

Proceso No 18430

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta No. 36

Bogotá, D.C., veinte de marzo de dos mil tres.

VISTOS

Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 19 de diciembre de 2000, proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, por medio de la cual confirmó integralmente el fallo dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad el 30 de junio del mismo año, en el que condenó, entre otros, a JULIO CÉSAR BETANCOURT SALCEDO a las penas principales de 6 años de prisión, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa por la suma de \$18.007.900.00 como autor responsable del delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El doctor JULIO CÉSAR BETANCOURT SALCEDO, en su condición de Gerente Seccional del Instituto Colombiano de Seguros Sociales de Sucre, durante el lapso comprendido entre el 17 de junio de 1995 y el 19 de junio de 1996, suscribió los contratos

Nos. 148 y 150 con la empresa Dotamédica Ltda de Sucre, representada por Alfredo Contreras Almanza, para la compra de equipos y medicamentos, sobre los cuales se detectaron sobrecostos injustificados por las sumas de \$6.113.900.00 y \$12.497.000.00, respectivamente.

Con base en copias de la actuación disciplinaria que por tales hechos adelantó la Dirección Nacional de Auditoría Disciplinaria del Seguro Social, el 12 de julio de 1996 la Fiscalía Octava Delegada de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Sincelejo profirió resolución de apertura de instrucción, en la que ordenó vincular mediante indagatoria a JULIO CÉSAR BETANCOURT SALCEDO.

Evacuada la indagatoria, el 14 de agosto de 1996 se resolvió la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por el delito de peculado por apropiación en cuantía superior a 50 salarios mínimos mensuales, por los hechos relacionados con el contrato No. 150. Respecto del contrato No. 148 le impuso igual medida pero con derecho a libertad provisional. En la misma providencia ordenó la ruptura de la unidad procesal tras considerar que los dos contratos se habían ejecutado en diferentes circunstancias temporo espaciales.

Posteriormente se dispuso la vinculación de Alfredo Antonio Contreras Almanza, a quien se le impuso medida de aseguramiento como cómplice del peculado por apropiación en cuantía superior a 50 salarios mínimos mensuales.

Clausurado el ciclo instructivo, el 23 de enero de 1998 se profirió resolución de acusación contra JULIO CÉSAR BETANCOURT SALCEDO y Alfredo Antonio Contreras Almanza, en calidad de autor y cómplice, respectivamente, del delito de peculado por apropiación, decisión que impugnada se confirmó el 25 de noviembre de 1998 por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Sincelejo.

El conocimiento del juicio fue asumido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de

Sincelejo, despacho que en proveído del 8 de octubre de 1999 decretó la acumulación de los procesos cuya ruptura se había ordenado en la instrucción, y en el segundo de los cuales, el referido al contrato No. 148, se profirió resolución de acusación el 29 de enero de 1998 contra los mismos procesados en su calidad de autor y cómplice, respectivamente, del delito de peculado por apropiación.

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado de conocimiento profirió el 30 de junio de 2000 la sentencia por medio de la cual condenó a los acusados JULIO CÉSAR BETANCOURT SALCEDO y Alfredo Antonio Contreras Almaza, al primero a las penas principales de 6 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa por valor de \$18.007.900.00, como autor del delito de peculado por apropiación; mientras que al segundo le impuso una pena principal de 3 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo y multa por la suma de \$9.003.950.00, como cómplice del indicado ilícito contra la administración pública.

Apelada esta última decisión por el defensor del procesado BETANCOURT SALCEDO, fue objeto de confirmación integral en el fallo proferido por el Tribunal Superior de Sincelejo el 19 de diciembre de 2000.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos al amparo de la causal tercera del artículo 220 del anterior Código de Procedimiento Penal formula el defensor del procesado JULIO CÉSAR BETANCOURT SALCEDO contra la sentencia impugnada por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, los cuales sustenta en las siguientes razones.

Primer cargo

El proceso penal se inicia con una providencia de sustanciación que se conoce con el nombre de resolución de apertura de investigación, que no exige notificación, pero sí la

clara indicación de que se tomó la determinación de darle impulso a la acción penal con la utilización de expresiones tales como “se abre la correspondiente investigación”, o “ábrase la investigación”.

En el presente proceso no se produjo dicha resolución, puesto que el fiscal instructor no expresó esa intención en la providencia del 12 de julio de 1996, en la cual se limitó a “anunciar que había méritos para ordenar la apertura de la instrucción”, afirmación que no puede tenerse como una orden en tal sentido.

Observa que luego de tal anunciación el Fiscal no dice: “en consecuencia ábrase la correspondiente investigación” o “por lo anterior se abre la investigación”.

Ante la ausencia de una manifestación clara del Fiscal en el sentido de dictar resolución de apertura de instrucción, a pesar de que en la citada providencia del 12 de julio se ordenó la práctica de varias pruebas, la Corte debe admitir que no se abrió la investigación, con lo cual se quiebra el sentido del procedimiento, abriéndose paso la nulidad de todo lo actuado “desde el acto anulado”, a fin de que la Fiscalía dicte la resolución de apertura de la investigación.

En orden a sustentar su tesis cita el concepto de un tratadista colombiano que sostiene que la falta de resolución de apertura de la instrucción genera inexistencia de lo actuado.

Segundo cargo

Con fundamento en el artículo 81 de la ley 190 de 1995, el libelista acusa la sentencia impugnada de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, toda vez que dicha norma ordena que la resolución de apertura de la investigación debe ser notificada cuando el infractor ha cometido un delito contra la administración pública.

En el caso de autos el imputado era un servidor público y la “acción recae contra la administración pública”, lo que hacía obligatoria la notificación de la iniciación de la investigación para el cabal ejercicio del derecho de defensa, lo cual no se cumplió en este evento, pues el “auto” que obra a folios 58 y 59 del cuaderno de copias no fue notificado al entonces imputado doctor JULIO CÉSAR BETANCOURT SALCEDO, ya que en él sólo se consignó la orden de “radíquese y cúmplase” .

Para el libelista, la omisión denunciada conllevó la violación del derecho de defensa del procesado y el debido proceso, razón por la cual el referido acto procesal y los que de él se desprenden son nulos.

En consecuencia solicita a la Corte declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó la práctica de pruebas, sin que se hubiera abierto la investigación y sin que además se hubiera notificado en legal forma.

ALEGATOS DE NO RECURRENTE

La Procuradora Judicial II Penal 321, en su condición de agente del Ministerio Público dentro del trámite de instancia, se opone a la demanda de casación al considerar que el derecho no tiene formulas sacramentales y la simple inobservancia de una frase o expresión no indica violación al debido proceso y al derecho de defensa. Con todo, las pruebas ordenadas en la cuestionada resolución de apertura de instrucción iban orientadas al cumplimiento de los fines del artículo 334 del Código de Procedimiento Penal vigente a la sazón, de donde poca importancia tiene que el funcionario no haya expresado que abría la correspondiente investigación.

El segundo reproche tampoco es de recibo porque aunque la resolución del 12 de junio de 1996 sólo dispuso su radicación, ello no significa que se haya dejado de notificar, pues de acuerdo con el artículo 191 del anterior Código de Procedimiento Penal, cuando se omite efectuar la notificación se entenderá cumplida por la intervención de la

persona en el acto o diligencia a que se refiere la decisión y, como consta en el proceso, los sujetos procesales han intervenido en múltiples oportunidades. Además, agrega, seguidamente a la orden de apertura de investigación, se libraron comunicaciones a todos los sujetos procesales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Primer cargo

La Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal destaca su sorpresa no sólo por el desconocimiento de la técnica de casación para desarrollar la causal tercera, sino especialmente por la falta de seriedad y rigor jurídico del libelista en la formulación del ataque, al pretender, sobre la base de un argumento baladí, que se declare la nulidad de todo lo actuado.

Así, frente al primer aspecto, el libelista no manifestó a cuál de las tres modalidades de nulidad corresponde el error in procedendo que aduce, y además omite consignar en qué consiste la trascendencia.

La notable insuficiencia técnica resulta superada por la absoluta insustancialidad del aspecto de fondo esgrimido. El artículo 329 del anterior Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 42 de la ley 81 de 1993, que alude de manera directa al acto de apertura de instrucción, no consagra formulas sacramentales para su proferimiento. Si bien, como lo afirma el censor, normalmente los funcionarios fiscales acudían a dos o tres frases comunes para expresar su voluntad de iniciar la investigación, esto no significa que sólo a través de ellas se pudiera exteriorizar la orden de apertura de instrucción, pues lo determinante no es la redacción del acto procesal sino su contenido.

En la resolución contentiva de la orden de apertura de instrucción en el presente caso, si bien no se expresó la voluntad de dar por iniciada la investigación en los términos reclamados por el censor, es claro que esa fue la determinación adoptada por el Fiscal, al decirse que la documentación aportada “presta los suficientes méritos para ordenar la APERTURA DE INSTRUCCIÓN PENAL FORMAL”, de donde resultaba obvio que se estaba tomando esa determinación, máxime cuando a continuación se ordena la práctica de diversas diligencias, entre ellas la vinculación mediante indagatoria del procesado JULIO CÉSAR BETANCOURT SALCEDO, con las que se buscaba hacer efectivo el objeto de la investigación en los términos del aludido artículo 334.

En consecuencia, la falta de seriedad del actor es palmaria, sin que ninguna consideración jurídica justifique su planteamiento en casación.

Segundo cargo

Las mismas fallas técnicas del anterior reproche se trasladan a éste, pues el demandante no hizo ningún esfuerzo por demostrar la efectiva vulneración de la estructura del proceso o del derecho a la defensa del procesado BETANCOURT SALCEDO, así como su incidencia en el resultado final de la actuación.

De otro lado, el artículo 81 de la ley 190 de 1995, se refiere a la notificación de la apertura de la investigación previa y no sumaria.

Pero aún si se aceptara dicha obligatoriedad, la presunta omisión no constituye vulneración alguna al derecho de defensa, pues en ese mismo acto procesal se dispuso como primera medida la vinculación del doctor BETANCOURT SALCEDO, para lo cual se ordenó citarlo a las 2:30 p.m. del 5 de agosto de 1996, lo que se le comunicó el 17 de julio del mismo año. Además, en su injurada el procesado ejerció su defensa directamente y estuvo asistido desde ese momento procesal hasta el presente por defensores de confianza.

En consecuencia, la finalidad de la norma cuya inobservancia se acusa, cumplió su cometido.

Concluye peticionando que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo.

Tal como lo recuerda la Procuradora Delegada, la proposición de la nulidad en sede de casación debe respetar las exigencias que el recurso extraordinario le demanda, y ello implica que la formulación no se limite al solo enunciado, debiendo ocuparse el actor en demostrar la ocurrencia y gravedad del defecto denunciado, lo mismo que su transcendencia frente a la causal de nulidad que ha sido invocada.

Si bien esta primera censura se basa en el supuesto de que no existió resolución de apertura de investigación, es lo cierto que un planteamiento de la especie requería la demostración de la efectiva ausencia de ese acto procesal y que tal omisión constituye una irregularidad sustancial, con incidencia en detrimento de la garantía fundamental del debido proceso, por lo cual el fallo proferido en un trámite así formado no podía considerarse legal, haciéndose por consiguiente necesaria la declaración de nulidad del proceso en sede de casación.

Pero el censor, a diferencia de ocuparse de esta demostración, paradójicamente a partir de la aceptación de que en la resolución del 12 de julio de 1996 el fiscal instructor anunció que había mérito para ordenar la apertura de instrucción, enderezó su argumentación a destacar una mera omisión gramatical porque no se utilizaron términos tales como “se abre la correspondiente investigación” o “abrase la investigación”, dejando en el olvido que su papel debía consistir en definir la irregularidad, comprobarla cabalmente y dejar así establecido que el debido proceso había sido trastocado tan gravemente que no

había remedio distinto a la invalidación del trámite.

Aunque el artículo 324 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 41 de la ley 81 de 1993, bajo el cual se adelantó la instrucción en el presente asunto, disponía que vencido el término máximo para las diligencias preliminares, el instructor debía dictar resolución de apertura de la investigación o resolución inhibitoria; y el artículo 329 idem, reformado por el 42 de la citada ley 81 de 1993, disponía que el funcionario que había adelantado la investigación previa “si fuere competente, será el mismo que abra y adelante la instrucción, salvo que se haya dispuesto su desplazamiento”, ninguno de tales preceptos exigía en forma alguna para esta providencia una precisa e infranqueable fórmula o contenido, razón por la cual cada fiscal estaba en libertad de emitir dicho acto sin sujeción a fórmulas sacramentales.

Resultaba suficiente para el inicio de esta etapa procesal, que de lo expresado en tal resolución, de las órdenes impartidas o de las decisiones adoptadas en ella surgiera nítido que el funcionario judicial, entre las alternativas previstas para dicho momento, había optado por iniciar la instrucción.

Así las cosas, queda sin sustento la alegación del libelista, pues la ley procesal vigente a la sazón no exigía el señalamiento expreso en dicha resolución de términos tales como “se abre la correspondiente investigación” o “abrase la investigación”, que es lo echado de menos por el defensor de JULIO CÉSAR BETANCOURT al fundamentar este primer cargo.

La ausencia de formalidades en la decisión que marca el inicio del sumario, se remonta incluso a pasadas codificaciones frente a las cuales se afirmó que la “orden de vincular a una persona mediante indagatoria, cumple, por sí sola, sustancialmente la función iniciadora de la investigación” (auto de noviembre 11 de 1986, M.P. Lisandro Martínez Zúñiga), criterio que conserva vigencia en relación con el estatuto

que rigió el presente trámite.

Y en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), aunque el artículo 331 es explícito en señalar que la resolución de apertura de instrucción es una providencia de sustanciación en la que se deben consignar “los fundamentos de la decisión, las personas por vincular y las pruebas a practicar”, tampoco fija los términos en que el instructor debe formalizar la orden de apertura de investigación, razón por la cual se mantiene la informalidad en su redacción, mientras que lo determinante sigue siendo su contenido.

Y si esto es así, no se encuentra sometido a duda que en la resolución del 12 de julio de 1996, si bien no se utilizaron las expresiones cuya falencia acusa el casacionista, el Fiscal dejó claramente expreso que con ella le daba inicio a esta etapa procesal, cuando adujo que la documentación aportada con la denuncia formulada por la Dirección Nacional de Auditoría Disciplinaria del ISS, “presta los suficientes méritos para ordenar la APERTURA DE INSTRUCCIÓN PENAL FORMAL, en contra del doctor JULIO CESAR BETANCOURT SALCEDO, en su condición de gerente de la EPS del Seguro Social Seccional Sucre, de conformidad con los presupuestos establecidos en el artículo 334 del C. de P.P.”

La perplejidad en la propuesta del actor es inevitable. Como lo destaca la Procuradora, resulta obvio que al manifestar el Fiscal que la documentación aportaba prestaba el mérito suficiente para “ordenar la apertura de la instrucción penal formal”, lo cual consigna en mayúscula sostenida, expresó claramente que adoptaba esa decisión, porque además de que no se consignó expresión alguna que permitiera poner en duda tal determinación, a continuación se ordenó la práctica de varias diligencias, entre ellas la indagatoria del entonces imputado BETANCOURT SALCEDO, con las que se buscaba hacer efectivo el objeto de la investigación en los términos que establecía el artículo 334 del anterior Código de Procedimiento Penal, decisión que lógicamente presuponía el inicio de la

instrucción.

Entonces, dado de una parte la antitécnica formulación del cargo, y, de otro, la carencia de fundamento de la censura postulada, se impone su desestimación por la Corte.

Segundo cargo

En este segundo cargo el censor se queja de que se prescindió de la notificación sobre la apertura del instructivo al imputado BETANCOURT SALCEDO, dispuesta de manera expresa en el artículo 81 de la Ley 190 de 1995, reparo que no desarrolla pues omitió señalar cómo su ausencia derivó en la efectiva vulneración de la estructura del proceso o del derecho de defensa del procesado, así como su incidencia en el resultado final de la actuación.

El artículo 81, inciso 5º, de la Ley 190 de 1995 señalaba que en caso de existir imputado o imputados conocidos, a éstos se les debía notificar la iniciación de la investigación para que ejercieran su derecho a la defensa, deber que se extendió a la comunicación del comienzo de las diligencias de indagación preliminar, en virtud de pronunciamientos de la Corte Constitucional (cfr. sentencias C-150/93, T-361/97, SU-960/99, entre otras), en los cuales se hizo referencia a que también hacía parte del diseño constitucional del debido proceso la notificación al imputado del inicio de la investigación previa, a fin de garantizar el derecho a la defensa y su correlato de controversia probatoria.

En el caso a estudio se observa que ciertamente la Fiscalía no ordenó la comunicación al imputado de la orden de apertura de instrucción contenida en la resolución del 12 de julio de 1996, ni la Secretaría de la unidad realizó diligencia alguna en tal sentido. Sin embargo, la Sala comparte el argumento esbozado por la Procuradora en cuanto a que la pretendida omisión no constituye vulneración alguna al derecho de defensa del procesado, pues si en ese mismo acto procesal se dispuso su vinculación mediante indagatoria, para lo cual se ordenó citarlo para la fecha del 5 de agosto siguiente,

disposición a la que se le dio cumplimiento mediante comunicación del 17 de julio de 1996 (fl. 62 cuaderno No. 1), es claro que a partir de entonces tuvo pleno conocimiento de la actuación, hasta el punto que compareció en la fecha indicada a rendir su injurada, diligencia en la que el procesado BETANCOURT SALCEDO designó un defensor de confianza, quien tuvo una activa participación procesal.

Así las cosas, aunque no se hubiese ordenado comunicar al procesado la apertura de la investigación sumaria, la realidad procesal muestra que a partir de la citación a indagatoria se cumplió el cometido de la notificación a que alude el artículo 81 de la Ley 190 de 1995 y como la omisión cuestionada no ocasionó al procesado ningún perjuicio, la pretendida irregularidad resulta inocua atendiendo al principio de trascendencia que rige el instituto de la nulidad.

Sobre la finalidad inspiradora del comentado precepto, ya la Sala tuvo la oportunidad de determinar que, de una parte, sólo se vulneran las garantías del imputado cuando por prescindirse de esa comunicación se le priva de la posibilidad de desplegar las maniobras orientadas a su defensa; y de la otra, que en eventos como el de autos, tratándose de la investigación formal, tal derecho-deber se satisface con la oportuna vinculación del sindicado, bien mediante indagatoria o a través de la declaratoria de persona ausente, pues a partir de dicho momento adquiere la condición de sujeto procesal, investido para los fines de su defensa de las mismas facultades del mandatario judicial, conforme lo disponían los artículos 136 y 137 del estatuto procesal bajo el cual se rituaron las diligencias (sentencia de casación del 22 de noviembre de 2001, M.P. Edgar Lombana Trujillo).

De otro lado, si el procesado o su defensor lo que cuestionan es la validez de la actuación una vez se produjo la vinculación mediante indagatoria, la presunta

irregularidad por falta de notificación del referido acto procesal se encontraría saneada por razón del principio de convalidación, según el cual se debe entender subsanada una irregularidad cuando la parte afectada se conforma y no se opone al acto conculcante, convalidación que, se reitera, asumieron los interesados con su silencio.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Ahora bien, como en este caso no hay lugar a la casación y, por ende, se le tributará ejecutoria a la sentencia, cualquier decisión sobre la eventual favorabilidad por la puesta en vigencia del nuevo Código Penal, deberá adoptarla el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, según lo previsto en el numeral 7° del artículo 79 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

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

R E S U E L V E

No casar la sentencia recurrida.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARON

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Teresa Ruíz Núñez

Secretaria