

Proceso No 20249

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 76.

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL y ROGELIO ANÍBAL CASTRO RODRÍGUEZ contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2002, por medio de la cual una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Cundinamarca le impartió confirmación al fallo que a su turno profirió el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado y que condenó a los procesados como autora y cómplice, respectivamente, del delito de testaferrato, y adoptó otras determinaciones.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. Los hechos que dieron origen a este proceso fueron resumidos en la sentencia de segunda instancia de la siguiente manera:

“1. El 17 de febrero de 1990, se efectuó por parte del Ejército Nacional -Grupo Mecanizado Rincón Quiñones- diligencia de ocupación en la Finca Santa Rosa, ubicada en la vereda El Cabrero, comprensión municipal de Pacho (Cund.), encontrando 28 kilos de oro, 6.697.950 dólares en canecas y 102 reses de propiedad de Gonzalo Rodríguez Gacha (fls. 4

a 6 c.1); pormenores de este operativo se consignan en el acta No. 1743 de la misma fecha.

1.2. El 23 de agosto de 1989, la Brigada XII del Ejército Nacional, allanó y ocupó las Fincas Mi Mazatlán, ubicada en la vereda la Rama del municipio de Pacho, operativos desarrollados en uso de disposiciones de emergencia encaminadas a la ubicación de bienes del extinto José Gonzalo Rodríguez Gacha, adquiridos con dinero proveniente del narcotráfico donde igualmente se encontraron dólares por \$.4.924.000 (fl. 4 c. anexo 6).

1.3. Igual procedimiento de ocupación se surtió en la Hacienda Cuernavaca, vereda Patasca, el 22 de agosto de 1989, (c. anexo 10 fl. 7). Estos son los supuestos fácticos a que se constriñe el calificadorio de primera y segunda instancia.

Así mismo, se determinó que los predios fueron adquiridos por las firmas Inmobiliaria Andina S.A. INANSA y la empresa de Cría y Levante S.A., bienes que habían sido de propiedad de Rodríguez Gacha y que Gladys Edilma Álvarez Pimentel y Rogelio Aníbal Castro Rodríguez, compraron en representación de las sociedades mencionadas, incrementando así, de esta manera ilícita su patrimonio.”.

2. El 1º de septiembre de 1992 la Unidad Regional de Fiscalías de Bogotá inició diligencias preliminares y el 23 de mayo de 1995, luego de recaudadas algunas pruebas, la Unidad Especializada de Previas de la Dirección Regional de Fiscalías declaró la apertura del ciclo instructivo.

A la investigación fueron vinculados por medio de indagatoria FRANCISCO JOSÉ FEOLI BONILLA, JOSÉ IGNACIO GONZÁLEZ PARDO y HELÍ SALOMÓN MUÑOZ SIERRA.

Por declaratoria de persona ausente fueron vinculados GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL y ROGELIO ANÍBAL CASTRO RODRÍGUEZ, contra quienes se profirió el 18 de

septiembre de 1996 medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de testaferrato y enriquecimiento ilícito.

Mediante resolución de preclusión de la investigación de 25 de febrero de 1997 fueron desvinculados FEOLI BONILLA y GONZÁLEZ PARDO.

El 4 de noviembre siguiente se declaró cerrada parcialmente la investigación en relación con el procesado MUÑOZ SIERRA, al tiempo que se ordenó la continuación de la instrucción respecto de los restantes dos implicados.

Luego de algunos incidentes procesales, el 27 de agosto de 1999 se declaró cerrada también la instrucción respecto de GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL y ROGELIO ANÍBAL CASTRO RODRÍGUEZ, y el 22 de febrero de 2000 un Fiscal Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de la primera como autora del delito de enriquecimiento ilícito y del segundo como autor de ese mismo delito en concurso real homogéneo con el de testaferrato.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución, la Unidad Nacional Delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial le impartió confirmación en la suya de 26 de julio de siguiente, modificándola en el sentido de acusar a los procesados como autora y cómplice, respectivamente, del delito de testaferrato (artículo 6º del decreto 1856 de 1989, adoptado como legislación permanente por el 7º del decreto extraordinario 2266 de 1991).

3. A la ejecutoria de la resolución de acusación, el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Cundinamarca asumió el conocimiento de la causa.

Una vez realizada la audiencia de juzgamiento en varias sesiones, ese despacho profirió sentencia condenatoria el 28 de diciembre de 2001 en correspondencia con los cargos

formulados por la Fiscalía, e impuso como penas principales a GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL 72 meses de prisión y multa equivalente a 2.700 salarios mínimos legales mensuales y a ROGELIO ANÍBAL CASTRO RODRÍGUEZ 30 meses de prisión y multa equivalente a 1.000 salarios mínimos mensuales; y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la principal de prisión.

Interpuesto el recurso de apelación por los defensores contra la anterior sentencia, una sala de decisión penal del Tribunal Superior de Cundinamarca le impartió confirmación integral en la suya de 26 de abril de 2002.

En oportunidad, la señora ÁLVAREZ PIMENTEL y el defensor de CASTRO RODRÍGUEZ interpusieron el recurso extraordinario de casación y dentro del término de traslado los representantes judiciales de los procesados presentaron la demanda.

Concedida la impugnación extraordinaria y encontrándose ajustadas las demandas a las formalidades de ley, se corrió traslado para concepto al Procurador, el cual ha sido rendido y por ello se apresta la Sala a emitir el fallo correspondiente.

LAS DEMANDAS

1. Demanda presentada a nombre del procesado ROGELIO ANÍBAL CASTRO RODRÍGUEZ.

Con apoyo en la causal primera, cuerpo primero, el defensor de este procesado formula tres cargos contra la sentencia de segundo grado, en el siguiente orden:

1.1. Primer cargo.

En sentir del togado el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 83, inciso 1º, del código penal.

Con esa finalidad afirma que por haber sido acusado y condenado CASTRO RODRÍGUEZ como cómplice del delito de testaferrato en los términos del artículo 6º del decreto 1856 de 1989 -adoptado como legislación permanente por el artículo 7º del decreto 2266 de 1991-, en armonía con el artículo 24 del código penal de 1980, la acción penal prescribía en su caso en el término de 8 años y 4 meses, pena máxima a imponer por ese delito.

En su sentir, si el delito se consumó a más tardar en el mes de junio de 1990 y la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 2 de julio de 2000, cuando ocurrió esto último ya la acción penal se encontraba prescrita.

Para demostrar que la conducta se consumó a más tardar en el mes de junio de 1990, el libelista controvierte las razones contenidas en la resolución de acusación y las sentencias de primera y segunda instancia, en el sentido de que la acción penal no se encuentra prescrita porque el último acto del delito de testaferrato no ha ocurrido en tanto el procesado sigue teniendo representación accionaria en las empresas propietarias de los terrenos y la extinción del dominio de los bienes no ha sido adoptada judicialmente.

En ese sentido advierte el censor que la ocupación y registro de los predios por parte del Estado datan del 23 de agosto de 1989 y 17 de febrero de 1990.

Asimismo, que el procesado CASTRO RODRÍGUEZ se retiró voluntariamente de las empresas "Inansa" y "Ganadería de Cría y Levante" el 11 de diciembre de 1987, de acuerdo a las inspecciones judiciales que reposan a folios 15 y 52 del cuaderno anexo 4.

Y, finalmente, que mediante decreto 1272 de junio 15 de 1990 los bienes vinculados directa o indirectamente a actividades de narcotráfico y conexos fueron dejados por fuera de comercio a partir de su decomiso y ocupación.

Con apoyo en pronunciamiento de esta Sala de 7 de octubre de 1999, sostiene que la causa que hizo cesar la permanencia del delito en este caso “fue la doble intervención estatal (jurídica y material) que se dio desde comienzos del año de 1989 (cfr. Certificados de libertad anexos 2 y 3), finales del mismo (‘ocupación y registro’) y comienzos de 1990, con la expedición del decreto 1272”.

Adicional a ello, sostiene que la “simulación de titularidad” que tipifica el delito de testaferrato y que se inició en este caso en 1984, “subsistió hasta el referido periodo marzo de 1989, agosto de 1989, febrero de 1990 y 15 de junio de 1990”, fechas éstas que constituyen los “últimos actos” que marcan los hitos dentro de los cuales, según el casacionista, se sustenta la prescripción de la acción penal por la imposibilidad posterior de causar algún daño real al bien jurídico tutelado.

Solicita, en consecuencia, casar el fallo impugnado y, en su lugar, disponer la cesación de procedimiento a favor de su poderdante por prescripción de la acción penal, adoptando las demás medidas inherentes a esta forma de terminación del proceso.

1.2. Segundo cargo -subsidiario-.

Postula la violación directa por aplicación indebida del artículo 6º del decreto 1856 de 1989 y falta de aplicación del artículo 177 del código penal de 1980.

Para el demandante el yerro cometido por el juzgador se produjo al haber adecuado erróneamente el comportamiento de su representado al artículo 6º del decreto 1856 de 1989 que tipifica el delito de testaferrato, en lugar de haber seleccionado el artículo 177 del código penal de 1980 que recogía el ilícito de encubrimiento por receptación - sancionado con prisión de 6 meses a cinco años-.

En ese sentido sostiene que el error devino de haber prolongado equivocadamente la permanencia de la conducta delictiva hasta hoy y considerar que para el 24 de agosto

de 1989 (fecha de entrada en vigencia del citado artículo 6º) el quehacer del procesado siguió consumándose bajo la modalidad de testaferrato.

Recuerda el actor que antes de esa fecha los bienes que adquirieron los procesados en simulación quedaron a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes y, asimismo, que su representado se retiró definitivamente de las citadas empresas, sin que al respecto se pueda decir que siguió figurando en la Cámara de Comercio y consumando el encubrimiento, en cuanto esa mera formalidad se torna inane de cara al real retiro establecido en las inspecciones judiciales.

Esa realidad conlleva, en su sentir, a que en especial para el año de las resoluciones del Consejo Nacional de Estupefacientes -1989 el delito de encubrimiento por receptación se haya consumado y que ante la intervención estatal se tornara imposible física y jurídicamente “ocultar o asegurar el objeto material del delito o el producto del mismo”, al igual que su adquisición o enajenación, de modo que el bien jurídico de la administración de justicia no podía ser objeto de quebrantamiento.

Asegura el censor que la afirmación que en contrario hace el sentenciador resulta equivocada, porque es aquél el bien jurídico tutelado con la norma y no la propiedad u otro cualquiera, frente a los cuales sí podría resultar determinante que el nombre del procesado continúe figurando en la Cámara de Comercio.

Concluye afirmando que si en 1987 y 1989 se consumó el delito de encubrimiento por receptación -art. 177-, la acción penal prescribió en el mes de marzo de 1994, esto es dentro de los cinco años siguientes.

En consecuencia, el actor convoca a la Sala para que se reconozca que el delito materia de condena debió ser el encubrimiento por receptación y, por tanto, que la acción penal se encuentra prescrita desde el mes de marzo de 1994, por lo que solicita que se case la sentencia impugnada y se dicte en su lugar cesación de procedimiento por

la presencia de este fenómeno.

1.3. Tercer cargo -subsidiario-.

El casacionista acusa la falta de aplicación del artículo 63 del código penal, “proveniente de la errada interpretación del mismo” (sic).

En ese sentido afirma que en el fallo de primera instancia se negó al procesado el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad únicamente por su renuencia a comparecer al proceso, al paso que el Tribunal no hizo referencia alguna al punto pues orientó su atención a negar la prisión domiciliaria.

Para el casacionista, si el sentenciador de primera instancia reconoció que no concurren en el caso de su poderdante circunstancias de agravación punitiva -que sí de atenuación-, resulta evidente que no necesitaba ejecutar la pena impuesta.

Agrega que de Gonzalo Rodríguez Gacha se puede predicar “todo lo malo que se pueda”, pero resulta ilegal e injusto que tal predicamento se extienda a su familia y mucho menos a un pariente lejano como el procesado que no disfrutó de la riqueza material de aquél, aparte que el haber prestado su nombre para figurar con una sola acción en una de las empresas constituía una orden imposible de desacatar proviniendo de un personaje todopoderoso como era su tío.

Tras criticar que la necesidad de ejecutar la pena haya provenido de la ausencia procesal del acusado, termina solicitando que se case parcialmente el fallo impugnado y en su lugar se conceda a su representado el sustituto previsto en el citado artículo.

2. Demanda presentada a nombre de la procesada GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL.

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, cuatro cargos formula el defensor de la procesada, como pasa a sintetizarse:

2.1. Primer cargo.

Asevera el casacionista que el sentenciador incurrió en violación directa de la ley sustancial por haber aplicado indebidamente los artículos 6º del decreto 1856 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 7º del decreto extraordinario 2266 de 1991; 1º y 2º del decreto ley 100 de 1980 -actuales 6º y 9º de la ley 599 de 2000-; 11, numeral 2º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968; 6º, literal c), del protocolo II, adicional a los cuatro convenios de Ginebra de junio 1977 y aprobado por la ley 171 de 1994; 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre 22 de 1969, aprobada por la ley 16 de 1972; y 29 de la Constitución Política.

Al formular el cargo advierte el censor, con apoyo en reiterada jurisprudencia, que parte de aceptar los hechos y las valoraciones probatorias tal como fueron asumidos por el juzgador de segundo grado y que su discurso jurídico se centrará únicamente en acreditar “los errores de selección normativos en sus expresiones de aplicación indebida”;

Para demostrar el cargo transcribe apartes de las sentencias de primero y segundo grado en punto de la materialidad del delito y se refiere al sentido y alcance de las normas enunciadas, en orden a concluir que si las adquisiciones de los bienes inmuebles objeto de este proceso se realizaron entre 1985 y 1988, como fue aceptado por los juzgadores de instancia, refulge clara la indebida aplicación del artículo 6º del decreto 1856 de 1989 y de las demás normas constitucionales y legales, especialmente aquellas que regulan el principio de reserva o estricta legalidad de los delitos. Ello como quiera que el

delito de testaferrato no tenía existencia jurídico-sustancial, en el entendido irrefutable que sólo hasta el 24 de agosto de 1989, fecha de expedición de dicho decreto, fue erigido como tal.

Se aplicó enseguida el censor in extenso a señalar los contenidos descriptivos, valorativos y efectos vinculantes de aquel principio, con vista en la legislación y doctrina existentes, para afirmar que en atención a sus elementos sólo es viable hablar de acto que se imputa, de acto que se consuma y de acto que se adecua típicamente, en la medida en que concurra material y jurídicamente una ley escrita, cierta y previa en la que el legislador hubiese descrito el respectivo injusto penal. Precisa que su aplicación resulta imperiosa y vinculante, bien se trate de delitos de mero peligro, de resultado, de mera conducta, de ejecución instantánea o de conducta permanente, pues de lo contrario implicaría ubicar el reproche penal al margen de los contenidos básicos de la teoría del delito.

Adicional a ello considera que si al tenor del artículo 26 del actual código penal todo delito tiene un tiempo de realización "o un momento de acto o actos de consumación", resulta indudable que de este mandato no se excluyen los delitos de conducta permanente.

Tras recordar las fechas de los actos de escrituración de los inmuebles objeto de este proceso, y sin entrar a controvertir lo dicho por los juzgadores de instancia, advierte que las adquisiciones de los mismos se perfeccionaron entre el 18 de septiembre y el 29 de octubre de 1985, como al igual se consigna en el fallo de segunda instancia, reiterando que respecto de estos actos se tornaba jurídicamente inaplicable el artículo 6º del decreto 1856 de 1989, sin que por el hecho de seguir siendo su defendida propietaria de algunas las acciones de las sociedades aludidas con posterioridad a su vigencia autorizara a pensar lo contrario.

Con apoyo en pronunciamientos de esta Sala, el actor advierte que ha sido la propia jurisprudencia la que ha señalado que el delito de testaferrato “se perfecciona, en el momento en que mediante contrato o escritura, un bien pasa a figurar a nombre de quien no es su verdadero propietario”, por lo que en su sentir debe contarse también con la existencia previa y preexistente del injusto típico, de modo que la conducta atribuida a su poderdante no puede perfeccionarse el día que entró en vigencia el decreto 1856, esto es el 24 de agosto de 1989. Esa posición jurisprudencial la encuentra coherente con el contenido de la norma, en cuanto a su verbo rector -adquirir bienes-.

Para el casacionista el haberse aplicado ese precepto a GLADYS EDILMA por el mero hecho de seguir siendo propietaria de algunas acciones de las sociedades cuestionadas en este proceso, con soporte en el predicado jurisprudencial de que la naturaleza de la acción del delito de testaferrato es de conducta permanente, se incurrió en violación indirecta de esa norma sustancial, como quiera que no es posible hablar de continuidad de unas conductas que histórico-materialmente nunca se perfeccionaron como delito. Desde el punto de vista naturalístico, precisa, para que un ser siga siendo o continúe siendo, tiene que haber sido, en el entendido esencial y existencial, lo cual se aplica al delito como ente jurídico, cuya esencia, como su existencia, jamás es intemporal.

Lo anterior conduce al libelista a postular la indebida aplicación del artículo 2º del decreto 100 de 1980 (9º de la ley 599 de 2000), por haber afirmado el ad quem que no se violó el principio de legalidad y que el comportamiento de la procesada podía catalogarse como conducta punible.

El error in iudicando resulta trascendente para el actor, si se toma en cuenta que de no haberse incurrido en él, otros habrían sido los extremos vinculantes de lo decidido en la sentencia, en tanto que indefectiblemente ésta habría sido de carácter absolutorio.

Sustentado de esta manera el cargo solicita a la Corte que case la sentencia y emita fallo de reemplazo absolutorio.

2.2. Segundo cargo -subsidiario-

Acusa el casacionista la violación directa de la ley sustancial derivada de la indebida aplicación de los artículos 5º y 36 del decreto ley 100 de 1980 -12 y 22 de la ley 599 de 2000-.

Comienza por advertir que acepta los hechos y las valoraciones probatorias tal y como fueron asumidas por el fallador de segundo grado, para aplicarse enseguida a transcribir apartes de las sentencias de instancia en punto de la imputación subjetiva dolosa.

En desarrollo de lo que denomina los postulados fundantes y limitantes de la dogmática dolosa culpabilística, recuerda que es necesario tener en cuenta dos referentes histórico materiales de tiempo: aquél en que se perfeccionó la conducta y aquél en que entró en vigencia el tipo sustancial del que se afirma haberse realizado en modalidad dolosa.

Para la cabal comprensión de la censura considera el censor que debe preguntarse si al tiempo que se perfeccionaron los actos de adquisición de los bienes de que se trata, se pudo consolidar el acto real de conocimiento de su defendida respecto de los elementos integradores y estructurales del injusto de testaferrato.

En ese sentido responde que para los años de 1985 a 1988, cuando se produjeron tales actos como se dejó consignados en las sentencias de instancia, era absolutamente imposible que GLADYS EDILMA ÁLVAREZ conociera los elementos del tipo de testaferrato contenido en el artículo 6º del decreto 1856 de 1989, dado que para esas anualidades no tenía existencia jurídica.

De allí se sigue para el libelista la indebida aplicación sustancial de la categoría jurídica dolosa de que tratan los citados artículos del código de 1980, vigentes para el momento en que se consolidaron los actos de adquisición de los bienes.

Con apoyo en pronunciamiento de esta Sala de 7 de noviembre de 1990, en el sentido de que el testaferrato se perfecciona en el momento en que por medio de contrato o escritura un bien pasa a figurar como propiedad de quien realmente no lo es, sostiene que en estricto derecho tiene que convenirse que la procesada no podía conocer los elementos integradores de una normatividad que no tenía existencia jurídica.

El haberse atribuido a su representada la consumación dolosa del artículo 6º del decreto 1856 de agosto 24 de 1989 por el hecho de que ella siguió siendo propietaria de algunas de las acciones de las sociedades puestas en cuestión en este proceso, devino en la aplicación indebida de aquellos preceptos, toda vez que para poder efectuar una atribución a título de dolo se debe tener en cuenta el momento del perfeccionamiento de la conducta o conductas.

Con apoyo en la doctrina el actor señala que su defendida no pudo actuar dolosamente y tampoco se le puede imputar un dolo subsiguiente después de la entrada en vigencia y hacia futuro del artículo 6º ya citado por el hecho de seguir siendo propietaria de algunas de las acciones de las sociedades, toda vez que los extremos de saber y querer del dolo deben estar presentes al tiempo de la acción y más precisamente en el momento decisivo de la misma, lo cual no se aplica respecto de actos que voluntariamente se produjeron con anterioridad al 24 de agosto de 1989.

El error es trascendente en tanto que de no haberse consolidado el mismo, la decisión necesaria e incuestionablemente habría sido absolutoria.

En consecuencia, el recurrente solicita a la Corte que case la sentencia objeto de impugnación y emita fallo de reemplazo absolutorio, en el entendido que la conducta de

la procesada no puede reportarse como punible por no haberse realizado con culpabilidad dolosa.

2.3. Tercer cargo -subsidiario-

Acusa al Tribunal de haber incurrido en aplicación indebida de los artículos 6º del decreto 1856 de 1989 -adoptado como legislación permanente mediante el artículo 7º del decreto 2266 de 1991-, 2º y 3º del decreto ley 100 de 1980 -actuales artículos 9 y 10º de la ley 599 de 2000-.

Tras advertir que acepta irrestrictamente los hechos y las apreciaciones probatorias en la forma como fueron asumidos por el ad quem y efectuar la transcripción de apartes del fallo de segunda instancia, sostiene que se evidencia la aplicación indebida en la medida que el Tribunal equiparó el ingrediente normativo “actividad delictiva” correspondiente al injusto típico de enriquecimiento ilícito de particulares, con el ingrediente normativo de “delito de narcotráfico y conexos” propio del testaferrato, que reporta en su sentir alcances, contenidos y extremos conceptuales y sustanciales opuestos.

En desarrollo del cargo, el actor se muestra partidario que de cara a la estructuración del delito de enriquecimiento ilícito de particulares no resulte necesaria la existencia de sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada que demuestre la actividad del narcotráfico.

En ese sentido advierte que el contenido conceptual del ingrediente “actividades delictivas” fue fijado en una primera fase por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de marzo 30 de 1993, al señalar el carácter derivado del injusto y la necesidad de que conforme al artículo 248 de la Carta “las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas”.

Agrega, empero, que en una segunda fase, en sentencia C-319 de julio 18 de 1996, al referirse a este elemento normativo, la Corte fijó una concepción autónoma del delito y señaló respecto de dicho ingrediente que “en manera alguna debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito”.

Se ocupa de señalar, por lo demás, que este delito fue contemplado en un decreto legislativo diferente al testaferrato, concretamente en el artículo 1º del decreto legislativo 1895 de agosto 24 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del decreto 2266 de 1991, y actualmente regulado en el nuevo código en el artículo 327.

Por su parte, afirma, el delito de testaferrato aparece recogido en el artículo 6º del decreto 1856 de agosto 26 de 1989, adoptado como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991, y el ingrediente normativo que habla de dineros provenientes del “delito de narcotráfico y conexos”, traduce de cara a su estructuración que aparezca declarado como tal en el contexto de una sentencia debidamente ejecutoriada, de conformidad con el artículo 248 de la Carta Política.

Al insistir en estas diferencias, el censor afirma que si la voluntad expresa del legislador fue describir en forma individual y por separado dos ingredientes normativos, los mismos no pueden ser equiparados o aparejados como lo hizo el Tribunal en su fallo, con lo cual incurrió en un error in iudicando por indebida aplicación de la norma sustancial.

De manera que si a criterio del Tribunal no se contaba en el proceso con sentencia definitiva en punto de la procedencia de los dineros con los que se adquirieron los bienes objeto de este proceso, en manera alguna, so pretexto de que el ingrediente “dinero provenientes del delito de narcotráfico” se confunde con el propio de las “actividades delictivas”, podía adecuarse el comportamiento de la procesada a la descripción del injusto típico de testaferrato.

El error resulta trascendente en su criterio, porque de no haberse incurrido en él el fallo habría sido absolutorio, en el entendido que la conducta de GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL no era típica de testaferrato.

Solicita, por tanto, casar la sentencia y, en su lugar, absolver a su representada del cargo por el cual fue acusada y condenada.

2.4. Cuarto cargo -subsidiario-.

Sostiene en esta censura que el Tribunal incurrió en aplicación indebida del artículo 29, inciso 3º, de la ley 599 de 2000 y, correlativamente, en la falta de aplicación de los artículos 6º del decreto ley 100 de 1980, 29 de la Carta y 43 de la ley 153 de 1987.

En desarrollo del cargo sostiene el censor que, aceptando que su defendida en su calidad de representante legal de las sociedades Inmobiliaria Andina S.A. y Ganadería de Cría y levante S.A. participó en la adquisición de los predios mediante operaciones mercantiles comprendidas entre los años de 1985 a 1988 y que aún hoy se hallan inscritos como de propiedad de tales firmas -tal como fue declarado por los juzgadores de instancia-, en estricto derecho debe decirse que cuando se llevaron a cabo tales operaciones no se encontraba vigente en manera alguna el artículo 29, inciso 3º, del nuevo código penal -ley 599 de 2000 que cobró vigencia a partir del 24 de julio de 2001-.

Para el libelista tampoco estaba vigente este precepto cuando entró a regir el delito de testaferrato, ni para cuando se hizo la imputación de este delito en la resolución de acusación de segunda instancia el 26 de julio de 2000.

De allí deriva que se haya aplicado indebidamente el inciso 3º del artículo 29 del nuevo código penal e inaplicado el artículo 29 de la Carta Política, en tanto ordena que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y que

en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Al respecto precisa que el *factum* probado en los fallos de instancia se adecuó a un *quantum* normativo desfavorable que no tenía vigencia sustancial de cara a los mismos, con lo cual se estructuró también la falta de aplicación de los artículos 6º del decreto 100 de 1980 y el 43 de la ley 153 de 1987.

Observa el actor, además, que el juzgador de primera instancia reconoció en la página 27 de su sentencia que respecto de la conducta punible por la que se procede no era aplicable el artículo 326 del nuevo código penal, por lo que considera que con igual lógica se debe concluir que tampoco resulta aplicable el artículo 29, inciso 3º, del mismo código, el que entró a regular la novedosa forma de autoría allí consagrada.

Para abundar en razones advierte que los falladores de instancia definieron que todas las operaciones de los predios fueron actos de compraventa efectuados por las sociedades mencionadas en los términos referidos en los fallos de instancia y que en dichos actos interactuó la señora GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL en su condición de representante legal de las mismas, por lo cual en su sentir no actuó a título personal sino como miembro u órgano de representación de una persona jurídica en los términos de los artículos 98 del código del comercio e inciso 2º del artículo 2079 del código civil, y los alcances doctrinarios que transcribe.

De allí se sigue para el demandante que, conforme a lo declarado en los fallos de instancia, al intervenir su representada a ese título, el yerro que denuncia alcanzó consolidación, en el entendido que se aplicó retroactivamente y en forma desfavorable el artículo 29, inciso 3º, del nuevo código penal a los comportamientos endilgados a su representada. En estricto derecho, agrega, así se trate de un delito de conducta permanente, no se puede hablar de continuidad de autoría por el hecho de haber seguido

siendo la procesada propietaria de algunas acciones de las sociedades objeto de este proceso.

De no haberse incurrido en dicho error, resulta indudable para el censor que los fallos de instancia hubieran sido absolutorios. He ahí la trascendencia de la incorrección.

Solicita a la Corte, por tanto, casar la sentencia objeto de censura y proferir en su lugar el fallo absolutorio que corresponde, en el entendido de que al excluirse su autoría se excluye también el reproche penal en su contra.

RESPUESTA DE LA DELEGADA A LAS CENSURAS

La Procuradora Primera para la Casación Penal solicita en su concepto no casar la sentencia impugnada, en punto de lo cual analiza los cargos en el siguiente orden:

1. Demanda presentada a nombre de ROGELIO ANÍBAL CASTRO RODRÍGUEZ.

1. Primero y segundo cargos: prescripción de la acción penal.

Comienza el Delegado por señalar que es factible responder conjuntamente los dos cargos, si se toma en cuenta que en ambos se incurre en los mismos defectos técnicos

En ese sentido sostiene que el censor equivoca la vía de ataque, pues aún cuando la Corte había admitido en sentencia de 21 de marzo de 2001 que la extinción de la acción penal por razón de la prescripción podía hacerse por la vía de la causal primera de casación, lo cierto es que a partir del fallo de 29 de octubre de 2001 -fecha anterior a la presentación de la demanda-, retomó la tesis que anteriormente venía pregonando, en el sentido de que la prosecución de un proceso a pesar de haberse extinguido la acción

penal constituye un error de actividad y no de juicio, con lo cual correspondía al actor formular el reproche al amparo de la causal tercera de casación por la vía de la nulidad. En apoyo cita también sentencias de octubre 13 de 1994, enero 13 y abril 24 de 2003.

Cosa distinta, afirma la Delegada, es que para fundamentar el reproche se acuda a los lineamientos de la causal primera, como ha sido dicho también por la Sala.

Al margen de la anterior falencia técnica, considera el Ministerio Público que tampoco le asiste razón en el reclamo de fondo al censor, porque no es cierto que la acción penal estuviera prescrita para cuando quedó en firme la resolución de acusación.

En ese sentido sostiene que si la jurisprudencia tiene definido desde el 9 de noviembre de 1990 que el delito de testaferrato es de carácter permanente, en el entendido que continúa cometiéndose mientras subsista la condición de testaferrero o de ilícita simulación, y que si el artículo 84 del código penal, al igual que lo hacía el 83 de decreto 100 de 1980, establece que en las conductas de ejecución permanente la acción penal empezará a correr desde la perpetración del último acto, el fenómeno jurídico en cita aún no se ha presentado.

Lo anterior por cuanto el procesado CASTRO RODRÍGUEZ no ha dejado de figurar como propietario de los bienes, tal como se afirma en la sentencia impugnada.

Recuerda al respecto que el Tribunal dijo que, aún cuando los predios fueron ocupados por el Estado, permanecen hoy día a nombre de las sociedades cuyos accionistas continúan siendo los procesados. También que, pese a afirmarse en la demanda que CASTRO RODRÍGUEZ dejó de ser testaferrero porque voluntariamente dejó de pertenecer a las juntas directivas desde el año de 1987, el Tribunal aseveró que ello consta en documentos privados que no fueron debidamente legalizados.

De modo que en este caso, si el demandante pretendió fundamentar su alegación por

la vía de la violación directa ha debido comenzar por respetar los hechos en la forma como fueron definidos por el fallador y no darles, como lo hizo, una estimación diferente.

Agrega, además, que lo que configura el testaferrato es la simulación de la propiedad de los bienes adquiridos con dineros del narcotráfico, aún cuando este artificio se haga a través de sociedades o empresas fachada, y no el hecho de ser miembro de las juntas directivas o llevar la representación legal de ellas.

Al recordar que el delito de testaferrato es de ejecución permanente, la Delegada sostiene que tampoco el término prescriptivo puede ser contabilizado a partir de la última fecha de intervención en las empresas, es decir desde el 15 de junio de 1990, pues la incautación de bienes por parte del Estado es provisional hasta tanto no se produzca una sentencia definitiva que decrete la extinción del derecho real de dominio, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido.

En apoyo recuerda el contenido de los artículos 1º del decreto 1856 de 1989; 4º, inciso 2º, del decreto legislativo 2390 de ese mismo año -modificado por el 6º del decreto ley 42 de 1990; 5º ejusdem; artículo 25, párrafo primero, de la ley 333 de 1986 -modificado por el 15 de la ley 785 de 2002; y 22 ejusdem.

De manera que -concluye diciendo en este primer apartado- si entre la fecha de ocupación y la sentencia que declara la extinción de dominio sólo hay una administración provisional de los bienes por parte del Estado, ello significa que el testaferrato se sigue ejecutando hasta tanto no se cancelen los títulos de propiedad, en cuanto que a través de ello jurídicamente se sigue ocultando al verdadero dueño de los bienes adquiridos con dineros del narcotráfico. Y, por tratarse de un delito de carácter permanente, la condición no desaparece sino hasta cuando el implicado rescinda los títulos que lo acreditan como propietario o se produzca la sentencia que ponga fin al trámite de

extinción de dominio en los términos de la ley 333 de 1996.

Tras referirse al sentido de la sentencia C-374 de 1997 de la Corte Constitucional en punto del artículo 9 de esta misma ley, sostiene que si bien es cierto el término de prescripción en la etapa del sumario para la complicidad del testaferrato es de 8 años y 4 meses, también lo es que en este caso este fenómeno no ha tenido ocurrencia, ni siquiera en la etapa del juicio, pues el último acto, en los términos dichos, no ha tenido ocurrencia.

Aclara que la acción de “prestar el nombre” para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico o conexos, en sentido gramatical no está referida a una conducta elementalmente comprendida, sino a toda una situación fáctica que perdura en el tiempo, en cuanto que la forma verbal está utilizada de modo infinitivo, sentido que responde a razones de política criminal.

En apoyo cita pronunciamientos de la Corte de noviembre 12 de 1998 y noviembre 9 de 1990, para resaltar que el testaferrato sigue siendo una forma autónoma de encubrimiento que se fundamenta en la necesidad de proteger varios bienes jurídicos, sancionando de manera específica el camuflaje de fortunas provenientes del narcotráfico, y que en su sentir recoge integralmente los hechos que se atribuyen al procesado CASTRO RODRÍGUEZ, quien desde el año de 1985 “prestó su nombre” para ocultar bienes que en realidad pertenecían a Rodríguez Gacha, ampliamente conocido por sus actividades de narcotráfico.

Agrega que, aún cuando el encubrimiento de estos bienes se inició en el año de 1985, lo cierto es que la tipificación concreta del testaferrato a través del artículo 6º del decreto legislativo 1856 de 1989, no logró disuadir al procesado de su empeño, y por tanto es la norma que se le debe aplicar por ser especial y definir una conducta de carácter permanente, lo cual significa que no le asiste razón al impugnante.

Por las anteriores razones estima que los reproches no prosperan.

1.2. Tercer cargo -subsidiario-: falta de aplicación del artículo 63 del código penal.

Insalvable fallas técnica impiden, en sentir de la agente del Ministerio Público, la prosperidad del cargo.

En tanto el demandante considera que el Tribunal dejó de aplicar esa norma sustancial por haber interpretado erróneamente su contenido, la Delegada responde que aquél alegó simultáneamente falta de aplicación e interpretación errónea del mismo precepto legal, lo cual estima ilógico porque se trata de dos errores excluyentes.

Al margen de lo anterior, recuerda que el ad quem tuvo en cuenta, en orden a la efectividad de la pena, factores de naturaleza subjetiva y que basado en criterios de prevención general consideró la necesidad de ejecutar la sanción impuesta.

Tales motivos, en sentir de la representante de la sociedad, no se oponen a la facultad discrecional consagrada en el citado precepto, en la medida que explican la “modalidad y gravedad de la conducta punible”, requisito que también sustenta el principio de la necesidad de la pena, por estar referido a la calidad de los bienes jurídicos afectados y a la intensidad de la culpabilidad desplegada por el acusado en este caso.

2. Demanda presentada a nombre de GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL.

2.1. Primer cargo.

Con relación a este reproche, el Ministerio Público, si bien reconoce que el demandante acierta en su formulación y desarrollo, considera que no le asiste razón en el

planteamiento de fondo que formula, esencialmente por considerar que su discurso es en extremo artificioso.

En ese sentido señala que el censor, pese a advertir que no trata de cuestionar la naturaleza permanente del testaferrato, inconcebiblemente termina diciendo que a su representada no se le podía imputar este delito por el mero hecho de continuar siendo copropietaria de las sociedades a través de las cuales se adquirieron los bienes que dieron origen al proceso.

Señala la Procuradora que no discute el alcance del principio de legalidad, por virtud del cual no es posible hablar de conducta punible mientras el legislador no la haya definido como tal de manera escrita, estricta, cierta y previa, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

No obstante precisa que la tipificación del delito de testaferrato como conducta punible -y no simplemente como injusto penal-, cumple con tales presupuestos derivados del principio de legalidad.

Y, pese a resaltar que es absolutamente claro que la norma que lo consagró sólo es aplicable a partir de su vigencia -18 de agosto de 1989-, recuerda que tal comportamiento ya venía siendo sancionado en forma genérica como una de las modalidades del encubrimiento por receptación desde el decreto 100 de 1980 y por razones de orden público elevado a la categoría de delito autónomo e independiente a través del artículo 6º del decreto 1856 de 1989. Esto último en razón de que desde 1984 el territorio colombiano había sido declarado en estado de sitio, entre otras cosas, por la acción persistente de grupos relacionados con el narcotráfico.

Recuerda también la Delegada que a pesar de su origen excepcional, el citado decreto fue convertido en legislación permanente a través del artículo 7º del decreto extraordinario 2266 de 1991, y confirmada su vigencia como delito independiente de la

receptación por leyes ordinarias.

Paralelo a su desarrollo legislativo, anota la Delegada que la jurisprudencia de esta Sala ha venido fijando su criterio en torno al sentido y alcance de la disposición que lo consagra en pronunciamientos de 9 de noviembre de 1990, 12 de noviembre de 1998 y 21 de febrero de 2002, al insistir en el carácter autónomo y permanente del testaferrato.

Concluye en principio afirmando que, como lo señala el Tribunal y lo acepta el casacionista, la señora GLADYS EDILMA ÁLVAREZ prestó su nombre para suscribir las escrituras públicas en los años de 1985 a 1988, a través de las cuales simuló adquirir varios inmuebles que en realidad eran de propiedad de Rodríguez Gacha. Y que a pesar de entrar a regir el artículo 6º del decreto 1856 de 1989, prolongó en el tiempo dicho comportamiento, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo de este delito, pues si bien firmó las escrituras entre esos años, también lo es que desde entonces mantiene su condición de testaferro.

Agrega que, no obstante esta conducta venía siendo sancionada genéricamente desde 1980 a través del artículo 177 del código penal de ese año, resulta indudable que la norma aplicable a la procesada después del 18 de agosto de 1989 es el artículo 6º, en cuanto que siendo de ejecución permanente, y a sabiendas de que quedó integrada al sistema de represión del narcotráfico, es la que recoge integralmente su comportamiento porque a la fecha de la sentencia de segunda instancia continuaba “prestando su nombre” para ocultar la real procedencia de los bienes.

Para la Delegada, entonces, en razón de principio de especialidad previsto en el artículo 5º de la ley 57 de 1887, debe concluirse que el Tribunal aplicó correctamente la norma que define y sanciona el testaferrato, por lo que el cargo en su sentir no está llamado a prosperar.

2.2. Segundo cargo -subsidiario-.

En sentir del Ministerio Público la presentación y desarrollo del cargo respeta los lineamientos técnicos exigidos.

No obstante, considera que el censor no acierta en el reparo que formula, pues parte de una premisa equivocada al considerar que la conducta atribuida a la procesada quedó perfeccionada en los años de 1985 y 1988.

Al respecto afirma que el demandante pasó por alto que los delitos de ejecución permanente sólo se perfeccionan con “la perpetración del último acto”, como disponen los artículos 83 del decreto 100 de 1980 y 84 del actual código penal, que para esta clase de infracciones corresponde al tiempo concreto de realización de la conducta punible a que se refieren en su orden los artículos 20 y 23 de los mismos estatutos.

Si el delito de testaferrato es de conducta permanente, resulta evidente para la representante de la sociedad que únicamente se perfecciona cuando la persona haya dejado de prestar el nombre para ocultar bienes provenientes del narcotráfico o cuando legalmente se produzca la extinción de dominio y se ordene cancelar los títulos de propiedad que aparezcan a su nombre.

Precisa al respecto que el Tribunal concluyó que desde la firma de las escrituras en los años de 1985 a 1988 la procesada, sin solución de continuidad, es propietaria de las empresas que se crearon para ocultar los bienes de Rodríguez Gacha, conociendo el origen de tales caudales.

El censor incurre en su sentir en el sofisma de afirmar que se aplicó retroactivamente el artículo 6º del decreto 1856 de 1989 bajo la consideración de que el testaferrato quedó consumado en los años de 1985 a 1988 en que se firmaron las escrituras. Reitera en ese sentido que la conducta es de carácter permanente y aclara que ella sólo se imputó desde

cuando entró a regir la norma que la definió, es decir desde el 18 de agosto de 1989 - fecha de su publicación en el Diario Oficial-.

Si además se dijo que la conducta del testaferro, que tenía connotación delictiva desde 1980, era necesario incorporarla de manera especial al sistema de represión del narcotráfico, mal puede sostenerse en criterio de la Delegada que la procesada no tuvo la oportunidad de saber que desde agosto de 1989 la conducta consistente en prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico y conexos atentaba contra el ordenamiento jurídico.

Y como la imputación se hizo con posterioridad a la vigencia de la norma que la consagró, pese a lo cual ella decidió voluntariamente continuar prestando su nombre para ocultar los bienes de su compañero Rodríguez Gacha, no hay duda de que su conducta resulta dolosa, tal como se decidió en la sentencia.

2.3. Tercer cargo -subsidiario-.

Asevera la Procuradora que a pesar de estar adecuadamente formulado el reproche, al igual que en los anteriores la fundamentación no es idónea para obtener su prosperidad.

Al respecto no duda que la expresión "actividades delictivas" utilizada en el artículo 10 del decreto 1895 de 1989, que definió el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, constituye una referencia genérica frente a la de "dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos" que aparece en el artículo 6º citado.

No obstante, de esa relación género-especie no se sigue necesariamente para la Delegada que para configurar el testaferrato se requiera de una sentencia condenatoria ejecutoriada por narcotráfico por virtud del artículo 248 de la Constitución Política.

Al respecto precisa que esta norma se refiere al concepto de “antecedentes penales” orientado a garantizar los derechos fundamentales del honor, el buen nombre o el habeas data, pero no directamente el debido proceso penal, ni a limitar al funcionario judicial en su tarea de valorar la prueba y aplicar el derecho a un caso particular y concreto, como se dijo en sentencia C-319 de 1996 por la Corte Constitucional.

Agrega que si bien la noción de “actividad delictiva”, entendida como ingrediente normativo obliga a acudir al mismo ordenamiento para completar su significado, ello no significa en modo alguno que la condena por enriquecimiento ilícito de particulares debe estar condicionada a la previa condena por narcotráfico o cualquier otro delito de terceras personas. En apoyo cita apartes de la misma sentencia.

La Delegada considera que las mismas razones de orden jurídico deben ser aplicadas en el caso del testaferrato, pues la expresión “dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos” es igualmente un ingrediente normativo y forma parte del concepto amplio de “actividad delictiva”. Además, prosigue diciendo, pese a estar consagradas ambas figuras en decretos diferentes, tienen el mismo origen excepcional y fueron integradas al sistema de represión del narcotráfico ante la necesidad de combatir la delincuencia dedicada a esta actividad, que desde entonces venía radicando sus bienes en cabeza de terceras personas ajenas al negocio.

Por ello encuentra razonable que el Tribunal haya sostenido en la sentencia que en este caso no era necesario condenar previamente a Rodríguez Gacha por narcotráfico, de cuya actividad delictiva nadie duda.

Si ello es lo demostrado en el expediente, resulta evidente que el comportamiento de la procesada, que se concreta en haber prestado su nombre como socia de las empresas fachada, la hace responsable del delito de testaferrato, concluye diciendo para negar la prosperidad del cargo.

2.4. Cuarto cargo -subsidiario-.

Frente a esta censura la Delegada afirma que el inciso 3º del artículo 29 de la ley 599 de 2000 ciertamente consagró por primera vez la figura del “actuar por otro”, según el cual los comportamientos ilícitos realizados en cumplimiento de una gestión encomendada por otro, también hacen responsable al representante, aunque no concurren en él los elementos especiales que fundamentan la penalidad.

Sostiene, empero, que esta nueva figura en modo alguna desconoce el axioma de la responsabilidad personal del agente por su hecho, el cual ha sido postulado básico del derecho penal culpabilista que nos rige desde 1980.

Precisa que en este caso a la procesada no se le imputó responsabilidad penal por el mero hecho de ser representante legal de una persona jurídica, en virtud de su estructura organizada, sino porque ella personalmente firmó las escrituras a través de las cuales se crearon las sociedades con el propósito de transferir a éstas los bienes que en realidad eran de propiedad de Rodríguez Gacha y también los instrumentos públicos a través de los cuales se consolidaron las ilícitas transferencias.

Concluye diciendo que si la procesada, individualmente considerada, tenía pleno conocimiento de que al firmar las escrituras estaba prestando su nombre para adquirir bienes provenientes de actividades de narcotráfico, así hubiese sido a través de las susodichas empresas, resulta evidente que debe responder a título de autora por testaferrato en los términos de los artículos 5º y 23 del código penal de 1980, actuales 12 y 29, tal como acertadamente lo dedujo el Tribunal.

En razón a ello considera que el cargo tampoco prospera.

SE CONSIDERA:

1. Demanda presentada a nombre del procesado ROGELIO ANÍBAL CASTRO RODRÍGUEZ.

1.1. Primer cargo: prescripción de la acción penal.

A través de este primer cargo, de los tres que conforman su propuesta casacional al amparo de la causal primera -cuerpo primero-, el defensor acusa el fallo de segundo grado de haber incurrido en violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del inciso 1º del artículo 83 del código penal.

En sentir del censor la acción penal se habría extinguido por prescripción antes de la ejecutoria de la resolución de acusación, porque la actuación indica que el último acto de la condición de testaferra de su poderdante habría ocurrido en el peor de los casos el 15 de junio de 1990 -si no antes cuando Castro Rodríguez se retiró de las empresas fachada o fueron ocupados los predios por parte del Estado-, fecha en la cual se emitió por el Gobierno Nacional el decreto 1272 de junio 15 de 1990, a través del cual dejó fuera del comercio los bienes vinculados a actividades de narcotráfico y delitos conexos. En ese orden el término correspondiente al máximo de la sanción prevista en el artículo 6º del decreto 1856 de 1989, en armonía con el artículo 24 del código penal de 1980 -8 años y 4 meses- se habría superado al quedar en firme el pliego de cargos.

Como ya en repetidas ocasiones lo ha dicho la Sala, la postulación de la prescripción en casación debe orientarse a través de la causal tercera por vía de nulidad, como quiera que adelantar y culminar una causa sin que la respectiva acción penal se halle vigente constituye un quebrantamiento de las normas y principios que rigen la legitimidad del juicio y el derecho de defensa.

De modo que en este caso el recurrente se equivocó en la selección de la causal. De ser posible que se pueda demandar la presencia de aquél fenómeno al amparo de la causal primera de casación, específicamente por violación directa de la ley sustancial, de

prosperar el cargo la Corte incurriría en un contrasentido pues necesariamente debe dictar fallo de sustitución, con lo cual se vería abocada a proferir sentencia de reemplazo en un proceso en el que el Estado ha perdido facultades para adelantarlos.

La declaratoria de nulidad, en cambio, implica retrotraer la actuación al momento procesal en que se produjo la irregularidad y como consecuencia de ello ordenar el envío del expediente al funcionario encargado, por competencia, de proferir el proveído mediante el cual declara terminado el proceso.

Sobre el particular se reitera lo dicho en pronunciamientos de 12 y 27 de mayo de la presente anualidad¹.

Aunque esto sería suficiente para desestimar la censura, no puede dejar la Corte de advertir, además, que si el censor denuncia la violación directa de la ley sustancial ha debido empezar por respetar los fundamentos fácticos y probatorios de la decisión impugnada, porque como ha sido dicho por la Sala dicha forma de infracción supone que las conclusiones en este campo fueron correctas y que el error se presentó en el marco del raciocinio puramente jurídico.

Un repaso desprevenido de los contenidos del fallo y de la censura permite advertir que el demandante incumple esta exigencia, toda vez que bajo el ropaje de la falta de aplicación del artículo que regula la prescripción terminó por controvertir la conclusión probatoria a la que arribó el ad quem respecto de la fecha de consumación del delito.

En el fallo impugnado se dijo que la condición de testaferro de CASTRO RODRÍGUEZ, como al igual de la otra procesada, no terminó con la ocupación y allanamiento de los bienes “pues la persona jurídica continúa existiendo y allí tienen sus acciones uno y otro procesado, pues, no han hecho una declaración de voluntad debidamente registrada ante la Cámara de Comercio o la Superintendencia de Sociedades, ni tampoco lo han

manifestado en el proceso...prueba de ello es la reclamación que han venido solicitando de los inmuebles, a la cuales se hace alusión incluso en la audiencia pública, por parte de la procesada”.

Y se agregó en torno al procesado ROGELIO ANIBAL CASTRO:

“...frente a ROGELIO ANIBAL CASTRO, cuestión similar ocurre porque no se demostró a través de la documental, registros de la Cámara de Comercio, su desvinculación pues las actas con las cuales se presente comprobar que dejó de tener representación y acciones, tan sólo constan en los documentos privados, que no fueron debidamente legalizadas protocolizados -sic-, ante la Cámara de Comercio que es la llamada a registrar todos los actos de certificaciones, modificaciones de las personas jurídicas de sus gerentes y representantes. De ahí que no se pueda compartir el criterio de que está probada su desvinculación, continuando por tanto, con la vulneración al bien jurídico, la cual solo finalizará en el momento en que quede ejecutoriado el fallo que ordene el decomiso de los bienes y es que, no puede dejarse de lado que varios de los inmuebles fueron adquiridos por ellos y así se conservan”. (páginas 33 y 34).

Frente a esa conclusión termina alzándose en protesta el censor, al sostener que la misma resulta equivocada pues en el peor de los casos el delito se consumó el 15 de junio de 1990, fecha de expedición del decreto 1272, de no aceptarse que el último acto ocurrió cuando fueron ocupados los bienes por parte del Estado -23 de agosto de 1989 y 17 de febrero de 1990- o cuando el procesado se retiró voluntariamente de las empresas atrás mencionadas -11 de diciembre de 1987-.

Para ello afirma, entre otras cosas, que no por continuar figurando el nombre de su representado en la Cámara de Comercio como vinculado a la firma “Ganadería de Cría y Levante”, se puede sostener, como lo hizo el Tribunal, que no ha dejado de figurar como propietario de los bienes, como quiera que ello “a más de hacer prevalecer una mera

formalidad sobre una neta realidad, desoye que, como dije antes, ya con la nombrada intervención estatal (jurídica y material) dejó de existir siquiera la posibilidad de lesionar cualquier bien jurídico”.

Pero, además, dígase que no asiste razón al demandante cuando plantea la presencia del fenómeno jurídico de la prescripción en este evento.

De conformidad con el artículo 80 del decreto 100 de 1980 -actual artículo 83-, la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco (5) años no excederá de veinte (20).

A su turno el artículo 83 ejusdem -84 actual- precisa que en las conductas punibles de ejecución permanente, el término prescriptivo empezará a correr “desde la perpetración del último acto”. Y, finalmente, el artículo siguiente, que corresponde al 86 de la ley 599 de 2000, establece que ese término se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Según lo declarado en las instancias, ROGERIO ANIBAL CASTRO RODRÍGUEZ fue condenado como cómplice del delito de testaferrato descrito en el artículo 6º del decreto 1856 de 1989, incorporado a la legislación permanente por virtud del artículo 7º del decreto 226 de 1991, porque en su condición de socio y representante legal de las empresas “Ganadería de Cría y Levante S.A.” e “Inmobiliaria Andina S.A.” participó, junto con la otra procesada, de la “decisión de adquirir para dichas empresas la propiedad de los bienes raíces rurales denominados ‘laguna verde’, ‘Jalapa’, ‘La Cima’, ‘La Selva’, ‘Santa Rosa’, ‘La Cabaña’, ‘Las Guacas’, ‘La Pastora’ y el ‘Refugio’, todos los cuales, hasta entonces -junio y julio de 1985-, figuraban en el haber patrimonial de la Sociedad Comandita constituida por JOSE GONZALO RODRÍGUEZ GACHA”. (pag. 19 del fallo de primera instancia).

Es también verdad incontrovertible judicialmente declarada que hasta el momento de emitirse la sentencia de primera instancia el procesado continuaba teniendo participación accionaria en la firma “Ganadería de Cría y Levante S.A.” y que parte de los anteriores bienes seguían inscritos como de propiedad de ésta cuando se emitió la sentencia de primera instancia (pág. 18 y ss. de la sentencia de primera instancia).

E, incluso, que, como lo declara el Tribunal, “participó con Gladys Edilma, en los trámites para recuperar los bienes de la familia aduciendo propiedad de buena fe, ante el juzgado que lleva la correspondiente sucesión, conforme a constancias procesales y así lo hacen saber en la audiencia pública, es decir, que han continuado ejecutando actos de propietarios en la defensa de los bienes”.

Ese es el marco de referencia que necesariamente debía tener en cuenta el censor para todos los efectos jurídicos, si lo que se trataba era de controvertir en el plano estrictamente jurídico las conclusiones del fallo.

De manera que si el delito de testaferrato “continúa perfeccionándose mientras subsista su condición de testaferro, puesto que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dura la ilícita simulación”, como ha sido dicho por la Sala, es claro que la conducta de haber prestado su nombre para la adquisición de bienes inmuebles con dineros provenientes del narcotráfico, continuó proyectándose en el tiempo.

La conclusión que sin dificultad se impone es que en el transcurso del proceso, más exactamente en la etapa de instrucción, no hizo presencia el fenómeno de la prescripción de la acción.

Lo anterior impide que se acepte la propuesta del demandante quien acude a sus propias inferencias sobre los últimos actos, desconocidas por el Tribunal en la medida que advirtió que el delito no termina con la ocupación material de los bienes, en tanto la

persona jurídica continúa existiendo como propietaria de los bienes y los acusados mantienen su participación accionaria, siendo latente de esta manera su condición de testaferros.

Se dijo también por el juzgador de segunda instancia que no se demostró a través de los correspondientes registros de la Cámara de Comercio la desvinculación del procesado “pues las actas con las cuales se pretende comprobar que dejó de tener representación y acciones, tan sólo constan en documentos privados, que no fueron debidamente...protocolizados, ante la Cámara de Comercio”.

Ese es el marco de referencia que necesariamente debía respetar el censor al formular el cargo, que por lo visto no hace, en tanto acude a plantear finalmente que los bienes quedaron fuera del comercio con la expedición del decreto 1272 de 15 de junio de 1990, cuando por la expedición de esta normatividad de carácter general y abstracto no significa que el procesado haya dejado de ostentar la condición de accionista de las empresas a cuyos nombres se encuentran inscritos los predios sobre los cuales sigue prestando su nombre para ocultar al verdadero propietario de los mismos.

El cargo no prospera.

1.2. Segundo cargo -subsidiario: aplicación indebida del artículo 6º del decreto 1856 de 1989 y falta de aplicación del artículo 177 del código penal de 1980.

De la postulación y el desarrollo del cargo se advierte una evidente falta de técnica, porque no se sabe si lo que plantea es aplicación indebida de la norma que recoge el testaferrato o interpretación errónea de la misma como postula a continuación.

Si como consecuencia de la errónea interpretación de la ley sustancial, ésta se deja de aplicar o se aplica indebidamente, el censor debe dirigir su acusación hacia una de estas dos hipótesis y no hacia la interpretación equivocada de la ley pues lo importante, en

últimas, es si el juez no aplicó la norma o la aplicó indebidamente.

De otra parte, si lo que el censor pretende en últimas es postular la extinción de la acción penal por la presencia del fenómeno prescriptivo, bajo la consideración que la conducta del procesado se consumó bajo la figura de encubrimiento por receptación, resultan válidas las mismas razones que se expusieron en el cargo anterior, a las cuales se remite la Sala.

Sobre el particular se advierte que el actor parte de la idea equivocada de que el quehacer del procesado, que antes aparecía recogido genéricamente como una forma de receptación por encubrimiento, no se siguió consumando bajo la modalidad de testaferrato, alegando que los bienes quedaron a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes antes de entrar en vigencia el artículo 6º del decreto 1856 de 1989 y, asimismo, que su representado se retiró definitivamente de las empresas fachada.

Ya se dijo, empero, que el delito continúa cometiéndose bajo la modalidad de testaferrato, en cuanto que el procesado no ha dejado de figurar como propietario de los bienes que dieron origen al proceso a través de las citadas sociedades, sin que para ello importe que el Estado haya ocupado provisionalmente los mismos o el imputado dejado de representar o pertenecer a las juntas directivas de las sociedades a través de las cuales se detenta la titularidad de los mismos.

Por lo primero, como bien lo advierte la Delegada, la incautación de los bienes por parte del Estado es una medida provisional, como quiera que hasta tanto no se produzca una sentencia definitiva que decrete la extinción del derecho de dominio no se puede decir válidamente que ha dejado de pertenecer a quien en el registro figura como titular de tal derecho, máxime cuando en cualquier momento éste puede hacerlo valer, como sucedió en este caso según los términos de la sentencia.

La intervención provisional del Estado en ese sentido encuentra respaldo en el mismo

decreto 1856 en su artículo 1º, al igual que los artículos 4º y 5º del decreto legislativo 2390 de 1989, con las modificaciones introducidas por el artículo 6º del decreto ley 42 de 1990, y aún antes el artículo 25 de la ley 333 de 1986, parágrafo 1º.

De conformidad con el artículo 22 de la ley 333 de 1996, la entrega definitiva de los bienes se debe hacer en sentencia que declara la extinción de dominio, con lo cual hasta que ello no ocurra jurídicamente se sigue ocultando al verdadero dueño de los bienes adquiridos con dineros del narcotráfico, a no ser claro está que el inscrito desista voluntariamente de la acción mediante la cancelación de los títulos de propiedad y su entrega al Estado, lo cual no ha ocurrido en este evento.

Prestar el nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del narcotráfico o de infracciones conexas con éste, que es la conducta que le fue endilgada al procesado, podía encontrar acomodo en la descripción típica del delito de receptación por encubrimiento antes de la entrada en vigencia del artículo 6º del decreto 1856 de 1989.

No obstante, dada la generalidad de esta conducta referida al encubrimiento de bienes de procedencia ilícita, al entrar en vigencia el artículo 6º surge clara la aplicación de esta norma por virtud de su especialidad y su mayor riqueza descriptiva para el caso concreto.

Por lo segundo, cabe anotar finalmente que, como se recuerda por el juzgador de segundo grado, desde cuando entró en vigencia el decreto 1856 CASTRO RODRÍGUEZ ha tenido la condición de testaferro, como quiera que su desvinculación de las empresas sólo consta en documentos privados que no fueron legalizados ante la Cámara de Comercio respectiva.

El cargo no prospera.

1.3. Tercer cargo -subsidiario-: falta de aplicación del artículo 63 del código penal "proveniente de la errada interpretación del mismo".

A la violación directa de la ley sustancial, como ha sido dicho por la Sala de manera reiterada, se puede llegar por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de un determinado precepto.

En la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección de la norma, ya porque el juzgador deja de aplicar al caso la disposición que lo rige o porque elige un precepto equivocado.

En la interpretación errónea, el error únicamente es de hermenéutica, pues se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta, sólo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente corresponde, llevando con ello a hacerla producir por exceso o defecto consecuencias distintas de las que le pertenecen.

Este último concepto supone, necesariamente, que el precepto que se reputa vulnerado por el sentenciador fue correctamente seleccionado y aplicado al caso en la sentencia, sino que con unos efectos jurídicos distintos o contrarios a los que se derivan de su contenido.

Valga lo anterior para precisar que, como sucedió en el anterior cargo, es equívoco el planteamiento del demandante, puesto que no es posible al mismo tiempo denunciar falta de aplicación e interpretación errónea del mismo precepto.

Además, la apreciación del censor de que para hacer efectiva la pena se tuvo en cuenta únicamente que el procesado ha evadido la acción de la justicia, carece de fundamento, pues en la sentencia de segunda instancia, si bien en referencia a la prisión domiciliaria, se aludió a su personalidad y a su comportamiento "laboral y social, al dedicarse a este tipo de empresas", al igual que a la gravedad de la conducta, factores todos estos que se integran al diagnóstico-pronóstico que debe hacer el fallador en punto del numeral 2º del artículo 63 para determinar la necesidad de la ejecución de la sentencia.

De esta manera se puede concluir que, si las sentencias de instancia se integran en una unidad inescindible, el actor debió partir de aceptar tales conclusiones al pretender denunciar la violación directa de la ley sustancial, lo cual no hace.

Este cargo tampoco prospera.

2. Demanda presentada a nombre de la procesada GLADYS EDILMA ÁLVAREZ PIMENTEL.

2.1. Primer cargo: aplicación indebida del artículo 6º del decreto 1856 de 1989 y de las normas que consagran el principio de legalidad.

La censura radica en que si las adquisiciones de los bienes registrados a nombre de las sociedades mencionadas ocurrieron antes de la entrada en vigencia de ese precepto que tipificó el delito de testaferrato, refulge clara la indebida aplicación del mismo y de las demás normas que aluden al principio de legalidad.

Si bien el actor acierta en la formulación y desarrollo del cargo, como quiera que respeta los hechos en la forma como fueron apreciados por los juzgadores de instancia y se dedica únicamente a cuestionar la selección de la norma aplicada al caso en el entendido que no se podía aplicar el delito de testaferrato a su poderdante porque no estaba definido como delito cuando la procesada desplegó su comportamiento encubridor, el reproche carece de fundamento.

Al respecto dígase que la Sala no encuentra razón para rectificar su consolidada y unánime posición expresada a partir del pronunciamiento de noviembre 9 de 19902 y reiterada en numerosas providencias³, según la cual el testaferrato es un “delito de conducta permanente, porque el delito se perfecciona, como ya se dijo, en el momento en que por medio de contrato, escritura o cualquier otro medio legal, un bien pasa a figurar como propiedad de quien realmente no lo es, pues se trata simplemente de una persona que presta su nombre para que figuran en su cabeza bienes que en

realidad pertenecen a terceras personas. Y este delito continúa perfeccionándose mientras subsista su condición de testafarro, puesto que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dure la ilícita simulación”(negritas fuera de texto).

Si se parte de aceptar que los bienes materia de este proceso fueron adquiridos antes de 1988 y que la procesada continuó siendo copropietaria de las sociedades a través de las cuales se detenta su titularidad, no cabe duda de que a partir de la vigencia de esta norma adecuó su comportamiento a esa especial forma de encubrimiento por receptación que es el testaferrato.

Esta conducta, como ha sido dicho, remonta su establecimiento como delito al artículo 6º del decreto 1856 de 1989 (adoptado como legislación permanente por el artículo 7º del decreto extraordinario 2266 de 1991), bajo la necesidad de proteger bienes jurídicos perfectamente diferenciados, tales como la administración de justicia, la salud, la seguridad pública, la moral social y el orden económico, entre otros, por la acción persistente e indiscriminada de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico que para la época venían perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones.

La conducta asumida por la procesada venía siendo sancionada genéricamente a través del artículo 177 del código penal de 1980 -actual artículo 447-, pero a partir de la vigencia del aludido artículo 6º, se torna imprescindible descartar tal modalidad del encubrimiento por receptación, para preferir el delito de testaferrato por su especialidad.

Al formular el cargo el censor no logra demostrar que el Tribunal se haya equivocado, pues olvida que la conducta prevista en la referida norma es de ejecución permanente, porque continúa cometiéndose mientras subsista la condición de testafarro, o la ilícita

simulación, que aquí se produjo cuando la procesada continuó aún en vigencia del precepto manteniendo la titularidad de los bienes a través de sociedades creadas para ocultar al verdadero propietario de los mismos.

En esta infracción incurre quien “preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos”, lo cual no significa que la norma limite su realización a la acción de adquirir, en tanto el verdadero sentido de la condición de testafierro alude a la persona que bajo su nombre oculta el real dominio sobre bienes adquiridos con recursos provenientes de actividades relacionadas con el narcotráfico, conducta encubridora que se prolonga en el tiempo hasta que tal condición se mantenga.

En ese sentido, como ha sido dicho por la Sala, la “interpretación de la ley no puede limitarse a la subsunción simple de un término gramaticalmente entendido, con lo que se ha llamado en la dogmática tradicional el verbo rector...no debe olvidarse que el legislador en la fórmula descriptiva utilizada se vale de una expresión gramatical, que no siempre implica una acción elementalmente comprendida, sino toda una situación fáctica...la administración de justicia se afecta con la simulación de operaciones civiles o mercantiles que ocultan la procedencia ilícita de capitales y encubre a sus verdaderos propietarios y, como lo dijo el Tribunal, este es un comportamiento que se prolonga en el tiempo, vale decir, es permanente. ‘Mutatis mutandi’, como ejemplo, podría compararse con el delito de secuestro, también de carácter permanente que se realiza mediante acciones de arrebatar, sustraer o retener. Considérese la hipótesis según la cual, cuando la norma que tipifica el secuestro entró a regir, se hubiere efectuado ya la retención o arrebato de una persona y que en vigencia de la norma penal se continuara manteniendo secuestrada a la víctima, porque el mensaje punitivo no disuadió al secuestrador sobre la importancia de la libertad de locomoción que, por consiguiente, mantiene conculcada. No habría duda alguna, desde luego, para afirmar que a partir de la vigencia de la norma del ejemplo, el sujeto activo de ese comportamiento es un

secuestrador"4.

Por estas breves razones, no considera necesario la Sala volver sobre el estudio de la permanencia de la figura, máxime si se toma en cuenta que las argumentaciones que presenta el censor son en esencia las mismas que han sido expuestas en otras oportunidades para defender la tesis de que el delito de testaferrato es de ejecución instantánea.

De manera que si no se advierten motivos sobrevinientes que impongan un cambio en su postura, la Sala desestimaré el cargo.

2.2. Segundo cargo -subsidiario-: indebida aplicación de los artículos 5º y 36 del anterior código penal (12y 22 del actual).

Como era absolutamente imposible que su representada conociera los elementos propios del tipo de testaferrato contenido en el artículo 6º del decreto 1856 de 1989 cuando se produjeron los actos de adquisición de los bienes materia de este proceso, porque este delito no tenía existencia jurídica para ese tiempo, los juzgadores de instancia aplicaron indebidamente las normas que regulan el dolo en el delito, argumenta el censor al postular este segundo reproche.

El actor incurre en la misma equivocación que en el cargo anterior, al considerar que la conducta punible atribuida a su representada quedó perfeccionada en el momento en que prestó su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes de narcotráfico, esto es entre los años de 1985 y 1988.

Si el Tribunal concluyó que a partir de esas fechas, sin solución de continuidad, la procesada ha venido figurando como accionaria de las empresas a través de las cuales se viene ocultando al verdadero propietario de los bienes obtenidos de actividades de narcotráfico, conociendo el origen de los mismos, no se entiende cómo puede

sostenerse válidamente que su conducta no es dolosa, máxime cuando ella fue la compañera permanente de José Gonzalo Rodríguez Gacha ampliamente conocido por sus actividades en ese campo.

En ese sentido, no es que el censor controvierta la conclusión a la que los juzgadores de instancia arribaron sobre la imputación dolosa de la conducta desplegada por la procesada, lo cual no está en discusión si se toma en cuenta que parte de aceptar los hechos tal como fueron apreciados por el Tribunal en la sentencia.

Lo que en realidad controvierte, así no lo exprese de manera manifiesta, es la permanencia de la conducta de testaferrato en el tiempo, por lo cual en el fondo este cargo constituye una reiteración del anterior, frente a lo cual caben los mismos razones que se dejaron expuestos.

En consecuencia, el cargo así propuesto conduce inevitablemente a su fracaso, pues la Sala no encuentra motivo para rectificar la que ha sido su consolidada y pacífica postura, en el sentido de que si a pesar de criminalizarse esta forma especial de encubrimiento a través del tantas veces mencionado artículo 6º, la persona persiste en mantener la condición de testaferro, continúa cometiendo el delito.

El cargo tampoco prospera.

2.3. Tercer cargo -subsidiario-: indebida aplicación de los artículos 6º del decreto 1856 de 1989, 2º y 3º del decreto 100 de 1980 (9º y 10 de la ley 599 de 2000).

En sentir del censor los falladores de instancia se equivocaron al equiparar el ingrediente normativo de “actividades delictivas” propio del delito de enriquecimiento ilícito de particulares, con el de “delito de narcotráfico y conexos” empleado en la descripción del testaferrato, con lo cual habría aplicado indebidamente el artículo 6º porque mientras que el primero no requiere de sentencia condenatoria ejecutoriada para su

estructuración, el segundo sí, en los términos del artículo 248 de la Carta Política.

Ninguna razón asiste al recurrente, como quiera que no es cierto que para dar por estructurado el delito de testaferrato se requiere, como también ocurre en el ilícito de enriquecimiento ilícito de particulares, la existencia de una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada predicable del verdadero propietario de los bienes adquiridos de actividades derivadas del delito de narcotráfico y conexos, como bien reparó el Tribunal.

Nadie duda de que los delitos de enriquecimiento ilícito de particulares y de testaferrato son delitos especiales y autónomos, pues describen modelos comportamentales a los que pueden adecuarse los sujetos agentes sin necesidad de recurrir a otro tipo penal ni ordenamiento jurídico.

No obstante, de allí no se sigue que respecto al delito de testaferrato se requiera esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito, mientras que no en torno al primero.

En ese sentido, no existen razones de orden jurídico que permitan hacer la diferencia, pues como acota con razón la Delegada la expresión “dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos” constituye igualmente ingrediente normativo del tipo y también forman parte del concepto amplio de “actividades delictivas”; aparte que ambas figuras delictivas hacen parte del conjunto normativo dictado para combatir las graves manifestaciones delincuenciales vinculadas al narcotráfico y otros delitos, al punto que actualmente hacen parte del mismo capítulo que reprime el lavado de activos.

Si bien el precepto que recoge el testaferrato condiciona su realización a que los bienes hayan sido adquiridos con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, entonces, no puede condicionarse su independencia a que previamente se haya dictado sentencia condenatoria en contra de quien es el verdadero propietario de los bienes

adquiridos con dinero ilícitos. En otras palabras, la ilicitud del comportamiento de que trata, como al igual ocurre en el enriquecimiento ilícito, proviene pues de la conducta misma de quien encubre y no de la condena concreta que por otro delito se le haya impuesto a terceras personas.

En ese orden, resulta aplicable el criterio sentado por la Corte Constitucional en la sentencia citada por el censor de que “No puede confundirse el concepto de “actividad delictiva” con el de “antecedentes penales” de que trata el artículo 248 de la Carta Política; el primero no sólo es un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma, sino que además, se refiere a la actividad en sí misma, como comportamiento típico y antijurídico, y no se extiende al sujeto. El concepto de “antecedentes penales”, se predica de la persona en sí misma y, de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política, únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen esa calidad de antecedentes. El artículo 248, por otra parte, no tiene que ver directamente con el debido proceso, sino con los derechos fundamentales al honor, al buen nombre o al habeas data, pues, se repite, la norma constitucional se refiere únicamente a ‘antecedentes’.

De exigir la existencia previa de una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada contra el verdadero propietario de los bienes adquiridos con dineros provenientes de actividades relacionadas con el narcotráfico, se llegaría a absurdos que la simple lógica rechaza, como, por ejemplo, postular la inexistencia del delito de testaferrato por ocurrir antes o en el trámite del proceso la muerte de quien ostenta la titularidad de los bienes, como en este evento ocurrió respecto de José Gonzalo Rodríguez Gacha.

Si el demandante, entonces, no logra acreditar el yerro, pues le asiste razón al Tribunal cuando afirma que en este caso no era necesario condenar previamente a Rodríguez Gacha, quien amasó una incalculable fortuna a partir de su dedicación a actividades

relacionadas con el narcotráfico, el cargo tampoco está llamado a prosperar.

2.4. Cuarto cargo -subsidiario-: indebida aplicación del artículo 29, inciso 3º de la ley 599 de 2000 y correlativa falta de aplicación de los artículos 6º del decreto-ley 100 de 1980, 29 de la [constitución política](#) y 43 de la ley 153 de 1887.

Para el censor el Tribunal aplicó en forma desfavorable y retroactiva la novedosa forma de participación establecida en el inciso 3º del artículo 29 de la ley 599 de 2000, la cual no regía para cuando se consolidaron las adquisiciones de bienes por parte de las sociedades de las que hacía parte la procesada, ni a la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de acusación.

En sentir del actor no se podía condenar a la procesada como autora del delito de testaferrato porque ella actuó como miembro u órgano de representación autorizados de las citadas sociedades, mas no a título personal.

A través del inciso 3º del artículo 29 del actual código penal, el legislador consideró autor también a “quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado” .

Esta figura del actuar por otro, que solo es posible en tratándose de delitos especiales que no pueden ser cometidos por cualquier persona, sino que requieren en el autor la presencia de determinadas calidades objetivas, de manera alguna puede confundirse con la responsabilidad personal del agente por el hecho que ha sido postulado básico del derecho penal culpabilista que rige desde el código de 1980, como acertadamente señala la Delegada.

Si a la procesada se la condenó por haber prestado su nombre para adquirir bienes provenientes de actividades de narcotráfico, a través de las mencionadas sociedades, y no por la simple relación con las mismas a título de representante o accionaria, como se deduce de la sentencia de segunda instancia, no resulta cierto que el Tribunal haya incurrido en el yerro que denuncia el casacionista.

La equivocada referencia que hizo el juez de primer grado de dicho precepto, que no el Tribunal, no es esencial en este caso, ni varía la situación de la procesada, pues ella es autora en sentido estricto tanto en los términos del anterior artículo 23 como en el actual artículo 29, y no a través de otro o por otro, como quiera que esta figura se predica únicamente de los delitos especiales propios, a los cuales no pertenece el delito de testaferrato.

Lo importante aquí es que, conforme a la reseña de los hechos que hacen los juzgadores de instancia, la procesada ideó, en connivencia con otras personas, la creación de las empresas fachada, para a través de ellas adquirir los bienes del extinto narcotraficante José Gonzalo Rodríguez Gacha, siendo éstas apenas un mero instrumento que sirvió para ocultar la verdadera titularidad de dichos bienes y así poder burlar la acción del estado.

En esa medida, no se puede sostener válidamente que el Tribunal erró al condenar a la procesada como autora del delito de testaferrato.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto y atendiendo el concepto del Ministerio Público, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ALVARO O. PÉREZ PINZON

Excusa justificada

Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Radicaciones 19543 y 20879, M.Ptes. Jorge L. Quintero Milanés y Marina Pulido de Barón.

2 Corte Suprema de Justicia, M.P. Edgar Saavedra Rojas.

3 Ver, entre otros, autos de 12 de noviembre de 1998 (Rad, 14852), 23 de agosto de 2000 (Rad. 16301) y sentencias de 18 de enero de 2001 (rad. 17091), 19 de diciembre

de 2001 (Rad. 14658) y 24 de noviembre de 2003 (Rad. 19603).

4 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de febrero 21 de 2002, Rad. 16867. M.P. Herman Galán Castellanos.