

Proceso No 25767

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente

MARINA PULIDO DE BARÓN

Aprobado Acta No. 099

Bogotá, D. C., septiembre veinte (20) de dos mil seis (2006)

VISTOS

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de ANDRÉS FELIPE LÓPEZ HURTADO contra la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2005 por el Tribunal Superior de Popayán.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En un proceso de jurisdicción coactiva que adelantaba la DIAN contra Antonio Ordóñez Aragón, el deudor solicitó que se sustituyeran los bienes que estaban afectados con medidas cautelares. Ante su insistencia para que se atendiera la petición, ANDRÉS FELIPE LÓPEZ HURTADO, funcionario de la DIAN, le exigió la suma de cinco millones de pesos para cambiar la garantía y tener por tal una cosecha de café, como lo pedía el señor Ordóñez.

Para reclamar parte del dinero, el 26 de junio de 1998 LÓPEZ HURTADO envió a la residencia de Ordóñez Aragón a Gerardo Amado Yáñez López, quien capturado en el

instante por efectivos del DAS previamente alertados sobre el particular, informó que actuaba por encargo de aquél.

Por estos hechos, calificados por la fiscalía seccional de Popayán como concusión, fue acusado el señor LÓPEZ el 22 de marzo de 2001 y condenado el 18 de mayo de 2005 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad a 50 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y multa por valor equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales.

La sentencia, impugnada por el defensor, fue modificada por el Tribunal Superior en la fecha que se dejó indicada, en el sentido de declarar la responsabilidad por el delito de cohecho impropio, en lugar de la concusión, y fijar las penas en 38 meses de prisión, multa por 53.5 salarios mínimos mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privación de libertad.

LA DEMANDA

Tres cargos formuló el defensor contra la sentencia de segunda instancia:

El primero, por violación indirecta de la ley sustancial debido al error de derecho que por falso juicio de legalidad cometió el juzgador al apreciar una grabación manipulada pues, de acuerdo con el dictamen rendido por el C. T. I., “la cinta magnetofónica se encuentra adherida en una parte con cinta transparente”.

Si el Tribunal hubiese tenido en cuenta las irregularidades que afectaban la validez de la prueba y la hubiera desechado, la falta de certeza para condenar habría dado lugar forzosamente a una sentencia absolutoria.

El segundo cargo lo formuló al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial debido al falso juicio de existencia por

omisión, por no haberse apreciado la prueba que confirmaba las irregularidades respecto de la grabación magnetofónica.

En desarrollo del cargo, afirma que no se valoró lo dicho por el procesado en la ampliación de indagatoria, cuando al exhibírsele la transcripción de la conversación grabada, manifestó que esa reproducción era parcial porque se suprimieron algunos apartes “para hacer de que yo hubiese llegado a un supuesto trato con el señor ANTONIO ORDOÑEZ”.

Tampoco se apreciaron los testimonios de los detectives del DAS Mauricio Aurelio Botina, quien admitió que la transliteración no había sido íntegra porque había partes que no se entendían y otras que no eran de interés para el procedimiento porque nada tenían que ver con el tema que se investigaba; y Mario Germán Carrillo, quien dijo que no sabía decir si la transcripción de la cinta se hizo en su totalidad.

Se omitió valorar igualmente el dictamen relacionado con la grabación, en el que se dice que el microcasete No. 1 presenta deficiencias técnicas de grabación y el No. 2 defectos físicos que afecta lo registrado en la cinta, agregando que ésta “se encuentra adherida en una parte con cinta transparente”.

Tampoco se apreció el testimonio que con posterioridad al dictamen rindió el agente Botina, en el que se refiere a los defectos que presentaba la grabación.

Lo mismo ocurrió con los documentos que se aportaron sobre las técnicas de negociación autorizadas en la DIAN para persuadir a los contribuyentes para que suscriban acuerdos de pago, que fue precisamente lo que hizo el procesado, actuación que hubiera quedado plenamente demostrada con la conversación que se grabó si ella no hubiera sido mutilada.

Comenta, finalmente, que la prueba de cotejo de voz ordenada por la fiscalía no se

practicó, de manera que hasta ahora no se ha establecido inequívocamente que uno de los interlocutores de la conversación grabada sea el procesado. Además, que la fiscalía admitió en la audiencia pública la validez de los cuestionamientos hechos a la prueba fílmica y a las grabaciones.

Concluye el demandante que si no se hubiesen ignorado las pruebas indicadas, el Tribunal habría tenido qué desechar la grabación de la que infirió la existencia de un acuerdo y, por lo tanto, el fallo habría sido de carácter absolutorio.

El tercer cargo se formuló también al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, por falso juicio de existencia en la valoración de una prueba que de haber sido apreciada hubiese permitido demostrar las contradicciones en que incurrió el testigo Gerardo Amado Yáñez López.

El primer medio de convicción que señala como omitido consiste en la indagatoria rendida por el señor Yáñez López, en la que informa que cuando LÓPEZ HURTADO le pidió el favor de llevar unos formularios y recibir el dinero del señor Ordóñez se encontraba presente John Alberto Zúñiga y cuando recogió los documentos estaba Clara Inés Bayona.

En la declaración que rindió en el proceso disciplinario, agregó que en el momento de ofrecer sus servicios a LÓPEZ y éste encargarle la entrega de dos recibos oficiales y recoger el dinero, se hallaba Adiel Salazar.

Pero Zúñiga, Bayona y Salazar, cuyos testimonios no fueron apreciados por los juzgadores, negaron haber presenciado o escuchado lo anterior.

Adicionalmente, en la declaración rendida por Yáñez López en la audiencia pública, después de haber leído su indagatoria, incurrió en contradicciones, imprecisiones y vaguedades que favorecen al procesado, e inclusive afirmó no recordar haber señalado

que Zúñiga, Bayona y Salazar fueran testigos del encargo hecho por LÓPEZ.

Si los testimonios de estas personas, concluye el libelista, no hubieran sido ignorados por los falladores, la sentencia habría sido absolutoria dados los vicios que afectaban la credibilidad de las afirmaciones hechas por Yáñez López en contra de LÓPEZ HURTADO.

Finalmente, solicita que se declare la prescripción de la acción penal porque ha transcurrido un término superior a los 5 años exigido por el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Considera que si la pena máxima prevista para el delito de cohecho impropio es de 6 años de prisión, el plazo de prescripción es de 8 años efectuado el incremento de la tercera parte por tratarse de servidor público; de manera que en el juicio, interrumpido el conteo por la ejecutoria de la resolución de acusación, se contabiliza de nuevo por la mitad, esto es, 4 años. Pero como ninguna acción penal prescribe en menos de 5, este es el término que se debe observar. Cumplido como se encuentra, la prescripción debe ser declarada por la Corte.

Aclara que no presentó un cargo específico sobre este tópico, porque el fenómeno se produjo después de haberse dictado la sentencia de segunda instancia, de manera que no se puede considerar como un reproche que se formule en su contra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de abordar el estudio de los requisitos formales de la demanda, se pronuncia la Sala sobre la solicitud de prescripción de la acción penal que en el mismo escrito formula el defensor.

Para declarar su improcedencia, basta reiterar la posición mayoritaria de la Sala en torno

al entendimiento que cabe hacer del artículo 86 de la Ley 599 del 2000 en armonía con el inciso 5º del artículo 83 ibídem, tal como se expuso, por ejemplo, en la sentencia del 16 de febrero del 2005, radicado 15.212, en la que se dijo:

La jurisprudencia de la Sala no ha sido pacífica respecto a la temática de la prescripción de la acción penal en los delitos cometidos por servidores públicos, pues en vigencia del Código Penal de 1980 de manera reiterada la Corte sostuvo que el incremento del lapso descriptivo establecido por el artículo 82 del Código Penal para los casos en que el delito fuera cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones, del cargo o con ocasión de ellos tenía operancia tanto en la fase instructiva como en el juicio de manera autónoma, es decir, que interrumpido el término con la ejecutoria de la resolución de acusación, en el juicio volvía a contarse dicho lapso reducido a la mitad más la tercera parte.

Como fundamento de esta tesis se sostuvo que el artículo 82 del Código Penal no hacía distinción alguna para su aplicabilidad, que tal previsión correspondía a una razonable política criminal, al establecer el legislador un mayor lapso para investigar y juzgar a los servidores públicos que infringieran la ley, debido a las dificultades que en tales casos se presentan, a la necesidad de realizar una estricta investigación y un riguroso juzgamiento, que redundaran a su vez en una eficaz administración de justicia¹.

Con la promulgación del nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, surge una nueva postura mayoritaria de la Sala respecto a la interpretación y alcances del artículo 83 que condensa en una sola disposición los anteriores artículos 81, 82 y 83 del Código Penal de 1980. De manera que, analizado el artículo 83 junto con el 86 que establece que interrumpido el término prescriptivo con la ejecutoria de la resolución de acusación o su equivalente, éste volverá a contarse por un lapso igual a la mitad del fijado por aquél, la Sala recoge su postura anterior, para señalar mayoritariamente que producida la interrupción de la acción penal, el nuevo término debe hacer referencia al término

genérico del inciso 1º del artículo 83, sin que pueda tenerse en cuenta otros aspectos al no haberlo referido así la norma, es decir, que la prescripción señalada por el artículo 86 ibídem no está condicionada a ninguna de las circunstancias especiales aludidas por el artículo 83 ibídem que quedan reservadas de manera exclusiva para la etapa instructiva, por lo tanto, bastará el simple transcurso del tiempo señalado en el inciso 1º del citado artículo reducido en la mitad, lapso al cual queda entonces limitada la posibilidad de que el Estado a través de sus jueces ejerza la acción penal².

Sin embargo, tal interpretación fue modificada por la Sala en decisión del 25 de agosto de 2004 retomando la inicialmente expuesta, cuando al efectuar un nuevo análisis, en procura de un cabal entendimiento de las reglas de la prescripción que articule razonadamente el texto legal con los fines trazados por el constituyente y el legislador, de manera que los motivos de política criminal que justifican el incremento del término prescriptivo de la acción cuando en la ejecución de la conducta delictiva interviene un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo, o con ocasión de él se cumplan³. Luego, el lapso mínimo de prescripción de la acción penal ocurrirá en un lapso de 6 años y 8 meses tanto en la etapa instructiva como en la fase de juzgamiento.

Por lo tanto, como la resolución de acusación alcanzó ejecutoria el 10 de abril de 2001, es claro que el término de prescripción no se ha cumplido pues apenas se vencería el 10 de diciembre del 2007.

Con relación a la demanda, la Sala no la admitirá porque no cumple las exigencias mínimas que al efecto exige el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, por las siguientes razones:

1. En el primer cargo se denuncia la existencia de un falso juicio de legalidad porque el Tribunal apreció una grabación contenida en una cinta que aparecía adherida, dando por

probado el demandante que ese signo exterior hacía evidente que había sido manipulada, con lo que no sólo incurre en una petición de principio porque bien podría ser que el casete hubiera sido suministrado en esas condiciones al denunciante, sino que omite por entero referirse al contenido de la grabación para demostrar que en efecto presenta saltos o vacíos en temas sustanciales que impiden valorarla en su integridad.

Por lo demás, aún admitiendo la existencia del error de derecho invocado, el casacionista se limitó simplemente a expresarlo sin demostrar la incidencia del yerro en el sentido del fallo, tarea que debía llevar a cabo mediante una valoración integral de la prueba apreciada por los juzgadores, excluida la tachada, para acreditar que de no haberse valorado ésta, la sentencia forzosamente habría tenido que ser de carácter absolutorio.

2. En el segundo cargo, que tiene que ver igualmente con la grabación de la conversación sostenida entre el procesado y el denunciante pero esta vez porque no se apreció una prueba que confirmaría las irregularidades de la cinta, el censor confunde la grabación con su transcripción y el deterioro de la cinta con su manipulación, lo que le resta coherencia y contundencia al ataque.

En ese sentido, indica que se ignoró la afirmación que hizo el sindicato en la indagatoria sobre la transcripción fraccionada de la grabación que se le entregó para su lectura en la diligencia, pero no demuestra que en efecto aquélla estaba incompleta, que se trataba de partes sustanciales de la conversación, y mucho menos que esa circunstancia obedeciera a la manipulación de la cinta.

Agrega que no se apreciaron los testimonios de algunos agentes del DAS, en especial el de Mauricio Aurelio Botina, quien reconoció que la transliteración no había sido total porque unas partes presentaban defectos de audio y otras no eran importantes, cuestiones que evidentemente nada tienen que ver con la adulteración de la grabación.

Cuestiona que se hubiese omitido valorar el dictamen en el que se alude a deficiencias técnicas de la grabación y defectos físicos de la cinta, pero no vincula unas ni otros con la supuesta ilegalidad de la prueba, sin tener en cuenta que una cosa es que sea ilegal y otra que no se pueda apreciar por el deterioro que registra.

Adicionalmente repite que fue adherida con cinta transparente, sin añadir nada nuevo a la crítica que formuló sobre este punto en el anterior cargo, por lo que vale también acá lo dicho en precedencia.

Ninguna relación tiene con esta segunda censura, cuyo tema central -valga recordarlo- se refiere a las irregularidades de la grabación magnetofónica, que no se hubiesen apreciado unos documentos sobre técnicas de negociación vigentes en la DIAN para persuadir a los deudores, reclamo que debió presentarse con un desarrollo propio para demostrar que lo que muestra la grabación no es el acuerdo ilícito que parece contener, sino un ejercicio de convencimiento al deudor para que le cancele a la entidad las sumas debidas.

Y, para rematar la serie de desaciertos, por último el libelista pone en duda la autenticidad de la grabación y la identidad de los interlocutores, incurriendo en notoria contradicción con los ataques anteriores, incluido aquél en el que destaca la inconformidad del procesado porque la transcripción de la conversación no fue completa.

Así, es evidente que el recurrente no observa la exigencia contenida en el numeral 3º del artículo 212 del estatuto procesal, sobre la claridad y precisión que deben tener los fundamentos del cargo que se aduce.

Incumple también con el desarrollo adecuado de la censura, que le imponía -como

atrás se dijo- realizar un ejercicio de reconstrucción valorativa para insertar la que correspondía a estos medios de convicción en la apreciación de conjunto de la prueba realizada en las instancias, único medio viable para demostrar la incidencia del yerro en el sentido de la decisión.

En el tercer cargo, el impugnante hace patente su propósito de reiniciar la discusión probatoria concluida en las instancias, aunque limitada al mérito que dieron los falladores al testimonio de Gerardo Amado Yáñez López, cuyas contradicciones, incoherencias, imprecisiones y vaguedades -según dice- le restaban toda credibilidad.

Para ello acude al falso juicio de existencia porque, en su criterio, los jueces ignoraron las declaraciones de las personas que según Yáñez López estaban presentes cuando LÓPEZ HURTADO le pidió llevarle unos recibos a Ordóñez y recoger un dinero que éste le enviaría, pero se abstiene de examinar en su integridad el dicho del testigo para demostrar la incidencia del error de hecho atribuido a los falladores, lo que priva a la Corte de saber -por ejemplo- cómo la falta de confirmación de aquellos testigos sobre un aspecto incidental del testimonio termina por desvirtuar en su integridad el relato hecho por Yáñez López.

Todas estas razones son suficientes para que la Sala, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 212 ibídem, inadmita la demanda y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen porque, además, de la revisión integral que ha hecho del proceso no advierte que se hubiese violado ningún derecho fundamental del procesado que amerite la intervención oficiosa de la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del señor ANDRÉS FELIPE LÓPEZ HURTADO contra la sentencia dictada el 9 de noviembre de 2005 por el Tribunal Superior de Popayán.

Contra este auto no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN
BARÓN (salvamento de voto)

MARINA PULIDO DE

JORGE L. QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

(Casación 25767)

He salvado el voto porque estimo que se ha debido cesar el procedimiento por prescripción de la acción penal. En asuntos similares he dicho lo siguiente, que ahora repito:

No estoy de acuerdo con la última postura de la Sala, de acuerdo con la cual en el juicio, mínimo, la acción prescribe en seis años y ocho meses, cuando se trata de servidores del Estado involucrados en la ilicitud. Mantengo la opinión que plasmaba la Corte anteriormente.

En efecto, frente a funcionarios que delinquen en ejercicio de sus funciones, la acción penal prescribe en el máximo previsto en el tipo, aumentado en una tercera parte, operación aditiva que se hace desde el comienzo, inclusive en aquellos supuestos en los cuales el tope sancionatorio es inferior a cinco (5) años. Es decir, no se puede sectorizar el análisis para hacer uno en la instrucción y otro en el juicio.

En casos como este, los tres delitos de los cuales se habla (receptación -para la señora Navarro-, peculado y falsedad) estarían prescritos, si se tiene en cuenta que la acusación adquirió ejecutoria el 6 de mayo del 2000.

De otra parte, para recabar en lo mismo, no se puede olvidar lo siguiente:

Si los hechos ocurrieron mucho antes del 25 de agosto del 2004...fecha en la cual la Corte -en contra de los intereses de los procesados- cambió su criterio sobre la operación que se debe hacer para efectos de la prescripción de la acción, es apenas obvio que se ha debido resolver el punto con fundamento en la tesis judicial que por importante tramo acompañó el decurso del proceso y que resulte más benigna para el procesado.

Se hace esta precisión con fundamento en que, como frente a la ley, y con mayor razón, en todo caso se debe aplicar la jurisprudencia favorable, ya por retroactividad, ya por ultractividad, incluido el fenómeno conocido como "jurisprudencia intermedia".

Es cuestión de apreciar en toda su integridad e intensidad el principio de favorabilidad que debe operar, siempre, también, y especialmente, en materia de tránsito de jurisprudencia. Y con ello, naturalmente, la acción por los ilícitos mencionados está

prescrita.

Y no se diga que es imposible porque la variación de la jurisprudencia es viable sólo en materia de revisión, por cuanto esta opera cuando el cambio favorable sucede después de la ejecutoria de la sentencia.

Si la transformación ocurre dentro del proceso, sin duda, es imperativo entrar en el debate de cuál de los criterios jurisprudenciales es más favorable.

En síntesis, si durante el desarrollo de un proceso penal surgen varios criterios jurisprudenciales, al final el juez debe acoger, por cualquiera de las vías de la permisibilidad, aquél que sea mejor para el procesado, lo mismo que se hace en torno de la benignidad de la "ley".

En este asunto la acusación quedó ejecutoriada el 10 de abril del 2001, es decir, hace 5 años y 4 meses, pues la pena máxima, con fines de prescripción, para el momento de los hechos era de 6 años, aumentada en 2, para un total de 8 años, que, divididos por 2 concluye en 4, con prórroga indefectiblemente legal a 5. Y como la prescripción operaría en este tope, la Sala ha debido cesar todo procedimiento con base en el transcurso del tiempo.

Y si no fuera así, como se expresó atrás, se debería aplicar la jurisprudencia más benigna.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

1Entre otras decisiones: Rad. Casación 3545 auto del 28 de abril de 1992; Sentencia Revisión del 23 de septiembre 23 de 1998, auto de noviembre 12 del 98, auto Casación

11361 del 21 de septiembre de 1999, Rad. 11541, del 03 de abril de 2000.

2 Segunda Instancia 15131 del 27 de septiembre de 2002.

3 Casación 20673.