



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Magistrado ponente

SP4901-2021

Radicado N° 59368.

Acta 287.

Bogotá, D.C, tres (3) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Una vez recibido el concepto del Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación, procede la Sala a decidir de fondo el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ, contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, el 10 de septiembre de 2020, mediante el cual confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa (Cundinamarca), que condenó al mencionado como autor del delito de *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*.

HECHOS

El 15 de enero de 2002 se suscribió contrato de unión temporal entre el Alcalde de San Antonio del Tequendama JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ, la Junta de Vivienda y William Garrote García, con el objeto de presentar al Inurbe el proyecto de urbanización “El Oasis” y así acceder a subsidios correspondientes a 100 viviendas del sector.

Se estableció, por una parte, como obligación a cargo del ente territorial, el compromiso de aportar \$30.850.383,25 para la ejecución de las obras de urbanismo de acueducto, alcantarillado y energía; y, por otra, se designó como constructor al arquitecto William Alberto Garrote García, quien aportaría los estudios y diseños necesarios para la ejecución del proyecto, tendría a cargo la representación legal, la administración y supervisión técnica de la obra, y se haría responsable de la ejecución de los trabajos requeridos.

El Fondo Nacional de Vivienda, mediante resolución 039 de 2003, asignó al proyecto urbanístico 68 subsidios, de los cuales se hicieron efectivos 62, por valor de \$440.634.000, cuyo desembolso se efectuó a la Fiduciaria Bogotá.

Sin embargo, del proyecto se terminaron solo 54 viviendas, pues, las 8 restantes tuvieron graves

inconvenientes técnicos a causa de las malas condiciones del suelo.

En particular, la Fiscalía advirtió que la modalidad de contratación no se ajustó a los parámetros legales, toda vez que JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ no revisó la idoneidad y experiencia de la parte con la que se unía temporalmente, acorde con los requisitos que para tal efecto establece la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 24 de octubre de 2006 la Fiscalía Quinta Delegada de la Unidad Nacional Anticorrupción, dispuso la apertura de la investigación previa.

La vinculación de JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ se produjo mediante indagatoria realizada el 7 de febrero de 2008; la de Mauricio Cuervo Ángel se efectuó el 25 de febrero de 2008; y la de William Alberto Garrote García tuvo lugar el 21 de abril siguiente.

En resolución del 15 de junio de 2011, la Fiscalía Quinta Delegada de la Unidad Nacional Anticorrupción consideró que no era posible investigar bajo una misma cuerda procesal todas las irregularidades relacionadas con proyectos de vivienda de interés social atribuidas a William

Alberto Garrote García y Mauricio Cuervo Ángel, en la medida en que fueron cometidas en diferentes municipios de Cundinamarca y los dineros involucrados provenían de distintas fuentes.

En consecuencia, luego de asignar otros números radicados a las diferentes urbanizaciones involucradas –mediante resolución 045 de 2011–, se aclaró que el originario del presente asunto es el N° 2405, correspondiente a la urbanización El Oasis, ubicada en el Municipio de San Antonio del Tequendama, Cundinamarca.

La resolución de situación jurídica tuvo lugar el 26 de octubre de 2011; se definió sin imposición de medida de aseguramiento en relación con los tres investigados¹.

El 30 de noviembre de 2012, se dispuso el cierre del ciclo instructivo y el 28 de octubre de 2013, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ y William Alberto Garrote García, en calidad de autor e interviniente, respectivamente, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

¹ William Alberto Garrote García por los delitos de estafa agravada, abuso de confianza calificado y contrato sin cumplimientos de requisitos legales; Mauricio Cuervo Ángel por los delitos de estafa agravada y abuso de confianza calificado y JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ por los delitos de estafa agravada y contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

En la misma providencia se precluyó la investigación, en favor de los sindicados, por los delitos de estafa agravada, abuso de confianza calificado y falsedad en documento privado, decisión que, al ser recurrida en reposición, fue confirmada el 20 de enero de 2014.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso se repartió al Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, el 11 de septiembre de 2014, por lo que se dispuso el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

Invocando el factor territorial, el 10 de octubre de 2014 la defensa solicitó la remisión del expediente a los juzgados de esa categoría y especialidad de Soacha, petición resuelta favorablemente a sus intereses el 10 de octubre siguiente.

El Juzgado Penal del Circuito de La Mesa (Cundinamarca)² avocó conocimiento de la actuación el 13 de abril de 2015.

² Conforme a lo dispuesto en el Acuerdo PSAA09-6352 del 20 de noviembre de 2009, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura: “ARTÍCULO PRIMERO.- Segregar a partir del primero (1º) de diciembre de 2009, del Circuito Judicial de Soacha, Distrito Judicial de Cundinamarca, los municipios de El Colegio y San Antonio del Tequendama y adscribirlos al Circuito Judicial de La Mesa, Distrito Judicial de Cundinamarca.

ARTÍCULO SEGUNDO.- El Circuito Judicial de Soacha, Distrito Judicial de Cundinamarca tendrá la siguiente comprensión territorial:

SOACHA

GRANADA

SIBATÉ

ARTÍCULO TERCERO.- El Circuito Judicial de La Mesa, Distrito Judicial de Cundinamarca tendrá la siguiente comprensión territorial:

LA MESA

ANAPOIMA

APULO

TENA

EL COLEGIO

SAN ANTONIO DEL TEQUENDAMA”.

El 30 de julio siguiente se surtió la audiencia preparatoria. El Juez de instancia resolvió las solicitudes probatorias elevadas por los defensores; se pronunció sobre la solicitud de prescripción de la acción penal impetrada por la defensa de William Alberto Garrote García, en sentido contrario a sus interese; y, negó la solicitud de nulidad promovida también por el representante judicial de Garrote García; decisión que al ser apelada por ese mismo abogado, fue revocada por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 17 de mayo de 2016, para, en su lugar, declarar la prescripción de la acción penal en favor de los dos encausados.

Contra esa determinación el fiscal promovió recurso de reposición, resuelto el 17 de agosto de 2016, por lo que el Juez Colegiado decidió reponer parcialmente lo decidido y continuar con el ejercicio de la acción penal únicamente en relación con JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ.

Los días 18 y 19 de febrero de 2016, 30 de enero y 26 de abril de 2017, se evacuó la audiencia pública de juzgamiento.

El 14 de diciembre de 2017, se emitió la sentencia de primer grado a través de la cual se condenó a JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ como autor penalmente responsable del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. En consecuencia, le fue impuesta la pena de 48 meses de prisión

y negada la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria.

El 10 de septiembre de 2020, el Tribunal Superior de Cundinamarca se pronunció en relación con la apelación de la defensa, en el sentido de revocar parcialmente el numeral 2º del fallo condenatorio, a efectos de conceder a JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ, el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria. En lo demás, se confirmó el fallo de primera instancia.

Oportunamente el defensor del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue estudiada en su aspecto formal y admitida en un cargo por esta Corporación, el 28 de julio de 2021. En consecuencia, se surtió el correspondiente traslado al Ministerio Público; el 6 de septiembre siguiente, el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal allegó su concepto, en el cual depreca no casar el fallo confutado en lo que guarda relación con el único cargo admitido.

LA DEMANDA

Como ya se advirtió que la Colegiatura dispuso mediante auto del 28 de julio de la presente anualidad, la admisión de un solo cargo, será sintetizada la demanda únicamente respecto de este.

En tal cometido, se tiene que el recurrente propuso nulidad por vicio de estructura. En sustento del reparo, al amparo de la causal 3^a del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el libelista acusó la violación del artículo 29 Superior por lesión de las bases fundamentales del juzgamiento, cuya trascendencia, considerada desde tal perspectiva, no supone acreditar un perjuicio en concreto para los sujetos procesales, tal cual anotó.

