

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrados Ponentes

AP5276-2018

Radicación 54190

Aprobado acta N° 400

Bogotá, D.C., cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado SEGUNDO GNECCO CERCHAR, contra el auto que negó la prescripción de la acción penal y la nulidad, emitido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

De acuerdo con el núcleo fáctico de la formulación de acusación, LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, en su calidad de Gobernador del departamento del Cesar, celebró de manera directa dos contratos, presuntamente sin el lleno de los requisitos legales, uno, el 22 de diciembre de 1999, para la “construcción” de obras de arte, rehabilitación y mejoramiento de la carretera entre Zanjón – Pueblo Bello, por un valor total de \$580.791.330, y el otro, el 4 de febrero de 2000, para la “construcción” en concreto rígido de la calle 16 entre carreras 19 y 22 del municipio de Bosconia- Cesar, por el monto de \$188.606.025.

Los anteriores hechos que se conocieron por la compulsación de copias ordenada por la Fiscalía Doce Seccional de la Unidad de Administración Pública de Valledupar¹ motivaron que el 14 de mayo de 2008² el Fiscal General de la Nación avocara el conocimiento de las diligencias e iniciara la investigación previa, la que mediante Resolución 00530 del 15 de febrero, fue asignada a la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

En cumplimiento de lo ordenado, el 22 de abril de 2014 el Fiscal Décimo Delegado ante la Corte ordenó la apertura de la investigación y la vinculación al proceso de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR a través de indagatoria, acto que se surtió el 21 de julio de 2014³.

El 31 de octubre de 2014 el Delegado resolvió la situación jurídica del indagado y respecto del tema que incumbe a este asunto, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento por el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales por encontrar que la misma no se hacía necesaria ni urgente⁴.

En el mismo proveído negó la prescripción de la acción penal deprecada por el procesado, por estimar que para el cómputo de los términos el marco normativo que lo regía se encontraba inmerso en los artículos 80 y 82 del Decreto 100 de 1980 y 57 de la Ley 80 de 1993, lo que lo llevó a concluir que los 16 años exigidos a partir de la suscripción de los contratos no habían fenecido.

El cierre de la investigación se ordenó el 2 de junio de 2015⁵, decisión que fue recurrida por la defensa y declarada desierta el 24 de junio de 2015, por falta de sustentación⁶.

Una vez corridos los 8 días de traslado para que los sujetos procesales se pronunciaran sobre la calificación del sumario, el 29 de septiembre de 2015, la Fiscalía Décima de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia profirió la resolución de acusación en contra de LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR como presunto autor del delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, en concurso homogéneo y sucesivo y mantuvo la determinación de no imponer medida de aseguramiento⁷.

Interpuesto el recurso de reposición por la defensa técnica, el 12 de noviembre de 2015 la Fiscalía Décima no repuso la resolución vocatoria a juicio y mantuvo la calificación del concurso de conductas punibles, según lo dispuesto en el artículo 146 del Código Penal de 1980, modificado por los artículos 57 y 58 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995, resolución que cobró ejecutoria el 20 de noviembre de 2015.

El 7 de diciembre de 2015 fueron repartidas las diligencias al Magistrado Sustanciador de esta Corporación para que se surtiera la etapa de juicio y a partir del 9 de diciembre empezaron a correr los 15 días dispuestos en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, los que vencieron el 21 de enero de 2016, término en el que la Fiscalía elevó solicitudes probatorias y la defensa deprecó la prescripción de la acción penal y la nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 306, numeral 2º, de la Ley 600 de 2000 y el 304, numeral 2º, del Decreto 2700 de 1991.

El defensor estima quebrantada la estructura del debido proceso i) por no observarse los lineamientos del Decreto 2700 de 1991, que en su criterio, estaba vigente para el momento de los hechos; y ii) porque la Fiscalía incurrió en un error al señalar, en el cuerpo de la providencia recurrida, que el concurso de delitos, según el folio 11, se regía por el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, que no estaba vigente en los años 1999 y 2000, en tanto que en el pie de página del folio 46 se refirió al artículo 26 del Decreto 100 de 1980.

Para fundamentar la prescripción tomó como sustento el principio de favorabilidad y exigió la contabilización del término de la pena máxima de 3 años, según orientación del artículo 146 de la Ley 100 de 1980, lo que le lleva a concluir que si el tiempo mínimo para que prescriba la acción es de 5 años, los plazos se agotaron en diciembre de 2004 y febrero de 2005.

El 8 de junio del 2016 el Magistrado Ponente ordenó llevar a cabo la audiencia preparatoria y luego de varios aplazamientos, el 19 de julio de 2018 dispuso el envío de las diligencias a

la nueva Sala Especial de Primera Instancia, por competencia⁹, Colegiatura que llevó a cabo la audiencia preparatoria.

Audiencia preparatoria

En desarrollo de la diligencia, el 16 de octubre del año que avanza, la Sala Especial de Primera Instancia denegó las peticiones elevadas por el defensor técnico.

Consideró que para la causal extintiva de la acción penal, el comportamiento punible debe integrarse debidamente con todas las normas vigentes para el momento de los hechos, de ahí que la pena por tener en cuenta en este evento es la del artículo 57 de la Ley 80 de 1993, que modificó el artículo 146 del Decreto 100 de 1980, declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-006 de 2001.

Resaltó que para la contabilización del término prescriptivo se debe considerar que el artículo 80 del Decreto Ley 100 de 1980 también contemplaba el incremento de la tercera parte de la pena cuando el delito fuera cometido en el país por empleado oficial en el ejercicio de las funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, como ocurre en este caso, y bajo ese entendido la operación matemática inequívocamente lleva a declarar que los 16 años exigidos para efectos de la prescripción no se cumplieron antes de proferirse la resolución de acusación, como ya lo había decidido la Fiscalía.

Evaluó, para el estudio de la nulidad, que el solicitante no cumplió con la carga de puntualizar el vicio que socava la estructura del proceso o las garantías de los sujetos procesales. Por el contrario, con los mismos argumentos expuestos ante la Fiscalía se limitó a repetir que el proceso debía regirse por el Decreto 2700 de 1991, incumpliendo de paso, el artículo 309 de la ley procesal y los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal¹⁰, según los cuales los hechos en los que se funda la nueva solicitud de nulidad deben ser posteriores y modificar la situación antes estudiada.

No obstante, la primera instancia, en pro de garantizar los intereses de la bancada defensiva, tras explicarle las características y los requisitos que deben ser satisfechos para plantear una nulidad, expuso que son reiteradas las decisiones de la Corte Suprema en las que se ha indicado que las actuaciones penales por hechos acaecidos en vigencia del Decreto 2700 de 1991¹¹, deben observar las ritualidades propias de la Ley 600 de 2000, porque cada normatividad está integrada de manera lógica, progresiva y garante de los derechos de defensa y el debido proceso.

Hizo énfasis en que la Ley 600 de 2000 derogó expresamente el Decreto 2700 de 1991, sumado a que este proceso se inició en el año 2008, luego su trámite debe guiarse por el Código de Procedimiento Penal del 2000.

El defensor interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación reiterando que la negativa de declarar la prescripción de la acción transgrede el principio del non bis in ídem, por cuanto la calidad de servidor público se aplica doblemente para aumentar la pena e incrementar el término de prescripción. Por ello y porque el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 no ha sido estudiado, invocó la excepción de inconstitucionalidad.

Frente a los motivos de nulidad insistió en que la aplicación de la Ley 600 de 2000 vulnera los derechos de su defendido y transgrede el debido proceso, toda vez que este trámite debe apegarse al Decreto 2700 de 1991 por ser la norma adjetiva vigente para el momento de los hechos, tal como lo decidió la Corte el 16 de febrero de 2005 en el radicado 23000.

Pregonó, igualmente, como causa de nulidad, la confusa referencia hecha por la Fiscalía a los artículos 31 de la Ley 599 de 2000 y 26 del Decreto 100 de 1980, para relacionar el concurso de delitos.

