

Proceso No 30780

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 295

Bogotá, D.C., septiembre dieciséis (16) de dos mil nueve (2009)

V I S T O S

La Sala resuelve la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de ISABEL MARÍA PERTUZ MERCADO y, directamente por el acusado BELFORD MANUEL BOLÍVAR MOSQUERA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal de Descongestión Foncolpuertos y Cajanal) el 3 de marzo de 2008, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión-Foncolpuertos de esta ciudad el 28 de septiembre de 2007, en la cual se condenó a la primera a una pena de catorce (14) años de prisión, multa de \$ 5.112.363.678.15, por los concursos homogéneos y heterogéneos de peculado por apropiación agravado, tentativa de peculado por apropiación agravado, falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, prevaricato por acción y concierto para delinquir, además de una indemnización de perjuicios por \$ 5.112.363.678.15 ; y, al segundo a una pena de trece años y ocho meses de prisión, y multa de \$ 9.300.600.897.81, por los mismos delitos.

H E C H O S

Se extracta de la actuación que hacia el año 1997 comenzaron a aparecer actas de conciliación supuestamente realizadas en el mes de diciembre de 1993 -últimos días de existencia de la empresa-, suscritas entre ex trabajadores y la empresa Puertos de Colombia, por inexistentes acreencias laborales (la totalidad de aquello a que tenían derecho los trabajadores fue pagado al momento de la liquidación de los correspondientes contratos); todas elaboradas solamente en dos de las varias Inspecciones del Trabajo de la ciudad de Barranquilla, en las cuales se incorporaron valores que la empresa no adeudaba, en todo caso elevadísimos, habiéndose pagado algunos de los mismos, todo, al parecer con la anuencia de Inspectores del Trabajo, funcionarios de FONCOLPUERTOS, y abogados, entre otros intervinientes.

ANTECEDENTES

La investigación condujo a la vinculación al proceso penal de los Inspectores del Trabajo de la Regional Atlántico, doctores ISABEL MARÍA PERTUZ MERCADO y BELFORD MANUEL BOLÍVAR MOSQUERA, además de ROBERTO ANTONIO ARAUJO MONCLÚS, IVÁN MAURICIO PARRA ACHURY, MELBA LUCIA TELLO FERNÁNDEZ y GALDINO RENÉ OROZCO FONTALVO, que luego de la ruptura de la unidad procesal se contrajo solo a los dos primeros.

Mediante resolución de 28 de junio de 2002 se produjo llamamiento a juicio por los delitos de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, en concurso homogéneo y sucesivo, estafa agravada, en concurso homogéneo y sucesivo, tentativa de estafa agravada en concurso homogéneo y sucesivo, y concierto para delinquir; en calidad de coautores; acusación que fue confirmada por proveído de 3 de junio de 2003.

Iniciada la audiencia pública el fiscal manifestó, en la sesión de 26 de septiembre de 2006, que modificaba la calificación jurídica provisional contenida en la acusación, bajo la autorización del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 (cuaderno 53 del juicio, folios 181 y

siguientes) en tanto que consideró de acuerdo con la prueba sobreviniente, que los acusados debían responder en vez de la estafa, por los delitos de peculado por apropiación agravado, no solo consumado sino también tentado, prevaricato por acción, y falsedad, todos en concurso homogéneo y sucesivo, ante lo cual el juez procedió a suspender la audiencia y a correr traslado de dicha situación para que los demás sujetos procesales se pronunciaran frente a lo cual guardaron silencio los defensores de PERTUZ MERCADO y BOLÍVAR MOSQUERA.

Culminada la audiencia pública se profirió el fallo correspondiente, calendado el 28 de septiembre de 2007, por cuyo medio se impuso condena por el concurso homogéneo y heterogéneo de peculado por apropiación agravado, tentativa de peculado por apropiación agravado, falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, prevaricato por acción y concierto para delinquir.

Apelada la sentencia condenatoria, fue confirmada por medio de fallo calendado el 3 de marzo de 2008, con el cual solamente se revocó el punto relacionado con la prisión domiciliaria, reconocida a PERTUZ MERCADO.

Contra esta decisión se interpuso recurso extraordinario de casación.

