

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 324

Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de los doctores MABEL JAZMINE ESCOLAR VEGA y LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, contra la providencia proferida dentro de la audiencia preparatoria por el Tribunal Superior de Barranquilla el 16 de mayo de 2012, por cuyo medio negó el decreto de las nulidades invocadas.

ANTECEDENTES RELEVANTES

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, en sentencia del 11 de junio de 2004, al resolver el grado jurisdiccional de consulta, declaró la nulidad de lo actuado, revocó la condena y absolvió a la parte demandada dentro del proceso laboral instaurado por Orlando Domingo Ariza González contra Foncolpuertos ante el Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla.

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía Veinte Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, el 27 de octubre de 2005, abrió investigación en contra de los doctores MABEL JAZMINE ESCOLAR VEGA y LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, en su condición de titulares, en

diversos periodos, de ese despacho judicial.

El 30 de septiembre de 2009, el ente acusador decretó la conexidad procesal para investigar conjuntamente las irregularidades presentes en el proceso laboral adelantado a instancias de Orlando Ariza González contra Foncolpuertos.

El 7 de diciembre de 2009 la Fiscalía definió la situación jurídica imponiéndoles medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación por el delito del artículo 397 del Código Penal, en la modalidad concurso homogéneo; así mismo, precluyó la investigación por el punible de prevaricato al encontrar prescrita la acción penal.

El 12 de enero de 2011 el ente acusador calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los doctores CUELLO ROJAS y ESCOLAR VEGA por el delito de peculado en la modalidad de concurso homogéneo agravado. La reposición propuesta por la defensa fue resuelta negativamente el 1 de marzo siguiente y la apelación se desató el 30 de junio de 2011 por la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, confirmando el proveído impugnado.

El 18 de octubre de 2011, el Tribunal Superior de Barranquilla, avocó conocimiento y ordenó correr el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000; el 6 de febrero de 2012 denegó la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento postulada por la defensa de LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS y el 20 de marzo siguiente resolvió negativamente la solicitud de acumulación de procesos incoada por la misma parte.

El 16 de mayo último se inició la audiencia preparatoria y en ella el Tribunal a quo decidió favorablemente las solicitudes probatorias efectuadas por las partes y denegó las nulidades propuestas por los apoderados de los procesados, determinación que fue apelada por la bancada defensiva.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

En punto de la nulidad invocada por la defensa de LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, relacionada con la vinculación tardía del procesado a la investigación, el Tribunal de instancia consideró que aunque la apertura de la investigación se realizó el 27 de septiembre de 2005 y la vinculación mediante indagatoria se concretó a partir del 21 de octubre de 2009, es decir, más de cuatro años después, en ese interregno el ente acusador no recabó mayores elementos probatorios y, además, en esa diligencia se le pusieron de presente todas las pruebas recolectadas con antelación, por manera que tuvo la oportunidad de controvertirlas. Por tanto, coligió, no se configura ninguna irregularidad por el simple paso del tiempo, pues lo proscrito es la obstaculización del derecho de defensa.

Igualmente, desestimó la censura defensiva conforme a la cual se habría incurrido en nulidad porque en la diligencia de indagatoria la Fiscalía se limitó a cuestionar la labor desplegada por el doctor CUELLO ROJAS como Juez Octavo Laboral, en tanto las preguntas formuladas por el ente acusador son propias de esa clase de diligencias, de suerte que no se concretó ninguna irregularidad al inquirir al ex servidor sobre los motivos que lo llevaron a proferir los fallos laborales, pues, precisamente, la imputación fáctica pregonaba que dichas decisiones propiciaron la apropiación de recursos estatales por parte de terceros que no tenían derechos a ellos.

Así mismo, rechazó la nulidad propuesta por la defensa de MABEL JAZMINE ESCOLAR VEGA, referida a la negativa de la Fiscalía de acumular los procesos seguidos contra ella, en tanto cada hecho punible debe investigarse y juzgarse de forma separada a menos que existan vínculos sustanciales, evento en el cual se tramitan conjuntamente bajo las figuras de la conexidad teleológica, paratática o hipotática, según sea el caso.

Aunque hay pluralidad de conductas punibles, agregó, entre ellas no existe nexo para facilitar su ejecución o con el propósito de lograr su impunidad, por manera que la

presencia de varias conductas con una misma adecuación típica no constituye factor suficiente para decretar la conexidad.

Destacó que a la doctora ESCOLAR VEGA la Fiscalía le imputó el delito de peculado por apropiación en favor de terceros, en la modalidad de concurso, en relación con dos actuaciones laborales diversas: a) En la primera dictó sentencia el 26 de septiembre de 1996 ordenando el pago de \$272'499.665,20 y b) En la segunda emitió fallo el 12 de diciembre de 1995 condenando a Foncolpuertos a pagar los rubros solicitados por el demandante.

No se concreta la conexidad teleológica, coligió, pues aunque la procesada presuntamente ejecutó varios delitos, ninguno de ellos se encuentra unido por un nexo de medio a fin, ni fueron cometidos para asegurar el resultado de otros punibles. Por tanto, la simple coincidencia fáctica de haber sido proferidas por quien fungía como titular del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla no constituye argumento suficiente para decretar la conexidad.

De igual forma, desestimó la nulidad propuesta por la defensa en relación con el cambio del Fiscal instructor, por cuanto el artículo 113 de la ley 600 de 2000 prevé que la investigación se realizará en forma permanente por la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados en todo el país. Además, porque el artículo 28 de la Ley 938 de 2004 otorga a las Direcciones Seccionales la facultad de dirigir, coordinar y controlar las actividades de los diferentes despachos a su cargo.

LAS IMPUGNACIONES

1. El apoderado de MABEL JAZMINE ESCOLAR VEGA solicita declarar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive, por cuanto la Fiscalía no decretó la conexidad de todas las investigaciones seguidas contra la procesada cuando el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal así lo impone. Con ello, afirma, se

está pretermitiendo una preceptiva de carácter sustancial, más aún cuando no se configura ninguno de los eventos del canon 92 ibídem para romper la unidad procesal.

De otra parte, considera irregular el cambio de fiscal por cuanto la reasignación de procesos es función del Fiscal General de la Nación y no del Director Seccional de Fiscalías.

2. Según lo consignado en el acta de la audiencia preparatoria¹, la única manifestación realizada por la defensa de LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS en punto del recurso fue la siguiente:

“La defensa del doctor Luis Cuello Rojas, manifiesta su disenso, que interpone recurso vertical de apelación contra el punto que le negó la nulidad por vinculación tardía, y que se mantenga (sic) las declaraciones que le fueron concedidas de sus testimonios, y no se reponga tal como lo solicitó la fiscalía, por eso solicita que se decrete la nulidad, por lo demás en lo que respecta a las (sic) testimonios apunta a determinar los nexos de causalidad, así las cosas, considero, existen elementos facticos (sic), para que la superioridad, nos conceda la nulidad que demandamos en esta corporación”².

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

La Fiscalía aduce la imposibilidad de decretar la conexidad de los procesos en tanto se encontraban en momentos procesales diferentes. Así mismo, aclara que no se presentó reasignación de expedientes sino redistribución de la carga laboral, en lo cual no existe irregularidad alguna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte es competente para conocer de este asunto de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, pues la acción penal es ejercida contra ex jueces de la República, juzgados en primera instancia por el Tribunal Superior de Barranquilla.

i. La impugnación propuesta por la defensa de LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS

El artículo 194 de la Ley 600 de 2000 impone la obligación de sustentar los recursos propuestos dentro de la actuación procesal, so pena de ser declarados desiertos.

En el evento bajo examen, la defensa del doctor CUELLO ROJAS incumplió con dicha carga procesal, dado que no entregó ninguna razón en torno a su divergencia con la negativa del Tribunal a quo de decretar la nulidad postulada, situación que impide a esta Colegiatura confrontar los argumentos expuestos en la decisión confutada con las inexistentes razones del recurrente. Ello por cuanto es el suministro de argumentos orientados a evidenciar las falencias de la decisión impugnada lo que habilita al superior funcional a revisarla.

En ese orden, como la decisión se adoptó en el curso de la audiencia preparatoria y allí mismo se interpusieron las impugnaciones, debían sustentarse en esa diligencia. No obstante, la defensa del doctor CUELLO ROJAS no esbozó ningún argumento sobre la causa de su disenso, razón por la cual la Sala lo declarará desierto.

i. La impugnación propuesta por la defensa de MABEL JAZMINE ESCOLAR VEGA

Sobre la nulidad por el no decreto de la conexidad

La primera problemática planteada en la impugnación impone examinar las siguientes instituciones jurídicas íntimamente relacionadas: el concurso de conductas punibles, la acumulación jurídica de penas y los principios de unidad y conexidad procesal.

El concurso de conductas punibles del artículo 31 del Código Penal comporta la unidad de sujeto(s) activo(s), la unidad o pluralidad de acciones u omisiones con las cuales se infringen varios tipos penales, o varias veces el mismo.

La acumulación jurídica de penas implica que, en las circunstancias definidas en el artículo 470 de la Ley 600 de 2000, cuando los delitos conexos se hubiesen fallado en forma independiente, se aplican las normas que regulan la dosificación de la pena para el concurso de conductas punibles.

El principio de unidad procesal del artículo 89 ibídem impone que por cada hecho punible se adelante una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de autores o partícipes y que las conductas delictivas conexas se investiguen y juzguen conjuntamente. Esto último, no sólo por razones prácticas, sino para que se dicte una sola sentencia y se dosifique la pena de acuerdo con las reglas establecidas para el concurso de delitos.

Con todo, la realidad procesal enseña que frecuentemente se investigan y juzgan de forma separada delitos conexos, situación que si bien en algunos casos comporta mayor esfuerzo para la administración de justicia y para las partes, por sí misma no configura irregularidad de carácter sustancial que afecte la estructura del proceso o las garantías del investigado.

Ello por cuanto el citado canon 89 claramente establece que “La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no se afecte las garantías constitucionales”, por manera que sólo cuando se demuestre la vulneración de garantías

fundamentales procede la invalidación de la actuación.

La conexidad puede ser sustancial o procesal. La primera comporta una relación o nexo estrecho entre cada una de las conductas delictivas que impone su investigación y juzgamiento conjunto, bien sea porque fueron cometidas dentro de una misma cadena finalística en relación de medio a fin (conexidad sustancial), por ejemplo matar al guardia del banco para hacerse al botín; o dentro de dos cadenas finalísticas diversas, pero vinculadas entre sí, como cuando se comete un delito para asegurar el resultado de otro (conexidad paratática) o para ocultar la comisión de otro hecho criminal (conexidad hipotática)³.

En la conexidad procesal, más que un vínculo sustancial entre las conductas delictivas investigadas, existe una relación práctica que aconseja y hace conveniente adelantar conjuntamente las investigaciones, dada la unidad de autor(es), la homogeneidad del *modus operandi* o la comunidad de prueba, entre otros factores, todo lo cual redundará en favor de la economía procesal.

Empero, la conexidad procesal no constituye un postulado absoluto por cuanto, en algunos eventos, las mismas razones de orden práctico aconsejan no unificar las investigaciones, como cuando se encuentran en estadios procesales diferentes o el número de procesos puede hacer inmanejable la actuación en detrimento de la agilidad y buen trámite procesal, aspectos que deben ser evaluados en cada caso por el ente investigador, organismo competente para ordenar la acumulación de investigaciones.

Vistos los anteriores criterios, la Sala colige que la conexidad existente entre los diversos delitos atribuidos a la doctora ESCOLAR VEGA con ocasión de las determinaciones que adoptó en los procesos laborales cuestionados, es de carácter procesal, dado que cada hecho punible es autónomo, sin vínculo temporal y, además,

no se cometieron en relación de medio a fin o para asegurar u ocultar otro hecho punible.

Ahora, esbozando razones prácticas la Fiscalía instructora, motu proprio, acumuló dos investigaciones que en forma separada adelantaba en su despacho contra la doctora ESCOLAR VEGA. Sin embargo, con posterioridad, la misma funcionaria denegó la petición incoada por la defensa de tramitar conjuntamente las indagaciones seguidas en otros despachos contra la misma procesada, bajo el argumento de que debía agotarse un procedimiento administrativo interno de reasignación de procesos.

Este último argumento carece de sustento por cuanto la decisión de acumular las investigaciones no depende de trámites administrativos al interior de la Fiscalía General de la Nación sino de que concurran las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Obviamente, si la acumulación de procesos conlleva desbalance en la carga laboral de los fiscales, la institución debe adoptar los correctivos necesarios para compensar dicha situación.

Pues bien, a pesar de la equivocada interpretación de la figura de la conexidad procesal efectuada por la Fiscalía instructora, la no acumulación de todas las investigaciones seguidas contra la procesada no comporta la afectación de sus garantías y derechos, por lo siguiente:

Primero, porque el fundamento de la conexidad procesal es de carácter práctico y no sustancial, en tanto se orienta a agilizar la administración de justicia y a racionalizar el esfuerzo investigativo.

Segundo, porque el trámite separado de diversas investigaciones seguidas contra la doctora ESCOLAR VEGA no se originó en una arbitraria ruptura de la unidad procesal, como lo sugiere la defensa. Por el contrario, cada actuación penal se inició en épocas diversas, con radicados diferentes, asignados a despachos fiscales distintos, en razón a que surgieron paulatinamente acorde con el avance de la indagación de las

irregularidades descubiertas en Foncolpuertos.

Tercero, porque el trámite autónomo de un proceso por cada hecho punible no comporta afectación de garantías procesales, dado que en cada actuación se siguen los parámetros propios del debido proceso y se formula la imputación específica, frente a la cual el procesado puede ejercer el derecho de defensa.

Cuarto, porque de acuerdo al artículo 89 de la Ley 600 de 2000, la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad a menos que se afecten garantías fundamentales y, en el evento de la especie, la defensa no indicó y, menos aún, demostró qué garantía en particular se le conculcó a la doctora ESCOLAR VEGA.

De otra parte, como ya se indicó, el artículo 470 de la Ley 600 de 2000 establece que “las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de conductas punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente” (subrayas fuera de texto), preceptiva que evidencia cómo es usual tramitar de forma separada delitos conexos sin que ello comporte afectación radical de las garantías de las partes.

El efecto principal del trámite conjunto de delitos conexos consiste en que si se llega a un fallo de condena, la pena se establece conforme a las reglas del concurso, misma metodología utilizada, por mandato legal, cuando los delitos conexos se fallan separadamente, por manera que ninguna afectación se causa al procesado por este aspecto.

En tal sentido, la jurisprudencia de esta Sala y la de la Corte Constitucional coinciden en señalar que tal garantía procesal se conserva aún cuando se haya ejecutado alguna de las penas impuestas con ocasión de los delitos conexos:

“4.2.5. En conclusión, atendiendo la teleología y la sistemática del instituto de la

acumulación jurídica de penas, encuentra la Corte que la expresión “ni penas ya ejecutadas” prevista en el inciso 2° del artículo 460 de la Ley 906 de 20044 no puede ser entendida de manera absoluta y referida a todas las hipótesis previstas en el inciso primero de la disposición.

No puede estar referida a las condenas independientes proferidas en distintos procesos por delitos conexos, por cuanto estos eventos, así operativamente se hubiere dado una ruptura de la unidad procesal, están amparados por el principio de unidad de proceso, que debe cobrar plena eficacia en el momento de la ejecución de la pena, a través del instituto de la acumulación jurídica.

En este orden de ideas, el único ámbito admisible para la aplicación del precepto que excluye la posibilidad de acumulación jurídica respecto de “penas ya ejecutadas” es el de las condenas producidas en procesos independientes, en relación con hechos que no están ligados por ningún vínculo de conexidad (Art. 51 C.P.P.)”5.

En suma, la defensa no especificó las garantías conculcadas a la procesada con la no acumulación de las investigaciones, situación que reafirma la inexistencia de la nulidad postulada, más aún si se considera que la nulidad constituye el remedio extremo para corregir los vicios de estructura o de garantía en que se incurra en desarrollo del proceso. Por tanto, no cualquier irregularidad comporta la invalidación de la actuación penal.

Sobre el cambio de Fiscal instructor

Opina el recurrente que la actuación se encuentra viciada de nulidad por cuanto la Fiscalía que profirió la resolución de acusación carecía de competencia para tramitar el proceso, en tanto la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá no estaba facultada para reasignar la investigación, pues ese acto jurídico está reservado para el Fiscal General de la Nación.

Pues bien, tal postura resulta infundada por cuanto desconoce el trasfondo fáctico que originó el cambio de Fiscalía instructora.

En efecto, la modificación se produjo por razones estrictamente administrativas, dada la variación de la planta de personal de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá dispuesta por el Fiscal General mediante Resolución 0-2142 de 17 de diciembre de 2010, en virtud de la cual se trasladaron 16 cargos a diferentes seccionales del país, entre ellos el correspondiente al despacho 20 que venía conociendo de la actuación.

En consideración de tal reforma, mediante Resolución 002549 del 6 de diciembre de 2010, la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá redistribuyó los expedientes de las Fiscalías 20, 50, 17 y 51, correspondiéndole al despacho 56 la carga laboral del funcionario No. 20. Por tanto, no se trató de la reasignación de un proceso en particular, sino de la redistribución de todas las investigaciones de un despacho ante una eventualidad administrativa que imponía garantizar la continuidad de las indagaciones.

Además, la tesis del recurrente desconoce la reiterada jurisprudencia de la Sala 7 conforme a la cual, el cambio de fiscal por otro de igual jerarquía no afecta las garantías de las partes y, por ende, no genera nulidad de la actuación, puesto que la Fiscalía General de la Nación funciona como un solo órgano, cuya actividad se ejerce a través de los fiscales delegados y de las unidades a las cuales pertenecen.

En el evento sub judice se remplazó a la Fiscalía 20 por la Fiscalía 56 de la misma Unidad Delegada ante el Tribunal de Bogotá, esto es, por un funcionario de igual categoría, situación que descarta la alteración de la competencia funcional, puesto que el desplazamiento se concretó en el funcionario y no en sus funciones, las cuales continuó ejerciendo el servidor que retomó el conocimiento del proceso.

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

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º. Declarar desierto el recurso de apelación postulado por la defensa de LUIS EDUARDO CUELLO ROJAS, por ausencia de motivación.

2º. Confirmar la determinación de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla proferida el 16 de mayo de 2012, por cuyo medio denegó la nulidad propuesta por la defensa de MABEL JAZMINE ESCOLAR VEGA.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En el expediente remitido a esta Corporación no se menciona la existencia de grabación de la diligencia o de memoriales complementarios de los argumentos consignados en el acta de la audiencia preparatoria.

2 Cfr. Folio 201 del cuaderno de la causa.

3 La jurisprudencia de la Sala acogió esta clasificación a partir de la sentencia del 4 de junio de 1982, Rad. No. 26836.

4 Esta norma es del mismo tenor literal del artículo 470 de la Ley 600 de 2000.

5 Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C- 1086 del 5 de noviembre de 2008. En igual sentido, las decisiones de esta Sala del 19 de noviembre de 2002, Rad. No. 7026; 27 de octubre de 2004, Rad No. 7026; 9 de mayo de 2010, Rad No. 34196; 6 de julio de 2011, Rad. No. 36067, entre otras.

6 Cfr. Folio 3 cuaderno de segunda instancia de la Fiscalía.

7 Cfr. Providencias del 5 de diciembre de 2002, Rad. No. 19508; 13 de febrero de 2003, Rad. No. 11480; 19 de octubre de 2005, Rad. No. 19845; 19 de enero de 2006, Rad. No. 24181; 7 de septiembre de 2006, Rad. No. 22447 y 2 de abril de 2008, Rad. No. 29410, entre otros.