

Proceso n.º 35403

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

Aprobado Acta N° 413.

Bogotá, D. C., diciembre nueve (9) de dos mil diez (2010).

VISTOS:

Procedería la Sala a pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Carlos Guillermo Rubio Fandiño, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta misma ciudad que lo condenó como autor responsable de las conductas punibles de falsedad material de documento público agravada por el uso y estafa simple, si no se observara que la acción penal (y civil) derivada de tales delitos prescribió en el traslado al recurrente, situación que pasó por alto la Corporación de segundo grado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Los primeros fueron tratados en el fallo impugnado de la siguiente forma:

Los hechos que dieron origen a la presente actuación tuvieron ocurrencia el seis de junio

de dos mil uno, día en el que los señores Carlos Guillermo Rubio Fandiño y Fernando Antonio Rubio Fandiño suscribieron contrato de compraventa del tracto camión de placas UFQ 377 marca Kenworth, modelo 1994, con Gerardo Antonio Alvarado Parra, no obstante que sobre el automotor pesaba el embargo decretado y comunicado, según oficio 648 del 15 de marzo de 2001, por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá.

A fin de facilitar la venta del vehículo, el supuesto oficio de levantamiento del embargo N° 874 del 20 de junio de 2001, aparentemente emitido por el Juzgado 38 Civil del Circuito, fue registrado en la Secretaría de Tránsito y Transportes de La Calera. Tal documento a la postre resultó ser falso.

El precio acordado por la compraventa del tracto camión fue de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000).

1. Por los anteriores episodios, el 24 de junio de 2005 la Fiscalía 138 Seccional de Bogotá profirió resolución de acusación contra el vinculado Carlos Guillermo Rubio Fandiño como presunto autor de los delitos de falsedad material en documento público agravada por el uso y estafa simple (arts. 220, 222-2 y 356 del Decreto 100 de 1980), y precluyó la investigación a favor de Fernando Arturo Rubio Fandiño, pronunciamiento que alcanzó ejecutoria el 27 de septiembre siguiente cuando quedó en firme el proveído que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto pero no sustentado por su defensor.

3. Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado 8° Penal del Circuito de Bogotá, que cumplidas las audiencias preparatoria y de juzgamiento, mediante sentencia de julio 31 de 2009 condenó al acusado como autor responsable de las conductas punibles materia de la acusación a las penas de treinta y dos (32) meses de prisión, multa de cien mil pesos (\$100.000), inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas

por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad, al pago de indemnización de perjuicios y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

4. Esa providencia fue apelada por el defensor del procesado Rubio Fandiño y el Tribunal Superior de esta ciudad el 16 de junio de 2010 la confirmó, pero la adicionó en el sentido de compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue la posible ejecución del delito de fraude procesal.

5. Contra el fallo de segundo grado el mismo recurrente en primera instancia interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad quem en auto del 23 de julio siguiente, corriendo el traslado para presentar la demanda entre el 25 de agosto y el 5 de octubre, en esta última fecha fue presentado el libelo, el 6 de octubre comenzó a surtir el traslado previsto para los no recurrentes el cual venció el 27 de octubre, y el 18 de noviembre se ordenó que el asunto fuera enviado a esta Corporación a donde arribó en la misma fecha ya estando prescrita la acción penal como se analizará adelante, sin que el Tribunal se hubiese ocupado de tal situación como era su deber.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- En relación con la prescripción de la acción penal cuando ella se presenta con posterioridad a la sentencia de segundo grado, o antes en los eventos de simple constatación objetiva, la jurisprudencia de la Sala tiene definido que su declaración corresponde al juez de segunda instancia o a esta Corporación, cuando aquél pasa por alto tal situación.

Es así como frente a esta temática, una vez constatado que la prescripción de la acción penal solicitada no implicaba una verificación meramente objetiva, la Corte expresó:

(...), la denuncia en sede de casación sobre la consolidación del fenómeno de la prescripción de la acción penal ocurrida en la fase instructiva o antes del proferimiento

del fallo de segundo grado, debe plantearse en la demanda al amparo de la causal tercera.

Y es que de haberse continuado con el ejercicio del poder punitivo del Estado después de que, por virtud del mero transcurso del tiempo perdió dicha facultad, la actuación posterior a ese momento deviene inválida. Pero, además, su demostración corresponde hacerse por los derroteros de la causal primera en cualquiera de sus sentidos y modalidades.

(...) Tal ha sido el pacífico criterio jurisprudencial contenido, entre otros, en los siguientes pronunciamientos de la Sala:

... (...) repugnaría a un sentimiento general de justicia que se considerada válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar el juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado.

Por otros aspectos, pretender la alegación de este vicio por la causal primera de casación resultaría contradictorio con la naturaleza de esa formulación y el fin que en ese caso se persigue, pues quien alega violación directa o indirecta parte del presupuesto de la validez del proceso centrando su ataque en la ocurrencia de errores al interior de la sentencia, y además persigue la expedición de un fallo de sustitución que obviamente se hace de imposible proferimiento a falta de una acción penal vigente¹.

Luego se indicó:

La Corte no advierte en esta propuesta de ataque contradicción intrínseca alguna que impida su estudio, como lo postula el Procurador Delegado en su concepto. Por el contrario, considera que la solicitud de prescripción al interior del mismo cargo resulta correcta, en cuanto se presenta como consecuencia de su prosperidad. Tampoco advierte equivocación en la selección de la causal invocada, pues la prescripción, en los

términos que ha sido planteada en la demanda, solo se consolida con ocasión de la decisión que llegare a tomarse en esta sede como motivo del recurso de casación, situación que resulta ser distinta de aquella en la cual el fenómeno se ha consolidado antes de ser proferido el fallo de segundo grado, en cuyo caso la causal a invocar debe ser la tercera.²

En posterior ocasión se expresó:

La extinción de la acción penal por razón de la prescripción debe plantarse a través de la causal tercera de casación por violación del debido proceso, no obstante que se hubiera admitido en providencia del 21 de marzo de 2001 con ponencia del magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, Rdo. 17.106, que también podía hacerse por la primera.

Así, ha dicho la Sala que la prosecución de una actuación no empece haberse extinguido la acción penal constituye un error de actividad y no de juicio, en cuanto al entrar a operar el fenómeno prescriptivo el Estado pierde la facultad de adelantar el proceso. Cuando esto ocurre, lo pertinente es disponer la cesación de todo procedimiento criminal y no dictar el fallo de reemplazo, que sería el resultado en el evento de prosperar un cargo fundado en la causal primera, atribución de la cual carece la Corte de presentarse el caso –Cfr. Sentencia del 29 de octubre de 2001, Rdo. 15.570, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda, reiterada en la del 13 de enero del año en curso, Rdo. 20200, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

De esta manera retomó la Sala la tesis que de antaño venía pregonando, al sostener, entre otros pronunciamientos, el que la Delegada evoca, de que la alegación de la prescripción de la acción penal en casación debe encausarse al auspicio de la causal tercera, por la vía de la nulidad³.

... Cuando la prescripción de la acción penal ocurre durante la etapa de instrucción o en el período de la causa, pero de todas maneras antes de proferirse la sentencia de

segunda instancia, la Sala tiene dicho que “recurrida ésta en casación y admitida la respectiva demanda por cumplir con los requisitos formales señalados en la ley (arts. 212 y 132 P.P., antes 225 y 226) lo procedente es casarla oficiosamente, ..., si, como en este caso, no fue objeto de específica acusación, pues resulta incuestionable que fue dictada respecto de una acción, que por el fenómeno prescriptivo aludido, ya no podía proseguirse. La presunción de legalidad que ampara los fallos de instancia, se quiebra ante la vulneración del debido proceso, dado que no pueden culminar las instancias mediante decisiones que jurídicamente no pueden proferirse y, como quiera que, por la calificación y admisión de la demanda se ha iniciado el debido proceso de la casación, éste debe culminar en sentencia que le ponga fin.

Situación distinta se presenta cuando la prescripción de la acción es sobreviniente a la sentencia del ad quem, caso en el cual, a la sentencia de segunda instancia no se le puede atribuir ilegalidad alguna, pues el Estado conservaba incólume su facultad punitiva para dictarla, por consiguiente, en dicha situación, lo indicado es acudir a la cesación de procedimiento⁴.

Y, en reciente oportunidad se precisó:

(...) La prescripción desde la perspectiva de la casación, puede producirse: a) antes de la sentencia de segunda instancia; b) como consecuencia de alguna decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad; o, c) con posterioridad a la misma, vale decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria.

Si en las dos primeras hipótesis se dicta el fallo, su ilegalidad es demandable a través del recurso de casación, porque el mismo no se podía dictar en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo.

Frente a la tercera hipótesis la solución es diferente. En tal evento la acción penal estaba vigente al momento de producirse el fallo y su legalidad en esa medida resulta

indiscutible a través de la casación, porque la misma se encuentra instituida para juzgar la corrección de la sentencia y eso no incluye eventualidades posteriores, como la prescripción de la acción penal dentro del término de ejecutoria.

Cuando así sucede, es deber del funcionario judicial de segunda instancia o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se cumpla el término prescriptivo, de oficio o a petición de parte. Pero si no se advierte la circunstancia y la sentencia alcanza la categoría de cosa juzgada, la única forma de remover sus efectos e invalidarla es acudiendo a la segunda de las causales que hacen procedente la acción de revisión⁵6.

2.- En el presente asunto el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal se consolidó con posterioridad al proferimiento de la sentencia de segunda instancia y antes de que el asunto llegara a la Corte, luego entonces de acuerdo con el marco jurisprudencial antes indicado, le corresponde a la Corte su definición.

3.- De conformidad con la preceptiva del artículo 83 de la ley 599 de 2000, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso ese lapso podría ser inferior a 5 años, ni exceder de 20, salvo para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, que será de treinta (30) años.

La iniciación del término de prescripción comienza a contarse, para los delitos instantáneos, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto en los tentados o permanentes. Este tiempo se interrumpe por la resolución de acusación, o su equivalente, debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, el término de prescripción comienza a correr de nuevo por un período igual a la mitad del señalado en el artículo 83 ibídem, pero en ningún caso podrá ser inferior a 5 años, ni superior a 10.

4.- Si bien al procesado Carlos Guillermo Rubio Fandiño en la resolución de acusación y en las sentencias de instancia se le atribuyó las conductas punibles de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso y estafa simple previstas en los artículos 220, 222-2 y 356 del decreto ley 100 de 1980, pese a que frente a esta última se daba la circunstancia de agravación establecida en el artículo 372-1, aspecto que fue omitido tanto en la providencia calificatoria como la posibilidad de su variación, para efectos de la prescripción de la acción penal por principio de favorabilidad operan los artículos 287, 291 y 246 de la ley 599 de 2000, preceptos que establecen una pena máxima privativa de la libertad de nueve (9) años y ocho (8) años de prisión, para cada uno de tales delitos, mientras que en las disposiciones del cp de 1980 serían de doce (12) y diez (10) años, respectivamente.

Para efectos de establecer el término de la prescripción en este caso, se parte del máximo de pena señalado en las normas infringidas, esto es, 9 y 8 años, término que disminuido en la mitad por razón de la interrupción de la resolución de acusación ejecutoriada, queda reducido a 4 años y 6 meses y 4 años, en su orden. Lo anterior significa que en este particular asunto, el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los delitos objeto del fallo opera en un término de 5 años (artículo 86, inciso 2°, cp de 2000).

Como la resolución de acusación, tal como ya se advirtió, alcanzó ejecutoria el 27 de septiembre de 2005, lo que quiere significar que el tiempo mínimo señalado por la ley para que operara la prescripción de la acción penal en el juicio (5 años), se cumplió el 26 de septiembre de 2010, es decir, antes de que venciera el traslado para el recurrente, situación que pasó por alto el Tribunal Superior de Bogotá, y obviamente antes de que el proceso llegara a la Corte.

Lo anterior, entonces, constituye razón suficiente para que la Sala proceda a declarar la prescripción y la extinción de las acciones penal y civil, derivadas de las conductas punibles

de falsedad material en documento público agravada por el uso y estafa simple, porque esta última se ejercitó dentro del proceso penal (artículo 98 ibídem) y a ordenar, en consecuencia, la cesación del procedimiento seguido contra Carlos Guillermo Rubio Fandiño.

El juzgado de primera instancia realizará las anotaciones y cancelaciones que se deriven de lo decidido en esta providencia, contra la cual procede el recurso de reposición.

5.- Encuentra la Sala que en el presente asunto la fase del juicio se inició el 5 de diciembre de 2005 y la audiencia de juzgamiento terminó el 21 de julio de 2009, esto es, pasados tres (3) años y siete (7) meses. La sentencia de primera instancia se dictó el 31 de julio de 2009 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito Adjunto, providencia que al ser recurrida originó que el proceso llegara al Tribunal Superior de esta ciudad el 31 de agosto siguiente, y la decisión de segundo grado fue proferida el 16 de junio de 2010, al cabo de más de nueve (9) meses, a pesar de la inminencia de la prescripción que, como quedó visto, se consolidó el 26 de septiembre de 2010. Por lo anterior, se dispondrá que la Secretaría compulse copias de la actuación correspondiente con destino al Consejo Seccional de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Cundinamarca y a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para los fines que estimen pertinente.

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

RESUELVE:

- 1.- Declarar prescritas y extinguidas las acciones penal y civil derivadas de las conductas punibles de falsedad material en documento público agravada por el uso y estafa simple atribuidas al procesado Carlos Guillermo Rubio Fandiño.
- 2.- Ordenar, en consecuencia, la cesación del procedimiento adelantado contra el

mencionado acusado.

3.- Disponer que por el Juzgado de primera instancia se realicen las anotaciones y cancelaciones pertinentes.

4.- Ordenar que la Secretaría de la Sala compulse las copias con la finalidad y los destinos indicados.

Contra esta providencia procede el recurso de reposición.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen. Cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Salvamento parcial de
voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
IBÁÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO J.

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
SOCHA SALAMANCA

JULIO E.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia octubre 13 de 1994, Radicado 8690.

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia mayo 28 de 2000, Radicado 16.441.

3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia marzo 24 de 2003, Radicado 20.164, reiterada en auto de junio 2 de 2004, Radicado 21.484.

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia octubre 24 de 2003, Radicado 17.466.

5 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia junio 30 de 2004, Radicado 18.368.

6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto septiembre 8 de 2004, Radicado 22.588.