

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrada ponente

AP4307-2018

Radicación n.º 52710

Acta 339

Bogotá D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Corte las bases jurídicas y lógicas de la demanda de casación presentada por el defensor de Arnulfo Suárez Arregocés contra la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, que confirmó parcialmente¹ la proferida el 12 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por instrucción expresa del médico Arnulfo Suárez Arregocés, su hijo Juan José Suárez Donoso, en su condición de representante legal de la sociedad familiar CEDIELECO –en la que aquél tenía acciones–, confirió poder a unos abogados –Amira Teresa Eugenio Rodríguez y Carlos Manuel Guevara Melo– para demandar ejecutivamente al Instituto de Seguros Sociales, respecto de unas facturas correspondientes a la prestación de unos servicios de salud, que ya habían sido canceladas. Para el efecto, Suárez Arregocés aportó los documentos necesarios para incoar las acciones ejecutivas.

Es así que, a través de la profesional del derecho Amira Teresa Eugenio Rodríguez, se obtuvo el pago de los títulos judiciales N° 442090000048972, 442090000046971, 442090000050917, 442090000050916, por \$114.735.000, \$109.710.000, \$97.965.000, \$99.740.168, respectivamente.

Y mediante el jurista Carlos Manuel Guevara Melo, quien presentó demanda ejecutiva ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ciénaga, se logró el pago del depósito judicial N° 442090000044950, en cuantía de \$183.884.863.

2. El 19 de diciembre de 2008 la Fiscal Cincuenta y Tres Especializada de Bogotá profirió resoluciones de apertura de investigación previa dentro de los radicados 2171 y 21722.

3. El 23 de septiembre de 2010 se abrió, de manera formal, la instrucción, en el proceso radicado con el N° 2172.3

4. El 23 de enero de 2012, en ese expediente, se dispuso la vinculación mediante indagatoria de Arnulfo Suárez Arregocés.⁴

5. Por su parte, en el radicado 2171, el 4 de diciembre de 2013, se declaró abierta la instrucción respecto de Amira Teresa Eugenio y se dispuso su vinculación por indagatoria⁵ y el 27 de enero de 2014 y el 10 de febrero siguiente se ordenó lo propio frente a Nelson Eduardo Vives Lacouture⁶ y Álvaro Saade Ribón⁷, respectivamente.

6. El 9 de septiembre siguiente se precluyó la investigación a favor de Vives Lacouture por el delito de concierto para delinquir agravado⁸.

7. El 24 de febrero de 2016 se definió la situación jurídica de los restantes sindicados, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva por el reato de peculado por apropiación agravado, en concurso homogéneo, en calidad de determinadores. Así mismo, se declararon prescritos los punibles de falsedad en documento

privado, concierto para delinquir y cohecho por dar u ofrecer y se ordenó la vinculación a través de indagatoria de Jorge Luis Campo Rodríguez y Arnulfo Suárez Arregoces.⁹

8. El 6 de abril posterior se definió la situación jurídica de Suárez Arregoces con medida de aseguramiento de detención preventiva, en establecimiento carcelario, en calidad de presunto interviniente responsable del delito de peculado por apropiación agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, con las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 1 y 10 del artículo 58 del Código Penal. Igualmente, se declaró prescrito el injusto de falsedad en documento privado¹⁰. Dicha medida le fue sustituida al indagado el 12 del mismo mes por la de carácter domiciliario.¹¹

9. A petición de Suárez Arregoces, el 1º de junio de 2016 se declaró la conexidad de los procesos N° 2171 y 2172¹².

10. De esta manera, dos días después se llevó a cabo diligencia de imputación y aceptación de cargos para sentencia anticipada, en la que Suárez Arregoces admitió su responsabilidad en el delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, en concurso homogéneo y sucesivo, en calidad de interviniente, con las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 1 y 10 del artículo 58 del Código Penal.¹³

11. El conocimiento del asunto le correspondió al Juez Primero Penal del Circuito de Santa Marta¹⁴, despacho que el 12 de agosto del mentado año condenó, en los referidos términos, a Arnulfo Suarez Arregoces, a las penas de 81 meses de prisión y \$606.035.031 de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción aflictiva de la libertad y al pago de igual valor que la sanción pecuniaria por concepto de perjuicios materiales. Así también, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena¹⁵.

12. Inconforme con el monto de la pena privativa de la libertad impuesta y la concesión del mentado subrogado, el representante de la parte civil interpuso recurso de apelación contra

la sentencia¹⁶, siendo revocada parcialmente el 6 de diciembre de 2017 por la Sala de Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, en el sentido de imponer al procesado la multa de \$227.263.137.¹⁷

13. Oportunamente, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación¹⁸ y su apoderado presentó, en tiempo, la demanda correspondiente¹⁹.

LA DEMANDA

Una vez identifica los sujetos procesales y la sentencia impugnada, reproduce la cuestión fáctica consignada en el fallo de primera instancia y compendia la actuación procesal, tras lo cual postula un cargo en el que acusa la violación indirecta de la ley sustancial, «al dar como ciertos los hechos formulados y aceptados en sentencia anticipada por el enjuiciado y confirmar el mismo en la sentencia de alzada, aplicando indebidamente la ley»²⁰, lo que habría conducido al empleo indebido del artículo 397 del Código Penal y a la exclusión de los cánones 30 y 246 ejusdem.

Para el efecto, explica que su cliente, médico ultrasonografista que laboró al servicio del ISS, a través de la sociedad CEDIULECO, nunca presentó demandas ejecutivas contra la primera de las entidades mencionadas, tampoco aparece en la investigación y en el acta de sentencia anticipada no se consignó que hubiera conferido poder con tal fin.

Lo que se lee, en dicho documento, afirma, es que la abogada Amira Teresa Eugenio Rodríguez formuló cuatro demandas ejecutivas contra el ISS, a nombre de Juan José Suárez Donoso, en su calidad de representante legal de CEDIULECO, motivo por el cual «no tiene ningún asidero legal haberle imputado [a Suárez Arregoces] la conducta de PECULADO POR APROPIACIÓN agravado por la cuantía (Artículo 397 inciso 2 C.P.) en la modalidad de consumado en concurso homogéneo y sucesivo»²¹; esto, por cuanto, insiste, «solo prestó su colaboración como médico ultrasonografista»²² y su conducta no es la de un interviniente porque «nada tuvo que ver en la confección de las demandas ni mucho menos

actuó en connivencia con ningún funcionario público para la obtención de los mandamientos ejecutivos, y su posterior pago.»²³

Como en la indagatoria y la decisión que resolvió la situación jurídica al procesado no se le endilgó la connivencia con algún servidor público para delinquir como interviniente se incurrió en «un error de adecuación jurídica.»²⁴

Afirma, sobre el particular, que en su injurada, el acusado fue interrogado sobre las razones por las que presentó demandas ejecutivas «por valores que ya se habían pagado con contratos para exámenes y procedimientos diagnósticos que no superaban los \$5.000.000; signados por el señor ELIECER ALFONSO MENDOZA ORTIZ, gerente para la época del ISS»²⁵, inadvirtiéndolo la Fiscalía y los juzgadores que «éste no signó ninguno de los documentos que se hicieron valer en las demandas objeto de recaudo ejecutivo.»²⁶

Por igual, asevera el letrado, tanto en la definición de situación jurídica como en la formulación de cargos para sentencia anticipada, el juicio de reproche se edificó bajo la base que, entre 2006 y 2007, el investigado presentó varias demandas ejecutivas y obtuvo \$600.000.000, que no coincidían con los consignados en las facturas y los contratos y que carecían de soporte, autorización de atención médica previa o registro en las historias clínicas de los pacientes.

Para el defensor, la conducta que se adecua a dicho comportamiento es la de estafa agravada, en la modalidad de cómplice (artículo 246 y 247.2 del Código Penal).

Dado que su prohijado sabía que el dinero que se cobró era del Estado y los títulos ejecutivos eran fraudulentos, se debe casar la sentencia para atribuirle el referido punible y reajustar la pena correspondiente.

CONSIDERACIONES

En orden a derruir la doble presunción de acierto y legalidad que recae sobre el fallo de segundo grado, el recurso extraordinario de casación debe ser elaborado respetando las formalidades técnico jurídicas previstas en la ley y la jurisprudencia, según se trate de cada una de las causales establecidas en el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

En ese orden, la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que se debe soportar en los principios que rigen este mecanismo de impugnación, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación, prioridad, no contradicción y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

De conformidad con el canon 213 del Código de Procedimiento Penal del 2000, la Sala inadmitirá el libelo, ya que no reúne las exigencias mínimas previstas en el precepto 212 del mismo Estatuto, como pasa a verse.

Para empezar, es palmaria la falta de interés jurídico del demandante, por dos vías.

De una parte, se advierte que, ni la defensa ni el procesado interpusieron recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. Y de otra, habiendo sido condenado el investigado a través de sentencia anticipada, no podía discutirla sino por defectos relativos a la dosificación punitiva, la negativa del subrogado o el sustituto penal y ante eventuales irregularidades sustanciales constitutivas de nulidad.

En efecto, el artículo 213 de la Ley 600 de 2000 prevé, expresamente, que «[s]i el demandante carece de interés o la demanda no reúne los requisitos se inadmitirá y se devolverá el expediente al despacho de origen. (...)». (Subrayas fuera del texto original).

Constituye presupuesto de procedibilidad del recurso extraordinario de casación que quien

promueve la demanda tenga interés jurídico para incoar la impugnación.

Este se deriva del comprobado ejercicio del derecho de defensa en sus componentes de contradicción y doble instancia, materializado en tres hipótesis: i) el efectivo agotamiento del recurso de apelación contra la sentencia de primer nivel, ii) la correspondencia o sincronía temática entre el motivo de impugnación elevado ante el juzgador de segundo grado y el que soporta la reclamación en sede extraordinaria y, iii) la limitación del tema de disenso a la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la extinción del derecho de dominio sobre bienes (artículo 40 de la Ley 600 de 2000) y la vulneración de garantías esenciales, cuando quiera que el procesado se acoge a sentencia anticipada.

En el primer caso, la interposición y sustentación del recurso de apelación contra el fallo de segunda instancia constituye un imperativo categórico para la parte o interviniente inconforme con la decisión, en tanto es el desacuerdo frente a lo resuelto por el juzgador de primer grado, que al no encontrar eco en el de segundo nivel, habilita, por esa razón, intentar la impugnación extraordinaria.

La ausencia de controversia frente a la decisión que es adversa a las pretensiones absolutorias o condenatorias del sujeto procesal, según sea el caso, cuando ha estado en capacidad de hacerlo, comporta la conformidad del mismo con el pronunciamiento judicial adoptado e impide, por virtud del principio de preclusión, la posibilidad de habilitar otra oportunidad para intentar que se reexamine su situación.

Ahora, pese a la aparente rigidez de la anterior premisa, en aras de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia, el proceso debido y la defensa es posible dar curso a la impugnación extraordinaria formulada por quien no impugnó la sentencia de segunda instancia cuando i) se acredite que la falta de ejercicio del derecho a la doble instancia obedeció a un acto arbitrario, ii) la sentencia de segunda instancia modifique en sentido

adverso la situación jurídica del recurrente, iii) se trate de fallos consultables que causen perjuicio y, iv) el fundamento del reproche casacional se soporte en la violación de garantías fundamentales que pudieran dar lugar a la declaración de nulidad.

El segundo evento, esto es, el relativo a la unidad temática corresponde a la necesidad de que exista un mismo objeto de debate en los fundamentos de la pretensión de la alzada y las causales y cargos que soportan el recurso de casación, dado que si el juez de segunda instancia no se pronuncia sobre el asunto en disputa porque la parte apelante, a su vez, no se ocupó de él en el recurso de apelación, mal puede la Corte invadir la esfera decisoria del ad quem, salvo que se trate de proteger garantías fundamentales, caso en el cual estaría habilitada para conocer del reproche formulado al amparo de la causal tercera y emitir el pronunciamiento de rigor.

En otras palabras, si el núcleo de argumentación como la pretensión formulada en la apelación son distintos de los presentados en sede de casación, los últimos motivos de disenso no podrán ser examinados por la Corte porque no fueron objeto de inconformidad ante la alzada y tampoco pudieron ser tema de decisión en la instancia.

Finalmente, en los casos en que el ciudadano se somete al trámite de sentencia anticipada, pierde por razón de la manifestación voluntaria de responsabilidad la oportunidad de controvertir cuanto sea inmanente a los términos de la imputación, quedando a salvo la posibilidad de discutir la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la extinción del derecho de dominio sobre bienes y por supuesto, la eventual transgresión de las garantías fundamentales.

En el caso objeto de examen, de un lado, es manifiesto que, ni la defensa técnica ni material apelaron la sentencia de primer nivel, pues se constata que, el único sujeto procesal que la impugnó es el representante de la parte civil, en procura de que se corrigieran los errores de la decisión, provenientes de la falta de imposición de la pena de

prisión por el concurso homogéneo de conductas punibles y la concesión de la prisión domiciliaria al acusado, pese a la expresa prohibición del artículo 68A del Código Penal, pretensiones que, no fueron acogidas por el Tribunal, dada la ausencia de interés jurídico de dicho interviniente en punto de tan precisos aspectos.

Como quiera que, la situación del procesado no se agravó en la segunda instancia con ocasión de la apelación formulada por la parte civil y, en cambio, incluso, aquél se vio favorecido con la reducción de la pena de multa que había sido equivocadamente delimitada por el a quo, es claro que el libelista carece de todo interés jurídico para intentar el recurso extraordinario de casación a fin de rebatir las declaraciones del fallo de condena de primer grado.

Del mismo modo, es manifiesto que el jurista estaba impedido para postular cualquier desacuerdo contra el juicio de reproche elevado por los juzgadores respecto del reato voluntariamente admitido.

En verdad, producida la manifestación de aceptación a la imputación jurídica realizada por el persecutor penal, el juzgador está obligado a dictar sentencia «de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales», en los términos del inciso 3º del artículo 40 ejusdem.

Recábase que, por razón de tal asunción de responsabilidad con vocación de sentencia anticipada, a la que se sometió el enjuiciado de manera libre e informada, éste renunció al axioma superior de no autoincriminación y, por ende, a gozar de un juicio público y rodeado de garantías tales como la de contradicción, en el que pudiera ejercer a plenitud el derecho de defensa, conducta procesal por la que optó con el propósito de hacerse a un descuento punitivo considerable.

En ese orden, una vez perfeccionada la expresión voluntaria de culpabilidad con la suscripción del acta de formulación y aceptación de cargos para sentencia anticipada, el

inculpado declinó a cualquier otra oportunidad para debatir los hechos y los soportes probatorios que pudieran servir de base a la acusación del ente investigador.

No podía, por consiguiente, el defensor desatender la clara situación procesal de su prohijado, para procurar una variación de la calificación jurídica ante la Corte, en lo que no es más que una retractación, frente a un aspecto superado desde cuando aquél aceptó el título de interviniente en el injusto de peculado por apropiación, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

En estas circunstancias, no procede la admisión del libelo.

Pronunciamiento oficioso

Siendo el recurso extraordinario de casación un control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde salvaguardar los derechos fundamentales de los sujetos procesales. En vigencia de esa tarea debe velar por el respeto irrestricto de sus garantías esenciales, en aras de posibilitar su efectividad.

En aplicación de tal compromiso y en el marco del Estado social y democrático de derecho, cuando quiera que se advierta la existencia de alguna trasgresión sustancial de los derechos constitucional o legalmente reconocidos de las partes o intervinientes, deberá remediarla oficiosamente.

En el caso examinado, la Sala advierte la necesidad de restablecer las prerrogativas sustanciales conculcadas por las instancias a Arnulfo Suárez Arregoces, concretamente, el principio de legalidad de la pena, como quiera que el a quo violó de manera directa la ley sustancial, al aplicar de manera equivocada la consecuencia jurídica señalada en el artículo 30 del Código Penal respecto del interviniente, a tono con las directrices que para la determinación de los mínimos y máximos punitivos consagra el canon 60 ejusdem.

En efecto, se tiene que el procesado fue condenado de manera anticipada por el delito de peculado por apropiación agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, en calidad de interviniente, a la pena de 81 meses de prisión²⁷.

Para llegar a ese resultado, el juez de primer nivel tuvo en cuenta los extremos punitivos para el reato de peculado agravado que van de 6 a 22.5 años (72 a 270 meses) de prisión, luego de lo cual disminuyó una cuarta parte exclusivamente sobre el mínimo e identificó los siguientes cuartos: 54 a 108 meses; 108 a 162 meses; 162 a 216 meses; y 216 a 270 meses.

Como concurría la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el numeral 1º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000²⁸, el juzgador se ubicó en el segundo cuarto de movilidad²⁹ y dentro de él impuso el máximo punitivo de 162 meses, suma a la que le restó la mitad (81 meses) como consecuencia de la aceptación de cargos ocurrida antes de que se proferiera resolución de acusación.

Sin embargo, advierte la Sala que el fallador se equivocó al hacer el descuento de la cuarta parte -por razón del grado de interviniente-, solamente en el extremo inferior y no en el superior, como también lo prescribe la regla primera del artículo 60 del Código Penal³⁰, anomalía que tuvo incidencia directa en la delimitación de los ámbitos de movilidad y, por ende, en la sanción final impuesta.

Para restaurar la garantía vulnerada, se debe aplicar la rebaja punitiva de la cuarta parte, consagrada a favor del interviniente en el canon 30 ejusdem, respecto de la pena del delito de peculado por apropiación, agravado -de 72 a 270 meses-, lo que contrae que la sanción fluctúe entre 54³¹ y 202.5³² meses.

Del mismo modo, bajo esos nuevos márgenes punitivos, los cuartos serían los siguientes:

Primero: 54 a 91.125 meses.

Segundo: 91.125 meses y 1 día a 128.25 meses.

Tercero: 128.25 meses y 1 día a 165.375 meses.

Cuarto: 165.375 meses y 1 día a 202.5 meses.

Habida cuenta que el a quo se ubicó en el segundo cuarto, como consecuencia de la circunstancia de mayor punibilidad regulada en el numeral 1º del precepto 58 ibidem y deducida por el ente acusador, e impuso el máximo de ese ámbito, la Corte, siguiendo ese criterio, fijará la pena en 128.25 meses, que reducidos a la mitad, con ocasión del descuento favorable del 50% de la pena por sentencia anticipada, arroja un monto definitivo de 64.125 meses de prisión, o lo que es igual, 64 meses y 4 días, en cambio de los 81 meses tasados en la sentencia de primera instancia.

En este sentido, se casará parcialmente el fallo impugnado.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Arnulfo Suárez Arregoces contra la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta.

Segundo. Casar parcialmente de oficio la sentencia impugnada en el sentido de fijar la pena de prisión en 64 meses y 4 días.

Tercero. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Modificó la pena de multa.

2 Cfr. folios 14-16 y 38-40 de los cuadernos originales 1 de los radicados 2171 y 2172, en su orden.

3 Cfr. folios 97-101 del cuaderno del cuaderno de copias del radicado 2172.

4 Cfr. folios 187-188 ibidem.

5 Cfr. folio 263 del cuaderno original 1 del radicado 2171.

- 6 Cfr. folio 266 ibidem.
- 7 Cfr. folio 273 ibidem.
- 8 Cfr. folios 12-22 del cuaderno original 2 del radicado 2171.
- 9 Cfr. folios 162-202 ibidem.
- 10 Cfr. folios 229-264 ibidem.
- 11 Cfr. folios 37-38 del cuaderno de copias 3 del radicado 2171.
- 12 Cfr. folios 232-238 ibidem.
- 13 Cfr. folios 242-254 ibidem.
- 14 Cfr. folio 271 del cuaderno de copias 4 del radicado 2172.
- 15 Cfr. folios 309-319 ibidem.
- 16 Cfr. folios 325-339 ibidem.
- 17 Cfr. folios 7-22 del cuaderno del Tribunal. Así mismo, se ordenó compulsar copias penales y disciplinarias contra el juez de primera instancia, debido a la concesión de la prisión domiciliario en favor de Suárez Arregocés.
- 18 Cfr. folio 35 ibidem.
- 19 Cfr. folios 38-47 ibidem.
- 20 Cfr. folio 41 ibidem.
- 21 Cfr. folios 41-42 ibidem.

22 Cfr. folio 43 ibidem.

23 Ibidem.

24 Cfr. folio 44 ibidem.

25 Ibidem.

26 Ibidem.

27 También se le impusieron las penas de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

28 ARTICULO 58. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

29 Se precisa que el ente acusador también le había deducido al procesado la circunstancia de mayor punibilidad estipulada en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal, pero el a quo no la tuvo en cuenta.

30 ARTICULO 60. PARAMETROS PARA LA DETERMINACION DE LOS MINIMOS Y MAXIMOS APLICABLES. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.

(...).

31 Producto de la siguiente operación: $72 (\div)$ $4 = 18$ meses; $72 (-) 18 = 54$
meses.

32 Producto de la siguiente operación: $270 (\div)$ $4 = 67.5$ meses; $270 (-) 67.5$
 $= 202.5$ meses.