

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

SP1767-2018

Radicación: 52566

Aprobado Acta N. 159

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Emite la Sala sentencia de casación al haberse admitido las demandas promovidas por los defensores de Ana del Pilar Gallego y Carmen Rosa Martínez Aragón, contra el fallo del Tribunal Superior de Sincelejo de 24 de noviembre de 2017, que confirmó la sentencia condenatoria proferida en contra de las citadas por el Juzgado Penal del Circuito de San José del Guaviare que las declaró responsables de los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación, éste último punible como autora y determinadora, respectivamente.

HECHOS

El suceso delictivo se consignó en la sentencia así:

El 19 de septiembre de 2003, la entonces secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, señora Ana del Pilar Gallego, pasó al despacho del juez, doctor Henry Alonso Monsalve Álvarez, el proceso ejecutivo número 2003-0377 seguido contra Silvio Antonio Mosquera Murillo, informando a través de constancia secretarial, haber recibido un

memorial presentado personalmente por la demandante señora Carmen Rosa Martínez Aragón y el demandado Mosquera Murillo, en el que se afirmaba una conciliación entre las partes, lo que llevó a que en esa misma actuación, el funcionario judicial diera por terminado el proceso por pago total de la obligación y ordenara la entrega de los títulos a la parte demandante, como quiera que existían dineros embargados al demandado.

Pero, días más tarde, cuando Silvio Antonio Mosquera Murillo, afectado con el embargo de su sueldo, se acercó a las instalaciones del juzgado a averiguar por el estado actual del proceso, quedaron al descubierto situaciones irregulares que habían precipitado su culminación de manera extraña, por lo que el nuevo juez del Juzgado Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, doctor Álvaro Carrillo Garzón, al advertir la inexistencia del supuesto documento de conciliación, base de la terminación del ejecutivo, dispuso escuchar el testimonio del demandado que negaría la firma y la presentación del escrito en el citado despacho judicial, lo que finalmente lo llevaría, a través de auto de 9 de marzo de 2004, a compulsar copias con destino a la Fiscalía a fin de que se realizaran las investigaciones de rigor contra el juez anterior y su secretaria.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. La investigación de los hechos antes narrados fue asumida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Villavicencio que escuchó en declaración a las aquí procesadas y vinculó al juez Henry Alfonso Monsalve Álvarez, quien fue condenado por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en sentencia que fue confirmada por esta Corporación a través de fallo de 3 de febrero de 2010.

2. Respecto de Ana del Pilar Gallego y Carmen Rosa Martínez Aragón, la

acción penal se siguió por cuerda separada, trámite en el que fueron vinculadas a través de indagatoria y en resolución de 30 de noviembre de 2009, se les resolvió su situación jurídica como presuntas responsables de los delitos de falsedad material en documento público, peculado por apropiación y fraude procesal. No se les impuso medida de aseguramiento.

3. El 23 de marzo de 2011 se profirió acusación contra las citadas como presuntas responsables de los delitos de peculado por apropiación y fraude procesal; Carmen Rosa Martínez como determinadora y Ana del Pilar Gallego como coautora. La decisión fue preclusiva frente al delito de falsedad ideológica en documento público.

4. El pliego acusatorio fue impugnado por la defensa y el delegado de la Procuraduría, lo que motivó el pronunciamiento de la Fiscalía Delgada ante el Tribunal de Villavicencio, que en decisión de 31 de mayo de 2011 confirmó integralmente la decisión recurrida que fue notificada personalmente a varios de los actores procesales y se fijó estado fijado el 20 de junio de 2011.

5. La fase de la causa fue asumida por el Juzgado Penal del Circuito de San José del Guaviare, que en fallo de 30 de julio de 2014 condenó a Ana del Pilar Gallego a la pena de 60 meses de prisión, multa de 206.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, como coautora de los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación (Art. 397 inciso 3º).

También declaró responsable a Carmen Rosa Martínez Aragón como determinadora de los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación, a consecuencia de lo cual se le impuso la misma sanción que a su compañera de causa.

La pena de prisión fue sustituida por prisión domiciliaria.

A pesar de que se admitió demanda de parte civil, no hubo condena en perjuicios por falta de acreditación de los mismos, razón por la que se dispuso el levantamiento de las medidas cautelares que se habían dispuesto respecto de los bienes de las procesadas.

6. La sentencia de primer grado fue impugnada por los defensores de las acusadas y el delegado del Ministerio Público. El recurso fue resuelto por el Tribunal de Sincelejo a donde fue remitido el expediente el 25 de mayo de 2017 por una medida de descongestión.

Es así que en fallo de 24 de noviembre de 2017 se emitió decisión de segundo grado en la que se confirmó integralmente la sentencia de primera instancia.

7. Contra la anterior determinación recurrieron en casación los defensores de las acusadas, motivo por el que el proceso fue remitido a la Corte el 11 de abril del presente año.

8. La demanda fue admitida mediante auto de 17 de abril de 2018 y la Procuraduría Delegada rindió el respectivo concepto el pasado 7 de mayo.

LAS DEMANDAS

1. Defensa de Carmen Rosa Martínez

Promueve un cargo único contra el fallo del Tribunal de Sincelejo por violación del debido proceso, por lo cual solicita el recurrente la nulidad de lo actuado.

Precisa que la resolución de acusación cobró ejecutoria el 31 de mayo de 2011, fecha en la que se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión. En ese orden, agrega, transcurrieron 6 años, 5 meses y 24 días desde la firmeza de la acusación hasta la expedición de la sentencia de segunda instancia.

Al verificar el cumplimiento del término señalado en los artículos 83 y 86 del Código Penal, normas relativas a la vigencia de la acción penal y refiriéndose al caso concreto, el censor señala que el delito de fraude procesal contempla una pena de 4 a 10 de prisión, mientras que el de peculado por apropiación fija como sanción privativa de la libertad un rango de 3 años en el mínimo y 7 años y 6 meses en el máximo.

Aduce que por haberse interrumpido el término de prescripción de la acción penal, éste se reduce a la mitad cuando se profiere acusación, motivo por el que para el delito de fraude procesal es de cinco años y para el peculado por apropiación, está por debajo de dicho monto, pero en todo caso es de cinco años.

El demandante concluye que si la resolución de acusación quedó en firme el 31 de mayo de 2011, la acción penal para los dos delitos feneció el 31 de mayo de 2016, lo cual significa que cuando el Tribunal de Sincelejo profirió el fallo -24 de noviembre de 2017, ya se había configurado la prescripción.

En esa medida, afirma, se vulneró el debido proceso, puesto que el juez de segunda instancia no estaba habilitado para emitir fallo y, por el contrario, su decisión debió ser la de cesar procedimiento al concurrir una de las causales que dan lugar a la extinción de la acción penal.

Por tanto, solicita la Corte que case la sentencia para que se decrete la nulidad del proceso y se declare su cesación.

2. Defensa de Ana del Pilar Gallego

El censor alude a la causal primera, por ser la sentencia violatoria en forma directa de una norma de derecho sustancial, ya que después de emitida la sentencia de segunda instancia, la acción penal estaba prescrita, hecho que aconteció el 31 de enero de 2018.

Aclara que en este caso el término de prescripción se incrementa en una tercera parte, por ser la acusada Ana del Pilar Gallego servidora pública para el momento en el que se cometió el hecho, es decir que el lapso mínimo para que se extinga la acción penal por prescripción de la misma es de 6 años y 8 meses, los cuales se cumplieron el 31 de enero de 2018, fecha en la que se estaba surtiendo el trámite para el recurso de casación.

La petición frente a la única censura propuesta es que se decrete la prescripción de la acción penal y se cese procedimiento por los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación en favor de Ana del Pilar Gallego.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La procuradora segunda delegada ante esta Corporación hace una somera exposición sobre la prescripción de la acción penal, para cuyo efecto cita las normas que regulan esta figura.

Al referirse al caso concreto, señala que de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 600 de 2000, la acusación cobró ejecutoria el 31 de mayo de 2011 al desatarse la apelación contra la resolución calificatoria, ya que dicha norma establece que las providencias que deciden el recurso de apelación quedan ejecutoriadas el día en el que son suscritas por el funcionario que las resuelve.

En ese orden, teniendo como fecha de interrupción de la acción penal el 31 de mayo de 2011, y que la pena máxima para el delito de peculado por apropiación es de 10 años, y de 8 años para el punible de fraude procesal, el término de prescripción de la acción penal

para Carmen Rosa Martínez es el de 5 años, mientras que para Ana del Pilar Gallego es de 6 años y 8 meses, dada su condición de servidora pública.

Afirma que frente a Carmen Rosa Martínez, los cinco años con los que contaba el Estado para procesarla se vencieron antes de que se emitiera el fallo de segunda instancia; por su parte, dicho término, en lo relativo a Ana del Pilar Gallego se extendió con posterioridad a la sentencia proferida por el Tribunal de Sincelejo.

Para la agente de la Procuraduría asiste razón a los demandantes al señalar que para el momento en que se presentaron los respectivos libelos, la acción penal había prescrito, motivo por el que solicita que se case la sentencia, cesando procedimiento a favor de las acusadas con el consecuente archivo de la actuación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Teniendo en cuenta que las demandas de casación proponen similar reproche, serán resueltas conjuntamente, al margen de los errores en la postulación de los cargos y en la selección de la causal de casación, los cuales se entienden superados con la admisión de los libelos.

La Sala desde ahora anuncia que la sentencia del Tribunal de Sincelejo será casada respecto de Carmen Rosa Martínez y que se cesará procedimiento a favor de Ana del Pilar Gallego, en ambos casos, por haberse verificado la extinción de la acción penal por prescripción.

Resulta oportuno mencionar que la Corte tiene decantado el derrotero a seguir, dependiendo el momento en el cual se verifique el fenómeno jurídico anotado, en punto del recurso de casación, pues al respecto ha sostenido:

La prescripción desde la perspectiva de la casación, puede producirse: a) antes de la

sentencia de segunda instancia; b) como consecuencia de alguna decisión adoptada en ella con repercusión en la punibilidad; o, c) con posterioridad a la misma, vale decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria.

Si en las dos primeras hipótesis se dicta el fallo, su ilegalidad es demandable a través del recurso de casación, porque el mismo no se podía dictar en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo.

Frente a la tercera hipótesis la situación es diferente. En tal evento la acción penal estaba vigente al momento de producirse el fallo y su legalidad en esa medida resulta indiscutible a través de la casación, porque la misma se encuentra instituida para juzgar la corrección de la sentencia y eso no incluye eventualidades posteriores, como la prescripción de la acción penal dentro del término de ejecutoria.

Cuando así sucede, es deber del funcionario judicial de segunda instancia o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se cumpla el término prescriptivo, de oficio o a petición de parte.

Pero si no se advierte la circunstancia y la sentencia alcanza la categoría de cosa juzgada, la única forma de remover sus efectos e invalidarla es acudiendo a la segunda de las causales que hacen procedente la acción de revisión” 1.

Igualmente se ha indicado que en caso de que la prescripción ocurra antes de proferirse el fallo, es menester que en sede extraordinaria se profiera una sentencia de casación, dado que el trámite posterior al cumplimiento del término prescriptivo es ilegal y comporta una vulneración del debido proceso. Así lo ha resuelto la Corte:

«3.4. Cuando la prescripción de la acción penal ocurre durante la etapa de instrucción o en el período de la causa, pero de todas maneras antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, la Sala tiene dicho que

“recurrida ésta en casación y admitida la respectiva demanda por cumplir con los requisitos formales señalados en la ley (arts. 212 y 132 P.P., antes 225 y 226) lo procedente es casarla oficiosamente, ..., si, como en este caso, no fue objeto de específica acusación, pues resulta incuestionable que fue dictada respecto de una acción, que por el fenómeno prescriptivo aludido, ya no podía proseguirse. La presunción de legalidad que ampara los fallos de instancia, se quiebra ante la vulneración del debido proceso, dado que no pueden culminar las instancias mediante decisiones que jurídicamente no pueden proferirse y, como quiera que, por la calificación y admisión de la demanda se ha iniciado el debido proceso de la casación, éste debe culminar en sentencia que le ponga fin.

“Situación distinta se presenta cuando la prescripción de la acción es sobreviniente a la sentencia del ad quem, caso en el cual, a la sentencia de segunda instancia no se le puede atribuir ilegalidad alguna, pues el Estado conservaba incólume su facultad punitiva para dictarla, por consiguiente, en dicha situación, lo indicado es acudir a la cesación de procedimiento2”».

Asimismo, conviene recordar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, con el propósito de realizar los cómputos de prescripción de la acción penal, se debe tener en cuenta la calificación de la conducta punible consignada en la sentencia. Al respecto se ha expresado3:

Ahora bien, tiene definido la jurisprudencia de la Sala, que la calificación asumida en la sentencia, aun no estando ejecutoriada, tiene calidad definitoria, para todos los efectos legales, incluida la prescripción:

«La ley penal colombiana vincula, inexorablemente, casi todas sus instituciones al cuadro normativo previsto para los hechos que se regulan en ella. Sin embargo dicho cuadro normativo va adquiriendo su perfil definitivo a través del juicio de valor que sobre los hechos y sobre el derecho se lleva a cabo progresiva y provisionalmente a través del

trámite y las etapas procesales.

De allí se deriva, entonces, como lo ha sostenido la Corte, que las variaciones a la calificación jurídica de la conducta imputada, introducidas a través del proceso, deben considerarse para los cómputos propios de la prescripción y produciendo efectos que se han asimilado a los de la retroactividad. (Confrontar sentencias de marzo 24/81 y noviembre 16/93, por ejemplo). Esto no puede ser sino así, si se repara en que la acción penal que prescribe es la generada por el delito respectivo y que éste por su parte, adquiere su identificación plena y definitiva en el acto de sentencia.

De este modo, mientras el sistema prescriptivo esté diseñado con referencia a la identificación jurídica del hecho punible, pues que allí se constata la duración de su pena y por ende el término de prescripción, tendrán que admitirse las repercusiones que sobre el fenómeno extintivo de la acción tenga la calificación definitiva, sea que se afecten con ello fases superadas del proceso o que, como acá, se influya la sentencia misma impidiendo su ejecutoria.

No se trata de plantear acá la conveniencia o inconveniencia de que un sistema como el indicado produzca en las calificaciones jurídicas que se formulan durante el trámite, actos jurídicos inestables o inseguros, sino de que mientras el sistema de prescripción se sostenga sobre este modelo y estas regulaciones de derecho positivo, es inevitable que el fenómeno prescriptivo esté sujeto al vaivén de la calificación definitiva hecha en la sentencia y que ella produzca efectos sustanciales y procesales sobre todas las consecuencias jurídicas derivables de la misma.

Si no fuese así el asunto, prevalecería en el proceso lo formal sobre lo sustancial, sobre la justicia material, e incluso podrían llegarse a patrocinar formas de deslealtad procesal.

Piénsese si no, en que por otra vía hermenéutica como la sostenida por la Corte hasta abril de 1977, el sujeto de la función acusadora podría impedir la prescripción de un delito

deduciendo agravantes inexistentes en la resolución de acusación en desmedro del derecho del imputado a su declaratoria, puesto que se daría carácter de inmutable a lo que no lo tiene por naturaleza, es decir al acto calificadorio, cuya misión al interior del proceso es netamente funcional pues no tiene por objeto decidir la litis sino el ámbito dentro del cual se desenvolverán la acusación y la defensa»⁴.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, durante la etapa de instrucción la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena establecida en la ley para el delito endilgado, sin que dicho término pueda en ningún caso ser inferior a 5 años ni superior a 20 años.

A su vez, conforme lo estipula el artículo 86 ibídem, en la fase del juzgamiento tal lapso se cuenta nuevamente a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria por un tiempo igual a la mitad del máximo de la pena fijada por el legislador para el delito imputado, sin que pueda ser menor a 5 años ni superior a 10.

En los casos en los que el delito es cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, el término de prescripción se incrementa en la tercera parte, el cual, una vez interrumpido en la fase de juzgamiento, no es inferior a 6 años y 8 meses.

Para el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, debe tenerse en cuenta que las procesadas fueron condenadas por los delitos de peculado por apropiación y fraude procesal, bajo las normas de la Ley 599 de 2000, sin tener en cuenta el aumento generalizado de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, habida cuenta que los hechos se cometieron en el mes de diciembre de 2003 y en lo que atañe al fraude procesal, sus efectos se prolongaron hasta marzo de 2004.

Así las cosas, se tiene que la sanción prevista para el delito de peculado por apropiación previsto en el inciso tercero del artículo 397 del Código Penal por cuanto la cuantía de la

apropiación no superó los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, es de 4 a 10 años de prisión, por manera que el término de prescripción de la acción penal en la fase juzgamiento es de 5 años al reducirse a la mitad.

Para el delito de fraude procesal, la norma aplicable de acuerdo con la fecha de los hechos, contemplaba una sanción de 4 a 8 años de prisión, motivo por el que al reducirse a la mitad el término de prescripción por razón de la ejecutoria de la acusación, este es de 4 años, el cual ha de entenderse que es de 5 años, ya que la norma penal contempla que en cualquier caso no puede ser inferior a este monto.

Como quiera que la resolución de acusación cobró ejecutoria el 31 de mayo de 2011, fecha en la que fue decidido el recurso de apelación interpuesto contra el pliego calificador de primera instancia, resulta que en lo relativo a la situación de Carmen Rosa Martínez Aragón, la acción prescribió el 31 de mayo de 2016, es decir, antes de que se proferiera fallo de segunda instancia (Noviembre 24 de 2017).

Por tal razón, se configura una trasgresión del debido proceso que da lugar a la invalidación del trámite, pues el Estado carecía de legitimidad para continuar sometiéndola a un proceso penal.

En esa medida se casará la sentencia y, en consecuencia, se extinguirá la acción penal por prescripción respecto de los ilícitos de fraude procesal y peculado por apropiación frente a los que la acusada fue condenada como autora y determinadora, respectivamente.

De otra parte la situación de Ana del Pilar Gallego se torna diferente, ya que al haber cometido los delitos en ejercicio de función pública como secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, el término de prescripción de la acción penal es distinto, puesto que éste corresponde a 6 años y 8 meses. En tal medida, la acción penal respecto de ella feneció el 31 de enero de 2018, momento para el cual se había emitido el fallo de segunda instancia (24 de noviembre de 2017), es decir, que para esa data el Estado aún no

había perdido su poder sancionador, tornándose legal y legítima la sentencia en su contra.

Es por lo anterior que no hay lugar a casar la sentencia de segunda instancia en lo que atañe a esta procesada, pero sí se declarará la cesación de procedimiento a su favor por extinción de la acción penal, por prescripción.

De igual forma hay lugar a decretar la prescripción de la acción civil, frente a las dos acusadas, al haberse ejercido la misma al interior del proceso penal.

De otra parte, el juez de primera instancia procederá a la cancelación de los compromisos y requerimientos fijados a Carmen Rosa Martínez Aragón y Ana del Pilar Gallego por razón de la sentencia condenatoria.

Por último, se advierte una posible falta de diligencia por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio en la resolución de este asunto que dio lugar a la prescripción de la acción penal, toda vez que el proceso fue remitido a esa corporación para que resolviera el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia el 29 de septiembre de 2014 y transcurrieron casi tres años sin que se diera impulso al trámite, hasta que el 25 de mayo de 2017 la actuación fue remitida por descongestión al Tribunal Superior de Sincelejo que emitió sentencia el 24 de noviembre de ese año.

Por lo anterior, se solicitará al Consejo Superior de Judicatura que investigue la configuración de una probable violación a la ley disciplinaria.

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

RESUELVE:

primero: CASAR la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo con fundamento en el cargo

propuesto en la demanda presentada a nombre de Carmen Rosa Martínez Aragón. En consecuencia, extinguir la acción penal por prescripción en relación con los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación por los que se acusó a la citada como autora y determinadora, respectivamente.

SEGUNDO: CESAR PROCEDIMIENTO por prescripción de la acción penal a favor de Ana del Pilar Gallego por los delitos de fraude procesal y peculado por apropiación por los que se le acusó en calidad de coautora.

TERCERO: Declarar la extinción de la acción civil ejercida al interior del proceso penal.

CUARTO: DISPONER que por el juzgado de primera instancia se realicen las anotaciones y cancelaciones pertinentes.

QUINTO: Por lo expuesto en la parte motiva, la secretaría de la Sala remitirá las copias respectivas a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para lo de su competencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSE LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de junio 2004, radicación No. 18368. En igual sentido, providencias del 4 de mayo de 2006, 7 y 29 de julio y 9 de noviembre de 2009, radicaciones números 25422, 31585, 31980, 32643, respectivamente, entre otras.

2 «CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. Cas. oct.24/2003, rad. 17.466, M. P., Dr. Herman Galán Castellanos».

3 CSJ AP, 28 abr. 2004, rad. 22058. En igual sentido, providencias del 21 de enero y 27 de octubre de 2008, 20 de mayo de 2009 y 29 de septiembre de 2010, radicaciones números 22660, 30641, 31171 y 34613, respectivamente, entre otras.

4 «Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de marzo de 1996, radicación No. 8336».