

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP2875-2015

Radicación N°. 45.501

(Aprobado Acta N°. 184)

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015).

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala examina la demanda de revisión presentada a nombre propio por José Jaime Luna Ortiz, contra la sentencia del 26 de marzo de 2004 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, confirmatoria de la emitida el 27 de agosto de 2002 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, por cuyo medio declaró al demandante penalmente responsable de la conducta punible de peculado por apropiación y celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.

I. HECHOS Y ACTUACION PROCESAL.

2.1. Fueron resumidos por la Corte en sentencia de Casación (CSJ AP 23 Feb. 2005. Rad. 22.900):

“Frente a la necesidad de ampliar y optimizar la infraestructura del acueducto y el alcantarillado del municipio de Tamalameque, Cesar, el 4 de diciembre de 1995 se celebró, con dicho propósito, un convenio interadministrativo entre el departamento del Cesar, representado por el Gobernador de entonces, el municipio de Tamalameque y la persona jurídica denominada “Asomineros”, esta última resultado de la asociación de varios municipios de explotación minera del mismo departamento, representada por su Director Ejecutivo JOSÉ JAIME LUNA ORTIZ.

En el convenio se designó como ejecutor de la obra a Asomineros, quien, se encargaría de la celebración del contrato, de la interventoría de la obra y del buen manejo de los recursos. En cumplimiento de la misión, el 13 de noviembre de 1996, la asociación celebró un contrato de suministro con la empresa Inversiones Fas & Cía Ltda., representada por ARTURO FRANCISCO LACOUTURE BARROS, distinguido con el número de serie S-006/96, por valor de \$154.856.779.00, cuyo objeto era el suministro de tubería y accesorios en PVC para la realización de la obra de acueducto y alcantarillado. Además, se pactó el valor del transporte en la suma de \$95.142.960, para un valor global de \$249.999.763.00.

En el mes de septiembre de 1998, cuando se solicitó a Findeter el último desembolso del crédito otorgado, funcionarios de esta entidad advirtieron que, según informe de la interventoría de la misma fecha, el contratista proveedor de la obra sólo había cumplido con aproximadamente el 58% del contrato mientras que se le había cancelado la suma de \$293.000.000.00, equivalentes a un 95.6% del valor total de lo pactado, quedando en entredicho un excedente de \$94.000.000.00 que fueron a parar irregularmente y por apropiación, según lo que se declaró probado, a manos del contratista LACOUTURE BARROS y el director de Asomineros LUNA ORTIZ”.

2.2. Por estos hechos, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar, profirió el 30 de mayo de 2001 resolución de acusación contra José Jaime Luna Ortiz y Arturo Lacouture Barros como coautores de los delitos de contratación indebida, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado por apropiación.

2.3. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, dictó sentencia el 27 de agosto de 2002, condenando al procesado Luna Ortiz a la pena principal de 126 meses de prisión y multa por la suma de \$64.530.000.00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la condena de prisión, como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales¹.

2.4. En fallo del Tribunal Superior de Valledupar del 26 de marzo de 2004, confirmó la pena impuesta a José Jaime Luna Ortiz y modificó la punibilidad de Arturo Francisco Lacouture Barros.

2.5. La Sala de Casación Penal, profirió sentencia el 23 de febrero de 2005 que dispuso no casar el fallo recurrido por los dos procesados, a través de defensor.

2.6 En atención a la antitécnica demanda de revisión, presentada a nombre propio por el peticionario, en la cual se acumularon cuatro condenas que registra el accionante, se ordenó el 25 de marzo de 2015, asumir el conocimiento de la primera formulada, por Secretaría el reparto de las que no se relacionaran con este asunto y la remisión por competencia al Tribunal Superior de Valledupar del fallo de marzo 1 de 2005 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar.

I. LA DEMANDA

3.1. Inicia con la presentación de las sentencias en las que se pretende la acción de revisión, para el presente asunto, el fallo de marzo 26 de 2004, proferido por el Tribunal Superior de Valledupar, por medio de la cual confirmó parcialmente el dictado en agosto 27 de 2002 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, para fundamentar la solicitud de revisión en la causal 6 del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

3.2. Sostiene que al cambiarse por la Corte Suprema el criterio jurisprudencial acerca del contratista ejecutor de la obra -que no ejerce función pública-, la conducta descrita no configura el injusto de peculado por apropiación sino abuso de confianza calificado, tal como en su caso ocurre, al no haberse delegado las calidades de la función pública en la imputada contratación indebida.

3.3. Reprocha que en la resolución de calificación, en razón a la atribución referida, se le acusó conforme el artículo 408 del Código Penal, cuando como representante legal de una persona jurídica denominada “Asociación de Municipios Mineros del Cesar (ASOMINEROS)”, era simplemente contratista - ejecutor de la construcción de la obra pública-, por lo cual no se trasladan las funciones públicas y su actuación era como interviniente. Enuncia los radicados 2.990 de 5 de mayo de 2010 y 24.833 de la Corte Suprema de Justicia y C-563 de 7 octubre de 1998 de la Corte Constitucional

3.4. Con fundamento en la anterior premisa y como sujeto procesal a las voces del artículo 126 del Código de Procedimiento Penal, solicita que la revisión se extienda hasta la acusación, que fue la que se llevó a juicio, por no presentar en su caso la tipicidad del delito referido.

3.5. Cita el artículo 250 Constitucional y 408 del Código Penal, para discernir en el concepto de funcionario público, y, sobre su no inhabilidad como representante

legal de la Asociación descrita para contratar con el Estado, por medio del Convenio Interadministrativo 004/96, porque la normatividad penal vigente para la época de los hechos lo permitía, lo que conduce a que el delito por el que fue llevado a juicio se muestre como atípico.

3.6. Frente al peculado por apropiación, reitera que al no tener función pública no podía cometerlo, razón por la cual el fallo fue modificado por el Tribunal Superior de Valledupar y se le condenó por abuso de confianza calificado, pese a que la conducta estaba prescrita, pues los hechos que originan la condena sucedieron en el año 1997.

3.7. Manifiesta que los Jueces de instancia no tuvieron en cuenta las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, por lo que le fue desconocido el non bis in ídem en la sentencia proferida el 01 de marzo de 2005. Luego del recuento fáctico de los fallos de instancia, sostiene que “no era funcionario público, por no asumir funciones públicas, tan solo era contratista ejecutor de obras públicas, así lo determinó el Honorable Tribunal Superior en sendas sentencias ejecutoriadas; pero para el abuso de confianza calificado, estaba la acción prescrita para el Estado”²

3.8. Aclara que se encuentra cumpliendo su condena, y peticiona, frente al tema que compete a esta acción de revisión, se declare la nulidad de la condena del 27 de agosto de 2002 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar y la decisión confirmatoria del 26 de marzo de 2004 del Tribunal Superior de Valledupar, al no configurarse el delito de peculado por apropiación ni contratación indebida por carecer de la calidad de funcionario público.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. La Sala es competente para conocer de la acción de revisión presentada a su propio nombre por el abogado José Jaime Luna Ortiz, al promoverse contra sentencia de segunda instancia dictada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, conforme el

numeral 2° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000.

La demanda interpuesta en este asunto, se dirige contra la condena proferida el 26 de marzo de 2004 por el Tribunal Superior de Valledupar que confirmó el fallo del 27 de agosto de 2002 del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad.

4.2. A través de esta especialísima acción, es posible quebrantar los efectos de cosa juzgada de una decisión judicial ejecutoriada que se dice injusta, siempre que el accionante acredite a cabalidad los requisitos contemplados en el artículo 222 de la Ley 600 de 2000, normativa aplicable al caso, entre los que se enumeran, la determinación de la actuación cuya revisión se demanda, el delito o delitos materia de juzgamiento, la causal que se invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, la indicación de las pruebas en que se funda la petición, y allegar copias de las decisiones demandadas acompañadas de la constancia de ejecutoria de las mismas.

Estos exigencias formales como sustanciales constituyen verdaderos presupuestos del ejercicio de la acción de revisión. Su cumplimiento es ineludible y tienen por objeto, constatar la legitimidad de los accionantes, establecer la condición de procedibilidad que deviene de establecer que la acción procede contra sentencias ejecutoriadas, esto es, que han hecho tránsito a cosa juzgada, y de la misma forma la necesidad de persuadir al funcionario competente que la acción es seria, probable y que pretende restablecer una injusticia.

Sobre el tema la Corte viene de referir en su jurisprudencia, (CSJ AP8035-2014. 2 Abr. 2014. Rad. 42984)

“3. Pese a lo expuesto, en manera alguna la revisión se constituye en un recurso, ni puede asimilarse a una instancia adicional para intentar reabrir el debate probatorio, por ello, tiene la calidad de acción independiente del proceso en la que su demostración sólo es posible dentro del marco que delimitan las causales señaladas expresamente en la

ley.”

4.3. Es decir, la revisión es un mecanismo de carácter rogado y técnico que impide ser utilizado para reabrir un debate jurídico-probatorio ya culminado en las instancias o para discutir, con el mismo acervo probatorio, un asunto que los funcionarios judiciales examinaron en su momento con amplitud.

4.4. Conforme la reseña expuesta, el análisis de la demanda interpuesta personalmente por José Jaime Luna Ortiz, en su calidad de abogado, arroja los siguientes resultados:

4.4.1. NO se definen los hechos que fueron objeto de juzgamiento.

Se limita el libelista a indicar los delitos por los cuales fue condenado en cada uno de los cuatro fallos, pero no refiere las circunstancias fácticas (temporales y espaciales) que dieron lugar a la imposición de una pena al ser encontrado penalmente responsable de la comisión de los ilícitos de peculado por apropiación en concurso con contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

4.4.2. La causal invocada no es desarrollada de manera adecuada por el demandante.

Su argumentación se limita en señalar los radicados 2.990 de 5 de mayo de 2010 y 24.833 de la Corte Suprema de Justicia y C-563 de 7 octubre de 1998 de la Corte Constitucional, sin especificar la manera en que se cambió favorablemente por ésta Corporación el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria. Adicionalmente la primera de las providencias referidas, no se relaciona con la causal propuesta.

Sobre la fundamentación propia de la causal de revisión a la luz del numeral 6 del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, citó la Sala de Casación Penal, (CSJ AP AP904-2014.12 Nov. 2014. Rad 39857)

«Ha dicho la Sala que esa postulación exige acreditar que la postura argumentativa en virtud de la cual se dictó la sentencia objeto de reproche, fue posteriormente variada por esta misma Corporación, a través de un pronunciamiento que contiene razonamientos cuya aplicación al caso concreto, benefician al accionante (CSJ SP, 17 Oct 2012, Rad. 36793 y 4 Mar 2013, Rad. 40208).

Lo anterior implica para el interesado, llevar a cabo una labor de constatación en la que enseñe de manera objetiva que los presupuestos de la decisión contentiva del nuevo juicio, son similares a la que se cuestiona por esta vía. En otras palabras, debe «identificar en el contexto de la sentencia materia de revisión, el problema jurídico central planteado, junto con el criterio jurídico que la Corte ha empleado para desatarlo» (CSJ SP, 23 May 2012, Rad. 34180).»

El ejercicio argumentativo en el presente caso, aunque pueda parecer simple y obvio, no puede soslayarse, de manera que le es exigible al demandante indicar en qué ha consistido la variación jurisprudencial, cuál es la posición sostenida en las sentencias demandadas, si están o no amparadas en una línea jurisprudencial y cómo es que se produce el cambio que ha llevado a la Corte variar una tesis por otra. Esta argumentación es esencial para deprecar la revisión.

En consecuencia, la sola referencia del accionante de que no ejercía función pública cuando efectuó la contratación en la obra pública como representante legal de la Asociación de Municipios Mineros del Cesar, sin adelantar el análisis con las decisiones sobre las cuales procedió el referido cambio jurisprudencial, para establecer si resultan o no favorables frente a los contenidos de la sentencia condenatoria dictada en su contra, no constituyen fundamento de hecho ni de derecho de la causal sexta de revisión.

4.4.3. Aunque el demandante allegó copia de las sentencias de primer y segundo grado debidamente autenticadas, no aportó constancia de la ejecutoria de esta última decisión,

en tanto, si se tramitó recurso extraordinario de casación con sentencia desfavorable, la ejecutoria se remonta a la decisión que allí se adoptó, misma que tampoco fue anexa al presente trámite.

Sobre el particular, viene sosteniendo la Corporación, (CSJ AP5717-2014. 24 Sep. 2014. Rad. 44663),

«Sumado a lo anterior, el libelista tampoco aportó constancia de ejecutoria de la sentencia accionada, omisión frente a la cual la Sala ha reiterado: «...[c]omo esta acción procede únicamente contra providencias que hayan cobrado ejecutoria (fallos, resoluciones de preclusión de la investigación o autos de cesación de procedimiento), tal y como ya se puntualizó, constituye carga del actor anexar a la demanda copia de las decisiones cuya rescisión pretende, junto con la respectiva constancia de su ejecutoria”, la cual se torna en “requisito sine quanon para acreditar la presencia de res iudicata»”³».

4.4.4. El libelo demandatorio no hace referencia al fallo mediante la cual la Corte, no casó la sentencia impugnada, decisión ésta que debe ser integrada a las de primera y segunda instancias, como un todo, en tanto discurren en el mismo sentido, sobre el análisis procesal y probatorio de la actuación penal en la que fue condenado Luna Ortiz.

4.4.5. Finalmente, la mención en torno a la prescripción que por el delito de “abuso de confianza calificado”, como lo presenta el censor, se trata de una petición carente de fundamentación que permita a la Sala el estudio de procedibilidad de la demanda frente al asunto, cuando se avizora que corresponde más a una causal de extinción de la acción penal, la cual debe alegarse expresamente.

A la Corte no le es dable la modificación de las peticiones del demandante, dado el principio de limitación que orienta esta especialísima acción, ni -itera- tampoco

encuentra que los argumentos propuestos, se presenten serios y concretos sobre los hitos de contabilización para el fenecimiento de la acción penal propuesta.

4.5. En atención a las expresas falencias que se observan en el libelo presentado a nombre personal por el abogado Jose Jaime Luna Ortiz, se impone la inadmisión de la demanda.

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

I. RESUELVE

INADMITIR la demanda de revisión presentada en favor del condenado José Jaime Luna Ortiz.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

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 A Lacoutore Barros se le condenó a la pena de 105 meses de prisión, al mismo monto de multa y a la interdicción de derechos y funciones públicas en similar lapso de la pena privativa de la libertad, en su calidad de cómplice de los delitos imputados al autor.

2 Folio 8 Demanda de revisión.

3 Entre otros, CSJ AP, 5 jul. 2007, Rad. 24.421; CSJ AP, 17 nov. 2010, Rad. 35246; y CSJ AP, 2 jul. 2013, Rad. 41283.