Como sujeto procesal no recurrente, el Fiscal Delegado se opuso a las pretensiones de la defensa alegando que se sustentan en interpretación personal e incorrecta de las normas, sin que realmente desvirtúe los argumentos expuestos en la providencia atacada.

Alegó que no se configura la violación del non bis in ídem, dado que en los delitos especiales los servidores públicos son merecedores de mayor reproche, lo que a la postre determina la ausencia de una doble circunstancia de represión. Además, el defensor presentó argumentos distintos a los alegados durante el traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, los que no conoció la sala, pese a lo cual tomó la decisión correcta y consecuente con el desarrollo jurisprudencial.

Sobre la confusión que le suscita la norma aplicable al concurso de conductas punibles replicó que no tiene trascendencia, dado que la figura contempla idénticas consecuencias jurídicas en las dos legislaciones y para el acusado es clara la imputación que hace la Fiscalía de dos conductas punibles por realizar dos contratos sin el lleno de requisitos legales.

A su turno, el Ministerio Público solicitó no acceder a lo pretendido por la defensa, tras advertir la ausencia de motivación que respalde la revocatoria de la decisión.

Coadyuvó lo expuesto por la Fiscalía frente al cambio argumentativo de la defensa, puesto que en un primer momento, para apoyar su reclamo extintivo de la acción, no mencionó la transgresión del non bis in ídem, sin embargo advirtió que ya es cosa juzgada constitucional que el incremento punitivo no altera este principio, tanto que el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011 volvió a consagrarlo.

Decisión de primera instancia respecto del recurso de reposición.

Estimó la Sala erróneos los argumentos del opugnador al confundir los elementos de la tipicidad con la figura de la prescripción y evocó que la primera exige la adecuación de la conducta punible integrada, en el caso concreto, con el estatuto de la contratación y la calidad de servidor público que como sujeto activo debe asumir la pena impuesta para el delito, mientras que la prescripción se relaciona con el tiempo que tiene el Estado para investigar y sancionar el delito, lapso que se prolonga cuando se trata de un servidor

público, no como consecuencia de la conducta punible sino como mecanismo de regulación del ejercicio de la acción penal.

Declaró improcedente la petición de nulidad, de una parte, porque el Decreto 2700 de 1991 cuando inició el proceso ya había perdido vigencia sin que hasta ahora se haya planteado factor alguno de favorabilidad, y de otra, por cuanto es inequívoco que la acusación se refiere a un concurso homogéneo de delitos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los problemas jurídicos que debe resolver la Sala se contraen a determinar i) si ha operado la prescripción como causal extintiva de la acción penal; ii) si se debe declarar la nulidad de toda la actuación por haberse aplicado un régimen procedimental que no estaba vigente para el momento de los hechos; y iii) si la formulación de acusación está viciada de nulidad por incluir como marco jurídico del concurso de conductas punibles dos normas sustantivas, una de las cuales no estaba vigente para el momento de los hechos.

Para dar respuesta a los interrogantes se seguirá el orden en que se plantean, como quiera que de operar el fenómeno de la prescripción, relevaría a la Sala de hacer pronunciamiento sobre los motivos de nulidad alegados.

Prescripción de la acción penal

Si bien es cierto asiste razón a los sujetos procesales al señalar que la defensa ha divagado con diferentes argumentos en cada momento procesal para invocar la figura de la prescripción, también lo es que se hace necesario, en este estadio procesal, zanjar de una vez las diferentes aristas de las que ha hecho uso, en procura de evitar que insista en peticiones impertinentes que prolonguen aún más este largo proceso.

En este orden de ideas, lo primero por tener en cuenta respecto de la causal extintiva de la

acción, es que conforme el artículo 80 del Código de 1980:

La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, el principio de legalidad consagrado en el artículo 1º del mismo Código indica que:

Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". (Resaltado fuera de texto)

Norma que acompasa con el artículo 6 del Decreto 100 de 1980 según el cual la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Este principio rector fue estudiado por la Corte Constitucional en sentencia C-592/ del 9 de junio de 2005 en la que definió:

Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia

De lo anterior resulta elemental que los cambios por modificación o adición de la norma original, tienen que aplicarse en cuanto estén vigentes para el momento de cometerse el delito.

Dicho esto, se precisa que aunque el texto original del artículo 146 del Decreto 100 de 1980, reformado por el artículo 1 del Decreto 141 de 1980, para lo que interesa en este momento, fijaba, entre otras, una pena de 6 meses a 3 años de prisión, para el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales o esenciales, la misma fue modificada el 28 de octubre de 1993 por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993, al señalar que:

El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales.

Pues bien, de los cargos contenidos en la acusación se colige que los contratos objeto de reproche se suscribieron el 22 de diciembre de 1999 y el 4 de febrero de 2000, por lo tanto la pena de prisión imponible, según la norma vigente para la fecha de los hechos, es de 4 a 12 años de prisión, sin que haya lugar a aplicar por favorabilidad el texto original del Decreto 100 de 1980, debido a que fue reformado por la Ley 80 de 1993, misma que fue promulgada el 28 de octubre de 1993 y cobro vigencia a partir del 1º de enero de 1994, con las posteriores adiciones contenidas en la Ley 190 de 1995.

Tampoco se vislumbra que entre la fecha de los hechos y la promulgación de la Ley 599 de 2000, que entró a regir el 24 de julio de 2001, en lo concerniente a la pena privativa de la libertad, exista factor alguno de favorabilidad que implique la inaplicación de la norma que regía para el momento de los presuntos delitos, lo que acredita por igual, la improcedencia de la pretensión de aplicar compilación penal diferente.

De esta forma lo ha venido considerando la Corte desde antaño y específicamente en la sentencia del 9 de febrero de 2005:

El delito de celebración indebida de contratos descrito en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980 y en el 410 de la Ley 599 de 2000, refleja similar estructura en ambas codificaciones, no obstante, ha precisado esta Sala¹², la diferencia entre una y otra descripción radica en que en la disposición de la legislación derogada, la conducta debía obedecer a la finalidad de obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, mientras que en la nueva tipicidad se eliminó expresamente esa ultrafinalidad, lo que en principio haría suponer que la descripción actual resulta más exigente que la nueva. Sin embargo esta Corporación ha sido del criterio que tal ventaja resulta sólo aparente más no real, pues la actual tipificación no excluye el propósito patrimonial que se configura por la violación de los principios que regulan la contratación estatal¹³.

De ese modo, el carácter favorable de la disposición del anterior estatuto represor, se reduce al ámbito punitivo, pues si bien ambas normas contemplan una pena de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, la anterior sancionaba la conducta con pena de multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que la actual establece una de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios. Sólo frente a estas razones concretas de punibilidad se puede colegir que la anterior normatividad resulta benigna frente a la vigente.

Ahora bien, ligada a esta aclaración surge de manera inescindible, la reclamada violación del principio non bis in ídem, por el aumento adicional del término de la prescripción de la acción penal para quien en la calidad de servidor público realice un comportamiento punible en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de los mismos.

Para el efecto, se hace necesario precisarle al defensor que contrario a su argumento, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión contenida en el artículo 82 del Código de la ley 100 de 1980, a través de la Sentencia 345 de 1995, tomando como soporte el derecho fundamental de la igualdad y consideró que la adición del término prescriptivo de la acción penal, tratándose de servidor público, se ajusta al ordenamiento constitucional. Así

expresó:

La diferencia en el quantum de la pena, bien que se trate de un sujeto activo simple o de uno cualificado por su condición de empleado oficial, obedece, entre otras razones, a que el delito cometido por persona indeterminada reviste la misma gravedad y produce los mismos efectos independientemente de quien lo cometa. El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, en cambio, además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados, lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza pública, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor. La mayor punibilidad para los delitos cometidos por servidores públicos -reflejada en las causales genéricas o específicas de agravación- responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoledor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas.

La mayor punibilidad a la que se enfrentan los servidores públicos infractores de la ley penal, conlleva automáticamente el aumento del término de prescripción de la acción penal. Ello es así porque el legislador colombiano ha tomado como base el monto de la pena para el cómputo del término de prescripción. Se trata de una solución práctica ante la dificultad de obtener pruebas de la existencia y autoría del hecho punible, debido a la posición privilegiada del sujeto activo, para quien es relativamente fácil ocultar la ejecución del delito y los elementos que podrían conducir a imputarle la comisión del mismo. Lo anteriormente expuesto ilustra la relación existente entre la pena y la prescripción: si bien la segunda es directamente proporcional a la primera, en la medida en que una variación en el monto de la pena repercute en la misma proporción en el término de prescripción, la regulación de esta última es independiente de la punibilidad, ya que obedece a otras finalidades.

Esta decisión fue reiterada en la sentencia C-229 del 5 de marzo de 20008, en la que a la luz del principio del non bis in ídem, declaró exequible el artículo 83 de la Ley 599 de 2000

que en idéntico sentido disponía un monto adicional al término de la prescripción de la acción penal para los servidores públicos:

Por consiguiente, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales sobre el contenido y los efectos del principio non bis in idem, antes expuestos, es claro que al aumentar la expresión demandada el término de prescripción de la acción penal respecto de las conductas punibles realizadas por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, o con su participación, en una tercera parte, no quebranta dicho principio, que prohíbe imponer a una persona más de una sanción por los mismos hechos y por la misma causa o fundamento jurídico, es decir, por los mismos hechos y por la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico, o adelantar una nueva investigación o un nuevo juicio con esa finalidad.

De tal manera que, una es la consecuencia punitiva prevista en la Ley para los delitos con sujeto activo cualificado, y otro tema distinto es la prolongación del término prescriptivo de la acción penal que implica modificación del término máximo de la sanción, cuando la conducta delictiva la ha realizado un servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, situación en la que no se presenta componente alguno de la doble incriminación.

Tan diáfana es esta diferencia, que en términos generales, en la dosificación punitiva de la sentencia condenatoria, no se puede adicionar la tercera parte de la pena demandada para prescripción penal de quien ostenta dicha calidad.

En este orden de ideas, parece un dislate que el opugnador solicite la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en virtud del contenido del artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el inciso sexto del artículo 83 del Código Penal, así:

El servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

Lo anterior, por cuanto este precepto se opone, en el presente caso, al principio de favorabilidad, tanta veces reclamado por el recurrente, como quiera que exige un término más prolongado para el ejercicio de la acción penal, esto es, ya no se sumaría a la pena máxima la tercera parte, como otrora lo estatuyó el artículo 80 del Decreto 100 de 1980 y el original del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, sino la mitad del monto punitivo.

De otra parte, no se puede desconocer que la exequibilidad de los artículos que incrementaban el lapso prescriptivo para los servidores públicos ya citados, devienen del estudio del derecho fundamental de igualdad, el principio del non bis in ídem y el respeto a la libertad de configuración del legislador, la reserva legal, lo que descarta cualquier otra interpretación especialmente una como la que refiere la defensa.

Corolario, para determinar los tiempos de prescripción se tendrá presente que acorde con el artículo 146 de la Ley 100 de 1980 modificado por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993¹⁴, el extremo máximo de la pena para el delito en cuestión es de 12 años, guarismo que por disposición del artículo 82 de Código de las Penas de 1980¹⁵, debe incrementarse en una 1/3 parte por ser el sujeto activo un servidor público, lo que arroja un resultado total del término prescriptivo de 16 años. Se suerte que contabilizando dicho término prescriptivo desde la fecha de los hechos, es decir, al 22 de diciembre de 1999 y 4 de febrero de 2000, se concluye que el lapso prescriptivo fenecía el 22 de diciembre de 2015 y el 4 de febrero de 2016.

Así las cosas, se debe igualmente señalar que la resolución de acusación cobro ejecutoria el

20 de noviembre de 2015, es decir que interrumpió el término prescriptivo antes de su vencimiento y por lo tanto no era posible extinguir la acción por este motivo.

Por manera que la decisión de la Sala de primera Instancia de no declarar prescrita la acción será confirmada.

Nulidad por desconocimiento del Decreto 2700 de 1991

El reparo que hace la defensa en relación con la vigencia del Decreto 2700 de 1991, en principio no tiene discusión, toda vez que para los años 1999 y 2000 a los que se contraen los hechos cobraba actualidad, no obstante, olvida el impugnante que esta norma adjetiva fue derogada con la entrada en vigor de la Ley 600 de 2000, cuando no se había dado trámite alguno al proceso que hoy se estudia.

La sucesión y aplicación de la ley procesal, como lo advirtió la primera instancia, desde la Ley 153 de 1887 ha quedado despejada al instituir que tiene aplicación inmediata, salvo las actuaciones que se iniciaron con un régimen anterior.

En la sentencia C-763 del 17 de septiembre de 2002 la Corte Constitucional especificó los alcances de la irretroactividad de la Ley procesal, así:

“Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de

conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme”.[6]

En el caso concreto esta regla general fue consignada de manera expresa en el artículo 535 de la Ley 600 de 2000 al derogar el Decreto 2700 de noviembre 30 de 1991, sus normas complementarias y las que fueran contrarias a esa ley.

Lo anterior no resulta extraño, como quiera que la Ley 600 de 2000 se promulgó un año antes de su vigencia y su articulado no creó un sistema antagónico o diverso al surgido con ocasión del Decreto 2700 de 1991, por el contrario la ley procesal siguió la ruta del sistema de tendencia acusatoria.

Desde esta perspectiva, la actuación da cuenta que la compulsación de copias que dio origen a la indagación preliminar tan solo fue ordenada en el año 2008, por lo tanto cuando se inició el proceso no existían situaciones consolidadas, términos o actuaciones iniciados que tuvieran que ceñirse a los postulados del Decreto 2700 de 1991.

En este sentido, desatinada se ofrece la mención que hace la defensa de la sentencia de esta Corporación emitida el 16 de febrero de 2005 en el radicado 23006, para invocar que la Corte cambió de criterio y declaró que la norma adjetiva aplicable solo podría ser la que regía para el momento de los hechos, omitiendo tener en cuenta que la decisión aludía a un tema procesal con efectos sustanciales más favorables que obligaba su reconocimiento, sin que por ello pueda concluirse que se abandonó la tesis de la aplicación inmediata de la norma que regula los ritos procesales.

Tal aserto refulge del estudio que en la providencia mencionada se hizo respecto del contenido en el inciso 2º del artículo 6º de la Ley 600 de 2000 que define el principio de legalidad:

“ De dicho contexto positivo bien pueden desbrozarse las distintas especies de normas que han de regir un proceso penal, al igual que el alcance de cada una de ellas, así: i)

Las sustanciales, cuya permanencia —aun previa a la ejecución del delito— y aplicación —ya al interior de la actuación— perduran inclusive hasta el agotamiento de la fase de ejecución de la sentencia (C.P., art. 6º), a menos que una norma de similar naturaleza la reemplace para que sea aplicada esta última bajo la condición de ser más favorable. ii) Las simplemente instrumentales, que igualmente antecedentes al hecho, deben gobernar el proceso, aunque sujetas a ser desestimadas en su aplicación cuando se expida una norma de su mismo carácter, tal como lo señala el artículo 40 de la Ley 153 de 1886, sin que de ellas —dada su neutralidad— sea demandable la favorabilidad. iii) Las procesales de efectos sustanciales, cuyo manejo —desde luego al interior de la actuación— se asimila a las materiales, conforme lo señala el dispositivo últimamente transcrito”.

Lo anterior refuerza los argumentos de los sujetos procesales radicados en la necesidad de demostrar el perjuicio que se causa con la aplicación de un régimen procesal, objetivo que no cumplió el defensor y tampoco avizora la Sala, porque la Ley 600 de 2000 comparada con el Decreto 2700 de 1991 ha sido más amplia en la creación de los canones que garantizan los derechos de todos los sujetos procesales, tanto que pese a que en este momento se ha generado un nuevo sistema penal no ha perdido su vigencia.

Es consecuencia, la Sala de Primera Instancia acertó cuando estimó que se daban los presupuestos para mantener incólume el trámite del proceso, no solo porque el recurrente incumplió su deber de demostrar algún perjuicio trascendental derivado de la inaplicación del código derogado, sino por cuanto la norma procesal posterior recogió en esencia y con carácter de progresividad, las situaciones procesales que se han presentado, sin ningún referente de favorabilidad, que de hecho no alega el recurrente, además que de estarse ante tal fenómeno, la vía para reclamar no es la nulidad, sino la aplicación del principio que lo demanda.

Nulidad por indebida invocación de la norma que regula el concurso de conductas punibles.

Para desarrollar este aspecto, es importante reseñar como está contemplado el instituto del concurso de conductas punibles en los compendios penales de 1980 y de 2000.

Así, el artículo 26 de la primera legislación preceptúa:

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto”

La ley 599 de 2000, por su parte, en el artículo 31 dispone:

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

De tal manera, que el yerro señalado por la defensa carece por completo de trascendencia si se tiene en cuenta que la resolución de acusación no deja duda alguna en cuanto a que el artículo 26 del Decreto 100 de 1980 como el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, se refieren a idéntico instituto, esto es, al concurso de conductas punibles y a la forma de tasar la pena, con la glosa especial que en ambas legislaciones los criterios que la definen son los mismos.

Es más, el artículo 31 de la Ley 600 de 2000 precisa el alcance del incremento de la pena al establecer que no podrá ser igual a la suma aritmética, lo que implica aseverar que la mención de estos dos artículos, antes de motivar confusión o penumbra, lo impela a analizar como profesional del derecho, que esa premisa legal marca el derrotero para delimitar la actividad del juzgador en la tasación punitiva, no solo respecto de prohibir la suma aritmética de penas, sino por la necesidad de explicar los montos sancionatorios que

cada delito arroja para llegar al resultado final, es decir que la misma norma se convierte en una garantía de no arbitrariedad en la fijación de los guarismos punitivos.

En tal virtud, la decisión objeto de recurso se confirmará integralmente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 16 de octubre de 2018, por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDO: REGRESAR el diligenciamiento al Despacho del Magistrado ponente.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

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 Folios 1-7, cuaderno original de la Fiscalía N° 1.
- 2 Folio 59, cuaderno original de la Fiscalía N°1.
- 3 Folios 116-121, cuaderno original de la Fiscalía N°1.
- 4 Folios 162-206, cuaderno original de la Fiscalía N° 1.
- 5 Folio 60, cuaderno original de la Fiscalía N° 2.
- 6 Folio 95, cuaderno original de la Fiscalía N° 2.
- 7 Folios 154 a 210, cuaderno original de la Fiscalía N° 2
- 8 Folio 195, cuaderno original de la Fiscalía N° 2
- 9 Folio 194, cuaderno original de la Fiscalía N° 2.
- 10 CSJAP, 17 ago.2016, rad. y CSJAP 8 jul. de julio 8.2013, rad.40627
- 11 CSJAP, 16 sep.2009, rad. 48965. CSJAP, 06 dic. 2017, rad.30780.
- 12 CSJSP, rad.18.911.
- 13 CSJAP, 18 ago. 2002, rad.18.029.
- 14 Artículo 80 del Decreto 100 de 1980 : TERMNO DE LA PRESCIRPCIÓN; La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco años ni

excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

15 Artículo 82 del Decreto 100 de 1980 PRSCRIPCION DEL DELITO COMETIDO POR EMPelado OFICIAL: El término de prescripción señalado en el Artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido en el país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos.