

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

AP2138-2015

Radicación N° 45854.

Aprobado acta No. 148.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

VISTOS

De conformidad con lo reglado en el artículo 222 de la Ley 600 de 2000, examina la Sala el aspecto formal de la demanda de revisión presentada en nombre propio por el procesado JOSÉ JAIME LUNA ORTÍZ, abogado titulado, en contra de las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar) y el Juzgado Único Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar) –en primera y segunda instancia, el 15 de marzo y 9 de noviembre de 2007, respectivamente-, a través de las cuales se condenó al mencionado acusado como autor responsable del delito de abuso de confianza calificado, agravado.

Aunque el actor no lo menciona expresamente, la presente acción también se dirige en contra del fallo emitido por esta Corte el 4 de febrero de 2009 (Radicado 30293), por medio del cual no casó la sentencia del Tribunal, objeto del recurso extraordinario de casación.

HECHOS

En anterior oportunidad¹, la Corporación prohió el siguiente resumen de los mismos, contenido en el fallo de primer grado:

“...[e]l doctor José Jaime Luna Ortiz, quien había recibido facultades para contratar a través de la empresa que regentaba como Director Ejecutivo, denominada Asomineros, (Asociación de Municipios Mineros del Centro del Cesar), celebró el seis (6) de marzo de 1997, un contrato con la empresa Inversiones Fas & Cía Ltda, representada por el Dr. Arturo Lacouture Barros, cuyo objeto del contrato era la de suministrar la tubería y los accesorios de la misma, para ejecutar el proyecto de alcantarillado fluvial del municipio de Chiriguaná, pactándose por un valor de doscientos setenta millones, ciento cincuenta mil novecientos setenta y cuatro pesos (\$270.150.974.00). En efecto, por el transporte de la tubería de PVC y los accesorios con destino a la ampliación del sistema de acueducto de la cabecera municipal de Chiriguaná, se pactó en un valor de setenta y tres millones ochocientos sesenta y dos mil seiscientos dieciocho pesos (\$73.862.618.00), donde el valor real del transporte de dicho material para la época de los hechos ascendían a dos millones quinientos ocho mil trescientos ocho pesos (\$2.508.308.00), de donde se concluye de una parte que existió una apropiación por valor de setenta y un millón trescientos cincuenta y cuatro mil doscientos ochenta y tres pesos (\$71.354.283.00), por este concepto; y de otra parte existió un sobrecosto en el valor de adquisición de la tubería de cuarenta millones quinientos noventa y cuatro mil ochocientos cuarenta pesos, significando lo anterior, que el valor total de lo apropiado es de ciento once millones novecientos cuarenta y nueve mil setenta y ocho pesos (\$111.949.078.00)”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

De la documentación aportada se extracta que la investigación por los hechos anteriores fue adelantada por la Fiscalía Sexta Especializada de Bogotá, dependencia que

el 28 de agosto de 2002 calificó el mérito del sumario, profiriendo resolución de acusación en contra de JOSÉ JAIME LUNA ORTÍZ -y otros- por las conductas punibles de peculado por apropiación e interés ilícito en la celebración de contratos.

Impugnada dicha providencia por uno de los defensores, la Fiscalía de segunda instancia la confirmó parcialmente, el 7 de marzo 2003.

En todo caso, lo decidido por el Ad quem no implicó modificación alguna de la situación de LUNA ORTÍZ.

El conocimiento de la etapa de la causa correspondió al Juzgado Único Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar), despacho que el 15 de marzo de 2007 dictó sentencia en estos términos: (i) absolviendo a LUNA ORTÍZ por el punible de interés ilícito en la celebración de contratos, y (ii) condenándolo por la hipótesis delictual de peculado por apropiación.

En tales condiciones, el A quo le impuso las penas principales de 10 años de prisión y multa por el valor de \$111.949.078.00, y la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. De igual manera, lo condenó al pago de perjuicios y le concedió el beneficio sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el procesado LUNA ORTÍZ, la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar (Cesar) lo confirmó, con modificaciones, mediante el suyo del 9 de noviembre de esa anualidad. En efecto, como determinó que el ilícito por el que se procedía era el de abuso de confianza calificado, agravado, redosificó la sanción restrictiva de la libertad, la cual fijó en 64 meses de prisión.

En contra del proveído del Tribunal, el mismo sujeto procesal interpuso el recurso extraordinario de casación.

Mediante sentencia del 4 de febrero de 2009 (Radicado 30293), la Corte decidió no casar la providencia impugnada.

Ahora, de nuevo es el inculcado LUNA ORTÍZ el que directamente promueve demanda de revisión, cuyo aspecto formal procede la Sala a evaluar en esta oportunidad.

RESUMEN DE LA DEMANDA

Con suma dificultad, la Corte procurará desentrañar las manifestaciones del demandante, quien en un solo memorial y a través de un discurso farragoso y deshilvanado, impetró la acción de revisión en contra de cuatro providencias diferentes, situación que condujo a que la Sala dispusiera el desglose de las mismas².

En ésta ocasión, como corresponde analizar el ataque impetrado contra las sentencias emitidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar (Cesar) y el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar), el 15 de marzo y 9 de noviembre de 2007, en su orden, la Corporación abordará exclusivamente los argumentos que aluden a las mismas.

En efecto, luego de referirse a la naturaleza de la acción de revisión, el sentenciado se apoya en el numeral 6° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, para aducir como motivo de la misma “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”, señalando que la variación jurisprudencial se presentó al determinar la Sala que los contratistas ejecutores de obra no ejercen funciones públicas, concluyendo, entonces, que en lugar de cometer el delito de peculado por apropiación, incurrir en el de abuso de confianza calificado³.

Agrega que si los delitos contra la administración pública sólo pueden ser

perpetrados por funcionarios públicos, ésta condición no puede atribuírsele, “por no asumir la función pública al realizar una obra pública, como representante legal de una persona jurídica denominada ASOMINEROS, ya que es contratista, ejecutor de la construcción de la obra pública, al que no se trasladan las funciones públicas, siendo en situación extrema un interviniente a título de coautoría”.

Así, luego de analizar en qué consistió la actividad contractual que se le atribuyó, el recurrente sostiene que no se infringió injusto penal alguno, teniendo en cuenta que para su estructuración requiere ser típico, antijurídico y culpable.

Insistiendo, entonces, en que no ostentaba la condición de servidor oficial por cuanto no desempeñaba funciones públicas, añade que tampoco podía condenársele por la conducta punible de abuso de confianza calificado, “por encontrace (sic) prescrita la acción penal”. Solicita, por consiguiente, que se declare la nulidad de los fallos atacados, copias de los cuales allegó como soporte de su pedimento⁴.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

De conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, a esta Sala compete conocer de la acción de revisión presentada en nombre propio por el procesado JOSÉ JAIME LUNA ORTÍZ, ya que la promueve en contra de sentencia de segunda instancia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, y además involucra un fallo de casación emitido por esta Corporación.

Ahora bien, debe partir por reiterar la Corte que la acción de revisión es un medio para conseguir la realización de la justicia y un mecanismo excepcional contra la inmutabilidad de la cosa juzgada por la ocurrencia de hechos y conductas contrarias a derecho que una vez configuradas, desvirtúan la oponibilidad de la sentencia en firme y la

seguridad jurídica que le sirve de fundamento. Dentro de este contexto, la razón de ser del instituto es la de subsanar los defectos materiales de aquellas providencias que ponen fin al proceso penal tanto en la instrucción como en el juicio, proferidas en contravía de una recta administración de justicia, atendiendo al interés general de la verdad y de la justicia como forma de garantizar una convivencia pacífica y un orden justo para el conglomerado social.

Por lo mismo, no es un mecanismo para revisar la legalidad de la sentencia como sucede con el recurso de casación, sino la justicia en su dimensión positiva, para evitar que se condene a inocentes, se absuelva a los responsables o se otorgue firmeza a un trámite que objetivamente no podía adelantarse o culminar ordinariamente.

En el presente evento, el actor invoca la causal de revisión contenida en el numeral 6° del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, concerniente a que la Sala haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, respecto de la cual ha reiterado pacíficamente:

«De otra parte esta Corte ha señalado los elementos demostrativos necesarios para estructurar la causal referida en el numeral 6 del artículo citado (artículo 192-7, Ley 906/04). Indicó la Corporación que,

“Para la estructuración de la causal invocada corresponde al demandante indicar los fundamentos sobre los cuales se sustenta la sentencia considerada injusta, acreditar el pronunciamiento de la Sala Penal en el cual se estudia el aspecto que constituye el soporte del fallo condenatorio y demostrar que hubo un cambio favorable con incidencia en la providencia cuya rescisión se reclama”⁵.

De lo anterior se extrae que la demanda de revisión sustentada en la causal 6° de la Ley 600 (numeral 7° Ley 906) debe cumplir como mínimo los siguientes requisitos: que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un

criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; que el referente jurisprudencial de la Sala Penal se cambie mediante un fallo proferido con posterioridad a la providencia que se revisa; que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante.

Para mayor claridad dentro del caso bajo examen es necesario precisar que el pronunciamiento judicial al que hace referencia la causal 6° de revisión debe ser de aquellos proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por ser el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria penal encargada de la unificación de la jurisprudencia en las materias de su competencia» (entre otros, en CSJ AP, 16 agosto 2011, Rad. 36428; CSJ AP, 2 mayo 2012, Rad. 38829; y CSJ SP, 11 agosto 2013, Rad. 40208).

Acorde con lo anterior, en casos como éstos lo pertinente es llevar a cabo una labor de constatación mediante la cual se muestre objetivamente que la decisión contentiva del cambio jurisprudencial favorable y la que se considera injusta se fundamentan en presupuestos similares, con lo cual la incidencia de la primera en la segunda resulta inevitable.

Ello, porque dentro de la teleología de la acción, el principio básico de cosa juzgada sólo es factible de derrumbar a partir de la demostración de que por este tipo de circunstancias se pasan por alto los imperativos de verdad y justicia, consustanciales a la tarea de la judicatura.

Y, en el caso de la causal examinada, si se entiende que por virtud de una decisión posterior del órgano de cierre de la jurisdicción penal ordinaria, se cambió favorablemente el criterio jurídico concerniente al tópico de la punibilidad, mal puede seguir estimándose como legítima la decisión condenatoria anterior.

2.2. El caso concreto.

Acorde con el precedente citado, resulta absolutamente claro que el recurrente no cumplió con los parámetros de demostración de la causal invocada.

Para empezar, debe resaltarse que en ningún momento el procesado demandante hace la rigurosa labor de constatación, en la medida en que apenas se limita a manifestar, una y otra vez, que para cuando celebró los contratos administrativos no ostentaba la condición de servidor oficial por cuanto no desempeñaba ni le fueron deferidas funciones públicas.

Por tal motivo, dice que no podía habersele condenado por el delito de peculado por apropiación, lo cual torna más incomprensible aún su argumentación, si en cuenta se tiene que en últimas se le sentenció por la conducta punible de abuso de confianza calificado.

Es decir, el criterio jurídico jurisprudencial que estima más favorable apunta que no puede imputársele el ilícito de peculado por apropiación, debido a que nunca ejerció funciones públicas.

El argumento no podía ser más absurdo, puesto que basta repasar el decurso procesal para establecer que precisamente porque no desempeñó ese tipo de funciones, fue que se degradó la hipótesis delictual en comento a la de abuso de confianza calificado, con lo cual resultó enormemente favorecido en el aspecto punitivo.

Adicionalmente, se tiene que no es cierto que con posterioridad a los fallos de las instancias y al de casación, proferidos el 15 de marzo y 9 de noviembre de 2007 y 4 de febrero de 2009, respectivamente, esta Corporación haya variado el criterio jurídico referido a la condición de los particulares que contratan con la administración pública.

Incluso, el mismo accionante en su confusa alusión jurisprudencial refiere precedentes anteriores a la emisión de dichos pronunciamientos, los cuales, como se verá más adelante, tampoco se avienen al presente asunto⁶.

En efecto, el actor cita de manera indiscriminada providencias de esta Corporación y la Corte Constitucional, trayendo a colación fechas, radicados y ponentes que no corresponden a los casos de los cuales pretende valerse para sustentar su postura.

Es así como alude a determinaciones que supuestamente dictó la Corte Constitucional, pero con ponencia de Magistrados -ya retirados- de la Corte Suprema de Justicia.

En últimas, menciona la sentencia C-563 de 7 de octubre de 1998 y la providencia de esta Sala con radicación 24833 (de marzo de 2006, se agrega), en las que se analiza la posición de los particulares que suscriben contratos con entidades estatales.

Precisamente, sobre los alcances de dichas decisiones tuvo la oportunidad de pronunciarse recientemente la Corporación en un evento similar, de esta forma (CSJ AP6904, 12 nov. 2014, Rad. 39857):

«Una lectura completa de la señalada decisión permite advertir, además, la sin razón del argumento, porque en ella, la Sala explicó claramente que en la sentencia de casación proferida el 27 de abril de 2005, radicado No 19562, esta Corporación fijó la postura de que los particulares no pierden esa calidad cuando suscriban un contrato con entidades estatales cuyo objeto sea la ejecución práctica del objeto contractual, con miras a realizar materialmente los cometidos de la administración.

Se dijo en esa oportunidad:

Como se observa, esta Corporación, a partir de la doctrina constitucional establecida en la sentencia C-563 de 1998, expresó en la sentencia de casación antes

aludida⁷que aun cuando el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal condición solamente se adquiere cuando con motivo del vínculo contractual el particular asume funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esa naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede si la actividad se circunscribe a una labor simplemente material.

El anterior criterio jurisprudencial fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de casación del 13 de junio de 2005⁸ y del 13 de marzo de 2006⁹.

(...)

Recapitulando, se tiene: el fundamento jurídico con sustento en el cual se emitió la condena cuya revisión se solicita, consistente en la adquisición de la condición de servidor público por el sólo hecho de que el particular sea contratista, interventor, consultor o asesor, experimentó variación posterior por parte de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en desarrollo de doctrina constitucional sentó el criterio según el cual para determinar si el particular obtiene o no la condición de servidor público es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto únicamente cuando se le transfiere la realización de funciones públicas se encuentra cobijado con dicha cualificación, no así en el evento de ejecutar una labor simplemente material.

Y al efecto la jurisprudencia expresa como ejemplo de labor simplemente material el contrato de obra pública, porque en ese caso la tarea se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal, convirtiéndose el contratista en un colaborador o instrumento de la administración para la realización de actividades o prestaciones que

interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.

Es de anotar que el nuevo criterio se ha ratificado en ulteriores decisiones, erigiéndose en postura actualmente uniforme y consolidada. Sobre el particular, resulta pertinente reseñar las sentencias proferidas el 3 de enero¹⁰, 6 de marzo¹¹ y 23 de abril de 2008¹²,^{1º} de abril¹³ y 7 de octubre de 2009¹⁴, y los autos emitidos el 23 de enero¹⁵,⁹ de abril¹⁶ y 30 de octubre de 2008¹⁷».

De ésta manera, verificó la Corte en esa ocasión, como igualmente lo hace en ésta, que el cambio jurisprudencial aducido por el demandante se produjo realmente en el año 2005, con anterioridad a la emisión de los fallos condenatorios proferidos en su contra, y que de allí en adelante la Sala de Casación Penal ha venido ratificando esa postura a través de distintos pronunciamientos.

Ahora bien, al margen de las fechas en que se profirió la jurisprudencia invocada, toda vez que la Sala ha considerado que en algunos casos es posible citar precedentes anteriores a las sentencias objeto de revisión, es lo cierto que no le asiste la razón al accionante, puesto que el supuesto fáctico que sustenta dichos pronunciamientos de la Corte, es completamente diferente al que fundamenta su caso.

En efecto, en su amañado discurso, el procesado se abstiene de referir que las decisiones invocadas, como quedó reseñado en la cita jurisprudencial anteriormente reseñada, se refieren a los particulares contratistas que han celebrado algún tipo de convenio con entidades estatales.

En esos eventos, a no dudarlo, no se les puede equiparar a servidores públicos, ni aplicar los efectos de esa condición, como sucedía en el pasado.

Pero, sucede que en el caso de LUNA ORTÍZ, se acreditó que su condición de funcionario

público no fue producto de una presunción legal, sino del hecho de que efectivamente ostentaba esa calidad, en virtud de su papel como representante legal de la Asociación de Municipios Mineros del Centro del Cesar -ASOMINEROS-, la cual es una entidad administrativa de derecho público.

Así lo clarificó la Corte en el fallo de casación dictado en este mismo proceso, de la siguiente manera:

«Tan reprobable argumentación a la que alude el censor carece sin embargo de sustento normativo y probatorio, hallándose a cambio en este proceso fundamento que en uno y otro sentido demuestran que el procesado sí ostenta la calidad de servidor público según los términos del artículo 123 de la Constitución y 20 de la Ley 599 de 2000.

En efecto, de conformidad con el Decreto Ley 1333 de 1986 y la Ley 136 de 1994, Capítulo IX, “Dos o más municipios de uno o más departamentos podrán asociarse para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, procurando eficiencia y eficacia en los mismos, así como el desarrollo integral de sus territorios y colaborar mutuamente en la ejecución de obras públicas (Art. 148).

“Las asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; se rigen por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objetivo, de los mismos derechos, privilegios, excepciones y prerrogativas otorgadas por la ley a los municipios. Los actos de las asociaciones son revisables y anulables por la Jurisdicción Contencioso – administrativa”. (Art. 149).

Y bajo dichas previsiones la Asociación de Municipios Mineros del Centro del Cesar se constituyó en acto celebrado el 21 de junio de 1989 al cual asistió inclusive el

demandante en su condición entonces de burgomaestre del Municipio de Becerril y adquirió personería jurídica que se le reconoció en Resolución 3870 de noviembre 30 de 1989 emanada de la Gobernación del Cesar.

Por consiguiente siendo dicha Asociación de Municipios una entidad administrativa de derecho público, cuyos actos son revisables y anulables por la jurisdicción contencioso administrativa, significa que su representante legal, quien es el director ejecutivo, tiene la calidad de servidor público, como así lo entendió el propio demandante al reconocerlo en su indagatoria tras haberse posesionado en tal cargo desde diciembre 9 de 1992.

Luego, a pesar de las argumentaciones del Tribunal, lo cierto y plenamente demostrado en este proceso es que José Jaime Luna Ortiz ostentaba la calidad de servidor público y en ejercicio de ella cometió los hechos por los cuales se le ha juzgado, por ende la ampliación del término prescriptivo es absolutamente viable y en esas circunstancias el reproche carece de prosperidad».

En éste orden de ideas, constituye una falacia del actor el argumento con el cual da a entender que su condición de servidor público fue producto de una ficción legal, cuando es lo cierto que sí ostentaba esa calidad, bajo la cual celebró los contratos estatales y perpetró los hechos que fundamentaron su juzgamiento y posterior condena.

Como consecuencia de ello, si la resolución acusatoria quedó en firme el 3 de marzo de 2003, para el momento en que se dictó la sentencia de casación, el 4 de febrero de 2009, la acción penal no había prescrito, pues, habiendo sido condenado LUNA ORTÍZ por un delito que cometió en ejercicio de sus funciones como servidor público, el tiempo mínimo para que operase el fenómeno extintivo sería de 6 años y 8 meses que se habrían cumplido el 3 de noviembre de 2009, es decir, mucho tiempo después de que quedaron ejecutoriadas las decisiones condenatorias adoptadas en su contra.

En suma, habiéndose determinado que la jurisprudencia invocada no se aviene al caso

juzgado en el presente proceso y que, además, nunca operó la prescripción de la acción penal, la Corte inadmitirá la demanda presentada por el sentenciado JOSÉ JAIME LUNA ORTÍZ.

DECISIÓN

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de revisión presentada en nombre propio por el procesado JOSÉ JAIME LUNA ORTÍZ.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Impedido

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 En la ya mencionada providencia de casación, del 4 de febrero de 2009, Radicado 30293.

2 Por auto del 25 de marzo del año en curso.

3 Como soporte jurisprudencial, en dos apartados de su escrito el memorialista hace la siguiente citación: “sent. corteconst. Mg. Ibañes Augusto, mayo 5 de 2010 exp. 2990. Ver la sentencia c-563 de 7 de octubre de 1998 corte constitucional rad 24833 M.P LUIS QUINTERO MILANÉS”.

4 Por Secretaría, se allegó copia de la sentencia de casación emitida en desarrollo de éste mismo asunto.

5 Providencia del 25 de septiembre de 2006, Radicado No. 23.795.

6 Ver el pie de página N° 3 de este proveído.

7 Radicado 19562.

8 Radicación 19695.

9 Radicación 24833.

10 Radicación 21926.

11 Radicación 27477.

12 Radicación 23288.

13 Radicación 28586.

14 Radicación 29791.

15 Radicación 28890.

16 Radicación 29452.

17 Radicación 30720.