya cumplido o los perjuicios hubiesen sido resarcidos.

2.5 Ahora bien, si la conducta reprochada fuera la de haber realizado las unidades habitacionales al momento de la comisión del hecho, mediante la división, parcelación, construcción o urbanización, la norma llamada a regular la materia sería la de la ley 308 y entonces debía aplicarse retroactivamente por favorabilidad, dado que el delito resulta querellable, la querella habría sido interpuesta por fuera del término de legal y entonces quedaría configurada la caducidad, todo lo cual generaría eventualmente una causal de nulidad absoluta, que no habilita ni siquiera para abrir investigación.

2.6 Como no es esta última la situación configurada en el caso, el Procurador propone a la Corte que desestime el cargo propuesto en las demandas, sin embargo de lo cual pide casar parcialmente el fallo respecto del proceso adelantado con motivo de la urbanización “Villa Carolina o Rojas Pinilla III Etapa”, evento en el cual debe procederse a decretar la cesación de procedimiento a favor de la ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ, en razón de la prescripción de la acción penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Prescripción de la acción penal. En el caso de la urbanización “Villa Carolina o Rojas Pinilla III Etapa”, en verdad se ha consumado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, porque de conformidad con el artículo 80 del anterior Código Penal, correspondiente al artículo 83 del vigente, el término de prescripción será igual al máximo de la pena fijada en la ley y, ejecutoriada la resolución acusatoria, dicho

lapso se interrumpe y comienza a correr por tiempo igual a la mitad del inicial, en todo caso no inferior a cinco (5) años, acorde con el artículo 84 del estatuto derogado o el artículo 86 del nuevo ordenamiento.

1.1 Pues bien, la Fiscalía dictó resolución de acusación en contra de ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ el día 14 de septiembre de 1995, sólo por el delito de violación a la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979 (C. 5., f. 1743). Inicialmente, el defensor de la acusada propuso el recurso de apelación y, por medio de memorial fechado el 10 de octubre de 1995, renunció a la impugnación (idem, fs. 1790 y 1792).

1.2 Entre las normas que han regulado sucesivamente la cuestión sustancial en el curso de este proceso, la del artículo 11 de la Ley 66 de 1968, reformada por el artículo 6° del Decreto 2610 de 1979, realmente no sólo es la ley previa sino la más favorable, porque prevé en el inciso primero una pena máxima de prisión de seis (6) años, dado que la procesada no sólo carecía de permiso sino también de registro para anunciarse como urbanizadora y recolectar dineros entre el público; mientras que el artículo 2° de la Ley 308 de 1996 estipula un máximo de sanción de siete (7) años de prisión, posteriormente reiterado por el artículo 318 de la Ley 599 de 2000. Significa entonces que la prescripción correría de nuevo por el término de tres (3) años, pero legalmente no puede ser inferior a cinco (5).

1.3 Ahora bien, ante el fenómeno del desistimiento del recurso de apelación, la Fiscalía debió dictar una providencia interlocutoria que lo evaluara respecto de su legitimación y oportunidad y consecuentemente lo aceptara para declarar ejecutoriada la acusación, conforme con el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal de 1991 o como dispone hoy el artículo 199 de la Ley 600 de 2000 (nuevo Código de Procedimiento Penal), que provee en igual sentido. Sin embargo, como así no se hizo, la única fecha cierta para contar el nuevo término de prescripción sería la del desistimiento de la impugnación (10 de octubre de 1995), momento a partir del cual se registró el curso de

cinco (5) años hasta el 10 de octubre de 2000, cuando el asunto se hallaba en Procuraduría para el respectivo concepto.

Para nada en el caso incide la vigencia de la Ley 553 de 2000, conforme con la cual la sentencia de segundo grado se entendía ejecutoriada al proponerse la casación (art. 1º) y ella se aplicaba a los procesos en lo que se interpusiera la casación a partir del 15 de enero del mismo año, fecha de su vigor (art. 18 transitorio). Aparte de que no puede aplicarse ahora ninguno de los preceptos mencionados, en vista de la declaratoria de inexequibilidad de ambos (sentencia C-252 de 2001), debe tenerse en cuenta que el fallo de segunda instancia fue dictado y la casación iniciada antes de la vigencia de la referida ley, razón por la cual correspondía al gobierno de las normas anteriores (Decreto 2700/91), que no contemplaban la ejecutoria del fallo antes de resolver el recurso extraordinario, conforme con las pautas trazadas en el artículo 40 de ley 153 de 1887.

2. Nulidad por falta de competencia. En ambas demandas el cargo único de nulidad parte del supuesto de que la ley 308 de 1996 subrogó las disposiciones dispersas e innominadas que regían la materia de la urbanización legal, en cuanto tiene que ver con la tipificación de conductas externas u objetivas, verbos rectores y penalidad, concretamente el artículo 11 de la ley 66 de 1968, modificado por el artículo 6º del decreto 2610 de 1979. Se verá la realidad de este reproche:

2.1 El problema de la derogatoria. La Corte en sentencia de casación fechada el 2 de mayo del año en curso (radicado N° 13.548), dentro de un caso por conducta similar a la que ahora se examina, resolvió negativamente la inquietud de derogatoria planteada por el censor y respecto del alcance del artículo 6º del decreto 2610 de 1979 explicó:

“En otros términos, la norma que modificó el artículo 11 de la Ley 66 de 1.968, tiene por verbo rector el de enajenar inmuebles, entendiéndose por tal ‘la

transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de toda división material de predios; la transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de la adecuación de terrenos para la construcción de viviendas; la transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de la edificación o construcción de viviendas en unidades independientes o por el sistema de propiedad horizontal; la transferencia del dominio a título oneroso de viviendas en unidades independientes o sometidas al régimen de propiedad horizontal y la celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o cualquier otro sistema que implique recepción de los mismos, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda' y como ingrediente normativo jurídico la carencia del registro o del permiso señalados, respectivamente, en sus artículos 3° y 4°.

“Por su parte el artículo 367A del Código Penal, creado por la mencionada Ley 308, aunque tiene por ingrediente normativo jurídico la expresión ‘sin el lleno de los requisitos de ley’, formula sus verbos rectores en términos de adelantar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir la división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción, con lo que, evidentemente, no se incluye en modo alguno la conducta de aquél, que como se dijo es la de enajenar, bajo las cinco acepciones que establece el artículo 2°.

“...”

“Por eso mismo, no puede haber lugar a hesitación que la Ley 66 de 1.968 y su Decreto modificatorio, regulan aspectos diferentes de una misma actividad o de un mismo problema, a los regidos por la Ley 308 de 1.996, como que por aquellos se legisla sobre la actividad de enajenación de inmuebles, mientras que por ésta, aunque referida en términos generales al problema de la vivienda, se refiere a otro momento del mismo, no a la enajenación, sino a la división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción.

“Siendo ello así, precisado que en efecto ambas normas regulan aspectos diversos de la misma actividad o problemática, la conclusión no puede ser otra que la extractada por la Delegada: ‘estamos frente a dos tipos penales complementarios distintos’, por manera que no es posible afirmarse incompatibilidad entre dichas normas o que la anterior contraría a la nueva para que de ese modo aquella se entendiera tácitamente derogada, pues indudablemente, a pesar de algunos elementos en común, el Decreto 2610 de 1.979 mantiene en vigencia un tipo especial aplicable a las actividades de enajenación y no a las de división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción a que hace referencia el artículo 367A del Código Penal.

“En esas circunstancias como la procesada, ejecutó recurrentemente la actividad de enajenación prevista en el numeral 5° del artículo 2° del Decreto 2.610 de 1.979, esto es, recibió anticipos de dinero con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda, sin que entonces hubiere hecho el registro a que obligaba el artículo 3° del mismo Decreto, el que además se constituía en requisito para obtener el permiso de la autoridad municipal respectiva, establecido en el artículo 4°, y tal conducta no fue regulada, en manea alguna, por el precepto 367A del Código de las Penas, que dejó así vigente esa especial disposición, no cabía posibilidad distinta que la de su aplicación, por ende, arribando a la conclusión contraria a la que llegó el extraordinario recurrente, el fallador no incurrió en falso juicio de existencia de la norma, pues, tal como se dejó anotado, aplicó un precepto que, sin duda, se encontraba y se encuentra vigente, lo que además fue cierta y tácitamente afirmado por la Corte en providencia de febrero 18 de 2.000, siendo ponente el Magistrado Fernando Arboleda Ripoll”.

Como podrá verificarse, en términos similares se expresó el Procurador Segundo Delegado Encargado en su concepto, no obstante que, debe reconocerse, a la fecha de su intervención escrita aún no se conocía el reseñado fallo de la Corte.

Pues bien, en vista de la vigencia del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), cuyo artículo 318 prácticamente reproduce la disposición del artículo 2° de la Ley 308 de 1996, con la sola diferencia de que en el inciso 2° retoma un apartado del artículo 6° del Decreto 2610 de 1979, relativo a la responsabilidad penal que asumen los representantes legales y miembros de la junta directiva de la persona jurídica que haya participado en la decisión, la Corte esta vez volverá sobre el tema, con el propósito de profundizar algunas referencias anteriores.

2.1.1 Así entonces, debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, la derogatoria de normas se entiende en los siguientes términos:

“Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una nueva ley que regule íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería”.

El concepto de derogación también se presenta por el artículo 71 del Código Civil de la siguiente manera:

“La derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

“Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

“Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

“La derogación de una ley puede ser total o parcial” (lo destacado es original del texto).

Y el artículo 72 del mismo ordenamiento dispone:

“La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma

materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

2.1.2 Ocurre que, conforme con el artículo 3° de la Ley 308 de 1996 (agosto 5), ella regía a partir de su publicación y “deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.

Es decir, a tono con las definiciones invocadas, la hipótesis que debe examinarse es la de la derogación tácita y no la de la derogatoria expresa, porque la ley citada no dijo explícitamente que derogaba las normas pertinentes de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979 que antes había modificado ésta.

2.1.3 Sin embargo, para efectos de la derogatoria tácita, será necesario buscar las incompatibilidades, las contrariedades o expresiones que no puedan conciliarse en ambas leyes sucesivas, o la regulación diferente de la misma materia en la ley nueva, todo lo cual supone lógicamente una comparación cuidadosa de sus contenidos normativos previamente reconocidos.

Se exige entonces una rigurosa comparación de los materiales normativos de uno y otro régimen de la urbanización ilegal. Así:

El artículo 11 de la Ley 66 de 1968, reformado por el artículo 6° del Decreto 2610 de 1979, determina:

“Incurrir en prisión de dos (2) a seis (6) años, quienes sin hallarse registrados ante el Superintendente Bancario anuncien o desarrollen actividades de que trata la Ley 66 y el presente Decreto, además de las sanciones que les corresponda por la comisión de otros delitos contemplados en el Código Penal.

“La sanción será de uno (1) a cuatro (4) años, cuando existiendo el correspondiente registro se desarrollen las actividades de que trata la Ley 66 de 1968 o el presente Decreto sin el permiso prescrito en el artículo 4° de este Decreto.

“Cuando se trate de personas jurídicas incurrirán en las sanciones previstas en los incisos anteriores sus representantes legales y los miembros de la Junta Directiva, cuando hayan participado en la decisión que trae como consecuencia la conducta infractora descrita.

“Cuando se presenten las circunstancias de los incisos anteriores la Superintendencia Bancaria o cualquier ciudadano que tenga conocimiento de estos hechos dará cuenta al Juez Penal competente para que por sí mismo o mediante comisión a un funcionario de instrucción le dé curso al proceso pudiendo solicitar de la Superintendencia Bancaria toda la información y documentación que estime pertinente” (se ha subrayado).

Por otro lado, tanto la mencionada ley 66 como el decreto 2610, se refieren a las actividades de enajenación, urbanización, construcción y otorgamiento de crédito para la adquisición de inmuebles destinados a vivienda (encabezamiento y artículo 1°), la primera de las cuales quedó definida en el artículo 2° del decreto en los siguientes términos:

“El artículo 2° de la ley 66 de 1968 quedará así:

“Entiéndese por actividad de enajenación de inmuebles:

“1. La transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de toda división material de predios.

“2. La transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de la adecuación de terrenos para la construcción de viviendas.

“3. La transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de la edificación o construcción de viviendas en unidades independientes o por el sistema de propiedad horizontal.

“4. La transferencia del dominio a título oneroso de vivienda en unidades independientes o sometidas al régimen de propiedad horizontal.

“5. La celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o cualquier otro sistema que implique recepción de los mismos, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda.

“PARÁGRAFO. La actividad de enajenación de inmuebles a que se refiere el presente artículo se entiende desarrollada cuando las unidades habitacionales proyectadas o autorizadas por las autoridades metropolitanas, distritales o municipales, sean cinco (5) o más”.

El anuncio o desarrollo de las actividades de enajenación, urbanización, construcción y crédito, de acuerdo con los artículos 3° y 5° de la ley 66 de 1968 (modificados por los artículos 3° y 4° del Decreto 2610 de 1979), estaban supeditados al registro del anunciante o promotor ante la Superintendencia Bancaria y la obtención de un permiso de la misma entidad. Sin embargo, posteriormente el Decreto Legislativo 078 de 1987 (15 de enero) y su Decreto Reglamentario 1555 de 1988, dejaron la función de registro y permiso para los indicados menesteres en el Distrito Especial de Bogotá y los demás municipios del país.

2.1.4 Como se ve, el tipo penal sanciona alternativamente y con la misma pena las conductas de “anunciar” o “desarrollar” actividades de enajenación legalmente definidas, así la segunda conducta (desarrollar) comporte un resultado material y la primera (anunciar) apenas cree el riesgo de que se produzca, porque se propuso el legislador atacar eficaz e integralmente el fenómeno de las urbanizaciones ilegales, mediante la conminación de todos los segmentos comportamentales de quienes la practican. De modo que la conducta no sólo quedaba consumada con el cumplimiento (“desarrollo”) de una transferencia del dominio de inmuebles resultantes de la división de

predios, adecuación de terrenos para construir vivienda, edificación de la misma o negociación de la ya existente, sino que también se anticipaba jurídicamente el resultado por el hecho de que la persona “se anunciara” y estableciera relaciones intersubjetivas como urbanizador, con el fin de transferir el dominio de unidades habitacionales, sin haber obtenido previamente el registro y permiso de las autoridades municipales correspondientes. Adicionalmente, debe notarse que la norma ataca todos los sectores en los que se desenvuelve la actividad ilegal, de modo que el anuncio o desarrollo de transferencias de dominio o de promesas de venta o recaudo de dineros o cualquier otra conducta que comporte recibirlos, pueden hacerse para la división material de predios o la adecuación de los mismos, para construir viviendas, la edificación de las mismas en unidades independientes o mediante el régimen de propiedad horizontal, o si ya existen éstas, simplemente para negociarlas o entregarlas siempre a título oneroso.

2.1.5 Por su parte, el artículo 2° de la Ley 308 de 1996, que introdujo el nuevo artículo 367A en el Código Penal de 1980, dispuso:

“Del Urbanizador Ilegal: El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción sin el lleno de los requisitos de ley, incurrirá por este sólo hecho en prisión de tres (3) a siete (7) años y en multa de doscientos (200) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales vigentes.

“La pena señalada anteriormente se aumentará hasta en la mitad cuando la parcelación, urbanización o construcción de viviendas se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o en zonas rurales.

“Parágrafo. El servidor público o trabajador oficial que dentro de territorio de su jurisdicción y en razón de su competencia, con su acción u omisión diere lugar a la

ejecución de los hechos señalados en el inciso 1° de este artículo, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5) años, sin perjuicio de las demás sanciones penales a que hubiere lugar por el desarrollo de su conducta”.

Se trata de una ley bastante discutida en el Congreso, cuyo trámite se inició en el año de 1994 y apenas fue aprobada definitivamente en el año de 1996, pues no era poca la preocupación del legislador por la abundancia de proyectos de urbanización ilegal desplegados por sujetos inescrupulosos que abusaban de una de las necesidades y aspiraciones más sentidas de una inmensa y desprotegida masa de la población colombiana (vivienda digna), con el fin de trocarlas por egoístas réditos económicos o políticos de sus promotores, o que evadían los controles legales para establecer viviendas en condiciones de seguridad, o que burlaban las exigencias o planes estatales para racionalizar y distribuir equitativamente el uso de los servicios públicos básicos; y, en fin, que podrían llegar a defraudar dramáticamente la esperanza de incautos aspirantes y hasta poner en peligro sus vidas y las de su familia por conducirlos a zonas de alto riesgo.

Así se evidenció, verbigracia, cuando en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, se afirmó por los ponentes:

“Bien sabido es que la conducta del urbanizador ilegal no sólo afecta el patrimonio de tantos ingenuos e ilusos ciudadanos, sino que con las urbanizaciones fuera de ley se hacen nugatorios todos los planes y proyectos de las autoridades de planeación, creándose y manteniéndose un verdadero caos urbanístico, y de servicios públicos” (Gaceta del Congreso N° 405, jueves 16 de noviembre de 1995, pág.8).

Por ello, el designio latente y diseminado en el curso de las discusiones parlamentarias fue la regulación integral del delito de “urbanizador ilegal” o de la “urbanización ilegal”, como lo dice más técnicamente el artículo 318 del nuevo Código

Penal, aunque ciertamente sólo en cuanto a mandatos y prohibiciones penales y no en todos los aspectos administrativos que sirven a la integración de la conducta o los colaterales al fenómeno de la urbanización ilegal, que continúan regidos en las normas matrices de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, a los que sin duda habrá que remitirse.

2.1.6 Pero en lo que atañe a la configuración de las conductas rectoras, no hay duda de que fueron recogidas las anteriores y también notoriamente ampliadas en el nuevo texto, pues se pasó de simplemente “anunciar o desarrollar” a las de “adelantar, desarrollar, promover (que en cierta acepción significa anunciar), patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir”.

2.1.7 Ahora bien, la frase rectora completa es la de adelantar, desarrollar, promover... “la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción sin el lleno de los requisitos de ley”. Esto significa, por ejemplo, que promover la división, parcelación, urbanización o su construcción de inmuebles, sin el lleno de los requisitos de ley, describe un tipo penal recortado de dos actos, portador de un elemento subjetivo distinto del dolo, traducido en el segundo verbo alternativo (dividir, parcelar, urbanizar o construir), porque la intención del sujeto al realizar el acto de promover se dirige trascendientemente a una actividad posterior de dividir, parcelar, urbanizar o construir inmuebles, así esta última no se materialice. Otras acciones típicas como la de “desarrollar”, sí resultan semántica y materialmente inseparables de las actividades de dividir, parcelar, urbanizar o construir inmuebles.

Lo dicho es exactamente igual a lo que ocurría con la interpretación del artículo 6° del Decreto 2610 de 1979, pues la frase rectora era la de “anunciar o desarrollar la transferencia del dominio” de inmuebles resultantes de la división de terrenos, adecuación de los mismos, construcción de viviendas o la negociación a título oneroso de los ya existentes, pertenecientes al sistema individual o al régimen de

propiedad horizontal, sólo que la disposición de la ley 308 extiende la protección a otras ocho (8) acciones rectoras iniciales y se refiere más adecuadamente a “inmuebles”, para no tocar casuísticamente los predios y viviendas. De igual manera, la nueva ley incluye las conductas posteriores de “parcelar” y “urbanizar”, en cuyo contenido se comprenden todas las hipótesis del artículo 6° (adecuar terrenos o fragmentar inmuebles para transferir a título oneroso en cantidades no inferiores a cinco (5) unidades, por ejemplo).

2.1.8 Por otro lado, la celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o la recepción de otras especies valoradas en efectivo, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda (en número no inferior a cinco), no son más que manifestaciones ostensibles, externas y materiales de la conducta de promover la urbanización ilegal, con dirección a dividir, parcelar, urbanizar o construir inmuebles sin el lleno de los requisitos legales, porque la promoción no significa nada diferente de iniciar, hacer que principie cierta acción o darle impulso a una cosa o proyecto.

2.1.9 De modo que el artículo 2° de la Ley 308 de 1996 contiene un dispositivo complejo, que involucra y equipara punitivamente conductas de resultado material, como la de desarrollar la división, parcelación, urbanización o construcción de inmuebles; o de mera conducta como las de promover o inducir las mismas actividades posteriores y de tendencia anímica de dividir, parcelar, urbanizar o construir inmuebles, siempre sin el lleno de los requisitos legales. Por ello, con el fin de indicar la construcción en parte de un delito de simple conducta peligro, la norma señala que se incurrirá en la pena prevista “por este solo hecho”.

2.1.10 Debe concluirse entonces que, en materia de conductas prohibidas y sanciones, la ley 308 hizo una nueva regulación integral de la materia y, en razón de ello, se entiende que derogó tácitamente las pertinentes disposiciones de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979. De estas últimas, obviamente quedan vigentes el

referente de cinco (5) o más unidades habitacionales proyectadas o que deben ser autorizadas por las autoridades municipales, como lo indica el párrafo del artículo 2°, además de otras exigencias o definiciones de orden administrativo que facilitan la integración del tipo penal, pues la mayoría de los verbos rectores trascendentes de la nueva norma siempre suponen en su esencia una pluralidad mínima que ella no definió (dividir, parcelar o urbanizar).

Por otra parte, en la Comisión Primera del Senado, cuando se tramitaba el proyecto de ley número 151 de 1994, “por medio del cual se tipifica la conducta del Urbanizador Ilegal”, se había aprobado el siguiente texto:

“Artículo 1°. El que promueva, patrocine, financie, induzca, facilite o permita la construcción de soluciones de vivienda o de actos tendientes a urbanizar o parcelar, jurídica o materialmente, terrenos con esos mismos fines, con el propósito de transferir el dominio, posesión o tenencia, sin el previo cumplimiento de los requisitos legales, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cien (100) a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Gaceta del Congreso N° 33, martes 13 de febrero de 1996, pág. 51. Se ha resaltado).

Después, en el curso de los intensos debates, fue suprimida la expresión “con el propósito de transferir el dominio, posesión o tenencia”, porque las promociones de urbanizaciones ilegales habían arreciado de tal manera, que a veces se hacían o se recaudaban indiscriminadamente dineros entre la gente, sin tener siquiera el ánimo de transferencia de los inmuebles, razón por la cual se quería evitar que la exigencia de este elemento subjetivo especial malograra la prueba de la tipicidad.

2.1.11 La misma apreciación de derogatoria tácita por regulación integral de la materia y de inclusión en la nueva ley de la conducta de recaudar dineros para fines de urbanización, dejó entrever la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 1997, en

orden a justificar la exequibilidad de la figura del “urbanizador ilegal”, cuando señaló:

“En lo que concierne al otro delito consagrado, el de urbanización ilegal, encuentra su fundamento en la necesidad de protección de la comunidad, que puede ser afectada, como en incontables ocasiones lo ha sido, por personas inescrupulosas que, so pretexto de adelantar programas de vivienda o construcción en poblados y ciudades, recaudan sin ningún control y de manera masiva, grandes sumas de dinero, generalmente aportadas por personas de escasos recursos que pretenden, de buena fe, solucionar así sus necesidades de habitación.

“En no pocas oportunidades, los aportantes de cuotas para los expresados fines resultan defraudados y se encuentran impotentes para reclamar el cumplimiento o para obtener la devolución de sus recursos económicos, dada la inexistencia de registros oficiales sobre las personas responsables de la actividad urbanizadora prometida y las inmensas dificultades para su localización, precisamente por no haber cumplido ellas los requisitos de ley, que habría hecho posible la vigilancia y el control estatal sobre su gestión y responsabilidades” (énfasis agregado).

2.1.12 Igual propósito de regulación integral debieron advertir los redactores del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), porque ellos simplemente reprodujeron el artículo 2° de la Ley 308 de 1996 en el artículo 318 del estatuto, con el agregado del inciso 2° referente a las condiciones de responsabilidad de los directores o gestores de la persona jurídica comprometidos en las actividades de urbanización ilegal, pero éste a su vez no es más que una transliteración del inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2610 de 1979. En esta forma de proceder, los hacedores del nuevo ordenamiento sustantivo reflejaron el propósito de unificación de la legislación dispersa, de tal manera que llegara a tener cumplida vigencia la norma del artículo 474, según la cual quedaba derogado “el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en

lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales”.

3. Querella, competencia y favorabilidad. Aunque el actor tiene razón en cuanto a que hubo una nueva e integral regulación punitiva de la conducta de “urbanización ilegal”, en cambio no le asiste la misma justificación en relación con los efectos que pretende. Se verá:

3.1 El delito de “Urbanización Ilegal”, por disposición del artículo 2° de la Ley 308 de 1996, fue situado en el Capítulo VII del Título XIV del Código Penal de 1980, pero existen razones políticocriminales e históricas para afirmar que el propósito legislativo directo no era el de volver querellable (aunque así quedó en realidad por su ubicación sistemática) una conducta de especial alarma que siempre había sido de acción oficiosa, desde su creación mediante la ley 66 de 1968, ni tampoco someterlo a competencia diferente a la que hasta entonces tenía asignada expresamente en el inciso final del artículo 11 de la misma (juez de circuito). En efecto, el proyecto de ley N° 151 de 1994 -Senado-, presentado por el senador Juan Martín Caicedo Ferrer, únicamente encabezaba y desarrollaba el designio “por medio del cual se tipifica penalmente la conducta del urbanizador ilegal”, pero ni siquiera se insinuó en su texto ni en los prolíficos debates la posibilidad de sujetarlo a la querella, pues, por el contrario, siempre estuvo de presente en primer orden la afrenta que la conducta produce al orden socioeconómico y apenas colateralmente al patrimonio económico particular (Gaceta del Congreso N° 255 de 1995, páginas 3 y 4). Sólo que, como en el desarrollo de las discusiones se decidió incluir en el mismo proyecto una reforma al artículo 367 del mencionado estatuto penal, relacionado con el delito de “invasión de tierras o edificaciones”, entonces finalmente el artículo 1° de la resultante ley 308 de 1996 contempló dicha modificación y el artículo 2° previó la incorporación al Código Penal del renovado tipo del “Urbanizador Ilegal”, imponiéndole una nomenclatura sucesiva (367A), y de ahí la correlativa sujeción a la querella por la comprensión dentro del ámbito de aplicación del artículo 369 del mencionado ordenamiento.

De todas maneras, sería ineficaz el resultado propuesto de la pretendida nulidad, ante la realidad de que la casación que hoy se resuelve no podría ignorar en tal eventualidad, a la hora de ordenar la reposición de lo anulado, la reciente vigencia de los artículos 318 de la Ley 599 de 2000 y 35 de la Ley 600 del mismo año, según los cuales el delito de urbanización ilegal es de acción oficiosa y no querellable, razón por la cual el conocimiento obligatoriamente habría que asignárselo al juez de circuito (el mismo que decidió en este caso), en vista del efecto general inmediato de las nuevas reglas sobre competencia. Ante tal hipótesis, tampoco podría menospreciarse que el nuevo Estatuto Procesal Penal creó la figura de la prórroga de la competencia, precisamente para precaver nulidades y permitir que un juez de circuito continúe en el conocimiento de un asunto que asumió y supuestamente correspondería al juez municipal, siempre por ser aquél de mayor jerarquía (arts. 401 y 405).

3.2 Ahora bien, si se supone un efecto favorable de la querella, no hay duda de que, en el caso “Guaduales III y IV Etapa” (único que se debate en casación), resultaría más favorable a los intereses de los procesados el artículo 2° de la Ley 308 de 1996, norma que, por haber introducido la figura “del Urbanizador Ilegal” con el artículo 367A en el Capítulo VII del Título XIV del Código Penal de 1980, sería una ley intermedia más favorable al sujetarla al requisito de la querella previsto en el artículo 369 del mismo estatuto, porque dicho requisito de procesabilidad no estaba contemplado en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, ni tampoco aparece hoy en el artículo 35 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

3.3 Sin embargo, no puede olvidarse que en este caso se ha declarado la existencia de un fenómeno de derogatoria de los artículos 11 de la Ley 66 de 1968 y 6° del Decreto 2610 de 1979 por la regulación diversa del artículo 2° de la Ley 308 de 1996, y entonces la derogación incide en la vigencia de la norma y no en su validez. Se entiende por vigencia de la norma su capacidad regulativa o aptitud para ser aplicada a ciertas situaciones que caen bajo su órbita, limitada por el tiempo de

regencia cuando aparece otra que la deroga; mientras que la validez de la norma comporta un juicio de valor sobre el cumplimiento de las reglas de competencia, procedimiento y jerarquía preestablecidas para su nacimiento.

3.4 De modo que, por regla general, los efectos de la derogación son ex nunc o pro futuro, porque deben respetarse las situaciones que se hayan consolidado al amparo de la norma derogada, supuesto que no se juzga la validez de ésta, salvo el efecto constitucional y legal de la ley posterior favorable.

3.5 De acuerdo con el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal de 1991, vigente para la época de los hechos, y el artículo 31 del actual estatuto procesal penal, la querella y la petición especial son requisitos de procesabilidad de la acción penal, de modo que sin ellas no puede iniciarse ésta, pero basta que quien tiene derecho a formularlas presente la respectiva denuncia bajo la gravedad del juramento y con las demás formalidades y facultades exigidas en la ley. De ahí en adelante, el proceso se desenvuelve como si fuera de acción oficiosa.

3.6 Así las cosas, no se ve cuál sería el efecto retroactivo favorable de la querella, como para desconocer todos los actos de investigación, de prueba y de decisión cumplidos cuando la acción penal no era querellable, de modo que sería irrazonable exigir ahora a los afectados la consecuencia de una querella y caducidad que la ley entonces no les requería, cuando el proceso ya estaba en curso y casi culminado, menos aún si se determina que la querella sí existió porque hubo una denuncia instaurada por los afectados con la urbanización ilegal.

3.7 Cosa distinta ocurre si en su momento, a partir de la vigencia de la ley 308 de 1996 (5 de agosto), los afectados desisten o las partes hubiesen solicitado la conciliación, conforme con los artículos 34, 35 y 38 del Código de Procedimiento Penal anterior, pues ello habría dado lugar a la terminación del proceso legalmente iniciado por

atenderse preferentemente la favorabilidad. Mas si se reparara ahora la falta de una actuación oficiosa de la judicatura en materia de conciliación, de acuerdo con el artículo 38 citado (modificado por el 6° de la Ley 81 de 1993), sería necesario declarar que el mismo precepto autorizaba a los sujetos procesales para pedir la diligencia y, ante su silencio, ellos habrían coadyuvado a la irregularidad y carecen entonces de legitimidad para propugnar por la nulidad del proceso, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 308 del mismo ordenamiento (principio de protección).

3.8 Al respecto, según sentencia de casación del 13 de junio del año en curso, la Corte hizo la discriminación entre los efectos simplemente procesales y los sustanciales de la querella, con el fin de determinar que los primeros eran irremovibles por haber sido agotados en vigencia de la ley anterior válida, pero que respecto de los últimos era aplicable de manera inmediata la ley posterior más favorable (M. P. Herman Galán Castellanos). De igual manera, lo discrimina el artículo 6° del nuevo Código de Procedimiento Penal.

4. Modificaciones al fallo demandado. En vista de que habrá necesidad de decretar la cesación de procedimiento por el hecho punible de urbanización ilegal relacionado con el conjunto “Villa Carolina o Rojas Pinilla III Etapa”, no por casación del mismo, consecuentemente debe readecuarse la pena impuesta a la procesada ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ. En efecto, previa declaración de que la acusada era juzgada por un concurso homogéneo de hechos punibles previsto en el artículo 6° del Decreto 2610 de 1979, en razón de la acumulación de causas, el juez de primera instancia partió del mínimo de dos (2) años de prisión previsto en la norma violada, en vista de que no aparecían comprobadas circunstancias de agravación, y después discrecionalmente le aumentó ocho (8) meses por el delito similar concurrente, acorde con el artículo 26 del Código Penal de 1980.

Pues bien, como quiera que el concurso es homogéneo, la Corte fijará la pena en

dos (2) años de prisión, de acuerdo con la respetable contemplación que hizo el a quo para partir del mínimo, y solamente se detraerán los ocho (8) meses que el mismo funcionario había determinado como el “otro tanto” correspondiente a la infracción concurrente. En la misma medida, se reducirá la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Conforme con las nuevas reglas de medición judicial de la pena, establecido que la pena más benigna sería la prevista en el artículo 6° del Decreto 2610 de 1979 y oscila entre dos (2) y seis (6) años de prisión, el sentenciador podría moverse dentro del cuarto mínimo, esto es, entre 24 y 36 meses de prisión, porque no se han discutido circunstancias atenuantes ni agravantes, de modo que resultaría indiferente la aplicación del nuevo o del anterior método de determinación concreta de la sanción.

En relación con los perjuicios materiales y morales, dado que éstos sólo fueron decretados dentro de la causa de la urbanización “Villa Carolina o Rojas Pinilla III Etapa”, será revocada la imposición en vista de la anunciada orden de cesación de procedimiento.

En cuanto a la situación del procesado EULISES RAMÍREZ ARBOLEDA, permanece igual porque él solamente fue condenado dentro de la causa “Guaduales III y IV Etapa”, y en relación con ésta no prosperan las censuras de nulidad.

Finalmente, como la cesación de procedimiento se dicta por una causal eminentemente objetiva (prescripción de la acción penal), la sentencia queda en firme en la misma fecha de su adopción, porque el fallo de segunda instancia no se sustituye o reemplaza, conforme con la literalidad del artículo 187, inciso 2° de la Ley 600 de 2000, que en tal sentido compagina con el artículo 197 del anterior Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio de la notificación para dar a conocer la primera determinación adoptada en esta decisión compleja. Así lo ha decidido la Sala en varios

fallos de casación, entre ellos el del 31 de mayo del año en curso, cuya ponencia correspondió al magistrado Alvaro Orlando Pérez Pinzón (radicado 15.566).

Por lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. En relación con el juicio adelantado por el caso de la urbanización “Villa Carolina o Rojas Pinilla III Etapa”, se declara que ha prescrito la acción penal y por estos hechos se ordena cesar procedimiento a favor de la procesada ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ.

2. En consecuencia, en relación con el caso de la urbanización “Guaduales III y IV Etapa”, la procesada BUITRAGO PÉREZ queda condenada a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, en lugar de los treinta y dos (32) meses que se le habían impuesto en las instancias. En la misma cantidad queda situada la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

3. Revocar el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en cuanto obligaba a la procesada BUITRAGO PÉREZ a pagar a cada uno de los denunciantes el equivalente a 267.9689 unidades de UPAC y a quince (15) gramos de oro, por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente. Lo anterior, por haber prescrito la acción penal que había dado lugar a dicha condena.

4. NO CASAR la sentencia proferida contra ALBA STELLA BUITRAGO PÉREZ y EULISES RAMÍREZ ARBOLEDA, en relación con el caso de la urbanización “Guaduales III y IV Etapa”.

5. Esta sentencia queda ejecutoriada en la fecha de su firma.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

No hay firma

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

Aclaración de voto

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA
TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN NILSON PINILLA
PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria.