

NULIDAD-Técnica en casación/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

4 1.- Múltiples pronunciamientos irrigan la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que la causal tercera de casación, por simple que sea su enunciado legal, no se sustrae a la técnica del recurso; la censura en este orden no es de libre formulación, pues, quien pretenda su reconocimiento, debe fundamentar y demostrar la razón de su planteamiento, lo que significa indicar la existencia de las irregularidades sustanciales y la manera como éstas afectan la estructura del proceso, o decir de qué manera se han afectado las garantías de los sujetos procesales o se ha faltado a la competencia, que es en lo que consiste el principio de trascendencia expresamente recibido en el numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

2.- Pacífica ha sido la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que al optar el casacionista por el quebrantamiento directo de la ley sustancial, debe prescindir del debate probatorio, pues se supone que admite los hechos tal como los consideró demostrados el fallador, para trasladar la controversia al campo inmediatamente legal, bien porque hubo un error de diagnosis o de sentido, ora por exclusión evidente de la norma. Pero se advierte que el casacionista abandonó el plano de lo estrictamente jurídico para elaborar proposiciones que lo colocaron de manera indudable en la violación indirecta de la norma sustancial, planteamientos contradictorios que no permiten la prosperidad del cargo.

PROCESO No. 10977

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 120

Santafé de Bogotá, D. C., siete de octubre de mil novecientos noventa y siete.

VISTOS

Habilitado por la norma procesal penal, el defensor del procesado NORBERTO RUIZ SANABRIA interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma localidad, por medio de la cual lo halló responsable como coautor del punible de peculado en concurso homogéneo, sancionándolo con cinco (5) años de prisión, multa de ciento cincuenta mil (\$ 150.000.00) pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual al señalado para la privativa de la libertad, como penas principales. Sobre esta impugnación decide ahora la Corte.

A pesar del contenido igualmente desfavorable, no recurrieron la decisión los coprocesados JOSÉ RUBÉN SÁNCHEZ SÁNCHEZ y GILBERTO MORENO VELASCO, a quienes se les condenó respectivamente a las sanciones principales de 32 y 26 meses de prisión, multas de setenta y cinco mil (\$ 75.000.00) y veinte mil pesos (\$ 20.000.00) e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al dispuesto como privación de la libertad.

ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la actuación procesal los narró el Tribunal así:

“De autos se infiere que el Concejo Municipal de Bolívar (Santander) asignó a la Junta de Acción Comunal de la vereda el Trapal de esa Municipalidad (sic), un auxilio de seis

millones de pesos (\$6.000.000) para la electrificación rural. El dinero fue retirado de la Tesorería por GILBERTO MORENO VELASCO, tesorero de la junta, y por JOSE RUBEN SANCHEZ SANCHEZ, auditor fiscal departamental ante aquel municipio, los cuales lo consignaron en la Caja Agraria del lugar, pero luego a instancias de NORBERTO RUIZ SANABRIA, lo convirtieron en (sic) C.D.T. No 06211 de la Caja Popular Cooperativa, oficina de Bucaramanga, el 28 de noviembre de 1988, autorizando por escrito, como titulares de dicho documento al mencionado RUIZ SANABRIA para el cobro, no solamente de los intereses, sino del capital, suma esta última que aquel retiró el 4 de diciembre de 1989. Cuando RUBEN SANCHEZ SANCHEZ firmó la autorización para la entrega de los dineros había dejado de ser auditor, no obstante ello, utilizó el sello correspondiente al cargo oficial que no ejercía desde seis meses atrás. El extravío de los dineros del auxilio fue detectado mediante visita de la contraloría Departamental.”

ACTUACION PROCESAL

El 5 de septiembre de 1990, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Bolívar, departamento de Santander, inició la correspondiente investigación y, escuchados en indagatoria los imputados Gilberto Moreno Velasco y José Rubén Sánchez Sánchez, se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva con beneficio liberatorio, a título de coautores del delito de peculado (cuaderno N° 1, fs. 10, 31, 38 y 126; cuaderno N° 2, fs. 324 y cuaderno N° 3, fs. 462).

El 17 de octubre de 1990, asumió la investigación el entonces Juzgado Tercero de Instrucción Criminal y, por medio de auto fechado el 30 de octubre siguiente, en atención a la solicitud del defensor de ambos sindicados, el instructor revocó la medida de aseguramiento vigente en contra de éstos y dispuso la libertad inmediata, bajo el impropio condicionamiento de una caución prendaria (cuaderno N° 2, fs. 263 y 272).

El 25 de junio de 1991, el juzgado investigador vinculó por medio de indagatoria al imputado Norberto Ruiz Sanabria (cuaderno N° 3, fs. 478).

Cerrada la investigación, se calificó el mérito sumarial el día 15 de junio de 1992, proveído en el cual se puso en evidencia la comisión de un delito de peculado por apropiación extensivo, hecho delictivo en el cual actuaron Ruiz Sanabria, como determinador, Moreno Velasco, como ejecutor material, y como cómplice el señor Sánchez Sánchez, quien además debía responder por el hecho punible de “uso fraudulento de sello oficial”. En la misma providencia, se proveyó de nuevo sobre la situación jurídica de los dos últimos procesados, y por primera vez se abordó la del determinador, por medio de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, pero a los tres se les tributó el beneficio de la libertad provisional (cuaderno N° 3, fs. 407 y 523).

Recurrida la decisión por el defensor del acusado Ruiz Sanabria, la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó el 9 de noviembre de 1992, pero le introdujo modificaciones, pues estimó el ad quem que se trataba del punible de peculado por apropiación cometido en concurso material y homogéneo, determinado sustancialmente por Norberto Ruiz Sanabria y cumplido materialmente por Gilberto Moreno Velasco y José Rubén Sánchez Sánchez, además de endilgarle a este último la comisión de una falsedad en documento público, conductas estructuradas en los artículos 133, inciso 2° y 138 y 220 del Código Penal, atenuada la primera por haberse operado el reintegro antes de proferirse sentencia de primera instancia, de conformidad con el inciso 2° del artículo 139 mismo ordenamiento. En relación con el acusado Sánchez Sánchez, expresamente se hizo la aclaración de que por la apropiación de los intereses respondía a título de coautor de peculado, pero en relación con la toma final de los seis millones (\$ 6.000.000.00), por cuanto ya no fungía de servidor oficial encargado de la administración de dicho caudal, apenas era inculpinable a título de cómplice de ese otro hecho punible concurrente de peculado (Cuaderno N°

4, fs. 19 y ss.).

Rituada la etapa de la causa por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, se evacuó la audiencia pública el 28 de julio de 1994 y culminó la instancia con el fallo de primer grado que antes se reseñó.

Apelado el fallo por el defensor del procesado Ruiz Sanabria, el Tribunal lo confirmó en lo que fue materia de impugnación y ordenó suprimir la expresión “y con uso fraudulento de sello oficial”, que equivocadamente, sin motivación alguna sobre el particular, se había deslizado en la parte resolutive del fallo impugnado, en relación con el acusado por el cual se acudía.

LA DEMANDA

Cuatro cargos presenta el libelista contra la sentencia, en los siguientes términos:

El primero de ellos lo argumenta al amparo de la causal tercera de casación, pues es su opinión que el fallo se ha dictado en un juicio viciado de nulidad, reproche que, en el evento de progresar, daría lugar a que la Corte casara la sentencia para decretar la nulidad a partir de la providencia fechada el 9 de noviembre de 1992, obra de la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal de Bucaramanga, por medio de la cual se decidió el recurso de apelación impetrado en contra de la resolución de acusación del 15 de junio del mismo año, proferida por el desaparecido Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, ya que el competente para proveer en segunda instancia era el Tribunal Superior y no la Unidad de Fiscalía Delegada ante dicha corporación.

Para demostrar la razón de ser de la censura, después de citar los artículos 4° y 29 de la Carta Política y 11 del Código Penal, los cuales refiere como reproducidos por los artículos 1° y 22 del Estatuto Procesal Penal, dice que el artículo 304 de esta

codificación "...consagra como causales de nulidad la falta de competencia del funcionario judicial, la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y la violación del derecho de defensa...", razones por las cuales considera que se ha producido un motivo de invalidación de la actuación procesal, pues el competente para desatar el recurso de alzada interpuesto en contra del pliego de cargos no podía ser otro organismo diferente a la Sala Penal del Tribunal de aquella ciudad, por ser el superior funcional del juez calificador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 69, numeral 1°, 203 y siguientes del Decreto 50 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), que rigió hasta el último día del mes de junio del año de 1992 y permanecía como ley vigente para el posterior rito procesal, dado que era el ordenamiento más favorable frente a la decisión que debía emitirse, pues resulta preferible que la determinación haya sido adoptada por el juez colegiado de antes (tribunal preexistente), en lugar del órgano individual que proveyó (fiscal ante tribunal).

Cuestiona la constitucionalidad del artículo 9° transitorio del Decreto 2700 de 1991, que en apariencia autorizaba a la Fiscalía para asumir el conocimiento de los procesos en trámite al momento de entrar a regir el nuevo ordenamiento procesal, siempre que no hubiera cobrado ejecutoria la resolución de acusación, por cuanto la disposición se encuentra en abierta oposición con los principios que la Carta Política consagra para la validez de las investigaciones como son los de la legalidad, del juez natural, del debido proceso, de la favorabilidad y del derecho de defensa, situación de choque que por lo fundamental de los referentes obliga al funcionario a inaplicar el precepto legal, lo que trae como resultado la incolumidad de la competencia de quien actuaba como ad quem, o sea la Sala Penal del Tribunal respectivo.

Sostiene que ninguna influencia desvirtuadora de este planteamiento tienen los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 5° del Decreto 050 de 1987, pues se trata de normas de rango legal que se oponen al artículo 29 de la [Constitución Política](#) y como tales ceden en su aplicación.

Agrega que existen otras irregularidades sustanciales "...como son la indebida calificación del reato delictivo por el cual se dicta resolución de acusación el que en ningún momento debe especificarse, individualizarse, encajarse en un artículo por su denominación concreta legal, sino citar el título y el capítulo, con todas las circunstancias, sin tipificar según orden del numeral 3° del artículo 471 del Decreto 050 de 1987 y 1° y 3° del artículo 442 del decreto 2.700 de 1991...". Por acudir a la denominación específica del artículo 133 del Código Penal, concluye el demandante, se preconditiona al fallador e irregularmente se vulnera el debido proceso y el derecho de defensa como derechos fundamentales.

Acusa también como irregularidad sustancial la intervención deficitaria, según su criterio, cumplida por el anterior acudiente judicial en la audiencia pública, pues no "...le hizo caer en cuenta al fallador que no hubo uso indebido del capital y de los otros dineros percibidos como interés...", detalle que hubiera traído como consecuencia un fallo absolutorio dada la limitante de tipicidad impuesta en la resolución de acusación, razón por la cual indudablemente se terminó por violar el derecho de defensa.

El segundo cargo lo plantea con apoyo en la causal primera y enuncia que "La sentencia objeto del recurso violó de modo directo los artículos 246, 247, 254, 294 y 445 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación, 230 de la Constitución Nacional en la misma forma y de modo directo, los artículos 23, 26, 36, 133 y 138 del Código Penal por aplicación indebida y el artículo 1° de la misma obra por falta de aplicación."

Asegura el impugnante que el Tribunal abandonó el análisis conjunto de los medios, como lo impone el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, al no estimar un sector importante de la prueba testimonial como es la constituida por la indagatoria de su asistido judicial, las versiones juradas de Mario Ruiz Vargas, Efraín Moncada Mateus, Darío González Ariza y Rubén Darío Ariza, a quienes les constaba "... la entrega o pago de los intereses por parte de Norberto Ruiz para la consecución de los materiales para la

ejecución de las obras de electrificación de la vereda de El Trapal.”

Reprocha de igual modo que la segunda instancia no se ocupara de prueba documental importante, como es la certificación de la Caja Popular Cooperativa, el título valor extendido por ésta a favor de Ruiz Sanabria y los comprobantes que acreditaban que éste había entregado el capital con sus réditos a la junta de acción comunal, los primeros días del año de 1990, antes de iniciarse la respectiva investigación penal, situación que le permitía al procesado, en el evento de una condena, acceder a la reducción de las tres cuartas partes de la sanción, pero producida ésta se le desconoció tal derecho proporcional. Dice igualmente que no fueron sopesadas las actas de dicha junta, cuyo contenido permitía probar el contrato de adquisición de materiales para la electrificación, celebrado entre su poderdante y el señor Mario Ruiz Vargas.

Estas omisiones, según el recurrente, condujeron al fallador a cometer un evidente error de hecho, al dar por probado un inexistente delito de peculado por apropiación extensivo, siendo que dichas pruebas demostraban lo contrario, esto es, que Norberto Ruiz Sanabria y los demás procesados, entre el 4 de diciembre de 1989 y los primeros días de enero de 1990, no ejecutaron ningún acto de disposición sobre los dineros de la comunidad de la vereda El Trapal. De esta manera, se propició la violación de las normas citadas al despuntar el cargo.

Como subsidiario, el libelista presenta el tercer cargo, con fundamento en la causal primera, por aplicación indebida de los artículos 23, 26, 27, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 133 y 139 del Código Penal.

El actor argumenta, como demostración del cargo, que si se aceptara la existencia del delito de peculado, no sería posible hacer otro tanto en relación al concurso de esa clase de hechos punibles, “puesto que el manejo irregular se dio a la suma de SEIS

MILLONES DE PESOS (\$ 6.000.000.00) desde el día en que se abrió la cuenta o se tomó el título: 29 de noviembre de 1988, para hacer que la suma indicada produjera frutos objeto de apropiación”. Además, no se tuvo en cuenta por el fallador que el reintegro se produjo en el mes de enero de 1990, es decir, antes de que se iniciara la investigación penal y, en el peor de los casos, la atenuación sería de las tres cuartas partes (fs. 62).

Dice que en las “consideraciones de la Sala”, el fallador no hace relación ni examen de pruebas tales como testimonios, indicios, confesión, presunciones, o algo que hubiera fundamentado la sentencia condenatoria para demostrar el hecho delictuoso y la responsabilidad. Y esto es apenas razonable, porque, si se hace análisis probatorio, sobre todo en relación con los ya citados medios de convicción y la indagatoria de Ruiz Sanabria, sin duda se habría llegado a la convicción de su inocencia. De acuerdo con los artículos 1º, 247 y 445 del C. de P. P., agrega el recurrente, se imponía la absolución.

Señala que “no se necesita hacer una exposición extensa para demostrar que el bien objeto del delito fue la suma inicial recibida y que fue reintegrada acrecida... Fue una sola acción: Tomar el dinero y ponerlo a producir y luego reintegrarlo con intereses... No hubo pluralidad de delitos de peculado” (fs. 75). Sugiere que, como los procesados no estaban obligados a capitalizar el auxilio, entonces el delito hubiese sido menos grave si ellos se guardan el capital y lo van gastando sin que produzca réditos.

Después anota que, desaparecida la pluralidad de infracciones, ha de proceder la variación de la pena en sus justos parámetros, pues el sentenciador no explicó la razón que tuvo para imponerle al determinador un quantum punitivo muy superior al del autor material, violando con ello el artículo 23 del Código Sustantivo Penal.

Además expone que el fallador aplicó indebidamente el artículo 133 del Código Penal y dejó de aplicar el artículo 61 idem, pues, de acuerdo con este último texto, debió

partir del mínimo legal, reduciéndolo en las tres cuartas partes por haberse operado el reintegro antes de la apertura de la investigación, lo que impone decrecer la sanción en cuatro años, o sea que la medida definitiva no puede superar el año de prisión, tope que permite conceder el sustituto de la condena de ejecución condicional.

Concluye que el fallador violó de manera directa la ley por aplicación indebida del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, al tener en cuenta una agravante no expresada en la resolución de acusación; por falta de aplicación del artículo 64 idem, en razón de la desestimación que hizo en la tasación de la pena de los numerales 1°, 6°, 7° y 8°, que tratan de la buena conducta previa a la ejecución del punible, de la morigeración voluntaria de las consecuencias del hecho criminoso con resarcimiento del daño y presentación espontánea ante las autoridades ; por falta de aplicación del artículo 67, omisión que lo llevó a desconocer los mínimos legales en perjuicio de Ruiz Sanabria y, finalmente, que “se violó” el artículo 68 al no concederle al sentenciado la condena de ejecución condicional, habida consideración de la pena que debió imponérsele.

Lo anterior conduce al impugnante a solicitarle a la Corte se case la sentencia y se redosifique la sanción, con el fin de imponerle al procesado una condena inferior a tres años de prisión, que además aparejaría la suspensión de su cumplimiento.

El cuarto y último cargo lo invoca por la causal segunda, debido a que en su apreciación la sentencia no se halla en consonancia con el pliego de cargos.

Después de referirse a la calificación sumarial impartida en primera y segunda instancia, dice que en ninguna de ellas se consignó circunstancia de agravación diferente a la normada en el inciso segundo del artículo 133 del Código Penal, precepto que dispone el incremento de la pena en razón de la cuantía; empero, el a quo agregó otra al momento de tasarla, yerro que en su opinión debió corregirse por el ad

quem, pero no lo hizo, lo cual repercute en la desarmonía entre las dos piezas procesales fundamentales.

En la acusación se dice que Norberto Ruiz Sanabria incurrió en un delito de peculado agravado por la cuantía y atenuado en razón del reintegro, además que la pena no superaría los tres (3) años de prisión y el acusado tendría derecho a la condena de ejecución condicional prevista en el artículo 68 del Código Penal. Sin embargo, como en la sentencia se consignaron otras agravantes y se impuso una pena superior a los tres (3) años de prisión, esta decisión final no está en consonancia con la resolución de acusación.

Además, enfatiza, que esa particular manera de imponer la punibilidad, le restó al procesado el derecho a gozar de la suspensión de la condena a la cual no se opuso la Fiscalía en la audiencia pública, por lo cual reclama una sanción que consulte el mismo rasero aplicado a los demás condenados, en cuanto todos ellos fueron juzgados por hechos cometidos en idénticas circunstancias de agravación y atenuación, identidad que hace imperar la aplicación igualitaria de los artículos 23, 61, 133, 138 y 139 del Código Penal. Ese quantum punitivo reclamado, que estima debe ser igual al merecido por Gilberto Moreno Velasco, deberá ir acompañado de la liberación de su defendido, efecto para el cual se debe casar la sentencia.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conserva en su estudio de la demanda el orden establecido por el libelista, examen que, en acatamiento a la técnica de casación, se inició por el respectivo ataque de la sentencia con fundamento en la invocación una nulidad, para sugerirle a la Corte que no se case el fallo, dado que ninguna de las causales propuestas tiene vocación de éxito. Las razones de la representación social son las siguientes:

Con respecto al cargo asentado en la causal tercera de casación, el Delegado en lo Penal le recuerda al casacionista que su proposición no se encuentra exenta de la técnica que gobierna el recurso, por ende no puede constituir una “simple exposición atropellada de ideas”, haciéndole ver que se precisa, además de su invocación, “calificar la trascendencia de la irregularidad al orden de los principios fundamentales conculcados y el señalamiento por cuenta del censor del momento a partir del cual considera, débese rehacer la actuación afectada.” Estos aspectos no fueron atendidos por el actor, prueba de ello es el desacierto de involucrar los “tres tópicos que constituyen la crítica de este cargo” en una sola formulación, puntos diferentes que debió separar en procura de obtener la claridad apropiada al fin propuesto. Para destacar la insuficiencia de la censura por vía de nulidad, el Ministerio Público cita dos de los muchos pronunciamientos de esta Corporación sobre el tema específico (marzo 3 de 1993 y 24 de enero de 1996).

A efecto de enseñar sin dubitación las falencias que hacen írrito el cargo, el Procurador se refiere, además de los defectos de técnica, a la “improsperidad sustancial” de cada uno de los ataques que en criterio del impugnante invalidarían la actuación. Se ocupa, en primer lugar, de la falta de competencia que acusa el censor con respecto al funcionario que tenía la capacidad funcional para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, cuando estando en trámite la impugnación empezó a regir un nuevo ordenamiento procesal, para resaltar su equívoco planteamiento, pues todo tránsito legislativo se caracteriza por las normas concretas que lo viabilizan tras despejar cualquier obstáculo por medio de la derogatoria expresa de las disposiciones que le sean contrarias, que en el asunto sometido a estudio implicaba dejar sin vigencia el código procesal penal anterior, incluidas las normas complementarias, para facilitar así la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, por ser su contenido de “...altísimo interés público”, característica que extiende sus efectos inclusive a los procesos en curso o pendientes.

Luego se refiere el procurador a las otras irregularidades propuestas por el censor, así:

La primera de ellas está centrada en el aspecto formal de la resolución de acusación, por hacerse de manera específica y no genérica la calificación del delito, como lo ordenaba el artículo 471, numeral 3° del C. de P. P. , pero tales señalamientos críticos "... no sólo carecen de un debido respaldo en punto de demostración de garantías procesales y principios rectores conculcados, sino que también, la irregularidad que se achaca -desde todo punto de vista formal-, fue convalidada por la defensa a lo largo de la causa, para venir a ser debatida en esta sede extraordinaria, con lo cual inexorablemente se desconoce uno de los principios que orienta el instituto, particularmente el consignado en el numeral 3° del art. 308, "convalidación de los actos irregulares". Menos posible resulta que la pregonada anomalía trascienda al plano de la vulneración del derecho a la defensa, "pues independientemente de tratarse de una irregularidad, la afectación de garantías es nula, como que indubitadamente se manejó la figura del peculado por extensión del art. 138 (entre otras razones por la calidad de los sujetos activos), a su vez remitente al art. 133 del C.P., en consideración a la apropiación de los dineros destinados al auxilio, sobre lo cual en momento alguno dentro de las fases ordinarias del proceso se levantó protesta alguna."

Sobre la segunda falla, el Procurador puntualiza que con los mismos defectos de proposición, el actor plantea una nulidad por falta de defensa técnica, falencia que dizque se consolidó en la audiencia pública, pues el acudiente judicial que le antecedió en dicho encargo, no se desempeñó adecuadamente, críticas descalificadoras que sólo corresponden a su personal criterio, carentes de fundamento objetivo por falta de respaldo en la realidad procesal, ya que el acusado gozó de manera satisfactoria de una defensa técnica que campeó a través de todo el trámite procesal.

Ocupado el Ministerio Público del segundo cargo, advierte que el accionante se mueve en el terreno de la confusión por la falta de una comprensión de la técnica del

recurso, pues si lo que pretendía era la violación directa de la ley sustancial como lo iteró a través de su desarrollo, le estaba vedado desconocer los hechos y la valoración probatoria realizada por el juzgador, por lo tanto no podía cuestionar las probanzas, porque esta manera de proceder es propia de la violación indirecta de la ley sustancial, sin que pueda la Corte con gran laxitud entender que el impugnante se refería a este tipo de ataque. Mas ni aún bajo esta óptica es posible el análisis de la censura, porque el actor no determinó, en relación con las pruebas, el tipo de error en que incurrió el sentenciador, bien por un falso juicio de existencia o de identidad y en el punto de su fundamentación tan sólo opuso su personal criterio al del fallador. Allandar libérrimamente estas falencias, significaría ignorar los principios que rigen la materia.

El tercer cargo, a juicio de la delegada, evidencia de igual manera fallas de técnica, así se haya planteado de manera subsidiaria, pues resulta evidente “la desinformación del casacionista en torno a su procedencia, lo que se explica en el hecho de haberse ventilado y demostrado con fundamento en la causal primera, cuerpo primero, con similares falencias a las anotadas en el capítulo precedente”. Estos defectos no pueden ser salvados por interpretación oficiosa de la demanda, pues así lo impide el principio de limitación que rige el recurso.

El errado desarrollo de la causal se hace palpable en la manera como se aproximó a la crítica del concurso de punibles, pues “...el casacionista debate sobre la forma de ocurrencia de los hechos, bajo consideraciones hipotéticas, contrarias a las advertidas por el Tribunal y en el fallo de primer grado, para llegar a conclusiones particulares no cercanas al objetivo de legalidad a estudiarse en la sede extraordinaria”. Este método de discrepancias fácticas para renegar del concurso de hechos punibles contra la administración pública, “implicaría una controversia al amparo de la vía por violación indirecta y no directa que es la que emprende en este cargo que denomina subsidiario”.

Al mismo cuadro de inconsecuencia corresponde la distorsión fáctica en la que

incurrió el censor, cuando argumenta que se trata de una sola acción porque lo que realmente se ejecutó fue tomar el dinero, colocarlo a rendir frutos para después reintegrarlo, pues esa no fue la forma como el Tribunal halló probados los hechos, por cuanto la estructura del concurso sucesivo y homogéneo de peculado surge a partir de la apropiación de los intereses que se cumplió desde el segundo mes de suscrito el certificado de depósito a término

-hecho que está demostrado en el proceso-, lo que hizo el procesado Norberto Ruiz Sanabria mediante la autorización de Sánchez Sánchez y Moreno Velasco.

Agrega el Procurador, que el reintegro del objeto material del delito no se discute al interior de las categorías delictivas, pues es un factor de incidencia en la medida de la sanción, que en orden a la claridad se reconoció en la sentencia, sin que resulte viable ingresar a una nueva dosificación únicamente en aras de obtener el subrogado de la condena de ejecución condicional, máxime que tal devolución se produjo tras haberse impulsado la investigación judicial.

Se evidencia en esta propuesta, al igual que en las anteriores, el desconocimiento fatal del sentido y alcance de la causal que se invoca, defecto que no puede superarse sin correr el riesgo de que la Delegada y la Corte le enmienden oficiosamente la plana a la demanda.

Este cargo también debe desecharse.

Con respecto al último cargo, la conclusión del Ministerio Público no es diferente a la de las ausencias técnicas antes advertidas, porque el censor invoca la incongruencia de la sentencia con la resolución acusatoria, pero no especifica la agravante que motivó el presunto desequilibrio, lo cual significa que su expresión fue incompleta, al omitirse la indicación clara y precisa no sólo de la trascendencia del error, sino del objetivo de su señalamiento.

No obstante lo anterior, el Ministerio Público apreció prudente ocuparse del tema que se vislumbra en el escrito, para resaltar que el obstáculo a la aplicación del mínimo legal de la pena aparecía debidamente tratado por las instancias que estimaron su improcedencia al estar demostrado el presupuesto del numeral 11 del art. 66 del Código Penal, que erige como motivo de agravación la posición sobresaliente del sentenciado en su comunidad, circunstancia que fue objeto de valoración por los juzgadores, para recordar que los factores de incremento punitivo que se oponen a la congruencia a que alude la causal segunda son los específicos, en el claro entendimiento de que "...las agravantes genéricas, que sólo son trascendentes en el ámbito punitivo para que el juzgador se pueda mover con libertad en el campo oscilatorio de máximos y mínimos de las penas, y no, en la calificación, lo cual representa indudablemente que no son generantes de incongruencia, pues su adjudicación en la sentencia condenatoria implicaría un vicio de garantía afectante al derecho a la defensa, sólo atacable a través de la causal tercera de casación."

Le parece a la Delegada que la sentencia del 2 de agosto de 1995, obra de esta Corporación, con alguna amplitud hace extensiva la congruencia de cara a las causales genéricas de agravación, razón por la cual opina que debe matizarse la interpretación de dicho fallo, precisamente en el sentido de otra tesis que hace carrera en esta misma Sala, plasmada en la sentencia del 9 de noviembre de 1994, de acuerdo con la cual las denominadas circunstancias genéricas de agravación no trascienden la calificación dada a la conducta investigada. De este modo, si en la sentencia se deducen circunstancias de agravación que impliquen valoración, sin haberlas advertido en la resolución de acusación, ello constituye un desafuero que afecta la defensa, antes que un problema de congruencia, y que como tal se ventilaría por la causal tercera de casación y no por la segunda.

Argumenta su concepción del siguiente modo:

“...La explicación de nuestra postura, se encuentra en que, su indeterminación (de las circunstancias genéricas, se aclara) no resulta incidente en la calificación provisional de la conducta -ella connatural al acto calificadorio-, como sí las circunstancias específicas de agravación, que además representan una sanción adicional al “quantum” punitivo, determinada, preestablecida en montos siempre taxativamente precisados en la ley; no sucede lo mismo, con las agravantes genéricas, que sólo son trascendentes en el ámbito punitivo para que el juzgador se pueda mover con libertad en el campo oscilatorio de máximos y mínimos de las penas, y no, en la calificación, lo cual representa indudablemente que no son generantes de incongruencia, pues su adjudicación en la sentencia condenatoria implicaría un vicio de garantía afectante al derecho a la defensa, sólo atacable a través de la causal tercera.”

Luego concluye la Delegada:

“...Y más aún, esta representación también está de acuerdo con que dicha irregularidad, en concatenación con lo antedicho, no entraña afectación a la calificación jurídica de la conducta, pero sí, se edifica lesiva del aspecto punitivo, engendrante entonces de un conculcamiento del derecho a la defensa, lo que implica de contera, su planteamiento en los linderos de la causal tercera de casación por vía de nulidad...”

Estos argumentos, en sentir del señor Delegado, no hacen viable la petición del casacionista al amparo de la causal segunda.

CONSIDERACIONES

Respetado el principio de prioridad por el impugnante, la Corte se ocupará de analizar en el mismo orden los reproches que se formulan a la sentencia, el primero de ellos por haberse dictado ella sobre un proceso viciado de nulidad, glosa que de prosperar haría innecesario acometer el estudio de los restantes cargos, invocados dos de ellos por la violación directa de la norma sustancial y el último por estimar que la sentencia no

guarda congruencia con la resolución de acusación.

1. De la Nulidad.

Múltiples pronunciamientos irrigan la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que la causal tercera de casación, por simple que sea su enunciado legal, no se sustrae a la técnica del recurso; la censura en este orden no es de libre formulación, pues, quien pretenda su reconocimiento, debe fundamentar y demostrar la razón de su planteamiento, lo que significa indicar la existencia de las irregularidades sustanciales y la manera como éstas afectan la estructura del proceso, o decir de qué manera se han afectado las garantías de los sujetos procesales o se ha faltado a la competencia, que es en lo que consiste el principio de trascendencia expresamente recibido en el numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Se tiene, por tanto, que si el accionante hallaba configurados los tres motivos que conducen a que el proceso pierda eficacia de conformidad con el artículo 304 del Estatuto Procesal Penal, debió presentar las censuras en cargos separados y su demostración y trascendencia estar fundamentada con los argumentos atinentes a cada uno de ellos, sin entremezclarlos en forma desordenada, por cuanto lo único que logra en medio de tal confusión es evidenciar la falta de claridad sobre los vicios que afectan la sentencia, que si bien guardan alguna relación entre sí, el desgreño de formulación obstaculiza su estudio y la argumentación pierde su fuerza demostrativa.

Así entonces, no se ha dicho, en atención a un cotejo sustancial de las normas, la razón por la cual el artículo 9° transitorio del Código de Procedimiento Penal (y el 12 transitorio que es más pertinente al caso), son preceptos abiertamente incompatibles con el artículo 29 de la Carta Política, en lo que atañe a la garantía del juez natural o legal.

No se ha discernido el contenido rector y constitucional de la garantía del juez natural, que apunta a asegurar una justicia imparcial, por cuyo efecto se prohíbe la imposición de

jurisdicciones ex post facto o la sustracción discriminatoria del caso del conocimiento del funcionario judicial que retiene la competencia para casos semejantes.

El recurrente no ha desvirtuado el sentido constitucional que se le adjudica a la máxima del juez competente, según la cual se reconoce la necesidad de la preexistencia del órgano judicial, pero que ello no riñe con la aplicación inmediata de nuevas normas generales de competencia, salvo los trámites ya cumplidos o la favorabilidad de ciertas disposiciones procesales de efectos sustanciales. No se conoce la impresión del actor sobre la consolidada enunciación jurisprudencial de que el valor del juez legal y preexistente no interfiere la potestad de cambiar las leyes procesales, la cual emana de la soberanía..

Por el sentido general que contienen reformas como la introducida por el Decreto 2700 de 1991, se dice que no puede verse lastimado el principio del juez natural, pues, al fin y al cabo, aunque una Unidad de Fiscalía ante el Tribunal haya asumido la facultad de decidir en segunda instancia sobre la calificación, se ha preservado la jurisdicción ordinaria para el caso debatido y no se han constituido tribunales especiales ex post facto. Cosa distinta es que se hubiesen perfilado discriminaciones o manipulaciones de la competencia judicial en este caso, pero ni sobre tales acaecimientos ni sobre el juicio de generalidad esbozado se dan reflexiones del impugnante.

Ahora bien, la división funcional acordada en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Penal, dentro del ejercicio del poder punitivo del Estado, de acuerdo con la cual la Fiscalía investiga y acusa, si a ello hubiere lugar, y los jueces y tribunales juzgan, se ha concebido como un esquema de garantía que tiende a asegurar la imparcialidad del juzgador. Si ello es así, de modo que existe perfecta coincidencia con el fin propuesto en la garantía del juez natural (imparcialidad), cuál sería entonces la afrenta infligida a los derechos fundamentales del procesado?.

Finalmente, no fue posible conocer la expresión concreta de la favorabilidad que alega el recurrente, pues ni pensar que si hubiesen sido tres magistrados los encargados de la decisión del recurso de apelación, en lugar de una solitaria fiscal ante tribunal, entonces estaría garantizada la revocatoria de la acusación. Lo importante es la garantía judicial de la acusación, siempre a salvo en este proceso, que no se viene a menos por el carácter colectivo o unipersonal del órgano acusador, pues, si en eventuales desaciertos o yerros de procedimiento se incurre, la corrección de los mismos se puede lograr por la vía de los recursos o en el debate del juzgamiento, pero para nada tocarían tales imperfecciones con la máxima del juez natural.

Tampoco pueden concebirse en el rango de nulidades las demás irregularidades señaladas, porque, como lo resalta el Ministerio Público, no sólo carecen de un debido respaldo tendiente a demostrar la violación de las garantías procesales y principios rectores, sino que fueron convalidadas por la complacencia de la defensa en el curso de la causa, como sucede con la supuesta informalidad del pliego de cargos al desbordarse el aspecto formal por la concreción de los tipos penales vulnerados. Ni más faltaba, la paradoja es sinigual, cuando precisamente se concreta la tipicidad de los hechos, es para facilitar el ejercicio del derecho de defensa, que no se dispersa en un género de delitos, sino que se concentra en la especie, y, por el contrario, la limitación se la impone el propio Estado-jurisdicción, pues el juicio sólo podrá versar sobre prueba orientada a desvirtuar, degradar o corroborar esos específicos cargos (Sentencia agosto 2 de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel).

Menos aún puede afirmarse que hubo violación del derecho a la defensa, sólo porque los planteamientos expuestos en la audiencia pública no gozaron de aquiescencia en el fallo, pues ello significa la aceptación de la entidad de un tal derecho por los resultados positivos, cuando todo se mide por los medios y esfuerzos desplegados por el defensor técnico, pues, pensar lo contrario, conduce al absurdo de que las sentencias

siempre serían absolutorias o complacientes.

De lo anterior se concluye que no prospera el cargo.

2. De la violación directa.

En iguales yerros de técnica incurre el censor cuando dice acudir a la causal primera por violación directa de la ley sustancial, pero su desarrollo lo orienta por la violación mediata, como de manera atinada lo reseña el Ministerio Público.

Pacífica ha sido la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que al optar el casacionista por el quebrantamiento directo de la ley sustancial, debe prescindir del debate probatorio, pues se supone que admite los hechos tal como los consideró demostrados el fallador, para trasladar la controversia al campo inmediatamente legal, bien porque hubo un error de diagnosis o de sentido, ora por exclusión evidente de la norma. Pero se advierte que el casacionista abandonó el plano de lo estrictamente jurídico para elaborar proposiciones que lo colocaron de manera indudable en la violación indirecta de la norma sustancial, planteamientos contradictorios que no permiten la prosperidad del cargo.

Si el censor estimó que se había violado la ley, a través de la mala articulación de la prueba por el sentenciador, era su deber postularlo así de manera clara, pues se trataba de una violación indirecta, lo que implicaba precisar su sentido, o sea si provenía de un error de hecho por falso juicio de existencia (la prueba obra en el proceso y se ignora o no está y se supone) o de identidad (se tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba), o si por el contrario se presentaba un error de derecho por un falso juicio de legalidad o de convicción (éste, en principio, no atendible por la carencia de tarifa legal), además de mostrarle a la Corte que sin la presencia de tales yerros el fallo resultaría opuesto o sustancialmente diverso al cuestionado.

Pero como ya se vio, el casacionista transmutó la presentación de la causal, además de olvidar que el fallo de primera instancia forma una unidad inescindible con el proferido por el superior en aquellos asuntos que no hayan sido modificados o revocados, por cuanto significan su acogimiento por el ad quem. En efecto, el fallo de segunda instancia no hizo las estimaciones probatorias que echa de menos el recurrente, las que sí aparecen en la sentencia de primer grado, sencillamente porque, de acuerdo con el artículo 217 del C. de P. P., el recurso de apelación se circunscribió al planteamiento de algunas nulidades, y, de propósito, el entonces defensor impugnante aclaró que ignoraría las “consideraciones relacionadas con la estructura de los hechos punibles y con el proceso de estimación probatoria...” (cuaderno N° 6, fs. 82), manifestación que se respetó enteramente, como legalmente obliga, en el fallo del tribunal (cuaderno de segunda instancia, fs. 21 y 31).

Es la razón por la cual en la sentencia de segundo grado no se podían encontrar las referencias y análisis de los testimonios de Mario Ruiz Vargas, Efraín Moncada Mateus, Darío González Ariza y Rubén Darío Ariza. Tampoco era posible hallar en dicha decisión las impresiones sobre la certificación de la Caja Popular Cooperativa y las actas de la junta de acción comunal de la vereda El Trapal. El examen integral de dichos medios de prueba aparece en el fallo de primera instancia, pero a él no se refirió el impugnante para controvertirlo por cualquiera de las vías adecuadas en casación en materia de prueba, vacío que revela la carencia de razón suficiente para alentar su análisis en esta sede extraordinaria.

Conviene recordar que el principio de la lealtad procesal, de consagración Constitucional y legal, rige también en la interposición del recurso extraordinario, pues no puede distraer el censor a la Sala con argumentos falaces tendientes a favorecer a su defendido a cualquier precio, pues desagrada la distorsión que hizo sobre la fecha en que se operó el reintegro de los dineros apropiados, tras ubicarla en el mes de enero de 1990, cuando en verdad ese hecho procesal se cumplió a partir del 6 de marzo del año de

1991 y la investigación venía en curso desde el 5 de septiembre de 1990, aspecto debatido y probado que no merece reparo alguno, para luego aducir especiosamente que se había violado el inciso 1° del artículo 139 del Código Penal. Ahora, si su aspiración estaba orientada en tal sentido, que así no lo parece, era su deber demostrar a través de la vía indirecta por un falso juicio de identidad, la tergiversación que hizo el fallador de la prueba que lo condujo a no aplicar la norma sustancial.

El cargo se desestima.

3. De la violación directa como planteamiento subsidiario.

Para fundamentarlo el censor parte del relato personalísimo que de los hechos hizo en el acápite correspondiente de la demanda, por tanto mal puede corresponder su desarrollo a una correcta aceptación del aspecto fáctico que debe unirse al análisis que de la prueba efectuaron las instancias, lo que se torna imprescindible para acudir a la violación directa de la norma sustancial, aspectos que como lo expresó el Ministerio Público son ajenos al casacionista.

Lo anterior significa que, aceptados aquellos dos supuestos, lo único que resta es indicar los errores de juicio, de razonamiento, de lógica jurídica en que incurrió el juzgador y que lo condujeron a interpretar mal el precepto, a no aplicarlo o hacerlo indebidamente, tal como se acotó en el precedente cargo, labores confundidas por el actor que a toda costa pretende hacer prevalente su particular visión del suceso punible, cuyo único logro es dar al traste con el recurso, porque, como así lo expresa la Delegada, acomoda de tal manera el acontecer punible que el resultado no es otro diferente al de incursionar en la violación indirecta, aunque no con la plena observancia de sus exigencias para hacerlo apto en las consecuencias. Dijo el Ministerio Público:

“En este sentido y para concretar más la idea expuesta, no resulta aceptable la proposición del recurrente en la que para significar que no hubo pluralidad material de delitos de peculado, argumenta con ligereza que se trató de una sola acción, el tomar el dinero y ponerlo a producir y luego reintegrarlo con los intereses (reintegro procesal), pero para advenir a esa conclusión, implicante de distorsión fáctica en la forma como fueron aceptados por el Tribunal, debió abordar el aspecto probatorio, pues todo el andamiaje de estructura del concurso de hechos punibles versa sobre la apropiación a partir del segundo mes de constituido el certificado de depósito a término, de los intereses -hecho que está demostrado en el proceso- con la autorización que en tal sentido libraron Sánchez Sánchez y Moreno Velasco, con la descalificación razonada que merecen las declaraciones de miembros activistas -coordinadores zonales del excongresista- y la manifestación del gerente de la cooperativa, en el sentido de que los mismos serían cancelados, al para aquel entonces candidato, con el propósito de sufragar en buena parte los gastos inherentes a su campaña.

“Frente a lo anterior no se puede concebir llanamente la inexistencia del concurso homogéneo, toda vez (sic) ciertamente el procesado no limitó su actuar punible a la indebida apropiación de los dineros de la partida, los que determinó en consignar en un depósito a término en una ciudad diferente a la del destino del auxilio, tanto que, el propósito velado era conseguir sus frutos para el auspiciamiento de su objetivo político. Así fue aceptado en las instancias con un sólido soporte probatorio, comportamientos que escenifican un concurso sucesivo y homogéneo de hechos punibles.”

Se tiene, por tanto, que la falta de técnica impide acceder a las presuntas vulneraciones de las normas sustantivas, pues, al partir de una premisa errada, el desarrollo también se ofrece equivocado y, por ende, el cargo no fructifica.

4. Incongruencia de la sentencia con la resolución de acusación.

La causal segunda de casación puede configurarse cuando el fallador excede la carga de responsabilidad, de acuerdo con los límites que le ha impuesto la resolución de acusación, ocasionándose una pérdida de identidad de la conducta endilgada, al punto que toma por sorpresa a los intervinientes con grave lesión para el interés del procesado, sea porque se condene por un delito diverso o se le atribuyan circunstancias modificadoras de la punibilidad no consideradas en la pieza calificatoria.

Esta relación de causa a efecto, es la que el censor debe indicarle a la Corte para que ella pueda ocuparse de la inconsonancia, pero tan elemental preceptiva fue ignorada por el censor para referirse de manera indistinta a una agravante, sin decir nada sobre su naturaleza, presuntamente apreciada por el juzgador y que terminó por incrementar la pena, factor que, según su criterio, estaba ausente del pliego de cargos.

Pero si repara el escrito de impugnación en esta parte, fácilmente se lee que el agravio no se exterioriza por la capitalización arbitraria de la agravante dispuesta en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, sino que curiosamente se refiere a las manifestaciones de la resolución de acusación sobre la eventual pena imponible al procesado y el derecho a la liberación provisional con fundamento en la evaluación anticipada de los requisitos de la condena de ejecución condicional.

Sólo para efectos de la libertad provisional, el funcionario calificador valora anticipadamente los requisitos objetivos y subjetivos de la condena de ejecución condicional (C. P. P., art. 415-1), pero la sede adecuada para proveer sobre la pena y el subrogado es la sentencia. Por ello, en el curso de la resolución de acusación, el calificador no dosifica pena (compete exclusivamente al juez), simplemente hace un cálculo aproximado e interino para mirar la procedencia de la excarcelación; tampoco reconoce el subrogado penal, sino que lo evalúa provisionalmente como factor anticipado de libertad.

De ahí que, si el funcionario calificador concedió la libertad provisional, ésta se conservará hasta que el juez provea en la sentencia sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional, caso en el cual se podrá mantener la excarcelación, ya como consecuencia del sustituto penal, o se revocará, por obra de la negación del mismo. De modo que las apreciaciones transitorias del acusador sobre la pena y el subrogado no son, ni podrían serlo, vinculantes para el juez, pues allí no se trata de los temas propios de la sentencia que no ha llegado, examinados por el juez competente, sino de una eventualidad y un pronóstico para los exclusivos fines de reconocer o negar una liberación provisional.

De esta manera, si lo analizado en la resolución de acusación fue la posible pena y el eventual subrogado como medios de excarcelación provisional, no dichos factores como objeto y fines de la sentencia, se tiene que es absurdo sostener una anhelada congruencia del fallo con esas manifestaciones interinas, sobre todo porque, como dichos elementos jurídicamente no constituyen cargos y no tocaron con la calificación del comportamiento delictivo, no se pone en riesgo ni la contradicción ni la defensa.

Aunque el afán de incongruencia expresado por el actor no se refería a la causal genérica de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, vale la pena disuadir la presunta contradicción que sugiere el Ministerio Público entre las sentencias del 9 de noviembre de 1994, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado Dídimo Páez Velandia, y la del 2 de agosto de 1995, impulsada por el magistrado Ricardo Calvete Rangel. En relación con las circunstancias genéricas de agravación punitiva, ambas decisiones insisten en que, si se trata de un factor objetivo, que como tal siempre está involucrado en la dialéctica de las providencias, no es imperativa una cita específica ni por nominación jurídica; pero, si se trata de hechos necesitados de juicios de valor para poder declarar su existencia, obviamente se reclama su apreciación judicial como cargo en la resolución acusatoria. Solo que la última sentencia, a pesar de reconocer el bifronte tratamiento jurisprudencial de las circunstancias genéricas de

agravación punitiva, no se vio abocada al tema de las vías de reclamo en sede de casación. Es decir, allí no se definió si la ausencia de una causal de agravación sujeta a valoración, en el contexto de la resolución de acusación, y su deducción amañada en la sentencia, generaba un problema de incongruencia (causal 2ª) o una disputa por afección al derecho de defensa (causal 3ª), pero ya se sabe de la opción recurrente de la Sala por esta última hipótesis, dado que lo circunstancial y genérico no compromete el núcleo de la calificación de la conducta ni su individualización o especificidad.

Tampoco puede prosperar este cargo.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto del Ministerio Público, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida por el defensor del acusado Norberto Ruiz Sanabria.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

NO FIRMO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

NO FIRMO

JORGE CÓRDOBA POVEDA

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

DÍDIMO PÁEZ VELANDIA

NO FIRMO

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Secretaria.