

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado Ponente

AEP: 00043-2018

Radicado N° 47253

Aprobado acta N° 028

Bogotá D.C, seis (06) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Se pronuncia la Sala, sobre los recursos de reposición interpuesto como principal, y apelación como subsidiario, por parte del actual defensor contractual del acusado Lucas Segundo Gnecco Cerchar, en contra de la decisión del pasado 16 de octubre, por medio de la cual no se decretó la prescripción de la acción penal solicitada, ni la nulidad de la providencia que calificó la actuación.

Argumentos del impugnante:

Se refiere el inconforme, en primer lugar, al tema de la prescripción, para indicar que insiste en ello, no obstante que su antecesor realizara tal planteamiento, pero ahora él lo hace desde el punto de vista del principio rector del ne bis in idem, en consideración a que desde su muy particular punto de vista: "...un mismo elemento de la conducta no pueda (sic) ser considerado más de una vez para hacer más gravosa la situación del procesado".

Y que, frente al caso concreto, ello es precisamente lo que está ocurriendo, "...toda vez que la calidad de sujeto activo de servidor público se usa no solo para la tipificación de la conducta en el tipo penal de Contrato sin el Cumplimiento de Requisitos Legales, sino que

además se usa esa misma calidad para ampliar el término prescriptivo de la acción penal”.

En su sentir, la aplicación del precepto 82 del Decreto-Ley 100 de 1980, alusivo a la prescripción de la acción en los delitos cometidos por empleado oficial, deviene inconstitucional, por afectación al artículo 29 de la Carta Política, motivo por el cual se debe inaplicar, para que en efecto no se extienda el término prescriptivo, regulado en los mismos términos en los artículos 83 de la Ley 599 de 2000 y artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, para que proceda la prescripción reclamada.

Respecto de la nulidad, por haberse tramitado el presente asunto bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000 y no con fundamento en el Decreto 2700 de 1991, hace referencia a una decisión de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, del año 2005, en la que se indicaba que la ley aplicable era la preexistente al delito, lo cual permitía entender que la misma acompañaba a la actuación ad infinitum, lo que le sirve de fundamento para reiterar la pretensión anulatoria de la actuación.

Finalmente, en lo que dice relación con la nulidad por haberse fundamentado la resolución de acusación en normatividad que no existía para la fecha de ocurrencia de los hechos, considera que la misma debe ser declarada, habida cuenta de la confusión que se genera en la decisión comentada, pues que en la página 11 de la misma se hace referencia al artículo 31 de la Ley 599 de 2000, mientras que en la página 46, se alude al 26 del Decreto-Ley 100 de 1980.

A partir de ese supuesto, al amparo de jurisprudencia de vieja data de la Sala de Casación Penal de esta Corporación, advierte que se pueden estar conculcando garantías fundamentales, generadoras de nulidad, “... cuando en la resolución de acusación no se desarrolla con claridad la normatividad que la fundamenta, al citarse y desarrollarse un fundamento jurídico que no aplica al caso, siendo necesario que dicha situación trascienda de una mera transcripción involuntaria y se evidencia un desarrollo argumentativo de un

articulado que no aplica al caso”.

Intervención del fiscal delegado:

El representante del ente acusador, de entrada, propugna porque se mantengan las decisiones objeto de cuestionamiento, en la medida en que el señor defensor solamente plantea una personal visión jurídica, sin que ataque la providencia como tal, pues no identifica aspectos equívocos que deban ser replanteados por la Sala o revocados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema.

Frente a la supuesta violación al ne bis in idem, advierte que no puede hablarse de un doble castigo por una misma circunstancia fáctica, porque, desde el punto de vista del injusto, está claro que en los delitos especiales, quien ostenta la calidad de servidor público está llamado a responder, sin que por ello se pueda argüir que tiene una doble circunstancia de reproche, en relación con su participación en el delito, por cuanto resulta claro que, por supuesto, merece mayor reproche aquél que ostenta la calidad de servidor público e infringe la norma.

Pero, por otro lado, refiere que el argumento esgrimido por el señor defensor en esta oportunidad, resulta novedoso, como quiera que no fue expuesto en el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, sin que la Sala hubiese tenido la oportunidad de examinarlo, por lo que, en su sentir, no puede tener vocación de éxito.

En lo que dice relación con la pretensión de nulidad por aplicación de un procedimiento procesal diferente, advierte que no hará ningún comentario de fondo, por cuanto la decisión de la Sala fue clara en el análisis jurisprudencial que respalda el tema. Inclusive, en un pronunciamiento similar, en otro caso que se adelanta al mismo procesado, ya se había planteado similar hipótesis, para deprecar esa aplicación normativa, pero que también fue rechazada.

Sobre la insistencia del señor defensor, para que se decrete la nulidad por supuesta confusión en las normas del concurso, resalta que no tiene ninguna relevancia, ni trascendencia, por cuanto se está hablando del mismo instituto. Recuerda el cuadro comparativo que realizó al resolver la reposición frente a la acusación, cuando quedó evidenciado que se trataba de preceptos normativos similares, que establecían idénticas consecuencias jurídicas, por lo que, en su sentir, independientemente que se aplique el artículo 26 del Decreto-Ley 100 de 1980 o el 31 de la Ley 599 de 2000, no se estaría generando ningún detrimento para los intereses jurídicos del acusado.

Por lo demás, advierte el fiscal, ese sería un tema para ser valorado por la Sala al momento de considerar si hay lugar o no a una sentencia, cuando se dictamine si en verdad estamos frente a una posibilidad de sancionar unas conductas como concurso de hechos punibles o no y, ello se hará, reitera, con independencia de la norma que resulte invocada.

Porque si en gracia de discusión se admitiese que hubo un equívoco en la acusación, por haberse anunciado indistintamente ambos preceptos normativos, no puede acudir a la sanción drástica de la nulidad por aspectos meramente formales, que no afectan para nada el procedimiento, ni las garantías procesales.

Acota, finalmente, que el reproche en contra de Gnecco Cerchar, está fundamentado sobre la base del concurso de conductas punibles de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por lo que, independientemente de que se aluda a una u otra norma, el acusado tiene claro de lo que se tiene que defender, por lo que no puede hablarse de confusión en ese punto y mucho menos pretender con ello la declaratoria de nulidad.

Intervención de la representante del Ministerio Público:

La señora procuradora delegada empieza por indicar que la defensa no suministra argumentos que demeriten la decisión objeto del recurso.

En punto a la solicitud de prescripción, advierte que se trae un argumento que no fue objeto de discusión previa, ni de la decisión que se cuestiona; esto es, el que tiene que ver con la agravante por la condición de servidor público, que en esta audiencia se discute por primera vez, ha puesto en conocimiento la defensa.

Indica que ese fue un debate que se dio en el ámbito de la justicia constitucional desde el año 1995, como bien lo dijo la defensa, así como en el año 2008, en el sentido de que ello no transgredía el principio del ne bis in idem, por lo que en su concepto, no resulta exacto decir que en los actuales momentos no existe cosa juzgada constitucional en relación con normas posteriores, como el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, porque en realidad esa norma lo que hace es reproducir otras disposiciones anteriores que ya fueron objeto de control constitucional, por lo que hoy en día puede decirse que respecto de la misma, existe cosa juzgada material por el contenido sustantivo de dicha disposición.

De acuerdo con la apreciación de la procuradora, como el argumento esgrimido por la defensa no contiene fundamento fáctico, ni jurídico, debe ser desechado.

Consideraciones para decidir:

Debe aclararse, en primer lugar, que en anterior sesión intervino como representante de la parte civil, la Gobernación, pero en razón de que el abogado respectivo no había presentado la demanda de constitución de parte civil, no podía intervenir en esa calidad, en razón a que no ha cumplido con ese presupuesto procesal, motivo por el cual no se hará ninguna mención frente a la misma.

Sea lo primero indicar que el recurso de reposición que ahora se resuelve, resulta procedente, al amparo de lo previsto en los artículos 185 y 189 de la Ley 600 de 2000, motivo por el cual se activa la competencia de la Sala para su resolución.

Pero, además, si bien es cierto que los recursos tienen como finalidad permitir a los sujetos

procesales la controversia sobre las decisiones que les generan perjuicio, también lo es que quien lo interpone se encuentra limitado por los alcances de la providencia que pretende cuestionar.

En efecto, dentro de la dialéctica propia de la impugnación, debe existir congruencia entre la petición inicial y la decisión que se emite, para que el recurso interpuesto guarde relación con esos dos aspectos, desde el punto de vista de la afectación generada, sin que se pueda, por consiguiente, al momento de su interposición, desbordar alguno de ellos.

Lo anterior, para indicar que eso es lo que parece ha ocurrido con la primera parte de la impugnación horizontal, interpuesta como principal por el censor, cuando al insistir en la declaratoria de prescripción de la acción, trae un argumento adicional a la discusión, que, por supuesto, no fue considerado por el anterior defensor del acusado al momento de realizar tal solicitud y, en consecuencia, tampoco por parte de esta Sala Especial, al momento de resolver sobre el mismo.

Se refiere la Sala, por supuesto, al principio de *ne bis in idem*, al amparo del cual, el hoy impugnante pretende la revocatoria de la decisión del pasado 16 de octubre, por medio de la cual esta Sala Especial no dispuso la prescripción de la acción penal, bajo el argumento de que un mismo elemento de la conducta punible, no puede ser considerado más de una vez para hacer más gravosa la situación de su patrocinado.

El impugnante alude, puntualmente, a la calidad de servidor público que ostentaba el hoy acusado Lucas Segundo Gnecco Cerchar, para el momento de ocurrencia de los hechos, que como se indicó desde la acusación, dada esa condición especial, al amparo de las normas que regulan la contratación pública, se genera una mayor punición o reproche y, de la misma manera, los términos de prescripción se amplían, conforme se puntualizó en la decisión que ahora se cuestiona.

Por supuesto, se equivoca el censor con el referido planteamiento, por cuanto más allá de

su improcedencia por lo anotado en apartados anteriores, debe indicarse que una cosa es la tipificación de la conducta punible, cuyo proceso de adecuación debe tener en cuenta para ello todas las normas que la integran, que para el caso en concreto, conforme se dijo en la providencia cuestionada, necesariamente se debió acudir al estatuto de contratación (Ley 80 de 1993), para tener debidamente complementado el comportamiento objeto de reproche; y otra, que desde el punto de vista del término de prescripción, el legislador consideró, igualmente, de manera razonada que cuando la conducta punible sea realizada por un servidor público, ese término se aumentará en la tercera parte, según el artículo 82 del Decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos.

Se trata por consiguiente de dos situaciones totalmente diferenciables, que no pueden ser consideradas de manera conjunta, como erróneamente lo plantea el señor defensor, para pretender con ello configurada la violación al *ne bis in idem*. Por el contrario, el principio en mención propugna que una persona no pueda ser juzgada más de una vez por la misma conducta punible, independientemente de la denominación jurídica que se le dé o se le haya dado (artículo 9° Decreto 100 de 1980 y, en el mismo sentido, el art. 8° de la Ley 599 de 2000).

Y, para el caso en concreto, resulta claro que el señor Lucas Segundo Gnecco Cerchar viene siendo procesado por unos hechos acaecidos en diciembre de 1999 y febrero de 2000, tal cual se desprende de la situación fáctica planteada en la resolución de acusación proferida por un fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia¹. Sobre estos hechos todavía no se ha emitido pronunciamiento de fondo, como quiera que avanzamos en el desarrollo de la audiencia preparatoria.

Por otra parte, ciertamente el principio de *ne bis in idem* también significa que no puede haber dos procesos en curso por el mismo hecho, ni doble consideración punitiva de la misma circunstancia.

Pues bien, aunque la calidad de servidor público puede generar una consecuencia punitiva, si se reúnen los demás elementos del tipo y del delito, no ocurre lo mismo con el aumento del término de prescripción, pues esta no es una consecuencia de la conducta punible sino un mecanismo de regulación del ejercicio de la acción penal, que impide la aplicación del non bis in idem.

En esa medida entonces, esa primera pretensión del censor, referida a la prescripción de la acción penal, no será atendida, manteniéndose incólume la decisión que dispuso su negativa.

Ahora bien, frente a otro de los puntos del disenso, alusivo a que se decrete la nulidad por haberse tramitado el proceso con fundamento en un procedimiento penal diferente, esto es, por la Ley 600 de 2000 y no por el Decreto 2700 de 1991, en consideración a la fecha de ocurrencia de los hechos, no obstante referirse al desarrollo jurisprudencial reseñado por esta Sala en la decisión que ahora cuestiona, a partir del cual se establecieron los nuevos parámetros para determinar la ley aplicable, pretende su cuestionamiento bajo una decisión de esta Corporación del año 2005, en la que se indicaba que la ley aplicable era la preexistente al delito, lo cual permitía entender que la misma acompañaba la actuación hasta su terminación. Recuérdese, nuevamente, cómo en la decisión cuestionada, se indica que la presente investigación se inició cuando ya no estaba vigente el Decreto 2700 de 1991, sino la Ley 600 de 2000, concretamente en el mes de mayo de 20082, sin que, por demás, bajo la primera codificación procesal citada, se hubiese adelantado trámite alguno.

Se reitera en esta oportunidad, que el desarrollo jurisprudencial posterior -expresamente explicado en la decisión cuestionada-, que sobre la materia ha elaborado esta Corporación, permite concluir que la legislación procesal prevista en la Ley 600 de 2000 fue la correcta y esa la razón por la cual se mantiene la decisión de no nulitar la actuación, como se pretende por el censor. Desde luego, si en algún momento procesal posterior, el defensor invoca y demuestra la favorabilidad de norma o instituto cualquiera del Decreto 2700 de 1991, así se

examinará, sin necesidad de decretar la nulidad, entendida ésta como recurso extremo.

Por último, si bien es cierto, como lo pregonaba el impugnante, en la página 11 de la resolución acusatoria, se hace referencia al artículo 31, sin que se indique expresamente a qué compendio normativo corresponde, pero que, por deducción lógica, se entiende aludía a la Ley 599 de 2000; también resulta importante aclarar que, en ese momento de la decisión, se hacía referencia a la calificación jurídica provisional, para comprender integrado en ese instante, además del contrato sin cumplimiento de requisitos legales, el peculado por apropiación, pues que por ambos comportamientos delictivos fue vinculado a la investigación el acusado Gnecco Cerchar; pero, posteriormente, en el acápite 3.1.3, alusivo a la responsabilidad del procesado, dentro de la estructura de dicha providencia, cuando se concretó la conducta por la cual sería finalmente acusado, solamente se aludió al contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y fue allí cuando se puntualizó que sería en la modalidad concursal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 100 de 1983, en consideración a que por la otra conducta se precluyó la investigación.

Resulta claro, que no se genera duda alguna, como pretende plantearlo el recurrente, frente a la acusación de la cual debe defenderse su patrocinado, pues los extremos de esta quedaron debidamente delimitados en el acto acusatorio, como se acaba de indicar.

Como en sentir de la Sala, entonces, tampoco frente a este punto se considera que existe algún desacierto que deba entrar a corregir o enmendar, no hay lugar a la pretensión de nulidad por dicho tópico.

En virtud de lo anterior, al resultar improcedentes las solicitudes del censor, plasmadas a través del recurso horizontal, interpuesto como principal, se concede como subsidiario el de apelación oportunamente planteado y sustentado, ante la Sala de Casación Penal de esta Corporación, después, claro está, de la notificación de la presente determinación.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de

Justicia,

R E S U E L V E

Primero: No reponer la decisión de 16 de octubre del presente año, por medio de la cual no se decretó la prescripción de la acción penal, ni las nulidades invocadas por la defensa del acusado.

Segundo: Una vez notificada en audiencia la presente decisión, se concede el recurso de apelación, interpuesto como subsidiario, ante la Sala de Casación Penal de esta Corporación.

Tercero: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y Cúmplase:

JORGE EMILIO CALDAS VERA

Magistrado

RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ

Magistrado

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS

Magistrado

ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR

Secretaria

- 1 Fls. 154-210 Cuaderno original fiscalía N° 2.
- 2 Fls. 3-7 cuaderno original 1 Fiscalía.
- 3 Fl. 199 Resolución de acusación. Cuaderno original N° 2 Fiscalía.