

Proceso nº 35363

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.225

Bogotá D.C., seis (06) de julio de dos mil once (2011).

VISTOS

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de apropiada argumentación de las demandas de casación presentadas por los defensores de INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ, JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR y MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA en contra de la sentencia de 19 de mayo de 2010, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, con modificaciones, la emitida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión (Foncolpuertos-Cajanal) del mismo Distrito Judicial—, por cuyo medio condenó a las dos primeras como determinadoras del concurso homogéneo y heterogéneo de los delitos de peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa y prevaricato por acción, en tanto que a la última, también por esos mismos ilícitos, en igual grado de participación accesorio, en concurso con peculado por apropiación agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El aspecto fáctico fue presentado por el Tribunal así:

“A raíz de la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo de Barranquilla numerosos trabajadores y extrabajadores, a través de abogados, presentaron reclamaciones laborales ilegales, unos por vía administrativa y otros por vía judicial, para lo cual suscribieron actas de conciliación presuntamente realizadas ante Inspectores de Trabajo de la Regional de Atlántico, las cuales sirvieron de base para promover diversos procesos ejecutivos en Juzgados Laborales de esa ciudad, que dieron origen a la expedición de mandamientos ejecutivos algunos cancelados por Foncolpuertos, otros por la Fiduciaria del Pacífico FIDUPACÍFICO, mediante contratos de Fidecomiso.

“Las irregularidades así enunciadas fueron puestas de presente por FIDUPACÍFICO en acción de tutela instaurada por ésta, que a la postre originó investigación penal contra funcionarios, empleados, abogados y trabajadores de dicha empresa”.

Con base en la compulsación de copias ordenadas por la Corte Constitucional en virtud del fallo en la acción de tutela promovida por la Fiduciaria del Pacífico FIDUPACÍFICO, la Fiscalía adelantó la investigación penal correspondiente y mediante decisión de 29 de agosto de 2003 (confirmada el 29 de diciembre de 2004) profirió resolución de acusación en contra de las abogadas JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTUFAR, MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA e INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ, así como en contra del empleado judicial, RENZO LUIS PRETELT, calificación jurídica que modificó el 13 de diciembre de 2007 en desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento como pasa a describirse en el siguiente cuadro:

Procesado

Resolución de acusación

Variación de la calificación

INGRID MARÍA FERRER RODRIGUEZ

Determinadora

- Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.

Coautora

- Estafa agravada en la modalidad de tentativa en concurso homogéneo.
- Fraude procesal en concurso homogéneo.
- Concierto para delinquir.

Determinadora

- Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.
- Peculado por apropiación agravado en la modalidad de tentativa en concurso homogéneo.
- Prevaricato por acción en concurso homogéneo.

Coautora

- Concierto para delinquir.

MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA

Determinadora

- Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.

Coautora

- Estafa agravada consumada y en la modalidad de tentativa en concurso homogéneo.
- Fraude procesal en concurso homogéneo.
- Concierto para delinquir.

Determinadora

- Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.
- Peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo.
- Peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa en concurso.
- Prevaricato por acción en concurso homogéneo.

Coautora

- Concierto para delinquir.

JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTUFAR

Determinadora

- Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.

Coautora

- Estafa agravada en el grado de tentativa en concurso homogéneo.
- Fraude procesal en concurso homogéneo.

- Concierto para delinquir.

Determinadora

- Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.
- Peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa en concurso homogéneo.
- Prevaricato por acción en concurso homogéneo.

Coautora

- Concierto para delinquir.

RENZO LUIS PRETELT MANOTAS

Determinador

- .-Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.

Coautor

- .-Estafa agravada en el grado de tentativa en concurso homogéneo.
- Fraude procesal en concurso homogéneo.
- Concierto para delinquir.

Determinador

- Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.
- Peculado por apropiación agravado en tentativa en concurso homogéneo.

-Prevaricato por acción en concurso homogéneo.

Coautor

- Concierto para delinquir.

La fase del juicio la adelantó el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Descongestión –Foncolpuertos—, despacho que tras surtir el acto público de juzgamiento, mediante fallo de 28 de noviembre de 2008 condenó a los procesados de la siguiente forma:

Procesado

Delitos

Sanción

INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ

Interviniente

Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.

Determinadora

Prevaricato por acción en concurso homogéneo.

Peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa en concurso homogéneo.

Coautora

Concierto para delinquir.

Nueve (9) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

Accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogada.

MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA

Determinadora

Peculado por apropiación agravado, tanto consumado, como tentado, en concurso homogéneo.

Prevaricato por acción en concurso homogéneo.

Interviniente

Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.

Coautora

Concierto para delinquir.

Catorce (14) años de prisión.

Multa de \$421.361.840.08.

Interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena aflictiva de la libertad.

Accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogada.

JAQUELINE ELIZABETH ROJAS MONTUFAR

Determinadora

Peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa en concurso homogéneo.

Prevaricato por acción en concurso homogéneo.

Interviniente

Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.

(en la parte resolutive del fallo no hay mención al concierto para delinquir).

Once (11) años y tres (3) meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas.

Accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogada.

RENZO LUIS PRETELT MANOTAS

Determinador

Prevaricato por acción en concurso homogéneo.

Peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa en concurso homogéneo.

Falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo.

Coautor

Concierto para delinquir

Once (11) y tres (3) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

En virtud del recurso de apelación formulado por los defensores de todos los procesados, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 19 de mayo 2010 cesó todo procedimiento a favor de RENZO LUIS PRETEL MANOTAS por cuanto las conductas a él atribuidas ya habían sido objeto de investigación y decisión y no podía mediar doble incriminación. También le cesó procedimiento por prescripción de la acción penal derivada del delito de falsedad ideológica en documento público.

Esa última determinación (cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal) cobijó a las procesadas INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ, MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA y JAQUELINE ELIZABETH TORRES MONTUFAR únicamente por los delitos de falsedad ideológica en documento público y concierto para delinquir, (ilícitos que no sufrieron alteración en el trámite de la variación de la calificación jurídica), cuando judicialmente se aceptó que desde el momento en que había adquirido firmeza la resolución de acusación —29 de diciembre de 2004—, había transcurrido el término de prescripción correspondiente a la fase del juicio para tales punibles.

No sucedió lo mismo para los restantes comportamientos, especialmente para el prevaricato por acción¹, por cuanto se sostuvo que al haber sido una de las conductas modificadas en el proceso de variación de la calificación jurídica, el lapso de prescripción debía contarse desde el momento en el cual el Fiscal en desarrollo de la audiencia pública instó tal trámite, esto es, a partir del 13 de diciembre de 2007, y por ende, el término prescriptivo aún no se había cumplido.

De manera que el ad quem mantuvo para las procesadas las condenas de la siguiente manera, con la consecuente redosificación:

Procesado

Delitos

Sanción

INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ

Determinadora

Peculado por apropiación agravado en la modalidad de tentativa en concurso homogéneo.

Prevaricato por acción en concurso homogéneo

Noventa y dos (92) meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas

Accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogada por el mismo término

MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA

Determinadora

Peculado por apropiación agravado en concurso homogéneo

Peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa en concurso homogéneo

Prevaricato por acción en concurso homogéneo

Ciento treinta y ocho (138) meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones o públicas multa de \$421.631.840,04

Accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogada por el mismo lapso de la pena aflictiva de la libertad.

JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR

Determinadora

Peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa en concurso homogéneo

Prevaricato por acción en concurso homogéneo

Ciento diez (110) meses prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas

Accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogada por el mismo término.

Los apoderados de las condenadas impugnaron extraordinariamente el fallo de segundo grado con las respectivas demandas de casación, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LAS DEMANDAS

En nombre de INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ

Al amparo de la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, estima que la sentencia es violatoria de los artículos 29 de la Constitución Política, 2º, 20 y 24 del citado ordenamiento adjetivo.

Expone que a su asistida le fue negada la prisión domiciliaria pese a que cumplía los requisitos previstos en los artículos 11 de la Ley 750 de 2002 y 2º de la Ley 82 de 1993, por ser madre cabeza de familia, para lo cual aporta declaraciones extrajuicio que dan cuenta de tal condición.

De otro lado, aduce que en el fallo fue acogido el sistema de dosificación de la Ley 599

de 200, cuando le era más favorable el contemplado en el Código Penal de 1980, pues se tomó el cuarto punitivo más alto para el delito de mayor gravedad, peculado por apropiación para partir de 70 meses, cuando debió hacerse desde 36 meses de prisión.

Señala que además se consideró una circunstancia agravante, pues si bien su representada actuó en el ejercicio de la profesión de abogada, solo presentó las reclamaciones laborales que no se “consumaron”.

Dice no compartir que se tomen tres delitos de peculado por apropiación por el hecho de tratarse de tres actas de conciliación, porque en su parecer, es un solo delito en el grado de tentativa, máxime que en Colombia nadie puede ser condenado ni sancionado varias veces por el mismo delito.

Por lo tanto, solicita a la Sala casar la sentencia, redosificarle la sanción impuesta a su representada al fijarla en definitiva en 46 meses y concederle la prisión domiciliaria.

En nombre de MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA

Primer cargo: Nulidad

Denuncia que, sin declarar la nulidad de la actuación desde el cierre de la instrucción, se varió la calificación por error en la denominación jurídica al tomar una conducta más gravosa, en clara contravía de los artículos 29, 228, 230 de la [Constitución Política](#), 40, 44, 45 de la Ley 153 de 1887, 449 a 456 de Decreto 2700 de 1991; 2º, 6º, 8º, 9º, 13, 23, 24, 342 inciso 2º y 410 de la Ley 600 de 2000, 6º y 13 del Código Penal.

Pone de presente que la actuación en la instrucción y parte del juzgamiento, incluso en el inicio de la audiencia pública, se surtió bajo el Decreto 2700 de 1991, normativa que debió seguirse aplicando en virtud de lo normado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887,

y no tener en cuenta las disposiciones de la Ley 600 de 2000, pues se acudió al instituto de la variación de la calificación jurídica para agravar la situación de su asistida al mudar los delitos de estafa agravada y fraude procesal, por los ilícitos de peculado por apropiación y prevaricato por acción, respectivamente, sin que para ello mediara algún fundamento probatorio.

Por lo tanto, solicita a la Corte, declarar la nulidad del fallo a fin de emitir el que “en derecho corresponda”.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Pregona la aplicación indebida de los artículos 12, 22, 397, 413 del Código Penal al dar por establecido los juzgadores que el actuar de la inculpada, en el cobro de las actas de conciliación calificadas de falsas, fue producto de su actividad dolosa para obtener la apropiación de los dineros del Estado (peculado), estar concertada con otros (concierto para delinquir) y participar en el proferimiento de resoluciones contrarias a la ley (prevaricato)

Para el libelista, no se demostró probatoriamente el conocimiento preciso que tenía la inculpada respecto de los elementos de cada tipo penal endilgado, pues en el fallo sólo se afirma que “conocía la ilicitud de su actuar”, acudiendo a probar el dolo a situaciones normales en el accionar de un abogado litigante de trabajar con documentos, títulos valores o cualquier otro que preste mérito ejecutivo, proceder en todo caso alejado del conocimiento y voluntad que exigen los delitos imputados.

Bajo esa óptica, señala que el Tribunal debió emitir sentencia absolutoria a favor de su representada por ausencia de culpabilidad en cuanto no hay prueba directa o indirecta de su responsabilidad, sentido en el cual pide a la Sala emitir su decisión.

En nombre de JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR

Parte de la premisa relacionada con que la acción penal derivada de los delitos de estafa agravada en el grado de tentativa y fraude procesal estaba prescrita para el momento de proferirse la confirmación de la resolución de acusación.

Critica al Tribunal por entender que lo alegado por la defensa era prescripción de la acción penal en la fase del juicio al contabilizar los términos a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación y no desde la realización de los comportamientos, como se había solicitado.

Para el fin anterior, asevera que de tomar la fecha de creación de las actas 2216, 2271, 2533, 2514, 1547 y 1558, esto es, el 31 de diciembre de 1997, como la resolución de acusación adquirió firmeza el 29 de diciembre de 2004, para ese momento ya había prescrito la acción penal del delito de estafa en la modalidad de tentativa, según la penalidad del artículo 246 del Código Penal de 2000, aún con el aumento punitivo por haber recaído la acción sobre bienes del Estado que arrojaba un lapso de seis (6) años.

Que la misma situación se predicaría del ilícito de fraude procesal, cuyo término de prescripción de cinco (5) años transcurrió desde el 31 de diciembre de 1997 hasta mucho antes de emitir la calificación del sumario, lo cual impedía variar la calificación jurídica en el juicio.

Y respecto del delito de peculado por apropiación en el grado de tentativa, asevera que al contabilizar los términos en la fase del juicio, correspondería a cinco (5) años, ocho (8) meses, lapso que también ya transcurrió.

Primer cargo: Nulidad

Para el censor, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, se varió la calificación

jurídica en la etapa del juicio de estafa agravada en el grado de tentativa a peculado por apropiación, también en la modalidad de tentativa, y de fraude procesal a prevaricato por acción.

Explica que el Fiscal argumentó tal variación por error en la calificación, pero el Tribunal estimó que ello había obedecido a prueba sobreviniente, ante el informe de la firma “Arthur Andersen Ltda.” respecto de las anomalías encontradas en el proceso de liquidación de Foncolpuertos, desdeñando así que tal escrito había sido conocido por el ente acusador desde 1998, antes de calificarse el sumario.

Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial

Postula la aplicación indebida del artículo 30 inciso 1° del Código Penal, porque si en la variación de calificación jurídica se hizo mención a la conducta de los abogados que trabajaron inicialmente para Foncolpuertos como determinadores en la empresa criminal —de la cual hacían parte también autoridades administrativas y judiciales de manera mancomunada con pleno conocimiento de la ilicitud—, el grado de participación de su asistida no podría ser la de determinadora, sino coautora pues los instigadores fueron los funcionarios que se habían retirado de la empresa al dejar en marcha sus designios, los cuales fueron ejecutados por los determinados, entre ellos, los abogados externos y su representada.

Expone que ello incidiría en la diminuyente de una cuarta parte de la pena contemplada para el coautor que no tiene las cualidades del sujeto activo de la conducta punible, por lo tanto, solicita a la Corte casar el fallo y consecuentemente redosificarle la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De manera preliminar la Sala se debe ocupar del estudio de la prescripción de la acción penal alegada por uno de los demandantes, para seguidamente abordar los cargos

comunes relacionados con la nulidad por la variación de la calificación jurídica y, finalmente, analizar los reproches independientes.

1. De la prescripción

El defensor de JAQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR aduce que la acción penal derivada de los delitos de estafa agravada en el grado de tentativa y fraude procesal, estaba prescrita para el momento en que se emitió la confirmación de la resolución de acusación y que el delito de peculado por apropiación en el grado de tentativa también prescribió ya en la fase del juicio al corresponder un término de cinco (5) años, ocho (8) meses.

El fenómeno de la prescripción de la acción penal según lo normado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (art. 80 del anterior Código Penal), opera durante la etapa instructiva si transcurre un término igual al máximo de la sanción privativa de la libertad establecida en la ley, pero en ningún caso en un lapso inferior a cinco (5) años, ni superior a veinte (20) años.

Igualmente, conforme con el artículo 86 del nuevo Código Penal (art. 84 del anterior), el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y comienza a contarse nuevamente por un tiempo igual a la mitad del establecido para la etapa de instrucción, sin que pueda ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).

De otro lado, de acuerdo con el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, es posible introducir variaciones a la calificación jurídica en la fase del juicio, teniendo en cuenta que la calificación hecha en la resolución de acusación es una medida de carácter eminentemente provisional, con la virtud jurídica de que hace tránsito a cosa juzgada material.

En este caso medió la variación de la calificación jurídica en la fase del juicio al mudar el concurso de delitos de estafa agravada en el grado de tentativa por el de peculado por apropiación agravado en la modalidad de tentativa, y el de fraude procesal por el de prevaricato por acción, delitos éstos que fueron acogidos en el fallo.

Las anteriores precisiones le permiten a la Corte evidenciar una falencia insuperable en cuanto el libelista no encamina el reproche bajo la causal tercera de casación denunciando la ilegalidad del fallo por haber sido adoptado una vez que el Estado perdió su potestad persecutora y sancionadora de los delitos.

Desconoce que para postular un yerro de esa estirpe corresponde hacerlo al amparo de la causal tercera, pero desarrollarlo de acuerdo con la causal primera de casación a fin de evidenciar la manera como se produjo el error de juicio del juzgador, sea por la vía directa en la selección de la norma o indirecta debido a yerros probatorios que lo llevaron a desdeñar que por el transcurso del tiempo no se podía ya emitir una sentencia.

Además de lo anterior, el censor no tiene en cuenta el criterio jurisprudencial según el cual, independientemente de haberse surtido el trámite de la variación de la calificación jurídica, contemplado en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, el término prescriptivo opera respecto del punible por el que se haya emitido la condena, siempre y cuando la imputación sea correcta.

Dicho de otro modo, de aceptar en el fallo esa variación de la calificación jurídica, es esa nueva delimitación típica la que gobierna el fenómeno de la prescripción.

Así, en proveído de 26 de julio de 2010 (radicado 34539) la Corte sostuvo que:

“...es la infracción penal conforme a la cual el Estado ejerció su poder punitivo, esto es, la fijada en la sentencia, la que rige a efecto de contabilizar el término prescriptivo, el cual durante el juicio, en todo caso corre de nuevo desde el momento en que se interrumpe la

prescripción, es decir, con la resolución acusatoria o su equivalente -aceptación de cargos—, debidamente ejecutoriada”.

En similar sentido a lo planteado por el impugnante la Sala en auto de 3 de diciembre de 2009 (radicado 32.763), clarificó que:

“El libelista asegura que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el término para determinar la prescripción de la acción penal está dado por las conductas punibles contenidas en la resolución de acusación, al igual que cuando en el juicio se ha variado la calificación jurídica de la infracción, pues la nueva postura de la fiscalía o del juez ‘solo obtendrá firmeza en el evento que se valide imponiendo la condena que para ese tipo penal la ley establezca por medio de la sentencia y esa también cobre ejecutoria’.

“Como respaldo de esa hipótesis, invoca la decisión proferida por esta Corporación el 14 de febrero de 2002, dentro del radicado No 18457, cuyos fundamentos argumentativos de ninguna manera conducen a las conclusiones aludidas en el libelo. Todo lo contrario; la lectura integral de la providencia en cita es muy clara en señalar que el delito respecto del cual se contabiliza el término de prescripción de la acción penal, cuando se ha variado la calificación jurídica de la infracción en la etapa del juicio, es aquél por el cual se profiere sentencia condenatoria. (Subrayas ajenas al texto)

(...)

“Es claro, entonces, que si los procesados fueron condenados por el delito de peculado por apropiación, el término de prescripción debe contabilizarse respecto de esta conducta punible y no, como lo sugiere el casacionista, de los injustos por los cuales se profirió resolución acusatoria (...)”

Con esta perspectiva, el término prescriptivo no se debe contar respecto de los

injustos contenidos en la resolución de acusación (estafa agravada en la modalidad de tentativa y fraude procesal) que resultaron modificados en la fase del juicio por cuanto formalmente ya no demarcan la imputación una vez proferido el fallo.

Ahora, en lo que respecta al ilícito de peculado por apropiación en el grado de tentativa, que según el defensor tiene un término de prescripción en la fase del juicio que corresponde a cinco (5) años, ocho (8) meses, lapso que ya transcurrió, desatiende que concurre circunstancia agravante por razón de la cuantía, de ahí que conforme con el artículo 397 de la Ley 599 de 2000 –que corresponde al artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995—, como tipo básico al tener prevista pena de prisión de seis (6) a quince (15) años, y al ser agravado por la cuantía se incrementa hasta en la mitad, es decir, que la sanción queda fijada entre seis (6) años a veintidós (22) años y seis (6) meses de prisión.

Pero como se está ante el dispositivo amplificador del tipo, de la tentativa, aplicando la reducción punitiva prevista en el artículo 27 del Código Penal (no menor de la mitad del mínimo señalado para la conducta punible ni mayor de las tres cuartas partes del máximo) el límite punitivo quedaría en tres (3) años de prisión a dieciséis (16) años, diez (10) meses y quince (15) días, lo que significa que para la fase del juicio tal ilícito prescribe en ocho (8) años, cinco (5) meses y siete (7) días, dado que las procesadas fueron acusadas y condenadas como determinadoras.

Como la resolución de acusación adquirió firmeza el 29 de diciembre de 2004, indicaría que ese delito prescribiría el 5 de junio de 2013.

Como quiera que a MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA le fue atribuido el mismo delito pero consumado, prescribiría en la etapa del juicio en el plazo máximo de diez (10) años, (30 de diciembre de 2014), pues al partir de los ciento ochenta (180) meses establecidos para el tipo básico, incrementados en la mitad por ser agravado, ese resultado de

doscientos setenta (270) meses se divide en la mitad por la fase del juicio lo que arroja un total de ciento treinta y cinco (135) meses, esto es, once (11) años y tres (3) meses, cifra que supera la limitante de diez años establecida en el inciso final del artículo 86 del Código Penal de 2000.

2. De la variación de la calificación jurídica

Tanto el apoderado de MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA como el de JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR solicitan la nulidad de la actuación por haberse variado la calificación jurídica en el juicio al argüir las siguientes razones: i) se desconoció que la normativa procesal con la que debió seguirse rituando la actuación (Decreto 2700 de 1991) no contemplaba tal instituto; ii) no se ajustó a los requisitos legales; y iii) no medió prueba sobreviniente.

Sabido es que las normas de procedimiento tienen como características las de ser de orden público, de obligatorio cumplimiento, aplicación inmediata e interpretación estricta.

Acorde con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las disposiciones concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, no obstante, los términos que hubieran empezado a correr o las actuaciones y diligencias que ya se hayan iniciado, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

A su turno, el artículo 43 de la citada normatividad al consagrar los principios de preexistencia de la ley penal y su aplicación por razón de la favorabilidad, hace la exclusión en lo referente a las disposiciones que establecen los tribunales y determinan los procedimientos, las cuales se aplicarán con arreglo al citado artículo 40.

En la confrontación de tales normativas con el texto superior la Corte Constitucional en sentencia C-200 del 19 de marzo de 2002 al declarar su exequibilidad destacó que:

“...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.”

Sin embargo, también esa Corporación resaltó que tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales de efectos sustanciales, dado que el precepto constitucional no establece alguna diferenciación que lleve a un trato especial para las normas procesales.

Por lo tanto, si bien el efecto general inmediato de las normas procesales permite su aplicación a situaciones jurídicas aún no agotadas o consolidadas, pues “no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos”, de todas maneras es dable la verificación de la ley que resulte más favorable.

En el asunto que concita la atención de la Corte, se advierte que el apoderado de MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA, para denunciar que no era viable el procedimiento de variación de la calificación jurídica en la fase del juicio, parte de una premisa errada cuando asevera que la instrucción y el juzgamiento, aún el inicio de la audiencia pública, se adelantó con base en el Decreto 2700 de 1991, por cuanto es claro que la calificación sumarial se adoptó el 29 de agosto de 2003 (confirmada el 29 de diciembre de 2004) bajo la Ley 600 de 2000, vigente desde el 25 de julio de 2001.

Así, conforme con los requisitos previstos en los numerales 1° y 3° del artículo 398 del Código de Procedimiento Penal en comento, en la resolución de acusación la imputación no sólo ha de ser fáctica, sino también jurídica, lo que impone detallar la conducta con todas sus circunstancias a fin de que de esa manera se refleje en la sentencia.

Tal acto de calificación sumarial se constituye en el marco conceptual, fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, sobre el cual se soportarán el juicio y el fallo, garantía que irradia al derecho de defensa ya que el inculcado no podrá ser sorprendido con imputaciones que no haya tenido la ocasión de conocer y menos de controvertir, conservándose así la unidad lógica y jurídica del proceso.

Esa es la razón por la cual al juez le está vedado introducir hechos nuevos, suprimir atenuantes reconocidas, adicionar agravantes, mutar la especie delictiva cuando con tales acciones le hace más gravosa la situación al sujeto pasivo de la acción judicial penal.

No obstante, el artículo 404 del mismo estatuto prevé que en la fase del juicio pueda ajustarse la adecuación típica, procedimiento que puede darse a iniciativa del funcionario acusador o por petición o insinuación del juzgador, el cual busca preservar las garantías del procesado a fin de que cuente con la oportunidad para controvertir la acusación, incorporar nuevos elementos de juicio o suspender el proceso para analizar esa nueva imputación.

Su inobservancia además de constituir un desfuero procesal, se refleja en la afectación del derecho de defensa al no contar con la oportunidad para controvertir la acusación, incorporar nuevos elementos de juicio o suspender el proceso para analizar la nueva imputación.

De esa manera, en decisión del 14 de febrero de 2002 (radicado 18452) se

precisaron los aspectos que se deben observar para variar la calificación jurídica provisional, a fin de que no se pase por alto ese instituto procesal que permite ajustar la acusación a sus precisos términos pues puede conllevar la afectación del principio de congruencia que debe guardar la sentencia con los cargos de la resolución de acusación.

No obstante, en providencia de 23 de abril de 2008 (radicado 29339) la Corte replanteó la interpretación que se venía haciendo del artículo 404 de la Ley 600 de 2000 al disponer que:

“...para 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”.

En este orden, modificó la línea jurisprudencial que permitía la variación de la calificación no sólo por prueba sobreviniente, sino también mediante prueba antecedente, es decir, la realizada con una nueva mirada o apreciación probatoria, pues:

“Al admitirse que la variación de la calificación pueda efectuarse de igual con ‘pruebas antecedentes’ requisito de procedibilidad no consagrado de manera expresa en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, de alguna manera se permite sin fundamento legal para el caso de debido proceso instrumental con incidencias sustanciales que la Fiscalía en la etapa del juicio pueda llegar a efectuar enmendaciones oficiosas a la calificación provisional dada en la resolución de acusación, bajo el solo predicado de la palabra de haber omitido valorar pruebas consideradas

como 'antecedentes', facultades oficiosas que por vía jurisprudencial no son dables otorgar a un sujeto procesal no obstante que éste se predique como el titular de la acusación y que como tal, sólo puede proceder conforme a las 'formas propias del juicio' a variar la calificación, no bajo el argumento de la enmendación o del olvido valorativo de una 'prueba antecedente', sino bajo el presupuesto normativo y de debido proceso penal instrumental de incidencia sustancial de la 'prueba sobreviniente'.

La Sala precisó que las variaciones de agravación, diferentes a la errónea calificación que hacen relación al nomen iuris, sólo son procedentes en la medida en que se dé el presupuesto fáctico de prueba sobreviniente surtida en la fase del juicio.

En este diligenciamiento se dio la variación de la calificación jurídica el 13 de diciembre de 2007 en desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento cuando el Fiscal modificó el concurso de delitos de estafa agravada en la modalidad de tentativa, por el de peculado por apropiación agravado también en grado imperfecto, y de fraude procesal, por prevaricato por acción.

Pero como lo señaló el Tribunal ello se fundamentó en prueba sobreviviente aportada al juicio a petición de varios defensores, especialmente, en el informe de la firma Arthur Andersen Ltda., en el que se reseñaban las anomalías encontradas en el proceso de liquidación de Foncolpuertos.

Además, de esa variación de la calificación jurídica se dio traslado a los sujetos procesales, se suspendió la diligencia, se dejó el expediente a disposición de estos por el lapso de diez (10) días, algunos solicitaron la nulidad de ese acto y otros pidieron pruebas, memoriales a los que se les dio contestación por auto de 23 de enero de 2008, garantizando así cabalmente los derechos de contradicción y defensa.

Incluso, de aceptar que no medió una prueba sobreviviente para tal mutación de la

adecuación típica, debe tenerse en cuenta que para la época en que se surtió tal acto aún no regía el criterio jurisprudencial adoptado en el auto de 23 de abril de 2008, (Radicación 29339), según el cual sólo es posible mutar la calificación jurídica para imputar una conducta punible más gravosa que la endilgada en el pliego de cargos, cuando exista prueba sobreviniente.

De manera que los reproches que anhelan la nulidad de la actuación carecen de la idoneidad necesaria para su admisión.

3. Demanda en nombre de INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ

Son varios los desatinos en el libelo demandatorio que impiden su admisión, pues no sólo el censor presenta el reproche por la causal segunda de casación del artículo 207 de la ley 600 de 2000, —relacionado con la falta de congruencia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación—, sin desarrollar algún tema al respecto, y a renglón seguido, solicita la nulidad por no haberle concedido a su asistida la prisión domiciliaria, errar en el proceso de dosimetría penal y estimar que no se trata de tres delitos de peculado por apropiación, sino de uno solo.

La Sala ha insistido en que la casación es un recurso de ámbito restringido en el que la pretensión de examinar la legalidad del fallo no puede estar incluida en un escrito de libre formulación a manera de simple alegato de instancia, porque ha de tener unos contenidos de claridad y precisión, además de coherencia, que permitan entender el vicio que se denuncia, así como la identificación de sus consecuencias.

Alejado el censor de una pretensión acorde con la causal que anuncia, bien que se tratara de la incongruencia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación, o de la inobservancia del artículo 29 del texto superior referido al debido proceso, al deprecar así la nulidad de la actuación, solicita la redosificación de la pena y la concesión de la prisión domiciliaria para su representada, desdeñando así que los

vicios in procedendo conducen a cuestionar la validez del proceso y generalmente impiden un fallo de sustitución.

Las críticas que de manera indiscriminada formula contra la actuación procesal no colaboran en su propósito de motivar la atención de la Sala para aprehender el estudio de fondo de la sentencia, por cuanto debió plantear a través de la causal primera de casación, en cargos independientes por abordar disímiles tópicos, cómo a través de un yerro de juicio (violación directa o indirecta de la ley sustancial) el Tribunal: i) empleó un indebido proceso de dosimetría penal; ii) desconoció los presupuestos para otorgarle a la procesada la prisión domiciliaria, entre ellos, su condición de madre cabeza de familia; y iii) consideró erróneamente que se estaba ante tres conductas de peculado por apropiación concurrentes, cuando debió tomar una sola.

Consecuentemente, el libelo no será admitido.

4. Demanda en nombre de MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

En criterio del libelista, el Tribunal supuso pruebas para acreditar el dolo en el actuar de la procesada para el cobro de las actas de conciliación calificadas de falsas, pues no se demostró el conocimiento que tenía respecto de los elementos de los tipos penales de peculado por apropiación, concierto para delinquir y prevaricato por acción.

La modalidad de yerro fáctico anunciado por el impugnante (falso juicio de existencia por suposición) tiene lugar cuando el juez infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte de la actuación judicial por no haber sido producido o incorporado, sin embargo, además de la argumentación precaria, a simple alegato de instancia se reduce su forma de argumentar ya que solamente esboza su

discrepancia con la valoración probatoria y conclusiones de los juzgadores, enfrentado así su criterio a la fuerza de convicción del material probatorio.

En efecto, pone de resalto que el Tribunal para estructurar el dolo tuvo en cuenta simplemente el actuar propio de un abogado que debe contar con documentos o títulos valores en su labor, pero desdeña el análisis ponderado que judicialmente se hizo para edificar el compromiso directo, como determinadora, de la procesada en los delitos de peculado por apropiación por cuanto acudió en representación de varios extrabajadores de la empresa Foncolpuertos para celebrar acuerdos espurios, elaborados en fecha posterior a la que se allí se anota, sin ningún soporte o liquidación que los sustentara.

Se estudió allí cómo con el concurso de Inspectores de Trabajo aprobaron las actas de conciliación a fin de dotarlas de autenticidad para que fueran reconocidas por la entidad y obtener así su respectiva cancelación.

Además, para corroborar su responsabilidad se examinaron las actas de conciliación presentadas por la inculpada en su calidad de abogada y las Resoluciones que emitió el Fondo Pasivo de Puertos de Colombia reconociendo dineros en su favor (Resolución 639 del 15 de mayo de 1997 por \$171.043.143,89; Resolución 1180 de 14 de agosto de 1997 por \$ 3.025.097,00; Resolución 2771 de 30 de diciembre de 1996 por \$10.393.348,65; y Resolución 831 de 7 de mayo de 1996 por \$236.990.250,05).

Así, en manifiesto desconocimiento de la dual presunción de legalidad y acierto del fallo, no refuta la responsabilidad penal de su asistida en los delitos investigados con lo cual deja sin demostración el cargo, pues incluso cuestiona la responsabilidad predicada en el delito de concierto para delinquir, cuando por tal conducta se cesó procedimiento por parte del Tribunal al reconocer que ya había prescrito la respectiva acción penal.

5. Demanda en nombre de JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR

Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial

El defensor postula la aplicación indebida del artículo 30 inciso 1° del Código Penal, al estimar que su asistida no fungió como determinadora, sino como determinada, dado que los instigadores de la conducta fueron los exfuncionarios de Foncolpuertos que dejaron en marcha sus designios para la empresa criminal que idearon junto con Inspectores de Trabajo, Jueces y Abogados.

Es sabido que la violación directa de la ley sustancial versa exclusivamente sobre un yerro de juicio en el cual incurre el juzgador en relación con la disposición que se ocupa del supuesto fáctico en concreto. Dicho error puede ser de selección normativa al radicar en la existencia del precepto (falta de aplicación o exclusión evidente), por una equívoca adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla la norma (aplicación indebida), o bien, de carácter hermenéutico por darle a la disposición un sentido que no tiene o errar en su significado (interpretación errónea).

Al recaer el yerro de los juzgadores de manera directa sobre la normatividad, el debate se circunscribe netamente a lo jurídico para de esa manera evidenciar que se dejó de lado el precepto regulador de la situación específica demostrada, que tal hecho se ajusta a otra disposición normativa, o que se desbordó el alcance de la norma aplicada al caso concreto, lo cual exige necesariamente aceptar la apreciación y declaración de los hechos realizada por los juzgadores.

En cambio, cuando la discrepancia versa sobre la actividad probatoria y la valoración por parte de los falladores, la vía de ataque legalmente adecuada es la indirecta, ya que a la infracción de la ley sustancial se llega de manera mediata, esto es, a través de la violación directa de las normas que regulan el ámbito probatorio.

En la censura objeto de examen se tiene que a pesar de que el casacionista plantea la violación directa de la ley sustancial, su reparo en manera alguna es de índole jurídica,

pues se opone a los hechos tal y como fueron plasmados por los falladores y ataca su valoración probatoria.

Efectivamente, además de lo escueto de su planteamiento al decir que en la variación de la calificación jurídica se habló de la empresa criminal ideada por los funcionarios que se retiraron de la empresa, no decanta el reproche en alguna consideración del Tribunal que haya estimado a la procesada como coautora, pero finalmente la hubiera condenado como determinadora de los punibles, o que indebidamente fueron confundidas las formas de intervención en la ejecución de las conductas punibles.

No repara así en el análisis judicial de cómo las inculminadas, en sus calidades de abogadas y representantes de extrabajadores al no tener material ni jurídicamente la disponibilidad de los bienes objeto de conciliación, con la concurrencia de servidores públicos, específicamente Inspectores de Trabajo, simulaban la celebración de conciliaciones respecto de supuestas prestaciones laborales para afectar el patrimonio estatal.

Ahora, si buscaba controvertir las conclusiones de la sentencia a partir de la apreciación que en ella se hizo de los medios de prueba, debió escoger el sendero de la violación indirecta de la ley sustancial mediante la postulación de alguno de los errores de hecho o de derecho (falso juicio de existencia, de identidad o falso raciocinio, o falso juicio de convicción o de legalidad, en uno u otro caso), a fin de acreditar que su asistida debió ser considerada coautora de los ilícitos, circunstancia adicional para advertir que el reparo no puede ser admitido, en cuanto su postulación y desarrollo comportan falencias que no corresponde enmendar.

Así las cosas, se impone no admitir las demandas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

CASACIÓN OFICIOSA

Surge nítida la necesidad de acudir a la facultad oficiosa otorgada a la Corte ante la infracción del principio del debido proceso, por desconocer el Tribunal el término prescriptivo para el delito de prevaricato.

En relación con el cómputo del término de prescripción, la línea jurisprudencial de la Corte ha hecho énfasis en que el hito que lo demarca es la ejecutoria de la resolución de acusación. Así en sentencia de 20 de marzo de 2003 (radicado 19960) señaló que:

“Como el Ministerio Público, insta a la Corte para que determine la incidencia de la variación de la calificación jurídica en la diligencia de audiencia pública, es decir, en relación con el hito que marca la interrupción del ciclo prescriptivo y la iniciación del nuevo término. Al respecto debe considerarse que el artículo 86 del Código Penal, determina con suficiente claridad que la interrupción del término de la prescripción tiene lugar cuando la resolución de acusación adquiere su ejecutoria, en esto el texto legal es suficientemente claro. Por consiguiente, la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible, llevada a cabo en la diligencia de audiencia pública, por error en la denominación jurídica o por prueba sobreviniente, no comporta la elaboración de una nueva resolución de acusación, sino, que, como ya la Sala lo ha precisado, para los efectos de la calificación jurídica, la resolución de acusación ya no constituye, en el nuevo estatuto procedimental, una ley inmodificable para el juicio, y sí un objeto más de éste, es decir, pasible de controversia y de modificación, pero, como del texto del artículo 404 se infiere, únicamente para los efectos de la calificación jurídica de la conducta punible. Significa lo anterior, que dentro del proceso sólo es permitido edificar una resolución de acusación, susceptible de variar la imputación jurídica en la diligencia de audiencia pública, sin que ello implique, se repite, la prolongación de la interrupción del ciclo prescriptivo o la iniciación de un nuevo término, que el legislador no ha previsto”.

De la misma forma, en providencia de 28 de febrero de 2007, (radicado 23595), señaló que:

“...en los casos en que se varió la calificación jurídica de la conducta punible imputada en la resolución de acusación, como sucedió en este asunto, cabe precisar que no es la fecha de aquél acto la que se tiene en cuenta para efectos de la prescripción de la acción penal, sino la correspondiente a la ejecutoria del pliego acusatorio, toda vez que la variación de la calificación llevada a cabo en la audiencia pública no se constituye en la elaboración de una nueva acusación. Por el contrario, siendo claro que la resolución de acusación comporta una calificación jurídica ‘provisional’, su posterior variación se erige en objeto mismo del acto calificadorio, según así lo establece el artículo 404 de la Ley 600 de 2000”.

Aquí hubo variación de la calificación jurídica en la fase del juicio al mudar el concurso de delitos de estafa agravada en el grado de tentativa por el de peculado por apropiación en la modalidad de tentativa, y el de fraude procesal por el de prevaricato por acción, delitos éstos que fueron acogidos en el fallo.

Aquí el Tribunal citando una decisión de la Sala de 29 de julio de 2009 (radicado 31743)2

negó la prescripción del delito de prevaricato por acción al estimar que por tratarse de una conducta que sufrió modificación, cuando el 13 de diciembre de 2007 el Fiscal en desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento solicitó su inclusión al variar la calificación del delito de fraude procesal inicialmente imputado en la resolución de acusación, el lapso prescriptivo no podía contabilizarse a partir de la ejecutoria del calificadorio, (29 de diciembre de 2004), sino de aquella fecha (13 de diciembre de 2007).

Así razonó esa Corporación:

“La interrupción del término de la prescripción penal se produce en el momento en que el pliego de cargos se torna definitivo e inalterable, ya sea porque los cargos imputados no fueron objeto de variación, o porque el fiscal por iniciativa propia o a instancia del juez, en la audiencia pública, varió la calificación jurídica, definiéndose en ese momento la acusación en contra de los procesados, como ocurre en este evento. Toda vez que es en ese instante cuando concreta el Ente Acusador la imputación, fijando los delitos que atribuye a los procesados, los cuales de ser acogidos por el Juez, son los que deben considerarse para los cómputos de prescripción, bajo el entendido que la acción penal que prescribe es respecto de estos ilícitos y no de los que equivocadamente se formularon en la resolución de acusación”.

La aparente disparidad de criterios para contabilizar el término de prescriptivo ha sido zanjada por la Corte al destacar en proveído de 26 de julio de 2010 (radicado 34539) si se acude a la figura de la variación de la calificación jurídica, si la correcta modificación de la imputación fue acogida en el fallo, el término prescriptivo no se puede contar desde el momento en que se realizó la mutación sino, desde la ejecutoria de la decisión que califica el mérito del sumario.

De la misma forma, en decisión de 13 de abril de 2011 (radicado 35964) la Sala destacó que:

“...respecto de lo plasmado por la Sala en el radicado 31743, del 29 de julio de 2009, es necesario precisar que se ha dado, por parte del Tribunal y los recurrentes en casación, una indebida interpretación a lo que allí se dijo.

“La decisión en cita, cabe relevar, apenas buscaba reiterar lo que la Corte viene sosteniendo en punto del efecto que tienen las diferentes modificaciones del nomen iuris sobre el fenómeno prescriptivo, en el entendido que, para lo aquí debatido, si el fiscal modifica esa denominación jurídica en el trámite de la audiencia pública de juzgamiento

y ello es acogido en el fallo, son los límites punitivos correspondientes a la nueva ilicitud despejada, los que han de gobernar el cómputo de prescripción.

Dentro de la argumentación se dijo:

‘3.2. Cuando la fiscalía realiza variaciones a la calificación jurídica, dentro de las condiciones ya señaladas (prueba sobreviniente), desde luego que esas modificaciones inciden en el término de la prescripción:

‘Cuando la mutación a la acusación se hace de manera correcta y resultare acogida en la sentencia, los términos de prescripción de la acción penal cuentan a partir del momento en el que la fiscalía hace las modificaciones que determinarán la condena.’

“Pudiera entenderse, y así lo hace el Tribunal, que cuando la Corte utiliza la palabra “término”, está haciendo alusión a esos lapsos que corren de manera diferente en la instrucción y la fase del juicio para acceder al vencimiento que faculta la declaratoria de prescripción.

“Esa interpretación, sin embargo, asoma puramente exegética y descontextualizada, pues, la Sala no ha prohijado la existencia de un nuevo momento de interrupción del término prescriptivo de la acción, claramente definido por la Ley 600 de 2000, en la ejecutoria de la resolución de acusación.

“Nótese que la decisión tomada por la Corte en el caso que la ocupaba, implicó decretar la nulidad de lo actuado desde la emisión de la resolución de acusación, inclusive, dada la errónea calificación que allí se hizo de lo ocurrido, sin que hubiese pronunciamiento puntual acerca de algún tipo de prescripción, que allí se dijera interrumpida por la variación efectuada en la audiencia pública de juzgamiento y no, como debe ser y consagra la ley, en el auto de llamamiento a juicio debidamente ejecutoriado.

“Ello significa, ni más ni menos, que nunca operó principal, como ratio decidendi del tema debatido, lo correspondiente al momento en el cual se interrumpe el término prescriptivo, ni sobre ello se hizo mayor desarrollo argumental.

“Quiso decir la Corte, entonces, en los apartados citados, que los términos de prescripción, entendidos como topes punitivos diseñados en el correspondiente tipo, no son los que gobernaron la acusación, sino aquellos consignados en el nuevo nomen iuris modificado por el fiscal en la audiencia pública de juzgamiento y aceptados por el juez en el fallo.

“Es por esa razón que a renglón seguido se anotó en la providencia examinada:

‘Mal podría prohiar la Sala (como sucede en esta errónea calificación) que la acción penal prescriba en la mitad del término previsto para el delito de estafa, porque i) ninguno de los procesados atentó contra el patrimonio privado, ii) porque esa calificación es errónea, iii) porque una eventual condena por estafa es ilegal (caso del procesado MARTÍNEZ DE LA HOZ), iv) porque una eventual condena por peculado culposo es ilegítima en el caso del procesado PEREA MEDRANO.

‘Por manera que los cómputos de interrupción de prescripción de la acción penal son los que se derivan de la imputación correcta y no los de las erróneas calificaciones, en la medida que ello implicaría prohiar una decisión ilegal, declarando la prescripción de unos hechos que revisten mayor gravedad, que se quedarían sin acusación con una medida de esa naturaleza’.

“Por lo demás, si se atendiese a la interpretación descontextualizada realizada por el Tribunal, se llegaría al absurdo de sostener que la interrupción del término prescriptivo puede ir hasta la segunda instancia o incluso al momento de emitirse el fallo de casación.

“Se reitera, la interrupción del término de prescripción de la acción penal, deviene fenómeno eminentemente procesal, que corre por ministerio de la ley y, en consecuencia, no puede ser variado so pena de afectar el debido proceso.

“Incluso, sostener que la variación ocurrida en la audiencia pública de juzgamiento, marca algún tipo de derrotero preciso para significarlo momento de interrupción, pasa por alto que esa modificación apenas representa una postura de parte, pues, conforme la ya conocida jurisprudencia de la Corte, es en el fallo donde adquiere sus verdaderos efectos, al punto que el juez puede decidir si para la sentencia acoge la postura del fiscal u otorga pleno valor a la consignada en la calificación del mérito del sumario”.

Bajo esta óptica, le asistía razón al Magistrado integrante de la Sala de decisión cuando salvó su voto al argumentar que de lo decidido por la Corte ese 29 de julio de 2009 no necesariamente se infería que,

“tenía la intención de cambiar su línea jurisprudencial consolidada, que venía sosteniendo lo contrario, es decir, que los términos de prescripción para el nuevo delito se contabilizan a partir de la firmeza de la resolución de acusación y no desde la fecha de la variación de la calificación jurídica.

(...)

“Con todo, de admitirse, en gracia de discusión, que coexisten dos interpretaciones plausibles, en aplicación de la regla pro homine, debe seleccionarse la que tienda a realizar el contenido del derecho fundamental afectado: en este caso, el debido proceso como prerrogativa de los implicados, en cuanto lleva inherente el concepto de plazo razonable, y con ello, el derecho a que se reconozca la prescripción de la acción penal al cumplirse la condición temporal preestablecida por el legislador.

“La prescripción de la acción penal es asunto donde opera reserva legal, por constituir

una manera de extinguir la potestad punitiva del Estado. Vale decir, únicamente el legislador tiene competencia para determinar las condiciones bajo las cuales acaecerá.”

Con esta perspectiva, deviene evidente que el delito de prevaricato por acción, tanto en el Código Penal de 1980 (artículo 149) como en la Ley 600 de 2000 (artículo 413), contempla una penalidad de tres (3) a ocho (8) años de prisión, de manera que al imputárseles a las inculpadas la calidad de determinadoras del mismo, el término de prescripción de la acción penal que en la fase del juicio corresponde a cinco (5) años.

Así las cosas, como entre la ejecutoria de la resolución de acusación -29 de diciembre de 2004- y la fecha, transcurrieron más de cinco (5) años (cumplidos el 30 de diciembre de 2009), se impone así reconocerlo y declarar la prescripción de la acción penal de ese comportamiento punible, ordenando la respectiva cesación de procedimiento.

Entonces, la Corte advierte el error esencial del Tribunal, porque al no declarar la aludida prescripción, por un entendimiento equivocado de la norma que fija desde cuando en la fase del juicio se debe hacer el cómputo, incurrió en flagrante violación de las garantías fundamentales del procesado al debido proceso.

Por lo tanto, corresponde a la Corte restaurar tal garantía y por ello dispondrá casar de oficio y parcialmente el fallo en cuanto atañe a reconocer ese transcurso del tiempo que arroja la prescripción de la acción penal derivada del delito de prevaricato por acción y por ende cesar procedimiento por el mismo a favor de las enjuiciadas.

Como imputaciones subsistentes contra las procesadas queda el concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado, consumado y tentado para MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA y tentado para INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ y JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR, se procederá a la respectiva redosificación punitiva.

Para el fin anterior se respetarán en todo caso los parámetros tenidos en cuenta por el juez de primer grado cuando se ubicó en el primer cuarto punitivo precisamente en el delito de peculado por apropiación, cuando lo consideró como el de mayor gravedad.

A MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA se acatará que le impuso 90 meses por el delito consumado de peculado por apropiación agravado y le incrementó cinco (5) meses por cada imputación restante de delito de peculado por apropiación en el grado de tentativa, (seis imputaciones) esto es, treinta (30) meses más, quedaría así establecida la pena en ciento veinte (120) meses de prisión.

A INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ como se trató de tres imputaciones del delito de peculado por apropiación agravado en la modalidad de tentativa, se acoge que partió de setenta (70) meses y le incrementó cinco (5) por cada una de las dos imputaciones subsistentes, esto es diez (10) meses, por lo cual se fijaría en definitiva en ochenta (80) meses de prisión.

A JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTUFAR al ser cinco imputaciones del delito de peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa también partió de setenta (70) meses y adicionó cinco (5) meses por cada una de las cuatro imputaciones restantes, esto es, veinte (20) meses, para un total de noventa (90) meses de prisión, cifra que también se acoge.

La pena de multa impuesta a MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA no sufre alguna reducción, por cuanto corresponde al delito de peculado por apropiación agravado consumado.

Así mismo, las sanciones de interdicción de derechos y funciones públicas se fijan en el mismo lapso de la pena de prisión así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogadas que por el mismo lapso de la sanción aflictiva de la libertad les fue impuesta.

Dadas la pena de prisión por imponer a las enjuiciadas, la Sala estima que lo decidido en manera alguna afecta las consideraciones de los falladores que no les concedieron el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria.

En mérito de 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 ADMITIR las demandas de casación interpuestas por los defensores de INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ, JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR y MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA, por las razones manifestadas en la anterior motivación.
2. CASAR PARCIALMENTE el fallo para declarar prescrita la acción penal derivada de los delitos de prevaricato por acción, en consecuencia, cesar procedimiento por tales comportamientos a favor de INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ, JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTÚFAR y MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA.
3. PRECISAR que, por razón de la cesación de procedimiento aquí dispuesta, las penas principales son las siguientes:

A MARÍA DEL CARMEN RUIZ PADILLA como responsable a título de determinadora del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado, consumado y tentado, ciento veinte (120) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como multa de cuatrocientos veintiún millones

seiscientos treinta y un mil ochocientos cuarenta pesos con cuatro centavos
(\$421.631.840,04)

A INGRID MARÍA FERRER RODRÍGUEZ como responsable, a título de determinadora del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa, ochenta (80) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

A JACQUELINE ELIZABETH TORRES MONTUFAR como responsable, a título de determinadora del concurso homogéneo de delitos de peculado por apropiación agravado en el grado de tentativa, noventa (90) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Para todas las procesadas se les fija la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogadas por el mismo lapso de la pena aflictiva de la libertad.

4. INDICAR que, en lo demás el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
PÉREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal salvó su voto a este respecto.

2 En ese proveído de 29 de julio de 2009 la Corte señaló que:

“Cuando la fiscalía realiza variaciones a la calificación jurídica, dentro de las condiciones ya señaladas (prueba sobreviniente), desde luego que esas modificaciones inciden en el término de la prescripción:

“Cuando la mutación a la acusación se hace de manera correcta y resultare acogida en la sentencia, los términos de prescripción de la acción penal cuentan a partir del momento en el que la fiscalía hace las modificaciones que determinarán la condena.”