LAS DEMANDAS

Dos demandas fueron presentadas contra la sentencia condenatoria, una suscrita por la defensa técnica de PERTUZ MERCADO, y, la otra, en nombre propio por el doctor BOLÍVAR MOSQUERA.

LA PRIMERA DEMANDA:

El libelo impugnatorio suscrito por el defensor técnico de ISABEL MARÍA PERTUZ MERCADO plantea dos cargos contra el fallo.

Primer cargo: Aduce el casacionista que la sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad por cuanto la acción penal no podía proseguirse por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

En desarrollo de su argumentación manifiesta no compartir el criterio interpretativo de la Corte asumido por los falladores de instancia, con fundamento en el cual negaron la extinción de la acción penal, por cuanto extendieron en una tercera parte el término de prescripción de los delitos cometidos por funcionarios públicos en relación con el ejercicio de su cargo; y señala que al 3 de marzo de 2008, fecha en la cual se produjo el fallo de segunda instancia, ya había prescrito la acción de acuerdo con lo señalado por el artículo 80 del Código Penal.

Segundo cargo: Está motivado en que la sentencia fue proferida en juicio viciado de nulidad, por haberse quebrantado el debido proceso, y particularmente lo ordenado por los artículos 402 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Argumenta el recurrente que se violaron los principios del juez natural y debido proceso: el primero porque quien adelantó el trámite del juicio fue un juez creado por acuerdos estatutarios de los años 2003 y 2004, no obstante que los hechos ocurrieron en 1997

El debido proceso fue vulnerado por cuanto habiéndose iniciado la actuación en marzo de 2001, esto es, en vigencia del Decreto 2700 de 1991, era la misma normatividad la que debía orientar y regular el proceso hasta su finalización, por lo que se torna ilegal la variación de la calificación jurídica provisional, toda vez que el artículo que lo permite se encuentra inmerso en la Ley 600 de 2000, a todas luces inaplicable en tanto que su expedición fue posterior a los hechos investigados, ya que, en todo caso, el Decreto 2700 de 1991 no contemplaba dicha modificación de la acusación en el juicio.

Agrega que con la variación de la calificación jurídica se quebrantó el artículo 29 constitucional y la garantía establecida en los artículos 40 y 44 de la Ley 153 de 1887,

al haberse adelantado el proceso con un procedimiento distinto de aquel con el cual se inició, en cuyo caso se violentó el derecho de defensa que tenía el procesado, en relación con la nueva calificación jurídica asumida en el trámite del juicio.

Estima vulnerado también el artículo 449 del Decreto 2700 de 1991, norma que además de impedir la variación de la acusación, condicionaba cualquier tipo de modificación punitiva a la ubicación de la nueva figura delictiva dentro del mismo título del Libro Segundo del Código Penal en que se encontraba la acusación inicial; lo cual fue desbordado por la modificación producida en este caso, lo que condujo a la inconsonancia entre la acusación y la sentencia, y de paso impidió que se produjera el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

LA SEGUNDA DEMANDA

En el libelo suscrito a nombre propio por el procesado BELFORD BOLÍVAR MOSQUERA se presentaron CUATRO cargos, que se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo: sostiene el recurrente que la sentencia fue emitida en juicio viciado de nulidad por cuanto se dejaron de aplicar los artículos 82, 83, y 84 del Código Penal, dado que en lugar de dictarse sentencia de segundo grado debió proferirse cesación de procedimiento, por cuanto la acción penal había ya prescrito cuando ésta se produjo, toda vez que los cinco años se contabilizaban desde el 3 de junio de 2003, y el fallo se profirió sólo hasta el 3 de marzo de 2008.

Segundo cargo: considera que la sentencia fue proferida en un proceso viciado de nulidad por cuanto se sustituyó la legislación aplicable, porque debiéndose regir por el Decreto 2700 de 1991, terminó gobernado por la Ley 600 de 2000, con lo que se conculcó el debido proceso además del derecho de defensa.

Al plantear la violación al debido proceso señala que el juez de descongestión que dirigió

el juicio no era un juez que previamente hubiera sido previsto de manera legal para atender el caso, y que solo fue creado por acuerdos de 2003 y 2004, con lo que se transgredió el principio del juez natural, contenido en el artículo 230 de la Constitución y la Ley 153 de 1887.