Vinculó el vicio al contenido del proveído de agosto 17 de 2016, emanado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, a través del cual la Corporación repuso la decisión que adoptó en sede de segunda instancia, relacionada con la declaratoria de prescripción de la acción penal solicitada “*inclusive desde el traslado del artículo 400, cuando las distintas defensas invocaron de manera previa a la audiencia preparatoria la existencia de la figura de la prescripción, punto este que fue expresamente afrontado por el Juez Penal del Circuito de La Mesa en el desarrollo de la audiencia preparatoria, siendo despachado de manera desfavorable a los intereses de los procesados, de ahí que se haya recurrido de manera expresa para que fuese resuelto en segunda instancia por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca*”.

En dicho sentido, postuló dos interrogantes:

“(i) ¿la decisión de segunda instancia que revocó de manera expresa una apelación presentada en torno a la prescripción de la acción penal es susceptible de recurso de reposición?”

Si la respuesta es negativa, destacó *“(ii) ¿se afecta la estructura del proceso cuando se concede un recurso inviable jurídicamente ante una decisión que ponía fin al proceso penal con efectos de cosa juzgada?”*³.

Para responder los cuestionamientos se refirió al artículo 189 de la Ley 600 del 2000, de cuyo contenido verificó que el recurso de reposición procede, entre otras, contra las decisiones que declaran la prescripción de la acción o de la pena en segunda instancia, únicamente cuando ello no fuere objeto del recurso.

A partir de tal entendimiento, precisó, en el caso concreto la competencia del Tribunal se habilitó con ocasión de la apelación propuesta por la defensa respecto de la negativa del a quo de acceder a la declaratoria de prescripción de la acción penal, razón por la cual no se encontraba autorizado para decidir sobre recurso alguno elevado contra la determinación adoptada en sede de segunda instancia, esto es, no podía reponer su propia decisión, favorable a los intereses de la defensa, por cuanto, la premisa normativa en cita no lo permitía.

³ Folios 11 y 12. Cuaderno #13 Tribunal. Demanda de casación.

Lo anterior, porque la decisión de segunda instancia, fechada el 17 de mayo de 2016, que revocó la del Juzgado Penal del Circuito de La Mesa, proferida, a su vez, el 30 de junio de 2015, no corresponde a un acto oficioso del superior, sino que resuelve, precisamente, el recurso de apelación interpuesto por la defensa.

En este punto, consideró aberrante la solución jurídica propuesta por el Tribunal para corregir el yerro sobre el cómputo de términos efectuado. En efecto, adujo, de aceptarse hipotéticamente que hubo un error en el conteo realizado en la decisión del 17 de mayo de 2016, el remedio no podía pasar por habilitar un recurso inexistente, sino declarar, oficiosamente, nula la actuación, para así posibilitar la promoción del recurso de alzada, opción que se eliminó al proceder en la forma ya conocida.

En ese orden, luego de aludir a los principios que gobiernan las nulidades y alegar su cumplimiento en el caso concreto, concluyó que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Con base en lo expuesto, solicitó casar la sentencia y decretar la nulidad de lo actuado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 207 de la ley 600 de 2000.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Colegiatura solicita no casar el fallo, de conformidad con los siguientes argumentos:

Reconoció que en curso de la audiencia preparatoria se propuso una causal de preclusión de la actuación, concretamente, por prescripción de la acción penal; no obstante, la solicitud se efectuó en favor de uno de los procesados, distinto de MORENO JIMÉNEZ, estableciéndose una relación jurídico procesal que prosperó al ser revocada la decisión de primera instancia que había negado dicha solicitud.

Agregó cómo, además de lo anterior, de manera oficiosa, dado que no había sido objeto del recurso y en procura de actualizar el derecho a la igualdad, la decisión favorable se hizo extensiva en sus efectos a MORENO JIMÉNEZ, respecto de quien se erigía, esa determinación, en un primer pronunciamiento, adoptado en sede de segunda instancia, sobre la prescripción de la acción penal.

El Delegado destacó que el Tribunal resolvió el recurso de apelación propuesto, sólo con respecto al contratista interveniente William Garrote García; empero, por “*efecto de rebote*” los efectos de la decisión se hicieron extensivos al

procesado MORENO JIMÉNEZ, esto es, de manera oficiosa, insistió, más no por razón derivada de manera directa del recurso interpuesto.

En ese orden, la decisión adoptada por el Tribunal respecto de MORENO JIMÉNEZ, a diferencia de lo pregonado en relación con Garrote García, constituyó un primer pronunciamiento sobre la prescripción de la acción penal.

Conforme a lo anterior, concluyó, con base en el artículo 189 de la Ley 600 de 2000, era válido, desde el punto de vista procesal, que la Fiscalía interpusiera el recurso de reposición contra el auto en que se reconoció, por primera vez, la prescripción en favor de MORENO JIMÉNEZ, tal como lo entendió el Tribunal al resolverlo, mediante auto signado 17 de agosto de 2016, a través del cual repuso la determinación, revocándola.

Adicionalmente, expuso la diferencia fáctica predictable entre Garrote García y MORENO JIMÉNEZ, para colegir la distinción jurídica entre ambos sujetos en punto de los alcances de la imputación. En efecto, el tratamiento otorgado al primero, agregó, fue el de contratista interveniente, para quien se prevé una respuesta punitiva diversa de la contemplada respecto del autor de la conducta de celebración indebida de contratos.

Así las cosas, la determinación asumida por el Tribunal, cuando admitió el error matemático en que incurrió al adoptar la decisión que por esta vía se censura, consulta criterios de justicia aplicables al asunto concreto.

Con fundamento en lo mencionado, esto es, al descartar alteración grave del debido proceso o cualquier otra situación constitutiva de vulneración de garantías fundamentales en cabeza del procesado, solicitó no casar el fallo censurado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el cargo admitido esencialmente se sostiene que las bases estructurales del proceso se socavan de manera grave cuando se revoca una decisión favorable a los intereses del procesado, con efectos de cosa juzgada, a través de un recurso procesal inadmisible.

Al instrumento conceptual y normativo que permite proteger y hacer efectivos los derechos y garantías fundamentales en los procedimientos judiciales, se le ha conocido como debido proceso, cuya estructura compleja se representa en un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria⁴.

⁴ C – 475 de 1997.

Esta limitación para el Estado y garantía para la persona, se detalla en el artículo 29 Constitucional, que dispone: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”.

Aquí, son dignos de destacar los siguientes aspectos: *(i)* el debido proceso se aplica a las actuaciones judiciales y administrativas; *(ii)* su contenido implica garantías tales como el principio de legalidad, el principio del juez natural, la plenitud de las formas propias del juicio, el derecho a la favorabilidad penal, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a un debido proceso sin dilaciones, el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, el derecho a la impugnación, la garantía de la cosa juzgada y; *(iii)* es nula de pleno derecho la prueba obtenida contrariando el debido proceso.

La Corte Constitucional ha definido el derecho al debido proceso como “*el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incursa en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia*”.⁵

Ahora bien, para asegurar la vigencia y eficacia del debido proceso, el legislador previó la institución jurídica de las nulidades procesales, que sanciona las irregularidades

⁵ C - 341 de 2014

presentadas en el marco del proceso y, atendiendo a su gravedad, obliga a que de manera excepcional se invaliden las actuaciones afectadas.

Su declaración opera como un control constitucional y legal que garantiza la validez de la actuación procesal y asegura a las partes el derecho fundamental al debido proceso.

Es necesario señalar que la Ley 600 de 2000, aplicable al caso, prevé los motivos de nulidad y dispone que solo procede por: *(i)* falta de competencia del funcionario judicial; *(ii)* comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y; *(iii)* violación del derecho de defensa⁶.

Como lo ha precisado la Sala⁷, el ordenamiento procesal tiene dispuesto que ante la presencia de graves irregularidades sucedidas en el curso de la actuación procesal, el régimen de las nulidades se erige en bastión destinado a invalidar de manera excepcional la actuación, cuando la trascendencia de la materia afectada impide proseguir con la actuación respectiva. En consecuencia, la nulidad no deriva del solo interés de la ley, sino que es necesario que la irregularidad sustancial afecte garantías de

⁶ Artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

⁷ CSJ AP 27 Sept 2019. Rad. 55388.

los sujetos procesales o que socave las bases fundamentales del juicio, para que proceda su declaratoria.

La legislación en cita también reglamenta la oportunidad para proponer la invalidez, los aspectos formales que debe cumplir la solicitud y los principios que las rigen, entre ellos, los de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, trascendencia y residualidad, con los que se busca limitar la tendencia a invalidar el trámite procesal por la sola existencia de la irregularidad.

Estos principios, que no se vislumbran desconocidos para el censor, han sido definidos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, de la siguiente manera: *Taxatividad*: significa que solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley. *Acreditación*: que quien la alega debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya. *Protección*: la nulidad no puede ser invocada por quien ha coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular. *Convalidación*: la nulidad puede enmendarse por el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado. *Instrumentalidad*: la nulidad no procede cuando el acto irregular ha cumplido la finalidad para la cual estaba destinado. *Trascendencia*: quien la alegue debe demostrar que afectó una garantía fundamental o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. *Residualidad*: solo procede

cuando no existe otro medio procesal para subsanar el acto irregular⁸.

De acuerdo con lo anterior, quien invoque una de las causales taxativamente reguladas en la ley, debe hacerlo cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 309⁹ de la Ley 600 de 2000, en armonía con los principios anteriormente definidos, contenidos en el artículo 310-2¹⁰.

Como se anticipó líneas arriba, en el caso concreto el defensor describe la presunta vulneración de la garantía al debido proceso, fundado en el desconocimiento del alcance y aplicación del artículo 189 de la Ley 600 de 2000. En ese contexto se decidirá la petición del letrado.

El artículo 187 de la Ley 600 de 2000, establece: *“Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes. La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la*

⁸ CSJ SP, 25 mayo 2000. Rad. 12781; AP, 9 jun. 2008, Rad. 29092 y; SP, 3 feb. 2016, Rad. 43356; entre otras.

⁹ “El sujeto procesal que alegue una nulidad, deberá determinar la causal que invoca, las razones en que se funda y no podrá formular una nueva, sino por causal diferente o por hechos posteriores, salvo en la casación”.

¹⁰ “Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación (...) 2. Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”.

acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente”.

Por su parte, el canon 189 del mismo Código, señala: “*Salvo las excepciones legales, el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse, contra las interlocutorias de primera o única instancia y contra las que declaran la prescripción de la acción o de la pena en segunda instancia cuando ello no fuere objeto del recurso”.*

Se desprende de dichas disposiciones que, por regla general, no es procedente el recurso de reposición en segunda instancia.

Para el caso concreto, se discute si la providencia emitida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 17 de mayo de 2016, puede entenderse como una determinación de segunda instancia respecto de JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ, al *decidir* sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa de William Garrote García, y, en ese orden, colegir si era improcedente darle trámite a la reposición interpuesta por la Fiscalía.

Punto de partida para la determinación a adoptar, es la consideración que al proceso penal fueron vinculados tres sujetos, entre los cuales se menciona a William Alberto Garrote García y JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ.

Ambos suscribieron, el 15 de enero de 2002, el contrato de unión temporal “*El Oasis*”, vinculado factualmente al punible consagrado en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000; el primero como particular -*extraneus*- y el segundo en calidad de Alcalde de San Antonio de Tequendama -*intraneus*-.

La Sala no controvierte, porque es obvio, que la competencia del juez colegiado se activó por causa del recurso de apelación promovido respecto de la decisión adoptada el 30 de junio de 2015 por el Juzgado Penal del Circuito de la Mesa, Cundinamarca, que examinó la prescripción planteada por el otro acusado

Desde esa perspectiva, mal podría sostenerse que el tópico relacionado con la prescripción de la acción penal, en términos generales, era un aspecto novedoso, oficioso y de cualquier forma ajeno a la controversia previa de los sujetos procesales, pues, es claro que no es así.

Ahora bien, en la decisión del juzgado de primera instancia, emitida en curso de la audiencia preparatoria celebrada el 30 de julio de 2015, se sostuvo:

(...) para efectos de resolver la inquietud planteada por el defensor de confianza del procesado WILLIAM ALBERTO GARROTE GARCÍA (...) desacertado resulta predicar la prescripción del ejercicio de la acción penal, pues desde la fecha de presentación de la denuncia, que se equipara a la fecha en que se presentó el incumplimiento por parte del contratista – WILLIAM ALBERTO GARROTE GARCÍA – en la terminación del proyecto de vivienda de interés social “El Oasis” y la fecha en que

cobró ejecutoria la resolución de acusación – 10 de febrero de 2014 –, solo han transcurrido siete (7) años, seis (6) meses y diez (10) días, término muy por debajo del máximo contemplado para la prescripción de la acción penal, que para el caso del procesado WILLIAM ALBERTO GARROTE GARCÍA, quien fue llamado a juicio en calidad de interviniente, es de nueve (9) años de prisión, razón por la cual resulta acertado negar la petición realizada por la defensa del procesado¹¹. Subraya propia.

En esa oportunidad, cabe destacar, el juzgado de primera instancia no emitió pronunciamiento, así fuese accesorio, respecto de JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ, relacionado con causales de extinción de la acción penal, no solo, porque no fue elevada petición alguna por parte de la defensa técnica o material del procesado en tal sentido, sino en atención a que tampoco esta parte exteriorizó la interposición de recursos frente a lo decidido, en calidad de no recurrente.

Por supuesto, la intervención de Fiscalía y Ministerio Público en esa misma calidad – no recurrentes –, estuvo focalizada exclusivamente en la situación jurídica del interviniente Garrote García y de ninguna manera en la de MORENO JIMÉNEZ, por la misma elemental razón ya mencionada.

A su vez, el Tribunal sostuvo en la decisión ya referida, lo siguiente:

¹¹ Cfr. Pág. 42. Cuaderno original Tribunal #5.

Resulta necesario hacer alusión en punto a la situación jurídica de JOSE GABRIEL MORENO JIMÉNEZ, quien también se encuentra vinculado dentro de la presente causa, siéndole endilgada la comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de autor conforme lo contenido en la resolución de acusación, dado que la declaratoria de prescripción de la acción penal también irradia efectos sobre aquél, pese a que su defensor no haya solicitado tal figura, lo cual se traduce en la protección del principio constitucional de la igualdad¹².

Al punto, la Sala debe precisar que, si bien, el recurso de apelación le permite al ad quem revisar los aspectos impugnados y extender la decisión a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de los mismos, no significa ello que el alcance de la expresión habilite al funcionario que decide, a extender, sin más, automáticamente los efectos de una figura jurídica a otros sindicados que no se hallan en la misma situación fáctica, invocando aplicación del principio de igualdad.

En efecto, la igualdad, como derecho y principio, solo puede predicarse de la relación que exista entre sujetos y situaciones, de las cuales sea válido hallar un término de comparación. Sin embargo, en este asunto no se puede establecer semejanza alguna y menos identidad en relación con los sujetos vinculados al proceso penal, situación que de plano descartaba la posibilidad de extender los efectos de la prescripción declarada por el Tribunal en favor de William

¹² Cfr. Pág 29. Cuaderno original Tribunal #4.

Alberto Garrote García, a JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ.

La diferencia entre sujetos calificados y no calificados en tipos penales especiales, como los que corresponden a los atentados contra la administración pública, se justifica en atención a los diferentes deberes jurídicos que poseen los servidores públicos, así como los poderes que ostentan frente a un bien jurídico determinado y la confianza pública que recae sobre ellos; presupuestos que suponen un mayor reproche penal, en tratándose de su actuar ilícito.

Ha dicho esta Corporación, en ese sentido:

Si el servidor público y el particular se ponen de acuerdo para delinquir (...) el servidor público es autor y el particular interviente. La sanción penal para ellos no es ni puede ser la misma, toda vez que el contenido de injusto (desvalor de acción más desvalor de resultado) y culpabilidad (juicio de reproche), son disímiles porque dimanan de diversos factores. (...) El servidor público tiene especiales deberes de sujeción, impuestos por la Constitución Política y la ley, que permiten exigirle un comportamiento más arraigado a derecho¹³.

La precisión es útil para definir de manera contundente, que el pronunciamiento sobre la prescripción efectuado por el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa en relación con William Garrote, fue del todo ajeno a su compañero de designio criminal y, en consecuencia, la

¹³ CSJ SP 17 Sept 2008. Rad. 26410.

prescripción que con evidente dislate declaró el Tribunal Superior de Cundinamarca en relación con JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ, no fue una decisión que pueda interpretarse adoptada en segunda instancia, o, en otros términos, mal puede sostenerse que fuese el objeto del recurso, se reitera, respecto de la situación del servidor público MORENO JIMÉNEZ, por cuanto respecto de él ninguna discusión sobre el conteo punitivo para efectos de prescripción, se propició ante el Juzgado a quo.

Es necesario reiterar, en este punto, que lo decidido por el Ad quem en segunda instancia, no implicaba, ni en lo jurídico, ni en lo fáctico, una aplicación acrítica u obligada de los efectos de la prescripción, pues, la extensión al otro procesado implicaba necesario un examen particular de sus circunstancias personales, vale decir, el estudio fáctico y jurídico no efectuado, porque no le correspondía, por el A quo, aspecto que revela innegable el carácter novedoso de lo resuelto en sede formal de segunda instancia.

Así las cosas, emergió palmario el sorprendimiento a la Fiscalía con la decisión que emitió el Tribunal respecto de MORENO JIMÉNEZ, de declarar extinta la acción penal por prescripción, en tanto, ello no fue objeto de pronunciamiento por parte del Juzgado de primera instancia, que se limitó a analizar la situación punitiva de William Alberto Garrote García como interveniente; es decir, desde ninguna perspectiva se pronunció sobre la situación de MORENO

JIMÉNEZ en relación con el aumento del término prescriptivo derivado de la calidad de servidor público, conforme lo dispone el artículo 83 de la Ley 599 de 2000.

Es ello lo que explica la razón por la cual la Fiscalía, en el traslado como no recurrente ante el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa, sólo se refirió a la situación del interveniente William Garrote, pues, de haberse propuesto la misma petición de prescripción respecto de éste, la Fiscalía hubiese tenido el derecho y la posibilidad de advertir sobre la calidad de servidor público, que impedía declarar el acaecimiento del fenómeno extintivo de la acción penal.

En contraste, la primera oportunidad que encontró la representante del órgano de investigación penal para efectuar tal advertencia, ocurrió cuando el Tribunal emitió el pronunciamiento sobre el tópico, al decidir la apelación de la defensa de Garrote García.

Huelga señalar que por virtud del necesario debate dialéctico que surge de la solicitud planteada por una parte y la posibilidad de controversia de la otra, en el caso examinado el Tribunal cercenó derechos concretos de la Fiscalía, cuando decidió sin conocer su postura al respecto.

Por esa razón, en un plano estrictamente material de protección de derechos conculcados, debía hallarse una solución que sin muchos traumatismos restañara el daño

causado, por lo cual surge viable y perfectamente aplicable al caso la posibilidad de acudir a la interposición del recurso de reposición contra esa determinación, en tanto, se advirtió el error jurídico del Tribunal al extinguir la acción penal en favor de MORENO JIMÉNEZ, sin que en verdad se verificara el cumplimiento del término máximo de la pena fijada en la ley, contabilizado de conformidad con el aumento dispuesto por ostentar la calidad de servidor público.

En este sentido, para responder al argumento estrictamente formal del aquí recurrente, carece de sentido acudir a un remedio mucho más traumático, la nulidad, que obligaba retraer el trámite a un estadio anterior, cuando, finalmente, la solución habría sido la misma, esto es, dejar sin efecto la terminación del proceso basada en una inexistente prescripción.

Sobre el particular, es igualmente importante tener en cuenta el principio de la naturaleza residual o medida extrema, es decir, que la nulidad sólo puede decretarse cuando no existe otro mecanismo procesal para atemperar el rigor de la irregularidad.

Las irregularidades sustanciales del proceso muchas veces se corrigen rehaciendo la actuación; sin embargo,

existe la excepción respecto de circunstancias en las cuales el desvío, por grave que parezca, puede remediararse o subsanarse a través de medios procesales que no impliquen el retorno a períodos fundamentales ya superados. Sobre este particular ha dicho la Corte:

La nulidad consecuencia del principio de legalidad del proceso, busca establecer la intangibilidad de las formas propias de cada juicio, por ser éstas el marco dentro del cual puede ejercer el Estado su derecho de sancionar, y por cuanto constituyen la garantía de la persona respecto a la salvaguarda de su libertad y del aseguramiento de oportunidades y medios idóneos para su defensa. Cuando estos objetivos no se concullan, o el vicio alcanza apenas la categoría de irregularidad o existe otro remedio procesal al cual se pueda acudir para dar piso legal a la actuación, debe prescindirse de decretar la nulidad¹⁴.

Lo procedente, dado que en su decisión el Tribunal examinó tópicos no discutidos por la parte afectada, era darle trámite al recurso de reposición, en tanto, idóneo como mecanismo procesal para remediar el yerro detectado.

Es que, destaca la Corte, en la solución del asunto no puede perderse de vista que, finalmente, el afectado con el trámite no lo fue, ni lo es, el procesado o la defensa, sino específicamente la Fiscalía, ente al cual se le ofreció, por virtud de la vulneración de su condición procesal, que

¹⁴ CSJ SP, 20 Jun 2018. Rad. 45098

pudiera controvertir la decisión oficiosa e inconsulta, en procura de lo cual le fue permitido interponer el recurso de reposición, mismo que emergió efectivo, razón suficiente para estimar que el acto cumplió su cometido, en seguimiento del principio de instrumentalidad arriba reseñado.

En síntesis, de lo anteriormente expuesto se concluye que:

(i) la solicitud de prescripción la realizó la defensa de William Alberto Garrote García exclusivamente, (ii) la decisión que al respecto adoptó el Juzgado de primera instancia, no cobijaba a JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ, (iii) la situación jurídica de los procesados era del todo desigual, por virtud de las calidades personales de cada uno de ellos, por lo que las determinaciones adoptadas respecto de uno no podían extenderse en relación con el otro, (iv) la petición de prescripción fue denegada y contra la misma se promovieron los recursos de reposición y apelación, por cuenta del mismo sujeto procesal, (v) la defensa de MORENO JIMÉNEZ no consideró que la acción penal se hallaba prescrita en relación con su prohijado, en tanto, no elevó solicitud en ese sentido ni intervino en la decisión de primera instancia que la negaba respecto de Garrote García, (vi) el Tribunal Superior de Cundinamarca revocó la decisión de primera instancia y extendió los efectos de la prescripción al sindicado MORENO JIMÉNEZ,

invocando un principio inaplicable para el efecto, (vii) el Tribunal, en decisión del 17 de agosto de 2016, repuso su determinación y ordenó seguir el trámite en relación con MORENO JIMÉNEZ y, (viii) el prenombrado, al no ser recurrente respecto de la decisión del Juzgado Penal del Circuito de La Mesa, Cundinamarca, no le era aplicable el primer inciso del artículo 189 de la Ley 600 de 2000; en consecuencia, el recurso de reposición interpuesto por la Fiscalía y decidido por el Tribunal, resultó adecuado y suficiente para remediar el evidente yerro del A quo.

De acuerdo con las razones precedentes, al igual que lo consideró el Delegado del Ministerio Público, encuentra la Sala que el cargo propuesto por la defensa no debe prosperar.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo de condena proferido contra JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ.

CUI 25386310400120150002301
Casación N° 59368
JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



GERSON CHAVERRA CASTRO

Impedido
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

CUI 25386310400120150002301
Casación N° 59368
JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

HUGO QUINTERO BERNATE

I m p e d i d a
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

CUI 25386310400120150002301
Casación N° 59368
JOSÉ GABRIEL MORENO JIMÉNEZ

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria