

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP3683-2018

Radicación 53209

Aprobado mediante Acta No. 288

Bogotá, D.C, veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se decide la petición de prescripción propuesta en el recurso de apelación formulado por el defensor de NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO, relacionado con la sentencia de 23 de abril de 2018, por la cual el Tribunal Superior de Cartagena condenó a la nombrada por el delito de concusión y la absolvió por el de concierto para delinquir, si no se observara configurada una causal objetiva de extinción de la acción penal.

HECHOS

De la actuación se desprende que entre octubre y diciembre de 2007, Esther Cecilia Gómez Catalán, quien para entonces ejercía como Alcaldesa de Zambrano, Bolívar, fue contactada varias veces, a través de los teléfonos celulares de sus asesores, por María Saleme de Franco y NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO – esta última, Fiscal Local 32 de Cartagena -, quienes le exigieron la entrega de \$20.000.000 a cambio de favorecerla en una investigación que se adelantaba en su contra por supuestos vínculos con organizaciones paramilitares.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. Conocidos los hechos a través de una fuente humana anónima, y tras recaudar algunos medios de conocimiento para confirmar lo informado, la Fiscalía Cincuenta y Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, mediante resolución de 7 de febrero de 2011, dispuso dar inicio a la instrucción contra NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO y María Saleme de Franco, por los delitos de concusión y concierto para delinquir¹.

2. El 1º de julio de 2011, María Saleme de Franco fue vinculada al proceso mediante diligencia de indagatoria². A su vez, en decisión de 25 de julio de ese año, y tras varios esfuerzos por lograr su comparecencia, la Fiscalía dispuso vincular a HERNÁNDEZ SALGADO como persona ausente³.

3. La situación jurídica de Saleme de Franco y NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ fue definida en resoluciones de 6 de julio⁴ y 9 de agosto de 2011⁵, respectivamente, en las que se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

3. El 26 de septiembre de 2011, la Fiscalía dispuso el cierre de la investigación⁶.

4. A través de resolución de 28 de octubre de 2011⁷, que no fue recurrida y quedó ejecutoriada el 10 de noviembre de la misma anualidad⁸, el despacho instructor acusó a María Saleme Franco y NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO como coautoras del delito de concusión, definido en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, y autoras del punible de concierto para delinquir, previsto en el artículo 340 de la misma codificación, modificado por el artículo 8º de la Ley 733 de 2002.

5. El 15 de noviembre de 2011, las diligencias fueron remitidas a los Jueces Penales del Circuito de Cartagena para el adelantamiento de la causa contra María Saleme de Franco⁹. El 30 de noviembre de la misma anualidad se hizo lo propio con destino al Tribunal Superior de Cartagena, en lo que respecta a NEYRA MARÍA HERNÁNDEZ¹⁰.

6. La audiencia preparatoria se agotó en una única sesión que tuvo lugar el 31 de mayo de 2013¹¹.

7. La audiencia pública de juzgamiento se llevó a cabo el 16 de abril de 2018¹² y el 23 de abril siguiente fue proferida la sentencia contra la cual se interpuso el recurso del que ahora se ocupa la Sala¹³.

LA DECISIÓN APELADA

El Tribunal encontró satisfechos los presupuestos sustanciales para condenar a NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO como coautora del delito de concusión. En contraste, la absolvió del cargo de concierto para delinquir por el que fue acusada.

1. Inicialmente, y en atención a las manifestaciones elevadas en ese sentido tanto por la Fiscalía como por la defensa en el curso de los alegatos conclusivos, el a quo consideró que la acción penal no ha prescrito respecto de ninguna de las dos conductas punibles objeto de investigación.

En ese orden, señaló que los delitos de concusión y concierto para delinquir están castigados con penas máximas de 10 y 6 años, respectivamente. Así mismo, y considerando que la resolución de acusación quedó en firme el 10 de noviembre de 2011, concluyó, con fundamento en «la jurisprudencia regente en la materia», que «ambos prescribirían el 11 de julio de 2018, es decir, dentro de 6 años y 8 meses posteriores a la ejecutoria» del pliego de cargos.

2. En lo que atañe al punible de concusión, el a quo encontró demostrada su ocurrencia, por cuanto «NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO, de forma personal y por intermedio de la señora María Concepción Salema Franco, constriñe a la señora Esther Cecilia Gómez Catalán a dar o prometer a favor de esta última la suma de \$20.000.000, indebidos, bajo presión para ayudarla con unas denuncias en su contra».

Ese hecho, agregó, fue demostrado tanto por el testimonio de la propia Esther Cecilia Gómez Catalán, como por los de Carlos Alberto Schmalbach Silva y Guillermo García Aragón.

3. Distinto sucede, continuó el Tribunal, con el delito de concierto para delinquir, respecto del cual no fue allegada prueba que permita establecer, en grado de certeza, su ocurrencia.

En efecto, la Fiscalía elevó ese cargo porque, al parecer, HERNÁNDEZ SALGADO y María Salema Franco hicieron similares exigencias concusionarias en perjuicio del entonces Alcalde del municipio de Arjona, Bolívar. Con todo, para la acreditación de ese hecho sólo se aportó el testimonio de Lacides Carlos Rojas Hermosilla, quien «manifestó no saber nada al respecto».

4. Al dosificar la sanción imponible, el Juzgador de primera instancia precisó que en NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ concurren circunstancias de menor y mayor punibilidad, por lo cual partió «del primer cuarto medio», comprendido entre 84 y 96 meses de prisión, 69 a 78 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y multa de 62.5 a 75 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Dicho ello, y tras valorar la gravedad de la conducta atribuida a la procesada, estimó apropiado fijar la sanción en 84 meses de prisión, 69 meses de interdicción de derechos y funciones públicas y pena pecuniaria de 62.5 salarios mínimos mensuales.

5. Finalmente, negó a la sentenciada tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, por lo cual dispuso librar orden de captura en su contra para el cumplimiento de la sanción impuesta.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La sentencia fue recurrida por el defensor de NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO. Pidió

que se declare la prescripción de la acción penal y, subsidiariamente, que se revoque la condena y, en su lugar, se absuelva a la procesada por el delito de concusión¹⁴.

1. Adujo, en sustento de lo primero, que el Tribunal, al concluir que la acción penal no estaba prescrita para ninguno de los dos delitos por los cuales se acusó a la procesada, incurrió en un error porque invocó un precedente jurisprudencial que no era aplicable a este caso.

Específicamente, dijo, la providencia de la Corte Suprema de Justicia que el a quo tomó como fundamento para su decisión «se refiere a conductas cometidas en vigencia de la ley 890 de 2004, es decir, donde entrara en vigencia la ley 906 de 2004 (sic)», y por consecuencia, se trata de un antecedente que no puede regular el presente asunto, en tanto se tramita bajo las previsiones de la Ley 600 de 2000.

En ese sentido, continuó, es claro que «el término para que opere el fenómeno jurídico de la prescripción, en el caso que nos ocupa, no puede ser distinto que el de seis años, seis meses, que contabilizados desde la ejecutoria de la Resolución de Acusación, acaecida el día 11 de noviembre de 2011, nos indica que están superados los guarismos para que así se declare, desde el 11 de mayo de 2018».

2. En lo que tiene que ver con el fondo de la sentencia censurada, el apelante arguyó que los testimonios aportados por la Fiscalía no son suficientes para afirmar con certeza la configuración del delito de concusión ni la responsabilidad de HERNÁNDEZ SALGADO en su comisión, pues dichas pruebas no logran «alcanzar el requisito que sobre la subjetividad de la conducta supuestamente desplegada pudo intentar sucumbir la siquis de la supuesta afectada, desnaturalizando así la exigencia para la génesis del reproche (sic)».

Agregó que, en cualquier caso, «se evidencia en la providencia una debida falta de motivación de la decisión (sic)».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

De conformidad con el numeral 3° del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, la Sala es competente para decidir sobre el recurso impetrado, porque se promovió contra una sentencia proferida en primera instancia por un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

2. La prescripción de la acción penal en el caso concreto.

2.1 Contrario a lo aducido por el recurrente, la potestad punitiva del Estado no había fenecido para el momento en que se profirió la sentencia de primera instancia. Con todo, y según se verá, la prescripción se configuró con posterioridad a ese momento, y antes de la llegada del expediente a esta Sala.

2.2 La ejecutoria de la resolución de acusación, que al tenor del artículo 86 ibídem interrumpe el término de prescripción, ocurrió en este caso el 10 de noviembre de 2011. A partir de ese momento, y conforme lo establece el artículo 86 precitado, dicho término «comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83» – es decir, el correspondiente a la pena máxima prevista para el delito –, caso en el cual, sin embargo, «no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)».

El delito de concusión está reprimido con pena máxima de diez años, mientras que el de concierto para delinquir lo está con sanción de seis años, tal como se sigue de la simple lectura de los artículos 404 y 340 del Código Penal. De ahí que el lapso de prescripción de la acción penal en la fase de la causa para uno y otro corresponde a cinco años.

Dicho término – el de cinco años – debe incrementarse en una tercera parte por razón de la condición de servidora pública que ostentaba para la época de los hechos NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ, en atención a lo dispuesto por el inciso sexto del artículo 83 de la Ley 599 de

200015.

De acuerdo con lo anterior, el fenecimiento de la potestad punitiva del Estado se produjo seis años y ocho meses después de que la resolución de acusación quedó ejecutoriada – el 10 de noviembre de 2011 -, es decir, el 11 de julio de 2018.

2.3 Así pues, no le asiste razón al apelante al sostener que la acción penal por los delitos de concusión y concierto para delinquir estaba prescrita para el momento en que se emitió el fallo de primera instancia, de fecha 23 de abril de 2018.

2.4 Surge incontestable que la prescripción ocurrió luego de que el Tribunal dictara la sentencia de primera instancia y, específicamente, durante la remisión del expediente a esta Corporación, a la cual llegó para desatar la alzada el 24 de julio de 2018¹⁶.

Ello impone, entonces, declarar la prescripción de la acción penal y disponer, consecuentemente, la cesación del procedimiento adelantado contra NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO.

2.5 Sin perjuicio de lo anterior, se hace necesario recordar que la Sala tiene dicho de manera pacífica que:

...ineludible que resulta en un proceso tardío decretar la prescripción de la acción penal, no obstante, se exceptúa de dicho supuesto, aquellos casos en los que el procesado fue favorecido con una sentencia absolutoria no cuestionada, pues en tales casos, se prefiere la decisión de absolución que la de prescripción, es decir, debe resolverse a favor de la determinación favorable no impugnada que reporte mayor significación sustancial para el procesado, que no es otra que el derecho a la absolución¹⁷.

En aplicación de dicho criterio, como quiera que la nombrada fue absuelta por el delito de concierto para delinquir y lo decidido por el a quo sobre el particular no fue objeto de

controversia por parte de la Fiscalía (por lo que se trata, precisamente, de una determinación no cuestionada), la declaratoria de prescripción de la acción penal no cobijará el fallo de no responsabilidad respecto de la aludida conducta punible, frente a la cual, por ende, prevalecerá la absolución.

3. Otras consideraciones.

3.1 Según se precisó anteriormente, y aunque la Fiscalía adelantó oportunamente la instrucción que sustentó la acusación elevada contra NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO, la acción penal en este asunto prescribió en el lapso comprendido entre la emisión de los fallos de primera y segunda instancia.

Al respecto, se advierten las siguientes situaciones:

3.1.1 El expediente fue remitido al Tribunal Superior de Cartagena para el adelantamiento de la causa el 30 de noviembre de 2011, pero esa Corporación sólo celebró audiencia preparatoria el 31 de mayo de 2013 – esto es, casi dos años después –, y realizó la audiencia pública de juzgamiento el 16 de abril de 2018, aproximadamente seis años y cinco meses después de asumir la competencia.

En ese lapso se produjeron múltiples aplazamientos y dilaciones, la mayoría de ellas a instancias de quienes fungieron como defensores de HERNÁNDEZ SALGADO, por lo cual se dispondrá la compulsación de copias de esta decisión al Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar para que, si lo estima procedente, inicie la investigación a que haya lugar.

3.1.2 La Sala observa igualmente que ante las demoras a cargo de la defensa, determinantes para que operara el fenómeno de la prescripción, el Magistrado sustanciador que tuvo a su cargo la causa hizo poco más que acceder sin cuestionamiento a los aplazamientos solicitados, incluso a pesar de que ya durante la instrucción la veracidad de una excusa médica presentada por la procesada para solicitar la reprogramación de una

diligencia había sido cuestionada por un dictamen rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal¹⁸.

Consecuencia de ello, se dispondrá también la compulsación de copias de esta providencia con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para lo de su cargo.

3.2 De acuerdo con la información que obra en el expediente¹⁹, HERNÁNDEZ SALGADO se encuentra detenida en su lugar de residencia por virtud de otro proceso, específicamente, el radicado 2008 - 8000320, de modo que la medida restrictiva de la libertad que afronta no tiene que ver con este proceso.

A pesar de ello, se observa que el a quo, en la sentencia de primera instancia, resolvió librar orden de captura en su contra para el cumplimiento de la pena impuesta, por lo que se impone ordenar la cancelación inmediata de la misma.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR que prevalece la absolución de NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO respecto del delito de concierto para delinquir.
2. DECLARAR la prescripción de la acción penal frente al punible de concusión. En consecuencia de ello, CESAR EL PROCEDIMIENTO adelantado contra NEYLA MARÍA HERNÁNDEZ SALGADO por esa conducta.
3. ORDENAR la cancelación inmediata de la orden de captura emitida por el Tribunal.
4. ORDENAR la comunicación inmediata de lo dispuesto en el numeral que antecede a los Directores del Cuerpo Técnico de Investigaciones, la Policía Nacional y la SIJIN y DIJIN de Cartagena.

5. ORDENAR la compulsación de copias de esta providencia al Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con lo señalado en el numeral 3° del aparte motivo de la misma, para lo de su cargo.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Devuélvase al Tribunal de origen. Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Fs. 56 y ss., c. de la instrucción 1.
- 2 Fs. 229 y ss., c. de la instrucción 1.
- 3 Fs. 33 y ss., c. de la instrucción 2.
- 4 Fs. 239 y ss., c. de la instrucción 1.
- 5 Fs. 87 y ss., c. de la instrucción 2.
- 6 F. 209, c. de la instrucción 2.
- 7 Fs. 238 y ss., c. de la instrucción 2.
- 8 F. 286, c. de la instrucción 2.
- 9 F. 287, c. de la instrucción 2.
- 10 F. 289, c. de la instrucción 2.
- 11 F. 69, c. del Tribunal 1.

- 12 F. 127, c. del Tribunal 4.
- 13 Fs. 129 y ss., c. del Tribunal 4.
- 14 Fs. 155 y ss., c. del Tribunal 4.
- 15 CSJ SP, 25 ago. 2004, rad. 20673.
- 16 F. 1, c. de la Corte.
- 17 CSJ SP, 11 oct. 2017, rad. 49607.
- 18 F. 273, c. de la instrucción 1.
- 19 Fs. 1934 y ss., c. de la instrucción 2.
- 20 F. 198, c. de la instrucción 2.