Advierte también que como nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, no se podía permitir que las normas de la Ley 600 de 2000 se aplicaran para una situación originada antes de su vigencia, y por ende, considera que la modificación de la calificación jurídica provisional autorizada en el artículo 404, resultó, además de ilegal, violatoria del derecho de defensa del procesado, a quien ni siquiera se le llamó a ampliación de indagatoria, por lo que no tuvo la oportunidad jurídica de defenderse, limitándose el juez exclusivamente a correrle traslado de la variación de la calificación jurídica por diez días, considerando dicho término para la reivindicación de su derecho de defensa, que por demás condujo a que el fallo no fuera congruente con la acusación.

Solicita luego bajo el amparo del principio de favorabilidad, la aplicación de la Ley 906 de 2004, a la cual se acoge, y deprecia la absolución basándose en la sentencia 26468 de 27 de julio de 2007 proferida por esta Corporación, según la cual, una persona no puede ser condenada por delitos distintos de aquellos relacionados por el fiscal en la acusación, porque en el proceso rituado dentro del sistema acusatorio, a diferencia del anterior, el juez no puede variar la calificación.

Luego vuelve a plantear la prescripción relacionando la aplicación del artículo 531 de la Ley 906 de 2004, que reducía el plazo de prescripción de la acción penal, a partir de lo cual el recurrente construye su propia contabilización de los términos para concluir que la prescripción en su caso, opera al cumplirse los cinco años, los cuales ya habían transcurrido cuando se produjo el fallo de segunda instancia, y termina haciendo unas

consideraciones en torno de la reforma que colocó al país en la senda del sistema penal acusatorio.

Tercer cargo: acudiendo a la causal primera considera que la sentencia es violatoria de la ley sustancial de manera directa, porque con la condena que se le impuso por el delito de falsedad ideológica en documento público se incurrió en error de derecho, y por el concierto para delinquir en error de hecho.

En lo que llamó “demostración del cargo”, el demandante señala que se violaron “de modo directo por error de hecho los artículos 32, 55, 60 y 61 de la ley 599 de 2000, Código Penal.”; y agrega que también se incurrió en error de derecho “en cuanto el artículo 286; y por error de hecho el artículo 344”, todo por cuanto en su condición de Inspector del Trabajo actuó de buena fe, tal y como aparece probado en autos.

Advierte también que se incurrió en violación directa del artículo 55 de la Ley 599 de 2000 en tanto se omitió considerar la inexistencia de antecedentes penales en la dosificación punitiva, además, que con su actuar no se defraudó al Estado, lo que originó el desconocimiento de los parámetros de dosificación de la pena, los cuales de haberse atendido, hubieran permitido que el sentenciador se moviera solo dentro del primer cuarto punitivo.

Señala más adelante que en la sentencia no se analizó su responsabilidad respecto del delito de concierto para delinquir, denuncia para cuya fundamentación transcribe apartes, según él, de la sentencia de segunda instancia, entre ellos el siguiente: “En tales condiciones, para esta Sala resulta acertada la decisión condenatoria proferida por el a quo, toda vez que es innegable la existencia de una bien montada organización delincuencial, que de tiempo atrás venía contribuyendo al deterioro económico y por ende social que afronta el país, dicha empresa criminosa contaba en sus filas con servidores públicos, entre otros, del otrora Ministerio del Trabajo, así como de la propia

Puertos de Colombia, así mismo, con el concurso de abogados litigantes que efectuaban con los primeros acuerdos de pago de millonarias cuantías de dinero.”

Finalmente, señala que la violación directa se produjo por errores de derecho originados en la apreciación errónea del artículo 286 del Código Penal, y por error de hecho al desconocer el artículo 340 ibídem, razón por la cual solicita a la Corte que case la sentencia y en su lugar se absuelva “a su poderdante.”

Cuarto cargo: con fundamento en la causal segunda de casación advierte que la sentencia no está en consonancia con el contenido jurídico de la resolución de acusación, toda vez que “se le condenó única y exclusivamente por los injustos de Falsedad Ideológica en Documento Público y Concierto para Delinquir; pero en ese mismo proveído decretó la cesación de procedimiento por prescripción por extinción de la acción penal a favor de mi mandante por el injusto de Fraude Procesal; lo condenó a la pena principal de 14 años de prisión por los delitos de Falsedad Ideológica en Documento Público y Concierto para Delinquir; pero en ese mismo proveído decretó la cesación de procedimiento (sic) por prescripción de la acción penal a favor de mi mandante por el injusto de Fraude Procesal; (sic) ... y decretó la nulidad parcial del proceso a partir de la resolución que dispuso el cierre de la investigación para los procesados BELFORD MANUEL BOLÍVAR MOSQUERA y Otros, inclusive, en cuanto a lo relacionado en el delito de estafa...” (sic)

Con fundamento en la supuesta ilegalidad de la variación de la calificación jurídica provisional, solicitó a la Corte casar la sentencia por resultar incongruente con la acusación inicialmente formulada.

CONSIDERACIONES

Se comienza por precisar que, como se ha dicho reiteradamente, el recurso de casación es de naturaleza rogada y corresponde al censor la carga de indicar el error en que incurrió el sentenciador al momento de elaborar la sentencia. Así mismo, dentro de los

presupuestos formales como sustento de la lógica y debida fundamentación que debe contener el reproche elevado contra la sentencia de segunda instancia, también constituye una carga para el libelista demostrar que el error invocado se subsuma dentro de cualquiera de las precisas causales contempladas por el legislador para recurrir en esta sede.

Adicionalmente, no basta con denunciar la existencia del vicio que se invoca sino que el casacionista debe acreditar que tiene la trascendencia suficiente para romper la sentencia de segunda instancia y, para lograr que la Corte intervenga como Tribunal de Casación en procura de reparar, entre otros los agravios producidos con el fallo objeto de censura, que constituye, ciertamente, uno de los fines del recurso extraordinario.

El principio de limitación por el cual se rige la casación supone que la Corte no puede entrar a enmendar los errores del recurrente en la confección de la demanda, pues tal situación equivaldría a suplantar al libelista.

Bajo estos presupuestos la Sala observa que los cargos formulados contra la sentencia de segunda instancia carecen de claridad, coherencia y precisión requeridas para su admisibilidad, con fundamento en las siguientes consideraciones, para cuya exposición, por razones metodológicas, por tener unidad de materia se responderán los dos cargos de la primera demanda de manera integrada con los primeros dos cargos de la segunda, como pasa a verse:

1. El primer cargo común: la prescripción de la acción penal.

Las dos demandas plantean como primer cargo la nulidad de todo lo actuado con ocasión de haberse proferido la sentencia de segunda instancia cuando ya había operado la prescripción de la acción penal en la etapa del juicio, razón por la cual, en sentir de los libelistas, debió producirse un auto de cesación de procedimiento por haberse extinguido la acción penal. Sin embargo, omiten hacer la cuantificación precisa de los términos,

indicando el momento desde el cual ocurrió el fenómeno prescriptivo.

Empero, desde ya hay que advertir que la prescripción que plantean los demandantes no ha operado razón por la cual la pretendida causal de cesación de procedimiento nunca se presentó.

En efecto, pertinente resulta destacar que los delitos por los cuales se acusó a PERTUZ MERCADO Y BOLÍVAR MOSQUERA fueron cometidos en ejercicio y con ocasión de las funciones públicas que desempeñaban como Inspectores del Trabajo, posición que fue aprovechada para dar apariencia de legalidad a 72 actas de conciliación que se suscribieron en el despacho de la primera, por un valor total de \$ 143.004.944.632.39; y a 90 actas en el despacho del segundo, por la suma de \$ 150.883.509.991.29, algunas de las cuales fueron pagadas por FONCOLPUERTOS y FIDUPACÍFICO.

La Sala encuentra oportuno evocar la posición jurisprudencial que invariablemente viene sosteniendo esta Corporación frente a la prescripción de la acción penal en tratándose de delitos cometidos por servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión del servicio¹:

“En síntesis, recapitulando, la Sala de Casación Penal recoge las diversas posturas vertidas en autos y sentencias a partir de la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2000, y en su lugar sostiene que en la sistemática jurídica colombiana si un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, bien que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción (antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación), bien que acaezca en la fase del juzgamiento (después de alcanzar firmeza la resolución acusatoria); no importando que el delito se sancione con pena no privativa de la libertad, o que la pena máxima de

prisión -si la hubiere- fuere inferior a cinco años.”

Luego de señalar que el tiempo mínimo es de seis años y ocho meses para que opere la prescripción de la acción penal respecto de delitos cometidos por servidores públicos, resulta evidente que contado el término desde el 3 de junio de 2003 dicho plazo aún no se ha vencido; lo que conduce a concluir que el fenómeno de la prescripción penal no ha ocurrido.

De suerte, que ni cuando se produjo el fallo de primera instancia, esto es, el 28 de septiembre de 2007, ni el de segunda, 3 de marzo de 2008, habían transcurrido los términos señalados legalmente para que operara la causal de extinción de la acción penal analizada.

Frente al argumento esbozado por uno de los recurrentes, en dirección a la aplicación favorable del régimen de transición previsto en el artículo 531 de la Ley 906 de 2004 que prevé una reducción del término de prescripción de la acción penal para algunas conductas punibles, hay que decir que carece de sentido, en primer lugar porque en el inciso tercero del artículo cuya aplicación se solicita, se excluyeron precisamente los delitos por los cuales fueron acusados PERTUZ MERCADO y BOLÍVAR MOSQUERA, pero sobre todo, porque la Corte Constitucional lo declaró inexecutable mediante sentencia C-1033 de 2006.

Lo anterior conduce inexorablemente a la inadmisión del cargo.

El segundo cargo común: la nulidad por violaciones al debido proceso.

Frente al ataque según el cual el proceso se adelantó con violación del debido proceso, desconocimiento del juez natural y vulneración del derecho de defensa a causa de haberse aplicado el procedimiento contemplado en la Ley 600 de 2000, cuando el supuesto delito se consumó en vigencia del Código de Procedimiento Penal contenido en el

Decreto Ley 2700 de 1991, la Corte considera también que el cargo no está llamado a ser admitido en tanto carece de soporte jurídico, claridad y coherencia, como pasa a explicarse:

El argumento principal que se desarrolla en el cargo surge por la supuesta inaplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual, era la ley procedimental en que se inició la actuación, esto es el Decreto 2700 de 1991, la misma que debía regirla hasta su finalización; horizonte procesal en el cual no era procedente la modificación de la calificación jurídica provisional por vía distinta de la nulidad.

Revisado el contenido de la Ley 153 de 1887 se tiene que el artículo 40 se ocupa de la vigencia de la ley procesal al señalar:

“ARTICULO 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

Este canon es claro en advertir, contrario a lo que señala el censor, que la ley procesal se aplica inmediatamente después de que se promulga y hacia el futuro, salvo lo previsto excepcionalmente para algunos eventos: cuando hubieren empezado a correr algunos términos, o se hubieren iniciado diligencias o actuaciones, casos en los que se aplica la ley anterior.

A partir del 25 de julio de 2001 la Ley 600 de 2002 se aplicó a todos los procesos penales que estuvieran en curso de acuerdo con la ritualidad prevista en el Decreto 2700 de 1991; lo cual ocurría por autorización de la Ley 153 de 1887 y por virtud del artículo 535 de la Ley 600, que derogó expresamente el Decreto 2700 de 1991.

Entonces, si el 25 de julio de 2001 inició la vigencia del nuevo Código de Procedimiento

Penal que reguló la dinámica de todos los procesos penales, aún los iniciados con antelación a la misma, no podría generar nulidad la modificación de la calificación jurídica provisional realizada por el fiscal en la audiencia pública, que se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2006.

Al analizar el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, la Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2002 precisó:

“A manera de resumen de lo dicho por la Corte en la citada Sentencia puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución sólo impone como límite el respeto de los derechos adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y de favorabilidad penal. Por fuera de ellos, opera una amplia potestad de configuración legislativa.

En armonía con esta concepción, el legislador ha desarrollado una reglamentación específica sobre el efecto de las leyes en el tiempo, que data de la Ley 153 de 1887, según la cual como regla general las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que por tanto no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos sino simples expectativas. Este es el caso de las leyes procesales, que regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

En este sentido, dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se

aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Tal es precisamente el sentido del artículo 40 de la ley 153 de 1887 objeto de esta Sentencia.” (Destacado por fuera del texto original).

Pero además, tiene dicho la Corte que la causal tercera no es de libre construcción en tanto que se debe a unos principios que orientan su coherencia y lógica casacional, específicamente entratándose del planteamiento de la modificación de la calificación jurídica como error en casación. Ha señalado la Corte³:

“8.En vigencia del Decreto 2700 de 1991, codificación que no contemplaba un procedimiento de variación de la calificación jurídica de la conducta en la etapa del juicio, expuso reiteradamente la Sala que la propuesta en esta sede de un yerro por errada calificación de la conducta, cuando ello comprometía el nomen juris o implicaba la aplicación de un dispositivo penal más gravoso, debía emprenderse a través de la causal tercera de casación pero siguiendo los lineamientos de la causal primera, es decir, acreditando que al yerro se había llegado fruto de errores, bien de puro derecho en la selección de la norma sustantiva, ora en la apreciación de las pruebas, indicando en este último evento la naturaleza del mismo y su trascendencia.

Posteriormente, proferida la Ley 600 de 2000 que contempló el procedimiento de variación de la calificación jurídica de la conducta en el juicio, ha señalado la Sala en diversas ocasiones que para denunciar en esta sede la errada calificación de la conducta punible, corresponde al libelista distinguir entre dos hipótesis:

La primera referida a los eventos en los cuales la nueva denominación jurídica del delito, con independencia de la ubicación de la conducta punible en el estatuto penal, sea menos grave que la contenida en la acusación, respete su núcleo básico y no modifique

la competencia o, de variar pueda ésta prorrogarse por corresponder a un Juez de menor jerarquía, caso en el cual el yerro debe formularse con apego a la causal primera de casación, bien sea por violación directa de la ley sustancial o por violación indirecta originada en errores de hecho o derecho en la apreciación de las pruebas.

Y la segunda, cuando la nueva calificación resulta más gravosa al procesado que la incluida en la acusación, o aun cuando siendo más benéfica altera el núcleo fáctico del pliego acusatorio o implica cambio de la competencia sin posibilidad de que se aplique la cláusula de prórroga ya referida, casos en los cuales el reproche debe fundamentarse en la causal tercera de casación, pero atendiendo la metodología y argumentación que demanda para su demostración la causal primera.

De suerte que, como fácil se advierte, cualquiera sea el camino que deba emprender el casacionista para plantear en esta sede un yerro como el mencionado, bien por vía de la causal tercera de casación o de la primera, es lo cierto que su demostración exige del demandante exponer las razones por las cuales considera que el tipo penal seleccionado no fue el llamado a regular el caso, indicar con claridad la norma que recoge típicamente la conducta investigada, expresar las razones por las cuales la calificación correcta es la que se propone y no la que se dio a la conducta e indicar, de manera precisa, los errores de estimación jurídica o de apreciación probatoria que interfirieron en el proceso de subsunción de la conducta a la ley. “

Con esto, la exigencia que debía cumplir el casacionista era indicar porqué la calificación que se impuso era equivocada, y cuál era la acertada de acuerdo con la imputación fáctica, lo cual no cumplió, en tanto no se observa ninguna manifestación de las razones por las cuales considera que se incurrió en violación de la ley sustancial al señalar que en lugar de un concurso de peculados lo que se perpetraba era un concurso de estafas.

Aunado a lo anterior, hay que recordar a los impugnantes, frente a la solicitud de aplicación del concepto de congruencia del nuevo sistema procesal penal, que éste se ha definido por la imputación fáctica, tanto en el sistema mixto que regía la Ley 600 de 2000, como en el sistema acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, por cuanto lo inamovible en ambos sistemas procesales es la imputación fáctica, misma que no fue alterada cuando se varió la calificación jurídica en el caso que se estudia.

Con todo, la nulidad por violación a la legalidad del procedimiento no se presentó en realidad, y además su planteamiento no se ajustó a las exigencias técnicas previstas para este tipo de ataques, por lo que no queda camino distinto al de su inadmisión.

Tampoco la solicitud de nulidad con fundamento en la supuesta violación al principio del juez natural -originada en que el fallador que adelantó la causa fue creado con posterioridad a los hechos delictivos, por acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura- está llamada a prosperar.

Esto porque la misma Ley 153 de 1887 en su artículo 43, declarado ajustado a la Constitución mediante sentencia C-200 de 2002, autoriza el establecimiento de jueces y tribunales ex post-facto, al señalar:

Artículo 43: La ley preexistente prefiere a la ley expost-facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40.”

La Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades⁴ de analizar la legalidad del procedimiento adelantado por el Consejo Superior de la Judicatura al crear los juzgados especiales de descongestión de Foncolpuertos, y ha concluido que no se ha visto vulnerado el principio del juez natural⁵:

“5.En diversos pronunciamientos la Corte se ha referido de manera expresa a la legalidad de los Acuerdos 1799 del 14 de mayo de 2003 y 2573 del 25 de agosto del año siguiente, cuya vigencia fue prorrogada a través de los Acuerdos 2562 del 10 de agosto de 2004 y 2740 del 21 de diciembre del mismo año, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de los cuales se adoptaron medidas de descongestión respecto de los procesos penales asociados al proceso de liquidación de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS) y del Fondo de Pasivo Social de esa misma entidad (FONCOLPUERTOS), bajo el entendido que dichos actos se enmarcan dentro de las funciones asignadas a esa Corporación.

Las referidas competencias funcionales se hallan expresamente consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 25 de la Ley 270 de 1996, así como en el artículo 63 de la misma legislación, precepto en cuya virtud corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura “crear, con carácter transitorio, cargos de jueces o magistrados sustanciadores o de fallo, de acuerdo con la ley de presupuesto”. El citado texto legal fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, en la cual precisó:

“... constituye una interpretación del principio constitucional de que la administración de justicia debe ser pronta y eficaz,. Es con este propósito, que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá redistribuir los asuntos pendientes para fallo entre los distritos tribunales (sic) o despachos judiciales, función ésta que se podrá llevar a cabo siempre y cuando no se alteren las garantías procesales con que cuentan los asociados para la resolución de sus conflictos” (subrayas fuera de texto).

Además, se ofrece igualmente oportuno recordar que acerca de la temática planteada por el recurrente, esta Sala en precedente ocasión señaló:

“La Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con la expedición de los

citados acuerdos no vulneró el principio del juez natural, puesto que no varió competencia por el factor objetivo y funcional fijado en la ley procesal. Por consiguiente, no le asiste razón al casacionista cuando asevera que en este evento los funcionarios judiciales carecían de competencia para juzgar las conductas punibles atribuidas al procesado en el pliego de cargos”(8).

Si el ejercicio argumental del demandante realmente contuviera una propuesta novedosa y seria, tendría que haber dedicado espacio a refutar las anteriores reflexiones, más ello no es así, y tampoco aporta el libelista otros elementos que permitan visualizar la irregularidad sustancial anunciada, capaz de resquebrajar el debido proceso que se menciona fue conculcado, más cuando la réplica elaborada por el actor no hace relación a la trascendencia del supuesto yerro de actividad, en términos de demostrar cómo habría visto su prohijado recortada alguna garantía, o de qué forma se modificaron las reglas para su procesamiento con mengua de sus derechos.”

Así las cosas huelga concluir que este ataque está llamado a ser inadmitido.

Frente a la supuesta vulneración del derecho de defensa, se observa que de acuerdo con la legislación aplicable para la época en que se adelantó el trámite de la causa, esto es, la Ley 600 de 2000, una vez modificado el pliego de cargos por el fiscal⁶, el juez, a solicitud de la defensa, suspendió la audiencia pública y corrió traslado a los sujetos procesales de la variación de la calificación jurídica, por diez días, tal y como lo ordena el artículo 404 de dicha normatividad⁷, término que fue aprovechado solamente por la defensa técnica de Melba Lucía Tello Fernández, pero no por los recurrentes, lo que les quita legitimidad para manifestar ahora que su propia inactividad condujo al perjuicio de su situación procesal; operando en su contra el principio de convalidación propio del instituto de las nulidades.

Por estas razones el cargo común de nulidad presentado por los dos recurrentes no está

llamado a ser admitido.

LA SEGUNDA DEMANDA

BELFORD MANUEL BOLÍVAR MOSQUERA, presentó demanda que consta de cuatro cargos, dos de los cuales ya fueron resueltos inadmitiéndose, por lo que corresponde ahora analizar lo relacionado con la admisibilidad de los dos restantes.

Tercer cargo: violación directa de la ley sustancial.

Amparándose en la causal primera de casación el recurrente plantea que la sentencia violó de manera directa la ley sustancial, por haberse incurrido en error de derecho en relación con el delito de falsedad ideológica en documento público y en error de hecho frente al delito de concierto para delinquir; planteamiento que no puede menos que justificar la inadmisión del cargo. Esto porque si el reproche se hace invocando la violación directa, resulta obvio esperar que el recurrente acepte los hechos tal y como fueron concebidos por el fallador, a partir del proceso de valoración probatoria, que también es aceptado por el censor; lo cual se echa de menos en el presente evento, pues luego de expresar que denuncia la ilegalidad de manera directa, el recurrente aduce la existencia de errores de hecho y de derecho, los cuales son propios de la violación indirecta; sin que señalara en la valoración las pruebas en las cuales se incurrió en dichos errores, ni en qué consistieron tales fallas de apreciación; lo cual conduce a que todo el planteamiento devenga ilógico e incoherente, carente de toda posibilidad de ser admitido en sede casacional.

El cuarto cargo: nulidad por incongruencia

2.4. Este cargo carece también de cualquier vocación para ser admitido, en tanto su infidelidad con el contenido procesal hace pensar que está planteado para un proceso diferente al que se ventila bajo esta radicación, por cuanto BOLÍVAR MOSQUERA advierte

que la sentencia no está en consonancia con el contenido jurídico de la resolución de acusación, por cuanto “se le condenó única y exclusivamente por los injustos de Falsedad Ideológica en Documento Público y Concierto para Delinquir; pero en ese mismo proveído decretó la cesación de procedimiento por prescripción por extinción de la acción penal a favor de mi mandante por el injusto de Fraude Procesal; lo condenó a la pena principal de 14 años de prisión por los delitos de Falsedad Ideológica en Documento Público y concierto para Delinquir; pero en ese mismo proveído decretó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal a favor de mi mandante por el injusto de Fraude Procesal; ... y decretó la nulidad parcial del proceso a partir de la resolución que dispuso el cierre de la investigación para los procesados BELFORD MANUEL BOLÍVAR MOSQUERA y Otros, inclusive, en cuanto a lo relacionado en el delito de estafa...”; lo cual no coincide ni con lo que se decidió en la sentencia ni con la realidad procesal.

Son estas las razones que llevan a la Corte a inadmitir todos los cargos de las demandas de casación propuestas, tanto por la defensa técnica de la acusada ISABEL MARÍA PERTUZ MERCADO, como por la que en nombre propio presentó BELFORD MANUEL BOLÍVAR MOSQUERA, pues además de las incorrecciones advertidas en cada libelo, la Corte tampoco observa desconocimiento de las garantías fundamentales que esté en la obligación de subsanar.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

R E S U E L V E

INADMITIR las demandas de casación presentadas tanto por la defensa técnica de ISABEL MARÍA PERTUZ MERCADO, como la que en nombre propio presentó BELFOR MANUEL BOLÍVAR MOSQUERA.

Ordenar la devolución del proceso al tribunal de origen

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Comuníquese y Cúmplase.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
LEMON

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de 1 de septiembre de 2004 dentro del radicado 20673.

2 Esto por cuanto el artículo 536 de la Ley 600 de 2000 señalaba que la vigencia del nuevo código se iniciaría un año después de su promulgación, y dicha ley fue sancionada el 24 de julio de 2000 y publicada en el Diario Oficial 44097 del mismo día.

3 Decisión de 23 de noviembre de 2006 dentro del radicado 26091.

4 Pronunciamientos de 4 de mayo de 2005 dentro del radicado 23550; de 16 de junio de 2006 dentro del radicado 24746; de 26 de septiembre de 2006 dentro del radicado

26072; de 9 de noviembre de 2006 dentro del radicado 25804, de 23 de noviembre de 2006 dentro del radicado 26300; de marzo 3 de 2007 dentro del radicado 25475; de 7 de marzo de 2007 dentro del radicado 23979; de 21 de marzo de 2007 dentro del radicado 26695; de 9 de abril de 2007 dentro del radicado 27124; de 6 de junio de 2007 dentro del radicado 25661; de 30 de enero de 2008 dentro del radicado 25043.

5 De 28 de noviembre de 2007 dentro del radicado 27225.

6 Tal como se evidencia en folio 181 y siguientes del Cuaderno Original No 53.

7 Folio 185 del Cuaderno Original 53.