

Proceso No 24894

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 42

Bogotá, D. C., cuatro de mayo de dos mil seis.

VISTOS

Sería del caso que la Corte se pronunciara en relación con el aspecto formal de la demanda de casación instaurada por el defensor de RUDESINDO OSPINA FONSECA, contra el fallo de segundo grado proferido el 16 de diciembre de 2004 por el Tribunal Superior de Cartagena, que confirmó la condena de 48 meses de prisión, multa en cuantía de 100 s.m.l.m.v. y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 5 años impuesta al citado procesado, entre otros, por el Juzgado Único Penal del Circuito de Mompox en sentencia del 25 de septiembre de 2001 al hallarlo incurso en la conducta punible de Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos, tipificado en el Art. 403 de la Ley 599 de 2000, si no fuera porque advierte la viabilidad de declarar prescrita la acción penal en razón del presente asunto.

ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

Fueron condensados fielmente por el Tribunal, en la siguiente forma:

“El presente proceso se inició con fundamento en la denuncia instaurada en el año 1992 por el señor ULFRAN TOLOZA CABARCAS, en su calidad de ciudadano perteneciente al municipio de San Martín de Loba (Bolívar), mediante la cual pone en conocimiento de las autoridades competentes el hecho de que varios funcionarios de la administración local, venían haciendo entrega de dineros del erario público a terceras personas, debido, al parecer, al inadecuado manejo del presupuesto municipal y a contrataciones sin el lleno de los requisitos legales, utilizando como escudo protector el Acuerdo 035 del 5 de diciembre de 1989, expedido por el Concejo Municipal de San Martín de Loba que permitía al Alcalde pagar a personas naturales o jurídicas que vendieran oro a nombre de dicho municipio el cincuenta por ciento (50%) del valor de los ingresos provenientes de las regalías auríferas, los cuales debían ser destinados al fomento minero y la conservación ecológica, aún ante la existencia de un Acuerdo, el 011 del 21 de febrero de 1992, que derogaba aquel, pues una vez expedida la Constitución de 1991, en su artículo 355 inciso 1° prohibía decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, quedando demostrado por las autoridades que varias de las personas favorecidas con las donaciones no tenían la calidad de mineros de esa zona.

“Para la época comprendida de junio 1° de 1991 al 31 de mayo de 1992, desempeñaba el rol de Alcalde de San Martín de Loba, RUDESINDO OSPINO FONSECA, quien con anterioridad a las fechas anotadas en su condición de concejal de dicha municipalidad fue ponente del proyecto que dio nacimiento al Acuerdo 035 de 1989 y posteriormente como suprema autoridad local, ante la insistencia del nivel central -Ministerio de Minas-, se vio avocado a presentar el proyecto de derogatoria del referido Acuerdo, aprobándose el mismo a través del Acuerdo 011 del 21 de febrero de 1992; pero aún así continuó ordenando los pagos a terceros, beneficiando entre otros a Alfonso Celis Fraija, Hugo Barrientos Tobón y Rodrigo Fernández López. Así mismo efectuó OSPINO FONSECA contratos de alcantarillado sanitario y laguna de estabilización de dicho municipio, la construcción de un tanque elevado, sin el lleno de las formalidades legales y sin la

existencia de disponibilidad presupuestal para el cubrimiento de dichos gastos utilizando para ello recursos destinados para otros fines.

“Una vez que el asunto pasó a manos de la fiscalía veinticinco de Mompox por competencia, se vinculó mediante indagatoria a RUDESINDO OSPINO FONSECA, funcionario que al momento de resolver la situación jurídica del sindicato se abstuvo de dictar medida de aseguramiento en su contra por no reunirse en esa oportunidad los requisitos para ello. Sin embargo ante las diversas denuncias e investigaciones que cobijaban tanto a los ediles de la plurimencionada municipalidad como funcionarios de la administración tales como personeros, contralores y el Alcalde OSPINO FONSECA, la Dirección Nacional de Fiscalías ordenó remitir los expedientes referidos, por conexidad, a la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bucaramanga a fin de que fueran tramitados bajo una misma cuerda, correspondiendo su conocimiento a la Fiscalía Quinta de dicha unidad, procediendo a resolver la situación jurídica de OSPINO FONSECA con medida de aseguramiento de detención preventiva por las conductas punibles de Peculado por apropiación agravado en razón de la cuantía, prevaricato por acción, Peculado por aplicación oficial diferente en concurso con Celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.

“La Fiscalía Quinta delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bucaramanga (...) culminó la etapa de instrucción con la calificación de la etapa sumarial, dentro de la cual se profirió resolución de acusación contra OSPINO FONSECA por la conducta punible de peculado por apropiación en beneficio de terceros, y se precluyó respecto de los demás comportamientos delictuales endilgados, por prescripción de la acción penal. -Resta agregar, advierte la Sala, que conforme a la reseña procesal de autos dicha determinación se profirió el 25 de junio de 1999, de cuya apelación conoció la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de la ciudad en mención, impartiéndole confirmación por la suya del 18 de febrero de 2000 (Fls. 62, cuaderno de la citada Corporación, en la sentencia acusada)-.

“Recibido el proceso por el Juzgado Único Penal del Circuito de Mompox, se le imprimió al asunto el trámite legal de rigor, para preparar la audiencia pública, solicitar pruebas y las nulidades originadas en la etapa de instrucción; realizándose posteriormente la diligencia de juzgamiento, cuya etapa culminó con el proferimiento de sentencia condenatoria de fecha 25 de septiembre de 2001, encuadrando el comportamiento delictual de RUDESINDO OSPINO FONSECA, ante el análisis de la situación fáctica en el tipo penal denominado ‘Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos’, tipo penal que se encuentra dentro del mismo capítulo de los delitos contra la administración pública con una dosificación punitiva más benévola, actuación que en modo alguno vulneraba las garantías de congruencia pues se degradaba la acusación (...)”

Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor de OSPINO FONSECA interpuso recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue presentada dentro del término legal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En virtud de la decisión que con ocasión del presente asunto debe adoptar la Corte, conviene recordar que si, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala, la calificación impartida en la resolución acusatoria, no obstante su naturaleza provisional, adquiere la categoría de ley del proceso en cuanto que es a partir de su proferimiento cuando el procesado obtiene la certeza acerca del cargo o cargos de los cuales debe defenderse en desarrollo del debate en el juicio -derecho fundamental que el Estado está en la obligación de garantizar-, sin embargo esa actividad defensiva sólo se materializa con la declaración judicial pertinente contenida en la sentencia dictada en las instancias.

De ahí que, también lo ha dicho la Corte y ahora lo reitera, es la imputación penal hecha en

los fallos de instancia con carácter de definitiva, ya sea porque guarde correspondencia con el pliego de cargos, ora porque implique degradación de la responsabilidad penal, la que permite establecer el término prescriptivo de la acción penal.¹

2. En la calificación sumarial impartida por resolución del 25 de junio de 1999, la Fiscalía 5ª Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bucaramanga acusó a RUDESINDO OSPINO FONSECA, se repite, por la conducta punible de peculado por apropiación en beneficio de terceros, la cual confirmó la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de dicha ciudad por la suya del 18 de febrero de 2000 al desatar la alzada que contra la misma se interpuso.

Dicha imputación, sin embargo, fue objeto de degradación en la sentencia de primera instancia del 10 de septiembre de 2001, al estimar el Juez Penal del Circuito de Mompox que los hechos atribuidos al procesado se adecuaban al tipo penal descrito en el Art. 139A del C. Penal de 1980, adicionado por el 5º de la Ley 366 de 1997 -normatividad vigente para la época de los acontecimientos- con la denominación de Delito contra el patrimonio público.

Luego, entonces, el límite punitivo máximo establecido como sanción para dicha delincuencia en el tipo penal violado, será el que determine el acaecimiento del fenómeno prescriptivo conforme con lo reseñado en el pronunciamiento del que con antelación se hizo mérito, como quiera que la decisión del A-Quo finalmente fue convalidada por el Tribunal Superior de Cartagena al conocer de la apelación del fallo de primer grado, como seguidamente se verá.

Ciertamente, en acatamiento al principio de favorabilidad, el juez de la causa advirtió que con la modificación del proceso de adecuación típica inicialmente realizado por la Fiscalía, los hechos constitutivos de delito en el citado Art. 139A del estatuto penal sustantivo derogado fueron recogidos en el Art. 403 de la Ley 599 de 2000, bajo el

nomen iuris de “Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos”, comportamiento reprimido con pena corporal más benigna que en la anterior codificación, pues mientras que ésta establecía para sus infractores sanción de prisión de 2 a 10 años, la legislación penal sustantiva en vigor le asigna a dicha conducta una pena que oscila entre 2 y 5 años de prisión; amén de que en aquella, la inhabilitación para el desempeño de derechos y funciones públicas era indeterminada, en tanto que en ésta es de 5 años. La pena pecuniaria de multa no sufrió variación alguna, puesto que en ambas legislaciones se determinó en una suma que va de los 100 a los 500 s.m.l.m.v.

Así las cosas, atendiendo a esos parámetros de favorabilidad, el Juez Penal del Circuito de Mompox le impuso a OSPINO FONSECA condena de 48 meses de prisión, multa en un monto equivalente a 100 s.m.l.m.v., e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 5 años, decisión que, como ya se anunció, fue confirmada por el Ad-Quem mediante fallo del 16 de diciembre de 2004.

3. Pues bien, definido como se tiene por la Corte que es el tipo penal por el que finalmente se profirió el fallo en las instancias, “con las circunstancias específicas declaradas” en el mismo, el que permite determinar el lapso en que opera la prescripción de la acción penal -en el presente caso el de 5 años establecido como tope máximo punitivo para el delito por el que se profirió condena en contra del procesado OSPINO FONSECA, incrementados en 1/3 parte por tratarse de un servidor público, es decir, 6 años y 8 meses-; deviene incuestionable que conforme a lo normado en los Arts. 83, 84 y 86 del C. Penal el mentado fenómeno en este asunto se consumó, inclusive, desde antes de que la resolución acusatoria cobrara ejecutoria.

En efecto, desde la fecha de perpetración de la conducta que se le endilga al acusado -29 de mayo de 1992 cuando aún en su condición de alcalde de San Martín de Loba ordenó el pago de \$33'338.713.00 a través del Tesorero Municipal, a Alfonso Celis Fraija por

concepto de regalías auríferas, no empece que el Acuerdo 035 del 5 de diciembre de 1989 que así lo permitía ya había sido derogado por su homólogo 011 del 21 de febrero de 1992-, la Fiscalía contaba con 6 años y 8 meses para haber expedido el pliego de cargos pertinente debidamente ejecutoriado.

Si la resolución de acusación proferida en razón de este proceso tan sólo cobró firmeza el 18 de febrero de 2000, como con anterioridad se dejó dicho, es evidente que para tal momento la acción penal se hallaba prescrita “en virtud de los efectos retrospectivos que tiene la fijación definitiva del tipo penal que se hizo en el fallo de primera instancia”² -confirmado por el Tribunal, se agrega-, en la medida en que ya habían transcurrido poco menos de 8 años, exactamente, 7 años, 10 meses y 18 días, es decir, un tiempo superior a los 5 años establecidos como pena máxima en la disposición penal infringida, aumentados en una tercera parte -6 años y 8 meses, se reitera-, dada la calidad de servidor público del sentenciado.

Por consiguiente, a la Sala no le queda alternativa distinta a reconocer que por el simple transcurso del tiempo el Estado ha perdido su potestad punitiva en relación con este asunto, por lo que así lo reconocerá decretando la extinción de la acción penal por prescripción respecto del sentenciado RUDESINDO OSPINO FONSECA, previa revocatoria de la condena impuesta en su contra y la consecuente declaratoria de cesación de todo procedimiento criminal, conforme con lo establecido en el Art. 39 del C. de P. Penal. Como consecuencia de la decisión, se cancelarán las medidas restrictivas personales o sobre bienes, que se hayan impuesto al procesado.

OTRAS DECISIONES

1. A voces del Art. 229 del C. de P. Penal, los efectos de las decisiones adoptadas con motivo del recurso extraordinario de casación, se hacen extensivas a los no recurrentes.

Pues bien, al proceso al que se viene aludiendo, también fueron vinculados los

ciudadanos ÓSCAR ARTURO CENTENO ROJAS, JUAN DE DIOS BARROS MARTÍNEZ y ERASMO ARDILA HERRERA, por lo que se torna menester dilucidar si hay lugar a que el juicio de reproche que en contra de cada uno de ellos se formuló en las instancias, deba correr la misma suerte de la decisión de condena proferida respecto de OSPINO FONSECA.

1.1. Al primero, en su condición de Alcalde de la citada población de San Martín de Loba en el período comprendido entre el 1° de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994, se le condenó como responsable de las conductas punibles de destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos, sancionado en el Art. 403 de la Ley 599 de 2000, como ya se dijo, con pena de prisión de 2 a 5 años; peculado por aplicación oficial diferente, cuya pena en el Dto. 100 de 1980, Art. 136, era de 6 meses a 3 años de prisión; prevaricato por acción, reprimido en el Art. 149 de esta misma codificación con prisión de 1 a 5 años; y celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tipificado y sancionado en el original Art. 146 del C. Penal de 1980 con prisión de 6 meses a 3 años.

En suma, a CENTENO ROJAS se le condenó por sus ilícitos proceder a purgar pena de 8 años y 6 meses de prisión, multa por valor equivalente a 120 s.m.l.m.v., e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

1.2. BARROS MARTÍNEZ como tesorero municipal de San Martín de Loba, fungió del 11 de junio de 1999 al 31 de diciembre de 1994. Fue declarado incurso en los delitos de destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos y peculado por aplicación oficial diferente, en concurso, razón por la cual se le condenó a 6 años de prisión, 120 s.m.l.m.v. a título de multa, e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 6 años.

1.3. Finalmente, si bien en la parte resolutive de la sentencia cuestionada no se dijo por cuál delito se le impusieron a ERASMO ARDILA HERRERA 42 meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, en la dispositiva claramente quedó establecido que como Contralor del municipio de San Martín de Loba entre el 5 de septiembre de 1991 y el 10 de enero de 1995, omitió cumplir actos propios de sus funciones, en cuanto no ejerció “vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación”, propia del cargo que desempeñaba para la época de los acontecimientos.

En consecuencia, se adecuó su comportamiento al tipo penal de prevaricato por omisión previsto en el original Art. 150 del C. Penal de 1980, vigente al tiempo de los hechos, conducta reprimida con pena de prisión de 1 a 5 años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término, sanciones más benignas que las establecidas en los Arts. 28 y 29 de la Ley 190 de 1995 y 414 de la Ley 599 de 2000.

2. Vistas así las cosas, dentro del plazo con el que contaba la Fiscalía para afectar a los sentenciados citados en precedencia con resolución de acusación debidamente ejecutoriada -6 años y 8 meses-, profirió el respectivo pliego de cargos en relación con cada uno de ellos, si en cuenta se tiene que las conductas punibles que se les imputa fueron ejecutadas: Por CENTENO ROJAS, entre el 1° de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994; por BARROS MARTÍNEZ, entre el 11 de junio de 1999 y el 31 de diciembre de 1994; y ARDILA HERRERA, entre el 5 de septiembre de 1991 y el 10 de enero de 1995. Término aquel que tampoco se ha cumplido, una vez operada la interrupción y suspensión de dicho lapso prescriptivo, acorde a lo normado en el Art. 86 del C. Penal.

Por manera que, bajo las anteriores premisas, la determinación que ha de adoptarse en relación con OSPINO FONSECA no se hace extensiva a quienes fueron sus compañeros de causa.

En mérito a lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. Declarar prescrita la acción penal respecto de la actuación adelantada contra RUDESINDO OSPINO FONSECA, por el delito de Destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos.
2. Como consecuencia de lo anterior, se ordena la cesación de todo procedimiento criminal seguido contra OSPINO FONSECA en razón de este asunto.
3. Del mismo modo, se ordena cancelar las órdenes restrictivas personales o sobre bienes que se hayan impuesto al procesado en virtud de este proceso.
4. Contra este auto procede el recurso de reposición

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Salvamento de voto

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN
QUINTERO MILANÉS

JORGE LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Cfr. Auto de abril 9 de 1999, Rdo. 13.165.

2 Cfr. Sentencia de casación del 26 de enero de 2006, Rdo. 24.153.