

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP15880-2014

Radicado N° 43557.

Aprobado acta N° 397.

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014).

V I S T O S

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla el 2 de diciembre de 2013, mediante el cual confirmó y modificó la sentencia condenatoria y a la vez absolutoria emitida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Adjunto de esa ciudad, en la cual se impuso, luego de la variación, pena de prisión de 120 meses, multa en cuantía de \$1.112.238.260,00 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la pena principal, en contra de los procesados BERNARDO HOYOS MONTOYA y GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY, a título de coautores de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; pena de 48 meses de prisión y multa por el equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales, en contra de CARMEN ESCRIG SAIEH, en condición de autora del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y, pena de 48 meses de prisión, junto con multa asimilable a cien salarios mínimos legales mensuales, como autor del delito de contrato sin

cumplimiento de requisitos legales, en disfavor de CARLOS CAMACHO CASTRO.

A BERNARDO HOYOS MONTOYA y GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY, se les negaron los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria; en tanto que CARLOS CAMACHO CASTRO y CARMEN ESCRIG SAIERH obtuvieron el beneficio de prisión domiciliaria. No hubo condena para el pago de perjuicios civiles.

LOS HECHOS

Fueron narrados en el escrito de acusación, del siguiente tenor:

“La Alcaldía Distrital de Barranquilla, representada por el entonces alcalde BERNARDO HOYOS MONTOYA celebró el 20 de agosto de 1998, un contrato de promesa de compra venta respecto de un lote de terreno de 551.4 hectáreas ubicado entre los municipios JUAN MINA Y GALAPA, Atlántico, propiedad de la SOCIEDAD AGROPECUARIA VESUBIO CURE & VILARO S en C., representada legalmente por EDITH NICOLASA VILARO de CURE, por valor de CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$5.551.000.000), con el fin de desarrollar allí un proyecto habitacional de interés social de 35.000 unidades denominado CIUDADELA DON BOSCO para personas de la Ciudad de Barranquilla y su área metropolitana pertenecientes a los estratos 1, 2, 3 y carentes de vivienda. Lo anterior según informe en el que se refiere que se hace para dar cumplimiento al Objetivo de FONVISOCIAL, de reducir el déficit de vivienda en dicha ciudad en un 36%.

En desarrollo de dicho contrato, el Distrito de Barranquilla entregó entre diciembre 23 del año 1998 y abril 23 de 1999 a la Promitente Vendedora un valor total de UN MILLÓN CIENTO DIEZ MILLONES (sic) DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.110.200.000), cancelado en tres (3) cuotas de \$300.000.000 (diciembre 23 de 1998), \$300.000.000 (febrero 9 de 1999) y \$468.012.400 (abril 26 de 1999) como primer abono al contrato. Con respecto al saldo de

CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$4.440.800.000), se acordó en la promesa el pago en cuatro (4) cuotas iguales a la suma de UN MIL CIENTO DIEZ MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.110.200.000) en cuatro fechas: ABRIL 20 DE 1999, OCTUBRE 20 DE 1999, ABRIL DE 2000, y OCTUBRE 20 DE 2000, respectivamente.

Realizado el referido negocio, se inició una serie de cuestionamientos, denuncias, debates en el Concejo Distrital y las consiguientes indagaciones contra la administración presidida por el ex alcalde de Barranquilla, BERNARDO HOYOS MONTTOYA suscriptor del contrato, razón por la cual, el negocio no pudo perfeccionarse.

El precio pactado y la calidad del terreno fueron los puntos sobresalientes de inconformidad y denuncia. Conforme a las denuncias, el precio de 551.4 hectáreas comprendido por dos grandes lotes el SANTUARIO y VESUBIO, no valdría los CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$5.551.000.000) pactados, por cuanto el terreno ocupaba una importante área propensa a inundaciones, inadecuada para adelantar proyectos habitacionales y que tenía vicios jurídicos.”

Añade la Corte, que la atribución penal por los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación en favor de terceros, reposa respecto de todos los acusados, por variadas irregularidades, entre ellas, omitir requerir avalúo previo del lote por parte de peritos del IGAC y no realizar estudios acerca de la condición jurídica del bien.

