

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta N° 218

Bogotá, D. C., once (11) de julio de dos mil trece (2013).

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por la señora MIRNA ALEXI GARCÍA PIÑA, a través de apoderado judicial, contra la sentencia dictada por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Descongestión de esta ciudad el 17 de agosto de 2010, mediante la cual condenó a MIRNA ALEXI GARCÍA PIÑA y otros como responsables del delito de estafa; el fallo del 9 de noviembre de 2011, por cuyo medio el Tribunal Superior de Bogotá modificó la anterior y emitió condena por el delito de peculado por apropiación en calidad de determinadores, y, finalmente, contra la decisión calendada el 28 de marzo de 2012 a través de la cual la Corte inadmitió las demandas de casación interpuestas contra las decisiones citadas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. En cuanto a los primeros, se reseñaron en pretérita oportunidad de la siguiente manera¹:

La abogada Mirna Alexi García Piña, en representación de 99 ex trabajadores de la empresa Puertos de Colombia que fueron pensionados conforme a la convención colectiva de trabajo vigente para la época, entre ellos, César Enrique Castaño Bossio, Manuel Gómez Bermúdez, Rafael Carmona Morales, Luis Remberto Torres Ramírez y Juan Antonio Bolaño Ortega (por fallecimiento de este último otorgó poder la beneficiaria sustituta Dora Vargas de Bolaño), instauró acción de tutela contra el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, FONCOLPUERTOS, con el propósito, entre otros, de lograr que les fueran reconocidas y pagadas algunas acreencias laborales.

Mediante sentencia del 18 de octubre de 1996 el Juzgado 39 Civil Municipal de Bogotá concedió el amparo. En consecuencia, el 6 de junio de 1997, ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, FONCOLPUERTOS, representada por Mario Mateus Vargas, suscribió con la profesional García Piña una conciliación por \$1.741.863.436, valor resultante de reliquidar prima proporcional de servicios (prima sobre prima), prima proporcional de antigüedad, uniformes y calzado, salarios moratorios y diferencia de mesadas pensionales. En orden a realizar esos pagos, la entidad dictó las resoluciones 1689 del 17 de noviembre de 1997, por \$450.000.000 y 0525 de 20 de abril de 1998, por \$1.251.624.107.

El fallo de tutela fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional y, en sentencia del 27 de enero de 1998, lo confirmó en cuanto amparó el derecho de petición, pero lo revocó en lo demás. Adicionalmente, dispuso compulsar copias a la Procuraduría General y a la Fiscalía General de la Nación para que iniciaran las investigaciones correspondientes por la posible comisión de delitos en la iniciación, trámite y decisión de los procesos adelantados.

A pesar de que Rafael Gazabón Herrera y Adalberto Zapata Barandica otorgaron poder para promover la tutela, no fueron incluidos en la demanda y menos, resultaron beneficiados por la conciliación mencionada. Tampoco fue favorecido Juan Antonio Bolaño

Ortega.

2. La reseña de la actuación procesal la realizó la Corte en la misma decisión ya referenciada así:

1. A la investigación fueron vinculados, mediante indagatoria, Mirna Alexi García Piña, César Enrique Castaño Bossio, Manuel Gómez Bermúdez, Rafael Gazabón Herrera, Dora Vargas de Bolaño y Adalberto Zapata Barandica; y, por declaratoria de persona ausente, Rafael Carmona Morales y Luis Remberto Torres Ramírez.

2. Cerrado el ciclo instructivo, el 24 de febrero de 2005 la Fiscalía 3ª Delegada de Estructura de Apoyo para el tema de FONCOLPUERTOS formuló resolución de acusación² contra Mirna Alexi García Piña, César Enrique Castaño Bossio, Manuel Gómez Bermúdez, Rafael Carmona Morales y Luis Remberto Torres Ramírez por el delito de peculado por apropiación, en calidad de determinadores, en los términos del artículo 133 del Código Penal, modificado por el 12 de la Ley 190 de 1995.

Así mismo, acusó a Rafael Gazabón Herrera, Dora Vargas de Bolaño y Adalberto Zapata Barandica por el referido punible en igual participación, pero en grado de tentativa.

Se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento.

En el mismo proveído, declaró la prescripción de la acción por el delito de fraude procesal para todos los procesados, la correspondiente extinción de la acción y precluyó investigación en su favor.

3. La determinación fue confirmada el 24 de abril de 2007 por la Fiscalía 50 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá³.

4. En la sesión de audiencia pública del 25 de febrero de 2009, presidida por el Juez 2º

Penal del Circuito de Descongestión CAJANAL – FONCOLPUERTOS de Bogotá⁴, el ente fiscal, aduciendo error, varió la calificación jurídica respecto de todos los procesados, para llamarlos a juicio por “estafa agravada consumada y tentada”⁵.

5. Finalizada la audiencia, la causa se envió al Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá, que avocó conocimiento, pero, por virtud del Acuerdo 6691 de 2010 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, remitió las diligencias al Juzgado 5º Penal del Circuito de Descongestión de la misma ciudad.

6. El 7 de agosto de 2010 el mencionado Juzgado 5º profirió sentencia⁶ en la que: negó la nulidad solicitada; absolvió a Gazabón Herrera, Vargas de Bolaño y Zapata Barandica “por haber operado en su favor el fenómeno prescriptivo de la acción penal”, por el delito de estafa agravada en grado de tentativa; y condenó a Mirna Alexi García Piña, César Enrique Castaño Bossio, Manuel Gómez Bermúdez, Rafael Carmona Morales y Luis Remberto Torres Ramírez a 32 meses de prisión, multa de 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual a la pena privativa de libertad, tras hallarlos penalmente responsables del delito de estafa agravada.

Les concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena, al tiempo que los condenó a pagar por perjuicios materiales las siguientes sumas: a García Piña \$843.121.282 más el 50% de lo que correspondiere cancelar a los demás procesados; a César Enrique Castaño Bossio \$14.402.250; a Manuel Gómez Bermúdez \$6.199.599; a Rafael Carmona Morales \$13.753.269, y a Luis Remberto Torres Ramírez \$21.265.754.

7. La determinación fue recurrida por los defensores de los condenados y por el representante del Ministerio Público.

8. En fallo del 9 de noviembre de 2011 el Tribunal Superior de Bogotá determinó que la

conducta por la cual deberían responder todos los acusados era la de peculado por apropiación y, en ese orden, resolvió⁷:

Confirmar el numeral 2º de la providencia impugnada, en cuanto absolvió a Gazabón Herrera, Vargas de Bolaño y Zapata Barandica, pero no por razón de la prescripción de la acción sino porque no se configuró el delito.

Modificar el numeral 3º de la sentencia para condenar a Mirna Alexi García Piña, César Enrique Castaño Bossio, Manuel Gómez Bermúdez, Rafael Carmona Morales y Luis Remberto Torres Ramírez por peculado por apropiación, en calidad de determinadores. Para efectos de la dosificación punitiva, acudió a la Ley 599 de 2000, por ser más favorable, y les impuso las siguientes penas:

A Mirna Alexi García Piña: 72 meses de prisión⁸, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, multa de \$1.741.863.436, e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado por 5 años; a César Enrique Castaño Bossio: 72 meses de prisión⁹, igual término de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de \$14.402.250; a Manuel Gómez Bermúdez: 48 meses de prisión¹⁰, igual término de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de \$6.199.599; a Rafael Carmona Morales: 72 meses de prisión¹¹, igual término de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 13.753.269, y a Luis Remberto Torres Ramírez: 72 meses de prisión¹², igual término de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 21.265.754.

Les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Dispuso, en consecuencia, que en firme la decisión se librarán las órdenes de captura. Confirmó en lo demás.

9. Los defensores de García Piña, Castaño Bossio, Gómez Bermúdez, Carmona Morales

y Torres Ramírez interpusieron recurso y presentaron demanda de casación.

Mediante providencia fechada el 28 de marzo de 2012, la Corte decidió inadmitir las demandas de casación presentadas, entre ellas, la incoada por la procesada MIRNA ALEXI GARCÍA PIÑA.

LA DEMANDA

1. La demanda se funda en la causal segunda del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, esto es, “cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción penal, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o por cualquier causal de extinción de la acción penal”.

Considera el demandante que al verificarse en la etapa del juicio la variación de la calificación se amplió hasta ese momento la interrupción de la prescripción de la acción penal.

Dado que a la sentenciada GARCÍA PIÑA, inicialmente le fue imputado el delito de peculado, luego el de estafa, y finalmente fue condenada por el delito de peculado, el libelista pretende demostrar que, tanto respecto del peculado, como de la estafa, tanto en la instrucción, como en el juicio, la acción penal feneció por vencimiento del término de prescripción.

Durante la etapa de la instrucción. Razona indicando que al variarse la calificación durante la etapa del juicio, en febrero de 2009, el delito de estafa cometido en el mes de febrero del año 1996, alcanzó a prescribir. Indica que inmediatamente se produjo la variación procedió a demandar la prescripción de la acción penal y advirtió sobre la ilegalidad de proseguir con el procedimiento. Habiendo sido desoído en su pedimento.

Considera que en relación con el delito de estafa la norma aplicable es el código penal de 2000 (art. 246), cuya pena oscila entre dos y ocho años de prisión, este último término, se incrementa en la mitad lo que equivale a doce años que dividido por dos da el término de prescripción igual a seis años.

Prescripción en la etapa del juicio. Señala sobre el particular que si se considera que la resolución de acusación quedó en firme el 27 de abril de 2007, a la presente fecha han transcurrido cinco años y cinco meses, término que supera el lapso de cinco años cual es el término de prescripción en la etapa del juicio. El fenómeno extintivo se presenta si se tiene en cuenta que la pena del delito de peculado fue tasada en 72 meses, lo que, en su sentir indica que la prescripción se reduce a la mitad, (36 meses), pero como no puede ser inferior a cinco años, el término queda fijado en cinco años, los cuales fueron superados.

Remata argumentando que la decisión de la Corte de fecha 28 de marzo de 2012, mediante la cual se inadmitió la demanda de casación no se encuentra en firme por no haber sido notificada por edicto, dado que mal puede hablarse de ejecutoria de una decisión “por el sólo hecho de una NOTIFICACIÓN POR ESTADO”, desconociendo el mandato legal que ordena que cuando no se pueda notificar personalmente, las decisiones deben notificarse por edicto.

Con fundamento en los precedentes argumentos, expuestos en lo esencial, solicita el libelista la revocatoria de las decisiones demandadas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Corte ha sido reiterativa en destacar la excepcional naturaleza de la acción de revisión que la distingue de los recursos ordinarios, dado que con ella se pretende derribar la autoridad de la cosa juzgada, en cuanto no está amparando una situación justa, sino que por el contrario, en la cosa juzgada se sustenta una injusticia, de manera

que no obstante el significado que ello tiene, y la seguridad jurídica que entraña, debe prevalecer la justicia.

De lo anterior deriva la severidad en la ley al presupuestar que la demanda mediante la cual se solicita el inicio de la acción de revisión, deba estar sustentada formal y materialmente en los requisitos mínimos allí indicados y en las causales definidas por el legislador.

De tiempo atrás ha destacado la Corte la necesidad de que la demanda en cuanto al contenido y fundamentación sea seria, fundamentada en postulados debidamente ponderados, que se encaminan a persuadir al juzgador de la necesidad de dar inicio al juicio de revisión, para eliminar del ordenamiento una situación inicua.

De allí que se exige al demandante el cumplimiento perentorio de los requisitos previstos en los artículos 194 de la Ley 906 de 2004 y 222 de la Ley 600 de 2000, según sea el caso.

En el caso sub judice, el demandante falta al deber de allegar copia de la o las resoluciones de acusación a que alude, tanto en primera como en segunda instancia y de las certificaciones que dan cuenta de la ejecutoria de las mismas. Es elemental que si la demanda, como en este caso, tiene por fundamento la improseguibilidad de la acción por haber ocurrido la prescripción de la acción penal, y esta prescripción tiene como extremo en el cómputo de los términos la ejecutoria de la acusación, bien porque el fenómeno se produjo antes de la ejecutoria de la misma, o bien porque se produjo con posterioridad a la misma, resulta imprescindible, que con la demanda se anexe copia de las decisiones y de las constancias de su ejecutoria. Si no media la constancia de ejecutoria de las decisiones, bien podría entenderse que la cosa juzgada no ha nacido, el proceso y las decisiones perviven, lo cual indica que la competencia no se ha agotado y las soluciones deben darse al interior del mismo proceso.

He ahí la contradicción del demandante, dado que, convencido que el proceso se mantiene vigente, por no encontrarse en firme las decisiones, no acude a la vía ordinaria, sino a un mecanismo excepcional que presupone justamente lo contrario, esto es, que las decisiones cuestionadas hayan hecho tránsito a cosa juzgada.

Las deficiencias anteriores resultan suficientes para inadmitir la demanda, al incumplirse los anotados requisitos del artículo 222 de la Ley 600 de 2000.

2. La improcedencia de la causal incoada es manifiesta, lo cual impone, igualmente, la inadmisión de la demanda.

En efecto, dígase de entrada que la demanda es confusa, oculta la realidad procesal e incurre en protuberantes y deliberadas inconsistencias y sesgos argumentativos. Veamos:

La presentación de los hechos y de las fechas en que ocurrieron los mismos, es contraria a la realidad procesal. La procesada GARCÍA PIÑA, en representación de varios extrabajadores de la extinguida estatal Puertos de Colombia, sustituida por el fondo Foncolpuertos, presentó acción de tutela reclamando el amparo de unos derechos laborales. Mediante sentencia del 18 de octubre de 1996, el juzgado 39 Civil Municipal de Bogotá accede a las peticiones de la demanda. El fallo da lugar al pago de \$ 1.741.863.436, el cual se materializa o se completa en tres cuotas, una ordenada a través de la resolución 1689 del 17 de noviembre de 1997, por valor de \$ 450.000.000, otra mediante la resolución 0525 de fecha 20 de abril de 1998 por valor de \$ 1.252.624.107, y finalmente la suma de \$ 40.221.329 cuyo pago se realiza a través de la resolución 2200 del 3 de junio de 1998.

De manera que, bien tratándose de estafa, ora de peculado, la consumación del delito se materializó el 3 de junio de 1998, cuando se realiza el último acto de apropiación, y no dos años atrás, cuando se introduce la demanda de tutela, como lo pregonan el libelista (f.

6), desconociendo por demás que la decisión como tal produjo efectos hasta el 27 de enero de 1998, cuando fue revocada por la Corte Constitucional. La acción de tutela constituye apenas uno de los actos de despliegue de la maniobra que induce en engaño y cuyo objetivo se agota con la indebida apropiación de los dineros públicos. Pero si aún se quisiese prolongar en el tiempo el despliegue de maniobras, baste traer a colación que la actuación de la hoy demandante en revisión, extendió su accionar fraudulento hasta el mes de abril de 1999, cuando haciendo caso omiso de las decisiones judiciales que revocaron el fallo de tutela, insiste en solicitar el pago de dineros complementarios (ver fallo Tribunal f. 77).

De manera que si la conducta se consumó en junio de 1998, puesto que en tal fecha se produce la última entrega de los dineros estatales, es desde esta data, cuando debe empezar a contarse el término de prescripción, según la clara preceptiva del artículo 84 del Estatuto Penal Sustantivo¹³

Así, como quiera que se procede por el delito de estafa, cuya pena, según la norma imputada (art. 246 de la Ley 599) tiene un máximo de 8 años, el cual se incrementa en la mitad por razón de la cuantía y por recaer sobre bienes del Estado¹⁴, se tiene entonces que la pena máxima imponible es de 12 años, por consiguiente ese es el término de prescripción de la acción penal.

Si la resolución de acusación proferida el 24 de febrero de 2005 por el Fiscal Tercero de la Estructura de Apoyo para el Tema Foncolpuertos quedó en firme el 24 de abril de 2007, como se reseña en autos, al haber sido confirmada por el Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, ello significa que a dicha fecha tan sólo habían transcurrido nueve años ocho meses, contados desde la perpetración del último acto. Este término, que va desde la comisión del hecho hasta la ejecutoria de la acusación, no supera el

máximo de la pena señalada para el delito de estafa, como tampoco, para el delito de peculado, cuya pena, de acuerdo con el texto original de la Ley 599 (que retoma el de la Ley 195), oscilaba entre 6 y 15 años de prisión, atendiendo a la cuantía.

Se advierte, de manera concluyente que la acción no se encontraba prescrita para cuando queda ejecutoriada la resolución de acusación.

Dado que la resolución de acusación interrumpe el cómputo de la prescripción, dando lugar a una nueva contabilización cuyo máximo es la mitad de la pena más alta prevista para el delito, sin que pueda ser inferior a cinco años, ni superior a diez, tal como lo prescribe el artículo 86 del código penal, a efecto de determinar el término prescriptivo de cualquiera de los dos delitos referidos, debe considerarse que el nuevo cómputo empieza el 25 de abril de 2007 y habría de cumplirse en seis años (25 de abril de 2013), si se tratase de la estafa; o en 7 años seis meses si se tratase de peculado (28 de octubre de 2014), ello, por supuesto, sin que ocurra un fenómeno que lo interrumpa, como en efecto sucedió.

En ese orden de ideas, se tiene que la acción penal, en la etapa de la causa se interrumpió con la suscripción de la providencia del 28 de marzo de 2012, mediante la cual la Corte inadmitió las demandas de casación interpuestas por varios de los condenados, lo cual comporta, como es evidente, que no ocurrió la extinción de la acción penal.

3. No es cierto, como lo pretende el demandante, que al producirse una variación de la calificación por parte de la Fiscalía, según los mandatos del artículo 404 de la Ley 600 de 2000, se está emitiendo una nueva resolución de acusación, y que por tanto, el término de prescripción se extiende hasta esa fecha. La variación de la calificación es apenas una determinación o ajuste a la calificación jurídica de un comportamiento en cuanto a su nomenclatura, esto es, se ajusta la misma imputación fáctica a otro tipo

penal, que se considera más adecuado o que recoge con mejor precisión el comportamiento atribuido, con la finalidad de preservar la congruencia entre lo acusado y lo sentenciado. La acusación como tal, permanece inalterable, los presupuestos probatorios que sirvieron de base a la acusación se mantienen inamovibles, y lo mismo ocurre con el núcleo fáctico objeto de investigación y juzgamiento. No es, en consecuencia, la variación de la calificación otra acusación.

Pero en el caso sub examine, ni siquiera considerando la insostenible tesis de la demanda, podría entenderse prescrita la acción penal, dado que, si los hechos tienen consumación en junio de 1998, hay que entender que la acción respecto de la estafa, como ya está visto, prescribiría en doce años (para el caso, junio de 2010) y en relación con el delito de peculado en quince años (para el caso, junio de 2013), fechas muy posteriores al 27 de junio de 2007, cuando cobró firmeza la acusación, que como se sabe, interrumpe el término prescriptivo de la acción en la etapa de la investigación.

Con inusitada ligereza afirma el demandante que la decisión mediante la cual la Corte inadmitió las demandas de casación aún no se encuentran en firme, por cuanto no fue notificada por edicto, pregonando además que la notificación por estado carece de validez.

Se desconoce irreflexivamente cuales son las clases de notificaciones de acuerdo con la Ley 600 y la tradición jurídica colombiana (art. 177) y se desconoce además que la notificación por edicto se reserva a la sentencia (art. 180 ibidem), y dado que la decisión mediante la cual se inadmite la demanda de casación no es una sentencia, mal puede exigirse respecto de tal decisión la notificación por edicto.

En tales términos, conforme se ha constatado, manifiestamente improcedente resulta la causal invocada, por cuya razón, también se impone la inadmisión de la demanda.

Entonces, ante la falta de cumplimiento de los precisos requisitos consagrados en el

artículo 194 de la Ley 906 de 2004, se inadmitirá la demanda.

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

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de revisión presentada por MIRNA ALEXI GARCÍA PIÑA a través de apoderado.

2. ADVERTIR que contra esta providencia procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

LUÍS BERNARDO ALZATE GÓMEZ

GUILLERMO ANGULO GONZÁLEZ

Conjuez

Conjuez

PAULA CADAVID LONDOÑO
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

Conjuez

Magistrado

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ LUÍS GONZALO VELÁSQUEZ POSADA

Conjuez

Conjuez

YESID VIVEROS CASTELLANOS

Conjuez

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Decisión del 28 de marzo de 2012, Radicación 38605.
- 2 Folios 236 a 259 del cuaderno original 8 de instrucción – acusación.
- 3 Folios 46 a 85 del cuaderno original 8 de segunda instancia.
- 4 Folios 30 a 35 del cuaderno original juzgamiento 12.
- 5 Folio 34 Id. Aunque en esos términos se refirió el Fiscal, pareciera que la tentativa la predicó respecto de Gazabón Herrera, Vargas de Bolaño y Zapata Barandica.
- 6 Folios 17 a 57 del cuaderno original 14.
- 7 Folios 16 a 89 del cuaderno del Tribunal.
- 8 Toda vez que el monto de lo apropiado superó los 200 smlmv.
- 9 Toda vez que el monto de lo apropiado superó los 50 smlmv.
- 10 Toda vez que el monto de lo apropiado no superó los 50 smlmv.
- 11 Toda vez que el monto de lo apropiado superó los 50 smlmv.
- 12 Toda vez que el monto de lo apropiado superó los 50 smlmv.

13 ARTICULO 84. INICIACION DEL TERMINO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION. En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las conductas punibles de ejecución permanente o en las que solo alcancen el grado de tentativa, el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.

En las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

Cuando fueren varias las conductas punibles investigadas y juzgadas en un mismo proceso, el término de prescripción correrá independientemente para cada una de ellas.

14 Ver sentencia primera instancia pagina 35.