

Proceso No 19761

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No. 33

Bogotá, D. C., quince (15) de abril del dos mil cuatro (2004)

VISTOS

La Sala se pronuncia sobre la competencia para conocer del juzgamiento y la viabilidad de cesar el procedimiento.

ANTECEDENTES

1. En marzo de 1994, los señores Apolonides Mena Ortiz, Ricardo Emiro Ríos Mosquera y Farnes de Jesús Valencia Rengifo, quienes cumplían las funciones de Pagador, Director y Almacenista, respectivamente, del Fondo Educativo Regional (FER) del Chocó, ordenaron al Banco Popular, sucursal Quibdó, el traspaso de veinte millones de pesos a una cuenta denominada “Fondo de Educación Regional”, y procedieron a girar varios cheques por diversas sumas, los que ellos cobraron o consignaron en sus cuentas.

Luego de que los títulos se hicieron efectivos, fueron adulterados y los nombres de sus beneficiarios originales se cambiaron por el de “Norberto Rivera y/o Abarrotes Mediterráneo”. Y para justificar el giro de los dineros, se elaboraron cuatro cuentas de cobro

que describían la compra de diversos artículos con destino a la entidad.

2. Mediante resolución del 15 de junio de 1995, se acusó a Ríos Mosquera, Mena Ortiz y Valencia Rengifo por los delitos de peculado, falsedad material de empleado oficial en documento público y falsedad ideológica en documento público.

3. El 9 de noviembre de 1995, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó absolvió a los acusados. La decisión fue apelada por el delegado de la fiscalía.

4. En “fallo” del 2 de diciembre de 1996, el Tribunal Superior de esa ciudad confirmó el del juzgado, mediante decisión suscrita por los doctores Ely Gómez Ortega, como ponente, y Marco Tobías Cuesta Moreno, en su condición de conjuez.

El segundo magistrado, doctor Carlos Alberto Coutin Padilla, no firmó el documento y en escrito del día 4 expresó que no lo hacía porque para el 2 de diciembre -fecha de la sentencia- el doctor Gómez Ortega ya no era funcionario, por cuanto había sido reemplazado por el doctor Luis Armando Vásquez García, quien tomó posesión del cargo en esa fecha.

5. El 16 de diciembre de 1996, argumentando que para el día 2 el doctor Ely Gómez Ortega no tenía facultades para decidir el asunto, la Sala conformada por los doctores Vásquez García y Coutin Padilla anuló la sentencia del 2 de diciembre.

6. Luego de superar múltiples inconvenientes para la conformación de la Sala de Decisión, finalmente fue integrada por los doctores Víctor Manuel Chaparro Borda, Harold Iván Mena Torres y Amín Yurgaqui Asprilla. El 30 de marzo de 1998, esa Sala revocó la absolución y condenó a los sindicados por los delitos de peculado y falsedad. El doctor Yurgaqui Asprilla salvó el voto, pronunciándose por la confirmación con idénticos argumentos a los de la providencia invalidada.

7. Dentro de un proceso seguido en su contra, el doctor Harold Iván Mena Torres rindió indagatoria el 18 de junio de 1998. Explicó que los cargos en su contra se originaron en la circunstancia de que, designado conjuez en aquella causa, fue del criterio de que se imponía revocar la absolución y condenar a los procesados, pero

“fui sujeto de propuestas económicas, y por esta razón de no acceder a dichas pretensiones hoy soy víctima de esta denuncia por parte del hermano del señor RICARDO RÍOS MOSQUERA... (quien) en su afán de conseguir mi concurso para su absolución me comento que había obtenido esta en primera instancia habiéndole dado plata a un juez... que había dado también una plata al Dr. ELI GÓMEZ ORTEGA, magistrado en su momento y que le había dado un dinero al conjuez que salvo el voto Dr. AMÍN YURGAKY”.

Se ordenó compulsar copias con destino a las fiscalías delegadas ante los jueces del circuito, el Tribunal Superior, la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Superior de la Judicatura.

8. Una de las investigaciones originadas en esas copias, culminó con la resolución de acusación que un fiscal delegado ante los jueces del circuito profirió, el 25 de septiembre de 1998, en contra del doctor Ely Gómez Ortega por las conductas punibles de usurpación de funciones públicas y falsedad material de particular en documento público.

La determinación fue recurrida. El 13 de enero de 1999, la segunda instancia la revocó y, en su lugar, precluyó la investigación en razón de esos delitos.

9. El Fiscal General de la Nación asumió otra averiguación y, en providencia del 30 de abril del 2002, acusó ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a los doctores Ely Gómez Ortega, Marco Tobías Cuesta Moreno y Amín Yurgaqui Asprilla, como autores del delito de prevaricato por acción.

La imputación a los dos primeros se fundamentó en que, en su condición de Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, profirieron la sentencia del 2 de diciembre de 1996, por medio de la cual se confirmó la absolución que, en favor de Ríos Mosquera, Mena Ortiz y Valencia Rengifo, emitió el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad. La del doctor Yurgaqui Asprilla obedeció a su salvamento de voto al fallo del 30 de marzo de 1998.

CONSIDERACIONES

1. El 17 de julio del 2003 (M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote, Rad. 15187), la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolvió no casar la sentencia del 30 de marzo de 1998, por medio de la cual el Tribunal Superior de Quibdó revocó la de primera instancia que absolvió a los señores Ricardo Emiro Ríos Mosquera, Apolonides Mena Ortiz y Farnes de Jesús Valencia Rengifo, y los condenó en razón de los delitos de peculado por apropiación y falsedad, por los que fueron acusados.

Esa decisión de la Corte incide de manera sustancial en el asunto que es objeto del presente juzgamiento. En efecto, en ese entonces, respecto de la determinación del 2 de diciembre de 1996 -que originó los cargos por prevaricato- dijo:

“2. Siendo ello así, y atendidas las circunstancias particulares que se presentaron en este asunto a la hora de resolverse el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Séptimo de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Quibdó, corresponde afirmar ab initio que las censuras no están llamadas a prosperar por estar fundadas en un argumento a la postre sofístico, como es dar por descontado que la decisión quedó adoptada el 28 de noviembre de ese mismo año, por ser la fecha en que el conjuez designado para dirimir el asunto presentó escrito manifestando su adhesión al proyecto puesto a consideración por el ponente, en el sentido de confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, permitiendo posteriormente, que la sentencia

condenatoria objeto de este recurso contara con la participación de un Conjuez que se encontraba inhabilitado”.

“3. Desde este punto de vista, dos son, pues, los aspectos basilares en que se apoya la pretensión casacional, el primero, referido a la validez de la sentencia del 2 de diciembre de 1.996 y el segundo, a la conformación de la Sala que finalmente decidió condenar a los sindicados”.

“4. En cuanto al primer aspecto, sostienen los demandantes que para el 28 de noviembre de 1.996 ya había nacido a la vida jurídica la sentencia confirmatoria de la absolución decretada por el Juez de primera instancia, no pudiendo la misma desvirtuarse por el hecho de que a última hora el Magistrado disidente se negara a firmarla aduciendo irregularidad por aparecer ésta firmada por el ponente, quien para entonces, ya no se desempeñaba en el cargo”.

“Siendo este el fundamento fáctico de la nulidad, forzoso es, entonces, rememorar lo acontecido al respecto. Veamos:”

“4.1. Recibido el 7 de diciembre de 1.995 el proceso en el Tribunal para surtir el trámite pertinente a la apelación de la sentencia de primera instancia, el 12 siguiente ingresó al despacho del magistrado Ely Gómez Ortega por haberle correspondido por reparto. Sin embargo, solo hasta el 10 de octubre de 1.996 la magistrada Lucy Bejarano Maturana, según constancia de la fecha (c. 3 f. 1235) “presentó proyecto para su registro, y pasa hoy mismo al Despacho del magistrado Dr. CARLOS ALBERTO COUTIN PADILLA para su estudio””.

“4.2. No obstante lo anterior, como para el 15 de octubre de ese mismo año, fecha en que según constancia secretarial se reintegró el doctor Ely Gómez Ortega a su cargo, aún no se había discutido el referido proyecto, aquél retomó el asunto (c.3, f. 1236) y el siguiente 22 (vto, id.) este último funcionario presentó proyecto para su registro y el mismo día pasó

al despacho del doctor Carlos Alberto Coutin Padilla, con quien se integraba la Sala dual de decisión”.

“4.3. El 20 de noviembre de 1.996 el Magistrado Ponente señaló fecha para llevar a cabo discusión del proyecto de sentencia previamente registrado, con el doctor Carlos Alberto Coutin Padilla (f.1249, íd.), evacuándose la misma el día 21. Según constancia secretarial de la fecha (f. 1250 vto. id.) “el señor Magistrado integrante de la Sala Dr. CARLOS ALBERTO COUTIN PADILLA, salvó su voto””.

“4.4. La anterior situación, obligó al sorteo de un conjuez para dirimir el asunto, designación que finalmente recayó en el doctor Marco Tobías Cuesta Moreno, quien tomó posesión del cargo el 25 de noviembre de esa anualidad”.

“4.5. Al día siguiente, esto es, el 26, al Conjuez se le hizo entrega del expediente, procediendo éste el 28 a presentar escrito en el que manifestó que se apartaba del criterio del Magistrado disidente y acogía el del Ponente, doctor Ely Gómez Ortega (fs. 1257 a 1259 id.)”.

“4.6. El 2 de diciembre, se dejó la siguiente constancia secretarial: “...una vez reintegrado a sus funciones el magistrado doctor ELY GÓMEZ ORTEGA, del permiso que disfrutó por los días 27, 29 y 29 (sic) de noviembre último, paso el presente proceso a su despacho, informándole que el señor Conjuez dirimente Dr. MARCO TOBÍAS CUESTA MORENO, al momento de estudiadas su ponencia y el salvamento de voto, el día miércoles 28 del pasado mes, lo devolvió adhiriéndose al proyecto presentado por usted como sustanciador””.

“4.7. Con esa misma fecha, precisamente -2 de diciembre- aparece suscrita la sentencia cuya validez se reclama a través de esta censura, la cual sólo contiene las firmas del Ponente y el Conjuez (f. 1260 a 1274, ib.), pues el doctor Carlos Alberto Coutin Padilla se abstuvo de suscribirla, no obstante que el escrito contentivo de las razones por las cuales se

apartó del sentido de la decisión está fechado el 22 de ese mismo mes y año (fs. 1275 a 1281, ib.)”.

“4.8. Fue así, entonces, que en oficio del 4 de diciembre de 1.996, dirigido al doctor Luis Armando Vásquez García, nuevo titular –en encargo– del despacho del doctor Ely Gómez Ortega, el Magistrado disidente devolvió “sin firma la providencia”, en razón a que “aparece firmada por el anterior Magistrado, Dr. ELY GÓMEZ ORTEGA, y el señor Conjuez, Dr. MARCO TOBÍAS CUESTA MORENO, dos (2) de diciembre de este año, usted se encontraba posesionado”, precisando que la sentencia le fue pasada a su despacho después de las cuatro de la tarde de ese día (f. 1289)”.

“4.9. A efectos de dilucidar el asunto, el Magistrado entrante dispuso allegar al proceso copia de sus actas de posesión y entrega del referido Despacho, lo cual efectivamente así se hizo, procediendo el 10 de diciembre siguiente a dejar una constancia del siguiente tenor:”

““...el suscrito..., el día dos (2) de diciembre del año cursante, siendo las ocho y media de la mañana, se hizo presente en la Gobernación del Chocó, para efectos de tomar posesión del cargo de Magistrado, en reemplazo del doctor ELY GÓMEZ ORTEGA. Tal posesión se llevó a efecto en esa fecha, siendo más o menos, siendo más o menos las diez y media de la mañana (10:30 A. M.), por virtud de ocupaciones del señor Gobernador. Se anota además, que el suscrito se hizo presente en el Despacho del aludido Magistrado saliente, más o menos a las once (11:00 A. M.) de la mañana, para efectos de recibir lo inventariado. Se hace constar además, que la firma de la providencia que antecede (sentencia 013 de la causa 2234), fue plasmada por el citado Magistrado después de haberse hecho presente el suscrito en la esta oficina para los efectos referidos” (f. 1294)”.

“5. La anterior secuencia de la actuación procesal en punto de la conformación de la Sala

de decisión y la referida sentencia fechada el 2 de diciembre de 1.996, permite afirmar que la apreciación de los demandantes en el sentido de que la providencia surgió a la vida jurídica el 28 de noviembre de 1.996 es desde todo punto de vista infundada, como quiera que el único argumento que se expone al respecto corresponde a una mera deducción que carece de constatación en el proceso, pues el hecho de que el concepto del Conjuez manifestando su adhesión al criterio del ponente tenga esa fecha no indica más que eso, no pudiéndose confundir esa circunstancia con el proferimiento del fallo con efectos vinculantes para las partes”.

“6. Obsérvese al respecto, que para ese día, 28 de noviembre, ni siquiera el Ponente había firmado su propio proyecto y además, tampoco se encontraba en uso de sus funciones por cuanto según se lee en la constancia secretarial del 2 de diciembre reseñada (c. 3, f. 1256 vto.) estuvo gozando de permiso entre los días 27 y 29 del citado mes, debiéndose precisar al respecto que aunque allí se anotó repetidamente el número 29, ninguna duda surge en cuanto que los estaba indicando uno por uno y de manera consecutiva. Esto, obliga a concluir que es imposible que la decisión se entienda adoptada en esa fecha, toda vez que es la misma providencia la que da fe de haberse emitido el 2 de diciembre de 1.996, máxime si no existe constancia sobre el momento en que el Conjuez la suscribió, y mucho menos se observa en el proceso prueba indicativa de que el acta No. 053, mediante la cual se dice fue aprobada tal decisión, corresponda a sesión celebrada el 28 de noviembre”.

“7. Sin lugar a dudas, la referida determinación se tomó en la fecha anotada en su propio texto, como quiera que ese día los Magistrados integrantes de la Sala consolidaron su criterio definitivamente al suscribirla, sin que se pueda de ningún modo, como es lo que a la postre sugieren los demandantes, inferirse que ello ocurrió con anterioridad, pues precisamente en ese sentido es el aparte final del artículo 56 de la Ley 270 de 1.996, en cuanto prescribe que “la sentencia tendrá la fecha en que se adopte””.

“8. Vista en sentido contrario, la postura defensiva se torna insostenible, habida cuenta que de tener como fecha de la sentencia el 28 de noviembre, se estaría reclamando la notificación de un simple proyecto sobre el cual apenas se estaba dando la discusión, y frente al que ninguno de quienes lo suscribió o debía hacerlo, había concretado su voto”.

“9. Súmase a lo anterior el hecho indiscutible de que a partir del 2 de diciembre de 1.996, el doctor Ely Ortega ya no podía ejercer ninguna función inherente a su cargo, diferente a la de la entrega del despacho, pues ese día, precisamente, se posesionó su reemplazo como bien lo acreditó el doctor Luis Armando Vásquez al incorporar al proceso el acta de su posesión, siendo indiferente para los efectos del ejercicio de la jurisdicción la hora en que materialmente recibiera el despacho y sus elementos, si se tiene en cuenta que es condición para el ejercicio del cargo que se agote dicho acto administrativo, ya que es a partir de ese momento que la persona que lo asume se compromete con el cumplimiento de las funciones que le son propias. En este sentido, el inciso tercero del artículo 122 de la Carta Política, señala que, “Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben””.

“En este caso, además, y si el meollo del asunto se resolviera teniendo en cuenta la hora en que fue firmada la providencia, bajo la ficción de que solo después de las 4:05 de la tarde del 2 de diciembre de 1.996 el doctor Vásquez empezó a ejercer sus funciones, habría de responderse que tampoco contribuye a otorgarle validez a la firma del doctor Ely Ortega por cuanto para entonces, él ya estaba enterado de la posesión de su reemplazo, pues según la constancia visible al folio 1294 del cuaderno No.3, el Magistrado entrante se encontraba con ese propósito en dicho despacho desde las 11:00 A. M. de ese mismo día”.

“10. En este sentido, razón le asiste a la Procuradora Delegada cuando sostiene que en

realidad dicho fallo nunca adquirió la condición de tal, es decir, fue inexistente y por lo mismo, inane resultaba su posterior declaratoria de nulidad, habida cuenta que en las condiciones en que finalmente quedó no podía asumirse que había decisión, es decir, no se había concretado el acto procesal propiamente dicho, no solo porque la única firma válida impuesta en su texto era la del Conjuez, sino porque aún en el extremo de entender que por el hecho de que el Magistrado disidente hubiera presentado su salvamento de voto, la firma contenida en dicho escrito habría de integrarse a la providencia, es claro que en esas condiciones lo que se tendría es un voto en contra y otro a favor, es decir, el proyecto aún no estaba aprobado por la mayoría absoluta que exigía entonces el inciso segundo del artículo 182 del Decreto 2.700 de 1.991 y actualmente el inciso segundo del artículo 172 de la Ley 600 de 2.000”.

“11. Lo que correspondía, ante esa situación, una vez producida la dejación del cargo por parte del Magistrado que fungió inicialmente como ponente, era integrar de nuevo la Sala con los Magistrados titulares del Tribunal, esto es, con el doctor Luis Armando Vásquez, quien reemplazó a aquél y con Carlos Alberto Coutin Padilla, siendo eso lo que a la postre finalmente ocurrió, ya que al no haber alcanzado la condición de sentencia, no podía dar lugar a ninguna actuación subsiguiente como su notificación o ser objeto del recurso de casación, y como en este caso la situación fue advertida de inmediato, intrascendente resultaba el esfuerzo tendiente a deshacer una actuación procesal que no solo no culminó, sino que ningún efecto tuvo”.

2. De lo resuelto en el fallo de casación, surgen las siguientes consecuencias:

a). Para el 2 de diciembre de 1996, fecha de la “sentencia” tachada de prevaricadora, el doctor Ely Gómez Ortega no tenía la condición de Magistrado del Tribunal, pues ese día fue reemplazado por el doctor Luis Armando Vásquez García.

En consecuencia, el comportamiento en que haya podido incurrir el doctor

Gómez Ortega, lo fue en condición de particular, no de magistrado de tribunal superior de distrito.

Lo anterior significa que por no tener la condición de aforado, en los términos de los artículos 235-4 de la Constitución Política y 75-5 del Código de Procedimiento Penal, la competencia para su juzgamiento debe sujetarse a las reglas generales.

Por ende, de conformidad con el artículo 77 del Estatuto procesal penal, para adelantar la causa en su contra, se remitirá el duplicado del proceso al reparto de los jueces penales del circuito de Quibdó (Chocó).

b). Si quien, como “magistrado ponente”, suscribió la “sentencia” del 2 de diciembre de 1996, no tenía la condición de funcionario y, por esa y las demás razones expuestas en el fallo de casación, aquella nunca adquirió la connotación de decisión judicial, esto es, era inexistente, se concluye que el doctor Marco Tobías Cuesta Moreno, quien la signó como conjuez, no pudo incurrir en el delito de prevaricato imputado, pues mal podía contrariar manifiestamente la ley en una “providencia” que no tenía vida jurídica.

Por tanto, de conformidad con el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, debe cesarse el procedimiento en su favor, toda vez que la conducta no existió.

Esta determinación no se contrapone a la reiterada posición de la jurisprudencia en cuanto en la fase de juicio sólo es viable la cesación tratándose de causales objetivas, toda vez que en el caso considerado la inexistencia de la sentencia -objeto del prevaricato- fue declarada en el fallo de casación señalado.

3. La causa proseguirá en relación con el doctor Amín Yurgaqui Asprilla, pues los cargos en su contra no se originaron en la sentencia del 2 de diciembre de 1996, sino en la del 30 de marzo de 1998, por medio de la cual se revocó la absolución y se condenó

a los sindicatos por los delitos de peculado y falsedad, providencia ésta respecto de la cual salvó el voto.

Consecuente con lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1. Decretar la ruptura de la investigación. En consecuencia, remitir el duplicado del expediente al reparto de los juzgados penales del circuito de Quibdó (Chocó) para el juzgamiento relacionado con el doctor Ely Gómez Ortega.

2. Cesar el procedimiento que por el delito de prevaricato por acción se sigue en contra del doctor Marco Tobías Cuesta Moreno.

3. Proseguir el juzgamiento respecto de los cargos imputados al doctor Amín Yurgaqui Asprilla.

Procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria