

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP13979-2014

Radicación N° 41757

(Aprobado acta N° 337)

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil catorce (2014).

Procede la Sala a verificar los requisitos de lógica y debida argumentación de las demandas de casación presentadas por los defensores de **JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL** y **MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ**.

H E C H O S

Fueron expuestos por el Tribunal en los siguientes términos:

*“[...] Los hechos objeto de este proceso fueron puestos en conocimiento del ente instructor a partir del informe del CTI que fue presentado ante la Contraloría General de la República el 30 de abril del año 2004, comunicando los hallazgos encontrados en la auditoría realizada a la persona jurídica Fosfonorte S.A. (sociedad de economía mixta), cuya representante legal era **MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ**, quien en su calidad de gerente celebró desde el año 2001 contratos de prestación de servicios profesionales con el Ingeniero Agrónomo **JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL**, funcionario del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), donde labora en jornada de tiempo completo y se desempeña como jefe de insumos agrícolas, sin observarse el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidos para todos los servidores públicos”.*

A N T E C E D E N T E S

1. Agotado el ciclo instructivo, la Unidad Tercera de Administración Pública de la Fiscalía Seccional de Cúcuta calificó el mérito del sumario, el 30 de noviembre de 2010, con resolución de acusación en contra de **JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL** y **MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ** como presuntos responsables del delito de

violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 408 del Código Penal)¹.

2. Correspondió la etapa de la causa al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta que, luego de celebrar las audiencias preparatoria y pública por conducto de su despacho adjunto de descongestión, emitió sentencia el 30 de abril de 2012, imponiendo a los acusados las penas principales de prisión por cuarenta y ocho (48) meses, multa de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, al hallarlos autores responsables de la conducta punible por la que fueron convocados a juicio. Negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, concedió la prisión domiciliaria y condenó al pago de perjuicios a favor de la Empresa de Fosfatos del Norte de Santander S.A.²

3. Apelada esta determinación por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta -Sala Penal- el 11 de marzo de 2013.³

¹ Folio 244 y siguientes cuaderno original

² Fl. 293 y s.s c.o

³ Fl. 5 y s.s cuaderno Tribunal

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Demanda a nombre de JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL

El defensor de este procesado interpuso el recurso extraordinario para postular un **cargo principal** y **dos subsidiarios** en contra del fallo de segunda instancia.

En el **cargo principal**, presentado al amparo de la causal prevista en el artículo 207, numeral 3°, de la Ley 600 de 2000, solicita la nulidad de la actuación por cuanto, a su juicio, la acción penal en este asunto estaba prescrita para el momento en que la Fiscalía calificó el mérito del sumario. Así, indica que el delito de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades se encontraba sancionado en el artículo 144 del Decreto-Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 157 de la Ley 80 de 1993, con pena de prisión cuyo máximo ascendía a doce (12) años, término que se reduce en una cuarta parte para efectos de la prescripción acorde con lo contemplado en el artículo 531 de la Ley 906 de 2004, aclarando que no hay lugar en este evento al incremento de una tercera parte previsto en el artículo 82 de la primera de aquellas normatividades, pues

la conducta punible endilgada a su poderdante no fue ejecutada por virtud del desempeño de funciones públicas.

De esta manera, refiere que el primer contrato objeto de censura se suscribió el 2 de mayo de 2001, por ende, y de acuerdo a los guarismos que arrojan las disposiciones citadas, su término prescriptivo corresponde a nueve (9) años que se cumplieron el 2 de mayo de 2010. Entonces, para cuando cobró ejecutoria la resolución de acusación, esto es el 1° de octubre de 2011, la facultad sancionatoria del Estado ya había fenecido, evocando distintos pronunciamientos de esta Corporación relacionados con el tema y con la vigencia del artículo 531 de la Ley 906 de 2004, acogiendo el recurrente el salvamento de voto efectuado en una de esas decisiones en el que se consideró que, pese a la declaratoria de inexecutable de este precepto, era aplicable ultractivamente por favorabilidad.

Por tanto, solicita se declare la nulidad de la actuación desde dicha providencia y se decrete la cesación de procedimiento, por prescripción de la acción penal.

En el **cargo primero subsidiario**, invocando la misma causal planteada en el anterior reparo, pide la nulidad de la actuación aduciendo que **BLANCO SANDOVAL** careció de defensa técnica. Afirma que el mencionado fue asistido por un profesional del derecho durante la indagatoria que

ulteriormente solicitó la preclusión de la investigación, no obstante, luego de haber invalidado la Fiscalía las diligencias “*se desaparece totalmente*”, criticándolo por no haber advertido las circunstancias que llevaron al ente acusador a decretar de oficio dicha nulidad.

Además, con posterioridad a esta decisión, las comunicaciones enviadas para ser notificado de las providencias proferidas se le remitieron a un destino equivocado, “*por no conocerlo, en la primera dirección y por estar desocupada la oficina, en la segunda*”, incidiendo ello en la representación de los intereses de su prohijado, toda vez que para el momento en que se cerró la investigación y se dictó resolución de acusación no tuvo un togado que controvirtiera uno u otro proveído. La situación únicamente se remedió en la audiencia preparatoria en la cual, sin haber antecedido una solicitud probatoria a su favor o la petición de nulidad de lo actuado, **BLANCO SANDOVAL** se vio compelido a designar como apoderado al defensor de la otra acusada. Por tanto, estima, era deber de la Fiscalía haberlo requerido ante tal escenario o en su defecto nombrarle un defensor de oficio para que se notificara del pliego de cargos, al haber sido fallida la comparecencia del abogado inicialmente designado y máxime cuando la notificación por estado de aquella determinación se prolongó hasta el 27 de septiembre de 2011, es decir, casi un año después de su emisión.

Así, pide la nulidad del trámite a partir del acto de notificación del cierre de la investigación con el fin de velar por el ejercicio adecuado de la defensa técnica ante la viabilidad de desplegar actos idóneos con ese cometido, como la presentación de alegatos precalificatorios donde se evidencien puntualmente las circunstancias que rodearon la suscripción de los contratos de prestación de servicios objeto de censura.

Por último, en el **cargo segundo subsidiario**, presentado al amparo de la causal prevista en el artículo 207, numeral 1º, de la Ley 600 de 2000, denuncia la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 408 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, en tanto la conducta materia de investigación y juzgamiento se inició en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, debiéndose tenerse en cuenta el artículo 144 de esta última normatividad, modificado por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 y el 32 de la Ley 190 de 1995.

Recuerda que en esa legislación la pena de multa para el delito por el que se procede estaba regulada entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, guarismo inferior al empleado por el juzgador -que oscila entre cincuenta (50) y doscientos (200)- y aplicable por virtud del principio de legalidad y favorabilidad, al igual que en lo

atinente a la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, comprendida originalmente entre dos (2) y siete (7) años.

Del mismo modo, dice, debió tenerse en cuenta que en el Decreto-Ley 100 de 1980 el tipo penal en comento señalaba como sujeto activo al “empleado oficial” que interviniera en la celebración de contratos vulnerando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, expresión reemplazada en leyes posteriores por la de “servidor público”, siendo esta distinción relevante en la medida que a **BLANCO SANDOVAL** se le atribuyó esa condición sin ostentarla, puesto que estaba vinculado con el ICA desempeñando funciones eminentemente técnicas, asegurando que *“no estaba impedido para suscribir contrato de prestación de servicios profesionales con Fosfonorte S.A., menos cuando así se le orientó por los abogados”*.

En consecuencia, pide casar la sentencia y se dicte fallo de reemplazo que fije la multa en diez (10) salarios mínimos legales mensuales y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en dos (2), *“conforme la ley que regía el acto que se imputa a mi poderdante”*.

Demanda presentada a nombre de MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ

El defensor de la mencionada interpuso el recurso extraordinario para postular un **cargo principal** y **tres subsidiarios** en contra del fallo de segunda instancia.

En el **cargo principal**, presentado bajo la egida de la causal consagrada en el artículo 207, numeral 3°, de la Ley 600 de 2000, solicita la nulidad de la actuación por prescripción de la acción penal.

Señala que la pena máxima del delito por el que se procede es de doce (12) años de prisión, término equivalente al del cómputo del lapso prescriptivo, así, al cotejarse la fecha de los contratos que dieron paso a la condena, esto es, 2 de mayo de 2001, 13 de febrero de 2002 y 13 de febrero de 2003, surge que para cuando se calificó el mérito del sumario este ya había sido superado considerando la reducción del término prescriptivo prevista en el artículo 531 de la Ley 906 de 2004, aplicable en virtud del principio de favorabilidad, y la disminución punitiva del artículo 30 del Código Penal, por haber ejecutado **MURILLO RODRÍGUEZ** la conducta punible como interviniente, rebaja que también aplica en lo concerniente a la pena de multa.

En consecuencia, sostiene, debió la Fiscalía en lugar de proferir resolución de acusación e insistir en su notificación a decretar la preclusión de la investigación por prescripción, solicitando invalidar las diligencias desde el auto que notificó

por estado aquella decisión y se declare, en sede de casación, la configuración del fenómeno extintivo.

En el **cargo primero subsidiario**, formulado al amparo de la misma causal señalada en precedencia, sostiene que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad ante la violación del principio de investigación integral, ya que no se corroboraron las citas realizadas por su prohijada durante la indagatoria y de las cuales podían derivarse efectos favorables.

En ese orden, reseña que en la diligencia **MURILLO RODRÍGUEZ** indicó que como gerente de Fosfonorte S.A. no ostentaba la condición de servidora pública, al tratarse de una empresa privada, y que previo a la suscripción de los contratos materia de investigación había recibido un concepto jurídico en ese sentido por parte del abogado Pío Gerardo Díaz Alvarado. Así las cosas, asevera, debió haberse recaudado el testimonio de este profesional del derecho para constatar si realmente conceptuó que era ese el régimen jurídico aplicable a Fosfonorte S.A., y dilucidarse si ese criterio fue determinante en el obrar de la procesada, por la concurrencia de un error invencible.

De igual modo, refiere que en la injurada la implicada sostuvo que fue autorizada por la junta directiva de Fosfonorte S.A. para la suscripción de los contratos, por

ende, a su juicio, debió recibirse el testimonio del presidente de dicha junta para que narrara lo concerniente a las necesidades que condujeron a su celebración, la forma en que se dio su cumplimiento y las ganancias obtenidas con ocasión de la labor ejecutada. Tampoco se auscultaron las razones por las cuales su asistida fue inscrita en la Cámara de Comercio de Cúcuta como la representante legal de aquella empresa, trámite que solo cumplen las organizaciones privadas, ni se verificó con la declaración del Director de la misma su estructura o conformación accionaria.

Estas pruebas, junto con los elementos de conocimiento obrantes en la actuación, *verbi gratia*, la declaración del Ingeniero **BLANCO SANDOVAL**, quien adujo en indagatoria que su labor se enmarcaba en una asesoría técnico-académica, recibiendo respuesta negativa por parte de varios abogados sobre la posible concurrencia de causales de inhabilidad o incompatibilidad, conducen a vislumbrar la ausencia de un actuar doloso encaminado a lesionar la administración pública. Este contexto, dice, pudo haberse vislumbrado durante la investigación, empero, la Fiscalía se limitó con las injuradas para deducir compromiso penal, prolongándose esta coyuntura en la etapa del juicio por cuanto en la audiencia preparatoria no se decretó prueba alguna.

Por consiguiente, deprecia la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación con el objeto que sean recaudados los elementos de juicio en mención ante su utilidad, pertinencia y conducencia.

En el **cargo segundo subsidiario**, propuesto bajo la égida de la causal consagrada en el artículo 207, numeral 1º, de la Ley 600 de 2000, denuncia la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 408 del Código Penal, *“por atipicidad relativa, por carecer mi defendida de la condición de servidora pública del Estado para el momento de la consumación de los contratos de 2001, 2002 y 2003, tenidos como objetos materiales de este delito”*.

Tal aserto, lo sustenta en que **MURILLO RODRÍGUEZ** actuó para la suscripción de los mismos en el rol de gerente de una empresa privada al tenor de la Ley 489 de 1998, ya que Fosfonorte S.A. es una sociedad de economía mixta en la que la participación del Estado no supera el 90%. El sentenciador reconoció la situación comercial de esta firma y también las circunstancias en que su prohijada fue inscrita como su representante legal, pero lo anterior no conllevaba a que se entendiera que ese cargo le confería el rol de servidora pública. Este escenario inclusive fue advertido por el asesor jurídico de la empresa en comento, mediante dos conceptos suscritos previo a la celebración de los contratos

y “así erróneamente en el fallo se diga que el concepto fue posterior a la suscripción del primer contrato, todo lo contrario emerge de la foliatura”.

En estas condiciones, el doctor Pío Gerardo Díaz Alvarado, el 29 de marzo de 2001, indicó que, conforme al artículo 93 de la Ley 489 de 1998, las actividades industriales o comerciales consustanciales al objeto social de Fosfonorte S.A. (explotación y comercialización de roca fosfórica) se sujetaban al derecho privado, de tal forma que los contratos celebrados en desarrollo de la misma se regían por el derecho civil, postura que ratificó el 20 de marzo de 2002 y que tuvo *“gran influencia en la celebración de estos contratos, en la mente y comportamiento de mi asistida”.*

De igual manera, en la cláusula novena de los contratos, el ingeniero **JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL** manifestó expresamente que no se encontraba incurso en causal alguna de inhabilidad o impedimento, y el mencionado en injurada reportó que elevó consultas sobre el particular obteniendo respuesta negativa en punto de hipotéticos obstáculos legales para su celebración.

Aunado a ello, tampoco consideró el Tribunal la proporción accionaria que el Estado ostenta en Fosfonorte S.A. y que de acuerdo con lo señalado por su gerente el 14 de agosto de 2009, equivalía al 64.78% del capital suscrito,

ni tuvo en cuenta la providencia de archivo emitida por la Procuraduría General de la Nación en la cual se consignó que **MURILLO RODRÍGUEZ** no era destinataria de la ley disciplinaria por ser representante legal de una sociedad regida por el derecho privado, referencias traídas a colación por el censor *“no para controvertir la prueba sino para reafirmar que la ley no ordena tener como servidora pública a la señora que se sentenció injustamente”*. Recuerda que este criterio fue puesto de presente en la investigación por el entonces defensor de la procesada sin que hubiese tenido eco su planteamiento, trayendo a colación un pronunciamiento del Consejo de Estado acerca del tema.

Por ende, solicita casar la sentencia y se dicte fallo de reemplazo a favor de la implicada absolviéndola de los cargos elevados en su contra, ante la atipicidad de su conducta por no ostentar la condición de sujeto activo calificado requerida para la configuración del tipo penal que le fuese endilgado.

Por último, en el **cargo tercero subsidiario**, también postulado al amparo de la causal señalada en el anterior reparo, denuncia la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del principio de presunción de inocencia consagrado en los artículos 7° de la Ley 600 de 2000 y 29 de la Constitución Nacional.

Aduce que en la actuación no se adelantó una actividad suasoria suficiente que permitiera infirmar dicha presunción, por cuanto los únicos elementos de convicción aportados fueron las injuradas de los implicados que, estima, ni siquiera podrían ostentar la condición de pruebas al carecer de la solemnidad del juramento, *“entonces, la precariedad probatoria [...] conduce a la violación directa de la presunción de inocencia que cobija y favorece a mi ahora representada”*.

Lo anterior, con independencia de que en la sentencia se hubiese hecho alusión a los conceptos jurídicos del Dr. Pío Gerardo Díaz Alvarado, *“considerándose el emitido el 20 de marzo de 2002, y no el del 5 de mayo de 2001”*, y también resulta indiferente que en el fallo se hiciera mención de la decisión de archivo dictada por la Procuraduría General de la Nación porque esta fue desechada. Estas probanzas, junto con el proveído de la Contraloría General de la República con el que se archivó el proceso de responsabilidad fiscal, fueron aportadas por los implicados y conducen, desde el punto de vista del recurrente, a predicar la duda a su favor.

De otra parte, refiere que el juzgador reconoció la calidad jurídica de la empresa Fosfonorte S.A. dejando entrever una hipotética incertidumbre respecto a la calidad de servidora pública de **MURILLO RODRÍGUEZ**, por razón del aporte accionario del Estado, sin tenerse en cuenta el

error invencible alegado por la defensa y fundado en los conceptos jurídicos rendidos sobre el particular, insistiendo en que debió apreciarse la duda acerca de la ilicitud de su actuar por el contenido del concepto del 5 de mayo de 2001, donde se indicó cómo era el derecho privado el régimen aplicable a los contratos materia de las diligencias, recabando el censor en las afirmaciones efectuadas por su asistida en la indagatoria.

Así mismo, dejó de considerarse que los procesados no son abogados y, por ende, sin experiencia en derecho administrativo o en contratación estatal, y que su prohijada señaló con precisión que para el momento de suscripción de los contratos desconocía la vinculación del Ingeniero **BLANCO SANDOVAL** con el ICA, coyuntura que, en su criterio, enerva asumir la confluencia de dolo, yerro que condujo a la aplicación indebida del artículo 408 del Código Penal.

En consecuencia, solicita casar la sentencia y, en su lugar, se emita fallo absolutorio a favor de su prohijada.

LOS NO RECURRENTES

El representante legal de la Empresa de Fosfatos del Norte de Santander, reconocida mediante resolución de 13

de octubre de 2005 como parte civil en las diligencias⁴, durante el término de traslado a los no recurrentes allegó un escrito en el que indica, sin hacer una petición concreta, que difiere de la apreciación de las instancias en el sentido de que el gerente de una sociedad de economía mixta es un servidor público sometido al régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, como quiera que la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha señalado que el régimen jurídico aplicable a estas es el derecho privado, al desarrollar actividades técnicas de naturaleza industrial y comercial. En ese orden, refiere que si bien existen excepciones al anterior postulado, ello ocurre cuando el aporte estatal a tales sociedades supera el 90% de su capital, conforme el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, sin embargo, aclara que esto no aplica para Fosfonorte S.A. en atención a que desde su creación ese porcentaje nunca ha sido superior a dicho monto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La casación es un recurso extraordinario de carácter constitucional y legal que no está contemplada para constituirse en una tercera instancia del proceso penal, ni

⁴ Cfr. Fl. 58 cuaderno parte civil

debe ser entendida como una fase propicia para controvertir libremente la valoración de la prueba que efectuó el juzgador o para detectar cualquier clase de vicio en el trámite adelantado. Se trata de un mecanismo de impugnación limitado a los posibles errores ostensibles y trascendentes que pueden cometerse en el transcurso de la actuación, sintetizados en los motivos legales que la hacen procedente, para el presente evento, los previstos en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000.

Así, quien acude a la casación no debe perder de vista que la lógica del proceso se refleja en tales causales y que los deberes de una correcta postulación y debida fundamentación encuentran su razón de ser en que, por una parte, la sentencia llega a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad y, por la otra, el recurso es de naturaleza rogada, contexto que hace ineludible un mínimo de claridad y coherencia en la presentación del caso. Estas exigencias, lejos de obedecer al capricho del legislador o a la inflexibilidad de la jurisprudencia, se ajustan a los parámetros conceptuales que orientan la demostración de cada una de las causales aludidas, lo que explica por qué no es procedente el sustento argumentativo del recurso basado en premisas generales, vagas o encaminadas a que la Sala analice el asunto sometido a su consideración como juez de instancia, pues, se reitera, no se trata de continuar el debate

fáctico y jurídico que culminó con la providencia de segundo grado.

Bajo este marco conceptual se analizarán las demandas allegadas y, para efectos metodológicos, al plantear reparos similares con alcances idénticos, su estudio será conjunto de acuerdo con la naturaleza de las causales invocadas:

2. Prescripción de la acción penal

2.1. Los recurrentes plantean, al unísono, que el término de prescripción para el delito consagrado en el artículo 408 del Código Penal equivale al máximo de la pena de prisión allí contemplada, es decir, doce (12) años, a los cuales se les aplica la reducción del artículo 531 de la Ley 906 de 2004. Esta última disposición, con el propósito de descongestionar y depurar los procesos penales con miras a la entrada en vigencia del sistema acusatorio, establecía que *“Los términos de prescripción y caducidad de las acciones que hubiesen tenido ocurrencia antes de la entrada en vigencia de este código, serán reducidos en una cuarta parte que se restará de los términos fijados en la ley...”*.

Sin embargo, ambos **cargos principales** pasan por alto que el inciso tercero de este canon descartaba del mecanismo *“de descongestión, depuración y liquidación de procesos, las*

investigaciones por delitos de [...] violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación”, siendo esta una circunstancia que enerva considerar la aplicación de dicha diminuyente al presente caso, en tanto no podría otorgarse la consecuencia prevista en la norma a una situación de hecho que expresamente excluye.

2.2. De igual modo, es inconsistente la interpretación que hacen los demandantes de la sentencia C-1033 de 2006 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable esta disposición, pues sobre el particular la Sala ya ha decantado que no puede invocarse la aplicación de un mandato retirado del ordenamiento jurídico por causa de su contrariedad con el texto superior.

En estas condiciones, tratándose del citado artículo 531 se ha indicado que el alcance de la mencionada providencia contrae efectos retroactivos inclusive a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, de tal modo que *“Ello significa, en términos comunes, que la Corte Constitucional entendió necesario retrotraer los efectos de su manifestación para que se entendiera que la norma nunca tuvo existencia formal o efectos materiales”,* exceptuándose únicamente *“aquellas declaratorias de prescripción formalizadas por la*

judicatura y con el sello de cosa juzgada, en el entendido que la Corte Constitucional, consciente del efecto de derrumbarlas, decidió mejor dejarlas vigentes, a manera excepcionalísima de matizar su manifestación de retroactividad de la inexecutable declarada” (CSJ AP, 08 May 2013, Rad. 36629).

Entonces, en gracia a discusión, en caso de que tuviera cabida contemplarse la hipotética aplicación del artículo en comento, surge que durante la fase del sumario -en la cual se dice ocurrió la prescripción- esta no se invocó y mucho menos se decretó, por lo que no hay lugar a deprecar la vigencia de una situación jurídica que no solo carece de apoyo legal sino que además nunca llegó a consolidarse procesalmente. De contera, al partir la tesis de los demandantes de presupuestos equívocos, es palmario que sus conclusiones también están viciadas por el error.

2.3. Así, ha de decirse que teniendo en cuenta que los contratos objeto de las diligencias fueron suscritos el 2 de mayo de 2001, el 13 de febrero de 2002 y el 13 de febrero de 2003 y que la acción penal prescribe, al tenor del artículo 83 del Código Penal, en tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley que en este asunto corresponde a doce (12) años,

conforme al artículo 408 *ibídem*⁵, el fenómeno extintivo durante la investigación se configuraría, en su orden, el 2 de mayo de 2013, el 13 de febrero de 2014 y el 13 de febrero de 2015.

Por consiguiente, la capacidad sancionatoria del Estado no había fenecido para el 30 de septiembre de 2011, fecha en que cobró ejecutoria la resolución de acusación⁶ y de acuerdo con el artículo 86 de la misma obra⁷, esta interrumpe aquel término iniciándose de nuevo su cómputo por un término equivalente a la mitad que arrojarían como fecha de prescripción, el 30 de septiembre de 2017.

La verificación de estas fechas descarta de paso la necesidad de entrar a auscultar si es viable o no incluir el aumento del término prescriptivo por la condición de servidores públicos de los implicados deducida por las instancias, ya que sin el incremento de una tercera parte señalado en el artículo 83 del Estatuto de Penas, de todas formas la acción penal está vigente, circunstancia por la cual los reparos en ese sentido serán **inadmitidos**.

⁵ No obstante que al primer contrato le sería aplicable el Decreto-Ley 100 de 1980, considerando la fecha en que fue suscrito, ello es indiferente para el cálculo del término de prescripción en este asunto atendiendo que los artículos 80 y 144 de dicha normatividad, para tales efectos, contienen una regulación idéntica a la consignada en la Ley 599 de 2000.

⁶ Cfr. Fl. 252 c.o.

⁷ Decreto-Ley 100 de 1980, artículo 84

2.4. Valga anotar que tratándose de **MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ**, su defensor pregona que confluje a su favor para efectos de la prescripción, adicional a la rebaja del artículo 531 de la Ley 906 de 2004 -inaplicable según quedó visto-, la prevista en el artículo 30 del Código Penal, al ostentar, dice, la calidad de interviniente en el delito. No obstante, la premisa no la soporta de manera adecuada con una argumentación que devele la configuración real de esa condición, simplemente se opone a la conclusión de la judicatura que consideró que la mencionada sí fungió como servidora pública en la contratación, sin especificarse en el cargo por qué su prohijada no contaba con las calidades para incurrir en la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades por la que fue sancionada, ni las razones por las que esa situación incidía en el cálculo del término prescriptivo.

3. Nulidad

3.1 Previo a entrar en materia, ha de recordarse que la propuesta de nulidad, como motivo para atacar por vía de casación el fallo de segunda instancia, comporta los mismos niveles de exigencia inherentes a las demás causales dada su especial naturaleza, *“lo cual significa que de modo insoslayable debe especificarse la causal o motivo de nulidad*

concurrente, demostrando el carácter sustancial del vicio o la irregularidad acusados y particularmente la etapa o el momento procesal a partir de la cual se hace imperativa la anulación, explicando justificativamente las razones por las cuales no media alternativa diversa que la de invalidar lo actuado". (CSJ AP, 11 Feb 2004, Rad. 20046).

Bajo esa perspectiva, tratándose de este instituto y en virtud del principio de trascendencia que lo gobierna, no basta con señalar irregularidades o que estas efectivamente se presenten en el trámite, sino que es indispensable acreditar su incidencia de manera concreta en el quebranto de los derechos de las partes, es decir, es necesario que el actor evidencie un perjuicio real con el yerro *in procedendo* denunciado (CSJ AP, 6 Mar 2008, Rad. 25309).

3.2. Hecha esta salvedad, se tiene que en el **cargo primero subsidiario** el defensor de **JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL** invoca la invalidación de las diligencias por la ausencia de defensa técnica durante un interregno del proceso y que, en su concepto, acaeció desde la diligencia de indagatoria hasta la audiencia preparatoria. A su vez, el defensor de **MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ** depreca lo propio pero por haberse quebrantado, a su juicio, el principio de investigación integral, al no verificarse las

citas realizadas por su asistida en la diligencia de indagatoria.

Empero, ambos ataques aíslan tales coyunturas del contexto global en que transcurrió el devenir de las diligencias, quedando así sin demostración la configuración de una u otra situación en orden a plasmar la necesidad insoslayable de proceder a la invalidación. Es decir, no se evidencia de modo fidedigno la forma en que se quebrantó la garantía de defensa y contradicción o el debido proceso, respecto de los presupuestos que permitieron edificar el juicio de reproche contra los sentenciados, atendiendo que las postulaciones y los actos investigativos que se reclaman, a la postre, fueron materia de contraste por la judicatura, de manera que la ausencia de los mismos en el trámite no repercute con trascendencia en el fallo, toda vez que, aun con la nulidad deprecada, no se colige cómo variaría su orientación o estructura. Véase:

3.3. La jurisprudencia de la Sala ha sido constante al señalar que la ausencia momentánea de defensor no vicia indefectiblemente la actuación, pues ello dependerá de la afectación insubsanable de las garantías de los intervinientes o de las fases fundamentales de la instrucción o juzgamiento (CSJ SP, 20 Oct 2005, Rad. 19511; CSJ AP,

Casación 41757 Inadmite y admite
JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL y
MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ

30 Sep 2008, Rad. 29680), contexto que aquí no se avizora en tanto la no presentación de alegatos precalificatorios o de recursos contra la resolución de acusación no se ofrece determinante para truncar el ejercicio de la defensa técnica en fases ulteriores, al punto que la discusión acerca de la calidad de servidores públicos de los implicados o la documentación que reportaba la condición jurídica de Fosfonorte S.A., fueron temas ampliamente debatidos en las diligencias:

*“Sobre este aspecto fundamental cabe destacar, puesto que fue materia de inconformidad del apelante, que la calidad de servidora pública que en su momento ostentaba **MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ** como sujeto activo calificado de la conducta punible de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, se colige a partir de la naturaleza de la Empresa de Fosfatos de Norte de Santander ‘Fosfonorte S.A.’, cuya sociedad es de economía mixta y el capital pagado por el sector oficial asciende a más del 95% [...] lo que ipso facto la inhabilitaba -representante legal de la empresa en cita- para contratar, en su calidad de servidora pública, con el señor **JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL** de quien tampoco hay discusión sobre su condición de servidor público, pues para la época de los hechos fungía como Ingeniero Agrónomo en el cargo de Profesional Especializado 3010-24 del Instituto Colombiano Agropecuario -ICA-, establecimiento de carácter público del orden descentralizado”.⁸*

Nótese, entonces, que la contradicción de estos acápites fue perenne en el trámite, también el presunto error en el que incurrió **BLANCO SANDOVAL** al rubricar los contratos

⁸ Cfr. Fl. 18 y s.s sentencia de segunda instancia / Fl. 22 y s.s cuaderno Tribunal

materia de investigación, inclusive, con posterioridad a la diligencia de indagatoria, su defensor efectuó un diagnóstico de las circunstancias por las que estimaba debía precluirse la investigación⁹ retomado posteriormente en el recurso de apelación al deprecarse la emisión de fallo absolutorio, lo que denota la efectiva gestión de actividades que infirman la hipotética trasgresión significativa de la garantía.¹⁰

De esta manera, el despliegue de actos idóneos en salvaguarda de su situación enervan la procedencia de la nulidad, en tanto *“debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado o que se ha restablecido, pues ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya se surtió* (CSJ SP, 29 Ago 2002, Rad. 12300; CSJ SP, 18 Nov 2004, Rad. 20521).

3.4. Lo mismo acontece con respecto a la supuesta vulneración del principio de investigación integral, por cuanto el conocimiento que podría obtenerse de las pruebas cuya práctica se invoca por vía de la invalidación - declaración de Pio Gerardo Díaz Alvarado, del Presidente de

⁹ Con memorial de 17 de noviembre de 2004, el apoderado del mencionado hizo un estudio de la naturaleza jurídica de Fosfonorte S.A. sosteniendo que sus actos se regían por el derecho privado, que la firma fue inscrita en Cámara de Comercio *“Cosa que no se hace en las entidades del Estado”*, e hizo mención de la situación de su prohijado al suscribir los contratos. (Fl. 90 c.o)

¹⁰ Estas y otras actuaciones defensivas fueron compendiadas puntualmente en el fallo de segunda instancia (Cfr. Fl. 25 cuaderno Tribunal)

la Junta Directiva de Fosfonorte S.A. y del Director de la Cámara de Comercio de Cúcuta-, se encuentra plasmado en la foliatura con los conceptos jurídicos suscritos por el profesional del derecho en cuestión (folios 78 a 83 cuaderno original 1), la misivas allegadas por los acusados a la Contraloría Departamental de Norte de Santander donde relatan con detalle los antecedentes técnicos que motivaron la contratación (folios 30 y 209 ibídem) y el certificado de cámara de comercio de Fosfonorte S.A. (folio 65 ídem). Por ende, las pruebas invocadas serían superfluas, toda vez que no se vislumbra la novedad que reportarían de cara a los elementos de juicio obrantes en la foliatura y sobre los cuales hubo una profusa discusión.

Desde esta perspectiva, ha de anotarse que la relevancia de los medios de prueba como soporte de las diversas decisiones adoptadas por la judicatura no puede cotejarse invariablemente a partir de términos cuantitativos sino cualitativos, ya que si los elementos de juicio presentes en las diligencias permiten arribar a las mismas, resulta innecesario el acopio de probanzas fútiles en virtud del principio de libertad probatoria y ante la ausencia de un régimen de tarifa legal en tal sentido.

3.5. Por lo expuesto, ha de decirse que no hay nulidades objetivas según lo asimilan los recurrentes, porque, se insiste, para la invalidación del trámite es ineludible constatar la existencia de un perjuicio concreto que desquicie insalvablemente la estructura del proceso o haga ilusorio el ejercicio de las garantías fundamentales, postulado metodológico que brilla por su ausencia en los **cargos primeros subsidiarios** al carecer de razones suficientes e idóneas encaminadas a acreditar un contexto de ese orden, lo que conduce a su **inadmisión**.

4. Violación directa

4.1. En el **cargo tercero subsidiario** la defensa de **MURILLO RODRÍGUEZ** invoca la violación directa del artículo 7° de la Ley 600 de 2000, aduciendo que el Tribunal no aplicó el principio de *in dubio pro reo* en consideración a que los elementos de conocimiento recaudados no eran suficientes para deducir la confluencia de los elementos previstos en el artículo 232 *ibídem* para dictar condena. No obstante, las premisas elucubradas con este propósito no se acompañan con la estructura de la causal de casación en que se funda el reclamo, al abordar una polémica probatoria refractaria a las pautas que orientan la denuncia de esta modalidad de infracción, teniendo en cuenta que tratándose

de esta vía de reproche no puede discutirse la valoración de la prueba realizada por el sentenciador ni cuestionarse la declaración de los hechos consignada en el fallo, ya que la actividad del censor debe encaminarse a demostrar el yerro en que incurrió el Tribunal al seleccionar la normatividad en el caso concreto, ya bien sea por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea (CSJ AP, 13 Abr 2005, Rad. 20245; CSJ AP, 27 Oct 2005, Rad. 24200).

En ese orden, en lo concerniente a la denuncia del *in dubio pro reo*, era procedente acudir a la violación directa siempre y cuando se evidenciara que el juzgador admitió en su proveído la concurrencia de la incertidumbre probatoria, pero que pese a ello dictó condena, desconociendo la necesidad de aplicar el precepto sustantivo que asigna el efecto contrario al reconocimiento de dicha circunstancia.

Ahora, si lo que acontece es que el juez ignora la existencia razonable y manifiesta de la duda, por errar en la valoración de las pruebas, el sendero de ataque es la violación indirecta de la ley sustancial siendo imperioso especificar la naturaleza del vicio cometido, esto es, si de hecho o derecho. (CSJ AP, 9 Mar 2011, Rad. 37364; CSJ AP, 26 Oct 2011, Rad. 37634; CSJ AP, 6 May 2013, Rad. 40791, CSJ AP 2818-2014)

4.2. Al cotejar las variables esbozadas en la providencia impugnada en punto de la existencia del delito y la responsabilidad de la procesada, el *ad quem* indicó lo siguiente:

*“El dolo en esta conducta, para **MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ**, parte de su intervención voluntaria en el trámite, aprobación y celebración de los contratos de la referencia [...] a sabiendas de la condición de servidora pública que ostentaba en su momento, incluso desde la misma constitución de la sociedad de economía mixta cuyo capital social en manos del estado superaba el 90% y desde su nombramiento como Gerente en el año 2000, incumbiéndole así, como mínimo, identificar o reconocer al contratista, en este caso al señor **JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL**, tal y como corresponde de acuerdo a las reglas del manejo de bienes ajenos y como lo demuestra la experiencia acumulada de funcionarios que saben que no solo van a comprometer el patrimonio público sino también su responsabilidad personal, debiendo observar sus funciones con eficiencia e imparcialidad”.*¹¹

Entonces, ninguna perplejidad se tuvo acerca de los presupuestos normativos requeridos para proferir fallo de condena, por lo que aun cuando el libelista refiera que no controvierte la apreciación probatoria en la práctica sí lo hace, al criticar la valoración que de los elementos de convicción se realizó, los que considera “precarios”, y predicar con ahínco que no podía arribarse con fundamento

¹¹ Cfr. Fl. 19 sentencia segunda instancia / Fl. 23 cuaderno Tribunal

en los mismos a la certeza, polémica ajena a la teleología de la causal en que ampara el ataque, se insiste, y esta impropiedad conceptual derivará en su **inadmisión**.

4.3. En cuanto al **cargo segundo subsidiario** postulado por la defensa de **BLANCO SANDOVAL**, que denuncia la aplicación indebida del artículo 408 del Código Penal al contrato celebrado el 2 de mayo de 2001, por haberse suscrito en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, exhibe una situación inane por cuanto el juzgador dedujo una unidad de acción en la contratación irregular que derivó en un juicio de reproche conjunto:

“No obstante todo lo anterior, el impugnante se muestra en desacuerdo con la pena de multa impuesta a sus defendidos, aduciendo que esta se impuso con base en la Ley 599 de 2000 cuando uno de los contratos de la referencia es del año 2001 y la pena para entonces era mucho menor a la que se establece ahora, afectándose de esta manera el principio de legalidad. Al respecto, la Sala advierte que dos de los tres contratos suscitados en el presente caso fueron celebrados en vigencia de la actual ley penal, que adecuados al tipo penal de la referencia, comporta una pena de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes; luego si escindimos dichos contratos, se tiene que en efecto la pena de multa se ajusta la legalidad, pues no se trata de un concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles que permita establecer una penalidad abstracta diferente para cada uno de ellos; así que la decisión del Juez de primera instancia se halla totalmente ajustada a derecho, comoquiera que dos de esos contratos se celebraron en vigencia de la Ley 599 de 2000, si lo

que se quiere es escindir el primero de los tres contratos celebrados por los procesados, tal y como lo refiere el apelante".¹²

En consecuencia, la coyuntura puesta de manifiesto resultaría irrelevante, toda vez que aun suprimiendo las consecuencias punitivas para el contrato en mención la sanción irrogada permanecería incólume, al pervivir la punibilidad impuesta con sustento en los contratos firmados en vigencia del actual Código Penal.

Entonces, el cargo será **inadmitido** al no evidenciar la manera en que la hipótesis que postula daría lugar a modificar la declaración de justicia efectuada en la sentencia y además porque también contrae una discusión probatoria, pese a haber sido presentado por vía de la violación directa, ya que polemiza sobre la condición de servidor público de **BLANCO SANDOVAL** valorada por las instancias a partir de la documentación aportada a la foliatura.

5. Por último, en lo atinente al **cargo segundo subsidiario**, si bien acusa imprecisiones metodológicas de cara a la causal que invoca, la Corte superará sus defectos con el propósito de analizar el problema jurídico de fondo que plantea y **lo declarará ajustado a derecho**, para

¹² Cfr. Fl. 23 sentencia segunda instancia / Fl. 27 cuaderno Tribunal

garantizar la efectividad del derecho material, respetar las garantías mínimas de las personas que intervienen en la actuación, buscar la reparación de los agravios inferidos a los sujetos procesales y unificar la jurisprudencia, al tenor del artículo 206 de la Ley 600 de 2000.

Por lo anterior, se dispondrá correr traslado del mismo a la Procuraduría Delegada para la Casación Penal, en los términos previstos en el artículo 213 ibídem.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,**

R E S U E L V E

1. **INADMITIR** la demanda de casación presentada por el defensor de **JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL** y el **cargo principal** y los **cargos primero y tercero subsidiarios** de la demanda de casación formulada en nombre de **MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ.**

2. **ADMITIR** el **cargo segundo subsidiario** de la demanda de casación presentada por el defensor de **MARÍA**

Casación 41757 Inadmite y admite
JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL y
MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ

DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ. En consecuencia, córrase el traslado previsto el artículo 213 de la Ley 600 de 2000 a la Procuraduría Delegada para la Casación Penal - Reparto-, a efectos de que emita el respectivo concepto.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso

Comuníquese y cúmplase

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Presidente

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Casación 41757 Inadmite y admite
JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL y
MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ

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

Casación 41757 Inadmite y admite
JOSÉ ORLANDO BLANCO SANDOVAL y
MARÍA DEL CARMEN MURILLO RODRÍGUEZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria