

Proceso No 20371

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 76

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil cuatro (2.004).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados ANTONIO JOSÉ TABORDA CASTILLO y EDUARDO JOSÉ CASTILLO POVEA, ROBERTO LLANOS PERALTA, BEATRIZ CHING SUNG, EDGAR CALDERÓN BALDOVINO y RAÚL RODRÍGUEZ HERAZO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 7 de diciembre de 2.001, que al revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, los condenó a la pena principal de 5 años y 2 meses de prisión y multa de 80 salarios mínimos legales mensuales, como responsables del delito de abuso de confianza calificado y agravado en razón de la cuantía.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Dado su acierto, acoge la Sala la síntesis del asunto fáctico que condensa el fallo impugnado, así:

“Registra el paginario que el año de 1.988, se constituyó la entidad de carácter privado,

denominada FUNDACIÓN COSTA CARIBE, a la que la gobernación del departamento del Atlántico mediante resolución 000925 del 9 de septiembre de 1.988 le reconoció personería jurídica fijurándole como objeto contribuir con el desarrollo social de las diversas clases sociales, especialmente los sectores económicamente más necesitados, apareciéndole como domicilio la carrera 45 número 63-01 de esta ciudad. Su primera Junta Directiva estuvo conformada por los señores EDUARDO CASTILLO POVEDA, Presidente, ROBERTO LLANOS PERALTA, Director y Representante Legal, HUMBERTO HENRIQUEZ TEHERÁN, Secretario, y BEATRIZ DEL CARMEN CHING SUN, Tesorera; a partir de noviembre de 1.990, se conformó una nueva junta directiva por EDGAR J. CALDERÓN B. Presidente, RAÚL E. RODRÍGUEZ H., Secretario, ANTONIO J. TABORDA, Tesorero.

En las condiciones antes dichas, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Gobierno, Fondo de Desarrollo Comunal, y el Ministerio de Educación Nacional, le otorgó a la FUNDACIÓN COSTA CARIBE para las vigencias de 1.989 y 1.990, auxilios de origen parlamentario por valor de ciento ochenta y cinco millones de pesos (\$185.000.000), recursos que fueron gestionados por el señor Representante a la Cámara HERNÁN VERDUGO VERDUGO, que deberían ser ejecutados conforme a las resoluciones 5351 y 5393 de 1.989 del Fondo de Desarrollo Comunal, mediante las cuales se asignaron por cada una la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000); y mediante la resolución número 21470 de 1.989 del Ministerio de Educación, le fueron asignados treinta y cuatro millones de pesos (\$34.000.000), para un total recibido en el año de 1.989 de setenta y cuatro millones de pesos (\$74.000.000). Para el año de 1.990, se le asignaron recursos mediante las resoluciones 2587 y 5395 de ese año, en cuantía de cuatro millones de pesos (\$4.000.000) y ciento siete millones de pesos (\$107.000.000), para un total de ciento once millones de pesos (\$111.000.000), en 1.990.

De acuerdo con el objeto de la entidad tales dineros debían ser puestos al servicio de las clases sociales más necesitadas, pero en la práctica se dio que los dineros fueron manejados de manera muy irregular”.

La investigación por estos hechos fue iniciada con fundamento en los documentos aportados por la Procuraduría General de la Nación -Delegada para Asuntos Presupuestales-, el 16 de julio de 1.996 (fl. 4 c.o.2).

Vinculados a la investigación los procesados ANTONIO JOSÉ TABORDA CASTILLO, EDUARDO JOSÉ CASTILLO POVEA, ROBERTO LLANOS PERALTA, BEATRIZ CHING SUNG, EDGAR CALDERÓN BALDOVINO y RAÚL RODRÍGUEZ HERAZO y una vez resuelta su situación jurídica (fl.217 c.o.3), la investigación fue clausurada, correspondiéndole a la Fiscalía 27 de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública de Barranquilla calificar el mérito de las pruebas, profiriéndose en contra de los implicados resolución acusatoria por el delito de peculado por extensión, por apropiación, al tiempo que precluyó la indagación por el delito de falsedad documental por encontrarse prescrito, en documento fechado el 15 de febrero de 1.999 (fl.85 co.4), decisión confirmada en su integridad por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal mediante resolución del 29 de septiembre del mismo año (fl. 5 cdno. 2da. Inst.).

Rituada la etapa del juicio, el 14 de abril de 2.000, correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla proferir la sentencia de primera instancia en la que absolvió a los procesados de los cargos que les fueran atribuidos. Esta decisión le fue notificada personalmente el 4 de mayo de 2.000 a la Fiscal Martha Zabala Narváez, anotando en el acto que la apelaba, para allegar el escrito en sustento de la misma el día 17 de ese mismo mes. El 7 de junio el juez de conocimiento declaró desierto el recurso y el día 14 posterior la misma funcionaria recurrió de hecho, siéndole también denegado el 12 de julio siguiente. El 26 de septiembre, el doctor González Sánchez, quien había reemplazado a la doctora Zabala en la Fiscalía 27 Seccional, solicitó copias de la actuación a partir de la sentencia absolutoria. Con base en las mismas, instauró tutela en contra del Juez de primer grado, que hubo de fallar el Tribunal el 10 de octubre en amparo del

derecho fundamental al debido proceso y disponiendo, por tanto, se concediera el recurso de hecho denegado. Esta decisión fue impugnada por el juez tutelado y ratificada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal, mediante sentencia del 5 de diciembre siguiente-, ampliando la protección a la orden de ser concedido el recurso de apelación en tiempo interpuesto y sustentado por la Fiscalía. Así, se profirió la sentencia de segunda instancia que ahora ha sido recurrida en casación.

LAS DEMANDAS:

Demanda A nombre del procesado ANTONIO JOSÉ TABORDA CASTILLO.

Un cargo es postulado por el procurador judicial de TABORDA CASTILLO con respaldo en la causal tercera de casación.

Aduce en concreto el actor que la doctora Martha Elena Zabala Narváez, quien se desempeñaba como Fiscal 27 Seccional fue desplazada por el doctor Jhonny Miguel González Sánchez -pasando a ser la Fiscal 53-, mediante Resolución No. 0169 fechada el 19 de abril de 2.000, de modo tal que el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria de primera instancia interpuesto el 4 de mayo de 2.000 y sustentado el día 17 de ese mismo mes y año, se hizo careciendo dicha funcionaria de competencia.

De esta manera, cuando el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla declaró desierto el recurso de apelación por auto del 7 de junio de 2.000 y la doctora Zabala Narváez interpuso el recurso de hecho el 14 de junio como Fiscal 53 y ella misma luego lo sustentó, lo hizo sin competencia, de modo que para el 26 de septiembre el doctor González interpuso la tutela de la que conoció la Corte Suprema de Justicia pero en relación con un recurso de hecho incoado por esa funcionaria cuando no era la Fiscal designada en el proceso.

Así las cosas, la doctora Zabala Narváez no tenía legitimidad para actuar en este caso por no ser la delegada, como tampoco gozaba de facultades especiales para sustentar el recurso de apelación en representación de la Fiscalía 27, pues el titular de la misma era el doctor González Sánchez, según se encuentra certificado de esta manera en la actuación procesal.

Dicha actuación, por tanto, se cumplió sin competencia, desconociéndose de este modo una base fundamental del proceso, pues se consintió la intervención de un sujeto que no podía participar por no estar representando a la Fiscalía al haber sido desplazado, concurriendo de este modo el motivo de nulidad prevenido por el artículo 306.2 del Código de Procedimiento Penal.

Para el actor, desatar el recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria, como procedió el Tribunal, que fuera sustentado por un sujeto procesal en ese momento ya desplazado mediante resolución administrativa, comporta en definitiva una grave afectación de la estructura básica del proceso, con desmedro de preceptos legales de orden procesal y constitucional, que debe conducir, según pedimento que hace a la Sala, a que se case la sentencia impugnada.

Demanda a nombre de EDUARDO JOSÉ CASTILLO POVEA, ROBERTO LLANOS PERALTA, BEATRIZ CHING SUNB, EDGAR CALDERÓN BALDOVINO y RAÚL RODRÍGUEZ ERAZO.

Primer cargo

Con respaldo en la causal tercera de casación, un primer cargo es presentado por el procurador judicial de los procesados, dada la presencia de vicios de actividad o in procedendo, con desmedro de los artículos 1º del Decreto 2700 de 1.991, 8º de la Ley 600 de 2.000 y 29 de la [Constitución Política](#).

Asegura, en primer término, que no se precisaron los cargos en las indagatorias ni en

la resolución acusatoria con violación del derecho de defensa, pues la investigación se inició por el delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación y por éste se formuló la acusación, pero el Tribunal en la sentencia de segunda instancia condenó por el punible de abuso de confianza contemplado en el artículo 250 del actual Código Penal.

De modo que al condenárseles por un delito por el que no fueron interrogados se les habría vulnerado el derecho de defensa, pues no se les procuró la oportunidad para exponer las explicaciones concernientes a los nuevos cargos con los que fueron sorprendidos en la sentencia.

Pero además, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla no informó sobre la “reapertura del proceso” a fin de que la defensa técnica contravirtiera la sustentación del recurso de apelación, aportara otras pruebas y elementos de defensa, desconociéndose así este derecho como garantía constitucional.

Para el actor, como queda visto, la sentencia del Tribunal contiene vicios trascendentes lesivos del derecho de defensa, en la medida en que su respeto hubiera permitido demostrar la ausencia de responsabilidad frente al nuevo delito que se les atribuyó, haciéndose de este modo necesario anular lo actuado a partir de la resolución de cierre de la investigación con miras a que se corrijan los vicios advertidos.

Segundo cargo

De manera subsidiaria es expuesto este reproche, en él acusa el censor la sentencia por la vía directa de violación a la ley sustancial, por desconocimiento del principio de favorabilidad, con quebranto del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación, así como de los artículos 6 y 9 del actual Código Penal y 29 de la Carta Política e indebida aplicación de los artículos 250 y 267 del mismo Estatuto punitivo vigente.

Observa el actor que erró el Tribunal al condenar a los procesados por el delito de abuso de confianza tipificado en los artículos 250 y 267 del Código Penal, pues por favorabilidad ha debido reconocer que el punible de peculado por extensión que fuera materia de la acusación en el nuevo ordenamiento dejó de ser delictivo, de donde no podía aplicar una norma sancionatoria o condenatoria que no estaba vigente con anticipación.

También concurriría violación directa de la ley sustancial en tanto el sentenciador impuso la multa prevista por el artículo 250 de 111 millones de pesos, con desmedro del principio de favorabilidad, pues era lo procedente aplicar el artículo 133 del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la Ley 43 de 1.982 que preveía una multa cuyo máximo era de dos millones de pesos.

En todo caso, para el censor existiría vulneración directa de la ley sustancial habida cuenta que al dejar de ser delictiva la conducta por la que se acusó a los procesados, se imponía la aplicación del artículo 39 del actual Código de Procedimiento Penal y consiguientemente el imperativo de declarar la cesación de todo procedimiento.

Solicita, así, se case la sentencia impugnada, para en su lugar decretar la cesación de todo procedimiento a favor de los procesados.

Tercer cargo

También por la vía directa de violación a la ley sustancial y de manera subsidiaria expuesto, acusa el actor aplicación indebida del artículo 267 del Código Penal actual y falta de aplicación de los artículos 83 ibídem y 39 del Código de Procedimiento Penal.

Entiende al actor que con quebranto de los principios de favorabilidad y ne bis in

ídem, aplicó indebidamente el sentenciador el citado artículo 267, al deducir la agravante contenida en el numeral primero referida a la cuantía del delito, pues según la jurisprudencia no podía tomar parcialmente tal precepto, lo cual implicaba la contemplación de la agravante contenida en el numeral segundo que da cuenta de la conducta debía recaer sobre bienes del Estado, cuando este era el supuesto de la descripción contenida en el tipo penal deducido, esto es, el artículo 250 id.

Asegura, por tanto, que el Tribunal aplicó en su integridad el artículo 267, en forma indebida, pues además de justificarlo en la cuantía del delito, según el primer numeral, en el segundo se indica como circunstancia agravante que recaiga la conducta sobre bienes del Estado, cuando ésta constituye un elemento del tipo penal contenido en el artículo 250.4 ibídem.

La indebida aplicación de dicho precepto, conllevó la falta de aplicación, por favorabilidad, de los artículos 83 del Código Penal y 39 del Código de Procedimiento Penal, en tanto la acción penal para el momento de ser calificado el mérito de las pruebas, se encontraría prescrita, pues los últimos actos consumativos de la conducta juzgada se habrían efectuado el 23 de noviembre de 1.990, y los cargos quedaron en firme el 29 de septiembre de 1.999, habiendo transcurrido 8 años y 9 meses, lapso superior a los 6 años que sería la pena máxima contemplada para el delito de abuso de confianza en el mencionado artículo 250.

Fundado en este cargo, solicita el actor se case el fallo y consiguientemente se declare la prescripción de la acción penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Demanda a nombre del procesado ANTONIO JOSÉ TABORDA CASTILLO.

Para la Procuradora Primera Delegada en lo Penal, el único cargo presentado por el

defensor de TABORDA CASTILLO no puede prosperar, toda vez que aun cuando formulado por vía de nulidad es notablemente deficiente y no demuestra en forma debida la irregularidad sustancial acusada.

Recuerda que el reproche consiste en el hecho de haber sustentado el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria de primer grado una fiscal que no tenía competencia por haber sido desplazada por otra mediante una resolución administrativa de la Dirección Seccional de Fiscalías del Atlántico.

Encuentra la Procuradora que el tema en cuestión habría sido clarificado en este asunto por la propia Corte Suprema por vía de tutela, tratándose por tanto de algo que solamente la Corte Constitucional podría revisar. En todo caso, recuerda que la competencia legalmente establecida no puede resultar alterada por una resolución administrativa, como también lo ha destacado la jurisprudencia de la Sala, pues aun cuando se trata de una tesis predicada durante la investigación, el mismo argumento es válido para el juicio. En la medida en que la función acusadora sólo culmina con la ejecutoria de la sentencia que pone fin a un proceso, La decisión de reasignar un proceso dentro de la Fiscalía puede obedecer -entre otros factores- a distribución laboral, consideraciones de índole administrativo que no pueden ser objeto de controversia.

Para la Delegada es inaceptable encontrar viciada la actuación de la fiscal que impugnó la sentencia, sobre la base de que una resolución administrativa la había cambiado de despacho, en la medida en que si bien implicó la reasignación del proceso, en ningún momento afectó la competencia funcional que tenía. Por lo demás, a pesar de que la doctora Zabala Narváez se notificó de la resolución que la cambió de oficina el 2 de mayo de 2.000, no existe constancia en el expediente de la fecha en que le hizo entrega del despacho al doctor Gonzalez Sánchez, lo que sólo se habría producido el 26 de septiembre de ese año, fecha hasta la cual comenzó a actuar en el proceso presentando la tutela con miras a que se concediera el recurso de hecho instaurado por su antecesora

para que se diera curso a la apelación.

La tutela impuso tramitar el recurso de apelación debidamente interpuesto por la fiscal, de donde no admite discusión alguna la legalidad de la actuación en dichas condiciones cumplida y por ende, tampoco el cargo de nulidad promovido.

Demanda a nombre de los procesados EDUARDO JOSÉ CASTILLO POVEDA, ROBERTO LLANOS PERALTA, BEATRIZ CHING SUNG, EDGAR CALDERÓN BALDOVINO Y RAÚL RODRÍGUEZ HERAZO.

Primer cargo

Alega el actor la vulneración del derecho de defensa de los procesados, como quiera que se les acusó por peculado por extensión y sin embargo se les condenó por el de abuso de confianza, además de que el juzgado no les informó sobre la reapertura del proceso, ni les dio traslado para alegar en la apelación ni sobre el nuevo delito que se les atribuyera.

Sintetiza la Procuradora ser el cuestionamiento del actor la falta de congruencia entre la acusación y la sentencia del Tribunal, no obstante que el hecho de mencionar diversas pretendidas irregularidades le imponía el deber de formularlas de manera independiente.

Observa que en la Ley 599 de 2.000 no se consagró bajo la denominación de peculado por extensión la conducta del particular que se apropia de bienes del Estado, pero quedó regulado por el artículo 250.3 como un abuso de confianza calificado y su imputación en el caso concreto lo fue bajo los mismos elementos fácticos y jurídicos, lo que significa que el núcleo de la acusación se mantuvo.

El mero cambio de denominación no vicia, desde luego, la calificación de la conducta y al ejercerse la defensa por el delito de peculado por extensión también se estaba ejerciendo

por el de abuso de confianza.

No es cierto, además, como lo señala el censor, que no se hubiera dado traslado de la apelación, en la medida en que la orden de la Corte al tutelar, fue que por igual que se hiciera dicho trámite, el que cumplió la secretaria del juzgado Martha Gobayra, en términos del artículo 196ª del anterior estatuto procesal.

No había, como lo dice el actor, obligación por parte del juez de comunicar la “reapertura del proceso”, pues los sujetos debían estar atentos para controvertir los argumentos de la apelación.

Tampoco es admisible la afirmación según la cual los procesados no pudieron oponerse al cargo de apropiación indebida de dineros del Estado a través de la Fundación de carácter privado “Costa Caribe”, durante las vigencias de 1.989 y 1.990, pues se garantizó dicha alternativa durante todo el desarrollo del proceso, esto es en la etapa precalificatoria, la resolución acusatoria, la fase probatoria del juicio y durante la impugnación de la sentencia condenatoria de segundo grado.

Este cargo, por tanto, en concepto de la delegada, no debe prosperar.

Segundo cargo

En forma subsidiaria, está postulado por la vía directa, acusando aplicación indebida de los artículos 250 y 267 del Código Penal vigente y falta de aplicación de los artículos 6o, 9o y 39 del Código de Procedimiento Penal, en la medida en que el delito atribuido a los procesados dejó de ser punible, siendo los elementos que estructuran el peculado distintos a los que configuran el abuso de confianza.

El argumento es esencialmente el mismo que aquél expuesto frente a la nulidad, debiendo reiterarse que la conducta de los particulares que en provecho suyo o de un

tercero se apropian de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte no desapareció como delito en el nuevo Código Penal, pues simplemente cambió su ubicación sistemática, es decir que no fue despenalizada, conforme lo pretende el demandante.

Si le asiste la razón al actor, señala el Ministerio Público, pero en cuanto a que la multa en el texto del artículo 2º de la Ley 43 de 1.982, que modificó el original contenido del artículo 133 señalaba una multa de 20 mil a 2 millones de pesos, menor a la contenida en el artículo 250 de la Ley 599 de 2.000 que se aplicara al disponer que ésta lo sería de 30 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

También es cierto que la pena no se motivó en términos de los artículos 59, 60 y 61, definiendo cuál de las dos legislaciones resultaba más favorable a los procesados, observándose evidentes contradicciones, pues si solamente podía el juzgador moverse dentro del cuarto máximo de 93 a 108 meses si el marco punitivo lo era de 4 a 9 años y si concurrían circunstancias de agravación y atenuación debió moverse dentro de los cuartos medios, es decir, entre 63 y 93 meses, debiendo, entonces indicar cuáles concurrían, pero no imponer 62 meses como procedió.

De cualquier modo, para la Procuradora era lo pertinente aplicar la sanción mínima de cuatro años prevista en el Código Penal de 1.980, afectada por circunstancias de agravación en 10 meses, todo lo cual representa una sanción más favorable que la inferida al aplicarse el Código Penal vigente. En condiciones semejantes, encuentra pertinente que la pena se modifique para salvaguardar el principio de legalidad de la pena y en este sentido, por tanto, entiende que el cargo debe prosperar.

Tercer cargo

También en forma subsidiaria el actor acusa aplicación indebida del artículo 267 del Código Penal e inaplicación del artículo 83 ibídem y 39 del Código de Procedimiento Penal.

Señala que violó el Tribunal el principio ne bis in idem, en la medida en que el numeral segundo del artículo 267 contempla la agravante por tratarse de bienes del Estado, que constituye un elemento del artículo 250 del mismo ordenamiento.

Le estaba, por tanto vedado al juzgador aplicar parcialmente el referido artículo 267, pues al deducir el numeral primero también habría aplicado el numeral segundo, lo que desfavorece a los procesados.

Se opone a esta censura la Procuradora, observando cómo el máximo de pena privativa de la libertad para el delito de peculado por extensión imputado, tanto en la Ley 43 de 1.982, como con la Ley 190 de 1.995 era de 15 años de prisión. De modo tal que si para cuando se calificó el mérito de las pruebas habían transcurrido 8 años y 9 meses es muy evidente que la acción no estaba prescrita.

Además, es el argumento del demandante artificioso, pues la concurrencia de una de las circunstancias previstas por el artículo 267 del Código Penal de 2.000 conduce a su aplicación sin suponer la concurrencia de la otra y así -como lo expone el censor- sostener la vulneración al principio ne bis in idem.

En el caso concreto se dedujo la contenida en el numeral primero, esto es, derivada del hecho de haber superado las apropiaciones los 100 salarios mínimos, excluyendo el Tribunal en forma expresa la prevenida por el numeral segundo de la referida disposición.

De tal suerte que ni siquiera aplicando retroactivamente las disposiciones del nuevo Código podría tener fundamento la prescripción aducida para cuando se calificó el mérito de las pruebas.

Concluye así la Delegada en que se rechacen todos los cargos, salvo el relacionado con la pena impuesta que deberá reajustarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo

2° de la Ley 43 de 1.982, por razones de favorabilidad.

CONSIDERACIONES:

Demanda a nombre del procesado ANTONIO JOSÉ TABORDA CASTILLO.

Supuesto del único cargo que el defensor del procesado TABORDA CASTILLO ha formulado contra la sentencia objeto de la impugnación extraordinaria lo es la afirmación según la cual la doctora Martha Elena Zabala Narváez -como Fiscal 27 Seccional de Barranquilla- carecía de competencia para apelar el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad el 14 de abril de 2.000, en la medida en que mediante Resolución No.0169 del día 19 del mismo mes y año, el Director Seccional de Fiscalías designó en dicha oficina al doctor Jhonny Miguel González Sánchez, al tiempo que la referida funcionaria era trasladada a la Fiscalía 53 Seccional.

Pues bien, de acuerdo con la reseña de la actuación procesal cumplida en este caso, en aquello que es relevante para dilucidar el tema relacionado con la nulidad pretendida por el demandante en el único cargo esbozado, se tiene que la Fiscal Zabala Narváez, a quien correspondió conocer del proceso durante la investigación y a cuyo cargo estuvo el proferimiento de la calificación sumarial mediante resolución acusatoria calendada el 15 de febrero de 1.999, le fue notificada personalmente el 4 de mayo de 2.000 la sentencia absolutoria en primera instancia emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, oportunidad en que manifestó que apelaba esta decisión cuyo escrito de sustentación hubo de aportar el día 17 de ese mismo mes.

Como quiera que mediante auto del 7 de junio el juez de conocimiento declaró desierto el recurso, el día 14 posterior la misma funcionaria recurrió de hecho esa determinación, siéndole también denegado el 12 de julio siguiente.

El 26 de septiembre, el doctor González Sánchez, en su condición de Fiscal 27

Seccional solicitó copias de la actuación a partir de la sentencia absolutoria. Con base en las mismas, instauró tutela en contra del Juez de primer grado, que hubo de fallar el Tribunal el 10 de octubre en amparo del derecho fundamental al debido proceso y disponiendo, por tanto, se concediera el recurso de hecho denegado. Esta decisión fue impugnada por el juez tutelado y ratificada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal, mediante sentencia del 5 de diciembre siguiente -en Sala integrada parcialmente por los Magistrados que en este trámite han manifestado su impedimento para actuar-, ampliando la protección a la orden de ser concedido el recurso de apelación en tiempo interpuesto y sustentado por la Fiscalía.

En desarrollo de la actuación pertinente, el Tribunal Superior de Barranquilla desató la apelación el 7 de diciembre de 2.001, revocando la absolución, para en su lugar condenar a los procesados, en decisión que configura el objeto del recurso extraordinario ahora interpuesto.

Como surge evidente, el conocimiento que hubo de asumir el Tribunal para desatar la apelación contra el fallo absolutorio de primera instancia interpuesta por la Fiscalía, lo fue en virtud de la protección constitucional ordenada por la Sala Penal de esta Corporación el 5 de diciembre de 2.000 por vía de tutela, en determinación no seleccionada por la Corte Constitucional para efectos de su revisión.

De suerte que el amparo de derechos decretado y la circunstancia de no ser escogida la tutela para su revisión no solamente determina el asunto en forma definitiva, sino que impide que en el futuro se pueda volver sobre los aspectos dilucidados por dicha vía, o lo que es igual, desde el punto de vista de la efectividad de los derechos constitucionales protegidos, dilucidada la controversia por el quebranto de garantías superiores, una tal solución se impone como decisión emanada del juez constitucional.

Siendo ello así, ningún reparo sobre la actuación procesal que conlleve en forma

implícita, o explícita, como en este caso, el cuestionamiento a actos cumplidos en virtud de una determinación adoptada por vía de tutela resulta admisible, como que ello supondría reabrir una discusión sobre un concreto tema que ha hecho tránsito a cosa juzgada en el orden concreto en que la declaración de protección lo resolvió.

De ese modo, el único cargo esbozado por el demandante que ha procurado controvertir la intervención de la doctora Zabala Narváez como Fiscal que impugnó la sentencia absolutoria de primera instancia, cuando por virtud de una acción de tutela se materializó la apelación, obviamente no tiene ninguna posibilidad y debe ser rechazado.

No sobra en todo caso precisar, en coincidencia con el atinado criterio anotado por la Procuradora Delegada, que el desplazamiento de la Fiscal por otro de igual categoría, como medida de índole eminentemente administrativa al interior del ente acusador, que generalmente obedece como sucedió en el caso materia de estudio al propósito de disponer “la rotación de funcionarios en las distintas áreas especializadas de la Seccional, en procura de dinamizar el funcionamiento de las Unidades”, según se lee en la Resolución No.0619 del 19 de abril de 2.000 expedida por el Director Seccional de Fiscalías de Barranquilla, no comporta en estricto sentido asignación alguna de competencia, como que ésta es deferida por la ley, de manera tal que la intervención de la Fiscal doctora Zabala Narváez al serle notificada la sentencia de primera instancia -contra la cual hubo de apelar, al margen de que en la Fiscalía a su cargo se hubiera designado al doctor González Sánchez- no afectaba la competencia funcional que todavía conservaba en el conocimiento del asunto y por ende no es susceptible del más mínimo reproche, como quiera que su intervención no cesó ipso facto con la expedición de la citada Resolución, sino hasta el momento en que interpuso el recurso de hecho, máxime cuando -según se dejó reseñado- el doctor González Sánchez solamente hubo de intervenir hasta el 26 de septiembre posterior cuando solicitó fotocopias de lo actuado a partir de la propia sentencia de primer grado, para interponer la tutela y retomar desde

dicho momento su participación procesal.

El cargo, desde luego, no prospera.

Demanda a nombre de los procesados EDUARDO JOSÉ CASTILLO POVEDA, ROBERTO LLANOS PERALTA, BEATRIZ CHING SUNG, EDGAR CALDERÓN BALDOVINO Y RAÚL RODRÍGUEZ HERAZO.

Primer cargo

Acusa el defensor conjunto de los procesados CASTILLO POVEDA, LLANOS PERALTA, CHING SUNG, CALDERÓN BALDOVINO Y RODRÍGUEZ HERAZO, haberse proferido la sentencia dentro de un proceso viciado de nulidad por vulneración del derecho de defensa.

El argumento en que sustenta las distintas irregularidades que con base en este postulado presenta el actor, resalta el hecho de haber sido acusados los procesados por un delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación tipificado en el Código Penal de 1.980 y sin embargo condenárseles por el de abuso de confianza calificado y agravado, previsto por la Ley 599 de 2.000, toda vez que para el actor el juez de conocimiento no informó sobre la “reapertura del proceso”, ni se les dio traslado para alegar en la apelación y así tampoco se les brindó la oportunidad de confrontar probatoriamente el nuevo delito que les fue imputado.

Ciertamente, como lo anota el actor, mediante resoluciones fechadas el 15 de febrero y 29 de septiembre de 1.999, en primera y segunda instancia, la Fiscalía Veintisiete Seccional y Cuarta Delegadas ante los Juzgados del Circuito y el Tribunal Superior de Barranquilla, respectivamente, acusaron a los procesados por el delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación, al tiempo que mediante fallo del 7 de diciembre de 2.001, al revocar la decisión de primera instancia, el Tribunal Superior los condenó por el delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 250 del actual

Estatuto punitivo.

El actor se ha referido, con notable desapego a la técnica del recuso extraordinario cuando de la causal tercera de casación se trata, a diversas situaciones que conllevarían la vulneración del derecho de defensa, que han debido consiguientemente merecer un planteamiento independiente, a pesar de que todas ellas dicen tener por fuente u origen el hecho de finalmente la sentencia condenatoria haberse proferido por el delito de abuso de confianza, cuando otra distinta fue la conformación el pliego de cargos.

Cotejada la descripción típica del delito de peculado por extensión en la modalidad imputada a los procesados con la de abuso de confianza en la regulación actual, es un incontrovertible hecho que no existen diferencias estructurales que conduzcan a afirmar que la imputación de esa conducta bajo la nueva denominación jurídica implique modificar los supuestos de la acusación, o presente limitaciones para el ejercicio del derecho de defensa, o genere por tal motivo inconsonancia entre el pliego de cargos y la sentencia condenatoria.

A este respecto basta señalar, como así lo ha destacado la doctrina de la Corte, que en relación con el delito de peculado por extensión no es que el Código Penal contenido en la Ley 599 de 2.000 hubiera propendido por su despenalización y consiguientemente que la conducta constitutiva de dicho punible hoy por hoy deba predicarse como atípica, pues en realidad se trató de adecuar en forma más sistemática ese modelo comportamental ubicándolo dentro de los atentados al patrimonio económico que afectan intereses del Estado.

En efecto, la doctrina de la Sala tuvo oportunidad de precisar en la sentencia del 11 de marzo de 2.003, Casación 16.188 y con ponencia del Magistrado Edgar Lombana Trujillo:

“El Código Penal vigente, Ley 559 de 2000, dejó de considerar el peculado por extensión como un delito autónomo atentatorio contra la administración pública, pues reservó el tipo de peculado únicamente para cuando es cometido por servidores públicos; y, en cambio, ubicó esa conducta, cuando es cometida por un particular, en los delitos contra el patrimonio económico, como circunstancia agravante del abuso de confianza calificado. Obsérvese:

El artículo 249 del nuevo Código Penal establece:

“Abuso de confianza. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o encargado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Por su parte, el artículo 250 ibídem establece el tipo de abuso de confianza calificado, indicando que la pena será de tres (3) a seis (6) años, y la multa de treinta (30) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la conducta se cometiere:

...

“3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.”

Además, el artículo 267 de nuevo régimen penal, que estipula las circunstancias genéricas de agravación punitiva para los delitos contra el patrimonio, indica que las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando la conducta se cometa:.. “2. Sobre bienes del Estado.”

Aunque el abuso de confianza calificado es un delito contra el patrimonio, sin dificultad

se entiende que la conducta es pluriofensiva cuando recae sobre bienes del Estado.

La exposición de motivos del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), contenida en el oficio del 4 de agosto de 1998, que el Fiscal General de la Nación envió al Presidente del Senado de la República, cuyo texto fue publicado por la Fiscalía, corrobora que el peculado por extensión definido en el artículo 138 del anterior Código Penal, corresponde en la nueva normatividad al abuso de confianza calificado:

“Se creó el delito de Abuso de confianza calificado -art. 243- que además de contener las dos circunstancias de agravación punitiva señaladas en la vigente normativa para el abuso de confianza, se incluyó aquellos comportamientos que en la actualidad conforman el reato de peculado por extensión, pues sin duda alguna se trata de un verdadero abuso de confianza defraudatorio del patrimonio económico del Estado, sin relación alguna con la función pública.”

...

“El llamado actualmente peculado por extensión se consagró como un tipo autónomo denominado abuso de confianza calificado tal como se explicó en el acápite correspondiente.”

Encuentra por ello la Sala pertinente evocar las razones expuestas por la Procuradora Delegada para aunar en la negativa a los postulados del reproche cuando puntualmente señala:

“Por consiguiente, tratándose de la misma conducta ontológicamente considerada, la Delegada cree que no es posible alegar vulneración del derecho de defensa, como equivocadamente lo hace en este caso el demandante, en tanto que los hechos y circunstancias plasmados en la acusación de ningún modo fueron variados durante el juicio, y ellos precisamente fueron el fundamento de la sentencia de condena, de

conformidad con los artículos 250 y 267 del nuevo Código Penal.

La defensa en ningún momento fue sorprendida, toda vez que la descripción de ambos tipos penales (peculado por extensión y abuso de confianza calificado) contiene los mismos elementos fácticos y jurídicos, lo cual significa que el núcleo de la acusación se mantuvo. El cambio fue simplemente nominativo y de reubicación en el bien jurídico protegido, habida cuenta de que el particular que se apropia de bienes del Estado no infringe por ese sólo hecho la relación funcional o los deberes de lealtad con la administración pública que son propios del servidor público.

De manera que al no haber existido ningún vicio en el acto de calificación jurídica de los hechos investigados, esa relación procesal no puede ser invalidada por el mero hecho de que por razones de técnica legislativa posteriormente fue cambiado el nombre jurídico de la conducta punible atribuida a los procesados, pues habiéndose conservado el núcleo de su descripción típica, como lo dijo el Tribunal, cuando la defensa material y técnica discutió y contradijo la acusación por el peculado por extensión, también lo hizo por el abuso de confianza calificado y, además, las nuevas disposiciones resultan punitivamente más favorables a los procesados.”

Adujo el actor que el juez tercero penal del circuito no informó sobre la “reapertura del proceso”, en lo que debe colegirse referido a no haber dado traslado a los no recurrentes sobre el recurso de apelación que en virtud del amparo constitucional se ordenó tramitar. Para demostrar lo infundado de esta tacha, basta con observar la constancia secretarial vista al folio 151 del cuaderno No. 5 cuyo texto ilustra sobre el cumplimiento de la ritualidad propicia a la garantía del derecho de defensa a que alude el censor.

Allí se anota:

“En cumplimiento a lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, se corre traslado a los no

apelantes, por el término de seis (6) días del 11 de enero al 18 de enero del cursante año. Lo anterior en cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Suprema e justicia, SALA DE CASACIÓN PENAL”.

Segundo cargo

El argumento del demandante a través de este cargo por la vía directa de violación intentado parte del supuesto de haber dejado de ser delito la conducta de los particulares lesivas de bienes del Estado, en los términos en que los modelos de este comportamiento punidos como peculado en los atentados contra la administración pública lo preveía el artículo 138 del Código Penal de 1.980, al no haberse reproducido su texto en la Ley 599 de 2.000, de modo tal que al dejar de ser punible, según este planteamiento, debería decretarse la cesación de todo procedimiento.

Pues bien, ostensible que en el fondo la proposición inmersa en este planteamiento, es reiterativa en considerar que la conducta de peculado por extensión ha quedado despenalizada en el Código actualmente vigente cuando ya -con creces- la Corte ha definido este aspecto, recabado a través de las propias motivaciones que la modificación legislativa tuvo.

La conducta descrita y sancionada como peculado por extensión -según queda visto, entonces- fue recogida en prácticamente su exacto contenido y alcance por el punible de abuso de confianza calificado y agravado en los términos de la sentencia.

Sobre esta base, desde luego, carece del más mínimo fundamento la pretensión del casacionista de consolidar el reconocimiento de que la conducta por la cual fueron acusados los procesados -constitutiva del atentado a la administración pública- haya dejado de ser delito en el nuevo estatuto penal, como que, según lo visto, simplemente ha tenido una modificación en el sistema, siendo ahora un atentado al patrimonio económico directo o indirecto a bienes del Estado.

Observa la Procuradora Delegada que, sin embargo, podría asistirle razón al libelista en el argumento también expuesto referido a la aplicación favorable que, pese a retomar la descripción típica de la conducta objeto de reproche de la nueva codificación (Ley 599 de 2.000), como abuso de confianza calificado, según las previsiones del artículo 250 y 267.1°, la multa está prevista con menos rigor en el texto del artículo 133 del Código Penal de 1.980 (modificado por el artículo 2° de la Ley 43 de 1.982), aplicable habida cuenta que los hechos se consolidaron durante los años de 1.989 y 1.990, pues la sanción original era de veinte mil a dos millones de pesos, en lugar de la contenida en la nueva Ley, de 30 a 500 salarios mínimos legales mensuales.

En este sentido, ciertamente la Corte habrá de adecuar la pena pecuniaria a la norma que, en efecto referida por el Ministerio Público resulta favorable, en cuanto indudablemente comporta unos límites menos restrictivos que los erradamente fijados por el ad quem; y en esa medida, se tendrá entonces el límite señalado y con fundamento en los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal estima la Corte que tal sanción debe fijarse en cien mil pesos (\$100.000.00) por corresponder proporcionalmente a las circunstancias referidas a la gravedad de la infracción, a la cuantía de los recursos apropiados y a la utilidad de los mismos, según se señaló en el fallo recurrido.

No sucede lo mismo en relación con la pena de prisión, respecto de la cual la Procuradora solicita la oficiosa aplicación del artículo segundo de la Ley 43 de 1.982, pues yerra en primer término en relación con los límites, toda vez que los de éste estaban fijados entre 4 y 15 años, mientras que los del ad quem certeramente determinados con base en los artículos 250 y 267 de la Ley 599 de 2.000 se hallan entre 4 y 9 años.

Diferente es -como parece exponerlo la Delegada- que tácitamente considere que el sistema de individualización de la pena más favorable resultaba ser el previsto en el anterior ordenamiento y no el de cuartos a que se refiere el artículo 61 de la actual

codificación, pero parte el Ministerio Público de estimar erradamente como circunstancias de mayor punibilidad aquellos elementos fundadores de la pena que si bien tuvo en cuenta el ad quem, no constituyen en términos del artículo 58 de la citada ley, circunstancias de mayor punibilidad, pues si el Tribunal para efectos de dicha tasación tuvo en cuenta “la gravedad de la infracción determinada por lo cuantioso de los recursos apropiados y la utilidad social de los mismos, así como la continuidad y persistencia del dolo en la realización de la conducta”, estos aspectos obedecen es a aquellos elementos que el juzgador debe sopesar una vez ha establecido el cuarto o cuartos dentro de los que ha de imponer la sanción y que en términos del artículo 61 se definen como “La mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”.

No existiendo, por tanto, circunstancias de mayor punibilidad, el juzgador podía moverse -si aplicaba el sistema anterior- entre 4 y 9 años, o entre 48 y 63 meses, de acudir al método vigente, por ser éste el cuarto mínimo. En esa medida, diríase que resulta más favorable el sistema de individualización actual, porque el máximo punitivo no podría ser superior a 63 meses y como la pena fue impuesta en cantidad de 62 meses, es evidente que resulta no sólo legal, sino adecuada a la clase de conducta juzgada y a los demás elementos ya descritos, sin que pueda entenderse cuál la razón en contraposición a la manifestada por el ad quem, para que en consideración de la Procuradora, el mínimo punitivo sea sólo aumentado en 10 meses.

Tercer cargo

También es formulado por la vía directa de violación a la ley sustancial, acusando indebida aplicación del artículo 267 del Código Penal de 2.000, a través de un confuso argumento según el cual no podía el juzgador aplicar el numeral segundo del citado artículo que

agrava el abuso de confianza cuando la conducta recae “sobre bienes del Estado”, en la medida en que el artículo 250 que contempla el delito de abuso de confianza calificado ya prevé esa circunstancia como supuesto típico de la conducta.

Es sofisticado e inconsulto de la realidad el argumento expuesto por el censor, si se toma en cuenta que en ningún momento el sentenciador dedujo recaer la conducta sobre bienes del Estado, pues fue en razón de la cuantía del delito (\$185 millones para los años de 1.989 y 1.990), que justificaban, desde luego, la imputación de la específica agravante del artículo 267 pero en su primer numeral, advirtiendo la sentencia, contrariamente a lo expuesto por el censor que “aunque en últimas el perjudicado con la infracción es el Estado no es posible considerar esta circunstancia para la configuración de la agravante del numeral 2 pues la prohibición del ne bis in idem impediría volver a valorar este elemento para deducir, por el mismo factor, un elemento del tipo y una agravante, al paso de que nominalmente el Estado había trasferido el dinero para que se realizaran los auxilios”, descartando, en forma expresa por demás, como se ve, la circunstancia del numeral 2° del artículo 267, sin que, como en forma evidentemente infundada aduce el actor, dicho precepto debiera aplicarse integralmente, como que cada una de las agravantes son independientes.

Por ende, suprimir el incremento punitivo sobre el insólito supuesto de no concurrir la segunda causal que agrava la pena contemplada por el artículo 267 en mención, cuando se dedujo la primera de ellas y por tal camino suponer prescrita la pena, en una aplicación retroactiva del actual Código Penal es, desde luego, inadmisibles, debiendo denegarse la prosperidad del cargo.

En razón y mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º. CASAR parcialmente el fallo recurrido, en cuanto hace a la pena de multa impuesta a los procesados ANTONIO JOSÉ TABORDA CASTILLO, EDUARDO JOSÉ CASTILLO POVEA, ROBERTO LLANOS PERALTA, BEATRIZ CHING SUNG, EDGAR CALDERÓN BALDOVINO y RAÚL RODRÍGUEZ HERAZO en cuantía equivalente en 80 salarios mínimos mensuales y en su lugar determinarla en cuantía de cien mil pesos (\$100.000).

2º. En lo demás la sentencia queda incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN Excusa justificada
Comisión de servicio

MARINA PULIDO DE BARÓN
MILANÉS

JORGE LUIS QUINTERO

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria