

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP377-2014

Radicación N° 41717

Aprobado Acta N° 27

Bogotá D.C., cinco (05) de febrero de dos mil catorce (2014)

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de ARI WILKO PELUFFO FERRER, contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena (Bolívar), que confirmó el emitido en el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, mediante el cual fue condenado como autor responsable del delito de concusión.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Según se extrae de la actuación en Cartagena, a raíz de un proceso tramitado en la Contraloría General de la República, seccional Bolívar, contra Carlos Alberto Ríos González, en el mes de marzo de 1999 éste fue objeto de exigencias económicas para obtener un fallo a su favor, por parte de ARI WILKO PELUFFO FERRER, quien para entonces se desempeñaba como auxiliar administrativo del señalado ente de

control en esa ciudad, hechos descubiertos gracias a la denuncia presentada el 27 de abril de 1999 por Walter de la Peña Camargo, funcionario de la aludida entidad que tenía a cargo la referida investigación fiscal y cuyo nombre había sido involucrado en ese suceso¹.

2. Luego de una prolongada indagación preliminar, el 15 de enero de 2001 se dispuso la apertura formal de la investigación, y tras la vinculación mediante indagatoria de ARI WILKO PELUFFO FERRER, el 5 de septiembre de 2007 la Fiscalía General de la nación profirió en su contra resolución de acusación en calidad de autor del delito de concusión previsto en el artículo 140 del Decreto Ley 100 de 1980, pliego de cargos que al no ser impugnado alcanzó ejecutoria el 18 de octubre siguiente².

3. La siguiente fase se adelantó en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena, cuyo titular el 25 de abril de 2011 declaró al acusado autor penalmente responsable del delito atribuido en la acusación, y en tal virtud le impuso las penas principales de cincuenta (50) meses de prisión y multa de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la condena, y le concedió prisión domiciliaria³.

4. Apelada la expresada providencia por la asistencia técnica del enjuiciado, el 9 de noviembre de 2012 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena la confirmó en su integridad, sentencia de segunda instancia contra la que el mismo sujeto procesal interpuso el recurso extraordinario de casación⁴.

I. LA DEMANDA

5. Tres reproches postula el censor, cuyos fundamentos se sintetizan como sigue:

5.1. En el “Primer Cargo” asegura que la condena emitida contra su prohijado se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto la sentencia confirmatoria de la de primer grado fue emitida por sólo dos de los tres magistrados que debían integrar la respectiva Sala de Decisión del Tribunal, y uno de ellos no se declaró impedido según lo exigido en el artículo 99, numeral 11, de la Ley 600 de 2000, puesto que el aludido funcionario actuó como fiscal en la fase instructiva.

Solicita, en consecuencia, invalidar la actuación desde el fallo de segunda instancia para que el mismo sea proferido con sujeción a la ley.

5.2. Como “Segundo Cargo”, en forma subsidiaria del anterior y con base en el artículo 207, numeral 3, del Código de Procedimiento Penal, pide anular la sentencia objeto de recurso, pues sostiene que desde la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación transcurrió un lapso superior a cinco (5) años y tres (3) meses, tiempo que estima es el necesario para que opere el fenómeno de extinción de la acción penal por prescripción frente al delito de concusión, guarismo obtenido por el actor tras incrementar en una tercera parte la pena máxima prevista para esa conducta punible, y dividir a la mitad el resultado obtenido.

5.3. Finalmente, como “Tercer Cargo”, igualmente con carácter subsidiario, denuncia la violación indirecta de la ley sustancial debido a un falso juicio de existencia ya que los juzgadores ignoraron pruebas que obran en el proceso, demostrativas de que los hechos no configuran el delito de concusión por el que fue condenado el acusado.

Con el fin de acreditar ese dislate, luego de puntualizar que la referida hipótesis punible exige como condición de tipicidad que el comportamiento se lleve a cabo abusando de las funciones asignadas al cargo, señala que los funcionarios que

intervinieron en la actuación en sus dos etapas no establecieron cuáles eran las funciones desempeñadas por el enjuiciado en la Contraloría General de la República, y que si así lo hubiesen hecho habrían advertido que como simple auxiliar administrativo grado cuatro, no estaba en capacidad de adoptar ni hacer adoptar decisión en algún sentido en el proceso de responsabilidad fiscal seguido contra Carlos Alberto Ríos González, situación que se extrae de las declaraciones de Fredy Blanco e Ibón Torne, las cuales fueron ignoradas por los falladores.

Concluye que al aceptar, en gracia de discusión, que su prohijado realizó alguna exigencia económica, la conducta delictiva en la que pudo incurrir sería la de constreñimiento ilegal, prevista en el artículo 276 del Decreto Ley 100 de 1980, argumentos con base en los cuales solicita casar la sentencia impugnada y dictar la que en derecho corresponda.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6. En cualquier régimen el recurso de casación atiende a unos fines superiores cuales son la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia censurada, la incolumidad del derecho material y de las garantías fundamentales de los intervinientes en la actuación, y la unificación de la jurisprudencia.

Sin embargo eso no significa que este sea un mecanismo de libre configuración, desprovisto de todo rigor, y que tenga como objetivo abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de los puntos que han sido materia de controversia, pues ha de resaltarse que al proponer el recurso el censor debe sujetarse a las causales taxativamente señaladas en el ordenamiento procesal, y con observancia de los presupuestos de lógica y argumentación inherentes a cada motivo extraordinario, persuadir a la Corte de que a raíz de la decisión cuestionada urge

hacer efectiva alguna de aquellas finalidades.

La Sala observa que en el presente asunto el impugnante no atendió las exigencias previstas en la ley y la jurisprudencia para la acreditación objetiva de vicios susceptibles de denunciar ante esta sede.

7. En los cargos primero y segundo subsidiario, el recurrente aspira a la invalidación de lo actuado, arguyendo supuestas irregularidades determinantes de tal efecto. Desde tal perspectiva es claro entonces que la causal de casación común a ambos es la tercera, prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000 que gobernó el desarrollo de este asunto (o en el Decreto 2700 de 1991, artículo 220-3, vigente al tiempo de los hechos), norma que sólo invocó el recurrente en la segunda censura, dejando huérfana de respaldo la primera queja.

Además, frente a esos dos cuestionamientos debió observar el principio de prioridad que lo obligaba a proponer como principal el que por su incidencia liquidaba el proceso o implicaba una mayor retracción de lo actuado, efecto que con sujeción a lo alegado por el memorialista lo propiciaría justamente el que postuló como subsidiario.

Pero haciendo abstracción de las anteriores deficiencias que serían de simple forma y por lo tanto no sustanciales para rechazar los cargos, lo cierto es que en ambos incumplió el demandante el acatamiento de las exigencias inherentes a la proposición de vicios susceptibles de enervar el proceso.

Como ya se puntualizó, cuando de invalidar el trámite se trata, la causal de casación bajo cuyo abrigo debe postularse el ataque es la prevista en el artículo 207, numeral 3, de la Ley 600 de 2000, en estricta relación con los motivos de ineficacia de los actos procesales taxativamente consagrados en el artículo 306 del citado compendio normativo.

Aun cuando la Corte ha flexibilizado su criterio en materia de proposición

de nulidades en sede de casación, al aceptar que la demostración de irregularidades determinantes de esa consecuencia, suele no ser tan estricta como la exigida para las otras causales, ello no implica, sin embargo, que al acudir a ese vía el demandante esté excusado del deber de observar las reglas de la lógica, sumadas a la claridad y precisión sobre el vicio de estructura o de garantía que denuncia, siendo su obligación acatar los principios que orientan la declaración y convalidación de las nulidades.

Dicho de otra forma, aún cuando desde hace algún tiempo la Sala asumió que para la proposición y sustentación de nulidades no hay fórmulas sacramentales, ello no se traduce en que la correspondiente solicitud esté contenida en un escrito de libre factura, habida cuenta que no cualquier anomalía conspira contra la vigencia del proceso, pues la afectación debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar algún derecho fundamental de los sujetos procesales, de suerte que, igual que en las otras causales, la censura debe ajustarse a ciertos parámetros que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial alegado y la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías a consecuencia de aquél.

Precisamente, a asegurar esos cometidos, así como el carácter serio y vinculante del correspondiente reproche, apunta la observancia de los principios que orientan la declaración de nulidades previstos en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, criterios que son de inexcusable observancia, y se concretan en los siguientes postulados:

Sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar con objetividad los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecirla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la

configuración del yerro, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (principio de protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede ser redimida con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (principio de convalidación); no procede la rescisión cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien depreque la invalidación tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad).

7.1. En lo referente a la prescripción de la acción penal, sabido es que una tal circunstancia puede constituir causal de casación en la medida en que el censor demuestre que la actuación fue iniciada o culminada por parte del Estado luego de la configuración de ese fenómeno, lo cual le da el carácter de irregularidad sustancial enervante del proceso, dado que ello implica que el aparato judicial actuó sin detentar competencia para arbitrar justicia en el caso concreto.

En cuanto a la forma de argumentar para acreditar un vicio como el aludido, ello dependerá de si el mismo se cristalizó por un error de juicio jurídico, hipótesis en la que debe acudir a las reglas propias de la violación directa de la ley sustancial en cualquiera de sus sentidos (aplicación indebida, exclusión evidente, o interpretación errónea), en tanto que si el dislate tuvo génesis en defectos de valoración probatoria, habrán de atenderse las pautas inherentes a la violación indirecta de la ley, bien sea que se trate de errores de derecho (falsos juicios de legalidad y de convicción) o de hecho (falsos juicios de existencia, identidad y de raciocinio).

La propuesta del actor aquí analizada es infortunada y por lo tanto está condenada al rechazo, pues: de una parte, con base en el cálculo que hace del plazo de la prescripción para la etapa del juicio no es verdad que ese fenómeno se haya configurado antes de la emisión de los fallos de primero o segundo grado, implicando ello que no hubo irregularidad por parte de los respectivos juzgadores; y de otra, porque el término de la extinción de la acción penal en la causa tampoco es el concebido por el actor, sino uno más amplio, circunstancia determinante de que aún el Estado no haya perdido competencia en el presente asunto.

En efecto, la acusación dictada contra el procesado por el delito de concusión cobró ejecutoria, según expresa constancia secretarial, el 18 de octubre de 2007, y la sentencia de segunda instancia censurada es de 9 de noviembre de 2012, luego es evidente que entre una y otra fecha transcurrió un término igual a cinco (5) años y tres (3) meses, lapso que el actor, en forma errada, cree es el necesario para la configuración de la causal de extinción alegada.

Ahora bien, de conformidad con lo normado en los artículos 83 y 86 de La Ley 599 de 2000 (Decreto Ley 100 de 1980, artículos 80, 82 y 84), como la conducta punible por la que fue acusado el procesado contempla una pena máxima de ocho (8) años (ídem, artículo 140, modificado por el 21 de la Ley 190 de 1995), el término de prescripción en el juicio en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años, plazo que por mandato legal y con sujeción a antiguo y reiterado criterio jurisprudencial se incrementa en una tercera parte atendida la condición de servidor público del procesado, todo lo cual permite concretar como tiempo definitivo del aludido fenómeno: seis (6) años y ocho (8) meses, período no consumados aún desde la ejecutoria del pliego de cargos hasta el día de hoy.

7.2. La otra irregularidad alegada por el actor en el “Primer Cargo”, no ostenta una argumentación más afortunada que la anterior, por desatención del principio de

trascendencia.

Ninguna irregularidad con repercusión grave en la estructura del debido proceso constituye el hecho de que la sentencia de segunda instancia esté suscrita por dos de los tres magistrados integrantes de la respectiva Sala de Decisión del Tribunal, ya que tal posibilidad, al no afectar el quórum deliberatorio, la contempla como legítima la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en el artículo 54.

En cuanto a la circunstancia impeditiva que el censor asegura concurría en uno de los magistrados que suscribió el fallo atacado, impera aclarar, en primer lugar, que las causales contempladas en la ley procesal para producir un efecto semejante (Ley 600 de 2000, artículo 99), no operan de pleno derecho o de iure, como, al parecer, lo estima el recurrente, sino que están sometidas al arbitrio del funcionario que considere concurre en él una de las respectivas hipótesis previstas en el legislador, y para las partes y demás sujetos procesales también es facultativo recusar al funcionario cuando adviertan la configuración de un motivo de impedimento no manifestado por éste.

En segundo término, la causal que cita el censor, esto es, la descrita la Ley 600 de 2000, artículo 99, numeral 11, no tiene el elemental alcance que le confiere, pues la misma no opera por el simple hecho de haber actuado el juez como fiscal dentro del proceso, sino cuando en virtud de tal intervención el funcionado adquiere un conocimiento previo del suceso debatido en virtud de lo cual su criterio se encuentra comprometido y no puede, como juez, resolver el asunto de manera libre e imparcial.

Tal situación no se presenta en este asunto pues la participación del aludido magistrado como fiscal, se limitó a emitir el auto en el que ordenó abrir indagación preliminar con base en la denuncia del funcionario de la Contraloría, Walter de la

Peña Camargo, y dispuso la práctica de unas pruebas tendientes a esclarecer la queja, para lo cual comisionó al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, dependencia en la que durante algo más de un año permanecieron las diligencias, y de donde regresaron para ser evaluado el resultado de las pesquisas por otro fiscal, quien concluyó la pertinencia de abrir investigación y ordenar la vinculación del aquí procesado como probable autor del delito de concusión⁵.

En conclusión, los cargos primero y segundo, sustentados en las circunstancias atrás analizadas, serán inadmitidos por la manifiesta desatención de los principios que gobiernan la declaración de nulidades.

8. Resta por estudiar la argumentación presentada en el “Tercer Cargo” en el que, con carácter subsidiario también, el memorialista propone la violación indirecta de la ley sustancial por la configuración de falsos juicios de existencia.

La queja tampoco puede admitirse por desconocimiento de los principios de identidad temática y trascendencia que gobiernan el presente recurso extraordinario.

En el recurso de apelación se propusieron como temas objeto de controversia, por una parte, la prescripción de la acción penal, con base en la supuesta indeterminación del momento en que se ejecutó la exigencia económica, y de otra la absolución del procesado, por la probable duda acerca de que en su condición de funcionario de la Contraloría General de la República, el acusado hubiese sido el autor de las indebidas exigencias económicas dilucidadas.

Luego si a esos aspectos se limitó el disenso en segunda instancia, no resulta procedente endilgar un yerro de valoración probatoria al fallador de segundo grado respecto de una cuestión que no fue motivo de discusión en esa sede.

Pero además de lo anterior, si bien es cierto en los fallos de primero y segundo grado

no se hace mención a las declaraciones de Fredy Blanco Barco e Ivonne Thorne Vélez, las cuales alude el recurrente como omitidas (testimonios adjuntos como prueba trasladada en la actuación disciplinaria seguida en el ente de control fiscal)⁶, igualmente es verdad que aún cuando es cierto que según se extrae de aquéllas quien detentaba la facultad de resolver el proceso fiscal en el que se presentaron las exigencias dinerarias era el primero, tal circunstancia no incide en la estructura del delito atribuido al aquí acusado.

Como de antaño lo tienen esclarecido la doctrina y la jurisprudencia, en el delito de concusión la exigencia económica por parte del sujeto activo puede ocurrir en el ámbito del cargo y no necesariamente de la función, caso en el cual se invade la órbita funcional de otro y extralimita su poder, en tanto que en la otra modalidad se aplica o ejerce ilegalmente la función propia o adscrita.

En el presente asunto lo relevante, según quedó acreditado en las instancias con pruebas no confutadas por el recurrente, es que el procesado era servidor público vinculado a la Contraloría General de la Nación, en la sede en la que se tramitaba el proceso de responsabilidad fiscal contra un tercero, a quien aquél, aprovechando esa investidura, le exigió una dádiva para asegurarle un resultado favorable en el respectivo proceso, lo cual materializa el comportamiento ilícito, independientemente de que el enjuiciado estuviera o no en capacidad de cumplir con lo ofrecido.

En suma, el cargo tampoco será admitido.

9. Ante el precario alcance e insubsanable falta de rigurosidad de los cargos formulados, resulta necesario insistir en que los principios de sustentación suficiente, limitación, crítica vinculante, autonomía de las causales, coherencia, no exclusión y no contradicción, ha sido dicho por la Corte, en cualquier régimen, gobiernan

la casación. Los dos primeros (sustentación suficiente y limitación), derivan del carácter dispositivo del recurso, e implican que la demanda debe bastarse a sí misma para propiciar la invalidación del fallo, y que la Corte no puede entrar a suplir sus vacíos, ni a corregir sus deficiencias.

El de crítica vinculante, presupone que la alegación debe fundarse en las causales previstas taxativamente por la misma normatividad, y que se somete a determinados requisitos de forma y contenido, dependiendo de la causal invocada. Y los de autonomía, coherencia, no exclusión y no contradicción, implican que el discurso debe mantener identidad temática, y ajustarse a los requerimientos básicos de lógica general y lógica jurídica.

La inobservancia de esos requerimientos, como ocurre en el presente caso, impide la demostración clara y contundente de uno cualquiera de los yerros previstos por el legislador como motivo enervante del fallo, y veda a la Sala su avance hacia el estudio de los fundamentos fácticos o jurídicos de la sentencia atacada, pues cuando en la demanda de casación, que no es de libre factura, se desatienden los requerimientos argumentativos y de trascendencia orientados a derruir las disposiciones de las sentencias de primero y segundo grado, imbricadas como unidad jurídica inescindible en todo aquello que no se contradicen, o cuando se yerra en señalar de manera lógica y concluyente el objeto de lo censurado, la consecuencia procesal inmediata no puede ser otra que su inadmisión, por la manifiesta ausencia de requisitos para una adecuada fundamentación, al tenor de lo normado en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Finalmente, la Sala no observa que con ocasión del trámite procesal o del pronunciamiento atacado se hubiesen vulnerado los derechos fundamentales inherentes al acusado ARI WILKO PELUFFO FERRER, como para que sea necesario activar la facultad legal oficiosa que le asiste para conjurar algún atentado de esa estirpe.

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

RESUELVE:

NO ADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado ARI WILKO PELUFFO FERRER de acuerdo con las razones plasmadas en el presente proveído.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Cuaderno original # 1, folios 1-21.
- 2 Ídem, folios 5, 112, 127-131, 135, 136 y 142-151.
- 3 Cuaderno original # 2, folios 233-245.
- 4 Cuaderno del Tribunal, folios 1-31.
- 5 Cuaderno original # 1, folios 5 y 111.
- 6 Cuaderno de la Contraloría, folios 41-62.