

Proceso n.º 31448

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Aprobado Acta No. 016.

Bogotá D.C., enero veintisiete (27) de dos mil diez (2010).

VISTOS

La Sala se ocupa de resolver de fondo los reproches contenidos en los libelos casacionales presentados por los defensores de JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ, MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA y MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ y por el Ministerio Público, contra el fallo de segundo grado proferido por la Sala Penal de Descongestión para FONCOLPUERTOS del Tribunal Superior de Bogotá el 4 de diciembre de 2006, confirmatorio con algunas modificaciones del dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Descongestión de la misma ciudad el 28 de abril de 2005, por medio del cual condenó, entre otros, a los mencionados ciudadanos; al primero, como coautor del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación, y a los demás, como determinadores de los mismos comportamientos delictivos.

HECHOS

En el desarrollo de la diligencia de inspección judicial realizada por miembros del

Cuerpo Técnico de Investigación en las instalaciones del Fondo Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia (FONCOLPUERTOS) se incautaron numerosas actas de conciliación, a través de las cuales se comprometió de manera importante el patrimonio económico de dicha entidad sin razones que justificaran tales erogaciones, circunstancia por la cual se dispuso la correspondiente investigación por parte de la Fiscalía General de la Nación.

El 19 de marzo de 1999 la Fiscalía Seccional de Bogotá dio inicio a la instrucción, en cuyo desarrollo profirió tres resoluciones de acusación, en los siguientes términos:

(1) El 18 de abril de 2000 acusó a MERLIN VERGARA VEGA, MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ y JORGE MANUEL CAMARGO GALLARDO por el concurso de delitos de falsedad ideológica en documento público, tentativa de estafa en concurso homogéneo, fraude procesal y concierto para delinquir. Las dos primeras también fueron acusadas por el concurso homogéneo de delitos de estafa agravada.

(2) El 26 de mayo de 2000 acusó a CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC, JORGE VITALY MONROY, VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA SANTIAGO, CARMEN MARÍA NAME RUBIO, DUBIS ESTHER RAMOS RAMOS, JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ y MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, por el concurso de conducta delictivas de falsedad ideológica en documento público, concurso homogéneo de delitos de tentativa de estafa agravada respecto de los seis primeros, y concierto para delinquir. A todos, salvo al primero, se les imputó también el ilícito de fraude procesal.

Adicionalmente, con excepción de CARMEN NAME RUBIO, les fue atribuido el delito de estafa agravada.

(3) El 12 de junio de 2000 acusó a MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA, por los delitos de falsedad ideológica en documento público, fraude procesal, estafa agravada en concurso homogéneo, tentativa de estafa en concurso homogéneo y concierto

para delinquir.

Impugnada la calificación sumarial por los defensores de MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ, JORGE MANUEL CAMARGO GALLARDO, MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ y CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC, mediante proveído del 19 de septiembre de 2000 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá confirmó las acusaciones emitidas el 18 de abril y 26 de mayo de la misma anualidad.

Una vez cobraron ejecutoria las referidas resoluciones, de manera conjunta se adelantó la fase de juzgamiento, en curso de la cual la Fiscalía varió la calificación jurídica para imputar los delitos de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación, en lugar de los punibles de estafa agravada y tentativa de estafa agravada.

El 28 de abril de 2005, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá profirió sentencia de primera instancia en la cual adoptó las siguientes decisiones:

(a) Absolvió a los procesados MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ, MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, JORGE VITALY MONROY, VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA SANTIAGO, DUBIS RAMOS RAMOS, CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC y MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA por razón de los delitos imputados respecto de algunas actas de conciliación señaladas en la acusación.

(b) Dispuso la invalidación parcial de lo actuado respecto de todos los acusados en cuanto atañe al delito de fraude procesal, en razón de las demás actas de conciliación.

(c) Declaró la prescripción de la acción penal y la correspondiente cesación de procedimiento a favor de todos los procesados, con relación a los delitos de falsedad ideológica en documento público y concierto para delinquir, en cuanto se refiere a las actas de que trata el literal anterior.

- (d) Condenó a MERLÍN VERGARA VEGA a la pena principal de cinco (5) años, nueve (9) meses y dieciocho (18) días de prisión como determinadora del concurso homogéneo de delitos de tentativa de peculado.
- (e) Condenó a MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ a la pena principal de nueve (9) años, un (1) mes y seis (6) días de prisión y \$16.422.972 de multa, como determinadora del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación.
- (f) Condenó a JORGE MANUEL CAMARGO GALLARDO a la pena principal de seis (6) años, dos (2) meses y dos (2) días de prisión, como determinador del concurso homogéneo de delitos de tentativa de peculado por apropiación.
- (g) Condenó a MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ a la pena principal de doce (12) años y seis (6) meses de prisión y multa en cuantía de \$1.951.308.437.75, como determinador del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación.
- (h) Condenó a JORGE VITALY MONROY a la pena principal de doce (12) años, cuatro (4) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa en cuantía de \$2.976.380.411,54, como coautor del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación.
- (i) Condenó a VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA SANTIAGO a la pena principal de diez (10) años, siete (7) meses y seis (6) días de prisión y multa en cuantía de \$1.343.748.647,99, como coautor del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación.
- (j) Condenó a CARMEN MARÍA NAME RUBIO a la pena principal de cinco (5) años, nueve (9) meses y dieciocho (18) días de prisión, como determinadora del

concurso homogéneo de delitos de tentativa de peculado por apropiación.

(k) Condenó a FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ a la pena principal de once (11) años, diez (10) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa en cuantía de \$2.850.637.685,45, como coautor del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación.

(l) Condenó a DUBIS RAMOS RAMOS a la pena principal de seis (6) años, diez (10) meses y veinticuatro (24) días de prisión y multa en cuantía de \$30.754.562 como determinadora del concurso homogéneo de punibles de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación.

(m) Condenó a JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ a la pena principal de dieciséis (16) años, nueve (9) meses y dieciocho (18) días de prisión y multa en cuantía de \$7.587.630.093,74, como coautor del concurso homogéneo de conductas delictivas de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación.

(n) Condenó a CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC a la pena principal de cinco (5) años, nueve (9) meses y diecinueve (19) días de prisión, como determinador del concurso homogéneo de delitos de tentativa de peculado por apropiación.

(o) Condenó a MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA a la pena principal de nueve (9) años, tres (3) meses y dieciocho (18) días de prisión y multa en cuantía de \$1.126.371.634,34, como determinadora del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación y tentativa de peculado por apropiación.

En la misma sentencia, el a quo impuso a los procesados que actuaron como particulares la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años, mientras que para aquellos que ostentaban la condición de servidores públicos dispuso de la misma pena, pero de manera intemporal.

Impugnado el fallo de primer grado por la defensa, mediante sentencia del 4 de diciembre de 2006 la Sala Penal de Descongestión para FONCOLPUERTOS del Tribunal Superior de Bogotá confirmó las condenas en razón de los mismos delitos y grado de participación, pero modificó las penas impuestas, así:

(i) Impuso a MERLÍN VERGARA VEGA la pena principal de cuarenta (40) meses y diez (10) días de prisión, multa equivalente a once (11) salarios mínimos legales (\$2.242.086) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

(ii) Tasó a MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ la pena principal en ochenta y dos (82) meses y diez (10) días de prisión, multa equivalente a veintidós (22) salarios mínimos legales mensuales (\$4.484.172) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

(iii) Dosificó a JORGE MANUEL CAMARGO GALLARDO la pena principal en cuarenta y dos (42) meses y diez (10) días de prisión, multa equivalente a 11.6 salarios mínimos legales mensuales (\$2.364.381) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el igual lapso.

(iv) Cuantificó a MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ la pena principal en ochenta y nueve (89) meses y siete (7) días de prisión, multa equivalente a 24.7 salarios mínimos legales mensuales (\$5.034.502) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

(v) Dispuso para JORGE VITALY MONROY la pena principal en noventa y seis (96) meses y ocho (8) días de prisión, multa equivalente a 26.6 salarios mínimos legales (\$5.421.771) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

(vi) Impuso a VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA SANTIAGO la pena principal de noventa y un (91) meses y diez (10) días de prisión, multa equivalente a 25.2 salarios mínimos legales mensuales (\$5.136.415) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso semejante.

(vii) Tasó a CARMEN MARÍA NAME RUBIO la pena principal en cuarenta (40) meses y diez (10) días de prisión, multa equivalente a 11 salarios mínimos legales mensuales (\$2.242.086) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

(viii) Dosificó a FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ la pena principal en ochenta y nueve (89) meses y veintiocho (28) días de prisión, multa equivalente a 24.7 salarios mínimos legales mensuales (\$5.034.502) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

(ix) Cuantificó a DUBIS RAMOS RAMOS la pena principal en cuarenta y dos (42) meses y veinte (20) días de prisión, multa equivalente a 11.6 salarios mínimos legales (\$2.364.381) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el igual término.

(x) Dispuso para JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ una pena principal de ciento ochenta (180) meses y (15) días de prisión, multa equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (\$10.191.300) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso semejante.

(xi) Dosificó a CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC la pena principal en cuarenta y dos (42) meses y diez (10) días de prisión, multa equivalente a 11.6 salarios mínimos legales mensuales (\$2.364.381) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

(xii) Tasó a MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA la pena principal en ochenta y un (81) meses y diez (10) días de prisión, multa equivalente a 22.5 salarios mínimos legales (\$4.586.085) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso.

Contra la sentencia de segunda instancia los defensores de los procesados, así como el Ministerio Público, interpusieron recurso extraordinario de casación, pero sólo se allegó la respectiva demanda a nombre de MERLIN VERGARA VEGA, MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ, JORGE MANUEL CAMARGO GALLARDO, MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, CARMEN MARÍA NAME RUBIO, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ, DUBIS RAMOS RAMOS, JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ y MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA, así como por el Procurador Cincuenta y Cinco II Delegado en lo Penal.

Mediante proveído del 12 de febrero de 2009 el Tribunal declaró desierta por falta de sustentación, la impugnación promovida por los defensores de VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA SANTIAGO, CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC y JORGE VITALY MONROY.

A través de auto del 1º de abril siguiente, la Sala decidió proferir cesación de procedimiento por prescripción de las acciones penales y civiles a favor de MERLÍN VERGARA VEGA, MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ, JORGE MANUEL CAMARGO GALLARDO, MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, CARMEN MARÍA NAME RUBIO, DUBIS ESTHET RAMOS RAMOS, CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC y MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA, respecto del concurso homogéneo de tentativas de peculado por apropiación imputado en calidad de determinadores.

En la misma providencia adoptó decisión semejante a la anterior con relación a: JORGE VITALY MONROY por tres (3) tentativas de peculado en cuantía inferior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales; FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ por tres (3) tentativas de peculado por valor que no supera la referida suma; y JOSÉ ABELLO

MARTÍNEZ por doscientos cinco (205) conatos de la misma índole también inferiores a la mencionada cuantía y 19 peculados consumados inferiores a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, todos a título de coautores.

Como consecuencia de la marginación de los delitos por los cuales se dispuso la cesación de procedimiento, se efectuó la correspondiente redosificación de las penas, quedando así:

- MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ ochenta (80) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.
- MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ ochenta y dos (82) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual.
- JORGE VITALY MONROY noventa y tres (93) meses y veinte (20) días de prisión.
- FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ ochenta y nueve (89) meses y veintisiete (27) días de prisión.
- JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ ciento cincuenta y nueve (159) meses y seis (6) días de prisión.
- MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA ochenta (80) meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

A su vez, se fijó en \$420.604.726, más la corrección monetaria, la condena civil impuesta a MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ y en \$7.440.854.446,74, más la corrección monetaria, la determinada a JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ.

Con auto del 1º de abril del año en curso la Sala inadmitió la demanda casacional presentada por el defensor de MELBA ESTHER ARAZO HERNÁNDEZ, así como el primer cargo del libelo allegado por la defensora de MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, de modo que admitió los libelos presentados por el defensor de JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ y MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA y por el Ministerio Público, así como el segundo reparo de la demanda instaurada por la defensora de MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ.

Una vez recibido el concepto del Ministerio Público, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre las censuras admitidas.

LAS DEMANDAS

Por motivos metodológicos, únicamente se resumirán los cargos admitidos, agrupando aquellos con identidad temática en sus fundamentos fácticos y jurídicos. Acto seguido, se sintetizará el concepto del Procurador Tercero Delegado para la Casación Penal (E) sobre el particular, para finalmente exponer las consideraciones de la Sala y la decisión adoptada respecto de cada uno de los reproches planteados.

1. Demandas a nombre de JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ y MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA

1.1. Primer cargo: Nulidad por violación del debido proceso

Bajo la égida de la causal tercera de casación establecida en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el recurrente afirma que el fallo fue emitido en un juicio viciado de nulidad, toda vez que pese a ser tramitado de acuerdo con la ritualidad prevista en el Decreto 2700 de 1991, bajo cuya vigencia se dio comienzo a la audiencia pública,

el a quo decidió aplicar la Ley 600 de 2000, amén de permitir que la Fiscalía variara la calificación jurídica en el sentido de imputar el delito de peculado por apropiación, en lugar del punible de estafa agravada, proceder a través del cual se vulneró el derecho al debido proceso de sus representados, pues según el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en los casos de sucesión de leyes procesales en el tiempo, las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al momento de su iniciación.

Con fundamento en lo expuesto, el demandante deprecia casar el fallo impugnado, para en su lugar proferir el que en derecho corresponda.

Concepto del Ministerio Público

Afirma que si bien son ciertas las aseveraciones de los impugnantes, no se observa trasgresión alguna de sus garantías fundamentales, pues de lo que se trató fue de corregir un error dentro de un trámite con fundamento en la Ley 600 de 2000, sin necesidad de decretar la nulidad de lo actuado para llegar a la misma conclusión, amén de que el a quo otorgó a los sujetos procesales todas las garantías, permitiéndoles conocer la nueva adecuación típica y solicitar las pruebas requeridas para su defensa.

Resalta que tal como lo dijo el Tribunal, la variación de la calificación estaba permitida en el Decreto 2700 de 1991, “sólo que se llegaba a ella luego de la declaratoria [de nulidad] de la actuación adelantada en el juicio”, figura que expresamente fue consagrada en la Ley 600 de 2000.

También dice que los censores no señalan en qué consistió el agravio a los derechos de los implicados, de modo que no se advierte la trascendencia de la irregularidad, con mayor razón si las garantías procesales fueron protegidas.

Luego de citar apartes del fallo del ad quem y de la decisión de esta Colegiatura del 14 de febrero de 2002 dentro del radicado 18457 sobre la temática analizada,

concluye el Delegado que el cargo no debe prosperar.

Consideraciones de la Sala

Encuentra la Colegiatura que tal como lo señala el Ministerio Público, el demandante precisa el objeto de su inconformidad, esto es, que el juicio comenzó a tramitarse bajo la égida del Decreto 2700 de 1991, pero en el curso de la audiencia pública se permitió que la Fiscalía variara la calificación jurídica de la conducta de estafa agravada a peculado por apropiación, amén de que se dio curso a tal instituto reglado en la Ley 600 de 2000.

No obstante, sin dificultad se advierte que no atina a señalar de qué manera el mencionado proceder lesionó de manera alguna el debido proceso o los derechos y garantías de los intervinientes, pues debe recordarse que cuando se invoca la causal tercera de casación orientada a deprecar la invalidación de lo actuado, es deber del censor, no sólo señalar con claridad la especie de incorrección sustantiva que determina la nulidad, los fundamentos fácticos y las normas que estima conculcadas, con la indicación de los motivos de su quebranto, además de especificar el límite de la actuación a partir del cual se produjo el vicio, así como la cobertura de la nulidad y demostrar que procesalmente no existe manera diversa de restaurar el derecho afectado, sino que, lo más importante, es de su resorte acreditar que la anomalía denunciada tuvo incidencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), pues este recurso extraordinario no puede sustentarse en especulaciones, aspectos irrelevantes, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto.

Conforme a lo anterior, es claro que si bien el demandante denuncia el quebranto del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, por considerar que la audiencia pública debió adelantarse en su integridad conforme a la normativa procesal del Decreto 2700 de

1991, y no de acuerdo a la Ley 600 de 2000, no dice, ni la Sala constata, de qué manera con la supuesta incorrección denunciada se quebrantaron las bases del debido proceso.

En efecto, hay un aspecto sobre el cual nada dice el defensor y que permite suponer su conformidad, referido a que la pertinente adecuación típica del comportamiento motivo de este averiguatorio corresponde al delito de peculado por apropiación, y no al de estafa agravada, circunstancia a partir de la cual se advierten errores en la resolución acusatoria al calificar jurídicamente tal conducta, es decir, se trata de equívocos sustanciales en el nomen iuris que integra la imputación jurídica, situación que imponía su respectiva corrección.

Desde luego, para tal propósito era menester conforme a la legislación de 1991 decretar en la audiencia pública la nulidad de lo actuado incluyendo la resolución acusatoria, a fin de que se procediera a enmendar la imputación jurídica, y luego, rehacer el juicio surtiendo traslado a las partes para que solicitaran pruebas, además de volver a realizar la vista pública.

Pese a ello, en el caso de la especie se optó por permitir que la Fiscalía acudiera al instituto especial dispuesto para variar la calificación jurídica en el juicio, contenido en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, según el cual, “Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación (...) [el Fiscal] procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias. Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante

auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes”.

Al verificar el trámite adelantado en este asunto se encuentra que la audiencia pública se desarrolló el 19 de enero de 2005, época para la cual ya se encontraba vigente desde el 24 de julio de 2001 el artículo 404 de la Ley 600 de 2000. Además, una vez la Fiscalía introdujo la referida variación de la calificación jurídica provisional, el a quo surtió traslado a los sujetos procesales, quienes tuvieron la oportunidad de solicitar la suspensión de la diligencia para analizar la nueva calificación y deprecar la práctica de pruebas necesarias para salvaguardar sus intereses, de modo que no les fue quebrantado de manera alguna el debido proceso.

Así pues, efectivamente los defensores solicitaron la suspensión de la audiencia y se puso a disposición de los sujetos procesales el expediente por un lapso de diez días, decisión debidamente notificada a todos ellos. Durante dicho término los procesados JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ y JORGE MANUEL CAMARGO GALLARDO solicitaron la nulidad de la actuación y la práctica de algunas pruebas, cuyas peticiones fueron resueltas de manera adversa mediante auto del 8 de febrero de 2005.

Como viene de verse, es evidente, en primer término, que la acusación denotaba yerros en la calificación jurídica de la conducta, los cuales tenían la obligación de corregir los funcionarios, so pena de permitir que el trámite siguiera un curso contrario a la legalidad. En segundo lugar, el mecanismo utilizado fue el establecido en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, siguiendo para ello de manera minuciosa cada uno de los lineamientos establecidos en tal precepto, todo ello con el fin de garantizar los derechos de los acusados y demás sujetos procesales en punto de defender sus derechos frente a la nueva calificación jurídica, como en efecto ocurrió.

En consecuencia, es palmario que si la incorrección en la calificación fue enmendada conforme a la ley procesal y con el respeto irrestricto a los derechos de los intervinientes, concluye la Sala que la queja del demandante es infundada, amén de que no consigue acreditar lesión alguna para los derechos o garantías de sus asistidos.

Finalmente es oportuno recordar que en punto de la variación de la calificación jurídica provisional dentro de la fase de juicio al amparo del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, dijo la Sala en providencia del 23 de abril de 2008 (Rad. 29339) que se hacía necesario precisar la línea jurisprudencial fijada a partir del auto del 14 de febrero de 2002 (Rad. 18457) en la cual se estableció “que las variaciones de la calificación para hacer más gravosa la situación del procesado pueden hacerse no solo como consecuencia de prueba sobreviniente ‘sino también prueba antecedente’”.

Entonces, en la primera de las decisiones mencionadas se puntualizó en algunos de sus apartes:

“De acuerdo a la normativa en cita (artículo 404 de la Ley 600 de 2000) se ha imperado de manera inequívoca que las variaciones agravadas de calificación referidas a un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, reconocimiento de una agravante y la variación de desconocimiento de una atenuante se pueden efectuar sólo mediante el presupuesto de ‘prueba sobreviniente’, requerimiento de procedibilidad y probatorio que la disposición en cita de igual establece tienen cabida es ‘tras la conclusión de la práctica de pruebas’”.

Según el claro texto del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 “las variaciones de agravación diferentes a la errónea calificación sólo son procedentes en la medida en que se dé el presupuesto fáctico de ‘prueba sobreviniente’”.

“Al hallarse ubicada la variación de la calificación al interior de la etapa del juicio, fase de características esenciales de concentración y de contradicción probatoria, es como se

comprende de acuerdo a lo imperado por el artículo 404 que las variaciones de la calificación distintas a los temas de errónea calificación que dicen relación con nomen juris diferentes, sólo son procedentes conforme a dicha normativa en la medida en que hubiesen surgido 'pruebas sobrevinientes' y que en su contrario ante la inexistencia material y jurídica de éstas en la etapa del juicio, por ausencia de ese requisito de procedibilidad y postulado de necesidad de la prueba no es viable efectuar ninguna variación agravante de calificación" (subrayas fuera de texto).

En suma, es claro que si los errores en torno a la calificación jurídica podían enmendarse con prueba antecedente, conforme a la jurisprudencia imperante en el momento en que adoptó la decisión, como ocurrió en este caso, sin excluir, desde luego, la posibilidad de prueba sobreviniente, ninguna irregularidad se advierte en el proceder de la Fiscalía durante la audiencia pública, ni del Presidente de la fase de juzgamiento sobre el particular.

Las razones expuestas son suficientes para concluir que el cargo no está llamado a prosperar.

1.2. Segundo cargo: Quebranto del principio de congruencia entre acusación y fallo

Al amparo de la causal segunda de casación reglada en el numeral 2º del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el impugnante advera que el fallo no se encuentra en consonancia con la resolución de acusación, en cuanto considera que el funcionario de primer grado no debió haber permitido que en el debate público la Fiscalía variara la calificación jurídica provisional contenida en la pieza acusatoria, es decir, de estafa agravada a peculado por apropiación, pues con ello desconoció el marco jurídico al amparo del cual se estaba desarrollando la audiencia, esto es, los artículos 449 a 456 del Decreto 2700 de 1991, proceder que a la postre dio lugar a un aumento considerable de la

pena.

A partir de lo expuesto, el defensor solicita a la Corporación casar la sentencia, para proferir en su reemplazo la que en derecho corresponda.

Concepto del Ministerio Público

Considera que el tema de la variación de la calificación fue dilucidado en el cargo anterior y que la figura de la congruencia ha sido suficientemente desarrollada por esta Colegiatura, de modo que no solamente debe compararse la acusación y el fallo, sino también las variaciones que a aquella se hayan efectuado, de manera que si en este caso modificó la calificación jurídica en la etapa de la causa al intervenir el fiscal en la audiencia pública, no hay ruptura de la congruencia, pues fue conforme a tal calificación que se profirió la sentencia.

En apoyo de lo expuesto transcribe apartes de las decisiones de 14 de febrero de 2002, radicado 18457 y del 27 de octubre de 2005, radicado 23282.

Con base en lo anotado, el Procurador Delegado considera que el reproche no debe prosperar.

Consideraciones de la Sala

Encuentra la Corporación que una vez abordado en el cargo primero el tema referido a la legalidad de la variación de la calificación introducida por la Fiscalía dentro de la vista pública conforme a los lineamientos del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, los argumentos del recurrente acerca de la incongruencia entre acusación y fallo devienen inconsistentes.

En efecto, si ya la Sala dijo que no encontraba irregularidad en la variación de la

calificación establecida en la audiencia pública cuando se cambió el delito de estafa agravada por el cual venían acusados los procesados, por el de peculado por apropiación, sin dificultad se constata que si tanto el a quo como el ad quem profirieron fallo por el punible contra la administración pública, no hay duda que mantuvieron la consonancia exigida entre acusación y sentencia.

Adicionalmente se tiene que tal como ya ha tenido oportunidad de señalarlo esta Sala “La resolución de acusación, su mutación y la manifestación del juez sobre la necesidad de hacerlo no se excluyen para efectos de la congruencia, por lo que la sentencia puede armonizarse con cualquiera de ellas”¹ (subrayas fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, el reproche propuesto no consigue la casación del fallo impugnado.

2. Demanda a nombre de MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ (segundo cargo)

Con base en la causal tercera de casación, la censora postula la vulneración del debido proceso cuando se varió en el juicio la calificación jurídica de estafa consumada y tentada en la modalidad agravada a peculado por apropiación consumado y tentado.

Precisa que conforme lo ha señalado esta Sala², cuando se presenta un yerro en la denominación jurídica y la conducta omitida es más gravosa, debe decretarse la nulidad del proceso desde la resolución de cierre de la instrucción, pues, en su criterio, sólo de esa manera se garantiza el pleno ejercicio de las garantías fundamentales inherentes al debido proceso, tales como las de solicitar y allegar pruebas que desvirtúen la imputación, presentar alegatos previos a la calificación del mérito del sumario, interponer recursos contra la eventual resolución de acusación, hacer uso del término establecido en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 y presentar alegatos de conclusión en la audiencia pública.

A partir de lo expuesto solicita a la Sala la casación del fallo, en el sentido de invalidar lo actuado desde la resolución de cierre de la instrucción.

Concepto del Ministerio Público

Asevera que la defensora parte de un supuesto equivocado, al considerar que no es posible variar la calificación jurídica cuando de agravar la imputación se trata, cuando por el contrario, es en tales casos que resulta indispensable acudir a tal mecanismo.

Recuerda que la calificación jurídica contenida en la resolución de acusación es provisional, en cuanto se halla sometida a confirmación en el juicio, circunstancia que torna procedente su variación en forma pública, clara y precisa, con el propósito de garantizar al procesado el ajuste de su estrategia defensiva conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000.

Igualmente puntualiza que el trámite de la variación de la calificación es imperativo cuando se va a agravar la situación del procesado, no así cuando se trata de degradar la responsabilidad, según lo ha dilucidado esta Colegiatura en diferentes decisiones como las del 14 de febrero de 2002 (Rad. 18457), 15 de junio de 2005 (Rad. 23069) y 27 de julio de 2007 (Rad. 26468).

Añade que nada diverso a lo anterior ha señalado la Corte en la decisión correspondiente al radicado 21494 que cita la libelista, y que al revisar el trámite de la variación de la calificación impartido en este diligenciamiento, se logra verificar que se sometió a lo establecido en la legislación procesal penal vigente, pues la audiencia pública tuvo lugar el 19 de enero de 2005 y la Ley 600 de 2000 entró a regir el 24 de julio de 2001.

Destaca que una vez la Fiscalía varió la calificación de estafa a peculado por

apropiación, el a quo surtió traslado a los sujetos procesales, quienes tuvieron la oportunidad de solicitar la suspensión de la diligencia para estudiar la nueva calificación y solicitar pruebas, la cual fue aprovechada por algunos de los acusados para deprecar la invalidación del trámite y la práctica de medios probatorios, pedimentos sobre los que se pronunció el juez mediante auto del 8 de febrero de 2005.

De conformidad con lo expuesto, el Delegado considera que tampoco este reproche debe prosperar.

Consideraciones de la Sala

Una vez más consigue verificar la Sala que el sustento medular del reparo se refiere a la variación de la calificación jurídica por parte de la Fiscalía dentro de la vista pública.

Igualmente se observa que nuevamente, como ocurriera en el primer reproche analizado, la defensora se limita a plantear el cargo, pero no señala, ni la Sala advierte, de qué manera la aplicación del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 tiene la virtud de quebrantar el debido proceso del acusado.

En efecto, es evidente que si la Fiscalía observa que es necesario atenuar la imputación, no requiere acudir a la variación de la calificación jurídica provisional, pues le basta así plantearlo en su intervención final, para que sea el juez quien decida si lo tiene en cuenta o no, de modo que la referida variación sólo es necesaria cuando se trata de hacer más gravosa la situación del acusado, v.g. se varía de homicidio culposo a doloso, de cómplice a coautor, etc., y es por tal razón que en el mencionado precepto se alude al “reconocimiento de una agravante” o al “desconocimiento de una circunstancia atenuante”, en el entendido que el juez está facultado para degradar la responsabilidad.

Es oportuno señalar que el mecanismo de corrección del nomen iuris en la acusación

que propone la defensa, esto es, declarar la nulidad de la actuación incluida la resolución de acusación, amén de la nueva realización del juicio, de preferencia sobre el procedimiento reglado en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, no se aviene con los principios que reglan la declaratoria de invalidación.

Sobre el particular se tiene que en virtud del principio de trascendencia, quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso, labor que en este asunto no emprende la recurrente, pues se limita a señalar cuál era el procedimiento correctivo del yerro en el nomen iuris que en su criterio debió emplearse, sin concretar quebrantos para los derechos de su representado.

Tampoco la impugnante se sujeta al principio de residualidad, en virtud del cual, corresponde al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad, pues como sin dificultad se observa, la pretensión invalidatoria no tiene objetivo diverso al de arribar al mismo estadio ya superado, que no es otro que el de acusar por el delito de peculado por apropiación, circunstancia que permite advertir lo inane del reclamo.

Pero lo más importante, es que en la demanda analizada no se pondera el principio de instrumentalidad de las formas, el cual postula la improcedencia de la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

En efecto, en el caso de la especie se constata que si los procesados fueron enterados de la variación de la calificación jurídica provisional y se surtió el trámite pertinente para que solicitaran pruebas y se pronunciaran sobre el particular, como realmente ocurrió, carecería de sentido en el momento actual disponer la invalidación

de la resolución acusatoria para rehacer lo actuado y llegar al mismo resultado, vale decir, es palmario que el proceder del a quo se ajustó a la necesidad de proteger los derechos y garantías de los sujetos procesales, de modo que el acto tachado de irregular cumplió cabalmente su cometido y no lesionó derecho alguno.

De conformidad con lo anotado, considera la Sala que el reproche no puede prosperar.

3. Demanda presentada por el Procurador Judicial

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, dispuesta en el numeral 1º del artículo 207 de la normativa procesal de 2000, el Ministerio Público aduce que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, derivada de la interpretación errónea del artículo 397 del Código Penal.

En el desarrollo del reparo afirma que el Tribunal consideró erróneamente que el citado precepto sustancial limita la multa al valor máximo de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, sin tener en cuenta que dicha disposición en realidad establece que la pena pecuniaria puede imponerse hasta por cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

Agrega que tal yerro determinó que el ad quem disminuyera ostensiblemente la sanción de multa, al imponer unos montos que no exceden de veintitrés millones de pesos (\$23.000.000), en tanto que las apropiaciones superaron la no despreciable suma de mil millones de pesos (\$1.000.000.000).

Entonces, solicita la casación de la sentencia para, en su lugar, proferir fallo de reemplazo en el cual se modifiquen las penas pecuniarias impuestas a los procesados.

De otra parte, el Procurador Judicial afirma que el ad quem trasgredió el artículo

397 de la Ley 599 de 2000, pues a los procesados JORGE MANUEL CAMARGO, CARMEN NAME RUBIO, CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC y DUBYS RAMOS RAMOS les impuso pena de multa, pese a que las conductas por las cuales se profirieron los fallos no consiguieron consumarse, es decir, quedaron en grado de tentativa, circunstancia que impedía cuantificar dichas sanciones condicionadas al valor de lo apropiado.

Entonces, depreca imaginar las penas pecuniarias para los mencionados ciudadanos.

Concepto del Ministerio Público

Dice el Delegado que le asiste razón al recurrente al plantear la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 397 de la Ley 599 de 2000, toda vez que el monto de la pena de multa debió tasarse conforme al valor de lo apropiado, pues el límite de dicha sanción establecido en la citada legislación no es de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales como lo asumió el ad quem, sino de cincuenta mil (50.000) salarios.

Advera que tal interpretación errónea comporta un quebranto para el Tesoro Nacional, pues lo que se pretende en los delitos de peculado es “la recuperación de los bienes objeto de apropiación indebida” y retribuir a los sentenciados por el comportamiento antijurídico que realizaron.

De otra parte, afirma el Ministerio Público que se impone revocar parcialmente el fallo de segundo grado respecto de los procesados que fueron condenados por delitos tentados y pese a ello les fue impuesta pena de multa, dado que no consiguieron apropiarse efectivamente de dinero del erario, circunstancia que torna improcedente imponerles la citada sanción pecuniaria de conformidad con el principio de legalidad y lo reglado en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, en cuanto se ata la multa al valor de lo apropiado, sin

que el artículo 27 de dicho ordenamiento establezca salvedad alguna para cuando se trata de delitos tentados.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, el Delegado solicita a la Sala casar parcialmente el fallo atacado, en el sentido de ajustar la pena de multa al monto de lo apropiado, y excluirla para aquellos que fueron condenados por delitos en grado de tentativa.

Consideraciones de la Sala

1. En cuanto se refiere a la violación directa por interpretación errónea del artículo 397 del Código Penal, considera la Sala que le asiste razón al Procurador Judicial, pues en el fallo de segunda instancia proferido el 4 de diciembre de 2006 por la Sala de Descongestión del Tribunal de Bogotá se afirmó:

“La multa, bajo las directrices del Decreto 100 de 1980, equivalía al valor de lo apropiado, ya en la Ley 600 (sic) de 2000 se limita en cuantía equivalente a lo apropiado sin que supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, circunstancia que resulta más favorable a los intereses de los procesados” (subrayas fuera de texto).

Del párrafo transcrito se concluye que el ad quem incurrió en la mencionada violación directa de la ley sustancial, pues no es cierto que en el artículo 397 de dicha legislación (que corresponde a la Ley 599 y no a la 600) se haya establecido como tope máximo de la multa para el delito de peculado por apropiación cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sino cincuenta mil (50.000).

Por tanto, no podía argumentarse que en virtud del principio de favorabilidad se imponía acudir el precepto citado, sino por el contrario, aplicar dicha norma en toda su integridad, esto es, reconociendo que el monto de la sanción pecuniaria es equivalente al

valor de lo apropiado, sin que exceda el citado tope de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales.

El referido yerro in iudicando del ad quem impone la casación parcial del fallo, con el propósito tasar conforme a la ley (principio de legalidad) las multas impuestas a los procesados.

Conviene precisar que con la casación de la sentencia no se persigue asegurar “la recuperación de los bienes objeto de apropiación indebida”, como equivocadamente lo señala el Procurador Delegado, pues la pena de multa resulta por completo ajena a la indemnización de perjuicios, pese a que el monto de una y otra puedan resultar iguales o por lo menos similares, al punto que el pago de la pena de multa está ordenado en favor del Tesoro Nacional, en tanto que la cancelación de la indemnización de perjuicios se dispone en beneficio de la persona jurídica titular del bien jurídico lesionado.

Advertido lo anterior y teniendo en cuenta para ello lo establecido en las actas en las cuales intervinieron los acusados, se revoca la tasación de las multas efectuada por el Tribunal, para en su lugar cuantificarlas como sigue, sin olvidar que para el año 1998, época probable de realización de la defraudación, el Decreto 3106 de 1997 estableció el salario mínimo legal mensual en \$203.826, de manera que cincuenta mil (50.000) salarios equivalían a \$1.019.300.000.00, tope máximo para la pena de multa establecido en el artículo 397 de la Ley 599 de 2000.

(i) MELBA ESTHER ERAZO HERNANDEZ: Multa de \$1.300.914.956,20, se impone tasar por el monto máximo de \$1.019.300.000.00.

(ii) MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ: Multa de \$1.154.958.785.00, impera tasar por el monto máximo de \$1.019.300.000.00.

(iii) JORGE VITALY MONROY: Multa de \$3.300.025.114.00, es necesario dosificar por el tope más alto establecido en la ley de \$1.019.300.000.00.

(iv) VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA SANTIAGO: Multa de \$3.513.513.502.00, se tasa por el monto máximo de \$1.019.300.000.00.

(v) FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ: Multa de \$4.579.842.036.00, se dosifica en el límite máximo de \$1.019.300.000.00.

(vi) JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ: Multa de \$3.075.599.712.00, se tasa en el tope máximo legal \$1.019.300.000.00.

(vii) MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ: Multa de \$2.397.635.965.00, se dosifica en el monto máximo definido en la ley de \$1.019.300.000.00.

2. Respecto de la marginación de las penas de multa para aquellos procesados cuyas conductas no consiguieron consumarse, considera la Sala que también le asiste razón al Procurador Judicial demandante, así como al Delegado en su concepto, toda vez que si el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 establece que la sanción de multa será “equivalente al valor de lo apropiado”, resulta incuestionable que la apropiación se erige en factor-condición, determinante al cuantificar la sanción pecuniaria, de manera que si no consigue consolidarse dicho verbo rector y la conducta queda en grado de tentativa, es improcedente imponer la referida pena.

De conformidad con lo anterior, también se impone casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de marginar las sanciones pecuniarias respecto de los acusados JORGE MANUEL CAMARGO, CARMEN NAME RUBIO, CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC y DUBYS RAMOS RAMOS, cuyas conductas no consiguieron consumarse.

Cuestión final

En atención a que las sanciones impuestas en este trámite son consecuencia de delitos que han afectado el patrimonio del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Carta Política se dispone imponer inhabilidad para el desempeño de funciones públicas a quienes ostentaban la condición de servidores públicos al momento de cometer los comportamientos por los cuales se les sanciona, esto es, JORGE VITALY, VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ y JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ.

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. NO CASAR la sentencia recurrida, con base en los planteamientos de los defensores de JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ, MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ VEGA y MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, de acuerdo con las razones contenidas en la anterior motivación.

2. CASAR parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de tasar en \$1.019.300.000.00 el monto de la pena de multa impuesta a cada uno de los acusados MELBA ESTHER ERAZO HERNANDEZ, MANUEL ARTURO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, JORGE VITALY MONROY, VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA SANTIAGO, FREDY MIGUEL GONZÁLEZ MUÑOZ, JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ y MYRIAM DEL CARMEN RODRÍGUEZ por las razones expuestas en esta providencia.

3. CASAR parcialmente la sentencia atacada, en cuanto se refiere a marginar la sanción de multa impuesta a los procesados JORGE MANUEL CAMARGO, CARMEN NAME RUBIO, CÉSAR AUGUSTO COLPAS HAAC y DUBYS RAMOS RAMOS.

4. PRECISAR que a los procesados JORGE VITALY, VÍCTOR CIPRIANO MENDOZA,

FREDY MIGUEL GONZÁLEZ y JOSÉ ABELLO MARTÍNEZ, se les impone la inhabilidad de que trata el artículo 122 de la Carta Política.

5. SEÑALAR que los restantes ordenamientos de la sentencia se mantienen incólumes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia del 14 de febrero de 2002. Rad. 18457.

2 Cita el fallo del 23 agosto de 2006. Rad. 21494.