En concreto, se vincula a HOYOS MONTTOYA, en cuanto, “evitó o impidió los procedimientos para reversar el contrato y recuperar el dinero entregado ilegalmente por él como ordenador del gasto”; en torno de HOENISBERG, en calidad de Secretario de Hacienda, y CAMACHO CASTRO, a título de Jefe de la Oficina de Presupuesto, porque no solo se lideró todo el trámite contractual desde la primera oficina, en desmedro de FONVISOCIAL,

legalmente habilitada para ese efecto, sino en atención a que “sin soporte documental y extemporáneamente libraron los certificados de disponibilidad presupuestal, facilitando las cosas para que el dinero fuera a parar a manos de un tercero”; y, en lo que atañe a ESCRIG SAIEH, en virtud a que por su condición de asesora y perito en la negociación, no obstante conocer que no existían estudios jurídicos previos sobre los títulos de propiedad de los lotes “remite el oficio a la Gerente de la División Jurídica, María Teresa Torres Roncallo, intentando hacer ver que las escrituras de los predios bastaban para suplir aquella exigencia, sin decir nada acerca del estudio de los títulos de propiedad, avalúos de la Lonja y del Igac, concepto jurídico de la negociación o, por lo menos, el nombre del funcionario redactor de la promesa de compra venta de 27 de agosto de 1998, documentos que por no existir, la funcionaria no podía enviar”.

DECURSO PROCESAL

Como quiera que respecto de lo narrado el ente instructor adelantaba investigaciones separadas, el 4 de abril de 2001, la Fiscalía Novena de la Unidad Nacional Anticorrupción, fundió en uno solo el trámite procesal.

Por virtud de ello, con fecha del 3 de diciembre de 2008, fue calificado el mérito sumarial. Allí, se acusó a BERNARDO HOYOS MONTOYA, GUILLERMO ENRIQUE HOENISBERG BORNACELLY y CARMEN SCRIG SAIEH, a título de coautores de los delitos de peculado por apropiación en beneficio de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Así mismo, fue acusado CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO, en calidad de coautor del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y se dispuso aplicar medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de todos los relacionados, aunque a CAMACHO CASTRO se le sustituyó por detención domiciliaria.

Por último, en el proveído se decidió precluir la investigación en favor de María

Teresa Torres Roncallo, Alcibiades de Asís Bustillo Cervantes y Sandra Cristina Naranjo Valencia, a quienes se atribuyeron los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; de igual manera, en favor de todos los vinculados al proceso, se precluyó la instrucción por el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

La decisión fue impugnada por los defensores de los cuatro acusados, lo que motivó la intervención de la Unidad de Fiscales Delegados Ante el Tribunal de Bogotá, que en resolución del 16 de marzo de 2009, confirmó en su integridad lo decidido por el A quo.

Ejecutoriada la acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado Segundo Penal del Circuito De Barranquilla, despacho que adelantó la etapa del juicio, pero después fue desplazado, para el efecto, por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Descongestión de esa ciudad, oficina que emitió sentencia de primer grado el 30 de septiembre de 2011.

Allí, dispuso absolver a todos los acusados por el delito de peculado por apropiación; determinó que BERNARDO HOYOS MONTOYA, GUILLERMO HOENISBERG BORNACELLY y CARLOS CAMACHO CASTRO, son responsables del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, razón por la cual impuso en su contra pena de 48 meses de prisión y multa por el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales; y dispuso absolver a CARMEN ESCRIG SAIEH, de los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por los cuales fue acusada.

En contra de lo decidido interpusieron recurso de apelación el fiscal, el Ministerio Público, los defensores de los procesados, excepto ESCRIG SAIEH, y uno de los acusados.

En consecuencia, con fecha del 2 de diciembre de 2013, la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla, examinó lo discutido y en consecuencia revocó algunas de las decisiones del A quo, particularmente las que condujeron a absolver a todos los acusados por el delito de

peculado por apropiación en favor de terceros y a CARMEN SCRIG SAIEH, de los delitos por los cuales fue acusada, aunque respecto de esta última se mantuvo la decisión favorable en lo que atiende al punible de peculado por apropiación.

Lo resuelto obligó redosificar o imponer efectiva sanción penal. Por virtud de ello, el Tribunal impuso pena de 120 meses de prisión y multa en cuantía de \$ 1.112.238.260, en contra de BERNARDO HOYOS MONTOYA y GUILLERMO HOENISBERG BORNACELLY, a título de coautores de los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales; y, sanción de 48 meses de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales, en disfavor de CARMEN SCRIG SAIEH, en calidad de coautora del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Oportunamente los defensores de los cuatro condenados interpusieron y sustentaron individualmente el recurso extraordinario de casación.

En decisión del 9 de julio de 2004, la Sala inadmitió las demandas presentadas a nombre de GUILLERMO HOENISBERG BORNACELLY, BERNARDO HOYOS MORENO y CARLOS ALBERTO CAMACHO CASTRO, al tiempo que se admitió el único cargo de la demanda interpuesta por el defensor de CARMEN SCRIG SAIEH.

Corrido de inmediato traslado a la Procuraduría para la presentación de su alegato, este se hizo llegar el 11 de noviembre de 2014.

LA DEMANDA ADMITIDA

CARGO ÚNICO

Lo formula el demandante dentro de la órbita de la causal tercera dispuesta en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, por estimar que se violó el debido proceso cuando el Tribunal desbordó su competencia y examinó circunstancias ajenas al motivo de la

impugnación presentada por la Fiscalía contra el fallo de primer grado que absolvió de los dos delitos por los que fue acusada a CARMEN ESCRIG SAIEH.

Específicamente, el recurrente advierte que la apelación de la Fiscalía en lo que compete a CARMEN ESCRIG SAIEH, radicó en su inconformidad con que se le hubiese absuelto por el delito de peculado, pero nada se señaló en torno del ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no obstante lo cual, el ad quem terminó condenando por este último punible.

Con esta actuación, agrega el casacionista, se pasó por alto lo consignado en el artículo 204 de la ley 600 de 2000, remitido a la competencia funcional del fallador de segundo grado, sin que pueda entenderse, resalta, que condenar por un delito ajeno al que se pide condena, constituya asunto inescindiblemente ligado al objeto de impugnación.

En aras de soportar su tesis, el recurrente parte por significar cómo el sentenciador de primer grado absolvió a ESCRIG SAIEH, de los dos cargos objeto de acusación en su contra.

En particular, añade el demandante, respecto del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales dijo el A quo que la acusada no tenía las calidades de sujeto activo calificado; y sobre el punible de peculado sostuvo que no había detrimento patrimonial.

Así mismo, acota el demandante, la apelación sustentada por la Fiscalía expresamente remite a la decisión de absolver a los acusados por el delito de peculado por apropiación, al punto que todo el discurso impugnatorio se concentra en este delito, como lo demuestra con citación expresa de amplio apartado del documento en cuestión.

De igual manera, continúa el recurrente, en ningún apartado de la apelación se

relaciona, así fuese adjetivamente, la condición particular de CARMEN ESCRIG SAIEH, y en concreto, la absolución decretada a su favor por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Ya luego, aborda el impugnante lo consignado en el fallo de segundo grado, para advertir cómo, si bien, existe un error allí al significar que la absolución de ESCRIG SAIEH, en lo que compete al delito de peculado, obró por consideración a que no se reputa servidora pública (ese argumento sirvió para absolverla del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, aclara el casacionista), en todo caso, sí se comprendieron a cabalidad las razones de la impugnación presentada por el Fiscal, pues, jamás hizo alusión a la posibilidad de condenar a la acusada por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cual se desprende de la citación amplia que hace del contenido de la parte pertinente de la sentencia del Ad quem.

Seguidamente, el casacionista cita el apartado concreto en el cual el Tribunal, estima, desbordó su competencia, referido a la manifestación expresa de que CARMEN ESCRIG SAIEH, ejecutó el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y debe ser condenada como responsable del mismo.

Entiende el recurrente que lo efectuado por el Tribunal vulnera el derecho de defensa, principio de contradicción y garantía de la segunda instancia.

Luego de citar jurisprudencia de la Sala atinente al tema planteado, el demandante solicita que se corrija el daño causado, no con nulidad, sino revocando el numeral tercero del fallo de segundo grado, en el cual se determinó condenar a CARMEN ESCRIG SAIEH por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, para, en defecto de ello, absolverla.

Concepto del Ministerio Público

Luego de resumir los hechos y el decurso procesal, así como la demanda admitida por la Corte, la representación del Ministerio Público advierte que el problema jurídico a resolver dice relación con definir si la decisión del Tribunal de condenar a CARMEN ESCRIG SAIEH, es violatoria del principio de no reformatio in pejus, tomando en consideración que el fallo de primer grado fue apelado por la Fiscalía.

A fin de soportar la solución de lo planteado, el Procurador detalla el contenido del artículo 204 de la Ley 600 de 2000, que gobierna el caso, significando cómo allí se consagra el instituto de la prohibición de la reforma peyorativa, cuando se trata de sentencia condenatoria, salvo que ella sea apelada por el Fiscal, el Ministerio Público o la parte civil.

Después, advierte que la norma fue extendida en sus efectos por la Corte Constitucional, en cuanto, significó que también opera la prohibición respecto de autos susceptibles de apelación.

A renglón seguido, el Procurador aborda el tópico del principio de limitación, que concatena con la noción de apelante único, para lo cual recurre a la jurisprudencia de la Sala y la Corte Constitucional, hasta señalar que la prohibición de no agravación se excepciona en los casos de impugnación del fiscal o el Ministerio Público, dado que aquí sí es factible para el funcionario de segundo grado “hacer una revisión integral de la decisión”.

Después, examinando las facultades impugnatorias de la Fiscalía, señala que cuando esto se materializa, el juez puede pronunciarse “sobre aspectos que inescindiblemente resulten vinculados con el objeto de impugnación”.

En el apartado que rotula “DEBIDO PROCESO”, el Procurador especifica que el citado derecho se vulnera cuando no existe congruencia entre la acusación y el contenido de la sentencia, para después resumir lo que sobre la garantía se tiene establecido.

Ya en lo concerniente al cargo postulado por la defensa de la acusada ESCRIG SAIEH, el Delegado destaca que la acusación vertida contra aquella, determinó ejecutados los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por los cuales fue absuelta en primera instancia, lo que motivó la presentación del recurso de apelación a cargo de la Fiscalía, aunque el mismo se limitó a pedir condena en contra de todos los procesados, por el delito de peculado.

Después de afirmar que la acusada contó con todas las garantías legales para defenderse de los cargos formulados en la acusación, el Procurador afirma que no existió desviación o extralimitación en el Tribunal cuando la condenó por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, dado que al haber presentado apelación la Fiscalía y en seguimiento de lo dispuesto en el artículo 204 de la ley 600 de 2000 “no hay límite para que el tribunal se pronuncie sobre hechos que fueron parte de la investigación, además, teniendo en cuenta el principio de legalidad que al operador judicial al momento de verificar las decisiones objeto de impugnación y en estas precisas actuaciones, debe pronunciarse y blindar el proceso de vicios que impidan el ejercicio de la justicia, verdad y reparación.”

Seguidamente, el agente del Ministerio Público se ocupa de analizar lo ocurrido para de allí extraer que, en efecto, CARMEN ESCRIG SAIEH actuó como servidora pública y cometió el delito objeto de condena.

Añade que era obligatorio del ad quem “corregir el yerro de la instancia en cuanto desconoció el carácter de servidora pública de la enjuiciada y la participación en la celebración de los contratos a que se ha hecho alusión”.

Reitera, finalmente, que el Tribunal no violó el debido proceso “por cuanto actuó bajo el amparo del principio de congruencia”.

Dice el Procurador, en consecuencia, que no puede prosperar el cargo formulado por la

defensa de la acusada CARMEN ESCRIG SAIEH.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Desde ya la Corte anuncia que el cargo presentado por la defensa de la procesada CARMEN ESCRIG SAIEH, tiene vocación de prosperar, tornándose imperioso revocar el apartado del fallo de segundo grado que dispuso su condena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, vista la magnitud y trascendencia del error en el cual incurrió el Tribunal, que evidentemente vulnera el debido proceso.

Previo a asumir el examen jurídico del cargo propuesto, conforme a lo alegado por la defensa y lo que en su contra argumenta la representación del Ministerio Público, se hace necesario precisar que respecto de lo ocurrido, esto es, la omisión de la fiscalía en solicitar o fundamentar para que se revocase la absolución emitida por el fallador de primer grado en favor de ESCRIG SAIEH, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, no existe controversia o discusión.

En efecto, la verificación detallada del contenido íntegro del escrito presentado por la Fiscalía como sustento de la apelación incoada contra el fallo de primera instancia, permite afirmar inconcuso que jamás el impugnante, de manera expresa o tácita, hizo referencia aunque fuese adjetiva a la absolución que por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales impartió el a quo a favor de ESCRIG SAIEH, limitando sus argumentaciones a referenciar las razones por las cuales estima que todos los acusados deben ser condenados como coautores del delito de peculado por apropiación a favor de terceros.

Así, expresamente solicitó del Tribunal pronunciamiento respecto del delito en cuestión, sin relacionar algún tipo de pretensión encaminada a obtener que la acusada en mención fuese objeto de condena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, resultando obligado destacar que el fallo de primer grado absolvió a todos los

acusados del delito de peculado por apropiación, condenó a BERNARDO HOYOS MONTOYA, GUILLERMO HOENISBERG y CARLOS CAMACHO CASTRO, en calidad de coautores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, y absolvió a CARMEN ESCRIG SAIEH, de ambas conductas punibles.

Y, eso fue precisamente lo que entendió el Tribunal, en tanto, al momento de resumir dentro de la sentencia de segunda instancia las pretensiones y argumentaciones del Fiscal, partió por señalar¹ que el funcionario en cuestión presentó el recurso de apelación "...peticionando, se revoque el numeral 1° de la misma, a través del cual se absuelve a los procesados por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN a Favor de Terceros y en su defecto se les halle responsables por dicho reato, lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos..."

Culmina el resumen, el Tribunal, significando²:

"Peticionado así se revoque el numeral primero de la sentencia impugnada y por ende se condene a los procesados por el delito de Peculado por Apropiación a Favor de terceros".

La Sala no estima necesario, para ratificar el tópico, transcribir el texto de la apelación sustentada por la Fiscalía, no sólo porque se advierte engorroso e innecesario, una vez verificado su contenido, sino porque no es este un tema que suscite controversia o inquietud, acorde incluso con el contenido del concepto presentado por la Procuraduría.

Se advierte, no obstante, que en el apartado final del escrito de apelación pidió el Fiscal que se revocaran los numerales 1° (en el cual se absolvió a todos los acusados por el delito de peculado por apropiación) y 6° del fallo de primer grado, este último destinado por el A quo para absolver de ambos delitos a la acusada CARMEN ESCRIG SAIEH.

Empero, no precisó el apelante por qué solicitaba la revocatoria del numeral, aunque, se reitera, sus argumentaciones desde un principio se dirigieron expresamente a pedir condena apenas por el delito de peculado por apropiación.

Precisado, así, que la pretensión de la Fiscalía radicó únicamente en que se reformara el fallo de primera instancia para condenar a todos los acusados por el delito de peculado por apropiación, es necesario significar que en sede del fallo de segunda instancia el Ad quem incurrió en el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por el cual fue acusada CARMEN ESCRIG SAIEH, aunque absuelta en primera instancia, y luego de examinar su condición, para definir que efectivamente obró como servidora pública, decidió reformar la decisión del A quo -aunque mantuvo la absolución atinente al ilícito de peculado por apropiación- y la condenó por esa específica ilicitud.

De esta manera delimitado lo ocurrido, para la Sala emerge evidente que el ad quem, no solo se apartó por completo de la pretensión expresamente planteada por el Fiscal, sino que abordó, motu proprio, el examen del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuido a CARMEN ESCRIG SAIEH y por virtud de ello afectó profundamente su condición procesal, al punto de condenarla por esa conducta punible, en detrimento de lo dispuesto por el A quo, que la exoneró de responsabilidad penal respecto de los dos delitos objeto de acusación.

Con ello, se resalta, no solo pasó por alto el principio de limitación, sino que desbordó los límites del principio de no reformatio in pejus, a más que se erigió en parte al complementar la pretensión de la Fiscalía, incurriendo de esta forma en la violación del principio de imparcialidad.

En efecto, de forma específica el artículo 204 de la Ley 600 de 2000, aplicable al caso examinado, determina el principio de limitación y advierte de la prohibición de reforma en peor, conforme lo que se transcribe:

“Competencia del superior. En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.

Cuando se trate de sentencia condenatoria el juez no podrá en ningún caso agravar la sanción, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil, teniendo interés para ello, la hubieren recurrido.

Tampoco se podrá desmejorar la situación de la parte civil o del tercero civilmente responsable cuando fueren apelantes únicos.

La consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia.”

Respecto de la norma citada, no es necesario precisar que ya la corte Constitucional extendió los efectos del inciso segundo a los autos o decisiones de fondo y no apenas a la sentencia condenatoria allí consagrada, no solo porque también es este un punto sobre el que no existe controversia, sino atendido a que aquí se examina lo consignado en una sentencia condenatoria, en seguimiento textual de la norma.

Junto con lo anotado, debe precisarse, sí, que el artículo examinado contempla dos formas de acotar la intervención del juez de segundo grado en curso del examen propio del recurso de apelación, pues, de un lado, advierte que el ad quem debe supeditar su análisis, y consecuente decisión, al objeto de impugnación y “los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados” al mismo, en lo que se ha dado en llamar Principio de Limitación; y del otro, define los alcances del principio de no reformatio in pejus, en cuanto, impide que el funcionario de segunda instancia agrave la condición del procesado, la parte civil o el tercero civilmente responsable, cuando se trate de apelantes únicos.

En sentido lato, cabe señalar, ambas limitaciones tienen naturaleza similar, en cuanto, remiten a la imposibilidad de que el funcionario de segundo grado desborde sus

funciones hacia aspectos no tocados o pretensiones no formuladas, bajo el entendido que se trata de un juez imparcial que carece de agenda propia y resuelve en consonancia con lo solicitado o discutido.

Pero además, en lo que a la no reformatio in pejus atañe, porque solo por ocasión de ello se faculta la plena aplicación y ejercicio de los derechos de contradicción e impugnación, en aras de evitar obstáculos que impidan o disuadan a la parte defensiva de oponerse a la decisión que la afecta.

En ambos casos, también debe relevarse, la limitación para el ad quem representa cabal materialización del derecho de defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez de segundo grado se aparta de ese objeto concreto de debate, para incursionar en terrenos ajenos que ni siquiera fueron planteados por la parte descontenta con el fallo y por ello tampoco permitieron pronunciamiento de la contraparte.

Es claro, de igual manera, que la decisión de segundo grado tiene como ingredientes fundamentales, de los cuales deriva su legitimidad, tanto los argumentos consignados en la impugnación -y su controversia por los no apelantes-, como la específica pretensión que provee de interés el recurso.

La separación de tan precisos límites opera por vía excepcional, cuando de anular la tramitación por vulneración de garantías fundamentales se trata, en tanto facultad oficiosa entregada al juez.

No es cierto, de otra parte, como pretende entronizar el Procurador en su concepto, que la sola necesidad de proteger el principio de legalidad habilite superar el límite de lo argumentado o solicitado por el apelante, cuando ello afecta directamente al procesado.

Ya de manera amplia y reiterada, por lo demás suficientemente conocido, la Corte ha precisado que en la tensión entre el principio de legalidad y la prohibición de reforma en peor, tiene mayor acento este último principio, al amparo de lo cual no es posible, so pretexto de hacer valer la legalidad, afectar los intereses del procesado cuando se trata de apelante único.

Pero, así mismo, se ha interpretado de forma material y no apenas exegética el concepto de apelante único, a partir de lo cual se tiene establecido de manera pacífica que no corresponde a un aspecto simplemente cuantitativo, sino que obliga examinar el contenido y pretensiones específicas que gobiernan el recurso, así este haya sido presentado por el Fiscal o el Ministerio Público.

Vale decir, lo que habilita determinar si la Fiscalía o el Ministerio Público efectivamente desnaturalizan la condición de apelante único del procesado, no es que estos interpongan y sustenten el recurso de apelación, sino la específica pretensión inserta en su impugnación.

De esta manera, en fallo con radicado 19971, del 6 de octubre de 2004, sostuvo la Sala:

“De acuerdo con ese cuadro normativo es dable entender, conforme a la influencia interpretativa que emana de la Constitución (artículo 4º), en virtud de la prevalencia de los derechos inalienables de la persona (artículo 5º) y en consideración a que el Estado Social y Democrático de Derecho está fundado en la dignidad humana (artículo 1º), es decir, que tiene a la persona, antes que nada, como el eje de su actividad, que la prohibición de reforma peyorativa contenida en el artículo 31 de la Carta opera aún en casos en que a pesar de haber apelado la sentencia otros sujetos procesales diferentes al condenado, la competencia del superior queda restringida en virtud del objeto de la impugnación concretado en las pretensiones de esos otros actores.

En efecto, si la competencia del superior se extiende a los asuntos que están “inescindiblemente vinculados” al objeto de la impugnación, esto es, a todo aquello que está íntimamente ligado a la materia de la apelación, a lo que tiene una conexidad sustancial con los aspectos que trata, la potestad del funcionario de segunda instancia sólo se puede extender a todo lo que guarde esa relación.

Pero bajo el prurito de que además del procesado apelaron otros sujetos procesales diversos, sea fiscal, ministerio público o parte civil, el superior no puede extender su competencia a revisar temas que no fueron propuestos por éstos o que no tienen esa estrecha ligazón con la materia de impugnación.

En otro lenguaje expresado, si, por ejemplo, el condenado apela la sentencia, y el representante de la parte civil también lo hace, pero concretando su aspiración de modo exclusivo al monto de los perjuicios, el superior no tiene competencia para entrar a revisar la pena que le fue impuesta a aquél con el fin de incrementársela, porque respecto de este punto el apoderado de la parte civil no hizo explícita inconformidad alguna, de modo que si el funcionario ad quem, no obstante esto, agrava la punibilidad, desconoce la garantía porque en torno a la sanción aflictiva el procesado continúa con el carácter de apelante único.

También puede suceder, para ilustrar el punto de otra manera, que además del condenado, apele el fallo el agente del Ministerio Público porque no está de acuerdo con la concesión de la prisión domiciliaria en virtud a que considera que no se reúnen los presupuestos subjetivos para el efecto, y que a pesar de no prosperar esta pretensión, so pretexto de que recurrió alguien diferente al procesado, el superior entre a agravar la pena. En tal caso, aparece como obviedad que el aspecto de la dosificación no fue cuestionado por el representante de la sociedad y, por ende, no estaba inescindiblemente vinculado al objeto de su impugnación. En esta hipótesis se desprende con facilidad que el funcionario de segundo grado reformó la sentencia peyorativamente,

pese a que el enjuiciado, por el monto de la pena, tenía la condición de impugnante único.

Ya con mayor precisión acerca de la pretensión del apelante y sus efectos en punto de los principios de limitación y no reformatio in pejus, en muy reciente decisión –radicado 42606, del 24 de septiembre de 2014- aclaró la Corte:

“Es decir, para este asunto el procesado en caso de que hubiera sido su voluntad aceptar los cargos, se habría hecho merecedor a las rebajas de pena concebidas para los preacuerdos y allanamientos, motivo por el que ante dicha posibilidad, el aumento de la tercera parte a la mitad de la sanción que señala el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, era aplicable en lo referente a los accesos carnales abusivos cometidos entre el 1º de enero de 2006 al 1º de abril de ese año, siendo tal comportamiento el más grave entre los delitos concursales, por lo que debió ser la pena de 64 meses en el mínimo a 12 años de prisión en el máximo, la sanción base a partir de la cual debió imponerse la pena definitiva.

Sin embargo, aun cuando surge evidente dicha irregularidad no puede la Corporación entrar a corregirla, en tanto que pese a que en este caso los recurrentes son los representantes de la Fiscalía y del Ministerio Público, ninguno de ellos propuso la corrección de la sentencia en tales términos y aunque este fallo de casación implica un agravio para el acusado respecto del fallo absolutorio de segunda instancia que será casado, aumentar la pena que le irrogó el juez de primer grado comporta uno para su situación jurídica.

En ese orden, si la Sala redosificara la sanción, ajustándola a su legalidad para imponer una pena mayor a la que fijó el a quo, se estaría trasgrediendo la prohibición de reformatio in pejus para darle prevalencia al principio de legalidad, tensión que ya ha sido resuelta por la jurisprudencia de la Sala en la que se ha establecido la regla según la cual debe primar la garantía en mención, así en este caso el acusado no sea recurrente y por

tanto, en abstracto no se trate propiamente de una situación de apelante único, pues por obvias razones el procesado y su defensa no tenían interés en demandar en casación el fallo de segunda instancia por haber sido absolutorio.

Sobre el concepto de apelante único, la Corte hizo el siguiente análisis, el cual es oportuno traer a colación:

En este orden de ideas, deviene clara la trasgresión del principio de la no reforma en peor, establecido en el artículo 31 de la [Constitución Política](#) y el último inciso del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el juez de segunda instancia tuvo en cuenta supuestos de dosificación punitiva que no aplicó el a quo como también el de competencia funcional.

En este estado del discurso, oportuno es precisar el concepto de apelante único al que se circunscribe la norma rectora antes referida, pues téngase en cuenta que para el presente caso fueron recurrentes tanto los procesados como el delegado del Ministerio Público, por lo que en principio podría pensarse que el precepto en mención aplica cuando solo uno de los sujetos procesales es el impugnante.

Frente al tema, en casación del 10 de octubre de 2012 dentro del radicado 39985, se precisó qué debía entenderse por apelante único así:

“El artículo 204 de la Ley 600 de 2000 contempla que, en el recurso de apelación, “la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación”.

A partir de este mandato normativo, la Corte ha precisado que la competencia de la segunda instancia no puede desbordar el tema de apelación propuesto por el recurrente, como regla sustancial del debido proceso:

“[...] atendiendo el carácter progresivo que nuestro sistema ostenta, la apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no ha sido instituida a manera de un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo ya resuelto por el a quo, sino como instrumentos de control de juridicidad y acierto de las decisiones adoptadas por los funcionarios de primer grado, limitada, por tanto, a revisar los aspectos sobre los que la parte que a dicho mecanismo acude manifieste inconformidad.

“Y si bien esta inconformidad en últimas recae sobre el sentido de la decisión adoptada por la primera instancia, esto en modo alguno indica que en todos los casos la impugnación pueda verse sobre la totalidad de los aspectos contenidos en ella, pues, como párrafos arriba se ha dejado expuesto, es la sustentación del recurso la que impone el límite al funcionario de alzada. Entenderlo de manera diversa conllevaría reconocer que la exigencia de interponer oportunamente el recurso y sustentarlo frente a los motivos de disenso constituye apenas la apertura de una vía de acceso sin limitación ninguna para el funcionario de segundo grado, lo cual repugna a la idea de proceso reglado y contradictorio”.³

Por otra parte, a raíz de la entrada en vigencia del artículo 20 de la Ley 906 de 2004 (que consagra la prohibición de reforma peyorativa en el nuevo sistema acusatorio), el ámbito de protección de dicho principio ha sido ampliado, entre otros, en el sentido de que el término “apelante único” debe entenderse, en palabras de la Corte Constitucional⁴, en función del “interés que tengan los sujetos procesales para recurrir y la situación jurídica en que se encuentren los apelantes, siendo indispensable distinguir entre la impugnación a favor y en contra del condenado”.

En anterior decisión en sede de tutela la Corte Constitucional reiteró la forma como debía interpretarse el artículo 31 superior cuando este alude al apelante único.

“Sea pertinente dejar en claro que si bien, apeló también la parte civil, la censura contra

el proveído cobija una materia diferente, y en la institución de la prohibición de la reforma en peor, la condición de único apelante no hace referencia a la singularidad de la apelación de la parte condenada y que puede estar integrada por varios sujetos, sino a la singularidad del interés de ésta última. Ello significa que, debe atender el Juzgador un criterio material y no formal con base en el artículo 31 superior, esto es, que la interpretación a realizar deviene de la materia y no del número de recurrentes. Recordemos que la Corte señaló al respecto en sentencia T-503 de 2.003 que “es claro entonces que la calidad de apelante único a que se refiere el art. 31 de la Carta Política de 1991 hace referencia al interés que se tiene para recurrir o a la naturaleza de las pretensiones y no a la cantidad de apelantes, sean ellos los condenados u otros sujetos del proceso”⁵

De acuerdo con el desarrollo jurisprudencial aludido, emerge diáfano que para el asunto que ahora ocupa la atención de la Corte, los términos de la impugnación ordinaria, se hallan conformes con el concepto de apelante único, pues a pesar de que fueron dos los sujetos procesales recurrentes, es el tema con el que cada uno manifestó su inconformidad, el que determina la limitante que debe respetar el fallador de segundo grado, es decir, frente a aspectos que no fueron objetados por los recurrentes, el ad quem no puede pronunciarse para hacerles más gravosa su situación. (CSJ SP 20 Nov 2013, rad, 39834. Subrayados y resaltados de la Sala)

De conformidad con lo anterior y como consecuencia de la casación del fallo de primera instancia, recobrará vigencia la sentencia condenatoria de segunda instancia, y por tanto, la pena allí impuesta se mantendrá aunque no hubiera sido la legalmente establecida para el delito que reporta la sanción mayor.”

En seguimiento de lo transcrito en precedencia, para la Sala es incontrovertible que el interés expreso manifestado por la Fiscalía en su escrito de apelación del fallo de primer grado, se limitó a buscar que se condenara a todos los acusados por el delito de peculado

por apropiación, sin que jamás, así fuese de manera tácita o adjetiva, tuviese como pretensión la de que igual suerte corriera el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en lo que atañe a la procesada CARMEN ESCRIG SAIEH.

De manera ninguna, entonces, es factible asumir, como lo intenta el representante del Ministerio Público en su concepto, que la definición de responsabilidad penal en lo que atiende a la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, es un asunto inescindiblemente ligado al objeto de impugnación.

Todo lo contrario, circunscrita la apelación a la naturaleza del delito de peculado y las pruebas que obligan advertir responsables a todos los acusados de su comisión, es elemental concluir que el tema de la responsabilidad penal de ESCRIG SAIEH en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, asoma ajeno por completo a ese objeto específico, motivo por el cual la intervención del ad quem representa ostensible extralimitación en su competencia, asunción de condición de parte que viola el principio de imparcialidad y vulneración del principio de no reformatio in pejus.

Apenas agregar a lo dicho, que la violación del debido proceso no se materializa únicamente cuando se vulnera el principio de congruencia, como de forma por lo demás ajena al objeto de discusión, busca sostener el representante de la Procuraduría en su concepto.

Como se alza incontrastable que el fallador de segunda instancia vulneró el debido proceso, conforme las aristas particulares reseñadas en líneas precedentes, es menester que intervenga la Corte, acorde con lo solicitado por el defensor de CARMEN ESCRIG SAIEH, a efectos de restañar el daño casando parcialmente la sentencia atacada, en el sentido de modificar el numeral tercero de su parte resolutive, para dejar con plenos efectos la absolución que por los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, emitió el sentenciador de primer grado en

favor de la acusada en mención.

Como la procesada ESCRIG SAIEH, no se encuentra sometida a medida de aseguramiento ninguna, se torna innecesario tomar cualquier decisión en torno de su libertad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

CASAR parcialmente la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 2 de diciembre de 2013, en el sentido de modificar el numeral tercero del mismo para ABSOLVER a CARMEN ESCRIG SAIEH, de los cargos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de requisitos legales por los cuales fue acusada.

En lo demás rige sin variaciones lo dispuesto por las instancias.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

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

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Párrafo 5 del folio 8 del fallo

2 Párrafo 7 del folio 9 del fallo

3 Casación 15262 del 2 de mayo de 2002.

4 Sentencia C 591 de 2005.

5 Sentencia T 291 de 2006.